JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho penal

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

Volumen I

CIVITAS

© Jesús-María Silva Sánchez, 2025
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 91 602 01 82
e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es
Acceso a Soporte: https://areacliente.aranzadilaley.es/solicitud_alta_area_cliente
https://www.aranzadilaley.es

Primera edición: 2025

Depósito Legal: M-1036-2025
ISBN versión impresa: 978-84-1078-404-8
ISBN versión electrónica: 978-84-1078-405-5

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.
Printed in Spain

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, **www.cedro.org**) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Para ti, Ana,
compañera en el camino,
recomenzando siempre.

A Natalia, Nacho, Borja y Blanca.

Y a Agustín, Gonzalo, Carlota, Guille... y los que vengan.

SUMARIO

	Nm.	Pág.
ABREVIATURAS		93
OBRAS REITERADAMENTE CITADAS		99
PRÓLOGO		109
CAPÍTULO 1		
LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO		111
I. LA POTESTAD DE CASTIGAR	1	115
1. El ius poenale y el ius puniendi	1	115
2. La pena estatal como juridificación del castigo	5	116
2.1. La coacción punitiva	5	116
2.2. Las dimensiones formal y material de la juridificación del castigo	7	117
2.3. La orientación del Derecho al bien común	10	118
3. Las leyes y el Derecho penal	13	120
3.1. Los códigos penales y las leyes especiales	13	120
3.2. La jurisprudencia y la doctrina	14	120
3.2.1. Planteamiento	14	120
3.2.2. La controversia	15	121
3.3. El Derecho penal supra- e infraestatal	19	123
3.3.1. El Derecho penal supraestatal	19	123
3.3.1.1. Introducción	19	123
3.3.1.2. El Derecho penal internacional	20	123
3.3.1.3. El Derecho penal europeizado	21	123
3.3.1.4. Los sistemas supranacionales de protección de los derechos humanos	23	124
3.3.1.5. El Derecho penal global	24	125
3.3.2. El Derecho penal infraestatal	25	125
3.3.2.1. El sistema multinivel de fuentes	25	125
3.3.2.2. Las jurisdicciones culturales	26	126
II. LA TEORÍA DE LAS NORMAS	28	127
1. Introducción	28	127
1.1. Las normas de conducta	28	127
1.1.1. Consideraciones generales	28	127
1.1.2. La relevancia de las normas de conducta	30	127
1.2. Las normas de sanción	33	129
1.2.1. Las leyes penales y las normas de sanción	33	129
1.2.2. La contribución de las normas de sanción a la dirección de conductas	35	130

		Nm.	Pág.
2.	*El problema ético-político de las normas de conducta*	37	130
2.1.	Las dimensiones de la teoría de las normas de conducta	37	130
2.2.	Las diversas posiciones sobre la cuestión ético-política	39	131
2.2.1.	La inexistencia de normas de conducta	39	131
2.2.2.	La doctrina de las normas sociales de conducta	41	132
2.2.3.	Las normas jurídicas —categóricas— de conducta	43	133
2.2.4.	Un balance	45	134
III.	LA DOBLE POTESTAD PENAL DEL ESTADO	46	134
1.	*Las dos relaciones jurídico-penales sustantivas y la relación procesal penal*	46	134
2.	*La obediencia a las normas de conducta*	49	135
2.1.	La pretensión de reconocimiento y la coacción	49	135
2.1.1.	Generalidades	49	135
2.1.2.	El recurso a la coacción física y psicológica	51	136
2.1.3.	¿Neutralidad del Derecho?	54	138
2.2.	El reconocimiento —directo e indirecto— del Derecho	56	138
2.2.1.	Consideraciones generales	56	138
2.2.2.	La libertad como condición del reconocimiento	58	139
2.3.	El distinto fundamento del deber de obediencia. Las tres clases de delitos	60	140
3.	*La relación jurídica procesal penal*	64	142
4.	*La segunda relación jurídica sustantiva: la condena y su ejecución*	66	143
IV.	LA PERSONA EN LA RELACIÓN JURÍDICO-PENAL	70	145
1.	*Las personas*	70	145
2.	*Las antropologías reduccionistas del Derecho penal moderno*	72	146
3.	*Una antropología realista*	74	147
3.1.	La racionalidad del sujeto libre y la vulnerabilidad del ser humano dependiente	74	147
3.2.	La vinculación interpersonal	78	148
4.	*La opción por el realismo*	81	150
4.1.	Generalidades	81	150
4.2.	La realidad y la verdad	82	150
4.3.	Frente al constructivismo individualista u holista	85	151
4.4.	Lo existente: la persona real	87	152
5.	*Los bienes de la persona, los deberes y los derechos*	88	153
6.	*La persona frágil como sujeto activo y pasivo del delito, de la pena, de la ley y del juicio*	90	154
V.	LAS CONDICIONES PRE-POLÍTICAS DEL DERECHO PENAL	92	155
1.	*Introducción*	92	155
2.	*Los hábitos personales y los vínculos interpersonales*	95	156
3.	*La pluralidad de formas de vida*	98	157
4.	*El doble deslizamiento ético y coactivo del Derecho penal*	101	158
VI.	LA COMUNIDAD POLÍTICA —EL ESTADO— EN LA RELACIÓN JURÍDICO-PENAL	102	159
1.	*Introducción*	102	159

	Nm.	Pág.
2. La legitimación del Estado punitivo frente a las personas	105	160
2.1. Planteamiento	105	160
2.2. Los deberes de garante del Estado	108	161
3. El Derecho penal y las crisis de la comunidad política	109	161
3.1. Generalidades	109	161
3.2. La exasperación de la fragmentación ordinaria	113	163
3.2.1. La delincuencia por conciencia	113	163
3.2.2. La delincuencia por convicción política	115	163
3.2.3. La guerra civil	115	164
3.2.4. La justicia transicional	119	165
3.3. Las situaciones de excepción	121	166
3.3.1. Los estados constitucionales de excepción	121	166
3.3.2. Una «excepción permanente»: el terrorismo internacional y la criminalidad organizada	125	167
3.4. El Derecho internacional humanitario —de los conflictos armados—	129	169

CAPÍTULO 2

LA LEGITIMACIÓN DEL CASTIGO ESTATAL (I). LAS TEORÍAS DE LA CRIMINALIZACIÓN 171

I. LA INSTITUCIÓN DEL CASTIGO	1	178
1. El castigo personal y comunitario	1	178
1.1. Las dimensiones intrapersonal e interpersonal del castigo	1	178
1.2. Las concepciones retributiva y funcional del castigo	3	179
2. El castigo privado y público	7	181
3. Las perspectivas sobre la legitimación del castigo estatal	9	182
3.1. Introducción	9	182
3.2. Los criterios rectores	11	183
3.3. Los cuatro niveles de legitimación	13	183
II. EL DERECHO PENAL COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DE BIENES	16	184
1. Los medios de protección preventiva de bienes	16	184
1.1. Generalidades	16	184
1.2. Los medios fácticos y los comunicativos	17	185
1.3. Las normas sociales	20	186
2. Las normas jurídicas	22	187
2.1. La comunicación jurídica	22	187
2.2. El Derecho civil de daños	24	188
2.3. El Derecho administrativo de fomento	26	188
2.4. El Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal	28	189
III. LAS TEORÍAS DE LA CRIMINALIZACIÓN	31	190
1. Generalidades	31	190

		Nm.	Pág.
2.	*El debate entre las teorías de la criminalización*	33	191
2.1.	Las doctrinas descriptivas y las normativas	33	191
2.2.	Las variantes de las doctrinas normativas	34	192
2.2.1.	Las doctrinas normativo-formales	34	192
2.2.2.	Las doctrinas normativo-materiales	35	192
2.2.3.	Los criterios materiales de criminalización	38	193
2.3.	Las doctrinas de la lesión del derecho y del daño	40	194
2.4.	Las doctrinas del bien jurídico	42	195
2.4.1.	La transición del derecho subjetivo al bien jurídico	42	195
2.4.2.	Las variantes de la doctrina del bien jurídico	46	196
2.4.2.1.	La tesis del anclaje constitucional	46	196
2.4.2.2.	La concepción funcional de la dañosidad social	48	198
2.4.2.3.	El concepto personal. Excurso	50	198
2.4.3.	La crisis de las doctrinas del bien jurídico	52	199
2.4.3.1.	La falta de capacidad crítica	52	199
2.4.3.2.	La excesiva limitación	54	200
2.4.3.3.	Lo irrenunciable del concepto de bien jurídico	56	201
2.5.	La protección del núcleo de la identidad normativa de una sociedad	58	202
2.5.1.	Generalidades	58	202
2.5.2.	Los presupuestos teóricos	59	203
2.5.3.	La doctrina de las «competencias»	61	204
2.6.	Las propuestas de conceptos materiales de delito	62	204
2.6.1.	El concepto de delito como mal público	62	204
2.6.2.	El delito como lesión de la «esfera de libertad» ajena	65	205
2.6.2.1.	Planteamiento	65	205
2.6.2.2.	Observaciones críticas	67	206
2.6.3.	La disolución de las doctrinas materiales	72	208
3.	*La criminalización como modo de gestión de una política pública*	74	209
3.1.	El rechazo de la excepcionalidad del Derecho penal	74	209
3.2.	El significado actual de la pretensión de «constitucionalización» del Derecho penal	77	211
3.3.	La discusión sobre la «democratización» del Derecho penal	79	212
4.	*El problema del ilícito administrativo*	82	213
IV.	LAS BASES DE UNA APROXIMACIÓN REALISTA	83	214
1.	*La imposibilidad de una descripción unitaria del malum propio del delito*	83	214
1.1.	Generalidades	83	214
1.2.	La lógica de las tres clases de delitos	87	215
1.2.1.	Los delitos mala in se nucleares	87	215
1.2.2.	Los delitos mala in se periféricos	89	216
1.2.3.	Los delitos mala quia prohibita	93	217
1.2.4.	Un balance	94	217

		Nm.	Pág.
2.	*Las diferencias dentro del Derecho penal*	99	219
2.1.	Generalidades	99	219
2.2.	Las clases de penas imponibles	100	220
3.	*El otro lado de los procesos de incriminación y desincriminación: la postergación de lo humano*	104	222
3.1.	Introducción	104	222
3.2.	Las vidas de las personas dependientes	105	222
3.3.	El patrimonio moral-personal como objeto de protección jurídica	109	224
3.4.	La solidaridad	114	226
3.5.	La cuestión del «paternalismo»	117	227
3.6.	Los animales y la naturaleza	120	228
V.	LOS ELEMENTOS DE UNA TEORÍA NORMATIVA DE LA CONDUCTA CRIMINAL	124	230
1.	*Generalidades*	124	230
2.	*Los principios rectores*	126	230
2.1.	El principio del hecho	126	230
2.1.1.	Generalidades	126	230
2.1.2.	Excurso: El debate angloamericano sobre las formas de exteriorización del hecho	130	232
2.2.	El principio de lesividad del hecho	133	233
3.	*Las estructuras típicas problemáticas*	136	235
3.1.	Los delitos de sospecha y de tenencia	136	235
3.2.	Los delitos de peligro abstracto y presunto	140	236
3.2.1.	La estrategia de la anticipación	140	236
3.2.2.	Las fases del proceso de anticipación	141	237
3.2.3.	La criminalización como forma de gestión pública	144	238
3.2.3.1.	Las presunciones de peligro real	144	238
3.2.3.2.	La acumulación	146	239

CAPÍTULO 3

LA LEGITIMACIÓN DEL CASTIGO ESTATAL (II). LAS TEORÍAS DE LA PENA			241
I.	EL CONCEPTO DE PENA	1	247
1.	*Introducción*	1	247
2.	*El concepto de pena como manifestación del castigo jurídico-estatal*	3	248
2.1.	La pena como privación de derechos	3	248
2.2.	La pena como estigma	4	249
2.3.	La pena como aflicción	5	249
2.4.	¿La pena en sentido propio?	8	251
3.	*La legitimación de la imposición de la condena y de su ejecución*	9	251
3.1.	Introducción	9	251
3.2.	La legitimación del juicio de culpabilidad dirigido al sujeto	10	252

		Nm.	Pág.
	3.2.1. La diferencia entre penas y medidas de seguridad	10	252
	3.2.2. La referencia subjetiva de la pena	11	253
	3.3. La imposición y la ejecución de la pena	13	253
	3.4. Las distintas tradiciones de las teorías de la pena	14	254
II.	LAS TEORÍAS DE LA RETRIBUCIÓN	15	255
	1. Introducción	15	255
	1.1. El significado de la noción de retribución	15	255
	1.2. Las clases de doctrinas retributivas	17	256
	1.2.1. La retribución filosófica y la retribución empírica	17	256
	1.2.2. La retribución filosófica no metafísica: deontológica o consecuencialista	18	256
	1.2.3. La retribución (filosófica) consecuencialista y la retribución empírica	19	257
	1.2.4. Un balance	20	257
	1.3. La retribución, la comunicación y la expresión	21	258
	2. Las doctrinas de la retribución hasta mediados del siglo XX	22	258
	2.1. La doctrina clásica	22	258
	2.2. El retribucionismo en la obra de Kant	23	259
	2.2.1. El planteamiento kantiano	23	259
	2.2.2. Los límites del retribucionismo de Kant	27	260
	2.3. La retribución funcional en la obra de Hegel	29	261
	2.3.1. Generalidades	29	261
	2.3.2. El eje de la construcción	31	262
	2.3.3. La evolución de las doctrinas retributivas hasta la actualidad	32	262
	3. La retribución en la discusión contemporánea	34	263
	3.1. Introducción	34	263
	3.2. Las doctrinas comunicativas	35	264
	3.2.1. En la tradición angloamericana	35	264
	3.2.2. En la tradición de cuño alemán	37	265
	3.2.2.1. Generalidades	37	265
	3.2.2.2. Una retribución formalista	38	265
	3.2.3. Un balance	40	266
	3.2.4. Los retos de futuro	42	267
	3.3. Las doctrinas del retribucionismo empírico	44	268
	3.4. Las doctrinas de la retribución como límite	47	269
	4. La legitimación de la inflicción de dolor	48	270
	4.1. Planteamiento	48	270
	4.2. La primera opción teórica: el dolor como reflejo especular	49	270
	4.3. La segunda opción teórica: la justificación preventiva del dolor	50	271
	4.4. La tercera opción teórica: el dolor comunicativo	51	272
	4.5. Un balance	53	272

		Nm.	Pág.
III.	LAS DOCTRINAS PREVENTIVAS	54	273
	1. Generalidades	54	273
	2. Las doctrinas de la prevención general	57	274
	2.1. Introducción	57	274
	2.2. La prevención general negativa —o de intimidación—	59	275
	2.2.1. Las premisas	59	275
	2.2.2. La teoría de la coacción psicológica	61	276
	2.2.2.1. El delincuente racional	61	276
	2.2.2.2. El castigo como desincentivo	62	276
	2.2.2.3. La tendencia al terror penal	67	278
	2.2.3. Las doctrinas de la prevención general negativa limitada	72	280
	2.2.3.1. Generalidades	72	280
	2.2.3.2. La limitación con base en la prevención general positiva o en una proporcionalidad consecuencialista	73	281
	2.2.3.3. La limitación con base en criterios deontológicos	74	281
	3. Las doctrinas de la prevención especial	76	283
	3.1. Las premisas antropológico-filosóficas	76	283
	3.2. Su relativa influencia en España e Iberoamérica	80	284
	3.3. Las sucesivas derivas autoritaria y liberal	81	285
	3.4. El «retorno de la inocuización»	83	286
	3.4.1. Planteamiento	83	286
	3.4.2. El recurso a la «inteligencia artificial»	85	287
	3.5. La nueva filosofía de la prevención especial: los modelos de la «cuarentena»	87	288
IV.	LA DENOMINADA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA	88	289
	1. Generalidades	88	289
	2. Las variantes de la prevención general positiva	90	290
	2.1. Las variantes ético-jurídica y jurídico-formalista	90	290
	2.2. Las variantes psicosocial y teórico-social	91	290
	2.3. Otras variantes	93	291
V.	UNA REFERENCIA A LA LEGITIMACIÓN DEL CASTIGO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL	95	292
VI.	UNA FUNDAMENTACIÓN REALISTA DEL CASTIGO ESTATAL	97	293
	1. Generalidades	97	293
	1.1. La necesaria distinción entre clases de delitos	97	293
	1.2. Una doctrina compleja y tipológica	100	295
	1.2.1. La dimensión vertical y la horizontal	100	295
	1.2.2. La conminación penal abstracta y la imposición del castigo concreto	104	296
	2. La restauración del orden de justicia y paz	107	297
	2.1. Las condiciones formales y materiales de legitimación	107	297

	Nm.	Pág.
2.1.1. Planteamiento	107	297
2.1.2. El merecimiento	108	298
2.1.3. La equidad, la necesidad y la oportunidad	109	298
2.2. La retribución limitada	110	298
2.2.1. Un medio al servicio del bien común de la paz	110	298
2.2.2. La imperfección de la pena restaurativa	114	300
2.2.3. Balance. Merecimiento y equidad en el núcleo de los delitos *mala in se*	119	302
2.3. El refuerzo regulatorio en la periferia de los delitos *mala in se* y en los *mala quia prohibita*	122	303
2.3.1. La tradición preventivo-regulatoria	122	303
2.3.2. El problema de los macrofenómenos	124	304
2.3.3. La política pública del castigo	126	304
2.3.4. El déficit retributivo	129	306
3. La dimensión positiva del castigo de los delitos mala in se nucleares	133	307
3.1. Planteamiento	133	307
3.2. La pena como condición de rehabilitación del penado	134	307
3.3. La rehabilitación simbólica	138	308
3.4. La metáfora contable	140	310

CAPÍTULO 4

LAS GARANTÍAS DEL DERECHO PENAL (I). EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD			311
I. CONSIDERACIONES GENERALES		1	316
1. El sentido de las garantías en Derecho penal		1	316
1.1. Generalidades		1	316
1.2. El rango de las garantías		3	318
1.2.1. Las garantías constitucionales, convencionales y legales		3	318
1.2.2. El problema de las garantías «doctrinales»		5	319
1.3. El fundamento de la intensidad de las garantías en el Derecho penal		9	320
2. Las garantías formales y materiales		12	322
II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL FORMAL		15	324
1. Introducción		15	324
1.1. El contenido de la legalidad		15	324
1.1.1. Generalidades		15	324
1.1.2. La legalidad como emanación de la separación de poderes. Matizaciones		18	325
1.1.3. La naturaleza de las diversas garantías del principio de legalidad		20	326

		Nm.	Pág.
1.2.	La legalidad y la previsibilidad de las interpretaciones	21	327
1.2.1.	Planteamiento	21	327
1.2.2.	La jurisprudencia como fuente	24	328
1.2.2.1.	Del legalismo a la juridicidad	24	328
1.2.2.2.	La pluralidad de interpretaciones judiciales	26	329
1.2.3.	La repercusión de la teoría de las normas	28	330
2.	*La garantía de la ley estatal*	30	331
2.1.	La estatalidad	30	331
2.1.1.	La ley estatal y las fuentes infra-estatales	30	331
2.1.2.	Las fuentes supraestatales	32	332
2.2.	La cuestión del rango: la reserva de ley parlamentaria orgánica	35	333
3.	*El mandato de determinación: lex certa*	37	334
3.1.	Generalidades	37	334
3.1.1.	La teoría y la práctica en la determinación de las leyes	37	334
3.1.2.	El principio de tipicidad	40	336
3.1.3.	El alcance de la garantía	41	336
3.2.	La vigencia del principio de legalidad en la Parte General	43	337
3.3.	Las leyes penales en blanco	46	338
3.3.1.	Generalidades	46	338
3.3.2.	Los requisitos de su conformidad con la Constitución	48	339
3.3.3.	Las figuras tradicionalmente problemáticas: las remisiones totales y los reenvíos a normas de las comunidades autónomas	51	341
3.3.4.	El problema presente y futuro de las remisiones a disposiciones privadas	53	342
3.3.4.1.	Generalidades	53	342
3.3.4.2.	De la estandarización a los algoritmos prescriptivos	54	342
4.	*El carácter escrito: lex scripta*	56	343
4.1.	Generalidades	56	343
4.2.	Las jurisdicciones indígenas	58	344
4.3.	La costumbre internacional	59	345
5.	*La ley penal en el tiempo y la garantía de irretroactividad: lex praevia*	62	346
5.1.	Introducción: la entrada en vigor y el cese de la vigencia	62	346
5.2.	El concepto de disposición desfavorable. Su alcance constitucional	66	348
5.3.	Las tensiones entre los tribunales constitucionales nacionales y los supranacionales	69	349
5.4.	La «excepción» al principio de irretroactividad desfavorable: los crímenes de lesa humanidad	70	350
5.4.1.	Las resoluciones de los altos tribunales	70	350
5.4.2.	Las dos posibles fundamentaciones	72	351

		Nm.	Pág.
5.5.	Las medidas de seguridad	75	352
5.6.	Los cambios jurisprudenciales desfavorables	76	352
6.	*La ley penal en el tiempo y la garantía de retroactividad de las disposiciones favorables: lex mitior*	79	354
6.1.	Cuestiones generales	79	354
6.1.1.	El fundamento y alcance de la retroactividad de las leyes favorables	79	354
6.1.2.	Los límites de la retroactividad favorable	82	356
6.2.	La lex tertia y la ley intermedia	84	357
6.3.	Las disposiciones transitorias y las leyes temporales	87	358
6.4.	La retroactividad favorable y las disposiciones de complemento de las leyes en blanco	90	360
6.5.	La retroactividad de las interpretaciones jurisprudenciales favorables	93	361
7.	*La exigencia de lex stricta y la prohibición de analogía*	97	362
7.1.	La analogía *in malam partem*	97	362
7.2.	La analogía *in bonam partem*	101	364
III.	LA LEY PENAL EN EL ESPACIO: EL ALCANCE DE LA SOBERANÍA DEL ESTADO	103	365
1.	*La relevancia del factor territorial*	103	365
1.1.	Como determinante de la protección de la libertad negativa	103	365
1.2.	La cuestión de la libertad formal: la autolegislación	107	367
1.3.	La protección estatal de la libertad positiva	108	367
2.	*La vigencia extraterritorial*	110	368
2.1.	La vigencia de las leyes y la teoría de las normas de conducta	100	368
2.2.	El principio de personalidad activa	113	369
2.3.	Los principios de personalidad pasiva y de protección	115	370

CAPÍTULO 5

LAS GARANTÍAS DEL DERECHO PENAL (II)			373
I.	EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO —LA PROHIBICIÓN DE EXCESO—	1	381
1.	*Planteamiento*	1	381
2.	*La noción de proporcionalidad*	3	382
2.1.	Generalidades	3	382
2.1.1.	La proporcionalidad como prohibición de exceso	3	382
2.1.2.	La prohibición de infraprotección	5	383
2.2.	Los subprincipios de la proporcionalidad	6	384
2.2.1.	La idoneidad —o adecuación de medio a fin—	6	384
2.2.2.	La necesidad	6	384
2.2.2.1.	Generalidades	6	384
2.2.2.2.	La necesidad en abstracto y la subsidiariedad externa —el principio de ultima ratio—	9	385

		Nm.	Pág.
	2.2.2.3. La necesidad en concreto y la subsidiariedad interna —el principio de intervención mínima—	11	386
	2.3. La proporcionalidad en sentido estricto	12	386
	2.3.1. Precisiones conceptuales	12	386
	2.3.2. Los conceptos deontológico y consecuencialista de proporcionalidad	14	387
	2.3.2.1. Las diferencias entre ambos	14	387
	2.3.2.2. La proporcionalidad deontológica y su proyección sobre las clases de delitos	15	388
	2.3.2.2.1. Consideraciones generales	15	388
	2.3.2.2.2. Las penas infra- y desproporcionadas	16	388
	2.3.2.2.3. De nuevo, los delitos mala in se periféricos y los mala quia prohibita	20	390
	2.3.3. La proporcionalidad absoluta y relativa —cardinal y ordinal— de las penas	22	391
	2.3.4. La proporcionalidad de las penas en comparación con la de otras reacciones estatales	25	392
3.	*El «principio» de non bis in idem*	27	393
	3.1. Generalidades	27	393
	3.2. La concurrencia de las sanciones penal y administrativa en un territorio nacional	30	394
	3.3. La concurrencia de las sanciones nacionales y extranjeras	34	396
	3.4. La doble sanción penal nacional	35	397
	3.5. Las tendencias a revisar el efecto de cosa juzgada	38	398
II.	EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN SENTIDO AMPLIO	39	399
1.	*La culpabilidad como fundamento o como límite del castigo*	39	399
	1.1. Generalidades	39	399
	1.2. El consenso y el disenso sobre su fundamento	40	399
	1.3. Las garantías del principio de culpabilidad	42	400
2.	*La cualidad del hecho como propio*	45	401
3.	*El principio de imputación subjetiva*	49	403
4.	*El principio de culpabilidad en sentido estricto*	51	403
5.	*El principio de personalidad de las penas*	52	404
III.	EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD	56	406
1.	*Planteamiento*	56	406
2.	*Algunas cuestiones problemáticas*	57	406
	2.1. El complemento administrativo y judicial de las leyes	57	406
	2.2. La cuestión del sexo masculino o femenino del sujeto activo	59	407
	2.3. La atención a la desigualdad	61	408
	2.3.1. En la teoría del hecho punible	61	408
	2.3.2. El principio de igualdad de impacto de las sanciones	62	408
	2.3.2.1. En la pena de multa	62	408
	2.3.2.1.1. Generalidades	62	408
	2.3.2.1.2. Las multas proporcionales	63	409

		Nm.	Pág.
	2.3.2.2. Las consecuencias del impago de la responsabilidad civil	64	410
	2.3.2.3. En las penas de prisión	65	410
	2.4. El Derecho penal multicultural	66	411
IV.	LOS PRINCIPIOS RELACIONALES	68	412
	1. Su fundamento antropológico	68	412
	2. El principio de humanidad	70	413
	2.1. Generalidades	70	413
	2.2. Las penas inhumanas	71	413
	2.2.1. La pena de muerte	71	413
	2.2.2. Las penas de prisión demasiado largas	72	414
	2.2.3. Los efectos de la prisión	74	415
	2.2.4. Las penas infamantes	77	416
	3. El principio de resocialización	79	417
	3.1. Generalidades	79	417
	3.2. El sentido del deber de cooperación del penado	81	418
	3.3. Los obstáculos a la resocialización	82	419
	3.3.1. Los antecedentes penales	82	419
	3.3.2. La publicitación de las sentencias y la creación de registros de exdelincuentes	84	420
	3.3.3. Los buscadores de internet y el «derecho al olvido»	85	420
V.	LAS GARANTÍAS DEL DERECHO PENAL Y SUS FLANCOS ABIERTOS	86	421
	1. La expansión del Derecho penal	86	421
	1.1. Planteamiento	86	421
	1.2. La sociedad del riesgo	88	422
	1.3. Las características de la expansión	90	423
	2. La irrupción de la víctima	92	424
	2.1. Consideraciones previas	92	424
	2.1.1. Matizaciones a la idea de neutralización de la víctima en el Derecho penal público	92	424
	2.1.2. Las razones del redescubrimiento de la víctima	93	425
	2.1.3. Los efectos del replanteamiento del papel de la víctima	95	426
	2.2. El entendimiento de la ley penal como *Magna Charta* de la víctima	96	426
	2.3. La víctima como presunta titular de *ius puniendi*	97	426
	3. El (supuesto) deber absoluto de castigar del Estado	98	427
	3.1. El deber estatal de protección positiva y el Derecho penal	98	427
	3.2. Los mandatos constitucionales y europeos de criminalización	101	428
	3.3. La jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos	102	429
	3.4. La discusión doctrinal sobre el deber estatal de tipificar y castigar	104	430

		Nm.	Pág.
VI.	LA DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN EL SIGLO XXI	106	431
	1. Generalidades	106	431
	2. Las diferencias variables	108	432
	2.1. Las conductas infractoras	108	432
	2.2. Los sistemas de sanciones	110	433
	2.3. Las reglas de imputación y las garantías sustantivas	112	433
	2.4. Las garantías procesales	113	434
	2.5. Los órganos competentes	115	434
	3. Un balance	116	435

CAPÍTULO 6

LA APLICACIÓN JUDICIAL			437
I.	LA JURISDICCIONALIDAD DEL DERECHO PENAL	1	442
	1. El hecho histórico y el proceso judicial	1	442
	2. Las visiones contrapuestas de la actuación judicial	2	442
	2.1. Planteamiento	2	442
	2.2. Un balance	4	443
II.	EL CONTEXTO DE LA OBTENCIÓN Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO	6	444
	1. El caso ante la jurisdicción	6	444
	1.1. La forma y la verdad en el proceso	6	444
	1.2. El caso como conflicto y como reto	8	445
	2. Las garantías procesales	10	446
	2.1. La legalidad procesal	10	446
	2.2. El proceso debido	11	447
	2.2.1. Las funciones del proceso	11	447
	2.2.2. La función punitiva	13	448
	3. La ley, la dogmática y la praxis judicial	15	449
	3.1. La aportación de la dogmática: el sistema y el caso	15	449
	3.2. Matizaciones sobre la tópica	18	450
	3.3. El juez como persona	20	450
	3.3.1. Planteamiento	20	450
	3.3.2. Las precomprensiones y los sesgos	21	451
	3.3.3. El derecho a un juez «natural»	24	452
III.	EL MÉTODO DE LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LAS LEYES PENALES	26	453
	1. El texto, la tradición y la pretensión de justicia	26	453
	2. La tradición y la codificación	27	454
	2.1. La pretensión de prohibir la interpretación judicial	27	454
	2.2. El sistema multinivel	30	455

		Nm.	Pág.
3.	*La hermenéutica y la jurisprudencia analítica*	32	456
3.1.	La semántica referencial	32	456
3.2.	La opción pragmatista	33	456
3.3.	Hacia el equilibrio	34	457
3.4.	Un modelo equilibrado de interpretación	37	458
3.4.1.	El realismo semántico y la dinámica aplicativa	37	458
3.4.2.	Los elementos de resistencia	40	460
3.4.2.1.	El texto y la pretensión de verdad	40	460
3.4.2.2.	Los demás límites	42	460
IV.	LOS LLAMADOS «CÁNONES DE LA INTERPRETACIÓN»	44	461
1.	*Generalidades*	44	461
2.	*El canon semántico*	47	463
2.1.	El tenor literal del texto y su contexto	47	463
2.1.1.	Generalidades	47	463
2.1.2.	Los problemas de la literalidad	50	464
2.2.	Los casos claros y los dudosos	52	465
2.2.1.	Los elementos descriptivos y normativos	52	465
2.2.2.	El núcleo y el campo conceptual	56	466
2.2.3.	El alcance del principio de la duda	58	467
2.3.	El código de la interpretación	61	468
2.3.1.	El uso social, la normatividad lingüística o el lenguaje experto	61	468
2.3.2.	El recurso al lenguaje jurídico	64	470
2.3.2.1.	La unidad del ordenamiento y la relatividad de los conceptos	64	470
2.3.2.2.	La autonomía o la accesoriedad del Derecho penal	66	470
2.3.2.3.	Las definiciones legales	68	471
2.3.2.4.	Las denominadas «lagunas»	72	473
2.3.2.4.1.	*La sobreinclusión y la infrainclusión*	72	473
2.3.2.4.2.	*La infrainclusión y la analogía*	74	474
3.	*El canon lógico-sistemático*	77	475
3.1.	Introducción	77	475
3.2.	La interpretación conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos	79	476
3.3.	La interpretación conforme al Derecho de la Unión Europea	81	477
3.4.	Otros posibles criterios de interpretación sistemática	82	478
4.	*El canon histórico*	84	479
5.	*El método teleológico*	86	479
5.1.	La noción del telos de la ley	86	479
5.2.	El método teleológico-objetivo en la interpretación	88	480
5.2.1.	La discusión básica	88	480

		Nm.	Pág.
	5.2.2. El procedimiento de abstracción con base en el *telos* o *ratio legis*	90	481
	5.2.3. La crítica	92	483
	5.3. La reducción teleológica	94	483
	5.3.1. Introducción	94	483
	5.3.2. La interpretación conforme a la Constitución como modalidad de reducción teleológica	97	484
	5.4. La interpretación orientada a la penalidad típica	101	486
	5.5. La interpretación orientada a las consecuencias empíricas	102	487
	5.6. Los argumentos dogmático-sistemáticos en sentido estricto	104	488
V.	EL MARCO GENERAL DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICO-PENAL	106	489
	1. Introducción	106	489
	2. Los argumentos «lógicos»	107	489
	3. Los argumentos prácticos	112	491
	3.1. *¿A simile o a contrario?*	112	491
	3.2. *A fortiori*	116	492
	3.3. *Ad absurdum*	118	492
	4. Los argumentos estratégicos	119	493
	5. La aplicación de la ley al caso	121	494
	5.1. Generalidades	121	494
	5.2. Las reglas de aplicación del Derecho y las reglas de prueba de los hechos	125	495
	5.3. La motivación de las sentencias	128	496

CAPÍTULO 7

LA DOCTRINA DEL DERECHO PENAL			499
I.	LA DOCTRINA DEL DERECHO PENAL	1	507
	1. Generalidades	1	507
	2. La ciencia total del Derecho penal	3	508
	2.1. Su formulación en el siglo XIX	3	508
	2.2. Otras posiciones interdisciplinarias	5	509
	3. La relevancia de las ciencias empíricas y sociales	8	510
	3.1. Generalidades	8	510
	3.2. Los datos empíricos en la teoría de la legislación penal	9	511
	3.3. Los datos empíricos en la dogmática	11	512
	3.4. El problema del reduccionismo	14	513
	3.5. El conocimiento jurídico y las disciplinas empíricas	17	514
	4. La doctrina jurídica del Derecho penal: la dogmática	20	515
	4.1. Generalidades	20	515
	4.2. La dogmática de orientación teleológica	21	516
	4.3. La propuesta de un sistema integral del Derecho penal	23	517

		Nm.	Pág.
II.	LA EVOLUCIÓN INTELECTUAL DE LA DOGMÁTICA DEL DERECHO PENAL	24	518
	1. La tradición clásica y moderna	24	518
	1.1. La Escolástica clásica y tardía	24	518
	1.1.1. Introducción: Atenas, Roma, Jerusalén	24	518
	1.1.2. La crisis del pensamiento clásico	26	519
	1.2. El iusracionalismo	27	520
	1.2.1. El conocimiento jurídico como geometría	27	520
	1.2.2. La variante empirista	29	520
	1.2.3. La herencia del racionalismo	31	521
	2. Los antecedentes del naturalismo de la segunda mitad del S. XIX	32	522
	2.1. Feuerbach y el hegelianismo	32	522
	2.2. Las variantes del positivismo	34	523
	3. El naturalismo	37	524
	3.1. Las bases de la actitud naturalista	37	524
	3.2. La orientación a las ciencias experimentales en Franz von Liszt	39	525
	4. El positivismo —legal y jurídico—	41	526
	4.1. Las bases del formalismo	41	526
	4.2. El pasado y el presente del formalismo jurídico-penal	42	526
	5. El neokantismo	44	527
	5.1. El dualismo metodológico	44	527
	5.2. La noción de valor	46	528
	5.3. La influencia posterior	48	529
	6. El finalismo	50	530
	6.1. La reacción al neokantismo	50	530
	6.1.1. Las oscilaciones de Hans Welzel	50	530
	6.1.2. Las variaciones acerca del sentido de lo «ontológico»	52	531
	6.2. El método en el finalismo	53	531
	6.2.1. Las estructuras lógico-reales y la protección de los valores ético-sociales	53	531
	6.2.2. La concreción del método	54	532
III.	EL MÉTODO EN LA ACTUALIDAD	57	533
	1. Introducción	57	533
	2. El normativismo teleológico y sus límites empíricos y constitucionales	58	533
	3. El normativismo holista	61	534
	3.1. Entre la teoría de sistemas y el hegelianismo	61	534
	3.2. Materiales para la crítica	62	536
	4. Otras tradiciones metodológicas	67	537
	5. La influencia alemana en la doctrina de habla hispana del siglo XX y XXI	69	538
IV.	EL MÉTODO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL	73	540
	1. Lo específico del método dogmático	73	540
	1.1. Generalidades	73	540

		Nm.	Pág.
1.2.	El papel de la tradición y del texto legal	76	541
1.3.	La necesidad de una dogmática realista	79	542
2.	*Las críticas al método dogmático*	84	544
2.1.	La cuestión de su cientificidad	84	544
2.1.1.	La dogmática como conocimiento práctico	84	544
2.1.2.	La adopción de la perspectiva del interviniente	87	546
2.2.	La neutralidad y las valoraciones	88	546
2.2.1.	Las perspectivas enfrentadas	88	546
2.2.2.	La posición media de la dogmática	90	547
2.3.	Lo nacional y lo supranacional	94	549
2.4.	La dogmática, la «expertocracia» y la democracia	97	550
2.5.	La sistemática y la tópica	100	552
2.6.	La misión práctica y la excesiva originalidad o sofisticación	102	553
V.	LA LABOR DE LA DOGMÁTICA	104	554
1.	*El lenguaje de la dogmática*	104	554
1.1.	Planteamiento	104	554
1.2.	Las clases de enunciados	105	554
1.3.	Los juicios prácticos de atribución de sentido, de valoración y de imputación subjetiva	109	556
1.3.1.	Consideraciones generales	109	556
1.3.2.	El debate sobre el método y las clases de enunciados	111	557
2.	*La asignación de contenido a los enunciados de la dogmática*	117	559
2.1.	Planteamiento	117	559
2.2.	Los tres ámbitos de la actividad intelectual jurídico-penal	119	560
2.2.1.	La protodogmática	119	560
2.2.2.	La interpretación de los textos	121	560
2.2.3.	Los enunciados normativos: teleológicos-axiológicos	122	561
2.3.	Balance	123	561
3.	*El método de elaboración de las reglas doctrinales*	124	562
3.1.	Los criterios de construcción	124	562
3.1.1.	Generalidades	124	562
3.1.2.	El método estructural-conceptual	125	562
3.1.3.	El método exegético-legal	126	563
3.1.4.	El método teleológico-valorativo	127	563
3.2.	La necesidad de un método integrado	128	563
4.	*El contenido de la regla dogmática*	132	565
4.1.	La premisa jurídica, la base fáctica y la conclusión aplicativa	132	565
4.2.	La consideración dogmático-sistemática en sentido estricto	134	566

CAPÍTULO 8

EL SISTEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO			567
I.	GENERALIDADES	1	574
1.	*El sistema del delito de cuño alemán*	1	574

		Nm.	Pág.
	2. La pretensión del sistema	3	575
II.	LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL SISTEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO	4	575
	1. La tradición clásica y moderna de la teoría normativa del delito	4	575
	2. La sistemática causalista naturalista	7	577
	2.1. La integración de las perspectivas naturalista y formalista	7	577
	2.2. Las categorías del sistema del delito	10	578
	2.3. Las modificaciones de contenido	10	580
	3. Las aportaciones del formalismo	16	580
	3.1. Los planteamientos de finales del siglo XIX alemán	16	580
	3.2. La teoría de las normas y el concepto de tipicidad	18	581
	4. El sistema llamado neoclásico —o neokantiano—	20	582
	4.1. Los elementos del sistema	20	582
	4.2. El problema de los valores de referencia	25	583
	5. El sistema finalista	26	584
	5.1. Las estructuras lógico-reales y la misión del Derecho penal	26	584
	5.2. El subjetivismo	28	585
	5.3. La influencia del sistema finalista en la legislación	29	586
	5.4. Los epígonos del finalismo	30	586
	6. El sistema dominante en los países de habla hispana	31	587
III.	PRESUPUESTOS DE UNA SISTEMÁTICA DE LA TEORÍA DEL DELITO	33	587
	1. Lo permanente y lo cultural	33	587
	2. El sistema y el caso	34	588
	3. Lo analítico y lo sintético	36	589
	4. Las perspectivas estructural y funcional	38	590
	5. El sistema del delito como construcción teleológica limitada	40	591
	5.1. Los criterios rectores del sistema	40	591
	5.2. El sentido teleológico del sistema	42	592
	5.2.1. Generalidades	42	592
	5.2.2. La orientación al caso	43	592
	6. La teoría del delito y la del hecho punible	45	593
	7. Los puntos de partida de la construcción: la lesividad y la voluntad mala	48	595
	7.1. Planteamiento	48	595
	7.2. Las dos posibles lógicas del sistema del Derecho penal: resultado lesivo e infracción subjetiva de la norma de conducta	50	596
	7.3. En busca del equilibrio: la conducta *ex ante* desaprobada	53	597
IV.	LA NORMA DE CONDUCTA Y LA NORMA DE SANCIÓN	56	598
	1. La necesidad de recurrir a la teoría de la norma de conducta	56	598
	2. Los antecedentes del debate actual	59	599
	2.1. La dualidad de normas en el neokantismo	59	599
	2.2. El planteamiento de Armin Kaufmann	60	600
	3. Variantes de las teorías de las normas	61	600

		Nm.	Pág.
3.1.	Generalidades	61	600
3.2.	Las normas como expectativas institucionalizadas	62	601
3.3.	Las normas como prohibiciones de causación	66	603
3.3.1.	Generalidades	66	603
3.3.2.	La norma (atemporal) de conducta	67	603
3.3.3.	La teoría de la imputación	69	604
3.3.4.	La desautorización de la norma	70	604
3.3.5.	Observaciones críticas	72	605
3.4.	Las normas como directivas de conducta	74	606
3.4.1.	La diversidad de perspectivas sobre el contenido de la norma directiva	74	606
3.4.1.1.	Generalidades	74	606
3.4.1.2.	El contenido y el círculo de destinatarios	75	607
3.4.2.	Las normas y las valoraciones	79	609
3.4.3.	La norma de conducta y el tipo de delito	82	610
3.4.3.1.	La antijuridicidad atípica y la condicionadamente típica	82	610
3.4.3.2.	La coincidencia y la congruencia	84	611
3.4.3.3.	Las normas principales y las derivadas	85	611
3.4.4.	Las clases de normas: prohibiciones y mandatos en sentido formal y material	86	612
4.	*Las normas de sanción*	92	614
4.1.	Generalidades	92	614
4.2.	La articulación de las normas de sanción con normas de equidad, premiales y de oportunidad dirigidas a los órganos judiciales	94	615
V.	LA SISTEMÁTICA DE LA TEORÍA DEL HECHO PUNIBLE	96	616
1.	*Generalidades*	96	616
2.	*Las clases de sistemáticas*	97	617
2.1.	Las sistemáticas en la historia dogmática	97	617
2.2.	Los posibles sistemas teóricos	98	617
3.	*Una sistemática bipartita del hecho punible: injusto culpable y punibilidad*	101	618
3.1.	Generalidades	101	618
3.2.	El merecimiento y la «necesidad» de pena	104	620
3.3.	El delito como injusto culpable	107	621
3.3.1.	La norma de conducta y la antijuridicidad *ex ante*	107	621
3.3.1.1.	Generalidades	107	621
3.3.1.2.	La perspectiva intersubjetiva ex ante	109	622
3.3.1.2.1.	*La delimitación de esferas y la orientación de conductas*	109	622
3.3.1.2.2.	*El medio de evitar resultados lesivos*	112	623
3.3.1.2.3.	*Las críticas de «imperativismo» y «enfoque policial»*	113	624
3.3.1.2.4.	*La utilidad dogmática de la adopción de la perspectiva ex ante*	114	624

	Nm.	Pág.
3.3.1.3. La relación entre la antijuridicidad (general) ex ante y la desaprobación típica (penal) ex ante	116	625
3.3.1.4. La relación entre la desaprobación típica ex ante y la justificación ex ante	119	626
3.3.2. El ámbito de la norma penal de sanción	122	627
3.3.2.1. Generalidades	122	627
3.3.2.2. La lesividad de la conducta —el resultado— como presupuesto de la desvaloración —tipicidad— ex post	124	628
3.3.2.2.1. Los términos del debate	124	628
3.3.2.2.2. La incidencia de la teoría de las normas	127	630
3.3.2.2.3. La cuestión sistemática	129	630
3.3.3. La antinormatividad como infracción plena de la norma de conducta	131	632
3.3.3.1. Preliminar: la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad	131	632
3.3.3.2. La distinción entre imputación subjetiva e imputación a título de culpabilidad	135	633
3.3.3.3. La antinormatividad plena: la culpabilidad	139	635
3.3.3.3.1. Lo intrínseco y lo extrínseco	139	635
3.3.3.3.2. El significado transcategorial de la noción de culpa	143	637
3.3.3.3.3. La «incapacidad» y la «dificultad» de autodeterminación conforme a las normas	145	637
3.3.4. La punibilidad como propiedad del delito en tanto que «penado por la ley»	147	638
VI. EL SIGNIFICADO DE LA PROVOCACIÓN EN LA TEORÍA DEL DELITO	148	639
1. La provocación de personas	148	639
2. La provocación de situaciones eximentes	151	640
3. El debate sobre las denominadas «incumbencias»	152	640
3.1. Las incumbencias como entidades deónticas	152	640
3.1.1. La imputación «anómala» y la «extraordinaria»	152	640
3.1.2. La discusión sobre la naturaleza de las incumbencias	154	641
3.1.3. Los problemas abiertos de la doctrina de las incumbencias	156	643
3.2. Las normas de conducta —principales y derivadas—	157	643
3.2.1. Las clases de normas derivadas	157	643
3.2.2. El posible espacio de las incumbencias: la conducción de la vida	161	645
3.2.2.1. Planteamiento	161	645
3.2.2.2. El sentido diacrónico del actuar humano	163	646
VII. EL SISTEMA DEL DELITO EN LA EXPOSICIÓN DE LA OBRA (UNA GUÍA)	167	648

		Nm.	Pág.
CAPÍTULO 9			
LA CONDUCTA HUMANA TÍPICA			651
I.	LA ACCIÓN COMO EXPRESIÓN DE SENTIDO IMPUTADA A UN AGENTE MORAL	1	653
1.	*Generalidades*	1	653
2.	*La condición humana*	4	655
3.	*Los entes carentes de acción*	6	656
3.1.	Los animales	6	656
3.2.	Las inteligencias artificiales	7	656
3.3.	Las personas jurídicas	8	657
3.4.	Los Estados	11	658
3.5.	El problema de la actuación colectiva o compartida	12	659
3.6.	Un balance	14	659
4.	*La acción humana, el principio del hecho y la lesividad*	15	660
II.	EL CONCEPTO DE ACCIÓN Y EL SUBNIVEL SISTEMÁTICO DE LA ACCIÓN	18	661
1.	*Generalidades*	18	661
1.1.	Precisiones conceptuales	18	661
1.2.	El uso ordinario del concepto de acción en Derecho penal	20	663
1.3.	La función del concepto de acción en el sistema del delito	21	663
2.	*La discusión sobre el concepto de acción en la historia de la dogmática*	22	664
2.1.	Un debate del siglo XX	22	664
2.2.	El sentido del debate entre las diversas «doctrinas» de la acción	23	664
3.	*La función del concepto de acción en el sistema*	28	666
III.	LA ATRIBUCIÓN DE SENTIDO Y LA IMPUTACIÓN EN LA ACCIÓN	30	667
1.	*Generalidades*	30	667
2.	*La atribución de sentido*	32	668
3.	*La dimensión de imputación mínima*	33	669
3.1.	La intuición y la reflexión	33	669
3.2.	Los motivos de primer orden y las razones	34	669
4.	*Los juicios de tipicidad objetiva, de imputación subjetiva y de culpabilidad*	37	670
IV.	LAS LLAMADAS CAUSAS DE AUSENCIA DE ACCIÓN	39	671
1.	*Generalidades*	39	671
2.	*La fuerza irresistible*	40	671
3.	*Los actos reflejos*	42	672
4.	*La inconsciencia*	43	673
V.	LOS GRUPOS DE CASOS OBJETO DE DISCUSIÓN	46	674
1.	*Los movimientos impulsivos*	46	674
2.	*Los automatismos*	50	676
3.	*Los trastornos del sueño*	52	677
4.	*La actio «libera» in causa y la ausencia de acción*	53	677
4.1.	Precisiones	53	677
4.2.	Las infracciones de normas derivadas y de incumbencias	54	678

	Nm.	Pág.
VI. LA ACCIÓN COMO CONDUCTA TÍPICA	56	679
1. Precisiones conceptuales	56	679
1.1. El tipo legal y el tipo de injusto	56	679
1.2. La relevancia procesal de la tipicidad de la conducta	59	680
2. El tipo de injusto como categoría sistemática	60	680
2.1. Generalidades	60	680
2.2. El contenido del juicio de tipicidad	62	681
2.2.1. Precisiones	62	681
2.2.2. Las concepciones formal y axiológico-material de la tipicidad	66	683
2.2.2.1. La comprensión formalista-significativa	66	683
2.2.2.2. La comprensión axiológica	67	683
2.2.2.3. El proceso histórico de configuración de la dimensión axiológica de la tipicidad	71	685
2.2.2.3.1. La tipicidad en el sistema neokantiano del delito	71	685
2.2.2.3.2. La tipicidad en el sistema finalista del delito	72	685

CAPÍTULO 10

LA TIPICIDAD *EX ANTE* (I). LA CONDUCTA DESAPROBADA DE COMISIÓN ACTIVA		687
I. EL CONTENIDO DEL JUICIO DE TIPICIDAD OBJETIVA EN LA COMISIÓN ACTIVA	1	693
1. Generalidades	1	693
2. La determinación de la tipicidad de la conducta como juicio de «imputación objetiva»	2	693
2.1. La historia dogmática	2	693
2.2. El debate en el seno de la doctrina de la imputación objetiva	5	695
2.2.1. Las cuatro cuestiones fundamentales	5	695
2.2.2. El modelo acogido	12	698
3. Las críticas externas a la doctrina de la imputación objetiva	14	699
II. LA CONDUCTA PENALMENTE DESAPROBADA *EX ANTE* COMO CONDUCTA TÍPICAMENTE RELEVANTE	17	701
1. Introducción	17	701
1.1. Los juicios de tipicidad *ex ante* y *ex post*	17	701
1.2. El juicio *ex ante*	19	702
1.2.1. El contenido del juicio acerca de la conducta desaprobada	19	702
1.2.2. El sentido del juicio de desaprobación de la conducta	23	703
2. Los elementos del juicio sobre el significado de la conducta	24	704
2.1. Generalidades	24	704

	Nm.	Pág.
2.2. El juicio sobre la probabilidad intersubjetiva *ex ante* de lesión	25	704
2.2.1. Las nociones de creación del riesgo, incremento del riesgo y disminución de la protección	25	704
2.2.2. La referencia al bien jurídico	28	706
2.2.3. Las bases del juicio	29	706
2.2.3.1. Generalidades	29	706
2.2.3.2. La experiencia social	31	707
2.2.3.3. Las características del sujeto pasivo	34	709
2.2.3.4. El incremento del riesgo	36	710
2.2.4. Los casos de disminución del riesgo	38	711
2.2.4.1. Disminución de un riesgo y sustitución de un riesgo por otro	38	711
2.2.4.2. La perspectiva del sujeto pasivo	42	713
2.2.5. El sujeto del juicio y sus sesgos	44	713
2.2.6. La ausencia de un riesgo intersubjetivo *ex ante*	46	714
2.2.6.1. El caso fortuito	46	714
2.2.6.2. La incidencia del principio de precaución	48	715
2.2.6.2.1. Generalidades	48	715
2.2.6.2.2. Los problemas del principio de precaución en Derecho penal	50	716
2.3. La dimensión de significado intersubjetivo	52	717
2.3.1. El significado de la modalización de la conducta	52	717
2.3.2. Los elementos normativos del tipo	54	718
2.3.2.1. Planteamiento	54	718
2.3.2.2. Las clases de elementos típicos	56	719
2.3.3. La dimensión significativa de los elementos internos	57	720
2.3.3.1. Generalidades	57	720
2.3.3.2. La distinción entre la conformación del sentido y la imputación subjetiva	59	721
2.3.3.3. Las capacidades lato sensu especiales del sujeto	61	721
2.3.3.3.1. Los conocimientos especiales	61	721
2.3.3.3.2. Las capacidades especiales	65	723
2.3.3.4. Las intenciones, los motivos y los móviles	67	724
2.3.3.4.1. Generalidades	67	724
2.3.3.4.2. La intención de producir el resultado	69	725
2.3.3.4.3. El concepto de «animus»	71	726
2.3.3.4.4. La ubicación sistemática de los llamados «elementos subjetivos» del injusto	72	726
2.3.3.4.5. La cuestión previa de la relevancia de los motivos	76	728
2.3.3.4.6. La ubicación sistemática de los motivos y los móviles	78	729
2.4. La relación con el sujeto pasivo	80	730
2.4.1. Generalidades y remisión	80	730

		Nm.	Pág.
III.	LA VALORACIÓN DEL SIGNIFICADO DE LA CONDUCTA: LOS RIESGOS PENALMENTE DESAPROBADOS Y NO DESAPROBADOS	82	731
1.	*Planteamiento*	82	731
2.	*El riesgo permitido*	85	732
2.1.	Generalidades	85	732
2.2.	La interrelación entre el riesgo permitido y la adecuación social	86	733
2.3.	El fundamento del riesgo permitido y su recepción en la teoría del delito	89	734
2.3.1.	La naturaleza extrapenal del riesgo permitido	89	734
2.3.2.	Los mecanismos de la permisión extrapenal de los riesgos	90	735
2.3.3.	Las condiciones generales de la permisión de riesgos .	93	736
2.3.3.1.	Planteamiento	93	736
2.3.3.2.	Las condiciones de permisión de riesgos	94	737
2.4.	La recepción de los riesgos permitidos en los tipos de delito .	95	737
2.4.1.	Las técnicas de apertura de los tipos	95	737
2.4.2.	El caso de los delitos dolosos	96	738
2.4.3.	El supuesto del riesgo concreto para bienes intrínsecos	97	738
2.4.4.	Entre la precaución y el riesgo permitido	99	739
2.5.	La procedimentalización y la automatización	101	740
3.	*La adecuación social*	102	741
3.1.	Generalidades	102	741
3.2.	Su fundamento	105	742
3.3.	Los problemas aplicativos de la adecuación social	106	742
3.4.	La adecuación social «cultural»	109	744
3.4.1.	Las variantes de la adecuación social	109	744
3.4.2.	Las dificultades para apreciar la adecuación social cultural	110	744
3.4.2.1.	El problema de la exención de responsabilidad de base cultural	110	744
3.4.2.2.	Algunos criterios para su manejo	112	746
3.5.	La tolerancia	114	747
3.5.1.	La tolerancia social	114	747
3.5.2.	La tolerancia jurídico-administrativa, jurídico-penal y del sujeto pasivo	115	747
4.	*Los principios generales de la interrelación personal*	118	748
4.1.	Generalidades	118	748
4.2.	La neutralidad de la conducta	120	749
4.2.1.	El concepto de «neutralidad»	120	749
4.2.1.1.	En la tradición del Derecho penal	120	749
4.2.1.2.	En otros sectores del Derecho	123	751
4.2.2.	El contenido de la neutralidad	124	751

	Nm.	Pág.
4.2.3. El estado de la discusión	128	753
4.2.3.1. Los espacios de consenso	128	753
4.2.3.2. El disenso	129	753
4.2.4. El límite absoluto	130	754
4.2.4.1. El riesgo concreto para bienes intrínsecos	130	754
4.2.4.2. Las razones de la doctrina estandarizadora	131	755
4.2.4.3. La generalización	132	755
4.2.5. La pérdida de la neutralidad	134	756
4.2.5.1. Las diversas situaciones	134	756
4.2.5.1.1. La reorganización de la propia posición jurídica	134	756
4.2.5.1.2. La concurrencia de deberes especiales	135	757
4.2.5.1.3. La posición de deber y la relevancia de prescindir de los conocimientos especiales	138	758
4.3. La prohibición de regreso	139	759
4.4. El principio de confianza	142	760
5. El riesgo general de la vida	144	761

CAPÍTULO 11

LA TIPICIDAD *EX ANTE* (II). LA CONDUCTA DESAPROBADA DE OMISIÓN. LA COMISIÓN POR OMISIÓN. LA INTERRUPCIÓN DE CURSOS SALVADORES 763

I. INTRODUCCIÓN	1	769
1. El concepto de omisión	1	769
1.1. Generalidades	1	769
1.2. La omisión como expresión de sentido	3	770
2. El problema moral y político de las omisiones	7	771
2.1. La gravedad moral de las omisiones	7	771
2.2. La restricción de la libertad mediante mandatos	9	772
2.3. La creciente complejidad social	12	774
3. La vulnerabilidad y la vinculación originarias como precondiciones antropológicas	13	774
3.1. La fragilidad y la dependencia interpersonal	13	774
3.2. La relevancia de las promesas	15	775
II. LAS CLASES DE OMISIONES	17	776
1. Las clasificaciones binarias	17	776
2. La distinción entre infracciones de deberes negativos y positivos	18	776
3. La profundización en la distinción entre deberes	19	777
3.1. Planteamiento	19	777
3.2. La autovinculación y las clases de omisiones	20	778
3.3. La política legislativa de las omisiones	23	779
3.4. La dominante doctrina binaria	24	780

		Nm.	Pág.
III.	EL CONCEPTO DE COMISIÓN POR OMISIÓN	25	780
1.	*Generalidades*	25	780
2.	*La doctrina de la posición de garante*	26	781
2.1.	Introducción. Las doctrinas causales-estructurales	26	781
2.2.	La doctrina funcional de la infracción del deber	28	782
2.2.1.	La doctrina del deber jurídico-formal y su progresiva materialización	28	782
2.2.2.	El significado de la obra de Armin Kaufmann	32	783
2.3.	La doctrina funcional de la equivalencia ético-social	35	785
2.4.	El regreso al método ontológico-estructural en las doctrinas del dominio social	38	786
2.5.	La unidad funcional de dos estructuras conceptuales diversas	43	788
3.	*La identidad típica de la comisión por omisión y comisión activa*	46	789
3.1.	Generalidades	46	789
3.2.	Los elementos para la reconstrucción del concepto dogmático de comisión por omisión	49	791
3.2.1.	La aproximación metodológica	49	791
3.2.2.	El elemento de exégesis legal	50	791
3.2.2.1.	Los verbos típicos como expresivos de acciones causales	50	791
3.2.2.2.	Los verbos típicos como expresivos de procesos causales lógicos	53	792
3.2.2.3.	La perspectiva significativa permanentemente adoptada en la tradición	54	793
3.3.	Los elementos dogmático-estructurales	56	794
3.3.1.	La teoría de las normas	56	794
3.3.2.	La doctrina del riesgo intersubjetivamente desaprobado	59	795
3.3.2.1.	Lo común a la comisión activa y a la comisión por omisión	59	795
3.3.2.2.	La relevancia de los compromisos	62	796
3.3.2.3.	El empeoramiento del estatus del bien jurídico como riesgo desaprobado	65	797
3.4.	El elemento axiológico-teleológico: los criterios del merecimiento de pena	67	798
IV.	LA ESTRUCTURA DEL TIPO DE COMISIÓN POR OMISIÓN	68	799
1.	*Generalidades*	68	799
2.	*La conducta penalmente desaprobada*	69	799
2.1.	La situación típica	69	799
2.1.1.	La situación de peligro	69	799
2.1.2.	La capacidad de realización de la conducta indicada	71	800
2.1.2.1.	La noción de capacidad	71	800
2.1.2.2.	La capacidad de disminuir el riesgo	72	800

		Nm.	Pág.
2.1.3.	La exigibilidad de la conducta indicada	74	801
2.2.	Las posiciones —o situaciones— de garantía	78	803
2.2.1.	Planteamiento	78	803
2.2.2.	La ley	82	804
2.2.2.1.	Las posiciones de garante familiares: conyugal y paternofilial	82	804
2.2.2.2.	La posición de garante del funcionario público en general	87	807
2.2.2.3.	La posición de garante en las fuerzas y cuerpos de seguridad	91	808
2.2.2.3.1.	*Las propuestas de solución enfrentadas*	91	808
2.2.2.3.2.	*La legislación española*	93	809
2.2.3.	El contrato y la asunción fáctica	94	810
2.2.3.1.	Generalidades	94	810
2.2.3.2.	La relevancia de la infracción de deberes contractuales	95	810
2.2.3.3.	La asunción fáctica —la promesa interpersonal— expresa e implícita	97	811
2.2.3.4.	La posición de garante del «empresario»	102	814
2.2.3.5.	El problema de las «organizaciones garantes»	103	814
2.2.3.5.1.	*Consideraciones generales*	103	814
2.2.3.5.2.	*La incidencia sobre las personas concretas*	105	815
2.2.3.5.3.	*El relevo de los garantes*	107	816
2.2.4.	La injerencia —el actuar u omitir precedente—	108	816
2.2.4.1.	Aproximación	108	816
2.2.4.2.	Las variantes del actuar precedente peligroso	111	817
2.2.4.3.	La posición restrictiva en materia de injerencia	115	819
2.2.4.3.1.	*Planteamiento*	115	819
2.2.4.3.2.	*La compatibilidad con la legislación*	117	820
2.2.4.3.3.	*El «omitir precedente»*	119	821
2.2.5.	La convergencia de posiciones de garante	121	822
2.3.	La equivalencia según el sentido del texto de la ley	122	822
2.3.1.	La naturaleza de las cláusulas legales de equivalencia	122	822
2.3.2.	El baremo de la equivalencia según el sentido del texto de la ley	126	824
2.3.3.	La restricción a los delitos consistentes en la producción de un resultado	127	825
2.3.3.1.	El problema de los delitos de mera actividad y de medios determinados	127	825
2.3.3.2.	La inclusión de la participación por omisión	129	826

		Nm.	Pág.
V.	LAS OMISIONES DE GRAVEDAD INTERMEDIA	132	827
	1. Planteamiento	132	827
	2. Las posibles técnicas legales para su tratamiento	134	828
	3. Conclusión	137	829
VI.	LOS DEBERES POSITIVOS GENERALES	138	830
	1. Generalidades	138	830
	2. El deber de socorro	140	831
	2.1. Generalidades	140	831
	2.2. Las diversas fundamentaciones	142	832
	3. El debate sobre el tratamiento jurídico de las omisiones de socorro	147	834
	3.1. La alternativa entre deberes positivos e incentivos	147	834
	3.2. La supererogación y el Derecho penal	148	834
	4. La doble naturaleza de las «cláusulas de inexigibilidad» de los delitos de omisión de socorro	149	835
	5. La responsabilidad civil	151	836
VII.	LOS CASOS PROBLEMÁTICOS EN LA DISTINCIÓN ENTRE COMISIÓN ACTIVA Y OMISIÓN	153	837
	1. La llamada «omisión por comisión»	153	837
	1.1. Generalidades	153	837
	1.2. Las estructuras de *omissio libera in causa*	154	837
	2. La interrupción de cursos salvadores propios	156	838
	2.1. Generalidades	156	838
	2.2. El caso de los aparatos de respiración, reanimación o alimentación	159	839
	3. Los casos de imprudencia	161	840
VIII.	LA INTERRUPCIÓN DE CURSOS SALVADORES AJENOS	164	841
	1. Generalidades	164	841
	2. El concepto dogmático	166	842
	2.1. La fenomenología de las situaciones	166	842
	2.2. La discusión acerca de su naturaleza jurídica	168	843
	3. La tipicidad de las interrupciones de cursos salvadores	169	844
	3.1. La conducta penalmente desaprobada	169	844
	3.1.1. La «interrupción» de cursos salvadores ya «consumados»	169	844
	3.1.2. La interrupción de cursos salvadores todavía no consumados	172	845
	3.1.2.1. La discusión sobre la naturaleza del curso salvador	172	845
	3.1.2.2. El curso salvador en fase interna	176	846
	3.1.2.3. La interrupción de cursos salvadores ajenos en la propia esfera de organización	177	847
	3.2. Remisión a los criterios generales de la teoría del delito	178	847

		Nm.	Pág.
CAPÍTULO 12			
LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA A TÍTULO DE DOLO			849
I.	EL JUICIO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA	1	855
1.	*Los juicios de tipicidad objetiva y de imputación subjetiva*	1	855
1.1.	Generalidades	1	855
1.2.	Los factores de complejidad	4	856
2.	*El significado específico de la imputación subjetiva*	7	857
2.1.	Planteamiento	7	857
2.2.	La exclusión de la responsabilidad objetiva	9	858
II.	EL DOLO COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA	12	860
1.	*Consideraciones metodológicas*	12	860
2.	*La definición convencional del dolo y de sus «clases»*	14	861
2.1.	El objeto y el contenido del dolo	14	861
2.2.	El dolo directo de primer grado	17	862
2.3.	El dolo de consecuencias necesarias	19	863
2.4.	El dolo eventual	20	863
2.5.	Un balance crítico	21	864
2.6.	La distinción entre el dolo natural y el dolo malo	24	865
2.6.1.	Planteamiento	24	865
2.6.2.	Consideraciones críticas sobre el estado de la cuestión	26	866
2.7.	Las doctrinas de la denominada «doble posición» del dolo	28	867
III.	EL FUNDAMENTO DEL MAYOR CASTIGO DE LA CONDUCTA IMPUTADA A TÍTULO DE DOLO	30	868
1.	*Un enfoque teleológico*	30	868
2.	*Las doctrinas preventivas*	31	868
3.	*Las doctrinas retributivas*	34	870
4.	*Un balance*	36	870
IV.	EL OBJETO Y EL CONTENIDO DEL DOLO	37	871
1.	*Planteamiento*	37	871
2.	*El objeto del dolo*	38	871
2.1.	El significado de la conducta típicamente desaprobada	38	871
2.2.	Los elementos descriptivos y los normativos	39	872
2.2.1.	La clasificación de los elementos del tipo	39	872
2.2.2.	Los elementos normativos de sentido y de valoración —sociales y jurídicos—	41	873
3.	*El debate sobre el contenido del dolo*	44	874
3.1.	La discusión tradicional	44	874
3.1.1.	Generalidades	44	874
3.1.2.	Las teorías del consentimiento y de la probabilidad	45	875
3.1.3.	La evolución de la jurisprudencia española	47	876
3.2.	El replanteamiento metodológico	48	876
3.2.1.	El marco del debate actual sobre el contenido del dolo	48	876

		Nm.	Pág.
V.	LOS MÉTODOS DE APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE «CONOCIMIENTO»	52	878
	1. Generalidades	52	878
	1.1. La naturaleza del «conocimiento»	52	878
	1.2. El concepto descriptivo de conocimiento	55	879
	1.3. El método adscriptivo	58	880
	1.3.1. El juicio de adscripción de conocimiento	58	880
	1.3.2. La base fáctica del juicio	60	881
	2. La acogida de la opción descriptiva en la jurisprudencia	62	882
	3. La opción por el método adscriptivo equilibrado con una orientación individual	65	883
	3.1. Generalidades	65	883
	3.2. Los indicadores en la regla de imputación del conocimiento	66	884
	4. La necesidad de corregir la praxis social de imputación	68	885
VI.	LA RECONSTRUCCIÓN DEL CONTENIDO DEL DOLO	70	886
	1. Una precisión	70	886
	2. El contenido cognitivo del dolo	71	887
	2.1. La cognición como congruencia de lo intersubjetivo y lo subjetivo	71	887
	2.2. Los problemas de la dimensión cognitiva del dolo	75	888
	2.2.1. La ausencia de representación clara en los hechos impulsivos	75	888
	2.2.2. Las representaciones (y la ausencia de representación) «irracionales»	77	889
	3. El contenido volitivo del dolo	78	890
	3.1. La incorporación de la volición y sus consecuencias	78	890
	3.2. Balance relativo a la doctrina dominante	79	890
	4. La relevancia de las emociones	81	891
	4.1. Planteamiento	81	891
	4.2. El conocimiento emocional	82	892
	4.2.1. Las doctrinas contrarias y su cuestionamiento	82	892
	4.2.2. El ser humano como agente emocional	84	893
VII.	LA DELIMITACIÓN DE DOLO E IMPRUDENCIA	88	895
	1. La frontera entre el dolo eventual y la imprudencia consciente	88	895
	2. La atenuación de la pena del dolo eventual	92	896
	2.1. Planteamiento	92	896
	2.2. Las propuestas de una tripartición de criterios de imputación subjetiva	93	897
	3. La frontera entre el dolo y la imprudencia inconsciente	94	898
	3.1. La denominada co-consciencia	94	898
	3.1.1. Aproximación conceptual	94	898
	3.1.2. La persistente ambigüedad de la figura	96	899

		Nm.	Pág.
3.2.	La ignorancia deliberada dolosa o culposa	98	900
3.2.1.	Los debates angloamericano y continental europeo	98	900
3.2.2.	El método de argumentación	101	901
3.2.2.1.	Las perspectivas teleológica-axiológica, exegético-legal y estructural-conceptual	101	901
3.2.2.2.	La aplicación del modelo expuesto	103	902
3.2.2.2.1.	*En el plano teleológico-axiológico*	103	902
3.2.2.2.2.	*En el plano exegético-legal*	105	903
3.2.2.2.3.	*En el plano estructural-conceptual*	107	904
4.	*Conclusión: el contenido cognitivo-práctico del dolo*	108	904
VIII.	LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA DOLOSA EN LOS DELITOS DE OMISIÓN	112	906
IX.	EL ERROR EXCLUYENTE DEL DOLO	114	907
1.	*Los intentos de distinción entre clases de errores penalmente relevantes*	114	907
2.	*El marco legal: El error sobre el «hecho» y el error sobre su «licitud»*	118	908
3.	*Los elementos del «hecho constitutivo de la infracción penal»*	121	910
3.1.	Los elementos fácticos —brutos y sociales— del objeto del dolo	121	910
3.2.	Los elementos jurídicos del objeto del dolo	125	911
3.2.1.	Los elementos normativos de sentido jurídico	125	911
3.2.2.	Las valoraciones jurídicas	126	912
3.2.3.	La cuestión de la «valoración» paralela en la esfera del profano	129	913
3.2.4.	Una referencia a las clases de delitos	131	914
4.	*La vencibilidad y la invencibilidad del error*	134	916
4.1.	Generalidades	134	916
4.2.	Los criterios de la vencibilidad del error	136	917
5.	*Algunos supuestos especiales de error*	141	919
5.1.	El error sobre elementos típicos accidentales —propios de los tipos cualificados y privilegiados—	141	919
5.1.1.	Generalidades. Los errores sobre elementos de tipos cualificados	141	919
5.1.2.	Los errores sobre los elementos de tipos privilegiados	143	919
5.2.	El problema de la concreción del dolo	145	920
5.2.1.	Generalidades	145	920
5.2.2.	El error sobre la persona (*error in persona*)	148	921
5.2.3.	El error en el golpe (*aberratio ictus*)	150	922
5.2.4.	Los «errores sobre el proceso causal»	153	924
5.2.5.	El dolo general (*dolus generalis*)	156	925
5.3.	El dolo de los sujetos con patologías mentales	159	926
6.	*La responsabilidad civil en los casos de error de tipo con efecto absolutorio*	161	927
X.	LOS LLAMADOS «ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO»	162	928

		Nm.	Pág.
CAPÍTULO 13			
LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA A TÍTULO DE IMPRUDENCIA			931
I.	EL FUNDAMENTO DE LA SANCIÓN PENAL DE HECHOS NO DOLOSOS	1	935
	1. Los hechos fortuitos	1	935
	2. Las conductas imprudentes	3	936
	3. El significado del obrar imprudente	5	937
	3.1. La falta de pleno reconocimiento del otro	5	937
	3.2. La insolidaridad cualificada	7	938
	4. Las imprudencias punibles	9	939
II.	LA ESTRUCTURA DE LOS MODELOS LEGALES DE INCRIMINACIÓN DE LA IMPRUDENCIA	11	940
	1. Las características generales	11	940
	2. La exigencia de determinación expresa: el sistema de numerus clausus	13	941
	2.1. Planteamiento	13	941
	2.2. Los problemas actuales del modelo legal de incriminación cerrada	15	942
	2.2.1. El problema axiológico	15	942
	2.2.2. La tendencia a la ampliación de los hechos punibles imprudentes	17	942
	2.2.3. El tratamiento de los casos de culpa iuris (error vencible de Derecho)	18	943
	2.2.3.1. Planteamiento	18	943
	2.2.3.2. Los errores vencibles de hecho —culpa facti—	20	944
	2.2.3.3. Los errores vencibles de Derecho —culpa iuris—	22	944
	2.2.3.3.1. Las divergencias doctrinales	22	944
	2.2.3.3.2. La culpa iuris criminalis	25	946
	2.3. Otras cuestiones derivadas del sistema de *numerus clausus*	26	946
	3. Las expresiones legales relativas al obrar imprudente	28	947
	3.1. Generalidades	28	947
	3.2. El problema de legalidad	30	948
	3.2.1. La imprudencia como cuestión judicial	30	948
	3.2.2. El debate sobre el mandato de determinación	31	948
	3.2.3. La imprudencia y el sistema multinivel de fuentes del Derecho	32	949
	3.2.3.1. Las disposiciones administrativas y las leges artis	32	949
	3.2.3.2. Los estándares jurídico-civiles de cuidado y la máxima de neminem laedere	35	950
	3.2.3.3. Matizaciones a la doctrina del «indicio»	36	951
	4. La relevancia decisiva de la producción del resultado típico	39	952
	4.1. Las diferentes perspectivas	39	952

		Nm.	Pág.
	4.2. El resultado como condición de la tipicidad	43	954
	4.3. La sanción de las «imprudencias sin resultado»	45	955
	5. Las clases de imprudencia	46	955
	5.1. Generalidades	46	955
	5.2. Las distinciones fundamentales	47	956
	5.2.1. La imprudencia consciente y la inconsciente	47	956
	5.2.2. La imprudencia grave, menos grave y leve	48	956
	5.2.2.1. Las distinciones históricas	48	956
	5.2.2.2. El problema de la imprudencia leve	49	957
	5.2.2.3. La distinción vigente en España: imprudencia grave y menos grave	52	958
	5.2.2.3.1. Generalidades	52	958
	5.2.2.3.2. El criterio de la distinción	54	959
III.	LA IMPRUDENCIA EN EL SISTEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO	56	960
	1. Generalidades	56	960
	1.1. Los términos de la ley	56	960
	1.2. La relación entre dolo e imprudencia como *plus/minus* o *aliud*	58	961
	2. La discusión sobre la ubicación sistemática de la imprudencia	61	962
	2.1. La evolución doctrinal del último siglo y medio	61	962
	2.2. El marco doctrinal actual	67	965
	3. La teoría de las normas de conducta	68	966
	3.1. Los tres posibles planteamientos de teoría de las normas	68	966
	3.1.1. Los dos planteamientos que no se acogen en esta obra	68	966
	3.1.2. La concepción acogida	70	966
	3.2. La diferencia entre dolo e imprudencia	72	967
	4. La «imprudencia intersubjetiva-general» y la individual-personal	75	968
	4.1. Planteamiento	75	968
	4.2. Los conocimientos y capacidades superiores e inferiores	77	969
IV.	EL TIPO OBJETIVO EN EL DELITO IMPRUDENTE (REMISIÓN A LOS CAPÍTULOS 10, 11 Y 14)	80	970
	1. El comportamiento penalmente desaprobado	80	970
	1.1. Los elementos constitutivos	80	970
	1.2. Un problema práctico-aplicativo	82	971
	2. La producción del resultado y su imputación objetiva a la conducta desaprobada	84	972
V.	LA IMPRUDENCIA COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA	85	972
	1. Consideraciones generales	85	972
	2. El criterio de la imputación subjetiva imprudente —la exigibilidad de evitación—	88	973
	2.1. La posibilidad de conocer, la evitabilidad y la exigibilidad	88	973

		Nm.	Pág.
2.2.	Su referencia a la conducta desaprobada	90	974
2.3.	Algunos ejemplos	92	975
3.	*La imprudencia consciente*	94	976
3.1.	Una aproximación conceptual	94	976
3.2.	Las concreciones	95	976
3.2.1.	Los casos de imprudencia consciente	95	976
3.2.2.	Los factores determinantes del comportamiento imprudente	98	978
3.3.	El problema temporal en la imprudencia consciente y el límite con la culpa inconsciente	101	979
3.3.1.	La existencia de tres planos de deberes	101	979
3.3.1.1.	El deber de examen e información	101	979
3.3.1.2.	El deber de capacitación	102	979
3.3.1.3.	El deber de actuación correcta en el momento del peligro	103	980
3.3.2.	La incidencia de la teoría de las normas de conducta	104	980
3.3.2.1.	Planteamiento	104	980
3.3.2.2.	La congruencia objetivo-subjetiva	105	981
3.3.2.3.	La fase previa —los «actos preparatorios»— en la imprudencia	108	982
3.3.2.3.1.	*Planteamiento*	108	982
3.3.2.3.2.	*Las conductas de favorecimiento imprudente previo del propio actuar posterior desaprobado —pero no imputable subjetivamente—*	109	983
3.3.2.3.3.	*El tránsito del ámbito de las «normas de conducta derivadas» al de las «incumbencias»*	113	984
4.	*La imprudencia inconsciente*	114	985
4.1.	Generalidades	114	985
4.2.	El debate sobre su castigo	115	985
4.2.1.	En el ámbito angloamericano	115	985
4.2.2.	En la tradición jurídica de cuño alemán	118	987
4.3.	Las doctrinas sobre el fundamento del castigo de la imprudencia inconsciente	119	987
4.3.1.	Planteamiento	119	987
4.3.2.	Un análisis de las posiciones dogmáticas	121	988
4.3.2.1.	La búsqueda de una imprudencia consciente previa	121	988
4.3.2.2.	La búsqueda de una culpabilidad por el hecho derivada de la propia conducción de la vida	124	989
4.3.2.3.	El baremo de la conformidad con el rol	126	990
4.3.3.	Un balance	128	991
VI.	LA PRETERINTENCIONALIDAD Y LOS DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO	130	993
1.	*La tradición del versari in re illicita*	130	993
2.	*Algunas manifestaciones persistentes*	133	994

	Nm.	Pág.
CAPÍTULO 14		
LA TIPICIDAD *EX POST*. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO		995
I. LA TIPICIDAD COMO JUICIO *EX POST* Y LA PRODUCCIÓN DEL RESULTADO	1	1001
1. Generalidades	1	1001
2. El concepto y la función del resultado	2	1001
2.1. Los tres sentidos del término	2	1001
2.2. La ubicación sistemática del resultado y la relevancia de su vinculación con la conducta	6	1003
2.3. La distinción entre delitos de «mera actividad» y de resultado	10	1005
2.4. Balance: La teoría del resultado típicamente relevante	14	1006
2.5. La insignificancia del resultado	15	1007
2.5.1. El principio de insignificancia y sus límites	15	1007
2.5.2. El ámbito de aplicación	16	1008
2.5.3. La ubicación sistemática	18	1008
II. LA «REALIZACIÓN DEL RIESGO EN EL RESULTADO» EN LOS DELITOS DE COMISIÓN ACTIVA (1): LAS CUESTIONES DE CAUSALIDAD	20	1010
1. La relación de sentido y la causalidad	20	1010
1.1. Generalidades	20	1010
1.2. El papel de la causalidad	21	1010
2. La causación del resultado	23	1011
2.1. Causalidad, determinación e indeterminación	23	1011
2.2. Causalidad real y gnoseológica	25	1012
2.2.1. Planteamiento	25	1012
2.2.2. La causalidad como relación «real»	26	1013
2.2.3. La causalidad como relación mental	28	1013
2.3. La doctrina de la equivalencia de las condiciones	29	1014
2.3.1. Las doctrinas individualizadoras y generalizadoras de la causalidad	29	1014
2.3.2. La crítica por exceso a la doctrina de la equivalencia	32	1015
2.3.3. La crítica por defecto	34	1016
2.3.3.1. Planteamiento	34	1016
2.3.3.2. Los supuestos de causalidad alternativa	36	1017
2.3.3.3. Los casos de causalidad sustitutiva	37	1017
2.3.3.4. Los ejemplos de causalidad acumulativa	39	1018
2.3.3.5. Un balance	42	1020
2.4. El debate actual sobre la causalidad	43	1021
2.4.1. La causalidad conforme a leyes de experiencia científica	43	1021
2.4.1.1. Planteamiento	43	1021
2.4.1.2. El modo de operar	44	1021
2.4.2. La doctrina de la condición NESS	47	1023

	Nm.	Pág.
2.4.3. Las doctrinas estrictamente contrafácticas	50	1024
2.4.4. Un balance	53	1025
2.5. El problema de las correlaciones estadísticas	55	1026
2.5.1. Planteamiento	55	1026
2.5.2. La naturaleza del vínculo entre conducta y resultado	57	1027
2.5.2.1. Los casos	57	1027
2.5.2.2. Lo sustantivo y lo procesal	58	1028
2.5.2.2.1. El nexo entre conducta y resultado como cuestión de adscripción	58	1028
2.5.2.2.2. Los indicadores de la relación de sentido	60	1028
2.5.2.2.2.1. Planteamiento	60	1028
2.5.2.2.2.2. Los términos del debate	61	1029
2.5.2.2.2.3. Una posible conclusión	63	1030
2.5.2.3. El método de aproximación a los casos	66	1031
2.5.2.3.1. Los tres requisitos de la regla de adscripción de sentido	66	1031
2.5.2.3.1.1. Planteamiento	66	1031
2.5.2.3.1.2. La correlación estadística	68	1032
2.5.2.3.1.3. El efecto de intensificación	70	1033
2.5.2.3.1.4. La exclusión de explicaciones alternativas	71	1033
2.5.2.3.2. Otras incertidumbres adicionales	74	1034
2.5.2.3.2.1. Los casos de sinergias	74	1034
2.5.2.3.2.2. Los casos de imposibilidad de identificación de las víctimas concretas	76	1035
III. LA «REALIZACIÓN DEL RIESGO EN EL RESULTADO» EN LOS DELITOS DE COMISIÓN ACTIVA (2): EL PLANO JURÍDICO	77	1036
1. Generalidades	77	1036
1.1. Lo lógico-empírico y lo significativo-jurídico	77	1036
1.2. Una panorámica de los criterios doctrinales	78	1036
2. Las doctrinas del comportamiento alternativo conforme a Derecho	79	1037
2.1. Distinciones	79	1037
2.1.1. El pensamiento en alternativas	79	1037
2.1.2. La relevancia de los cursos causales hipotéticos	80	1037
2.1.2.1. Generalidades	80	1037
2.1.2.2. La argumentación ex post	81	1038
2.1.2.3. La argumentación ex ante	83	1039
2.2. La doctrina de la evitabilidad	84	1039
2.2.1. Planteamiento	84	1039
2.2.2. La discusión sobre la vigencia del principio *in dubio pro reo*	86	1040
2.2.3. Los problemas de aplicación en los casos de riesgo permitido	89	1041

	Nm.	Pág.
2.2.4. La evitabilidad como «evitabilidad individual»	93	1043
2.3. La doctrina de la causalidad de la infracción del deber	94	1043
2.4. La doctrina del incremento del riesgo *ex post*	97	1045
2.4.1. Generalidades	97	1045
2.4.2. La pretensión de la doctrina	98	1045
2.4.3. Las críticas	99	1046
2.4.4. La propuesta de una versión gradualista	102	1047
2.5. La doctrina del fin de protección de la norma	105	1048
2.5.1. Planteamiento	105	1048
2.5.2. La relación teleológica	108	1049
3. La relación de imputación objetiva como juicio de sentido susceptible de cuantificación	111	1051
3.1. Las interacciones de conductas	111	1051
3.2. La gradualidad del nexo de imputación objetiva	113	1051
4. La relación de la doctrina de la imputación objetiva con el debate sobre la «concreción» del dolo	117	1053
4.1. Planteamiento	117	1053
4.2. Las «desviaciones» del curso causal, o cursos causales «irregulares»	118	1053
4.3. Una propuesta de solución	120	1054
5. El nexo de imputación objetiva en los supuestos de actuaciones sucesivas de varios sujetos activos	122	1055
5.1. Planteamiento	122	1055
5.2. Las distintas variantes	123	1056
5.2.1. Las actuaciones sucesivas de sujetos desvinculados	123	1056
5.2.1.1. Las actuaciones sucesivas a una conducta dolosa inicial	123	1056
5.2.1.2. Las actuaciones sucesivas a una conducta imprudente inicial	125	1057
5.2.1.2.1. Planteamiento	125	1057
5.2.1.2.2. Los criterios objetivos aplicables	127	1058
IV. LA INTERACCIÓN ENTRE EL SUJETO ACTIVO Y EL SUJETO PASIVO	130	1059
1. Introducción	130	1059
2. La llamada «victimo-dogmática»	133	1060
2.1. Generalidades	133	1060
2.2. Algunas concreciones	135	1061
3. La participación en una autopuesta en peligro ajena	137	1063
4. La heteropuesta en peligro consentida y la organización conjunta	139	1064
5. La concurrencia de riesgos imprudentes: la «desorganización» conjunta	142	1065
5.1. La pluralidad de sujetos activos y pasivos	142	1065
5.2. La relevancia de la conducta del sujeto pasivo	143	1066
5.2.1. El «consentimiento al riesgo»	143	1066
5.2.2. La omisión de medidas de autoprotección del sujeto pasivo en casos de imprudencia	145	1067

		Nm.	Pág.
	5.2.2.1. Planteamiento	145	1067
	5.2.2.2. Una propuesta de solución	147	1067
	5.2.2.3. La responsabilidad civil	148	1068
6.	*El comportamiento posterior del sujeto pasivo*	149	1068
6.1.	El comportamiento del sujeto pasivo no excluyente de la desaprobación de la conducta, sino de la imputación objetiva del resultado	149	1068
6.1.1.	La renuncia a la autoprotección en casos de estafa	149	1068
6.1.2.	Las altas voluntarias y los documentos de voluntades anticipadas	150	1069
6.2.	La autopuesta en peligro como reacción del sujeto pasivo de una agresión	152	1070
V.	LA ACTUACIÓN SALVADORA DE UN TERCERO SOCORRISTA	154	1071
1.	*Planteamiento*	154	1071
2.	*Los casos de obligación de actuar*	155	1071
3.	*Los casos de conductas supererogatorias*	157	1072
VI.	EL PROBLEMA DE LOS RESULTADOS DIFERIDOS EN EL TIEMPO	159	1073
1.	*Planteamiento*	159	1073
2.	*Criterios para la solución de los casos*	160	1074
2.1.	Los tres primeros grupos de casos	160	1074
2.2.	Los daños tardíos directos	162	1075
VII.	LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO EN LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN Y EN LA INTERRUPCIÓN DE CURSOS CAUSALES SALVADORES	165	1076
1.	*La causalidad en las omisiones*	165	1076
1.1.	Presupuestos conceptuales	165	1076
1.2.	La causalidad en los delitos de comisión por omisión	168	1078
1.3.	La articulación de la doctrina del comportamiento desaprobado y de la imputación objetiva del resultado en la comisión por omisión	171	1079
1.3.1.	Consideraciones generales	171	1079
1.3.2.	La opción por la doctrina de la «disminución de oportunidades»	173	1080
1.3.3.	Las consecuencias prácticas de la acogida de esta posición	177	1082
	1.3.3.1. Planteamiento	177	1082
	1.3.3.2. Algunos ejemplos	178	1083
1.3.4.	El caso de los garantes sucesivos	179	1084
2.	*La imputación objetiva del resultado en los casos de interrupción de cursos causales salvadores*	181	1085
2.1.	Planteamiento	181	1085
2.2.	Una propuesta de solución	184	1086

ABREVIATURAS

I. GENERALES

AA.VV.:	autores varios
CC:	Código civil español
CE:	Constitución Española
CEDH:	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CIDH:	Convención Interamericana de Derechos Humanos/ Corte Interamericana de Derechos Humanos
cfr.:	véase
CP:	Código penal español
D.:	Digesto
Ed.:	responsable de la edición
ER:	Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional
et al.:	y otros (*et alii*).
FG:	Festgabe
FS:	Festschrift
GS:	Gedächtnisschrift
Hrsg.:	Herausgeber
LA:	*Liber Amicorum*
LEC:	Ley de Enjuiciamiento Civil. España
LECrim:	Ley de Enjuiciamiento Criminal. España
LH:	Libro Homenaje
LOPJ:	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTC:	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LPAC:	Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LSC:	Ley de Sociedades de Capital
MPC:	Model Penal Code
n.:	nota al pie
nm.:	Número marginal
§:	Parágrafo
PE:	Parte especial
PG:	Parte general
RAE:	Real Academia Española de la Lengua
s./ss.:	Siguiente/Siguientes
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional. España
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo. España
TC:	Tribunal Constitucional. España
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS:	Tribunal Supremo. España

II. DE TÍTULOS DE REVISTAS

AcP:	Archiv für die civilistische Praxis
ADPCP:	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AF:	Anuario Filosófico
AFD:	Anuario de Filosofía del Derecho
AFDUA:	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá
AFDUAM:	Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
AHDE:	Anuario de Historia del Derecho Español
AJCL:	American Journal of Comparative Law
American Crim. L. R.:	American Criminal Law Review
American Ph. Q:	American Philosophical Quarterly
AöR:	Archiv für öffentliches Recht
AP:	Actualidad Penal
ArP:	Archivio Penale
ARCrim:	Annual Review of Criminology
ARSP:	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Brigham Young U.J.P.L.:	Brigham Young University Journal of Public Law
Buffalo C. L. R.:	Buffalo Criminal Law Review
Canadian J. L. J.:	Canadian Journal of Law & Jurisprudence
CDJ:	Cuadernos de derecho judicial
CDJP:	Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal
CPC:	Cuadernos de Política Criminal
CL&Phil:	Criminal Law and Philosophy
C. L. R.:	Criminal Law Review (precedido del nombre de la Universidad o del Estado)
Disc.:	Discusiones. Argentina
Doxa:	DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho
DPC:	Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional. Colombia
DPC-RT:	Diritto Penale Contemporaneo-Rivista Trimestrale
DpyC:	Derecho penal y Criminología
DZPhil:	Deutsche Zeitschrift für Philosophie
EnL:	En Letra. Argentina
EPC:	Estudios Penales y Criminológicos
Eunomía:	Eunomía. Revista en cultura de la legalidad
European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice:	European J. C. C. L.& C. J
FICP:	Revista Foro FICP - Fundación Internacional de Ciencias Penales
GA:	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GS:	Der Gerichtssaal
Harvard J. L.:	Harvard Journal on Legislation
Howard J. C. J.:	*Howard Journal of Criminal Justice*

HRRS:	HRR-Strafrecht.de Online-Zeitschrift und Rechtsprechungsdatenbank
icade:	Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de Icade.
InDret:	InDret. Revista para el Análisis del Derecho
IP:	Indice Penale
JAPh:	Journal of Applied Philosophy
J. C. L.:	Journal of Criminal Law (precedido del nombre de la institución o del Estado)
J. C. L. & Cr:	The Journal of Criminal Law & Criminology
JD:	Jueces para la Democracia. Revista
JICJ:	Journal of International Criminal Justice
JLASC:	University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change
J. of L. & Religion:	Journal of Law and Religion
JLS:	Journal of Legal Studies
J. Med. & Phil:	Journal of Medicine and Philosophy
JR:	Juristische Rundschau
JRE:	Jahrbuch für Recht und Ethik
JuS:	Juristische Schulung
JZ:	Juristen Zeitung
KrimJ:	Kriminologiches Journal
KriPoZ:	Kriminalpolitische Zeitschrift
KritJ:	Kritische Justiz
KritV:	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
L. J.:	Law Journal (precedido por el nombre de la Universidad o del Estado)
LL:	La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía
LL-A:	La Ley. Revista Jurídica Argentina
LLC:	La Ley Compliance
L&Ph:	Law and Philosophy
LQR:	The Law Quarterly Review
L. R.:	Law Review (precedido por el nombre de la institución o del Estado)
LTh:	Legal Theory
Minnesota J. L. Sc. & T.:	Minnesota Journal of Law Science & Technology
MittIKV:	Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung
MDR:	Monatsschrift für Deutsches Recht
MLR:	The Modern Law Review
NCLJ:	New Criminal Law Journal
NCLR:	New Criminal Law Review
NFP:	Nuevo Foro Penal
NJW:	Neue Juristische Wochenschrift

NStZ:	Neue Zeitschrift für Strafrecht
Ohio S. J. C. L.:	Ohio State Journal of Criminal Law
OJLS:	Oxford Journal of Legal Studies
PolítCrim:	Política Criminal. Chile
PJ:	Revista del Poder Judicial.
PyD:	Persona y Derecho
RChD:	Revista Chilena de Derecho
RChDCP:	Revista chilena de derecho y ciencias penales
RCP:	Revista de Ciencias Penales. Chile
RD:	Revista de Derecho (Valdivia). Chile
RDCirc:	Revista de Derecho de la Circulación
RDF:	Revista de Derechos Fundamentales
RDP:	Revista de Derecho Penal. Argentina
RDPC:	Revista de Derecho Penal y Criminología. UNED
RDPCExt:	Revista de Derecho Penal y Criminología. U. Externado de Colombia
RDyPP:	Revista de Derecho y Proceso Penal
RECPC:	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
REDConst:	Revista Española de Derecho Constitucional
REDF:	Revista Europea de Derechos Fundamentales
REJ:	Revista de Estudios de la Justicia. Chile
Revus:	Journal for constitutional theory and philosophy of law
RFDUC:	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
RFDUM:	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid
Rg:	Rechtsgeschichte
RGDP:	Revista General de Derecho Penal
RGLJ:	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RIDC:	Rivista Internazionale di Diritto Comune
RIDPP:	Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale
RIThD:	Revue Internationale de la Théorie du Droit
RJCat:	Revista Jurídica de Catalunya
RP:	Revista Penal
RPDyJP:	Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales
RphZ:	Zeitschrift für Rechtsphilosophie
RTDPE:	Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia
RVAP:	Revista Vasca de Administración Pública
RW:	Rechtswissenschaft
SchwZStr:	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
St. L. R.:	State Law Review (precedido por el nombre del Estado)
Soc. Phil. & Policy:	Social Philosophy and Policy
SJZ:	Süddeutsche Juristen-Zeitung
ThCrim:	Theoretical Criminology

TyD:	Teoría y Derecho
U. J. R.:	University Jurisprudence Review (precedido por el nombre de la Universidad)
U. L. R.:	University Law Review (precedido por el nombre la Universidad)
ZAW:	Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie
ZIS:	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik/ Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft
ZStW:	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

OBRAS REITERADAMENTE CITADAS

Se enumeran aquí las obras generales que se citan de modo reiterado y no se incluyen en las listas bibliográficas de los distintos capítulos. Así pues, las respectivas citas al pie deben ser integradas con la referencia completa que aquí se contiene para identificar correctamente la obra.

I. TRATADOS

Binding, Handbuch des Strafrechts, 1885.

Binding, Die Normen und ihre Übertretung. I. Normen und Strafgesetze, 1872 (2.ª, 1890; 4.ª, 1922).

II.1. Schuld und Vorsatz. Zurechnungsfähigkeit, Schuld, 2.ª, 1914.

II.2. Schuld und Vorsatz. Der rechtswidrige Vorsatz, 2.ª, 1916.

III. Der Irrtum, 2.ª, 1918.

IV. Die Fahrlässigkeit, 1919.

Carrara, Programma del corso di diritto criminale. Parte Generale, I, 1867.

Cerezo Mir, Derecho penal. Parte General, 2008.

Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, 1.ª, 1801; 3.ª, 1805; 4.ª, 1808; 6.ª, 1818; 8.ª, 1823; 9.ª, 1826; 10.ª, 1828; 11.ª, 1832; 13.ª, 1840; 14.ª, 1847.

Freund/Rostalski, Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre, 3.ª, 2019.

Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 1983 (2.ª, 1988).

Jakobs, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2.ª, 1991.

Köhler, Strafrecht AT, 1997.

von Liszt, Tratado de Derecho penal, tomos I, II y III, 3.ª (trad. de la 20.ª ed. alemana).

M.E. Mayer, Derecho penal. Parte General (1915), 2007.

Merkel, Derecho penal. Parte general s/f. (reimpr. 2004).

Mir Puig, Derecho penal. PG, 10.ª, 2016.

Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, I, 4.ª, 2006.

Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, II, 2003.

Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, I, 5.ª, 2020.

Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11.ª, 1969.

II. INTRODUCCIONES Y OBRAS TEÓRICAS GENERALES

Alexander/Ferzan, Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law, 2009.

Alexander/Ferzan, Reflections on Crime and Culpability, 2018.

Alfonso de Castro, De potestate legis poenalis, 1568.

Aristóteles, Ética a Nicómaco.

Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906.

Duff, The Realm of Criminal Law, 2018.

Fletcher, Rethinking Criminal Law, 1978.

Fletcher, Conceptos básicos de derecho penal, 1997.

Gimbernat Ordeig, Concepto y método de la ciencia del Derecho penal (1966), 1999.

Hassemer, Fundamentos del Derecho penal, 1984.

Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012.

Mir Puig, Introducción a las bases del Derecho penal, 1976.

Mir Puig, Función de la pena y teoría del delito, 1981 (2.ª, 1982).

Moore, Placing Blame: A Theory of the Criminal Law, 1997.

Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012 (= El injusto del ciudadano, 2023).

Robinson, Structure and Function in Criminal Law, 1997.

Roxin, Política criminal y sistema del Derecho penal, 1972.

Roxin, Problemas fundamentales del Derecho penal, 1976.

Silva Sánchez, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, 1992 (2.ª ed., 2010).

Silva Sánchez, La expansión del Derecho penal, 1999 (2.ª, 2001; 3.ª, 2011).

Silva Sánchez, En busca del Derecho penal, 2015 (2.ª, 2023).

Silva Sánchez, Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal, 2018.

Tomás de Aquino, Suma Teológica (1265-1274).

Vives Antón, Fundamentos del Derecho penal, 2.ª, 2011.

III. LIBROS HOMENAJE (POR ORDEN ALFABÉTICO)

Moral Puzzles and Legal Perplexities. Essays on the Influence of Larry Alexander, 2019 (FS Alexander).

Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70 Geburtstag, 2009 (FS Amelung).

Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, 2017 (LH Costa Andrade).

Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista, 2021 (LH Arroyo Zapatero).

Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo, 2004 (LH Bacigalupo).

Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo, 2016 (LH Bajo Fernández).

Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In memoriam, 2001 (LH Barbero Santos).

Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, 2022 (LH Berdugo).

Libro-Homenaje al Prof. Antonio Beristain, 1989 (LH Beristain).

Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015 (FS Beulke).

Estudios de Derecho penal en memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez, 2011 (LH Bustos Ramírez).

Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, 1998 (LH Casabó Ruiz).

Estudios penales y jurídicos: homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero, 1996 (LH Casas Barquero).

La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, 2002 (LH Cerezo Mir).

Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal, 2005 (LH Cobo del Rosal).

Studi in onore di Franco Coppi, 2011 (LH Coppi).

Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, 2022 (LH Corcoy Bidasolo).

Dasein und Gerechtigkeit | Ser-aí e Justiça. Liber amicorum - Festgabe für José de Faria Costa zum 70. Geburtstag, 2020 (LA Faria Costa).

Humanizar y Renovar el Derecho Penal. Estudios En Memoria De Enrique Cury, 2013 (LH Cury).

Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología: Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita, 2008 (LH Díaz Pita).

Estudios jurídico-penales, criminológicos y políticos criminales. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés, 2023 (LH Díez Ripollés).

La pena, ancora fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini, 2018 (LH Dolcini).

Crime, Punishment, and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff, 2011 (FS Duff).

Festschrift für K. Engisch zum 70. Geburtstag, 1969 (FS Engisch).

Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005 (FS Eser).

El Derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy, 2016 (LH Etcheberry).

Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor, 1989 (LH Fernández Albor).

Ars Iudicandi. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueredo Dias, 2009 (LH Figueiredo Dias).

Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 1930 (FG Frank).

Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013 (FS Frisch).

Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, 2008 (LH Gimbernat Ordeig).

Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García, 2006 (LA González-Cuéllar).

Kriminalität, Persönlichkeit, Lebensgeschichte, und Verhalten, Festschrift für Hans Göppinger zum 70. Geburtstag, 1990 (FS Göppinger).

Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010, 2010 (FS Hassemer).

Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973, 1974 (FS Henkel).

Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, 1999 (FS Hirsch).

Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs. Festschrift für Armin Höhland, 2015 (FS Höhland).

Philosophia practica universalis. Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag, 2005 (FS Hruschka).

Themenschwerpunkt: Strafrecht und Rechtsphilosophie. Zugleich Gedächtnisschrift für Joachim Hruschka, 2019 (GS Hruschka).

Estudios Penales en homenaje a Susana Huerta Tocildo, 2020 (LH Huerta Tocildo).

El funcionalismo en derecho penal: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, 2003 (LH Jakobs).

Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. G. Jakobs, 2005 (LH Jakobs).

Festschrift für Günther Jakobs, 2007 (FS Jakobs).

El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo: Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario, 2008 (LH Jakobs).

Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, 2019 (LH Jorge Barreiro).

Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag, 1998 (FS Kaiser).

Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag, 2015 (FS Kargl).

Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989 (GS Arm. Kaufmann).

Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993 (FS Arth. Kaufmann).

Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, 2019 (FS Kindhäuser).

Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007 (FS Küper).

Rechtsprechung und Justizhoheit: Festschrift für Götz Landwehr zum 80. Geburtstag, 2015 (FS Landwehr).

Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, 1983 (FS Larenz).

Bürgerliche Freiheit und Christliche Verantwortung. Festschrift für Christoph Link zum 70. Geburtstag, 2003 (FS Link).

Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung: Wissenschaftliches Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstages von Prof. Dr. Fritz Loos, 2009 (FS Loos).

Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002 (FS Lüderssen).

Libro homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70° aniversario, 2019 (LH Luzón Peña).

Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht – Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010 (FS Maiwald).

Studi in onore di Giorgio Marinucci, 2006 (LH Marinucci).

Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín, 2018 (LH Maza Martín).

Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Meyer-Gossner zum 65. Geburtstag, 2001 (FS Meyer-Gossner).

Derecho penal del estado social y democrático de derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig, 2010 (LH Mir Puig).

Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig, 2017 (LH Mir Puig).

Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia, 2017 (LH Moccia).

Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore, 2016 (FS Moore).

Estudios jurídico-penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, 2018 (LH Morillas Cueva).

Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero, 2007 (LH Núñez Barbero).

Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, 2016 (LH Octavio de Toledo).

Una filosofía del Derecho en acción. Homenaje al Profesor Andrés Ollero, 2015 (LH Ollero).

La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga, 2020 (LH Ortiz Quiroga).

Studi in onore di Carlo Enrico Paliero, 2022 (LH Paliero).

Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria, 1983 (LH Pérez Vitoria).

Gerechtigkeitswissenschaft - Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstages von Lothar Philipps, 2005 (FS Philipps).

Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut, 2008, (LH Prats Canut).

Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011 (FS Puppe).

Una perspectiva global del Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Dr. J.J. Queralt Jiménez, 2021 (LH Queralt Jiménez).

Represión penal y Estado de derecho. Homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, 2018 (LH Quintero Olivares).

Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento, 2022 (LH Reyes Echandía).

Estudios de Derecho penal y Criminología, Homenaje al Prof. Rodríguez Devesa, 1989 (LH Rodríguez Devesa).

Rodríguez Mourullo, 2005 (LH Rodríguez Mourullo).

Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung. Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag, 2018 (FS Rogall).

Studi in onore di Mario Romano, 2011 (LH Romano).

Omisión e imputación objetiva en Derecho penal. Jornadas Hispano-alemanas de Derecho Penal en Homenaje al Prof. Claus Roxin con Motivo de su investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Complutense de Madrid, 1994 (LH Roxin).

Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin, 1995 (LH Roxin).

Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homensaje a Claus Roxin, 1997 (LH Roxin).

Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001 (FS Roxin).

Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin, Córdoba (Argentina) 2002 (LH Roxin).

Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011 (FS Roxin).

Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón, 2003 (LH Ruiz Antón).

Recht-Wirtschaft-Strafe. Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag, 2010 (FS Samson).

Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag, 2020 (FS Sancinetti).

Gedächtnisschrift für Horst Schröder, 1978 (GS Schröder).

Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006 (FS Schroeder).

Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, 2005 (FS Schünemann).

Streitbare Strafrechtswissenschaft Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014 (FS Schünemann).

Dogmática del Derecho Penal. Libro Homenaje a Bernd Schünemann por su 70° aniversario, 2014 (LH Schünemann).

Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen, FS f. H.D. Schwind zum 70. Geburtstag, 2006 (FS Schwind).

Derecho penal y persona. Libro homenaje al Prof. Silva Sánchez, 2019 (LH Silva Sánchez).

Die Normativität des Wirklichen. Über die Grenze zwischen Sein und Sollen, Festschrift für R. Spaemann zum 75. Geburtstag, 2002 (FS Spaemann).

Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für W. Stree und J. Wessels zum 70. Geburtstag, 1993 (FS Stree/Wessels).

Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes, 2013 (LH Suárez Montes).

Hacia un Derecho penal económico europeo, Libro homenaje al Prof. Tiedemann, 1995 (LH Tiedemann).

El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro-Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, 2000 (LH Torío López).

El nuevo Derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz, 2001 (LH Valle Muñiz).

Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), 2009 (LH Vives Antón).

Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel, 2016 (GS Vogel).

In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, 2009 (FS Volk).

Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974 (FS Welzel).

Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, 2013 (FS Wolter).

El Derecho penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en honor al professor José Miguel Zugaldía Espinar (LA Zugaldía Espinar).

IV. OBRAS COLECTIVAS

Arroyo/Neumann/Nieto (eds.), Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio del siglo, 2003 (Crítica y justificación).

AA. VV., La insostenible situación del Derecho penal, 2000 (La insostenible situación).

Cancio Meliá/Gómez-Jara (eds.). Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión, 2006 (Enemigo).

Carbonell/Martínez (eds.), La justificación penal: balance y perspectivas, 2008 (Justificación).

Carnevali (ed.) Derecho, sanción y justicia penal, 2017 (Derecho, sanción).

Demetrio Crespo (ed.), Neurociencias y derecho penal, 2013 (Neurociencias).

Demetrio Crespo (ed.), Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial, 2022 (Comportamiento humano).

Duff/Green (eds.), Defining Crimes. Essays on the Special Part of the Criminal Law, 2005 (Defining).

Duff/Green (eds.), Fundamentos filosóficos del Derecho penal, 2020 (Fundamentos).

Eser/Gimbernat/Perron (eds.), Justificación y exculpación en Derecho penal, 1995 (Justificación).

Feijoo Sánchez (ed.), Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias, 2012 (Neurociencias).

Frisch et al. (eds.), Lo vivo y lo muerto en la teoría del delito de Hans Welzel, 2022 (Lo vivo).

von Hirsch et al. (ed.). Límites al derecho penal, 2013 (Límites).

Kindhäuser et al. (Hrsg.), Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs, 2019 (Strafrecht und Gesellschaft).

Luzón/Mir (eds.), Causas de justificación y causas de atipicidad, 1995 (Causas).

Luzón/Mir (eds.), Cuestiones actuales de la teoría del delito, 1999 (Cuestiones).

Miró/Fuentes (eds.), El Derecho penal ante lo empírico, 2021 (El Derecho penal).

Montiel Fernández (ed.), La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal, 2012 (Crisis).

Reyes Alvarado (ed.), Autores, partícipes y superiores en la justicia transicional, 2018 (Autores, partícipes).

Robles Planas (ed.), La responsabilidad en los delitos especiales, 2014 (Responsabilidad).

Rotsch (Hrsg.), Zehn Jahre ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2018 (Zehn).

Sánchez-Ostiz (ed.), Casos que hicieron doctrina en Derecho penal, 2011 (Casos).

Sánchez-Ostiz (ed.), Comprender el Derecho penal, 2019 (Comprender).

Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984 (Grundfragen).

Schünemann (ed.), El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales, 1991 (Sistema).

Silva Sánchez (ed.), ¿Libertades económicas o fraudes punibles?, 2003 (Libertades).

Silva/Miró (eds.), La teoría del delito en la práctica penal económica, 2013 (La teoría del delito).

Simester/Smith (eds.), Harm and Culpability, 1996 (Harm).

Wolter/Freund (eds.), El sistema integral del Derecho penal, 2004 (Sistema integral).

V. COLECTÁNEAS INDIVIDUALES

Cuello Contreras, Teoría del delito. Más allá del naturalismo y el normativismo, 2021.

Donini, Poder judicial y ética pública, 2015.

Frisch, Notwendigkeit und Legitimation staatlichen Strafens. Beiträge von 1977-2018, 2021.

Gimbernat Ordeig, Estudios de Derecho penal, 1981; 3.ª, 1990 (Estudios).

Gimbernat Ordeig, Ensayos penales,1999.

Hruschka, Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación, 2005.

Husak, The Philosophy of Criminal Law. Selected Essays, 2010.

Jakobs, Estudios de Derecho penal, 1997 (Estudios).

Jakobs, Strafrechtswissenschaftliche Beiträge. Zu den Grundlagen des Strafrechts und zur Zurechnungslehre, 2017.

Arm. Kaufmann, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982 (Strafrechtsdogmatik).

Kudlich, Cuestiones fundamentales de la aplicación del Derecho penal. Contribuciones a la teoría del método y a la imputación en el Derecho penal, 2018.

Kuhlen, Contribuciones al método, la teoría y la dogmática del Derecho penal, 2021.

Lacey, Estudios críticos sobre responsabilidad penal y política criminal comparada, 2021.

Lampe, La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo, 2003 (La dogmática).

Mylonopoulos, Dogmática penal en un contexto internacional. Estudios sobre la teoría del delito con el trasfondo del *plea bargaining*, el Derecho penal europeo y el Derecho penal internacional, 2017.

Naucke, Strafrecht als Teil politischer Macht. Beiträge zur juristischen Zeitgeschichte, 2023.

Neumann, Recht als Struktur und Argumentation. Beiträge zur Theorie des Rechts und zur Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft, 2008.

Pawlik, La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal, 2010.

Puppe, El Derecho penal como ciencia, 2014 (Ciencia).

Robles Planas, Estudios de dogmática jurídico-penal, 2014 (Estudios).

Rotsch, Derecho penal, Derecho penal económico y compliance. Artículos de dos décadas, 2022.

Roxin, Problemas básicos del Derecho penal, 1976 (Problemas).

Schünemann, Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio, 2002 (Temas).

Seelmann, Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal, 2013 (Estudios).

Silva Sánchez, En busca del Derecho penal, 2015 (En busca).

Stratenwerth, Beiträge zu Grundfragen eines zeitgemässen Strafrechts, 2017.

Struensee, Avances del pensamiento penal y procesal penal, 2005 (Avances).

Welzel, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975 (Abhandlungen).

Zaczyk, Libertad, derecho y fundamentación de la pena, 2010 (Libertad).

PRÓLOGO

Esta obra contiene una exposición actual de la Parte General del Derecho penal, dirigida a los estudiantes de postgrado y doctorandos, así como a los profesores, jueces, fiscales y abogados de todos los países de habla hispana. Su estructura y contenido se integran en la tradición dogmática de cuño alemán, pero considera en particular las aportaciones realizadas en la bibliografía española e iberoamericana de las últimas décadas, sin olvidar a la doctrina italiana. En este punto, una novedad relevante es que tiene muy en cuenta las contribuciones de la tradición angloamericana. Con ello se quiere subrayar que la mayor parte de los problemas de la Parte General —y del bagaje conceptual y axiológico con el que se afrontan— son supranacionales, lo que trae causa de su origen en la Filosofía griega, el Derecho romano y canónico, y la Teología cristiana. En cuanto a la exégesis de la legislación positiva, ciertamente se ha tomado como base el texto del Código penal español, aunque sin dejar de citar, allí donde ha sido posible, los códigos penales de las naciones hermanas de Iberoamérica.

El libro tiene varios ejes que lo vertebran. Su punto de partida es la premisa de realismo metafísico de que los seres humanos somos dignos y libres, al tiempo que cognitiva y volitivamente débiles. Ciertamente somos razonadores prácticos —agentes morales— capaces de orientar nuestra libertad al bien común; pero también tendemos a comportarnos de modo egoísta y violento, cometiendo delitos. Caracterizados por la fragilidad y la dependencia recíproca, necesitamos por naturaleza vínculos e instituciones previas al Estado, sin los cuales todo orden estatal —incluido el Derecho penal— está abocado al fracaso.

Todo delito, al igual que el sujeto que lo comete y el castigo que merece, tiene una dimensión metafísica. Sin embargo, ni en términos metafísicos, ni antropológicos, ni jurídicos cabe afirmar que todos los delitos son iguales. Igualmente, tampoco la justificación de las penas responde a una razón uniforme. En el texto aparece de modo constante la distinción entre tres clases de delitos, que se denominan *mala in se* nucleares, *mala in se* periféricos y *mala quia prohibita*. Cada una de ellas muestra peculiaridades perfectamente observables a lo largo de las diversas categorías de la teoría del delito, así como en lo relativo a las penas que merecen.

Sin embargo, todos los delitos tienen algo en común. En efecto, designan clases de comportamientos desvalorados y prohibidos *ex ante* por normas de conducta, cuya infracción criminalizada debe ser retribuida en justicia. A ello se procede *ex post* mediante la aplicación de las normas penales de sanción,

que, de todos modos, permiten limitar la medida de la retribución a lo equitativo, necesario y conveniente. Este planteamiento determina que la teoría de las normas —y la distinción de las perspectivas intersubjetiva *ex ante*, subjetiva *ex ante* y objetiva *ex post*— constituya el eje fundamental de la construcción sistemática de la teoría del delito que se propone.

A lo largo de la obra se intenta asimismo mostrar la importancia, no solo procesal, de la distinción entre las *quaestiones facti* y las *quaestiones iuris* —las cuestiones de hecho y de Derecho—. Expresado de otro modo, de clarificar la diferencia entre los planos empírico-descriptivo y jurídico-normativo. El primero es ciertamente una cuestión de prueba y de «valoración de la prueba»; el segundo, en cambio, requiere siempre una fundamentación jurídico-sustantiva, sostenida sobre argumentos de esta última naturaleza. Lo relevante es que ni este último puede reducirse a aquel, ni viceversa.

La redacción de este texto no habría sido posible si en los últimos treinta años no se hubieran celebrado varios centenares de seminarios semanales en la Universidad Pompeu Fabra, muchos de ellos con participación también virtual a través de la red *iuscrim.bcn*. Por eso, agradezco mucho sus aportaciones a todos los que han intervenido en ellos desde uno y otro lado del Atlántico, de quienes he aprendido de modo constante. También quiero expresar singularmente mi agradecimiento a los profesores y doctorandos de la Universidad de Navarra, mi otra casa académica, sin cuyas contribuciones este libro no se puede entender. En fin, la conclusión de la obra se benefició del Premio de la Fundación Alexander von Humboldt en 2018, cuya dotación económica hizo posibles reiteradas estancias en la Universidad de Friburgo y en el Instituto Max-Planck de aquella ciudad alemana. La compañía prácticamente diaria de Ivó Coca Vila durante buena parte de los años 2019, 2021 y 2022 me permitió bastante más que sobrellevar la amable frialdad germánica.

Las Dras. Pastor Muñoz, Montaner Fernández y Goena Vives, así como los Dres. Coca Vila, Cigüela Sola, Alessi y Fernández Perales, leyeron varios capítulos del libro antes de que estos fueran enviados a imprenta y me ayudaron significativamente en muchas otras cosas, imposibles de resumir aquí. Por eso merecen un reconocimiento especial. La corrección de pruebas, dirigida por el Dr. Fernández Perales, la llevaron a cabo los doctorandos Pau Alabau, Jordi Miró y Quim Real. También a ellos les debo mi agradecimiento.

Jesús-María Silva Sánchez*

* jesus.silva@upf.edu. Se recomienda que el libro se cite por número de capítulo y número marginal. Por ejemplo: 14/70.

Capítulo 1

LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO

Bibliografía seleccionada: *Agacinski*, L'uomo disincarnato. Dal corpo carnale al corpo fabbricato 2020 (= L'homme désincarné. Du corps charnela u corps fabriqué, 2019); *Alexy*, Law´s Ideal Dimension, 2021; *Alldridge*, Rules for Courts and Rules for Citizens, OJLS 10 (1990), 487; *Alpaca Pérez*, Teoría de las normas e injusto penal, 2022; *Amelung*, Auf der Rückseite der Strafnorm, FS Eser, 2005, 3; *Baldwin*, Command and Persuade, 2021; *von Bar*, A History of Continental Criminal Law, 1916; *Benlloch Petit*, El Derecho penal ante el conflicto político, ADPCP 2001, 175; *Bernal del Castillo* (ed.), Delito y minorías en países multiculturales, 2014; *Bernardi*, El Derecho penal entre la globalización y el multiculturalismo, DPC 4 (2003), 13; *el mismo*, L'europeizzazione del diritto e della scienza penale, 2004; *el mismo*, La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa, 2019; *Bierling*, Strafrechtsverhältnis und Strafprozessverhältnis, ZStW 10 (1890), 251; *el mismo*, Juristische Prinzipienlehre, 1, 1894; *el mismo*, Juristische Prinzipienlehre, 3, 1905; *Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation (1967), en: el mismo: Recht, Staat, Freiheit, 1991, 92; *Borja Jiménez*, Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena, 2001; *el mismo*, Globalización y concepciones del Derecho penal, EPC XXIX (2009), 141; *Borja Jiménez* (ed.), Diversidad cultural: Conflicto y derecho. Nuevos horizontes de los pueblos indígenas en Latinoamérica, 2006; *Bovino/Courtis*, Por una dogmática conscientemente política, AFD 2000, 179; *Brodowski*, Die Evolution des Strafrechts, 2023; *Brunhöber*, Grundrechtliche Sonderstellung des Strafrechts?, en: Bäcker/Burchard (Hrsg.), Strafverfassungsrecht, 2022, 53; *Burchard*, Kunstliche Intelligenz als Ende des Strafrechts?, GS Hruschka, 2019, 527; *el mismo*, Von der Strafrechtsordnung der Prädiktionsgesellschaft zur Strafrechtsordnung des liberalen Rechtsstaats, en: Forst/Günther (Hrsg.), Normative Ordnungen, 2021, 553; *el mismo*, Criminal Law Exceptionalism as an Affirmative Ideology, and its Expansionist Discontents, CL&Phil 17 (2023), 17; *Bustos Gibert*, El diálogo entre el Tribunal de justicia y el tribunal europeo de derechos humanos, en: Mir/Corcoy (eds.), Garantías constitucionales y Derecho penal europeo, 2012, 169; *Cámara Arroyo*, La justicia transicional y el Derecho penal internacional: alianzas y desencuentros, 2020; *Cancio/Gómez-Jara* (eds.), Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión, 2006; *Carpio Briz*, Derecho penal europeo, LH Mir Puig, 2010, 175; *Cavaliere/Masarone* (eds.), L'incidenza di decisioni quadro, direttive e convenzione europee sul diritto penale italiano, 2018; *Cornacchia*, La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción, CPC 94 (2008), 415; *el mismo*, Justicia transicional en una sociedad multicultural, en: Cornacchia/Sánchez-Ostiz (eds.), Multiculturalismo y Derecho penal, 2012, 69; *Corral Maraver*, Racionalidad legislativa y elaboración del Derecho penal en la UE, 2020; *de la Cuerda Martín*, La incidencia del «soft law» en la expansión del Derecho penal, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 2021, 211; *Cuerda Riezu, ¿Acaso no cumple ningún fin el Derecho penal...?, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 159; Dan-Cohen*, Decision Rules and Conduct Rules, Harvard L.R. 97 (1984), 625; *Demetrio Crespo*, Algunas reflexiones sobre la conexión entre la función/legitimación del Derecho Penal y teoría de la norma en el pensamiento metodológico de Santiago Mir Puig, LH Mir Puig, 2017, 55; *el mismo*, El Derecho penal del Estado de Derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la Constitución, 2020; *Silva Dias*, Delicta in Se e Delicta Mere Prohibita. Uma análise das desconstiniuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica, 2008; *Donini*, Poder judicial y ética pública, 2015; *el mismo*, Iura et leges.

Perché la legge non esiste senza il diritto, Il Pensiero. Rivista di filosofía 2/2019, 45; *Duff*, Punishment, Communication and Community, 2001; *el mismo*, Authority and Responsibility in International Criminal Law, en: Besson/Tasioulas (eds.), Philosophy of International Law, 2010, 589; *el mismo*, The Realm of Criminal Law, 2018; *Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1930; *Eser*, Una justicia penal a la medida del ser humano, RDPC 1 (1998), 131; *el mismo*, Reglas de conducta y normas de tratamiento, RDPC 7 (2001), 177; *Faraldo/Puente/Souto* (eds.), Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración, 2007; *Feijóo Sánchez*, El futuro de la dogmática jurídico-penal: Del paradigma de la motivación al paradigma de la comunicación, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 263; *el mismo*, La pena en la ley: ¿Conminación o comunicación con ciudadanos?, LH Arroyo Zapatero, 2, 2021, 853; *Feldmann*, The Law of Good People, 2018; *Fernández Ogallar*, El Derecho penal armonizado de la Unión Europea, 2014; *Ferrajoli*, El derecho como sistema de garantías, JD 16-17 (1992), 61; *el mismo*, Derecho y razón, 1995; *el mismo*, Los fundamentos de los derechos fundamentales, 2.ª, 2005; *Ferré Olivé*, Diversidad Cultural y sistema penal, RP 22 (2008), 39; *Fletcher*, Rethinking Criminal Law, 1978; *Fornasari*, Giustizia di transizione e diritto penale, 2013; *Freund/Rostalski*, Warum Normentheorie?, GA 2020, 617; *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983; *el mismo*, Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *Fuller*, The Morality of Law, 1964; *Funke/Schmolke* (Hrsg.), Menschenbilder im Recht, 2019; *Gärditz*, Strafbegründung und Demokratieprinzip, Der Staat 49 (2010), 331; *el mismo*, Staat und Strafrechtspflege, 2015; *el mismo*, Demokratizität des Strafrechts und Ultima *Ratio*-Grundsatz, JZ 2016, 650; *el mismo*, Juristenkultur(en), Politik und demokratische Herrschaftsform, FS Fischer, 2018, 963; *Gamberini/Orlandi* (eds.), Delitto politico e diritto penale del nemico, 2007; *García Amuchástegui*, Derecho penal internacional y su articulación en los ordenamientos internos, 2021; *García Huidobro*, Comunidad: la palabra que falta, 2020; *Garland*, La cultura del control, 2005; *Garvey*, Was Ellen Wronged?, CL&Phil 7 (2013), 185; *Gierhake*, Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht, 2013; *la misma*, Pena y amnistía en tiempos de fragilidad estatal, ZIS 2017, 494; *la misma*, Strafbegründung in staatlichen Umbruchsituationen, ZRph 1 (2017), 92; *la misma*, Übergangsjustiz als Akt der Selbstbestimmung eines Volkes, en: Gerd Brudermüller *et al.* (Hrsg.), Kosmopolitismus in einer globalisierten Welt, 2019; *de Magallães Gomes*, Direito penal e direitos humanos, 2017; **Gómez Lanz**, Mejoramiento humano y responsabilidad penal, PolítCrim 16 (2021), 557; *González Cussac*, Apuntes de un Derecho penal híbrido, LH Mir Puig, 2017, 91; *Gracia Martín*, Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo, RECPC (2005), 1; *el mismo*, Quis custodiet ipsos custodes?: El Derecho penal como contrapoder discursivo de la razón, LH Huerta Tocildo, 2020, 459; *el mismo*, ¿Tiene el Estado un derecho a castigar?, LH Lorenzo Salgado, 2021, 717; *Greco*, Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht?, en: Brunhöber *et al.* (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, 2012, 13; *Green*, Lying, Cheating, and Stealing: A Moral Theory of White-Collar Crime, 2006 (=Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno, 2013); *K. Günther*, Warum Transitional Justice auf die Feststellung strafrechtlicher Schuld angewiesen ist, en: Neumann/Prittwitz *et al.* (eds.), Transitional Justice, 2013, 271; *el mismo*, Bedrohte individuelle Freiheiten im aufgeklärten Strafrechts. Welche Freiheiten?, KritJ 49 (2016), 520; *el mismo*, Demokratische Transformationen des Strafrechts der Moderne?, Rg 28 (2020), 120; *el mismo*, Von normativen zu smarten Ordnungen, en: Forst/Günther (Hrsg.), Normative Ordnungen, 2021, 523; *Habermas*, El futuro de la naturaleza humana, 2002; *Habermas/Ratzinger*, Dialektik der Säkularisierung, 2005; *Hassemer*, Fundamentos del Derecho penal, 1984; *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1820; *Hill/Doe/Helmholz/Witte* (eds.), Christianity and Criminal Law, 2020; *Hobbes*, Leviathan, 1651; *Hörnle*, Das Menschenbild des Rechts, en: Heilinger/Nida-Rümelin (Hrsg.), Anthropologie und Ethik, 2015, 97; *la misma*, Das Ideal des Bürgerstrafrechts vor dem Hintergrund gesellschaftlicher Fragmentierung, FS Merkel, I, 2020, 511; *la misma*, Kommentar zum Referat von Carl-Friedrich Stuckenberg: Internationalisierung und Strafrecht, en: Hoven/Kubiciel (Hrsg.), Zukunftsperspektiven des Strafrechts, 2020, 243; *Hoyer*, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, 1997; *Husak*, Malum Prohibitum and Retributivism, en: Duff/Green (eds.), Defining Crimes: Essays on the Special Part of

the Criminal Law, 2005, 74; *el mismo*, The Price of Criminal Law Skepticism: Ten Functions of the Criminal Law, NCLR 23 (2020), 27; *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, 2004; *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *el mismo*, ¿Superación del pasado mediante el Derecho penal?, ADPCP 1994, 137; *el mismo*, Norm, Person, Gesellschaft, 1997; *el mismo*, Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, en: Estudios, 1997, 293; *el mismo*, Bindings Normen und die Gesellschaft, LH Figueiredo Dias, I, 2009, 387; *el mismo*, Zum Begriff der Person im Recht, FS Loos, 2009, 69; *el mismo*, Kaschierte Ausnahme: übergesetzlicher entschuldigender Notstand, FS Krey, 2010, 207; *Jellinek*, Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 1878; *Kant*, Metaphysik der Sitten, 1797; *Arm. Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; *Arth. Kaufmann*, Recht und Sittlichkeit, 1964; *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911; *Klesczewski*, Über Unterschiede in der Beteiligtenverantwortung im Strafrecht einer Zivilgesellschaft und im Völkerstrafrecht, ZIS 2017, 428; *Köhler*, Recht und Gerechtigkeit, 2017; *Kubiciel*, Das Strafrecht einer fragmentierten Gesellschaft, FS Merkel, I, 2019, 529; *von Liszt*, Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts (1893), en: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 2, 1905, 75; *Luzón Peña*, Alcance y función del Derecho penal, ADPCP 1989, 5; *MacIntyre*, Animales racionales y dependientes, 2001; *Maculan*, Fines de la pena y del proceso penal en contextos de transición, en: Gil/Maculan (eds.), La influencia de las víctimas, 2017, 208; *Maculan/Gil Gil*, The Rationale and Purposes of Criminal Law and Punishment in Transitional Contexts, OJLS 40 (2020), 1; *Maier*, Vom malum zur Rechtsfriedensstörung, ARSP 100 (2014), 36; *Manes/Caianiello*, Introduzione al Diritto penale europeo, 2020; *X. Martin*, Nature humaine et Revolution française, 1994; *Masferrer* (ed.), Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency, 2012; *Matravers*, Political Theory and the Criminal Law, en: Duff/Green (eds.), Philosophical Foundations of Criminal Law, 2011, 44; *M.E. Mayer*, Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903; *el mismo*, Filosofía del Derecho (1926), 2015; *R. Merkel*, Neuroenhancement, Autonomie und das Recht auf mentale Selbstbestimmung, en: Viertbauer/Kögerler (eds.), Neuroenhancement, 2019, 43; *Mir Puig*, Introducción a las bases del Derecho penal, 1976; *el mismo*, Función de la pena y teoría del delito, 2.ª, 1982; *Miró Llinares*, Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo, CPC 87 (2005), 185; *Mitsilegas*, EU Criminal Law, 2.ª, 2022; *Moccia*, La perenne emergenza: Tendenze autoritarie nel sistema penale, 1995; *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, 2015; *Molina Fernández*, Antijuridicidad penal y sistema del delito, 2001; *Mommsen*, Derecho penal romano, 2019; *Muñoz Conde*, El Derecho en la guerra contra el terrorismo, RP 29 (2012), 115; *Muñoz de Morales*, El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad, 2011; *Murphy*, Punishment, Forgiveness, and Mercy, en: Hill *et al.* (eds.), Christianity and Criminal Law, 2020, 269; *Nagel*, Moral Luck, en: Proceedings of the Aristotelian Society, Suppl. I (1976), 137; *Naucke*, El concepto de delito económico-político, 2015; *Navarro Cardoso*, Retos del Derecho penal global, EPC XL (2020), 1137; *Navarro/Moreso*, Applicability and Effectiveness of Legal Norms, L&Ph 16 (1997), 201; *Neumann/Prittwitz et al.* (eds.), Transitional Justice, 2013; *Nieto Martín*, Derecho penal y constitución en la era del global law, en: Mir/Corcoy (eds.), Garantías constitucionales y Derecho penal europeo, 2012, 83; *el mismo*, Transformaciones del *ius puniendi* en el Derecho global, en: Nieto/García (eds.), *Ius puniendi* y Global Law, 2019, 17; *Norrie*, Crime, Reason and History: A Critical Introduction to Criminal Law, 3.ª, 2014; *Octavio de Toledo y Ubieto*, Sobre el concepto de Derecho penal, 1981; *D. R. Pastor*, El poder penal internacional, 2006; *Pasukanis*, Teoría general del Derecho y marxismo, 1976; *Pawlik*, § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes — ein Tabubruch?, JZ 2004, 1054 (=El § 14, párr. 3, de la Ley de Seguridad Aérea: ¿Ruptura de un tabú?, EnL 13 -2022-, 91); *el mismo*, Der Terrorist und sein Recht, 2008; *el mismo*, Das Unrecht des Bürgers, 2012 (= El injusto del ciudadano, 2023); *el mismo*, Ciudadanía y Derecho penal, 2016; *el mismo*, Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad, 2019; *el mismo*, Die bürgerliche Mitwirkungspflicht im Strafrecht und die Stellung der Exkludierten, FS Sancinetti, 2020, 145 (=El deber de cooperación ciudadano en Derecho penal y la posición de los excluidos, en: Coca Vila -ed.-, Pena y vínculo político, 2022, 71; *Pereira Garmendia*, Responsabilidad por los delitos

atroces, 2016; *Pérez Manzano*, El mercado único de los derechos fundamentales, en: Nieto/García (eds.), *Ius puniendi* y Global Law, 2019, 12; *Pérez del Valle*, Sobre los orígenes del «Derecho penal del enemigo», CPC 75 (2001), 610; *el mismo*, En torno a la modernización del Derecho penal, CPC 84 (2004), 149; *el mismo*, El Derecho penal y la significación moral de la pena en John Finnis, PyD 83 (2020), 491; *el mismo*, Sobre la naturaleza del Derecho penal, LH Queralt Jiménez, 2021, 371; *von den Pfordten*, Deskription, Evaluation, Präskription, 1993; *Portilla Contreras/Pomares Cintas*, Derecho penal intercultural y el sistema de justicia comunitaria, en: AA.VV., Delitos y minorías en países multiculturales, 2014, 236; *Prittwitz*, Krieg als Strafe — Strafrecht als Krieg, FS Lüderssen, 2002, 499; *el mismo*, ¿Guerra en tiempos de paz?, RP 14 (2004), 174; *Prittwitz/Böllinger*, Kriminalität der Mächtigen, 2007; *Prodi*, Una historia de la justicia, 2008; *Radbruch*, El delincuente por convicción (1924), RECPC (2005), 1; *el mismo*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105; *el mismo*, Der Mensch im Recht. Ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts, 1957; *Rademacher*, Wenn neue Technologien altes Recht durchsetzen, JZ 2019, 702; *Rando Casermeiro*, La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, 2010; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997; *el mismo*, Normentheorie als Brücke, ARSP 87 (2001), 110; *el mismo*, Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen rechtstheorie, FS Gössel, 2002, 3; *el mismo*, Mala *per se* et delicta mere prohibita, FS Krey, 2010, 411; *Reyes Alvarado*, Víctimas, fin y necesidad de la pena en el Derecho penal y en la llamada justicia transicional, en: Gil/Maculan (eds.), La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva, 2017, 200; *Ristroph*, Responsabilidad por el Derecho penal, en: Duff/Green (eds.), Fundamentos, 2020, 145; *Robinson*, Rules of Conduct and Principles of Adjudication, U. Chicago L. R. 57 (1990), 729; *Robles Planas*, Normas de conducta, InDret 1/2019, 1; *el mismo*, Teoría de las normas y sistema del delito, 2021; *H. Rosa*, Demokratie braucht Religion, 2022; *Rostalski*, Bestimmtheit der Sanktionsnorm bei bestimmbarer Verhaltensnorm, RphZ 2018, 157; *la misma*, Normkonkretisierung und Normbefolgung, GA 2018, 264; *Rusche/Kirchheimer*, Punishment and Social Structure, 1939; *Salcuni*, L'europeizzazione del diritto penale. Problemi e prospettive, 2011; *Sánchez-Ostiz*, Fundamentos de política criminal, 2012; *Sancinetti*, Teoría del delito y disvalor de acción, 1991; *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001; *Satzger* (Hrsg.), Harmonisierung strafrechtlicher Sanktionen in der Europäischen Union, 2020; *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen, 1930-1932; *E. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 1965; *Schneider*, Die Verhaltensnorm im internationalen Strafrecht, 2011; *H.-L. Schreiber*, Der Begriff der Rechtspflicht, 1966; *Schünemann*, Globalisierung als Metamorphose oder Apokalypse des Rechts?, ARSP Beiheft 93 (2004), 133; *Sicurella et al.* (eds.), Principios generales del Derecho penal en la Unión Europea, 2020; *Silva Sánchez*, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, 1992 (2.ª, 2010); *el mismo*, La expansión del Derecho penal, 1999 (2.ª, 2001; 3.ª, 2011); *el mismo*, Normas y acciones en Derecho penal, 2003; *el mismo*, Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo, RP 13 (2004), 139; *el mismo*, Constitución europea, legalidad y Derecho penal económico, en: Bajo Fernández (ed.), Constitución europea y Derecho penal económico, 2006, 251; *el mismo*, La injerencia de las leyes, PyD 56 (2007), 35; *el mismo*, Valoraciones sociales y Derecho penal, en: el mismo, En busca del Derecho penal, 2015, 35; *el mismo*, The Marriage of the Regulatory Process and the Criminal Law. Eine verfassungsrechtlich kritische Einführung, GS Vogel, 2016, 411; *el mismo*, Asesinatos selectivos en la guerra punitiva contra el terrorismo, InDret 1/2017, 1; *el mismo*, Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal, 2018; *el mismo*, El estigma como política pública, LH Lorenzo Salgado, 2021, 1375; *el mismo*, La dimensión ético-política de la discusión sobre las normas de conducta, LH Arroyo Zapatero, I, 2021, 703; *Simón Yarza*, Entre el deseo y la razón, 2017; *el mismo*, Ley natural y realismo clásico, 2022; *Stark*, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, 2020; *Stucka*, La función revolucionaria del Derecho y del Estado, 1969 (2.ª, 1974); *Suárez López*, El delito de autoquebrantamiento de condena, 2000; *Torío López*, El sustrato antropológico de las teorías penales, RFDUC 11 mon. (1986), 667; *Trinkner/Tyler*, Legal Socialization:

Coercion versus Consent in an Era of Mistrust, AJLSS 12 (2016), 417; *Viganò*, Sobre la pretendida excepcionalidad del Derecho penal, LH Arroyo, 2021, I, 731; *Vives Antón*, Fundamentos del sistema penal, 2.ª, 2011; *Welzel*, Gesetz und Gewissen, en: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, I, 1960, 383; *Wenin/Fornasari/Fronza* (eds.), La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta, 2015; *Werle/M. Vormbaum*, Transitional Justice: Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 2018; *Williams*, Moral Luck, Proceedings of the Aristotelian Society, Suppl. I (1976), 115; *Wohlers*, Criminal Law as a Regulatory Tool, en: Dyson/B.Vogel (eds.), The Limits of Criminal Law: Anglo-German Concepts and Principles, 2018, 235; *Wolfslast*, Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung, 1995; *Yacobucci*, El sentido de los principios penales, 2014; *Zabel*, Die Ordnung des Strafrechts, 2017; *el mismo*, Welche Freiheit schützt das Strafrecht?, ZStW 133 (2021), 358; *el mismo*, Freiheit und Angst, ARSP 107 (2021), 7.

I. LA POTESTAD DE CASTIGAR

1. EL *IUS POENALE* Y EL *IUS PUNIENDI*

El Derecho penal —en sentido objetivo, *ius poenale*— es un sector del ordenamiento jurídico del Estado. Su especificidad radica en que tiene por objeto establecer el ámbito del ejercicio legítimo del poder punitivo por parte de la comunidad política. Esto hace de él una excepción en relación con las demás ramas del ordenamiento.[1] En efecto, el poder punitivo —que en algunos países del mundo abarca incluso la potestad de matar— afecta a bienes intrínsecos de la persona. Por ello, las condiciones de su legitimidad trascienden a las del Derecho público y privado, y estarán siempre en tela de juicio. En la actualidad, y en casi todo el mundo, los titulares básicos del poder de imponer penas son las comunidades políticas organizadas en forma de Estado. Sin embargo, esta idea general requiere algunas matizaciones, porque existe un Derecho penal supra- e infraestatal. 1

La atribución del poder punitivo básico al Estado da cuenta del hecho de que una comunidad política, como sujeto de la soberanía, ha tomado la decisión de ejercer aquel poder de forma centralizada. Por su parte, la existencia del Derecho penal presupone que esa comunidad pretende ejercerlo de forma no arbitraria. De ahí que el Estado practique una triple autolimitación. En primer lugar, determina con claridad cuáles son las conductas cuya comisión se castiga con una pena, esto es, los delitos. Ello tiene lugar a través de la descripción en leyes de las conductas delictivas, así como de las penas que se impondrán en el caso de que aquellas se cometan. En segundo lugar, fija las reglas de decisión que seguirá para, en su caso, atribuir responsabilidad e imponer penas por la comisión de delitos. En tercer lugar, atribuye a órganos del poder judicial —independiente del legislativo y del ejecutivo— la competencia para determinar si se ha cometido un delito e imponer, en su caso, la pena que corresponda. Además, tales órganos de la jurisdicción penal 2

[1] A favor, *Silva Sánchez*, LH Lorenzo Salgado, 2021, 1375 ss. En contra: *Viganò*, LH Arroyo Zapatero, 1, 2021, 731 ss.

siguen un procedimiento dotado de especiales garantías para los sujetos que comparecen ante ellos.

3 En el marco del *ius poenale* el castigo estatal deja de ser la expresión tanto de una mera reacción emocional colectiva, como de un puro acto de poder político. En efecto, se muestra como el ejercicio de una potestad del Estado —*ius puniendi*—. Así pues, el poder punitivo únicamente se convierte en ejercicio del *ius puniendi* —potestad de castigar— cuando se lleva a cabo en el marco del *ius poenale* —Derecho penal objetivo—. Únicamente entonces deviene en una auténtica potestad del Estado, orientada al cumplimiento de una función pública. Con todo, también en esta visión hay que introducir dos matices. El primero viene dado por la discusió n existente acerca de si el castigo es solo una potestad, o en algunos casos constituye además el cumplimiento de un deber del Estado. Este hipotético deber del Estado surgiría tanto frente a la propia comunidad política que lo constituye, como frente a la comunidad internacional y, en fin, frente a la humanidad. El segundo matiz deriva de la existencia de un Derecho penal internacional —o internacional penal—, que establece el marco en el que la propia comunidad internacional de Estados puede ejercer una potestad punitiva. Sin embargo, la potestad punitiva del Estado y la de la comunidad internacional responden a fines distintos, aunque se den interrelaciones entre ambas (*cfr. infra* capítulo 3/95).

4 Cada estado promulga las leyes penales aprobadas —en el marco procedimental de su constitución política— por su poder legislativo. Como se ha indicado, esas leyes contienen una primera clase de reglas con las descripciones de las conductas que se reputan delictivas y las clases de penas que deben imponerse en caso de su comisión. Los denominados tipos legales de delito son el homicidio, la violación, la estafa, etc.[2] Por su parte, las penalidades abstractas pueden ser de prisión, de multa, de inhabilitaciones profesionales, etc. Ahora bien, en las leyes penales se contiene también una segunda clase de reglas relativas a la preparación y ejecución de los delitos —tentativa, consumación—, así como a las formas de intervenir en ellos —autoría, inducción, cooperación—. Una tercera clase de reglas se refiere a las denominadas eximentes, que describen supuestos excepcionales en los que, pese a que el sujeto comete un delito, no procede la imposición de pena alguna. En fin, existen reglas generales que describen las clases de penas y la forma de cuantificarlas —atenuantes y agravantes— para su concreta imposición.

2. LA PENA ESTATAL COMO JURIDIFICACIÓN DEL CASTIGO

2.1. La coacción punitiva

5 La pena estatal es una variante del castigo como fenómeno humano. En efecto, ambos constituyen reacciones coactivas. Así, solo puede castigar quien

[2] Del griego, «*týpos*»: figura, modelo, clase, rasgo general.

posee fuerza —de forma estructural u ocasional— para ejercer alguna forma de coerción. De este modo, el castigo constituye la expresión coactiva de una emoción reactiva, que como tal tiene una connotación en parte irracional. A lo largo de la historia, el castigo se ha producido de modo interpersonal (descentralizado), comunitario (centralizado) o mixto. Así, ha adoptado la forma de venganza privada de la víctima o de sus allegados, o bien la de una institución social. Con todo, cabe afirmar que desde el inicio de la Edad Moderna en occidente se ha atribuido al Estado el cuasi-monopolio del castigo legítimo de los delitos. La imposición del castigo por parte del Estado da cuenta, de entrada, de esta capacidad estructural de coaccionar que deriva de su poder político.

Sin embargo, el Derecho penal se distingue de otros sistemas punitivos por- 6
que es Derecho y la juridificación del castigo estatal lo aleja de todos ellos. En efecto, la juridificación de la coacción pública punitiva produce una relevante reducción de la dimensión emocional del castigo, que redunda en beneficio de la paz social.[3] A ello sirve la introducción de distancia y de formalización, aunque estas conllevan también cierta deshumanización. Pues bien, la burocratización del castigo ha determinado que las disposiciones relativas al ejercicio del poder punitivo se hayan integrado en el Derecho público, como conjunto de principios y reglas de autolimitación del Estado. Así, el fenómeno del castigo es extraído de una exclusiva dimensión interpersonal y se integra en el gobierno de la *polis*. Por eso su *praxis* tiene que contar con una legitimación no solo moral, sino también jurídico-política.[4]

2.2. Las dimensiones formal y material de la juridificación del castigo

La juridificación del castigo estatal se manifiesta, en primer lugar, en que 7
este se ejerce conforme a leyes, a las que es inherente una cierta pretensión de racionalidad práctica. Ciertamente ya la forma de las leyes, en tanto que reglas estatales, conlleva una racionalidad específica: la publicidad, la generalidad, la igualdad, la claridad, etc. No en vano, a estos elementos formales-procedimentales se les ha dado la denominación de «moralidad interna del Derecho».[5] Sin embargo, más allá de la forma legal, también el procedimiento legislativo existente en los países occidentales contribuye a esa racionalidad. Así pues, si se produce una auténtica deliberación pública sobre el contenido de las leyes, se neutralizan los riesgos de arbitrariedad propios de otros modelos de elaboración legal, lo que redunda en una legitimidad política adicional. Ahora bien, no basta con que las leyes expresen un consenso de voluntades a través de la forma jurídica. En efecto, el Derecho es un límite a la política en un sentido no solo formal, sino también material. Al respecto, es cierto que la difundida doctrina del formalismo jurídico parte de que una norma no tiene por qué

[3] *Gärditz* (2015), 35.
[4] *Gärditz* (2015), 17 ss.
[5] *Fuller* (1964), 39.

venir precedida de una valoración. Así, considera que, si no hay valoración subyacente o esta es inconsistente, entonces la norma será Derecho injusto. No obstante, añade que el sistema normativo no exige contenidos valorativos concretos, porque las valoraciones son cuestión de legitimación —de validez— y no, de vigencia.

8 Pues bien, tal postulado no es asumible. Por un lado, la ley es una acción humana y, como todas las demás acciones, exterioriza una teleología. Es decir, manifiesta la orientación a algo que se asume como un bien. Por otro lado, desde el momento en que existen constituciones, hay que determinar si el contenido de las leyes colide o no con los valores constitucionales. Sin embargo, para alcanzar tal juicio es preciso partir de que en la ley se da alguna valoración, susceptible de ser confrontada con las valoraciones de la Constitución. Es más, la divergencia del contenido de una ley en relación con los valores constitucionales conlleva precisamente la anulación de aquella. Esto significa que, al menos para un cierto ámbito de valoraciones, sucede que éstas no son solo cuestión de legitimación (de validez), sino también de vigencia. En definitiva, su falta de validez conduce a su pérdida de vigencia.

9 Sentado esto, la cuestión es cómo entender la materialidad del Derecho. Al respecto, una primera posibilidad es considerar que esta consiste únicamente en la conformación del canal para la autodeterminación racional de sujetos libres. Por tanto, debe prescindirse de cualquier teoría concreta relativa a sus contenidos —de cualquier teleología—.[6] Este ha sido el influyente postulado de Immanuel Kant (1724-1804), para el que la libertad del hombre constituye un fin en sí mismo. Así pues, la racionalidad inherente al Derecho consiste en conformar razones opuestas al deseo o interés inmediato del agente y, en esa medida, en liberarlo de los impulsos. A su vez, esa liberación de los impulsos pretende evitar que se ingiera en la libertad de otro. Desde esta perspectiva la fuerza coercitiva del Derecho no es una limitación de la libertad, sino una manera de ampliarla, tanto para aquel a quien limita como para aquel a quien protege. En definitiva, el Derecho crea libertad.

2.3. La orientación del Derecho al bien común

10 La pregunta es para qué crea libertad el Derecho. En efecto, una teoría del Derecho —y del Derecho penal— no puede hacer abstracción del mundo de los fines y, por tanto, tampoco de los contenidos materiales adicionales al de posibilitar el ejercicio de voluntad libre.[7] Pues bien, el Derecho tiene ciertamente una dimensión real-autoritativa —en tanto que coacción formalmente legítima—. Sin embargo, también muestra una dimensión ideal-crítica —una pretensión de justicia o, si se quiere, de corrección—.[8] Esa pretensión de justicia, como

---

[6] *Köhler*, AT, 1997, 18-20; *el mismo* (2017), 11 ss.

[7] *Arth. Kaufmann* (1964), 32.

[8] *Alexy* (2021), 29 ss., 36 ss., 42.

deber ser del Derecho positivo, solo puede hallarse en su orientación al bien de las personas. Este, a su vez, tiene una condición de posibilidad, a saber, que el bien humano solo se alcanza juntamente con los demás hombres. Por tanto, el contenido del Derecho tiene como referencia el bien de cada uno, en tanto que posible en comunidad. En suma, con Tomás de Aquino (1224 o 1225-1274), hay que afirmar que la ley —en sentido material— es una ordenación de la razón orientada al bien común, promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad.[9] Como se advierte, sus tres elementos son la autoridad, la razonabilidad y el bien común como *telos*. De este modo, la legitimidad no la obtiene solo por su origen (autoridad legítima), sino también por su propio contenido (bueno).

11 En lo que aquí interesa, esto significa que no toda voluntad punitiva que se expresa en una ley democrática constituye Derecho penal. Así, cabe la posibilidad de que una ley penal formal —en tanto que producto de una mayoría de votos en el órgano que encarne el poder legislativo de un Estado— constituya un «injusto legal».[10] Esta última es la denominación que reciben aquellas leyes que han renunciado radicalmente a hacer justicia. Pues bien, los injustos legales son leyes deficitarias. En sentido formal, pueden seguir siendo leyes vigentes, pero en realidad constituyen puros actos de poder carentes de validez.[11] Por ello, las leyes penales en los estados de nuestro ámbito de cultura son —o deben ser— mucho más que el producto de una voluntad punitiva capaz de imponerse. Es verdad que, por regla general, las leyes aprobadas por el poder legislativo en el marco de un Estado de Derecho y que son declaradas conformes con su Constitución por el respectivo tribunal constitucional deben ser calificadas como Derecho. Sin embargo, no siempre permiten la valoración de que son Derecho correcto y, desde luego, cabe discutir que sean el Derecho más correcto posible.

12 En efecto, más allá del caso límite constituido por los injustos legales, existen leyes que, aunque ciertamente sean Derecho penal, no pueden calificarse como Derecho penal correcto. Ello es así por su distancia —mayor o menor— con respecto a los principios de libertad, justicia, igualdad y seguridad jurídica. Ahora bien, esto no debe dramatizarse en exceso. En realidad, en una sociedad abierta el debate sobre el Derecho penal más correcto tiene que ser permanente. Así, tal debate comprende la discusión sobre las diversas opciones posibles en el marco de la Constitución y, en su caso, incluso la propia reforma de los preceptos constitucionales con incidencia en el ámbito del poder punitivo del Estado. Esto se debe a la propia naturaleza del Derecho que, como se ha indicado, no se reduce a la legislación positiva, sino que comprende un conjunto de principios superiores, que proporcionan premisas para la valoración crítica de las leyes.[12]

---

[9] «*ordinatio rationis ad bonum commune ab eo qui curam habet communitatis promulgata*»: *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, I-II, c. 90, a. 1, 2 y 4 resp.; también c. 96, a. 5.

[10] En el original alemán, «*gesetzliches Unrecht*»: *Radbruch*, SJZ 1946, 105 ss.

[11] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, I-II, c. 96, a. 4.

[12] *Sánchez-Ostiz* (2012), 24 ss.

3. LAS LEYES Y EL DERECHO PENAL

3.1. Los códigos penales y las leyes especiales

13 Desde el siglo XIX, las disposiciones legales más importantes en materia penal se contienen en el Código penal de cada país. Así, en España el Código penal vigente desde 1995, aunque con muchas reformas, recoge la mayor parte de la legislación penal vigente. Además, en todos los países existen leyes penales especiales —por razón de la materia— que pueden ser más o menos numerosas. Así, por ejemplo, en España no existe apenas legislación penal especial —por ejemplo, en materia electoral y de contrabando—, pues su función la cumplen las múltiples leyes penales en blanco que existen en el propio Código (*cfr. infra* capítulo 4/46). En cambio, en otros países, como la mayoría de los de Iberoamérica, existen abundantes leyes especiales. Ahora bien, el Derecho penal está integrado también por enunciados que no son leyes penales en sentido estricto. Así, por encima de las leyes penales estatales, existen enunciados que se encuentran en la Constitución y en los tratados internacionales, sin los que resulta imposible integrar, comprender y aplicar la legislación penal. Por un lado, de modo directo, las constituciones pueden contener mandatos de criminalización. Así sucede en España en materia de medio ambiente, así como en relación con el patrimonio histórico, cultural y artístico (arts. 45.3 y 46 CE). Por otro lado, pueden contener exenciones de responsabilidad, como las inviolabilidades del jefe del Estado y de los diputados y senadores (arts. 56.3 y 71.1 CE, en España). Además, la contravención de la Constitución o de los tratados determina que ciertas leyes democráticas sean anuladas por el respectivo tribunal constitucional o supranacional. En fin, otras leyes solo son Derecho penal de forma condicionada, es decir, si se interpretan de modo conforme a la Constitución y a los tratados (*cfr. infra* capítulo 6/79). Ahora bien, por debajo de las leyes penales estatales se encuentran asimismo enunciados relevantes para el Derecho penal. Estos proceden de disposiciones del Derecho público o del Derecho privado, a cuyos preceptos remiten directa o indirectamente las mencionadas leyes penales en blanco. Por lo demás, en ocasiones aquellos preceptos extrapenales reenvían a disposiciones de autorregulación social —normas técnicas o éticas, escritas o manifestadas en usos generales o sectoriales— ajenas al sistema jurídico-estatal (*cfr. infra* capítulo 4/53).

3.2. La jurisprudencia y la doctrina

3.2.1. Planteamiento

14 El Derecho penal está integrado también por enunciados que proceden de la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo —e incluso de tribunales inferiores, en algunos casos—.[13] En efecto, la jurisprudencia

[13] Así *Bovino/Courtis*, AFD 2000, 188.

produce esos enunciados en la aplicación ordinaria de las leyes, así como mediante el recurso a la analogía *in bonam partem*. Por ejemplo, elaborando eximentes y atenuantes supralegales. En fin, muchos de los enunciados relevantes para el Derecho penal tienen su origen en obras doctrinales —tratados y manuales, monografías y artículos de revista— antiguas y recientes. Ciertamente, la doctrina elabora conceptos y enunciados, reglas y principios de reconstrucción, sistematización y aplicación de las leyes. Con todo, existe polémica sobre si, de este modo, crea Derecho o simplemente es fuente de conocimiento del Derecho.[14] Desde luego, la doctrina no aparece enumerada en las listas constitucionales o legales de las fuentes del Derecho penal, dotadas de efecto vinculante para los tribunales. Sin embargo, en aquellos aspectos en los que existe consenso, su fuerza radica en que sus construcciones —singularmente, pero no solo, la teoría del delito (*cfr. infra* capítulo 8/3)— conforman el marco mental en cuyo seno operan los órganos judiciales. Más allá, en aquellos ámbitos en los que no existe consenso, es la respectiva fuerza de convicción la que dota de mayor o menor *auctoritas* a una determinada tesis doctrinal. En fin, la idea de que el Derecho —también el Derecho penal— es la obra colectiva de una comunidad trasciende a todas las afirmaciones anteriores, sin contradecirlas.[15] En efecto, la *praxis* punitiva y su producto juridificado, el Derecho penal, constituyen un organismo vivo, que se resiste a cualquier intento de petrificación. Además, en ese organismo vivo influyen de forma relevante los cambios culturales, los cuales, por su parte, son atribuibles a un complejo juego de tensiones sociales y políticas.

3.2.2. La controversia

Esta concepción amplia del ámbito del Derecho penal puede resultar polé- 15
mica. Por un lado, para quienes sostienen que la jurisprudencia no es fuente del Derecho penal. En efecto, estos entienden que el Derecho penal se identifica con las leyes penales, cuya aplicación —como acto supuestamente cognitivo— es lo único que les incumbe a los jueces. Asimismo, por otro lado, para quienes afirman que la doctrina académica tiene como misión el conocimiento de las leyes penales —como ciencia teórica— y no, en cambio, su reconstrucción creadora —en tanto que disciplina práctica, en el sentido aristotélico—. Sin embargo, la realidad es que la jurisprudencia, mediante la concreción de las leyes y de las doctrinas jurídicas, no solo resuelve sobre el caso concreto, sino que además va sentando precedentes. A su vez, estos conforman nuevas reglas jurídicas de abstracción media o baja que, de uno u otro modo, vinculan la futura concreción de leyes y doctrinas por parte de otros tribunales.

---

[14] *Stark* (2020), 99 ss.

[15] *Donini*, Il Pensiero, 2/2019, 45 ss.

16 Por su parte, como se ha apuntado, la doctrina no se limita a la descripción del contenido de las leyes. Además, lo reconstruye, conceptualiza y sistematiza desde una perspectiva que, por un lado, se enmarca en una tradición y, por otro, va introduciendo cambios en esta. En definitiva, jurisprudencia y tradición doctrinal, en el marco de la Constitución y las leyes, crean Derecho penal (*cfr. infra* capítulos 6/2; 7/87). Sentado esto, no es casual que el Tribunal Constitucional español señale de forma reiterada que vulneran el principio de legalidad aquellas interpretaciones judiciales de las leyes que son contrarias al método jurídico —que ha sido doctrinalmente establecido— así como a los valores de la Constitución. Esto responde a una concepción del Derecho mucho más compleja que la reduccionista, propia del legalismo —como forma rígida de positivismo normativo—.

17 Los enunciados del Derecho penal, procedentes de todas las fuentes reseñadas, tienen contenidos diversos. Por un lado, las definiciones de cada una de las clases de conductas constitutivas de delito, así como las reglas y principios para su aplicación a supuestos de hecho concretos. Por otro lado, el conjunto de criterios generales de atribución de responsabilidad a uno o varios sujetos por tales clases de delitos. En tercer lugar, la descripción de las penas que deben imponerse, en su caso, a los sujetos responsables del hecho delictivo, así como las reglas y principios para su individualización en el caso concreto. De este modo, las definiciones de los delitos y las sanciones aplicables a estos integran la denominada Parte especial del Derecho penal. Por su parte, los criterios de atribución de responsabilidad —la teoría general del hecho punible— y el sistema de penas y otras consecuencias jurídicas del delito integran la denominada Parte general del Derecho penal. En esta deben incluirse también los principios y reglas generales de aplicación judicial del Derecho penal.

18 Sentado lo anterior, hay que añadir que, en la tradición continental europea, el Derecho penal no comprende solo enunciados que fundamentan y delimitan el ejercicio del poder punitivo del Estado sobre quienes cometen delitos de modo responsable. Además, se incluyen en él otras reglas y principios que tienen por objeto fundamentar y limitar la prevención de delitos mediante mecanismos terapéuticos y asegurativos de sujetos peligrosos. En efecto, desde principios del siglo XX también pertenece al Derecho penal el régimen jurídico de las denominadas medidas de seguridad, que en puridad constituyen reacciones de policía enmarcadas en un sistema de control de riesgos derivados de personas. Por otro lado, y aunque ya existían antecedentes de ello, desde principios del siglo XXI se ha generalizado la inclusión en el Derecho penal de la tradición continental de un tercer ámbito de regulación jurídica. Este se halla integrado por los enunciados que regulan la imposición de sanciones —denominadas penales— a las personas jurídicas en cuyo marco se cometen delitos, a las que se considera responsables de ellos.

3.3. El Derecho penal supra- e infraestatal

3.3.1. El Derecho penal supraestatal

3.3.1.1. Introducción

El proceso de globalización de las sociedades nacionales, producido a partir de la segunda mitad del siglo XX, ha afectado ciertamente al Derecho penal. Sin embargo, resulta controvertida la medida en que lo ha hecho.[16] De ello dan cuenta el Derecho penal internacional, el Derecho penal europeizado y el Derecho supranacional de protección de los derechos humanos. Así, por un lado, está claro que el ámbito de incidencia del Derecho penal se ha extendido a la comunidad internacional. Ello ha dado lugar al Derecho penal internacional —o internacional penal—, que debe distinguirse del Derecho de la cooperación internacional —interestatal— en materia penal, *que* constituye, sin más, Derecho penal del Estado. **19**

3.3.1.2. El Derecho penal internacional

El Derecho penal internacional tiene su regulación básica en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional[17] y en otros tratados internacionales. Sin embargo, en él resulta decisivo también el papel de la costumbre, así como de los principios que tienen la naturaleza de *ius cogens* —Derecho imperativo—. En cuanto a su objeto tradicional, este ha venido constituido por los llamados crímenes de guerra, los crímenes contra la paz y los crímenes de lesa humanidad, pero no es descartable su ampliación a otros supuestos de delitos que afectan gravemente a la dignidad humana. Pues bien, a diferencia del Derecho penal estatal, el Derecho penal internacional no puede presuponer la existencia de una comunidad política de personas. En efecto, la comunidad internacional actual no constituye una comunidad de personas, sino que es, más bien, una —relativa— agrupación de Estados. En ese marco, el vigente Derecho penal internacional constituye una anticipación imperfecta de lo que podría llegar a ser el Derecho penal de una futura comunidad global de personas. Entre tanto, su auténtica naturaleza es objeto de debate (*cfr. infra* capítulo 3/95). **20**

3.3.1.3. El Derecho penal europeizado

No existe un Derecho penal europeo en sentido estricto.[18] Sin embargo, sí ha tenido lugar una intensa europeización del Derecho penal de los estados nacionales.[19] En primer lugar, ello se debe al efecto que, a lo largo de los **21**

---

[16] Distintos, *Bernardi*, DPC 4 (2003), 13 ss.; y *Schünemann*, ARSP Beiheft 93 (2004), 133 ss.

[17] Cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de julio de 2002.

[18] Con todo, *Mitsilegas* (2.ª, 2022).

[19] *Satzger* (2001); *Bernardi* (2004); *Muñoz de Morales* (2011); *Fernández Ogallar* (2014); *Cavaliere/Masarone* (2018); *Manes/Caianiello* (2020); *Sicurella et al.* -eds.- (2020).

últimos treinta años, han producido los reglamentos y directivas comunitarias sobre el Derecho penal de los estados de la Unión Europea. Ciertamente, estas disposiciones tuvieron inicialmente un efecto limitador del ámbito de las conductas que los Estados podían definir como punibles, por el impacto de las libertades comunitarias —la libre circulación de personas, bienes y capitales—. Sin embargo, progresivamente han conducido a una ampliación de los supuestos de hecho objeto de sanción penal. Esto se ha debido, por un lado, a la protección de los intereses de la Unión con base en el criterio de la asimilación, y, por el otro, a las exigencias de armonización de las legislaciones estatales. Por lo demás, la Unión Europea tiende cada vez más a recurrir al Derecho penal como refuerzo de su política. El resultado de ello es una legislación penal nacional ampliamente «europeizada», a la que cabe hacer serias críticas tanto formales como materiales.[20]

22 En segundo lugar, la actividad jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea desempeña un papel cada vez más relevante en la aplicación judicial del Derecho penal de los estados integrantes de la Unión. En efecto, ello tiene que ver sobre todo con las disposiciones de Derecho público y privado de origen comunitario a las que remiten de uno u otro modo las leyes penales nacionales. En la práctica, una consecuencia visible de este fenómeno es el creciente planteamiento de cuestiones prejudiciales de Derecho europeo ante los tribunales españoles, para que estos, a su vez, las remitan al Tribunal Europeo (*cfr. infra* capítulo 6/81). Pues bien, los conflictos habidos entre este tribunal y los tribunales constitucionales nacionales han dado pie incluso a una nueva institución jurídica, a la que se ha dado en llamar de modo eufemístico «diálogo entre tribunales».[21] Este plantea de forma novedosa una relación no exactamente jerárquica, sino de tensa cooperación, entre uno y otros. Por lo demás, el fenómeno puede intensificarse —ahora quizá con efectos más positivos— en virtud de la incidencia que acabe teniendo la Carta Europea de derechos fundamentales (*cfr. infra* capítulo 4/4).

3.3.1.4. Los sistemas supranacionales de protección de los derechos humanos

23 La última de las novedades del último medio siglo es el Derecho penal supranacional surgido de los sistemas de protección de los derechos humanos. En efecto, su configuración deriva de la práctica jurisdiccional del Tribunal Europeo —vinculante para los estados integrantes del Consejo de Europa— y de la Corte Interamericana de Derechos humanos, en el marco de los correspondientes convenios. Desde luego, esta jurisprudencia tiene, como primera manifestación, un efecto limitador del ámbito de lo punible. En efecto, se

---

[20] *Silva Sánchez*, RP 13 (2004), 139 ss.; *Carpio Briz*, LH Mir Puig, 2010, 189 ss.; *Salcuni* (2011); *Corral Maraver* (2020).

[21] *Bustos Gibert* (2012), 169 ss.; *Bernardi* (2019); *Pérez Manzano* (2019), 391 ss., 402.

ocupa de revisar si, en casos en los que ha tenido lugar una condena por parte de los órganos judiciales del Estado, han podido ser vulnerados los derechos protegidos por el respectivo convenio. Sin embargo, junto a ello la jurisprudencia de derechos humanos ha pasado a tener un creciente impacto expansivo del ámbito de lo punible.[22] En el origen de este giro se halla la doctrina constitucional alemana relativa a la existencia de deberes de protección positiva del Estado. A partir de ahí, la jurisprudencia de los tribunales supranacionales de derechos humanos se ha convertido en una instancia de legitimación del recurso al Derecho penal como medio de cumplir aquel deber de protección. En efecto, tales tribunales entienden que el deber positivo de protección de los derechos humanos por parte del Estado comprende obligaciones de tipificación de determinados hechos como delitos. Más aún, contempla incluso obligaciones de enjuiciamiento y castigo de determinadas conductas. Este tema es objeto de intensa discusión (*cfr. infra* capítulo 5/98).

3.3.1.5. El Derecho penal global

En los últimos años ha aflorado un nuevo concepto: el llamado Derecho penal global,[23] que se integra en el marco general del Derecho público global. En realidad, de momento es discutible cuál debe ser su alcance exacto. Por un lado, podría ceñirse al mínimo representado por la protección global de los derechos humanos. Sin embargo, por otro lado, se pretende incluir en él no solo el Derecho de los tratados, sino también algunas dimensiones del denominado «Derecho blando» es decir, de las recomendaciones de las organizaciones internacionales e incluso de las agencias reguladoras internacionales.[24] Además, unas y otras trascienden las cuestiones de derechos humanos para entrar en materia de política económica. Por tanto, parece prudente caracterizarlo simplemente como comprensivo del conjunto de ámbitos en los que el Estado va perdiendo el monopolio de la regulación a favor de instituciones supraestatales de diversa naturaleza.[25] 24

3.3.2. El Derecho penal infraestatal

3.3.2.1. El sistema multinivel de fuentes

En las últimas décadas se ha hecho común hablar de la existencia de un sistema «multinivel» de fuentes del Derecho (*cfr. infra* capítulo 4/99), que afecta igualmente al Derecho penal. En efecto, además de las fuentes estatales y supraestatales mencionadas, conviene hacer referencia a la existencia de fuentes infraestatales. En estados descentralizados, como son buena parte 25

[22] Crítica, *de Magallães Gomes* (2017), 321 ss.

[23] *Nieto Martín* (2012), 83 ss.; *el mismo* (2019), 17 ss.; *Navarro Cardoso*, EPC XL (2020), 1137 ss.

[24] En inglés: «*soft law*». Crítica, *de la Cuerda Martín* (2021), 211 ss.

[25] *Nieto Martín* (2019), 21 ss.

de los europeos, el Derecho público y el Derecho privado no proceden solo del Estado, sino también de las regiones —comunidades autónomas, estados federados— así como de las corporaciones locales y de otros entes administrativos o mixtos (público-privados). Por tanto, la integración de las disposiciones penales que remiten a fuentes extrapenales exige recurrir a todos estos niveles. En último lugar, como también se anticipó, el reenvío puede tener lugar a disposiciones procedentes de entidades privadas —reglas técnicas, preceptos de autorregulación—.

3.3.2.2. Las jurisdicciones culturales

26 Sin embargo, lo anterior no es todo. Como luego se verá, el Derecho penal del Estado no pretende basarse solo en la coacción, sino también en una posibilidad *a priori* de reconocimiento por parte de sus destinatarios. Ello le genera problemas cuando, con respecto a un grupo bien definido de personas, no cabe contar con esa posibilidad. Pues bien, en Europa existen comunidades inmigrantes en las que no se da ese reconocimiento, o al menos no de modo pleno. Por su parte, en Iberoamérica existen comunidades indígenas, con culturas divergentes de la mayoritaria, en las que asimismo puede darse ese problema.[26] Ello ha dado lugar al debate sobre si debe ser aceptado el ordenamiento de la justicia punitiva que poseen tales comunidades —consuetudinario y divergente del propio del Estado—.

27 Así se han generado dos situaciones diversas: por un lado, la propia de la jurisdicción cultural no reconocida formalmente por el respectivo Estado; y, por otro, la de aquella que sí resulta jurídicamente admitida con rango constitucional, sobre la base de lo que sugieren algunos convenios internacionales.[27] En efecto, si la jurisdicción cultural no es constitucionalizada por el Estado, entonces su actuación debería ser perseguida y la ejecución de las penas impuestas al agente en su marco tendría que ser reputada delictiva. Para evitar este conflicto, la alternativa es reconocer a esas jurisdicciones. Ahora bien, esto no es tan sencillo. El Estado de Derecho puede y debe requerir condiciones a la hora de hacerlo. Así, resulta esencial la prohibición efectiva de las lesiones de derechos humanos fundamentales tanto si estas se causan por los integrantes de la respectiva comunidad, como si lo hacen los órganos de la jurisdicción. Ciertamente, el Estado, tanto si reconoce la jurisdicción cultural como si meramente la tolera, se encuentra en una posición de garante de libertad negativa en virtud de la cual debe impedir prácticas lesivas de aquellos derechos (*cfr. infra* capítulo 4/58).[28]

---

[26] *Borja Jiménez* (2001).

[27] Art. 9 del Convenio de la OIT n.º 169, de 27 de junio de 1989. Sobre este, *Ferré Olivé*, RP 22 (2008), 39 ss.

[28] Discutido en su concreción: *Borja Jiménez* -ed.- (2006); *Bernal del Castillo* -ed.- (2014); *Portilla Contreras/Pomares Cintas* (2014), 236 ss.

II. LA TEORÍA DE LAS NORMAS

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Las normas de conducta

1.1.1. Consideraciones generales

A la vista de lo expuesto hasta aquí, podría parecer que el Derecho penal **28**
constituye únicamente un orden de sanción de determinadas conductas desvaloradas por el Estado. Sin embargo, las conductas que dan lugar a la realización de los hechos tipificados como delictivos constituyen infracciones de unas normas preexistentes. Pues bien, para identificar a estas últimas, es preciso distinguirlas de los enunciados legales —de las leyes penales—. En efecto, las normas de conducta no se encuentran de modo expreso en las reglas legales que describen los delitos, sino que las preceden en términos lógicos, axiológicos y deónticos.[29] Así, el orden del Derecho penal contiene, en primer lugar, normas de conducta que prohíben o prescriben determinadas formas de comportamiento, al tiempo que permiten otras. Pues bien, la tipificación de ciertas infracciones de esas normas supralegales da lugar a las diversas figuras de delito.

Las normas de conducta se mueven en dos planos distintos. De entrada, es **29**
posible concebirlas como un orden jurídico-abstracto, independiente de las descripciones de los ilícitos civiles, administrativos y penales. Sin embargo, la identificación de este orden abstracto de normas de conducta, radicalmente desvinculadas de los detalles de cualquier sistema legal concreto, tiene un interés puramente lógico-analítico. Así pues, por debajo de aquel orden abstracto, es preciso advertir órdenes concretos de conductas vinculados a la naturaleza civil, administrativa y penal de las respectivas sanciones. Estos también preceden en términos lógicos, axiológicos y deónticos a las descripciones legales de los correspondientes ilícitos. Ahora bien, en términos prácticos se obtienen por inferencia de la regulación respectiva de los ilícitos civiles, administrativos y penales en una determinada legislación. Por tanto, de las descripciones legales de los delitos («El que matare a otro...») así como de otras reglas y principios que las complementan —relativos a las causas de justificación— cabe derivar la existencia de normas de conducta.[30]

1.1.2. La relevancia de las normas de conducta

La identificación de la existencia de un orden jurídico de conductas previo **30**
los tipos legales de delito es relevante por varias razones. En primer lugar,

---

[29] *Robles Planas,* InDret 1/2019, 7; *el mismo* (2021).

[30] *Binding* (1885); *Engisch* (1930); *Arm. Kaufmann* (1954), 139 ss.; *Mir Puig* (2.ª, 1982); *Frisch* (1983), *mismo* (1988), 9 ss., 69 ss.; *Sancinetti* (1991); *Silva Sánchez* (1992), 311 ss.; *el mismo* (2003), 15 ss.; *Jnzikowski* (1997); *Molina Fernández* (2001); *Robles Planas,* InDret 1/2019; *el mismo* (2021), 63 ss.; *eund/Rostalski* (2019); *Alpaca Pérez* (2022).

manifiesta de modo explícito que el Derecho penal tiene una vocación prospectiva —preventiva— de protección de bienes y no solo una misión retrospectiva de castigo de quienes realizan las conductas lesivas de aquellos bienes.[31] En segundo lugar, da cuenta de que tal protección tiene lugar emitiendo directivas que interpelan a sus destinatarios, dándoles razones para obrar conforme a Derecho. Pues bien, una pretensión fundamental del Estado es la de que estas sean obedecidas.[32] De este modo, el hecho de que la mayoría de las personas las cumpla adquiere el carácter de fenómeno jurídico —al menos en parte—, y no meramente psicológico o sociológico. Ciertamente, cabe que una persona concreta haya obedecido una determinada norma de conducta por razones que no tienen nada que ver con el Derecho. Es más, lo usual es que las normas jurídicas se cumplan por razones morales y de hábito. Ahora bien, incluso tal cumplimiento tiene un efecto de estabilización de aquellas. En tercer lugar, la existencia de normas obliga a apreciar que no solo está necesitado de legitimación ético-política el castigo sino, ya antes de este, la propia existencia de esas normas de conducta y su alcance (*cfr. infra* capítulo 2/31). En cuarto lugar, solo la existencia de un orden de conductas permite delimitar *ex ante* las esferas de libertad ciudadana y determinar cómo debe obrar un tercero público o privado en el marco de los conflictos interpersonales (*cfr. infra* capítulos 8/75; 18/18).

31 El orden de conductas garantizado por el Derecho penal está integrado por un conjunto de normas —enunciados prescriptivos no escritos como, por ejemplo, «¡no debes matar!»— dirigidas a todos los ciudadanos. El primer sustrato de las normas de conducta es la realización de valoraciones jurídicas positivas sobre determinados bienes intrínsecos y extrínsecos de las personas, que son condiciones del desarrollo de estas. Este valor de los bienes para las personas conlleva una valoración negativa de su afectación lesiva y una valoración positiva de lo que redunde en su mejora. A continuación, tiene lugar la consiguiente valoración negativa de los procesos humanos que dan lugar a la afectación lesiva de esos bienes.[33] Por la misma razón se valoran positivamente las conductas que den lugar a estados de cosas positivos en relación con ellos.

32 A partir de ahí, las normas prohíben conductas que pueden dar lugar a afectaciones lesivas y mandan conductas que pueden dar lugar a estados de cosas favorables para los bienes. Al hacerlo, tratan de dar razones para que sus destinatarios se abstengan de llevar a cabo lo primero, o para que precisamente realicen lo segundo. De este modo, a través de la comunicación, intentan alcanzar un mundo posible que no siempre coincide con el mundo real.[34] Ciertamente, como se acaba de señalar, el hecho de que la mayoría de

---

[31] *Binding* (1885), 163; *Amelung*, FS Eser, 2005, 6 ss.

[32] *Alfonso de Castro* (1568), lib. I, cap. I: «Ley es la voluntad recta del que dirige a un pueblo en nombre de este, promulgada de palabra o por escrito con intención de obligar a los súbditos a cumplirla».

[33] Próximo *Arm. Kaufmann* (1954), 75-76.

[34] *Möllers* (2015), 14.

la gente se abstenga de delinquir no deriva solo, ni siquiera principalmente, de las normas jurídicas de conducta. Sin embargo, no puede negarse que las normas jurídicas de conducta y su refuerzo jurídico-penal desempeñan también un papel importante, que debe estimarse creciente en sociedades cada vez menos homogéneas.

1.2. Las normas de sanción

1.2.1. Las leyes penales y las normas de sanción

Las normas de sanción se infieren, asimismo, de las descripciones legales 33
de los delitos («El que matare a otro...»), así como de otras reglas y principios adicionales.[35] En efecto, lo peculiar del Derecho penal es que la vulneración de las normas de conducta, concurriendo determinados requisitos adicionales, determina que operen unas concretas normas de sanción cuya aplicación debe dar lugar a la imposición de una pena. En cambio, si no se constata aquella vulneración o no se dan los requisitos adicionales, las normas de sanción obligan a la absolución del sujeto. Pues bien, el concepto de norma de sanción no se identifica con el de regla de imputación. En el ámbito de la norma de sanción se integran tanto las reglas de imputación como otras reglas de decisión distintas que van más allá de la determinación del injusto culpable e inciden sobre la aplicación de las sanciones. Las reglas de imputación y las demás reglas de decisión establecen cuáles son los presupuestos de aplicación de la norma de sanción.

Las leyes penales, que en este punto tienen una redacción en voz pasiva 34
(«El que matare a otro será castigado...»), tampoco expresan de forma directa las normas de sanción. En efecto, las leyes penales promulgadas y publicadas se dirigen, en principio, a todos los que las puedan leer. Así, por ejemplo, en España el Rey, en su condición de jefe del Estado, sanciona las leyes con las siguientes palabras: «A todos los que la presente vieren y entendieren. Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley. Por tanto, Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley». Ahora bien, las leyes penales sustantivas se dirigen en particular a los órganos del propio Estado, puesto que este es el titular de *ius puniendi*.[36] En realidad, para inferir de ellas las auténticas normas de sanción es necesario que el poder legislativo del Estado les añada un conjunto de leyes orgánicas y procesales.[37] En definitiva, son estas últimas las

---

[35] En el ámbito angloamericano se distingue entre «*conduct rules*» y «*decision rules*»: así, *Dan-Cohen*, Harvard L. R. 97 (1984), 625 ss.; *Robinson*, U. Chicago L. R. 57 (1990), 729 ss.; *el mismo* (1997), 143 ss.; o bien entre «*rules for citizens*» y «*rules for courts*»: así, *Alldridge*, OJLS 10 (1990), 487 ss.

[36] *Binding* (1885), 162.

[37] En el caso español, cuando se combina el texto del Código penal y de las demás leyes penales con la Ley Orgánica del Poder Judicial, y sus disposiciones de complemento, así como con la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

que determinan quiénes, cuándo y cómo tienen que cumplir las normas de sanción. Solo entonces es posible reconstruir de modo completo el supuesto de hecho de tales normas y su destinatario concreto.

1.2.2. La contribución de las normas de sanción a la dirección de conductas

35 Las normas de sanción contribuyen asimismo a la función directiva que las normas de conducta cumplen en relación con los ciudadanos. En efecto, añaden a la norma de conducta la dimensión punitiva, puesto que de ellas cabe inferir la amenaza de imponer una pena a quien las infrinja. Esto incorpora dos factores más a la comunicación racional-valorativa entre norma de conducta y ciudadano: por un lado, un elemento prudencial-instrumental de cálculo; por otro lado, un elemento pasional-emocional, de miedo.[38] Ahora bien, la efectividad de la mencionada dimensión instrumental requiere que se dé *ex ante* la posibilidad real de que el supuesto infractor sea juzgado y que concurran las condiciones para su condena. Por esta razón, el contenido de las reglas de imputación y de otras reglas de decisión, que se integran en el ámbito de la norma de sanción, es también relevante en términos directivos. En suma, las posibles causas de exculpación y de exclusión de la punibilidad de conductas antijurídicas y culpables, que impiden que se aplique la norma de sanción, desempeñan un papel relevante en la hipotética deliberación del agente sobre la comisión o no del delito.

36 Las normas de sanción son enunciados —por ejemplo, «debes castigar con pena al que mate, dándose además los requisitos X, Y y Z, pero debes absolver si estos no se dan»— que se dirigen al juez o tribunal penal competente para el enjuiciamiento del hecho de que se trate.[39] Sin embargo, como se ha indicado, de modo indirecto también forman parte de la comunicación del Derecho penal con autores y víctimas potenciales. Además, en fin, el supuesto de hecho de las diversas normas de sanción —con los elementos sustantivos, orgánicos y procesales que lo integran— forma parte del contenido de la norma de conducta subyacente al tipo del delito de prevaricación judicial (en España, arts. 446 y ss. CP). Así pues, debe afirmarse que la norma de sanción de este tipo delictivo —que comprende el castigo de quien dicta a sabiendas o imprudentemente una resolución judicial injusta— conforma la cláusula de cierre de cualquier sistema estatal de ejercicio del *ius puniendi* conforme al *ius poenale.*

2. EL PROBLEMA ÉTICO-POLÍTICO DE LAS NORMAS DE CONDUCTA

2.1. Las dimensiones de la teoría de las normas de conducta

37 La cuestión de la existencia de normas de conducta y de cuáles son sus características es objeto de debate. Este tiene varias dimensiones. Por un lado,

---

[38] *Silva Sánchez* (2.ª, 2010), 573.

[39] Cuestión polémica en los detalles: *Renzikowski*, FS Gössel, 2002, 9-10.

como ya se ha visto, una dimensión relativa a si el Derecho penal debe entenderse como un orden de represión *ex post* de conductas o, en cambio, como dotado también de una misión *ex ante* de ordenación de tales conductas. Por otro lado, una dimensión ético-política, relativa de modo general a la autoridad del Derecho y del Estado, pero con una especial proyección en Derecho penal. En fin, en tercer lugar, una dimensión técnico-jurídica. En este último punto, la cuestión versa sobre cuáles son la estructura y el contenido de la norma de conducta y cuál es su relación con la función que desempeña. En concreto, sobre cómo debe concretarse su contenido proposicional (por ejemplo, «matar») en tanto que cualificado por un operador deóntico de mandato o prohibición (esto es: «no debes»). Sin embargo, su examen comprende también la cuestión de cuál es la relación de la norma de conducta con otros enunciados deónticos: en concreto, con otras normas de conducta derivadas, así como con permisiones, incumbencias y deberes. Pues bien, la principal repercusión de este debate tiene lugar en la teoría del delito.

En cambio, aquí procede examinar los problemas de la norma de conducta 38
únicamente desde la perspectiva jurídico-política. Esta no versa sobre si el Estado puede recurrir de modo legítimo a la coacción mediante la imposición de sanciones ante determinadas conductas infractoras de normas. Por el contrario, la pregunta previa es si puede dictar normas de conducta incondicionadamente vinculantes que, en el caso de ser infringidas libremente, hagan posible dirigir a sus infractores un reproche. En efecto, esta censura, que conforma la dimensión expresiva de la pena, constituye algo cualitativamente distinto del gravamen propio de un tributo o del importe de una sanción administrativa.[40]

2.2. Las diversas posiciones sobre la cuestión ético-política

2.2.1. La inexistencia de normas de conducta

Una tradición doctrinal —positivista— ha sostenido que las únicas normas 39
jurídicas que existen son normas de sanción con una estructura hipotética o condicional.[41] Por tanto, estas no expresan obligaciones incondicionadas para los ciudadanos, sino que tan solo indican que un comportamiento es obligatorio si el agente quiere evitar la imposición de la sanción. Así, las normas jurídicas se enmarcan en un entorno básicamente regulatorio: son expresión de incentivos y desincentivos. Por ejemplo, «si no quieres ir a la cárcel, no mates», o «matar te puede salir caro». En Derecho penal este fue el punto de vista de Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833), todavía sin identificar la propia noción de norma como algo distinto de la ley,[42] cuando construyó la teoría de la coacción psicológica con base en la conminación abstracta de pena (*cfr. infra* capítulo 3/61). Además, con independencia de cuestiones de

[40] *Silva Sánchez*, LH Lorenzo Salgado, 2021, 1375 ss.

[41] *Silva Sánchez*, LH Arroyo Zapatero, I, 2021, 703 ss.

[42] *Renzikowski*, ARSP 87 (2001), 111.

detalle que aquí no interesan, este fue también el planteamiento seguido en la teoría del Derecho de Hans Kelsen (1881-1973),[43] que ha sido reafirmado en las últimas décadas por un sector de la doctrina del Derecho penal.

40 En él se parte de que la estructura del Derecho penal viene determinada por su función de influir sobre las conductas para proteger bienes jurídicos. Sin embargo, la influencia sobre el comportamiento no tiene lugar mediante el establecimiento de un deber jurídico —en virtud de una norma de conducta—, sino mediante la inmediata puesta en relación del comportamiento cuestionado con la sanción. Así pues, los enunciados normativos no deben ser concebidos como enunciados de deber, sino como enunciados asertivos regulares. Entonces, la norma no implica ninguna apelación de deber a la libertad del destinatario, sino que se limita a asociar a la conducta un desincentivo que haga de ésta algo poco atractivo.[44] En efecto, solo establece qué debe hacer el agente si quiere evitar la imposición de la sanción. En el contexto de esta opinión, la sanción penal no desempeña una función sustancialmente distinta de la de los precios o los tributos. Una y otros siguen siendo expresión de orientación y de coerción.[45]

2.2.2. La doctrina de las normas sociales de conducta

41 Otro sector de la doctrina sostiene asimismo que, tras las leyes penales, no existen normas jurídicas de conducta dirigidas a los ciudadanos. Sin embargo, entiende que sí existen normas de conducta, de naturaleza sociocultural. Este fue el planteamiento de la doctrina de las normas de cultura, debida a Max Ernst Mayer (1875-1923). Para esta posición, «la justificación del Derecho y en especial la obligatoriedad de las leyes se basa en que las normas del Derecho coinciden con normas de cultura, cuya obligatoriedad conoce y reconoce el individuo».[46] Por tanto, el Estado no impone normas de conducta vinculantes, sino que solo se ocupa de establecer las reglas de imputación de responsabilidad criminal por la infracción de algunas de aquellas. Concretamente, de las que son seleccionadas y reconocidas por él en virtud de su relevancia social. Expresado de otro modo, el Estado tan solo ejerce la coacción, mientras que las que ostentan la pretensión de orientación de los ciudadanos son normas no jurídicas. Estas, como normas de cultura —religiosas, morales, sociales— determinan el ámbito de lo prohibido, de modo que su fuerza vinculante se basa en el reconocimiento de los agentes. Desde esta perspectiva, por lo demás, se sostuvo coherentemente que «el seguimiento de las leyes, el hecho del comportamiento conforme al Derecho, es un fenómeno sociológico y psicológico y ya no objeto de la ciencia jurídica».[47]

---

[43] *Renzikowski*, ARSP 87 (2001), 113 n. 19.

[44] *Hoyer* (1997), 14, 40 ss., 48, 267.

[45] Críticos *Renzikowski*, ARSP 87 (2001), 114 ss.; *Silva Sánchez* (2003), 18 ss.

[46] *M.E. Mayer* (1903), 16.

[47] *M. E. Mayer*, AT, 1915, 35 n. 35.

Esta línea de pensamiento se ha mantenido a lo largo de los años, ali- 42
mentada por el denominado «problema de los destinatarios».[48] Este último alude a un debate que versa sobre quiénes son los sujetos a los que se dirige el Derecho penal, si todos los ciudadanos o solo los jueces. Sin embargo, más allá de esto, ha tenido un desarrollo moderno en la tesis de que las normas son expectativas de conducta —institucionalizadas, resistentes a la defraudación— que expresan la identidad de una sociedad en cuanto a lo correcto y lo erróneo.[49] Por tanto, no son jurídicas y, menos aún, jurídico-penales, sino socio-culturales.[50] Lo que ocurre es que algunas de ellas, las que manifiestan el núcleo de la identidad normativa de una sociedad, son reconocidas por el Estado y protegidas por el Derecho penal.[51]

2.2.3. Las normas jurídicas —categóricas— de conducta

Una tercera tradición, en cambio, sostiene que existen normas jurídicas de 43
conducta —de Derecho público o estrictamente de Derecho penal— y que estas expresan además una obligación incondicionada, vinculante de modo general. Como se verá, existe una diferencia clara entre esta posición y las dos anteriores acerca de la autoridad del Derecho. En efecto, esta construcción sostiene que el Derecho posee una autoridad que va más allá tanto del ejercicio de la coacción jurídica como de la estabilización autoritativa de la vigencia de normas no jurídicas. Ahora bien, todavía es posible distinguir dos variantes en su seno. En una de ellas la obligación categórica de la norma se deriva de su contenido y del valor que este tiene («Haz esto, porque esto es lo bueno»). Es decir, de razones de justicia. En la segunda, en cambio, la obligación categórica de la norma se deriva de la autoridad de quien la dicta («Haz esto porque lo mando yo»). Es decir, de la voluntad legítima del emisor. Eso sí, en ambos casos el mensaje es: «No debes matar», de modo que no se trata solo de que el comportamiento delictivo puede salir caro, sino de que no debe realizarse en absoluto.

Karl Binding (1841-1920) desarrolló la propuesta que sostiene el carácter 44
categórico de las normas a partir del deber de obediencia que vincula a sus destinatarios con la autoridad del Estado. En su planteamiento, el Derecho es expresión de voluntad autoritativa, aunque también deriva de la racionalidad del soberano, de modo que la obediencia que reclama no es meramente formalista.[52] Sin embargo, en las normas de conducta es irrelevante tanto la dimensión de coacción, como la dimensión de eticidad, [53] porque lo decisivo

---

[48] Referencias en *Silva Sánchez* (1992), 319 ss.

[49] *Jakobs* (1997), 32, 39; *el mismo*, LH de Figueiredo Dias, I, 2009, 387 ss., 392-393.

[50] *Jakobs* (1972), 6-7; *el mismo*, (1997), 52-54.

[51] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 1/8 y 9.

[52] *Binding* (1885), 3, 160, 186.

[53] *Binding* (1885), 161 ss., 163-164.

es la autoridad. Con todo, su posición acerca de la vinculación de las normas en virtud de la autoridad de su emisor no se impuso. En cambio, ha prevalecido la idea de que las normas de conducta, para ser vinculantes, tienen que poseer una legitimación material relativa a su contenido. Es decir, a su objeto de protección. A lo largo de la segunda mitad del siglo XX, esa legitimación vino dada por las concepciones críticas de las doctrinas del bien jurídico.

2.2.4. Un balance

45 Pues bien, las normas de conducta no pueden entenderse como prescripciones expresivas de un mero acto de poder, que deba ser obedecido en virtud de la coacción propia del Estado. Como ya se ha adelantado, las normas del Estado, como la mayoría de las de cualquier otro sistema normativo, vienen precedidas por enunciados valorativos más o menos densos. Esta relación entre normas y juicios de valor no tiene naturaleza lógica, pues es posible imaginar el dictado de normas de modo absolutamente arbitrario o incluso aleatorio. Sin embargo, sí puede calificarse de teleológica. En efecto, a quien dicta las normas, como a cualquier otro sujeto que realiza acciones, se le presupone una racionalidad de medio a fin. A partir de ahí resulta, como mínimo, que las normas estatales, en tanto que medios, se ordenan a la consecución de los fines perseguidos por el Estado. Como se ha indicado, esos fines se refieren a la consecución de estados de cosas que contribuyen al bien común y en la evitación de estados de cosas que se oponen a este. En consecuencia, la racionalidad de las normas implica que por un lado se prohíba aquello que conduce a la lesión del bien común. Igualmente, que se mande aquello que contribuye al bien común. Lo contrario —por ejemplo, prohibir algo que conduce al bien común— implicaría incurrir en una autocontradicción práctica.[54] Claro está que el problema es determinar qué contribuye al bien común y qué lo lesiona.

III. LA DOBLE POTESTAD PENAL DEL ESTADO

1. LAS DOS RELACIONES JURÍDICO-PENALES SUSTANTIVAS Y LA RELACIÓN PROCESAL PENAL

46 El Derecho penal rige dos relaciones jurídicas sustantivas que existen entre las personas y el Estado.[55] La primera de ellas es la que emana de la pretensión estatal de obediencia a las normas de conducta. En cambio, la segunda es la que deriva de la pretensión estatal de castigo de aquella persona que las desobedece de modo típico y punible. La primera —la llamada relación jurídica primaria— parte de que las normas de conducta requieren su cumplimiento por parte de sus destinatarios, quienes tienen un deber de obediencia.[56] La segunda —la relación

[54] *Sánchez-Ostiz* (2012), 248-249.

[55] *A. Merkel*, PG, s/f, 177-178.

[56] *Binding* (1885), 162-163.

jurídica secundaria— surge cuando se constata que un sujeto ha desatendido libremente la oportunidad de cumplimiento voluntario de la norma y se dan, además, los restantes presupuestos de aplicación de la norma de sanción. Por tanto, para su aparición no basta con la infracción culpable de la norma, sino que es preciso que se den todos los elementos del supuesto de hecho de la norma de sanción.[57] Esto da lugar al dictado de la sentencia judicial como norma concreta —o singular— obligatoria para quienes tienen que someterse a ella —los reos—, para quienes tienen que ejecutarla —los funcionarios— y, en fin, para quienes deben respetar su ejecución —el conjunto de los ciudadanos—.[58]

47 En el lugar intermedio entre la primera y la segunda relación jurídico-penal sustantiva se halla la relación jurídico-procesal penal.[59] En efecto, esta se suscita al tratar de determinar si se ha producido o no la infracción culpable de la norma de conducta, así como los demás elementos del supuesto de hecho de la norma de sanción. Pues bien, los criterios rectores fundamentales de la relación jurídico-procesal no son los deberes, sino el derecho al debido proceso. Así, en este marco general se sitúan la presunción de inocencia, el derecho a no declarar contra uno mismo y el derecho de defensa. Sin embargo, el sujeto investigado y luego acusado también ha de soportar determinadas cargas, la más importante de las cuales es la de someterse al juicio del órgano jurisdiccional competente.

48 Cada una de las tres relaciones mencionadas genera un concepto de sujeto, con determinadas características cognitivas y volitivas. Así, existe un «sujeto del delito», un «sujeto del proceso» y un «sujeto (de la ejecución) de la pena». El primero debe ser un sujeto imputable —capaz de seguir la norma—, mientras que el segundo tiene que ser un sujeto capaz de ejercer sus derechos procesales. Por su parte, el tercero debe ser un sujeto capaz de entender la pena que sufre como verdadera pena y no como un mero sufrimiento. A un sujeto inimputable no es posible imputarle la comisión de un delito; a un sujeto procesalmente incapaz no es posible juzgarlo; en fin, un sujeto que no entiende la pena no puede ser sometido a la ejecución de esta. Estas tres exigencias, en su incidencia combinada, generan diversos problemas que reciben tratamiento en el lugar correspondiente (*cfr. infra* capítulos 24/15; 24/106; 27/124).

2. LA OBEDIENCIA A LAS NORMAS DE CONDUCTA

2.1. La pretensión de reconocimiento y la coacción

2.1.1. Generalidades

49 Las normas jurídico-penales de conducta tienen que ser obedecidas.[60] Sin embargo, el fundamento del deber de obediencia varía parcialmente en función

---

[57] *A. Merkel*, PG, s/f, 179.

[58] *von den Pfordten* (1993), 379.

[59] *Bierling*, ZStW 10 (1890), 251 ss.

[60] *Wolfslast* (1995), 77 ss.

de la clase de delito que prohíba la respectiva norma. Con todo, es preciso partir de que existe una permanente discusión sobre si el Derecho es un orden de reconocimiento o un orden de coacción.[61] Pues bien, en lo que hace al Derecho penal ambas dimensiones son ineludibles.[62] En efecto, el Derecho penal es, por un lado, un orden de reconocimiento y, por otro, un orden de coacción. En su primera dimensión orienta a los ciudadanos que lo reconocen sobre cómo cumplir el deber ser jurídico. Así, sus normas de conducta presuponen destinatarios que gozan de libertad de acción y libertad de voluntad, a quienes se pretende dar razones para que obren de acuerdo con el orden normativo. Sentado esto, espera que los destinatarios, por su parte, contemplen el Derecho desde la perspectiva interna, es decir, la propia del denominado «hombre justo» (el *vir bonus* de la tradición clásica).[63] Y, en consecuencia, lo sigan libremente.

50 Ahora bien, está claro que de este modo las normas, que aspiran a su seguimiento libre por parte de los destinatarios, corren también el riesgo de ser vulneradas.[64] Debido a ello, el Derecho penal es también un orden de coacción. En efecto, tiene en cuenta que sus destinatarios también contemplan el Derecho desde el punto de vista externo; es decir, desde la perspectiva del «hombre malo». En efecto, «el hombre bueno va a prestar oídos a la razón por vivir orientado hacia el bien, pero el malo "debe" recibir castigo con dolor, como una bestia de carga, por tender hacia el placer».[65] Ahora bien, conviene tener claro que, con independencia de cuál sea su uso en otros autores, las nociones de hombre justo e injusto no designan aquí a dos grupos separados de personas. Por el contrario, la premisa que se adopta en este texto es que en toda persona se da, en medida por determinar, y con diferencias relativas al grupo de normas de que se trate, lo uno y lo otro.

2.1.2. El recurso a la coacción física y psicológica

51 En efecto, la paradójica realidad antropológica es que, en todas las personas, en mayor o menor medida, se dan cita racionalidad moral, racionalidad prudencial y debilidad —física y psíquica, cognitiva, volitiva y moral—. El Derecho lo tiene en cuenta y por eso adopta frente a los ciudadanos una doble perspectiva.[66] Por un lado, los reconoce ciertamente como sujetos capaces de deliberar y actuar conforme a razones —motivos de segundo orden—. En este plano interacciona con ellos mediante la comunicación de los contenidos de

---

[61] *H.-L. Schreiber* (1966), 70 ss., 84 ss.

[62] *Trinkner/ Tyler*, AJLSS 12 (2016), 425 ss.

[63] *Aristóteles*, Ética, 1179b; *Pérez del Valle*, PyD 83 (2020), 493 ss.

[64] *Aristóteles*, Ética, 1179b; *Möllers* (2015), 14; *Gärditz* (2015), 34; *K. Günther* (2021), 537 ss., 551-552.

[65] *Aristóteles*, Ética, 1180a-1180b, refiriéndose a la opinión de Platón. El propio Aristóteles sostiene que la mayoría «obedecen más a la necesidad que a la razón, y más a los castigos que al bien». Relativamente próximo, *Jakobs*, FS Loos, 2009, 83.

[66] Distinto, contraponiendo «modelos de motivación» y «modelos de comunicación», *Feijóo Sánchez*, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 263 ss.; *el mismo*, LH Arroyo Zapatero, II, 2021, 853 ss.

las normas y de la legitimidad de estas. Sin embargo, por otro lado, advierte que la debilidad de su entendimiento y de su voluntad puede dar lugar a que actúen por impulsos y emociones —motivos de primer orden— o, a lo sumo, por razones instrumentales (estratégicas o prudenciales). Es decir, a que se comporten en mayor o menor medida como fuentes de peligro en sentido amplio. Por eso, también se dirige a ellos mediante dos variantes de la coacción: la coacción física y la coacción psicológica.[67]

52 De estas modalidades de coacción, la primera es la propia del Derecho de la policía administrativa preventiva, pública y privada. Esta, que cada vez muestra una configuración más claramente tecnológica, tiene entre otras la función de impedir físicamente la comisión de delitos. Ciertamente, el Estado no recurre a ella de modo absoluto. En parte, porque no puede;[68] y en parte porque, si la llevara hasta el extremo, se autodestruiría como Estado de Derecho. Sin embargo, sí cabe constatar que la utiliza de modo creciente. Aparte de ella, la segunda vía coactiva de la que se sirve el Estado es la coacción psicológica. Es decir, recurre a la amenaza de la pena que se deriva de la anticipación mental del contenido de las normas jurídico-penales de sanción. Mediante ella pretende disuadir de la comisión de delitos a través de motivos instrumentales. Pues bien, el caso es que también esta dimensión tiende a reforzarse de modo creciente. Por un lado, mediante incrementos en la penalidad abstracta asociada a cada tipo de delito. Por otro lado, mediante el recurso a mecanismos cada vez más invasivos de policía judicial, pública y privada, que tienen la misión de identificar y poner a disposición judicial a quienes presuntamente hayan cometido los delitos. Al final, la combinación de lo uno y de lo otro produce en todo destinatario un efecto emocional de miedo, que puede ser mayor o menor.

53 La descripción anterior determina que el ideal de la vida jurídica[69] constituido por el seguimiento o, al menos, el cumplimiento voluntario de las normas por parte de los ciudadanos deba ser doblemente matizado. En primer lugar, por las razones antropológicas expuestas. En efecto, en toda persona conviven un agente con mejores o peores hábitos de conducta, un razonador práctico —instrumental y moral— y un individuo peligroso. En segundo lugar, por razones sociales. Ciertamente, la actual desvertebración social no fomenta ni los buenos hábitos ni el ejercicio de la razón práctica que puedan abonar el seguimiento del Derecho del Estado. Pues bien, también por este motivo resulta que la coacción ha adquirido una presencia mayor en los últimos tiempos. Así, la creciente coacción física se manifiesta en un fenómeno que cabe denominar «doble (o triple) aseguramiento», y que conlleva una parcial cosificación de los miembros de la sociedad. Aquel consiste en que el Derecho, al tiempo que dirige normas de conducta a un destinatario, le aplica

---

[67] Ya, *Aristóteles*, Ética, 1116a: «los ciudadanos soportan los peligros por los castigos, los reproches y los honores que se derivan de las leyes».

[68] *Feuerbach*, Lehrbuch, 11.ª, 1832, § 9.

[69] *Bierling* (1905), 3.

coacción física de forma directa o indirecta —esto último, dirigiendo normas de conducta a un tercero para que le vigile—. El general incremento de las posiciones de garante, públicas y privadas, de vigilancia y control, da cuenta de esta circunstancia (*cfr. infra* capítulo 11/12).

2.1.3. ¿Neutralidad del Derecho?

54 Es objeto de debate la medida de reconocimiento a la que aspira el Derecho penal. Al respecto, la posición mayoritaria sostiene que el Derecho solo pretende una libre adhesión externa de los ciudadanos, sin injerirse en su fuero interno. Expresado de otro modo, que le es indiferente la razón por la que los destinatarios cumplan las normas. A esto se refiere el llamado «mandato de neutralidad del Derecho».[70] Sin embargo, esta noción es confundente. En efecto, aunque no lo manifieste de modo expreso, el sistema jurídico cuenta de modo implícito con que los ciudadanos tengan razones intrínsecas para obrar, independientes del Derecho, pero cuyo contenido coincida con lo que manda este.[71] En realidad, la propia posibilidad de un orden jurídico-penal pacífico descansa en esta premisa. Así, tan pronto como esos motivos intrínsecos van menguando —como sucede en los contextos de creciente balcanización de la moralidad pública—, se advierte que las razones extrínsecas propias del Derecho son, por sí solas, demasiado débiles. En efecto, en contextos de anomia, el Derecho no tiene otra opción que incrementar la coacción.

55 La debilidad de las razones del Derecho no solo se muestra de modo claro en los casos de anomia. También lo hace cuando, en algunas ocasiones, el destinatario tiene serias razones intrínsecas —religiosas, de conciencia, de cultura o de convicción— precisamente para no cumplir la norma jurídica del Estado. En tal caso, el Derecho —como razón extrínseca— tiene pocas posibilidades de éxito. Por eso recurre a dos estrategias. La primera es intentar gestionar el conflicto de modo previo, tratando de que no llegue a desencadenarse (*cfr. infra* capítulo 21/91). La segunda es intentar, mediante la coacción, que el sujeto abandone su razón intrínseca y la sustituya por otra, compatible con el Derecho del Estado. Pues bien, al menos en este último caso, el Derecho pretende ser no solo una razón extrínseca, sino también una razón intrínseca que desplace a la preexistente. Por tanto, la afirmación general de que el Derecho nunca requiere la adhesión interna de sus destinatarios es incorrecta y debe abandonarse.

2.2. El reconocimiento —directo e indirecto— del Derecho

2.2.1. Consideraciones generales

56 Se discute si la conformidad de la conducta de los destinatarios con las normas tiene un significado meramente psicológico o sociológico,[72] o bien, por el

[70] *K. Günther*, Rg 28 (2020), 124.

[71] *Pawlik* (2019), 36 ss.

[72] *Kelsen* (1911), 54; *M.E. Mayer*, AT, 1915, 35 n. 35.

contrario, aquel es asimismo jurídico.[73] Para responder a esta cuestión, es preciso distinguir entre el seguimiento y el cumplimiento de las normas. Se dice que el seguimiento es la pretensión de un sistema de normas que parte de la condición de sus destinatarios como agentes morales. Así, trata de que estos las cumplan por las normas mismas. En cambio, quien se conforma con el cumplimiento —la coincidencia externa de la conducta con la norma— contempla el Derecho básicamente como un orden coactivo sin contenido moral específico. Lo cierto es que las cosas son algo más complejas. En efecto, en la conducta conforme a la norma puede manifestarse, ciertamente, un auténtico seguimiento o, en cambio, un mero cumplimiento. A su vez, este último puede deberse a razones, desde luego distintas de la norma, muy diversas entre sí: convicciones propias, hábitos de conducta, miedo, casualidad o incluso imposibilidad de infringir.[74]

Ciertamente, todas las conductas realizadas en el marco de un orden nor- 57
mativo, y que no lo contradicen, lo reafirman en mayor o menor medida.[75] Ahora bien, parece clara la importancia de distinguir entre el seguimiento —reconocimiento directo—, el cumplimiento por reconocimiento indirecto y el cumplimiento por coacción. Ciertamente el seguimiento y el reconocimiento indirecto —cumplimiento por convicciones propias o hábitos coincidentes con el contenido del Derecho— constituyen los principales medios de reafirmación de las normas, pues operan intrínsecamente. En cambio, la coacción psicológica determina un cumplimiento por razones extrínsecas. Por su parte, la coacción física desfigura incluso la propia noción de cumplimiento, pues no deja alternativa. Es decisivo advertir que entre reconocimiento y coacción se da una relación de vasos comunicantes. Pues bien, solo la mayor extensión social del reconocimiento —directo o indirecto— de las normas permite que las penas, como segundo mecanismo de reafirmación de aquellas, puedan reducir su impacto fáctico —su dimensión de dolor—. En cambio, a menor reconocimiento es necesario recurrir en mayor medida a la coerción.[76] Por eso, una sociedad en la que se abriga la pretensión de reducir la coerción externa tiene que fomentar las instancias de reconocimiento directo e indirecto, que además son la base de la confianza recíproca.

2.2.2. La libertad como condición del reconocimiento

En cualquier caso, la posibilidad de un auténtico reconocimiento del Derecho 58
requiere la existencia de un margen de libertad fáctica para su no reconocimiento. En efecto, únicamente si existe la posibilidad de infringir las normas,[77] cabe también su reconocimiento —directo o indirecto— libre. Sin embargo, conviene

---

[73] *Silva Sánchez* (2003), 30-32.

[74] *Feldmann* (2018).

[75] El deber de cooperar consiste en «cumplir»: *Pawlik* (2012), 63 ss.

[76] *Jellinek* (1878), 50-51.

[77] *Burchard*, GS Hruschka, 2019, 527 ss.; *el mismo* (2021), 560 ss., 569 ss.; *Rademacher*, JZ 2019, 703-704; *K. Günther* (2021), 537 ss.

no confundir la mencionada posibilidad con un inexistente y contradictorio derecho a lesionar el Derecho. Simplemente se trata de un «derecho» a tener la posibilidad de lesionarlo, que es inherente al derecho a tener la posibilidad de cumplirlo libremente. En todo caso, lo anterior excluye la posibilidad de que en un Estado de Derecho se den estructuras de «vigilancia total». Una exasperación de este concepto policial-preventivo se halla en las llamadas «estructuras de imposibilidad».[78] Estas últimas son mecanismos que, mediante el recurso a la tecnología y a la inteligencia artificial, pueden dar lugar a la propia imposibilidad de la vulneración del Derecho. Pues bien, lo cierto es que en la actualidad un entorno de cumplimiento obligatorio de las normas sin posibilidad fáctica de desobedecerlas no solo es concebible, sino asimismo crecientemente realizable. Al respecto, basta pensar en la vigilancia total construida mediante algoritmos que dirigen tecnologías que, a su vez, impiden directamente la infracción. Esta restricción de la libertad mediante coacción física, sin infracción previa y sin proceso debido, constituye en realidad una «medida de seguridad predelictiva» con capacidad de generalización y tendencia expansiva.

59 Un problema distinto es el que generaría la configuración de un hipotético deber de automejoramiento técnico de las personas con el fin de garantizar que se esté en condiciones de garantizar el cumplimiento de las normas. Ciertamente, ello podría tener lugar a través de algunas de las tecnologías de post-humanización que ya existen en mayor o menor medida —farmacológicas y neurofisiológicas—.[79] De este modo, si tal deber fuera predelictivo, su contenido podría identificarse con el de una especie de «incumbencia». En cambio, si se impusiera de forma físicamente coactiva por el Estado, podría equipararse, en función de las circunstancias de su imposición, a las medidas de seguridad pre- o postdelictivas.

2.3. El distinto fundamento del deber de obediencia. Las tres clases de delitos

60 En los ordenamientos legales de nuestro ámbito de cultura se dan tres clases fundamentales de conductas conminadas con pena. Ahora bien, para presentar esta tripartición es preciso partir de una dualidad de conceptos, procedente de la tradición clásica, pero que asimismo ha permanecido hasta nuestros días en el ámbito jurídico angloamericano. Esta es la que distingue entre delitos que constituyen *mala in se* y los que son *mala quia prohibita*.[80] Los delitos *mala in se* —en singular, *malum in se*— son conductas punibles por su maldad intrínseca. En cambio, los delitos *mala quia prohibita* —en singular, *malum quia prohibitum*— son conductas cuya prohibición bajo pena deriva de

[78] En inglés: «*impossibility structures*».

[79] El denominado, en inglés, «*neuroenhancement*»: *R. Merkel* (2019), 78 ss.; *Gómez Lanz*, PolítCrim 16 (2021), 557 ss.

[80] *Silva Dias* (2008), 210-211; *Silva Sánchez* (2018), 68 ss.

una decisión del Estado, que puede responder a razones contingentes. Así las cosas, esta dualidad, debe ser completada con una categoría intermedia, con el fin de que pueda ajustarse a las exigencias de la realidad. En efecto, hay que distinguir tres grupos de delitos. A saber: (i) el grupo de los delitos *mala in se* nucleares; (ii) el grupo de los delitos *mala in se* periféricos —delitos mixtos—;[81] y (iii) el grupo de los *mala quia prohibita*. En realidad, esta clasificación puede reputarse relativamente próxima a otra que se difundió en el siglo XIX en muchos países: la de «crímenes», «delitos» y «contravenciones».[82]

Los delitos *mala in se* nucleares afectan al reconocimiento recíproco de la con- **61**
dición humana básica —lesionan la vida, la integridad física y moral, los bienes intrínsecos de la persona—. En efecto, el respeto absoluto de estos bienes constituye una condición pre-política de la vida en común, cuya base es la dignidad de las personas. Con respecto a estos delitos, el Estado actúa en representación de la comunidad humana universal, por delegación implícita de esta. Así, tiene el deber de tipificarlos hasta el punto de que, si no lo hace, infringe el deber básico de protección de las personas, que los tribunales internacionales han ido identificando como derivación del derecho a la vida reconocido en los tratados de derechos humanos.[83] Por tanto, el fundamento del deber de obediencia a la norma de conducta en estos delitos es el respeto a la persona, sin más.

El segundo grupo, el de los delitos *mala in se* periféricos, comprende delitos **62**
contra bienes intrínsecos de la persona cometidos por imprudencia y, sobre todo, delitos dolosos o imprudentes contra bienes extrínsecos. Pues bien, su característica fundamental es que aparecen concretados en términos culturales, jurídicos y sociales.[84] Como luego se irá precisando, en ellos se sitúan los delitos contra el patrimonio y, luego, contra bienes comunitarios. Así, un rasgo de los delitos de este grupo es que pone de relieve la centralidad de la propiedad privada, muy propia del pensamiento de los siglos XVII-XIX, pero que paradójicamente se ha seguido acentuando en los últimos dos siglos. En efecto, una sencilla comparación entre las penas de los delitos cualificados de hurto o de estafa y la del homicidio pone de relieve la desproporción de aquellas. Aquí, el fundamento del deber de obediencia a la norma de conducta es de naturaleza contingente, a saber, un orden cultural, jurídico-social, que rodea a las personas y sus interrelaciones.

Por su parte, los *mala quia prohibita* traen causa de la deificación moderna **63**
del Estado —el dios mortal (*mortalis deus*) de los últimos cuatro siglos—. Por

---

[81] La doctrina angloamericana ha afirmado, en esta línea, que existen delitos con elementos de *malum in se* y de *malum quia prohibitum*: *Husak* (2005), 74 ss.: «*hybrid offenses*»; *Green* (2006), 120: «*mala in se and mala prohibita qualities*»; *Duff* (2018), 313 ss.: «*pure and impure*».

[82] Procede del art. 1.° del Código penal francés de 1810: «*L'infraction que les lois punissent des peines de police est une contravention. L'infraction que les lois punissent de peines correctionnelles est un délit. L'infraction que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante est un crime*».

[83] Próximo, *Duff* (2001), 61 ss.

[84] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, II-II, c. 66 a. 2.

tanto, el origen de este grupo de delitos se retrotrae a la autoprotección de las incipientes instituciones estatales a través de los delitos de lesa majestad. Con posterioridad, cabe incluir en él toda clase de infracciones del deber de cooperación con el Estado que este ha querido criminalizar, en lugar de perseguirlas a través del Derecho administrativo sancionador. De nuevo, estos delitos contra el orden estatal llaman la atención por la gravedad de las penas que los acompañan. Ello puede advertirse mediante una comparación elemental entre las penalidades típicas de los delitos cualificados de defraudación tributaria y del homicidio. En este tercer grupo, el fundamento del deber de obediencia es básicamente político, es decir, se trata del deber de cooperación con el Estado. La distinción de estos tres grupos de delitos desempeña una función esencial a lo largo de esta obra. En efecto, recurriendo a ella se advierte la imposibilidad de sostener una teoría única de la criminalización, una única teoría de la pena e incluso una dogmática unitaria del delito. Por eso, la referencia a aquellos es constante (*cfr. infra* capítulos 2/87; 3/97; 4/111; 5/15; etcétera).

3. LA RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL PENAL

64 Como se ha apuntado, la aparición de indicios suficientes de que una persona ha podido infringir una norma de conducta de modo típico da pie a que se establezca una nueva relación jurídica, cuyas premisas son distintas de las anteriores. Así, el sujeto en cuestión pasa a ser una persona investigada o imputada y, con ello, a estar sometido a una relación jurídica pre-procesal —es decir, policial— y, luego, procesal. Pues bien, estas relaciones se caracterizan, de entrada, por una intensa presencia de la coacción física y psicológica.[85] En efecto, su punto de partida se sitúa en la concepción del proceso como expresión de la superioridad jurídica del Estado. Por tanto, ante la incertidumbre fáctica y normativa acerca de lo sucedido y de la valoración que merezca, las personas involucradas tienen el deber positivo de someterse a la actuación policial, al proceso y a la sentencia. A su vez, este sometimiento tiene una dimensión simbólica y otra fáctica. Ciertamente cabe no reconocer la autoridad de la jurisdicción del Estado y, además, sustraerse fácticamente a ella. Esto suele suceder con los miembros de los grupos terroristas. Sin embargo, lo usual es que aquella se reconozca simbólicamente. En este segundo contexto, se da la disyuntiva de sustraerse al proceso o someterse fácticamente a este. Pues bien, el cumplimiento del deber de sometimiento físico expresa la aceptación de la potestad del poder judicial del Estado para adoptar pronunciamientos vinculantes sobre el comportamiento propio.

65 En el marco de la dimensión coactiva de la relación jurídica procesal penal se encuadran las llamadas cargas procesales. En efecto, estas pretenden garantizar la sujeción de las personas investigadas y, luego, acusadas, a la actuación del órgano judicial competente. Además, con ello también se trata de asegurar los

[85] *Husak*, NCLR 23 (2020), 44 ss.

hipotéticos efectos de la sentencia. Sin embargo, la autolimitación del Estado se hace también muy patente en la relación jurídica procesal. Así, esta se halla presidida por un conjunto de garantías que se integran en el derecho al proceso debido y constituyen las columnas esenciales del Derecho procesal penal (art. 24 CE). Así, los derechos a la presunción de inocencia y a no declarar contra uno mismo —*nemo tenetur se detegere; nemo tenetur se ipsum accusare*— prevalecen sobre cualesquiera deberes de signo contrario.[86] Además, ambos tienen un efecto irradiante sobre determinadas situaciones pre-procesales.

4. LA SEGUNDA RELACIÓN JURÍDICA SUSTANTIVA: LA CONDENA Y SU EJECUCIÓN

66 En los casos en los que el Estado condena, es decir, ejerce su potestad de castigar, se configura la segunda relación jurídica sustantiva.[87] Esta es la relación jurídico-penal en sentido estricto y, en el marco de ella, se cumple el deber de soportar la pena —*obligatio ad poenam patiendam*—.[88] Por su parte, el cumplimiento de este deber adopta en ocasiones la forma de un comportamiento activo —por ejemplo, pagar la multa— y en otras una forma omisiva —en concreto, soportar la prisión: no huir—, aunque siempre con determinadas obligaciones positivas adicionales.[89] En efecto, cuando el órgano judicial competente, a través del procedimiento establecido, determina que se ha producido una infracción —típica, culpable y punible— de una norma de conducta, hace su aparición una nueva forma de coacción. Esta es distinta de la derivada del miedo a la pena —de la coacción psicológica—. Sin embargo, pese a la apariencia, también difiere de la coacción física propia tanto de la policía preventiva como de la sanción administrativa. Desde luego, no se puede afirmar que el cumplimiento de la pena equivalga a la institución jurídico-civil o administrativa de la ejecución forzosa. No obstante, la imposición de la pena al delincuente y su ejecución sobre él sí constituye un sucedáneo del seguimiento voluntario de la norma de conducta. Como se advierte, el incumplimiento voluntario de esta última es precisamente el punto de partida de la imposición de la pena. Así, el cumplimiento de la norma de conducta y el padecimiento de la pena tienen el mismo sentido de sometimiento al orden del Estado.[90]

67 En efecto, el seguimiento de la norma o bien el padecimiento de la sanción son formas diversas de eficacia de dicha norma.[91] Ahora bien, el cumplimiento de la pena tiene una doble dimensión. Por un lado, tiene significado, pues

---

[86] Sin embargo, la STS 62/2013, de 29 de enero, considera el comportamiento procesal del acusado a efectos de imponerle una pena.

[87] *Wolfslast* (1995), 78 ss.

[88] Así —en términos del derecho de obligaciones— definió el delito el iusracionalista alemán *Chr. Wolff* (1679-1754).

[89] Ya *A. Merkel*, PG, s/f, 177-178; *Bierling* (1894), 243-244.

[90] *Binding* (1885), 189-190; *Bierling* (1905), 4-5; *Pawlik* (2019), 62 ss.

[91] *Navarro/Moreso*, L&Ph 16 (1997), 218.

constituye el cumplimiento de un deber equivalente al de cumplir la norma de conducta. Por otro lado, es facticidad, sometida a la coacción física directa del Estado. A esto último hace alusión la noción de ejecución de la pena. Ciertamente, a quien intenta frustrar esta ejecución, se le impone de modo forzoso. Por ejemplo, si es la pena de prisión, mediante su busca y captura —su detención— y su reingreso en prisión. Si se trata de la pena de multa, mediante el embargo de sus bienes. Ahora bien, es importante subrayar que soportar la pena es un deber jurídico-público, cuya infracción se tipifica en algunos países como un nuevo delito. Este es el (auto-) quebrantamiento de condena (art. 468 CP español).[92]

68 Tradicionalmente se ha afirmado que el ejercicio de la potestad punitiva constituye un «derecho» del Estado: el denominado *ius puniendi*. En realidad, es una potestad, pero también de esta se deriva la conclusión de que el Estado puede dejar de castigar delitos —hechos penalmente antijurídicos y culpables— al apreciar razones de falta de equidad, de falta de necesidad de imposición del castigo o de inoportunidad de este último. Ciertamente, el dato adicional de que unos estados decidan no tipificar penalmente determinados ilícitos que sí constituyen delito en otros países muestra cómo, efectivamente, el Estado renuncia en ocasiones a ejercer el *ius puniendi*. Con todo, seguramente el mejor ejemplo del mismo fenómeno viene dado por las reglas en materia de causas de exclusión de la punibilidad, así como por las relativas a las causas de extinción de la responsabilidad penal por hechos penalmente antijurídicos y culpables. En definitiva, el Estado puede tomar la decisión de que ciertos delitos no sean considerados hechos punibles.[93]

69 Como se ha adelantado, para determinar *ex post* si se ha producido o no una infracción responsable de las normas de conducta, los órganos judiciales cuentan con un conjunto de reglas legales adicionales a las definiciones de los delitos. Estas son las reglas de adjudicación —o de decisión—, que comprenden las de imputación y otras de naturaleza distinta. Pues bien, la aplicación de todas estas reglas legales, así como de las reglas y principios no contenidos en las leyes penales, constituye la forma específica en que los jueces tienen que cumplir la norma de sanción. Así, el seguimiento de las normas de sanción por parte de los órganos judiciales penales determina que el poder punitivo del Estado se adecue al *ius poenale* y se configure como ejercicio legítimo del *ius puniendi*. Este puede tener lugar tanto en forma de absolución,[94] como en forma de condena. En el caso de la condena, de nuevo son formas legítimas de ejercicio del poder punitivo tanto su ejecu-

---

[92] «Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos». *Suárez López* (2000).

[93] *Robinson* (1997), 207-208.

[94] *Cuerda Riezu*, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 159 ss.

ción,[95] como su no ejecución. En este ámbito el *leit motiv* debe ser siempre la prohibición de exceso, para cuyo cumplimiento es preciso considerar de modo constante la posible existencia de «equivalentes funcionales» de la pena (*cfr. infra* capítulo 27/86).[96]

IV. LA PERSONA EN LA RELACIÓN JURÍDICO-PENAL

1. LAS PERSONAS

El Derecho penal, sus normas de conducta y sus normas de sanción, tienen 70
que habérselas con personas. Por tanto, una visión realista del Derecho penal ha de asumir la complejidad que es propia del ser humano, y a la que ya se ha hecho alguna alusión. Sin embargo, la doctrina jurídica de los últimos siglos ha tendido a seguir el camino opuesto, de modo que, en lugar de asumirla, ha negado tal complejidad mediante la acogida de modelos reduccionistas, *infra*-complejos.[97] Estos parten de adoptar la perspectiva de un observador externo y de sustituir la unidad paradójica de la naturaleza humana —cuerpo espiritualizado y espíritu encarnado— por el dualismo de mente y cuerpo.[98] A continuación, distinguen entre un ser humano fenoménico (básicamente corporal) y un sujeto nouménico (mental-racional). Incluso, en el marco de este último, adoptan una nueva distinción entre la persona del Derecho y la persona de la Moral. En fin, tras la práctica de esas separaciones, acogen uno —solo uno— de los elementos de la totalidad como el único relevante para el Derecho. Según esto, la persona relevante para el Derecho penal es un sujeto racional autónomo. De este modo, toman la parte por el todo, esto es, incurren en la falacia *pars pro toto.*

Pues bien, frente a lo que proponen tales modelos, cuando se trata del ser 71
humano es preciso adoptar la perspectiva del participante o interviniente —la propia de la filosofía práctica—, y no la de un observador, que es la específica de la filosofía teórica y de las ciencias experimentales. Sentado esto, con mayor motivo cabe descartar la perspectiva de un observador reduccionista. Ello conduce inmediatamente a rebatir el desgarro antropológico llevado a cabo en la modernidad.[99] En efecto, no se puede separar lo empírico y lo «normativo» del ser humano, lo fenoménico de lo nouménico, igual que no cabe distinguir en él entre el objeto de la coacción jurídica y el interlocutor de la pretensión de reconocimiento del Derecho. En todos y cada uno de los seres humanos se dan, indisolublemente unidas, ambas dimensiones del «ser personal».

---

[95] *Silva Sánchez* (2015), 73 ss.

[96] *Silva Sánchez* (2018), 113 ss.

[97] *Hörnle* (2015), 97 ss.; *Simón Yarza* (2017); *el mismo* (2022), 117 ss.

[98] Crítica, *Agacinski* (2020), 25.

[99] *Funke/ Schmolke* -Hrsg.- (2019).

2. LAS ANTROPOLOGÍAS REDUCCIONISTAS DEL DERECHO PENAL MODERNO

72 Ciertamente, el delito se puede abordar desde un reduccionismo racionalista-empirista, adoptando uno de los dos siguientes modelos: (i) el que lo concibe como la manifestación de la decisión autónoma de un individuo egoísta-racional; o (ii) el que lo ve como el producto de las circunstancias concurrentes en un ser humano determinado en términos naturales y sociales. Igualmente puede construirse, a partir de un reduccionismo racionalista ideal-deductivo, como la expresión de la autocontradicción de una persona racional en Derecho que, sin embargo, niega el propio Derecho. Esta racionalidad puede concebirse a su vez: (iii) como la propia del individuo libre; o (iv) como la propia de la comunidad estatal que crea la libertad jurídica y se la «infunde» al individuo bio-psicológico. Sin embargo, frente a los cuatro modelos anteriores, lo único realista es advertir en el delito la actuación de una persona que, siendo capaz de conocer y de elegir el bien, tiene una racionalidad limitada y una voluntad imperfecta. Además, esta persona, por su propia naturaleza, está abierta a la sociedad y expuesta a las influencias tanto positivas como negativas de los demás. En efecto, solo tal perspectiva da cuenta de la condición limitada y vulnerable, al tiempo que perfectible, de la naturaleza humana.

73 Las antropologías que subyacen a la mayoría de las teorías del Estado y del Derecho penal público responden al modelo (i), que procede de la filosofía racional-empirista inglesa de los siglos XVII y XVIII. Esta parte de una visión del ser humano como un sujeto egoísta en la persecución de su interés y lo suficientemente racional como para reconocer ese interés —*homo oeconomicus*—.[100] Además, ese hombre es un lobo para cualquier otro hombre —*homo homini lupus*—, de modo que el Estado surge para tratar de poner fin a la guerra de todos contra todos, de la que el delito no es sino una manifestación singular. Ahora bien, la influencia de este modelo instrumental ha ido a la par con la que, desde el siglo XVII-XVIII y hasta la actualidad, ha tenido el racional-deductivismo alemán que desembocó en el idealismo. En efecto, este concibe el delito como la deslealtad o la autocontradicción de una persona en Derecho, que niega mediante su voluntad particular lo que afirma en su condición de autolegislador o de partícipe en la voluntad general (es decir, en el Estado).[101] No obstante, a finales del siglo XIX se extendió también la tesis racional-empirista de que el sujeto delincuente no es capaz en absoluto de ponderar las ventajas e inconvenientes de su decisión. Así, frente a la perspectiva concreta del interés, o las abstractas de la libertad, más o menos institucionalizada, se tomó en consideración la situación concreta de subordinación social, económica e intelectual del sujeto delincuente —como *homo sociologicus*—.[102]

---

[100] *Radbruch* (1957),12 ss.; *Torío López*, RFDUM 11 (1986), 671 ss., 673.

[101] *Köhler*, AT, 1997, 48.

[102] *von Liszt* (1905), 75 ss.; *Radbruch* (1957), 15-16.

3. UNA ANTROPOLOGÍA REALISTA

3.1. La racionalidad del sujeto libre y la vulnerabilidad del ser humano dependiente

Frente a los modelos expuestos, la filosofía clásica ya contemplaba al ser 74
humano como un animal racional y libre, a la vez que vulnerable y dependiente, abocado por naturaleza a la relación social.[103] Obsérvese que ello se separa del modelo reduccionista de los siglos XVII y siguientes. Por un lado, desde una perspectiva de antropología metafísica, el ser humano es digno, racional y libre. Ahora bien, a la vez, la antropología empírica nos lo muestra como vulnerable y dependiente. La realidad comprende lo uno y lo otro. En efecto, en el plano antropológico empírico, la persona es corpórea y su naturaleza física es la de un animal mamífero con infradotación instintiva. Precisamente, es su vulnerabilidad la que le conduce a establecer relaciones sociales de cooperación y de cuidado de la dependencia. Sin embargo, asimismo y sin disociación alguna, en el plano antropológico filosófico-moral se advierte que el ser humano es el único ser vivo para el que tiene sentido la distinción entre el bien y el mal, así como la posibilidad de hacer lo uno o lo otro —es el único agente moral—. De este modo, se alcanza el plano antropológico metafísico, que muestra al ser humano como un sujeto corporal-espiritual, dotado de la racionalidad de un sujeto digno y libre.

Esto significa que la antropología es indisolublemente empírica, filosófi- 75
co-moral y metafísica —a la vez— y que cualquier dualismo resulta infundado. En efecto, en el ser humano no se da una razón libre que «tiene» un cuerpo, sino que él mismo «es» corpóreo —y, por tanto, también lo es su razón—,[104] lo que conlleva vulnerabilidad física y psíquica. Así pues, su realidad es la de un espíritu encarnado —o un cuerpo espiritualizado—, cuyas racionalidad y libertad personales muestran —tanto en el plano cognitivo como en el moral—, una constante fragilidad. En definitiva, la vulnerabilidad no es la condición de algunas personas, sino la de todas, aunque en algunas se manifieste de modo más patente. Por un lado, consiste en la limitación de sus capacidades físicas y cognitivas de atender a sus necesidades —corporeidad y racionalidad limitadas—. A la vez, por otro lado, se relaciona con la limitación de su capacidad de seguir las normas —voluntad condicionada—, incluso aunque las haya reconocido como tales.

Tanto sus fortalezas —racionalidad teórica y práctica, libertad— como sus 76
debilidades —vulnerabilidad psico-somática, cognitiva, volitiva y moral— hacen del ser humano un sujeto intrínsecamente abierto al futuro y relacional —social—.[105] En efecto, en tanto que ser inacabado, no solo es capaz de planificar y elegir libremente, sino que está obligado a hacerlo. Además, su

---

[103] *MacIntyre* (2001).

[104] *Pawlik* (2012), 148.

[105] *Yacobucci* (2014), 210 ss., 214 ss.

planificación no es solo técnico-instrumental, sino también moral en sentido estricto. Así, en ella no se trata únicamente de ganar distancia frente a sí mismo como sujeto de (unos) deseos —los motivos de primer orden— para satisfacer otros deseos más relevantes. Por el contrario, el ser humano también puede contraponer, a ese plano, el de los motivos de segundo orden —las razones—. Estas, por su parte, le dan la capacidad de identificar el camino del bien. A continuación, tiene que reflexionar como agente práctico y ejercer su libertad para alcanzar ese bien.

77 En este punto es erróneo pensar que las emociones (las «pasiones» de la filosofía clásica) son obstáculos. Por el contrario, la afectividad puede conducir al bien y, de hecho, rectificada por el ejercicio de las virtudes, constituye un motor para la acción buena, tan importante como pueda serlo la propia razón. Además, todo ello tiene lugar, necesariamente, en un contexto interpersonal. Por tanto, la socialidad humana constituye asimismo una consecuencia del ser-inacabado de la persona. Ahora bien, esto determina que deba entenderse como relacionalidad interpersonal y no como integración anónima del individuo en un colectivo. Asimismo, pone de relieve que hay que interpretarla como una necesidad de la propia naturaleza humana y no como una opción cuyos términos se establecen en virtud de un «contrato social», que nunca existió.

3.2. La vinculación interpersonal

78 La racionalidad del ser humano como agente práctico discurre en constante tensión consigo mismo y en interacción con los demás. Como se ha indicado, en primer lugar, le condiciona —tanto para bien como para mal— su propia corporeidad personal. En segundo lugar, le influye su identidad, que empieza a gestarse en la infancia y va re-haciéndose acto a acto. En fin, en tercer lugar, inciden en él todas y cada una de sus interrelaciones personales: familiares y sociales. Así, la socialidad constituye el marco de la dependencia recíproca y el lugar en el que tiene lugar la propia reflexión y la acción. Por tanto, el hombre es agente práctico en la relacionalidad y en la dependencia, de modo que el itinerario de cada vida personal es, simultánea e indisolublemente, una empresa cooperativa. En ese marco, el otro, los otros, no solo son límites, sino ante todo condición de posibilidad. En efecto, la persona no se define únicamente por relaciones de exclusión, sino también, y muy especialmente, por relaciones de vinculación. En consecuencia, sin negar la libertad y la responsabilidad individuales, cabe afirmar que todo es cosa de todos. En las palabras clásicas de Terencio: soy hombre y nada de lo humano me es ajeno.[106] Así, la familia, la comunidad religiosa, el círculo de amigos, el vecindario, la escuela y el lugar de trabajo conforman las estructuras de ayuda recíproca y de reconocimiento en cuyo marco el ser humano puede decidirse por el bien,

[106] Publio Terencio Afer *(S. I a.C.)*: «homo sum, humani nihil a me alienum puto».

o no.[107] Sin embargo, estas realidades pre-políticas son también vulnerables. Por eso, el pensamiento clásico las denominaba «sociedades imperfectas» —*societates imperfectae*—, y reclamaba la intervención subsidiaria del Estado para su refuerzo. Lamentablemente, los procesos de desinstitucionalización de los últimos cuatro siglos, emprendidos en amplia medida por el poder político —aunque no solo por él—, no las han reforzado, sino que las han debilitado de modo creciente.[108]

En el marco prefigurado, las realidades pre-políticas se asientan en la con- 79
fianza recíproca. Sin embargo, a su vez las bases de la confianza recíproca no vienen dadas por la vulnerable autonomía humana, sino por la expectativa de que esta se intentará ejercer para bien. Esto último no significa simplemente que no se hará daño al prójimo —*alterum non laedere*—. Además, las mencionadas estructuras densas de ayuda recíproca y el resto de las relaciones humanas se asocian al esfuerzo en pos de la honradez, la buena fe y el respeto a la palabra dada —el clásico *honeste vivere*—. Ahora bien, la deconstrucción de todas estas estructuras de confianza ha producido una creciente desorientación del ser humano.[109] Este, por un lado, ha sido endiosado como sujeto de derechos ilimitados. Sin embargo, simultáneamente, percibe su fragilidad individual y su soledad ante la tarea vital.[110] Pues bien, el vacío derivado de la pérdida de referencia trascendente y la juridificación —mejor, la legificación y economización— de la vida, le hacen mirar hacia el mercado y hacia el Estado. Sin embargo, estos nuevos dioses carecen de respuesta a la mayor parte de sus preguntas.

Esta concepción, en sus rasgos generales, es respaldada ampliamente por 80
las investigaciones realizadas a lo largo del último medio siglo en las ciencias de comportamiento.[111] Asimismo, algunas teorías sociales feministas y de la denominada filosofía del cuidado se manifiestan en sentido próximo.[112] Igualmente, las antropologías —menos soberbias— de algunas culturas no occidentales subrayan aspectos próximos. Es más, incluso la evolución del Derecho administrativo y el Derecho privado en nuestro ámbito de cultura sigue esta línea. Todo ello permite concluir que resulta inadecuado aproximarse al ser humano desde la ideología de la autonomía, la separación de esferas y la exclusión del otro. En efecto, la autonomía humana es vulnerable, de modo que es decisivo considerarla junto con la dependencia, así como con la necesidad

---

[107] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, I-II, c. 95, a. 1.

[108] *Silva Sánchez*, PyD 56 (2007), 35 ss.

[109] *Silva Sánchez* (3.ª, 2011), 22 ss.

[110] *Zabel*, ZStW 133 (2021), 376.

[111] Así, las de Amos Tversky, David Kahneman y Richard Thaler, entre otros.

[112] Por ejemplo, *Agacinski* (2020). Los estudios histórico-filosóficos más recientes han puesto de relieve el carácter «masculinista» del individualismo de la Ilustración. En efecto, este negaba la complementariedad ontológica del varón y la mujer, reduciendo a esta última —en puros términos de razón instrumental— a la condición de objeto de placer y productora de hijos para la revolución. Instructivo, *X. Martin* (1994), 146 ss.

de la apertura a los demás y de la confianza recíproca.[113] Solo de ese modo se consigue una visión realista de los problemas relativos al hecho del delito y a la persona del delincuente, que es la única verdaderamente justa. Ahora bien, la adopción de una perspectiva realista sobre el delito y su autor es imposible sin una generalización de la actitud realista.

4. LA OPCIÓN POR EL REALISMO

4.1. Generalidades

81 El realismo es, en primer lugar, una concepción del ser de las personas y del mundo que se opone al constructivismo. Ambos —realismo y constructivismo-constituyen actitudes diversas ante lo que nos rodea, es decir, ontologías (o «teorías del ser»).[114] Así, el constructivismo ontológico sostiene que la realidad exterior —incluida la humana— está conformada por hechos brutos, carentes de sentido. Entonces, ese sustrato «in-forme» únicamente adquiere sentido a partir de la comunicación entre individuos, de modo que es un producto creativo de la palabra del hombre. Como se advierte, la visión constructivista, al tiempo que degrada al ser humano real corpóreo reduciéndolo a materia bruta, deifica al ser humano como ente pensante o «desiderante». Esta deificación puede referirse al individuo singular o al conjunto de individuos, porque el constructivismo tiene dos variantes, la individualista y la holista. En efecto, la primera endiosa a cada uno de los individuos en tanto que sujeto de comunicación, capaz de construir el sentido mediante la elaboración de convenciones con los otros sujetos. Por su parte, la segunda diviniza al conjunto de los individuos —el Estado, la comunidad—, cuya dinámica se reputa productora de sentido con independencia no solo de la realidad externa, sino también de las personas en concreto. Pues bien, en la doctrina del Derecho penal actual domina con claridad un constructivismo, explícito o implícito, que se manifiesta en las versiones radicales del normativismo, tanto individualista como holista, social o jurídico.

4.2. La realidad y la verdad

82 En cambio, el realismo ontológico parte de que hay algo «que es» previo a la comunicación de los seres humanos sobre ello. Así pues, existe una realidad en la que se enclavan el mundo y cada una las personas. Además, esta realidad es mucho más que un sustrato empírico que solo puede observarse con el método de las ciencias experimentales. Por lo que hace en concreto a las personas, cada una encierra un sentido y un valor en sí misma,[115] lo que constituye un

---

[113] *K. Günther*, Krit J 49 (2016), 529 ss.; *el mismo*, Rg 28 (2020), 126 ss.

[114] Sobre la distinción entre «sujeto preexistente» y «sujeto construido», *Silva Sánchez* (2003), 33 n. 46, 35.

[115] Esto presupone la existencia de un vínculo metafísico entre el hecho, el sentido y el valor. A su vez, pone de relieve que el «desencantamiento» del mundo que propone el autodenominado «pensamiento postmetafísico» es un reduccionismo.

límite a las posibilidades constructivistas de la comunicación interpersonal. Por tanto, no se puede afirmar que la verdad es hija del tiempo —*veritas filia temporis*—,[116] sino que la temporalidad solo es predicable de las aproximaciones provisionales a la verdad alcanzadas por los hombres. En efecto, la «realidad dotada de sentido y valor», e independiente de cualquier construcción, puede ser conocida por los seres humanos, aunque solo sea en parte.

Por tanto, al realismo ontológico debe añadírsele un realismo epistemológico. Ahora bien, la realidad puede ser aprehendida a través de un conocimiento que no se rige por la certeza empírico-teórica, sino que constituye un saber práctico, afectivo y vital. Además, el acceso a aquella es muy difícil para la persona individual. En todo caso, la imperfección cognitiva propia del ser humano —*errare humanum est*— impide su pleno conocimiento. Por eso, en este punto se advierte la necesidad de la comunicación y de la cooperación interpersonales, así como del diálogo —y, con ellos, de la perspectiva intersubjetiva—. Sin embargo, la adopción de esta perspectiva no es el medio de una construcción convencional de la realidad, sino que expresa la actitud cooperativa en la tarea humana permanente de búsqueda y aproximación al sentido.[117] Así pues, debe afirmarse que existen aproximaciones a la realidad —igual que formas de vida— mejores y peores. Ciertamente, sin esta premisa de partida, las propias ideas de deliberación y de debate —en el que se produce el intercambio de argumentos sobre qué es mejor y qué, peor— se revelarían absurdas. 83

Sentado esto, se advierte que los juicios normativos pueden ser entendidos de un modo distinto del propio de su concepción relativista. En efecto, tales juicios no son expresión de construcciones contingentes, igual e indiferentemente válidas. Por el contrario, ciertamente constituyen convenciones humanas, pero que tienen la permanente pretensión de aproximarse a la justicia. Como tales, reflejan una provisionalidad abierta en busca de mayor justicia y, además, siempre limitada por aquellos hitos que se alcanzan en la búsqueda de aquella. Por tanto, no todos ellos son igualmente válidos. En concreto, esto debe afirmarse a propósito de los juicios normativos de sentido, de valoración y de imputación que se integran en la teoría del hecho punible (*cfr. infra* capítulo 7/109). 84

4.3. Frente al constructivismo individualista u holista

La adopción de la postura que se acaba de exponer conlleva un distanciamiento del racional-empirismo, así como, por otro lado, de los racional-deductivismos individualista y holista. En efecto, estos constituyen aproximaciones defectuosas a la realidad. Así, el primero de ellos conduce a una deconstruc- 85

[116] La máxima es de *Aulio Gelio* (S. II a.C.), pero su difusión se debe a *Francis Bacon* (1561-1626), Novum organum, 1620, I, 84: «*omnium enim consensu veritatem temporis filiam esse*».

[117] Este comprende la verdad, el bien y la belleza.

ción de la persona, de la que desgaja a un inexistente individuo empírico. Por tanto, de entrada, genera un desgarro antropológico. A continuación, entiende que ese individuo empírico y sus pulsiones —sus deseos— constituyen lo único relevante, de modo que procede a una reconstrucción puramente instrumental de lo social, lo jurídico y lo político sobre la base de la pseudo-antropología del deseo. Por su parte, los segundos consideran que el individuo empírico de carne y hueso —la corporeidad— resulta irrelevante. Por tanto, la construcción de lo social, lo jurídico y lo político debe tener lugar con base en la proyección sobre dicha insignificante empiria de un estatus convencional-formal, que carece de sustrato real. Al final, el producto de esa proyección es lo que algunas doctrinas han denominado un «rol», al que se asocia la ubicación de un «centro de imputación».[118]

86 Como se ha indicado, ambos métodos parten de la deconstrucción de la persona real reduciéndola a un individuo aislado, que es acogido como base de su construcción del Derecho y del Estado. Sin embargo, para ello han despojado a la persona hasta de sus bienes intrínsecos. Estos son la vida, así como la integridad física y moral, cuyo asiento se halla en la dignidad única del ser humano. Ciertamente, estos bienes intrínsecos —de los que el constructivismo despoja a la persona— se le devuelven en la forma de derechos, como producto de una convención. Sin embargo, lo cierto es que son innatos y, como tales, son reconocidos ya en la relación interpersonal con el niño recién nacido, que tiene lugar en el seno de la familia. Esto se refuerza luego en las demás instituciones sociales pre-políticas —círculo de amigos, iglesia, escuela, trabajo, vecindario—. En este contexto, marcado por el reconocimiento de lo previamente dado, se conforma la identidad personal, que a la vez es identidad familiar y social.

4.4. Lo existente: la persona real

87 El individuo empírico aislado no existe y la contraposición entre este y el ciudadano de la *polis* es falsa. En realidad, las nociones racional-empirista o racional-deductivista de individuo son productos de una reducción, de modo que no responden a nada realmente existente. Frente a ello, la única existente es la persona pre-políticamente digna, tensa y misteriosamente corpórea y espiritual, empírica y racionalmente libre, indisolublemente individual y social-relacional. Solo esta puede devenir luego en ciudadano y lo hace precisamente en virtud de su personalidad innata, que se manifiesta plena en la interacción familiar y social. Por lo tanto, se es ciudadano desde la familia y desde la comunidad pre-política.[119] Pues bien, frente a este sujeto real-relacional, que es el único existente, la deconstrucción antes criticada pretende sostener una tesis radicalmente incompatible con cualquier autocompren-

[118] Paradigmáticos, *Kelsen* (1911); *Jakobs* (1997); *Pawlik* (2012).

[119] *García Huidobro* (2020).

sión personal elemental. Esta es la de que la propia personalidad y los bienes jurídicos intrínsecos —llamados «derechos fundamentales básicos»— no son expresión de una realidad pre-política —una verdad—, reconocida de modo más o menos imperfecto. Por el contrario, el reduccionismo los pretende presentar de dos formas, ambas artificiales y artificiosas. Por un lado, como el resultado de un constructo derivado del consenso interindividual expresado en un contrato social-estatal, para salir de un estado de naturaleza —inventado—. Por otro, como una especie de «fuero», esto es, un derecho otorgado por «la comunidad» —en definitiva, el Estado— en virtud de un poder constitutivo de definición de las posiciones personales.

5. LOS BIENES DE LA PERSONA, LOS DEBERES Y LOS DERECHOS

88 Frente a esa deconstrucción y reconstrucción sofísticas, el único punto de partida posible para el Derecho es la dignidad de toda persona, esto es, su condición sustancial de «merecedora» frente a las demás. Esto conduce a fijar la atención en sus bienes, en tanto que realidades necesarias para su florecimiento personal en comunidad. En realidad, sucede que el primero de ellos —la vida— no es un bien en sentido accidental, sino esencial, pues constituye a la persona misma. Además, la lesión grave de otros —como la integridad física y moral— comporta una auténtica despersonalización de quien la padece. El resto de los bienes sí son condiciones externas para el florecimiento de la persona en sociedad. De este modo, se pone de relieve que ese florecimiento no solo requiere respeto, sino también acompañamiento. En primer lugar, sus bienes existentes tienen que ser respetados. En segundo lugar, cuando carece de un determinado bien, este se le ha de proporcionar. Así pues, la propia naturaleza humana, que tiende a la autonomía, al tiempo que se muestra dependiente y vulnerable, obliga a reconocer la existencia de deberes frente a ella, tanto negativos como positivos (*cfr. infra* capítulos 8/87; 11/18).

89 La categoría normativa básica del bien humano constituye la pieza clave del bien común político. En efecto, pese a los intentos de enfrentarlos, no existe contraposición entre lo uno y lo otro, sino una tensión creativa, aunque eso no obligue a negar la existencia de casos límite. Por su parte, el bien humano se hace bien jurídico cuando su naturaleza determina que sea apto para la protección a través del Derecho. Ahora bien, la protección mediante prohibiciones y mandatos requiere una especial legitimación pues afecta al bien representado por la libertad de aquellos a los que afectan. Así, los deberes jurídicos negativos y positivos —de respeto y de fomento, o acompañamiento— que inciden sobre los demás, protegen los bienes jurídicos que son condición necesaria del florecimiento personal. En cuanto a los derechos, estos constituyen una categoría derivada, que aparece como la contracara de los deberes. Por eso, solo es posible afirmar que una persona tiene derecho a hacer algo cuando otra u otras —entre ellas, los órganos del Estado— tienen el deber de no impedirla, así como el permiso e incluso el deber de contribuir a su

realización. En fin, el sistema de bienes, deberes y derechos tiene un criterio rector. Este es la justicia —dar a cada uno lo suyo: *ius suum cuique tribuere*—, entendida como expresión del bien común.

6. LA PERSONA FRÁGIL COMO SUJETO ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO, DE LA PENA, DE LA LEY Y DEL JUICIO

90 Si se tiene en cuenta lo señalado acerca de la vulnerabilidad personal, resulta imposible negar que el delito tiene tanto una dimensión personal como otra social. Esto no se refiere solo a sus efectos, sino también a su origen. En efecto, el ser humano es un sujeto inacabado, en el que la influencia de los condicionantes innatos y de las interacciones con otras personas resulta absolutamente relevante. Desde luego, ello no conduce a excluir su libertad. Sin embargo, en la comisión de un delito por su parte incide asimismo lo que un sector de la filosofía contemporánea denomina «buena» o «mala suerte» moral —constitutiva y circunstancial—.[120] Ciertamente las acciones humanas son, en parte, expresión de condicionantes que influyen desde el nacimiento del agente, del mismo modo que las estructuras familiares, sociales y políticas pueden hacer más fácil o difícil obrar de una determinada manera. Desde luego, ello no conlleva excluir la responsabilidad individual. Sin embargo, sí permite matizarla significativamente (*cfr. infra* capítulo 23/92). En todo caso, debe conducir a que quien no ha delinquido reconozca su «buena suerte»[121] y a que sea humilde, mostrando empatía —compasión— y misericordia[122] hacia quien ha cometido un delito.

91 De modo adicional a lo anterior, hay que tener en cuenta algunos elementos más. Así, de entrada, hay que observar el conflicto interno en el que se mueve cualquier persona como ser social. En tal conflicto coliden sus aspiraciones a la máxima protección de la seguridad y a la máxima libertad de acción. Pues bien, en ese contexto es perceptible la utilización de dos varas de medir. Lo primero lleva a una autovictimización, que redunda en la permanente inculpación de los demás. Por su parte, lo segundo conduce al constante juego de las excusas.[123] Así, los múltiples sesgos peyorativos y emociones reactivas que aquejan a los juicios sobre la responsabilidad de los demás contrastan con la benevolencia que todo ser humano muestra en relación con sus propios actos. En definitiva, el dibujo de una persona racional, social y libre, pero inacabada, vulnerable y sufriente —frágil—, expuesta a las influencias buenas y malas de los demás, no corresponde solo a la imagen de quien delinque. Además, también refleja la imagen de la víctima real y de las víctimas potenciales, es decir, del conjunto de los integrantes de la comunidad. En fin, se corresponde asimismo con las figuras del legislador y el juez, que tampoco son ajenos a

---

[120] *Williams*, Proceedings of the Aristotelian Society, Suppl. I (1976), 115 ss.; *Nagel*, Proceedings of the Aristotelian Society, Suppl. I (1976), 137 ss.

[121] En la teología católica: «gracia»: *Murphy* (2020), 269 ss. Por oposición a «des-gracia».

[122] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, I, c. 21, a. 3.

[123] *Silva Sánchez*, InDret 3/2021, 1.

esa realidad común. Unos y otros —todos—, frágiles y vulnerables, con defectos cognitivos y volitivos, tienen que pronunciarse además en el contexto de incertidumbre que es propio de los juicios humanos sobre los actos de otras personas. Por tanto, el postulado de la mayor contención posible en los juicios de responsabilidad, así como en la imposición y ejecución de las penas, es el único coherente con una aproximación realista al mundo.

V. LAS CONDICIONES PRE-POLÍTICAS DEL DERECHO PENAL

1. INTRODUCCIÓN

92 Como ya se ha indicado, para un sector de la doctrina, el Derecho penal de los ciudadanos constituye un orden de reconocimiento recíproco entre el Estado y el individuo, dando lugar al vínculo racional de ciudadanía. Este responde al paradigma hegeliano. Para otro sector, en cambio, el Derecho penal es un puro orden de coacción cuyo cumplimiento se sostiene solo con base en la apelación a razones prudenciales. Aquí se advierte la huella de Feuerbach. Pues bien, ambas posiciones, tan distintas entre sí como son, comparten el déficit de que cada una se centra exclusivamente en una de las dos dimensiones que, sin embargo, se hallan intrínsecamente unidas en el ser humano. Además, tienen en común el hecho de obviar la relevancia que, en relación con el Derecho penal, adquiere la existencia de un mundo interpersonal pre-político. Sin embargo, este es tan importante que, si se prescinde de él, resulta imposible sostener un orden jurídico-penal. No solo como orden de reconocimiento, sino también como un orden de coacción con niveles bajos de coerción directa, tanto psicológica como física.

93 La misión del Derecho penal es procurar cierta libertad y seguridad en un entorno de justicia y paz —es decir, no excepcional—. Pues bien, el hecho de que esto haya sido razonablemente posible solo se entiende en un marco comunitario en el que existen vínculos interpersonales pre-políticos. Así, los órdenes normativos preestatales —familia, religión, vecindario, escuela o empresa— constituyen precondiciones del Derecho penal estatal. En efecto, la economía y la psicología del comportamiento ha puesto de relieve que el ser humano no actúa solo —ni siquiera principalmente— en virtud de criterios prudenciales orientados al caso concreto. Más relevantes son las disposiciones habituales, que están ancladas emocionalmente en su sistema de valores. A partir de aquí, se entienden dos fenómenos decisivos: la relevancia de los aspectos no coactivo-instrumentales en el Derecho; y la importancia de los sistemas normativos pre-jurídicos. Sobre la base de los hábitos que proporcionan estos últimos es posible asentar las razones jurídicas. En cambio, cuando aquellos no existen, es preciso recurrir a las instituciones coercitivas físicas y psicológicas en la intensa medida en que ello sucede en un Derecho de carácter excepcional.[124]

---

[124] Paradójicamente coincidentes: *Feuerbach*, Lehrbuch, 11.ª, 1832, § 10 a); y *Hegel* (1820), §§ 255, 265, 268 y 303.

94 En efecto, los vínculos interpersonales pre-políticos establecen haces de pautas de conducta que acompañan a una persona desde su nacimiento. Es decir, evitan la anomia mediante la integración del sujeto, desde su infancia, en órdenes normativos tanto autónomos como, sobre todo, heterónomos. Así, en un entorno presidido por el cariño, que lo dulcifica, tiene lugar el aprendizaje del reconocimiento del prójimo como igual y, a la vez, como diferente, así como de la obediencia y del sentido de la autoridad. Igualmente, así van surgiendo los hábitos operativos, las razones prudenciales y morales, así como las emociones que las acompañan a todas ellas.

2. LOS HÁBITOS PERSONALES Y LOS VÍNCULOS INTERPERSONALES

95 Pues bien, resulta claro que un Derecho penal estatal concebido como orden de paz no se puede construir sobre la anomia, sino solo sobre hábitos de humanidad y ciudadanía.[125] Como reza el brocardo clásico, las leyes no apoyadas en costumbres son vanas —*leges sine moribus vanae*—. Sin embargo, esto significa que el Estado liberal —secular— de Derecho vive de presupuestos que no puede garantizar.[126] En efecto, dicho Estado no puede subsistir sin ciudadanos que, por razones pre-políticas, son personas que buscan el bien común practicando las virtudes derivadas de la vinculación interpersonal.[127] Sin embargo, esto significa que los Estados seculares también son *societates imperfectae,* pues necesitan que sus ciudadanos participen de un orden superior. Entonces, el problema es la paradójica tendencia de los estados occidentales contemporáneos a fomentar un modelo antropológico atomizado —desvinculado—. Desde luego de este modo, no solo no facilitan la continuidad de aquellos presupuestos que no pueden garantizar, sino que contribuyen a su destrucción.

96 Para poner un ejemplo, cabe partir, como ya se ha indicado, de que el ser humano es un sujeto planificador. En calidad de tal, y consciente de su fragilidad y vulnerabilidad, practica en ocasiones el «autopaternalismo». Es decir, limita ciertos ámbitos de ejercicio de su libertad futura. Pues bien, una contribución decisiva a esa limitación de la libertad futura es la formación de instituciones, para dar mayor estabilidad a las relaciones y favorecer el cumplimiento de los compromisos. En realidad, en el reconocimiento de tales instituciones se manifiesta el «autopaternalismo» de una comunidad política que es consciente de la vulnerabilidad de todos y cada uno de sus miembros. Ahora bien, en ese contexto, el proceso de juridificación desinstitucionalizadora,[128] que se ha presentado durante siglos como un instrumento de emancipación individual, expresa una plena ignorancia de la realidad antropológica y produce efectos de disolución social.

---

[125] *Aristóteles,* Ética, 1103a, 1103 b; *Jellinek* (1878), 82 ss.

[126] *Böckenförde* (1991), 112; vacilante, *Habermas* (2005), 20-21, 26.

[127] *Silva Sánchez* (2015), 35 ss.

[128] Crítico *Silva Sánchez,* PyD 56 (2007), 35 ss.

Por tanto, la difusión de las doctrinas autodenominadas antipaternalistas 97
es la consecuencia de un error de partida. En efecto, en nombre del antipaternalismo se trata de facilitar la ruptura individual de cualquier vínculo y sin consecuencia alguna. Según se afirma, lo contrario desalentaría el ejercicio sistemático de la autonomía. Sin embargo, con ello se produce un efecto de abandono de quienes dependen precisamente de la permanencia de las instituciones para obrar bien o para ser beneficiarios de ese buen obrar. Es decir, de todos. Por tanto, la destrucción de las instituciones comunitarias no redunda en el «empoderamiento» individual. A medio plazo, el único empoderamiento real que produce es el del mercado y el Estado como entes asistenciales —política y económicamente interesados— de sus «clientes»: los sujetos consumidores dependientes. Mientras tanto, los canales básicos de la solidaridad interpersonal gratuita —la familia nuclear (padres e hijos, hermanos), así como la gran familia (abuelos, tíos, primos)— son desprestigiados y expuestos a una permanente erosión.[129]

3. LA PLURALIDAD DE FORMAS DE VIDA

Frente a esa visión atomista, lo cierto es que la confianza mutua constituye 98
el elemento central de una convivencia pacífica. Sin embargo, esa confianza parte de la previsibilidad real de un seguimiento de las pautas que rigen la interrelación. Pues bien, la existencia de esas pautas rectoras, pese al alejamiento de ellas producido en algunos ámbitos, sigue siendo el presupuesto obvio de las normas de conducta del Derecho penal. En efecto, quien se mantiene permanentemente en condiciones de cumplirlas hace más racionalmente previsible su cumplimiento.[130] En suma, el ejercicio de las virtudes cívicas —como virtudes republicanas— constituye la base de la realización del orden jurídico.

Ciertamente, el reconocimiento de la posible pluralidad de formas de vida 99
es una consecuencia directa del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). Sin embargo, la aceptación de que puedan existir diversas formas de vida tolerables y toleradas no debe conducir a valorarlas como iguales. En este punto, el postulado de la neutralidad del Estado frente a ellas resulta doblemente falso. Por un lado, porque no todas las formas de vida contribuyen por igual al bien común. Por otro, porque el Estado liberal, que se autocalifica de neutral, en realidad parte de una metafísica de la persona, que es la de la emancipación absoluta de los deseos. Desde esa perspectiva fomenta determinadas «formas de vida», en perjuicio de otras. Ello tiene lugar tanto a través de su actividad institucional, como mediante canales indirectos e informales.

---

[129] *Habermas* (2005), 32; *K. Günther*, KritJ 49 (2016), 529-530.

[130] *K. Günther*, Rg 28 (2020), 129 ss.

100 A este respecto, llama especialmente la evolución de la aconfesionalidad de los Estados, establecida en las respectivas constituciones (art. 16.3 CE). En efecto, partiendo de la declaración —obvia en un Estado plural— de que ninguna confesión religiosa debe tener carácter estatal, se ha llegado de modo paulatino, mediante las leyes y la acción gubernamental, a la anticonfesionalidad. Es decir, a un secularismo más o menos beligerante, según los países. Ahora bien, con ello se menosprecia la contribución de la religión —de los ciudadanos religiosos— al bien común. En concreto, se niega el reconocimiento debido a la acción de las instituciones religiosas, que constituyen el principal vehículo de solidaridad en la sociedad civil. Además, esto resulta sorprendente e inquietante, aunque solo sea por dos razones. En efecto, la religión contiene un sistema de normas que refuerza la mayoría de las disposiciones jurídico-estatales. Además, también efectúa una importante contribución a la búsqueda del sentido de la existencia.[131]

4. EL DOBLE DESLIZAMIENTO ÉTICO Y COACTIVO DEL DERECHO PENAL

101 En lo que respecta al Derecho penal, la progresiva disolución del modelo anterior está tendiendo a convertirlo, por un lado, en un orden de excepción permanente, esto es, de lucha; por el otro, en el único código —artificial— de la moralidad pública. Por tanto, se mueve a medio camino entre el combate contra los peligros y la afirmación de una nueva ética pública —entre la dureza y el simbolismo—. Así, aparece como un orden cuya única salida es el recurso sistemático a la coacción física directa y el incremento tanto de la coacción psicológica como de la pena efectivamente impuesta. Se supone que lo uno y lo otro tiene que suplir el déficit de razones intrínsecas para respetar el orden que se observa en amplios sectores sociales. Ahora bien, simultáneamente el Derecho penal adquiere el papel de código del bien y el mal ético-social. En este contexto desaparece el sentido de la antigua doctrina del Derecho penal como expresión de un mínimo ético.[132] En efecto, no se reconoce la existencia de una ética pública más allá del Derecho, de modo que este —en sus sectores penal y administrativo— aparece como un sucedáneo de aquella.[133] Expresado de otro modo, se ha producido una juridificación de lo ético. Ahora bien, la realidad es que ni todo lo sancionado jurídicamente es contrario a la ética, ni solo lo sancionado jurídicamente es contrario a la ética. Por lo tanto, el riesgo de manipulación de la «fuerza configuradora de las costumbres» que posee el Derecho penal —y el Derecho en general— se hace evidente.[134]

---

[131] *Habermas* (2002), 221-222; *el mismo* (2005), 36; *Rosa* (2022).

[132] *Jellinek* (1878), 42.

[133] *Donini* (2015), 135 ss.

[134] *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 1; *Silva Sánchez* (2015), 35 ss.

VI. LA COMUNIDAD POLÍTICA —EL ESTADO— EN LA RELACIÓN JURÍDICO-PENAL

1. INTRODUCCIÓN

Como se señaló al inicio de este capítulo, el Derecho penal presupone la existencia de una comunidad política razonablemente estable y constituida en Estado.[135] Así pues, se halla vinculado a la soberanía del Estado como estructura jurídicamente organizada de la comunidad política. Esto significa que su legitimación solo es compatible con una teoría política del consenso y no con una teoría del conflicto. En efecto, una visión de la sociedad en términos conflictivos —nosotros/ellos—, como la que sostenía el marxismo-leninismo a través del concepto de lucha de clases, conlleva una visión del Derecho como instrumento de las clases dominantes contra las dominadas.[136] Como puede advertirse, esta visión vale de modo cualificado para el Derecho penal. Por tanto, sin un consenso básico sobre quién y cómo ejerce la soberanía no puede existir Derecho penal en sentido estricto. En su lugar, existiría solo una institución mixta en la que se mezclarían, en mayor o menor medida, el ingrediente jurídico-penal y el de un Derecho de lucha o, incluso, el de un régimen jurídico de la guerra civil.[137] Con todo, la acogida de una teoría del consenso no es incompatible con admitir la existencia de conflictos sociopolíticos dentro de la comunidad, siempre que estos no sean básicos. **102**

El paradigma del delito que constituye un *malum in se* nuclear —el homicidio, las lesiones, la violación— es ante todo un dramático mal interpersonal, en el sentido de la filosofía moral. Ciertamente, además es una grave perturbación de la paz jurídica.[138] Es decir, una lesión cualificada de la relación de reconocimiento recíproco entre sujetos libres e iguales, cuya protección le incumbe al Derecho del Estado. En todo caso, lo común a todos los delitos —aunque también a las infracciones administrativas— es su carácter de injustos «políticos», que manifiestan la deslealtad de un ciudadano con respecto a los demás y con respecto al Estado. Sin embargo, esta segunda dimensión «civilizada» del Derecho penal no debe conducir a error. En efecto, la pretensión de que el Derecho penal sea un Derecho «civil» —es decir, de ciudadanía y, por tanto, de la normalidad— es estéticamente bella, pero irreal. **103**

En realidad, el núcleo del Derecho penal trae causa de un drama humano y social que redunda, a su vez, en la aparición de nuevos dramas. Así, resulta imposible hacer de la materia nuclear del Derecho penal un Derecho de gestión de la normalidad. No existe ningún parentesco entre el incumplimiento de un contrato, un exceso de velocidad y una violación sexual. Por tanto, la presentación de los tres casos como vulneraciones de los deberes de coopera- **104**

---

[135] *Maier*, ARSP 100 (2014), 47, 49.

[136] *Rusche/Kirchheimer* (1939).

[137] *Pasukanis* (1976), 149; *Stucka* (1969), 187 ss.

[138] *Maier*, ARSP (100) 2014, 49; *Silva Sánchez* (2018), 220 ss.

ción con el Estado, o como rupturas del contrato social, desconoce el drama antropológico que subyace al núcleo de los delitos que son *mala in se* y afectan a bienes intrínsecos o incluso al propio ser de la persona.

2. LA LEGITIMACIÓN DEL ESTADO PUNITIVO FRENTE A LAS PERSONAS

2.1. Planteamiento

105 El Estado punitivo —en otras palabras, la potestad punitiva del Estado— tiene que disponer de una fuente de legitimación. Como se ha indicado, en los siglos XVII-XIX esta derivó de su concepción como un «dios mortal» —*mortalis deus*—,[139] que protegía a los súbditos a cambio de su obediencia. En efecto, esta concepción del Estado como ente divino explica que durante esta época se heredaran los debates de los siglos anteriores, relativos al fundamento intelectualista o voluntarista del Derecho. Simplemente, la polémica relativa a si en Dios prevalece la razón o la voluntad se transformó en la de la del predominio de una razón o de una voluntad inmanentes: las del Estado.[140] Pues bien, este debate acompañó al devenir del Estado, de absolutista (en los siglos XVII-XVIII) a legal de Derecho (en el siglo XIX) y constitucional de Derecho (en el siglo XX). Su objeto, traducido a un lenguaje más usual en los siglos XX y XXI, sigue versando sobre si lo decisivo en el Derecho es la protección de los derechos humanos (la razón) o la traducción de la mayoría democrática (la voluntad).

106 En la realidad europea de la segunda mitad del siglo XX —en España, de su último tercio— sirvió a este fin de legitimación la idea programática —equilibrada— de Estado social y democrático de Derecho (art. 1 CE).[141] Así, el Derecho penal propio de ese modelo de Estado tendría que garantizar el respeto a las libertades individuales (lo propio del Estado liberal de Derecho) y, por otro lado, la solidaridad social (propia del Estado social) y la igualdad política (propia del Estado democrático).[142] En definitiva, armonizar la libertad negativa, la libertad positiva y la libertad republicana. Sin embargo, lo cierto es que tal idea rectora precisa de ulteriores concreciones.

107 En efecto, el marco de un Estado que se autodefine en los términos señalados admite en su seno construcciones distintas del Derecho penal público.[143] Así pues, la cuestión objeto de debate es si todas ellas respetan tanto los requerimientos de la democracia formal —que garantizan su vigencia— como los de la

---

[139] *Hobbes* (1651); *Hegel* (1820): el «Estado es el paso de Dios sobre la tierra» (§ 258 apéndice) y debe ser «honrado como una divinidad terrenal» (§ 272 apéndice), pues hace «realidad la idea ética» (§ 257).

[140] *Silva Sánchez*, LH Arroyo Zapatero, 1, 2021, 710 ss.

[141] *Mir Puig* (1976); *el mismo* (2.ª, 1982); *Octavio de Toledo y Ubieto* (1981).

[142] *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 4/2 ss.

[143] Distinto: *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 3/58 ss.

democracia sustancial —fuente de su validez—.[144] Ciertamente, las exigencias de esta última —los derechos fundamentales y valores constitucionales— tienen la pretensión de conformar el ámbito de lo «indecidible moral» por la mayoría,[145] de modo que el Derecho del Estado se someta siempre a los principios del Estado de Derecho. Sin embargo, el principio formal-mayoritario tiende a que todo sea decidible. Por lo tanto, la tensión entre ambos puntos de vista sigue pendiente de la obtención de un punto razonable de equilibrio. Pues bien, en este contexto han surgido las propuestas que sostienen la necesidad de una re-legitimación del Derecho penal. A este respecto, algunas de ellas abogan por su constitucionalización. En cambio, otras sostienen que lo necesario es promover su democratización (*cfr. infra* capítulo 2/79).

2.2. Los deberes de garante del Estado

108 El Estado se legitima mediante el sometimiento de su autoridad al Derecho y la orientación de esta al bien común. En su relación con los residentes en el territorio, esta orientación requiere, en primer lugar, que proteja el bien que se suele denominar «libertad material negativa», esto es, la seguridad. Desde luego, comporta no abandonar a aquellos en manos de organizaciones criminales de ningún signo, al tiempo que garantizar protección frente a la delincuencia ordinaria, habitualmente desorganizada. Sin embargo, asimismo es necesario que les garantice la «libertad material positiva», y que, de modo subsidiario a los cuerpos intermedios, la promueva, generando las estructuras de reconocimiento social, cultural y espiritual de todas las personas. En este punto es importante no reducir los bienes sociales a la dimensión material —vivienda, alimento, instrucción—, sino velar por que entre ellos se incluya la garantía de formar una familia, tener un trabajo y cultivar el espíritu, en particular practicando la religión. En fin, el Estado debe garantizar la protección de las «libertades políticas-formales». Estas no pueden reducirse al derecho al voto, sino que tienen que extenderse a todas las estructuras de una participación política efectiva (*cfr. infra* capítulo 27/105).

3. EL DERECHO PENAL Y LAS CRISIS DE LA COMUNIDAD POLÍTICA

3.1. Generalidades

109 Como se ha indicado, el Estado punitivo ha intentado producir una cierta normalización de lo excepcional, con el fin de hacerlo soportable. Esa relativa normalidad, pretendidamente propia del Derecho penal como Derecho «civilizado», resulta sin embargo incompatible con las situaciones de excepción. El caso es que estas son, de algún modo, permanentes en los diversos modelos sociales. Aparte de esto, el Derecho penal es siempre excepcional —en medida

[144] *Ferrajoli*, JD 16-17 (1992), 64.

[145] *Ferrajoli* (2005), 36.

diversa— para quienes solo gozan parcialmente de los derechos propios de la ciudadanía política formal y para quienes, aun disfrutando de esta, viven con déficits de prestaciones socioeconómicas, culturales y espirituales. Así pues, el mundo de la vida[146] de toda comunidad política compleja se halla, en alguna medida, permanentemente fracturado.

110 La fragmentación es consecuencia directa de la compleja pluralidad social que ha sucedido en el tiempo a la relativa homogeneidad de las sociedades tradicionales. Sin embargo, en las últimas décadas ha ido ganando en intensidad por diversos motivos. Una fractura estructural de muchas comunidades políticas viene dada por la presencia de la desigualdad radical que revela la indigencia, esto es, la insatisfacción de las necesidades básicas de un elevado número de las familias que las integran. En efecto, cuando no todas las personas —por falta de trabajo y, en su defecto, de sistemas sociales de asistencia— pueden acceder a cubrir sus necesidades básicas de alimento, vivienda, sanidad, educación y cultura, la comunidad política tiende a ser puramente formal o aparente.

111 Sin embargo, una segunda fractura es quizá incluso más grave, en la medida en que no se puede resolver con medidas socioeconómicas. Esta viene dada por la progresiva conformación de grupos sociales con identidades densas —etno-culturales, religiosas, ideológico-sexuales— y recíprocamente enfrentadas. Pues bien, la proliferación de nuevas identidades se ha sumado a las identidades —nacionales, étnicas y religiosas— preexistentes, de un modo que redunda en la polarización de personas que viven en mundos casi siempre paralelos. Al final, únicamente se sale de tales universos para el enfrentamiento público, muchas veces violento.

112 Por lo demás, la tensión se ha visto agudizada por tres factores: de un lado, por las rupturas familiares masivas; de otro, por los movimientos migratorios generalizados; en tercer lugar, por la digitalización y la denominada «vida en redes», que constituyen puras cámaras de eco. De este modo, el propio sentido de la convivencia como «hecho de vivir juntos», y no solo coexistir, ha entrado en crisis. La diversidad radical de visiones acerca del sentido de la vida plantea problemas para establecer relaciones recíprocas de reconocimiento y de ausencia de discriminación. Así, y en lo que hace a la perspectiva del Derecho penal, los problemas esenciales son dos: el primero, si —y en qué medida— este debe asumir la función de crear una comunidad; el segundo, qué relación puede establecerse entre la subsistencia de esa pluralidad de identidades y la lealtad mínima necesaria para el mantenimiento del Derecho penal del Estado. En efecto, la fragmentación conduce a la progresiva colonización del mundo de la vida por el Derecho, es decir, al fenómeno de la juridificación.[147] Así, el

---

[146] En el original alemán: «*Lebenswelt*». El concepto procede de E. Husserl (1859-1938) y fue muy utilizado por Habermas.

[147] *Silva Sánchez*, PyD 56 (2007), 35 ss.

Derecho —singularmente, el penal— pasa a operar a modo de sucedáneo de los sistemas normativos del mundo de la vida: básicamente, de la moral, en sus dimensiones individual, interpersonal y social.

3.2. La exasperación de la fragmentación ordinaria

3.2.1. La delincuencia por conciencia

Una expresión paradigmática de la medida concreta de la fractura comuni- 113
taria es la cantidad de delitos cometidos en virtud de una convicción política o ideológica, o bien de una representación religiosa, moral (deber de conciencia) o cultural divergente. En el complejo período entre las dos guerras mundiales, ello dio lugar a la construcción jurídica de las figuras de la delincuencia por conciencia y la delincuencia por convicción (*cfr. infra* capítulos 21/85; 26/74). Tras la II Guerra Mundial, la delincuencia por convicción perdió relevancia jurídica, aunque parece haber renacido en la última década. En cambio, se ha mantenido en toda su intensidad el problema de la delincuencia por conciencia. En efecto, en este último caso el Derecho positivo deja de poseer autoridad moral —o la tiene limitada a la que se deriva de la función de proporcionar orden y seguridad— quedando reducido por lo demás a mero mecanismo de coacción.

Una posición históricamente muy relevante sostuvo la procedencia de un 114
Derecho penal especial para los autores por conciencia. En concreto, sostenía que lo único procedente era su inocuización mediante un internamiento de naturaleza muy distinta de la pena y próxima a la condición de los prisioneros de guerra.[148] Desde la perspectiva contemporánea, esto significa que, en tales casos, el Derecho penal no puede funcionar como un procedimiento de retribución del injusto, en términos de justicia conmutativa. Por el contrario, su sanción constituye un instrumento regulatorio de prevención general e inocuización con ciertos límites de equidad, cuyo fundamento se halla en la autoridad del Estado. Ahora bien, la consideración de este planteamiento exige la realización de distinciones en función de los distintos grupos de delitos, como se verá en su lugar.

3.2.2. La delincuencia por convicción política

En el contexto concreto de Estados formal y materialmente democráticos, 115
la comisión de delitos por supuestos motivos políticos despierta, con razón, escepticismo. En efecto, el delincuente con motivación política intenta deslegitimar al Estado democrático al que combate, presentando su enfrentamiento con él como una guerra. Sin embargo, en realidad ningún Estado puede admitir una equiparación, ni siquiera nominal, entre el delincuente político

---

[148] *Radbruch* (1957), 83-84; *el mismo* (1924), RECPC 2005, 3; *Welzel* (1960), 399.

y el enemigo de guerra.[149] O, lo que es lo mismo, entre un conflicto político interno y uno bélico. Ciertamente, como luego se verá, el conflicto armado da lugar al surgimiento de una relación horizontal del Estado con el combatiente enemigo ordinario que, en el caso de ser detenido, se convierte efectivamente en prisionero de guerra. En cambio, la relación del Estado con el delincuente político es una relación vertical.

116 Es posible que quien comete un delito por una motivación política se atribuya la condición de enemigo del Estado y asigne a este último la recíproca condición de enemigo del grupo sociopolítico que apoya sus actos. Cabe incluso que se autoexcluya simbólicamente de la comunidad. Sin embargo, pese a todo, su relación continúa siendo vertical. Así pues, no deja de ser un delincuente común, en la medida en que el Estado siga protegiendo sus bienes jurídicos, y en la que sus expectativas sociales y sus pretensiones políticas tengan canales institucionalizados a su alcance. Así pues, cabe dirigirle el reproche por sus actos delictivos en la misma medida que a cualquier otro. En definitiva, en un Estado constitucional de Derecho en principio no cabe la aceptación del delincuente político como tal. Los pocos matices que es preciso hacer a este principio se exponen en su lugar.

3.2.3. La guerra civil

117 Los actos de delincuencia de motivación política pueden llegar a producir un incremento de la violencia dando lugar a situaciones de guerra civil. Pues bien, si el conflicto genera una efectiva fractura pre-bélica de la comunidad, caben tres posibilidades. La primera es que el Estado se imponga y restaure la unidad política mediante la fuerza legítima. La segunda, que sean los delincuentes de motivación política los que se impongan y establezcan un nuevo régimen político.[150] En fin, que llegue un momento en el que los binomios Derecho penal/pena, por un lado, y guerra/paz, por el otro, se entremezclen de modo indisociable. Como se advierte, a medida que el Estado de Derecho pierde fuerza y la delincuencia de motivación política la gana, surge entre el Estado y el delincuente una relación oblicua con tendencia progresiva hacia la horizontalidad. Es decir, hacia la relación entre enemigos que es propia de la guerra civil.

118 Cuando esta situación se estanca sin victoria de una de las partes, se genera una horizontalidad relativa que, a la larga, resulta insoportable. Entonces, la pretensión de recuperar la paz puede entrar en colisión con el castigo de los hechos delictivos cometidos por unos y otros. En este contexto, para afrontar la situación dilemática, cabe que tenga lugar el surgimiento de un Derecho estatal de nuevo cuño —más o menos punitivo, en función del grado de oblicuidad existente entre las partes—. Lo normal es que en este proyecto de

---

[149] *Gamberini/Orlandi*-eds.- (2007).

[150] *M.E. Mayer* (1926), 172.

Derecho para la paz se hable de penas y se utilicen conceptos jurídico-penales. Sin embargo, no se trata en realidad de Derecho penal, pues su objetivo ya no es solo ni principalmente punitivo, sino estrictamente transicional. En efecto, por encima de todo pretende la superación de la fractura comunitaria.

3.2.4. La justicia transicional

La llamada justicia transicional, que es muy diversa en sus formulaciones **119**
concretas, tiene ciertamente dimensiones punitivas. Sin embargo, no puede considerarse integrada en el Derecho penal de la normalidad.[151] Por el contrario, su punto de partida lo constituye una situación en la que se intenta poner fin a una drástica fractura civil. Esta puede venir dada, por un lado, por la transición de la guerra civil, reconocida o no, a la paz civil. Por otro lado, por la transición de un régimen dictatorial con significativo apoyo popular a un régimen democrático. En contextos así, la disyuntiva viene dada por el recurso a los denominados «perdones amnésicos» —es decir, estratégicos—, o bien por la aplicación categórica de la legislación penal común. Frente a ellas, la justicia transicional constituye una tercera vía, que acoge la máxima realista *in medio virtus*.[152] Desde luego, las variantes de la justicia transicional son muchas —imposición de penas o no, con más o menos condiciones, comisiones de verdad, tribunales nacionales o Corte penal internacional—. En cambio, sus objetivos son bastante constantes. En efecto, siempre se trata de recuperar la paz pública —lograr la reconciliación nacional— con el menor sacrificio posible de la juridicidad. Para ello, sin embargo, parece necesario dar al menos tres pasos. En primer lugar, esclarecer la verdad en la medida de lo posible; en segundo lugar, expresar la justicia mediante la declaración del injusto culpable cometido; en fin, proceder a la reparación de las víctimas.[153]

La comprensión de lo anterior requiere tener presente que, a lo largo de **120**
la historia, el objetivo de lograr la paz pública es prioritario para el Derecho —y, en concreto, para el Derecho penal—. Así, cuando ha sido necesario, la *pax* ha prevalecido sobre la retribución punitiva. Para ponerlo de relieve, basta con citar el ejemplo de Kant, a quien es frecuente presentar como el defensor máximo de una concepción del Derecho penal que realice la justicia penal absoluta en la tierra. En efecto, también este autor señaló de forma inequívoca que, en los casos límite en los que el número de los reos de asesinato es muy grande, el soberano debe asumir la función judicial y dar un criterio para la solución del problema —pronunciar un veredicto pacificador—, para evitar

---

[151] *Cornacchia* (2012), 69 ss.; *Fornasari* (2013); *Gierhake*, ZIS 2017, 494 ss.; *Reyes Alvarado* (2017), 200 ss.; *Maculan* (2017), 208 ss.; *Maculan/Gil*, OJLS 40 (2020), 1 ss.

[152] *Aristóteles*, Ética, 1107a: «Es, por consiguiente, la virtud un estado electivo que se encuentra en la condición media relativa a nosotros».

[153] *K. Günther* (2013), 271 ss; *Silva Sánchez* (2018), 166 ss.

el mal mayor representado por el regreso al «estado de naturaleza, que carece de toda justicia externa».[154]

3.3. Las situaciones de excepción

3.3.1. Los estados constitucionales de excepción

121 A lo largo de la historia, las diversas comunidades políticas han aceptado la posible existencia tanto de estados de normalidad institucional como de situaciones de excepción. Estas han sido recogidas en los respectivos marcos constitucionales con la finalidad de afrontar el reto permanente de concebirlas no como espacios libres de Derecho —*inter armas silent leges*—, sino como ámbitos ordenados jurídicamente, aunque de un modo diverso. Con todo, no es fácil distinguir con claridad las situaciones de normalidad y de excepción, sino que debe admitirse que entre unas y otras se dan zonas grises. Adicionalmente, tampoco existe claridad sobre cómo configurar un Derecho de excepción preventivo-reactivo —que los propios legisladores denominan «de lucha», ya sea contra personas o contra fenómenos naturales—. Este se mueve, en todo caso, fuera del Derecho penal, así como del Derecho de los conflictos armados. Por eso, da lugar al establecimiento de dos fronteras con las correspondientes zonas oscuras: una, entre el Derecho penal y esa legislación de lucha; la otra, entre esta última y el Derecho de los conflictos armados —internacional humanitario—.

122 El tránsito del Derecho penal al Derecho internacional humanitario, que discurre a través de las variantes de la legislación excepcional de lucha, se caracteriza por una prevalencia de argumentos consecuencialistas —y, en concreto, utilitaristas— en perjuicio de los criterios de principio —o deontológicos—. Su criterio rector es la transformación del bien común político de la normalidad en un principio de prevalencia del interés público —*salus populi suprema lex esto*—, conocido desde la antigüedad.[155] En la legislación española, esto puede observarse de modo general en el papel asignado al Derecho penal en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

123 Sin embargo, es preciso subrayar que la excepcionalidad puede derivar no solo de razones político-militares, sino también de situaciones naturales catastróficas, como una epidemia. En efecto, también estas se caracterizan por la necesidad de restringir de modo drástico las libertades individuales,[156] incluso con la producción estatal de lesiones o muertes como efecto colateral o, en última instancia, directo.[157] Esto explica que el tenor del art. 15.1 CEDH comprenda ambas situaciones. Este texto señala que «en caso de guerra o de

---

[154] *Kant* (1797), Rechtslehre, II., E. I.

[155] *Cicerón* —Marcus Tullius *Cicero*— (106-43 a.C.), De legibus, III, III, 8.

[156] *Klesczewski*, ZIS 2017, 433 ss.

[157] *Jakobs*, FS Krey, 2010, 207 ss.

otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanan del Derecho internacional».

Ahora bien, no se derogan ni el derecho a la vida —salvo para el caso de 124
muertes resultantes de actos lícitos de guerra—, ni la prohibición de torturas y de otros tratos inhumanos y degradantes, ni la prohibición de esclavitud, ni el principio de legalidad. El problema es que existen reglas propias de un Derecho excepcional de lucha que se han insertado en el Derecho penal común. Así, con matices diversos, puede aludirse a las disposiciones de lucha contra la criminalidad organizada o contra el terrorismo, e incluso contra el «fraude». Ahora bien, se supone que una excepción tiene que ser lo suficientemente limitada como para confirmar la regla y no sustituirla. Frente a ello, la realidad es que existen excepciones permanentes.

3.3.2. Una «excepción permanente»: el terrorismo internacional y la criminalidad organizada

Los hechos de terrorismo y de criminalidad organizada internacional, así 125
como la reacción estatal contra ellos, constituyen un ámbito particular. En efecto, a ellos les es inherente el cuestionamiento objetivo del propio orden del Estado, en su dimensión política o económica. Así, a diferencia del delincuente ordinario, que solo pretende obtener una excepción a la aplicación de una regla cuya vigencia reconoce, quienes realizan conductas terroristas o de criminalidad organizada pretenden establecer una nueva regla general. Pues bien, la relación del Estado con estas organizaciones no tiene el carácter horizontal, de igualdad entre los contendientes, que es propio de la guerra. Además, a diferencia de lo que sucede en los conflictos armados internacionales o internos, las conductas de estos sujetos tampoco respetan las reglas del Derecho internacional humanitario. Por tanto, no son bélicas en sentido jurídico. Sin embargo, en ellas tampoco existe una verticalidad plena, como la que es propia de la relación jurídico-penal entre el Estado y las personas que viven de modo ordinario en su territorio. A estas situaciones intermedias de muy diversa naturaleza se puede hacer alusión con la expresión iusinternacionalista de los «conflictos asimétricos».[158] En efecto, el Derecho internacional humanitario —como ordenamiento del enfrentamiento horizontal entre estados o en el marco de guerras civiles— y el Derecho penal —como ordenamiento del enfrentamiento vertical de una persona con el Estado— presuponen relaciones claras. Además, estas son manifiestamente distintas entre sí. Sin embargo, entre la línea horizontal y la vertical se da un ángulo de 90° cuyo seno admite, a su vez, diversos grados de concreción.

---

[158] Crítica, sin embargo, *Gierhake* (2013), 310 ss., 421 ss.

126 El ángulo concreto que define la relación entre el Estado y quien, sin ser enemigo en el sentido del Derecho de los conflictos armados, tampoco expresa con sus actos el injusto culpable propio del delincuente común, puede ser muy diverso. Como se ha indicado, el significado de las conductas terroristas y de las propias de otras clases de criminalidad organizada masiva es la agresión permanente a la soberanía del Estado. Ahora bien, incluso esto último admite distinciones de grado. En unos casos la agresión a la soberanía tiene un sentido únicamente formal-simbólico. En otros, a lo anterior se añade la agresión al Estado como garantía real de la protección de los bienes de las personas. Por tanto, la cuestión es determinar cuándo se da una situación extrema de amenaza existencial, y cómo gestionar el abanico de situaciones intermedias.[159] En todo caso, es preciso evitar a toda costa el riesgo de un estado de excepción que se instale de modo permanente en la vida de la comunidad política.[160]

127 La denominada «guerra contra el terror» ha adoptado algunos elementos propios del Derecho de los conflictos armados. Sin embargo, sus demás elementos son propios del Derecho penal común. Por tanto, en ella no está resuelta la disyuntiva entre el tratamiento del terrorista como delincuente común o como enemigo combatiente y, además, en la medida en que actúe ilegalmente, como criminal de guerra. Desde luego, es razonable que el Estado no quiera tratar a los terroristas, ni siquiera parcialmente, como combatientes o como prisioneros de guerra.[161] Como se ha indicado, el terrorismo es asimétrico y no respeta ninguna reciprocidad —por lo tanto, es delictivo—. Ahora bien, entonces no es legítimo crear un régimen jurídico mixto, cuyos elementos sean usados a discreción.[162] En efecto, solo desde la perspectiva que considerara al terrorista como un combatiente de verdad —legal o ilegal— sería posible el empleo contra él de mecanismos propios de los conflictos armados. De lo contrario, la llamada guerra contra el terror muestra las características de una guerra punitiva, ya descalificada categóricamente por Kant.[163]

128 El lenguaje de la «lucha» se utiliza de modo creciente tanto por el legislador como por los medios de comunicación, e incluso —aunque de forma selectiva— por la doctrina. Sin embargo, dicho lenguaje nunca es adecuado para designar al Derecho penal. En efecto, en los ámbitos mencionados sí es revelador de que los conflictos que se generan son expresión de una situación intermedia, que no es fácilmente reconducible al Derecho penal ordinario.

---

[159] *Pawlik*, JZ 2004, 1054 ss.

[160] Críticos, *Moccia* (1995); *Prittwitz*, RP 14 (2004), 174 ss.; *Jahn* (2004), 590; *Faraldo/Puente/Souto* -eds.- (2007); *Muñoz Conde*, RP 29 (2012),115 ss.; *Masferrer* -ed.- (2012).

[161] *Silva Sánchez*, InDret 1/2017, 7 ss.

[162] Crítico: *Silva Sánchez*, InDret 1/2017, 11 ss.

[163] *Kant* (1797), § 57: «Ninguna guerra de estados independientes entre sí puede ser una guerra punitiva (*bellum punitivum*), pues el castigo solo tiene lugar en la relación de un superior (*imperantis*) contra el súbdito (*subditum*), relación que no es la de los estados entre sí, pero tampoco una guerra de exterminio (*bellum internecinum*) ni una guerra de sometimiento (*bellum subiugatorium*), que sería un exterminio moral de un estado (cuyo pueblo ahora se funde en una masa con el del conquistador o cae en la servidumbre)».

Ahora bien, en todos los demás, el uso de la expresión carece de toda razonabilidad.[164] En relación con las conductas de terrorismo y de criminalidad organizada, el criterio rector es la prevención a cualquier coste. Por eso, la policía preventiva y, con ella, la evitación fáctica del hecho delictivo desempeña un papel determinante. Con esta finalidad, el instrumento preferido es la criminalización de conductas previas a la puesta en peligro de bienes jurídicos.[165] En particular, se criminaliza la propia fundación de una organización delictiva y la pertenencia a esta; pero también de otras conductas individuales carentes de base organizativa. Así, mediante la tipificación y la consiguiente persecución de conductas previas incluso a la preparación delictiva se lleva a cabo, en puridad, un modo de prevención análogo al de las medidas de seguridad predelictivas. Ahora bien, ello pone de relieve que se trata de una forma de Derecho de excepción que impropiamente se hace permanente y generalizado.[166] Frente a ello, lo razonable es reconducirlo a un ámbito de verdadera excepción, porque la normalidad en el seno de una comunidad política no puede definirse en términos de lucha.

3.4. El Derecho internacional humanitario —de los conflictos armados—

La más drástica de las situaciones de excepción es la guerra. En efecto, la declaración de guerra (art. 63.3 CE) conlleva, para el ámbito territorial y personal al que alcance, la desaparición absoluta del Derecho penal y su sustitución por el Derecho internacional humanitario. Este es el que rige tanto en los conflictos armados internacionales, como también en los no internacionales (así, en la guerra civil). Sin embargo, el desplazamiento del Derecho penal tiene numerosas consecuencias. Por ejemplo, se genera un espacio de licitud para las afectaciones de los bienes jurídicos más importantes de los combatientes; se modifica la forma de concebir los límites de la legítima defensa; y se amplía la posibilidad de producir lícitamente efectos lesivos colaterales sobre la población civil. En cuanto a las sanciones derivadas de las infracciones del régimen excepcional, estas se imponen conforme al Derecho internacional, aunque ello sea llevado a cabo por tribunales estatales. El ejemplo más elemental de lo propio de la guerra es el del combatiente que mata intencionadamente a un enemigo. Ciertamente, aquel realiza una conducta no sancionada en el marco del Derecho internacional. Sin embargo, la calificación de licitud de su conducta no obsta a que un combatiente enemigo pueda reaccionar a su vez lícitamente contra ella. Así pues, aquí no rigen las reglas del Derecho penal. Por el contrario, las normas imperantes son las del denominado «Derecho en la guerra» (*ius in bello*), en el que lo decisivo es todavía la «ley del más fuerte». 129

---

[164] En sentido distinto, la doctrina del Derecho penal del enemigo, construida por Günther Jakobs (1997), 293. Sobre ella, *Pérez del Valle*, CPC 75 (2001), 610 ss.; *Gracia Martín*, RECPC 2005, 1; *Miró Llinares*, CPC 87 (2005), 185 ss.; *Cancio/Gómez Jara* -eds.- (2006).

[165] Fue premonitorio el artículo, publicado en 1985, de *Jakobs* (1997), 293 ss.

[166] Crítico, *Cornacchia*, CPC 94 (2008), 415 ss.

Capítulo 2

LA LEGITIMACIÓN DEL CASTIGO ESTATAL (I) LAS TEORÍAS DE LA CRIMINALIZACIÓN

Bibliografía seleccionada: *Alcácer Guirao*, La protección del futuro y los daños cumulativos, RECPC 2002, 1; *el mismo*, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?, 2003; *el mismo*, La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías, 2020; *Alonso Álamo*, Bien jurídico material y bien jurídico procedimental... y discursivo, LH Vives Antón, 1, 2009, 91; *la misma*, Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos, EPC XXIX (2009), 61; *la misma*, Fundamentación pre-positiva de los bienes jurídico-penales y Derecho penal mínimo de los derechos humanos, RGDP 15 (2011), 1; *la misma*, Sentimientos y Derecho penal, CPC 106 (2012), 35; *la misma*, Bases para la delimitación de los bienes jurídicos en la sociedad multicultural, RGDP 18 (2012), 1; *la misma*, Derecho penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos, RP 32 (2013), 23; *la misma*, Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos, 2014; *la misma*, Bienes jurídicos colectivos y delitos de lesión: lo primero, el bien jurídico, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 393; *Alonso Rimo*, ¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación, InDret 4/2017, 1; *el mismo* (ed.), Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana, 2019; *Álvarez Coria*, La definición del delito entre los siglos XVI y XVIII, Ivs Fvgit, 19 (2016), 35; *Álvarez García*, Bien jurídico y Constitución, CPC 43 (1991), 5; *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; *el mismo*, Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit, en: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), Recht und Moral, 1991, 269; *el mismo*, El concepto de bien jurídico, en: Hefendehl (ed.), La teoría del bien jurídico, 2016, 227; *Angioni*, Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico, 1983; *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998; *Arneson*, The Enforcement of Morals Revisited, CL&Phil 7 (2013), 435; *Bacigalupo*, Concepto de bien jurídico y límites del Derecho penal, LH Jakobs, 2008, 17; *Baker*, The Impossibility of a Critically Objective Criminal Law, McGill L. J. 56 (2011), 349; *el mismo*, The Right Not to be Criminalized, 2011; *Bennett*, The Authority of Moral Oversight, LTh 25 (2019), 153; *Birnbaum*, Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito (1834-1836), 2010; *Borja Jiménez*, Delitos de posesión: una perspectiva desde la justicia penal preventiva, RGDP 30 (2018), 1; *Bottini*, Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco, 2.ª, 2008; *Bottke*, Das Straftaterfordernis der Rechtsgutsverletzung, FS Lampe, 2003, 463; *el mismo*, ¿Doma locuta causa finita?, ¿Adiós a la exigencia de protección de bienes jurídicos?, LH Mir Puig, 2010, 101; *Bricola*, Teoria generale del reato, 1973; *Burchard*, Strafverfassungsrecht: Vorüberlegungen zu einem Schlüsselbegriff, GS Vogel, 2016, 27; *Burghardt*, Zufall und Kontrolle, 2018; *Brodowski*, Die Evolution des Strafrechts, 2023; *Bustos Ramírez*, Bienes jurídicos colectivos, en: el mismo, Obras completas, II, 2004, 182; *Bustos Rubio*, Delitos acumulativos, 2017; *el mismo*, Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en Derecho penal, ADPCP 2017, 293; *Cancio/Silva*, Delitos de organización, 2008; *Carbonell Mateu*, Derecho penal: concepto y principios constitucionales, 1995; *el mismo*, Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal, en: Alonso Rimo *et al.* (eds.), Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales, 2018, 331; *Catenacci*, I reati di pericolo presunto fra diritto e proceso penale, LH Marinucci, II, 2006, 1415; *Cerezo Mir*, Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo, RDPC 10 (2002), 47; *Chiao*, Two Conceptions of the Criminal Law, en: Flanders/Hoskins (eds.), The New Philosophy

of Criminal Law, 2015, 19; *el mismo*, Criminal Law in the Age of the Administrative State, 2019; *Cigüela Sola*, Reconocimiento, delito y pena: de Hegel a Honneth, PolítCrim 15 (2020), 202; *Corcoy Bidasolo*, Delitos de peligro, 1999; *de Faria Costa*, O Perigo em Direito Penal, 1992; *Cuerda Arnau*, Actos protopreparatorios, principio del hecho y ofensividad delictiva, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 99, *Dagger*, Republicanism and the Foundations of Criminal Law, en: Duff/Green (eds.), Philosophical Foundations of Criminal Law, 2011, 44; *el mismo*, Social Contracts, Fair Play, and the Justification of Punishment, Ohio St. J. C. L. 8 (2011), 341; *el mismo*, Playing Fair, 2018; *el mismo*, El republicanismo y los fundamentos del derecho penal, en: Duff/Green (eds.), Fundamentos, 2020, 71; *Dan-Cohen*, Decision Rules and Conduct Rules, Harvard L. R. 97 (1984), 625; *Demetrio Crespo*, Constitución y sanción penal, RDPC 7 (2015), 3; *Devlin*, The Enforcement of Morals, 1965; *Silva Dias, ¿Y si todos lo hiciéramos? Consideraciones acerca de la (in)capacidad de resonancia del Derecho penal con la figura de la acumulación, ADPCP 2003, 433; el mismo*, Delicta in se e delicta mere prohibita. Uma análise das desconstiniuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clásica, 2008; *Díez Ripollés*, La racionalidad de las leyes penales, 2003; *Donini*, Danno e offesa nella c.d. tutela penale dei sentimenti, RIDPP 2008, 1546; *el mismo*, L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come método, DPC-RT 2/2012, 51; *el mismo*, Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei, DPC-RT 4/2014, 4; *el mismo*, Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio, DPC-RT 2/2015, 236; *Doval Pais*, Vagas ofensas. Algunas cuestiones metodológicas que plantea la moderna intervención penal, LH Mir Puig, 2017, 67; *Duff*, Punishment, Communication and Community, 2001; *el mismo*, The Realm of Criminal Law, 2018; *Ellis*, The Philosophy of Punishment, CL&Phil 7 (2012), 121; *Engländer*, Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrechts?, ZStW 127 (2015), 616; *el mismo*, Personale Rechtsgutslehre und normativer Individualismus, FS Neumann, 2017, 547; *Escrivá Gregori*, La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal, 1976; *Farmer*, Making the Modern Criminal Law: Criminalization and Civil Order, 2016; *Fateh-Moghadan*, Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts, 2019; *Fauconnet*, La responsabilité, 2.ª, 1928; *el mismo*, Warum es die Institution Verantwortlichkeit gibt, en: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten, II, 1, 1975, 293; *Feijóo Sánchez*, Seguridad colectiva y peligro abstracto, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 307; *el mismo*, Sobre la administrativización del Derecho penal en la sociedad del riesgo, LH González-Cuéllar, 2006, 137; *el mismo*, Funcionalismo y teoría del bien jurídico, en: Mir/Queralt (eds.), Constitución y principios del Derecho penal, 2010, 163; *Feinberg*, The Moral Limits of the Criminal Law. I. Harm to Others, 1984; *el mismo*, The Moral Limits of Criminal Law. IV. Harmless Wrongdoing, 1987; *Fernández*, Bien jurídico y sistema del delito: un ensayo de fundamentación dogmática, 2004; *Ferrante*, Filosofía y Derecho penal, 2013; *Fiandaca*, Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale, RIDPP 1982, 42; *el mismo*, Sul bene giuridico. Un consuntivo critico, 2014; *Fiandaca/Francolini* (eds.), Sulla legitimazione del diritto penale, 2008; *Finkelstein*, Is Risk a Harm?, U. Pennsylvania L. R. 151 (2003), 963; *la misma*, Punishment as Contract, Ohio St. L. R. 8 (2011), 319; *Finley*, The Ideology of Democratism, 2022; *Fiore*, Il principio di offensività, IP 2 (1994), 275; *Flanders/Hoskins* (eds.), The New Philosophy of Criminal Law, 2016; *Fletcher*, Rethinking Criminal Law, 1978; *Freund/Rostalski*, Warum Normentheorie?, GA 2020, 617; *Frisch*, Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación, en: Hefendehl (ed.), La teoría, 2007, 318; *Fuentes Osorio*, Formas de anticipación de la tutela penal, RECPC 2006, 1; *Fuller*, Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart, Harvard L. R. 71 (1958), 630; *Gärditz*, Strafbegründung und Demokratieprinzip, Der Staat 49 (2010), 331; *el mismo*, Staat und Strafrechtspflege, 2015; *el mismo*, Demokratizität des Strafrechts und Ultima *Ratio*-Grundsatz, JZ 2016, 650; *el mismo*, Juristenkultur(en), Politik und demokratische Herrschaftsform, FS Fischer, 2018, 963; *Galán Muñoz*, Delitos de odio, discurso del odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?, RP 46 (2020), 41; *Gargarella*, De la injusticia penal a la justicia social, 2008; *el mismo*, Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del Derecho penal, 2016; *Garvey*, Guilty Acts, Guilty Minds, 2020; *Gierhake*, Zur

geplanten Einführung neuer Straftatbestände wegen der Vorbereitung terroristischer Straftaten, ZIS 2008, 397; *la misma*, Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht, 2013; *Gerg*, Nudging. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für das hoheitliche Einwirken auf die innere Autonomie des Bürgers, 2019; *Gimbernat Ordeig*, Prólogo, en: Hefendehl, La teoría, 2016, 23; *Gómez Benítez*, Sobre la teoría del bien jurídico (aproximación al ilícito penal), RFDUCM 69 (1983), 85; *Gómez Martín*, El Derecho penal de autor, 2007; *el mismo*, Delitos de odio y Derecho penal de autor, en: Maraver/Pozuelo (eds.), La crisis del principio del hecho en Derecho penal, 2020, 89; *el mismo*, El crimen como hecho social, 2023; *González Rus*, Bien jurídico y constitución. Bases para una teoría, 1980; *Gracia Martín*, Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal, 2003; *el mismo*, Fundamentos de dogmática penal, 2006; *el mismo*, La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho, RDPC 3 (2010), 27; *el mismo*, Contribución al esclarecimiento de los fundamentos de legitimidad de la protección penal de bienes jurídicos colectivos, LH Bustos Ramírez, 2011, 141; *el mismo*, Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno Derecho Penal económico, InDret 3/2016, 1; *Gray*, Eliminating the (Absurd) Distinction Between Malum In Se and Malum Prohibitum Crimes, Washington U. L. Q. 73 (1995), 1369; *Greco*, Rechtsgüterschutz und Tierquälerei, FS Amelung, 2009, 3; *el mismo*, Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht?, en: Brunhöber *et al.* (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, 2013, 13; *el mismo*, La criminalización en el estado previo, en: Alonso Rimo (ed.), Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana, 2019, 93; *Green*, Why It's a Crime to Tear the Tag *Off* a Mattress: Overcriminalization and the Moral Content of Regulatory Offenses, Emory L. J. 46 (1997), 1533; *Grünhut*, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, FG Frank, 1, 1930, 1; *K.Günther*, Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts, en: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), Recht und Moral, 1991, 205; *el mismo*, Bedrohte individuelle Freiheiten im aufgeklärten Strafrechts — Welche Freiheiten?, KritJ 49 (2016), 520; *el mismo*, Demokratische Transformationen des Strafrechts der Moderne?, Rg 28 (2020), 120; *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002; *Habermas*, El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal? 2002; *Harcourt*, The Collapse of the Harm Principle, JCLCrim 90 (1999), 109; *Hart*, Positivism and the Separation of Law and Morals, Harvard L. R. 71 (1958), 593; *el mismo*, Prolegomenon to the Principles of Punishment, Proceedings of the Aristotelian Society 60 (1959-60), 1 (=Introducción a los principios de la pena, en: Betegón/de Páramo (eds.), Derecho y moral, 1990, 176); *el mismo*, Law, Liberty and Morality, 1963; *el mismo*, The Morality of the Criminal Law, 1965; *Hassemer*, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, FS Arth. Kaufmann, 1989, 85; *el mismo*, Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos, NFP 51 (1991), 17; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002; *el mismo*, ¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto, RECPC 14 (2002), 1; *el mismo*, El bien jurídico: imperfecto pero sin alternativa, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 389; *el mismo*, Una teoría social del bien jurídico, LH Luzón Peña, I, 2020, 199; *Hefendehl* (ed.), La teoría del bien jurídico, 2016; *Herzog*, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts?, 1987; *el mismo*, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991; *Hirsch*, Das Verbrechen als Rechtsverletzung, 2021; *von Hirsch*, El concepto de bien jurídico y el principio del daño, en: Hefendehl (ed.), La teoría del bien jurídico, 2016, 37; *von Hirsch/ Neumann/ Seelmann* (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht: die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten, 2010; *los mismos* (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht: zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten, 2013; *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 2004; *la misma*, Strafrechtliche Verbotsnormen zum Schutz von kulturellen Identitäten, en: Dreier/Hilgendorf (Hrsg.), Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts, 2008, 321; *la misma*, Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity, CL&Phil 6 (2012), 307; *la misma*, La protección de sentimientos en el StGB, en: Hefendehl *et al.* (ed.), La teoría del bien jurídico, 2016, 375; *la misma*, Criminalización, castigo y dilemas morales, 2022; *Hoerster*, Neugeborene und das Recht auf Leben, 1995; *Honneth*, La sociedad del desprecio, 2011; *Hormazábal Malarée*, Bien jurídico

y Estado social y democrático de Derecho, 1991; *Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973; *Hortal Ibarra*, La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o cómo resolver la cuadratura del círculo, InDret 4/2014, 1; *Hoyer*, Die Eignungsdelikte, 1987; *Hruschka*, ¡Repensar el Derecho penal!, en: el mismo, Imputación y Derecho penal, 2005, 235; *Jahn*, Wiedergutmachung und Integrationsprävention: An den Grenzen der Steuerungsfähigkeit des Strafrechts, Rechtstheorie 1/1996, 65; *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *el mismo*, Der Kern der Gesellschaft ist getroffen, KritV 1996, 320; *el mismo*, Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, en: el mismo, Estudios, 1997, 293; *el mismo*, Bindings Normen und die Gesellschaft, LH Figueiredo Dias, I, 2009, 387; *el mismo*, Rechtsgüterschutz?, Zur legitimation des Strafrechts, 2012; *el mismo*, Recht und Gut. Versuch einer strafrechtlichen Begriffsbildung, FS Frisch, 2013, 82; *el mismo*, *¿Protección de bienes jurídicos?* Sobre la legitimación del Derecho penal, 2020; *el mismo*, Kritik des Vorsatzbegriffs, 2020 b; *Kant*, Metaphysik der Sitten, 1797; *Kargl*, Protección de bienes jurídicos mediante la protección del Derecho, en: AA.VV., La insostenible situación del Derecho penal, 2000, 57; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014; *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989; *el mismo*, Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal, InDret 1/2009, 1; *Kleinfeld*, Embodied Ethical Life and the Criminal Law, en: Flanders/Hoskins (eds.), The New Philosophy of Criminal Law, 2015, 37; *el mismo*, Reconstructivism: The Place of Criminal Law in Ethical Life, Harvard L. R. 129 (2016), 1486; *el mismo*, Manifesto of Democratic Criminal Justice, Northwestern U. L. R. 111 (2017), 1367; *el mismo*, Three Principles of Democratic Criminal Justice, Northwestern U. L. R. 111 (2017), 1455; *Kölbel/Kubiciel*, Die Rolle der Strafrechtswissenschaft in der Strafgesetzgebung, GA 2023, 181; *Kollmann*, Die Stellung des Handlungsbegriffs im Strafrechtssystems, 1908; *el mismo*, Der symptomatische Verbrechensbegriff, ZStW 28 (1908), 449; *Koriath*, Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts, GA 1999, 561; *Krimphove*, Scham als Verhaltenssteuerung im Recht, Rechtstheorie 43 (2012), 91; *Kühl*, Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht, 2001; *Kuhlen*, ¿Es posible limitar el Derecho penal por medio de un concepto material de delito?, en: Wolter/Freund (eds.), El sistema, 2004,129; *Kunz*, Liberalismus und Kommunitarismus in Straftheorie und Kriminalpolitik, FS Kaiser, I, 1998, 859; *Kunzendorf*, Gelenkter Wille Das Nudging-Konzept zwischen Selbstbestimmungsfreiheit und Rechtsstaatsprinzip, 2022; *Kuttner*, Kanonistische Schuldlehre, 1935; *Lacey*, Estudios críticos sobre responsabilidad penal y política criminal, 2021; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996; *Lampe*, Strafphilosophie, 1999; *el mismo*, Reflexiones sobre el concepto material de hecho punible, en: el mismo, La dogmática, 2003, 31; *el mismo*, Acerca de la fundamentación funcional del sistema del delito, en: el mismo, La dogmática, 2003, 211; *Lascuraín Sánchez*, Bien jurídico y objeto protegible, ADPCP 2007, 140; *Lee*, Public Wrongs and the Criminal Law, CL&Phil 9 (2015), 155; *el mismo*, Proxy Crimes and Overcriminalization, CL&Phil 16 (2022), 469; *von Liszt*, Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht, 1889; *Loick*, Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts, 2017; *Lotter*, Scham, Schuld, Verantwortung, 2012; *de Maglie*, Il declino dell'harm principle, LH Moccia, 2017, 433; *Maihold*, Strafe für fremde Schuld?, 2005; *el mismo*, El castigo del pecado y la reprobación ética, en: Cruz Cruz (ed.), Razón práctica y Derecho, 2011, 125; *Maldonado Fuentes*, Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados delitos de peligro en el moderno Derecho penal, REJ 7 (2006), 23; *Manes*, Il principio di offensività. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza, 2005; *Mañalich*, El principialismo político-criminal como fetiche, REJ 29 (2018), 59; *Maraver/Pozuelo* (eds.), La crisis del principio del hecho en Derecho penal, 2020; *Marinucci/Dolcini*, Costituzione e politica dei beni giuridici, RIDPP 1994, 333; *los mismos*, Derecho penal mínimo y nuevas formas de criminalidad, RDPC 9 (2002), 154; *Markel*, Retributive Justice and the Demands of Democratic Citizenship, Virginia J. C. L. 1 (2012), 1; *Mata y Martín*, Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro, 1997; *Martínez-Buján*, El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria, EPC XVIII (1994-1995), 123; *el mismo*, Bien jurídico y Derecho penal económico, en: Demetrio/Maroto (eds.), Crisis financiera y Derecho penal económico, 2014, 293; *Martins*, Der Begriff des Interesses

und der demokratische Inhalt der personalen Rechtsgutslehre, ZStW 125 (2013), 234; *Matravers*, The Place of Proportionality in Penal Theory, en: Tonry (ed.), Of One-eyed and Toothless Miscreants: Making the Punishment Fit the Crime?, 2020, 76; *Maus*, Volkssouveränität versus Konstitutionalismus. Zum Begriff einer demokratischen Verfassung (1994), en: la misma, *Über Volkssouveränität*, 2.ª, 2019, 44; *Melissaris*, Toward a Political Theory of Criminal Law, NCLR 15 (2012), 122; *el mismo*, Property Offences as Crimes of Injustice, CL&Phil 6 (2012), 149; *Mendoza Buergo*, Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto, 2001; *la misma*, La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto, RDPC 9 (2002), 39; *Merkel*, Forschungsobjekt Embryo, 2002; *Mir Puig*, Introducción a las bases del Derecho penal, 1976; *el mismo*, Función de la pena y teoría del delito, 2.ª, 1982; *el mismo*, Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del *ius puniendi*, EPC XIX (1991), 205; *Miró Llinares*, La criminalización de conductas ofensivas, RECPC 2015, 1; *el mismo*, La función de la pena ante el paso empírico del Derecho penal, RGDP 27 (2017), 1; *el mismo*, Injuriar es ofender, LH Jorge Barreiro, II, 2019, 1161; *el mismo*, Lo que queda (y debe quedar) del bien jurídico en Derecho penal, LH Górriz Royo, 2020; *Moccia*, De la tutela de bienes a la tutela de funciones, LH Roxin, 1997, 113; *Moeller*, Definition und Grenzen der Vorverlagerung von Strafbarkeit, 2018; *Morgenstern*, Unterlassene Hilfeleistung, 1997; *Müller-Dietz*, Vom intellektuellen Verbrechensschaden, GA 1983, 481; *Müssig*, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, 1994; *el mismo*, Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal, RDPC 9 (2002), 169; *Muñoz Conde*, Derecho penal y control social, 1985; *el mismo*, Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar, Doxa 15-16 (1994), 1025; *el mismo*, Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal, LH Valle Muñiz, 2001, 561; *Naucke*, El concepto de delito económico-político, 2015; *Neumann*, Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft? en: Prittwitz/Manoledakis (Hrsg.), Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende, 2000, 124; *el mismo*, Sobre la crítica más reciente a la teoría personal del bien jurídico, CPC 93 (2007), 5; *el mismo*, Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe, FS Jakobs, 2007, 435; *el mismo*, El principio de proporcionalidad como principio limitador del Derecho penal, LH Mir Puig, 2017, 343; *el mismo*, Dezision statt Argumentation? Zur (post)modernen Kritik der Rechtsgutslehre, FS Fischer, 2018, 183; *el mismo*, Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis, FS Kindhäuser, 2019, 335; *Neumann/Prittwitz* (Hrsg.), Personale Rechtsgutslehre und Opferorientierung im Strafrecht, 2007; *Neumann/Schroth*, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980; *Nino*, Los límites de la responsabilidad penal, 1980; *Noltenius*, Strafbegründung und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, en: Jaeckel *et al.* (Hrsg.), Grundrechtspolitik und Rechtswissenschaft, 2015, 93; *Nozick*, Anarquía, Estado y utopía (1974), 1988; *Octavio de Toledo*, Función y límite del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, ADPCP 1990, 5; *Ollero*, El estatuto jurídico del embrión humano, en: Ballesteros/Fernández (eds.), Biotecnología y posthumanismo, 2007, 331; *Ortiz de Urbina*, Selección de bienes jurídico-penales conforme a la Constitución: el caso de la protección de la competencia, LH Mir Puig, 2017, 1119; *Paliero*, Il mercato della penalità. Bisogno e meritevolezza di pena nel rationale della punitività, 2021; *Pantaleón Díaz*, Delito y responsabilidad civil extracontractual, 2022; *Paredes Castañón*, Los delitos de peligro como técnicas de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales, RDPC 11 (2003), 95; *el mismo*, La justificación de las leyes penales, 2013; *Parodi Giusino*, I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale, 1990; *Pastor Muñoz*, Los delitos de posesión y los delitos de estatus, 2005; *la misma*, El hecho: ¿ocasión o fundamento de la intervención penal?, en: Cancio/Gómez-Jara (eds.), Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión, 2, 2006, 523; *la misma*, Imputables peligrosos: reflexiones sobre la legitimidad de la reacción jurídico-penal frente a sujetos peligrosos autorresponsables, LH Jorge Barreiro, 2019, 1477; *Pasukanis*, Teoría general del Derecho y marxismo, 1976; *Pawlik*, Person, Subjekt, Bürger, 2004; *el mismo*, Das Unrecht des Bürgers, 2012; *el mismo*, Ciudadanía y Derecho penal, 2016; *el mismo*, El delito ¿lesión de un bien jurídico?, InDret 2/2016, 1; *el mismo*, Vom Rechtsgut zur Freiheitgestalt, FS Kindhäuser, 2019, 351; *Peralta*, Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico, InDret 2/2008, 1;

el mismo, La explotación de una necesidad: una discusión filosófica sobre su ilicitud penal, Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales XVI (2015), 488; *Pérez del Valle*, En el punto de mira. La crítica a la teoría de los bienes jurídicos, InDret 4/2006, 1; *el mismo*, Bien jurídico y derecho subjetivo, LH Mir Puig, 2017, 371; *el mismo*, Pœna forensis y retribución, InDret 3/2020, 214; *el mismo*, El Derecho penal y la significación moral de la pena en John Finnis, PyD 83 (2020), 491; *Pettit*, Criminalization in Republican Theory, en: Duff *et al.* (eds.), Criminalization. The Political Morality of the Criminal Law, 2014, 132; *Polaino Navarrete*, Protección de bienes jurídicos y confirmación de vigencia de la norma: ¿dos funciones excluyentes?, CPC 93 (2007), 17; *Portilla Contreras*, Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos, CPC 39 (1989), 723; *el mismo*, La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico, LH Ruiz Antón, 2004, 895; *el mismo*, Legitimación del Derecho penal a través de la doctrina del bien jurídico, en: Díaz/García Amado (eds.), Estudios de filosofía del Derecho penal, 2006, 489; *Prieto Sanchís*, Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico, en: Díaz/García Amado (eds.), Estudios de filosofía del Derecho penal, 2006, 451; *Prittwitz*, Das Strafrecht: Ultima *ratio*, propria *ratio* oder schlicht strafrechtliche Prohibition?, ZStW 129 (2017), 390; *Prodi*, Una historia de la justicia, 2008; *Puente Rodríguez*, La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso, 2021; *Puschke*, Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen, 2017; *Quintano Ripollés*, La acción tercera o cuasi criminal, propia de la llamada responsabilidad civil dimanante de delito, RDPriv 1946, 935; *Quintero Olivares*, La construcción del bien jurídico protegido a partir de la Constitución, en: el mismo (ed.), Derecho penal constitucional, 2015, 83; *Radbruch*, Der Mensch im Recht (1927), en: el mismo, Der Mensch im Recht. Ausgewählte Vorträge und Aufsätze, 2.ª, 1957, 9; *Ramón Ribas*, Medio ambiente y mandatos constitucionales de criminalización, LH Prats Canut, 2008, 303; *Ramsay*, The Insecurity State, 2012; *Rando Casarmeiro*, La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, 2010; *Renzikowski*, Normentheorie als Brücke zwischen Strafrechtsdogmatik und Allgemeiner Rechtslehre, ARSP 87 (2001), 110; *el mismo*, Pflichten und Rechte — Rechtsverhältnis und Zurechnung, GA 2007, 561; *el mismo*, Normen als Handlungsgründe, FS Neumann, 2017, 338; *Reyes Alvarado, ¿Sirve de algo el bien jurídico?*, LH Luzón Peña, 1, 2020, 367; *Ricoeur*, Lo justo, 1995; *Robinson*, Principios distributivos del Derecho penal, 2012; *el mismo*, Democratizing Criminal Law: Feasibility, Utility, and the Challenge of Social Change, Northwestern U. L. R. 111 (2017), 1565; *el mismo*, Criminal Law's Core Principles, Washington U. J. R. 14 (2021), 153; *Robles Morchón*, Crimen y castigo, 2001; *Robles Planas*, La participación en el delito. Fundamento y límites, 2003; *el mismo*, Dogmática de los límites al Derecho penal, en: von Hirsch *et al.* (eds.), Límites al Derecho penal, 2012, 19; *el mismo*, La tiranía de la proporcionalidad, LH Silva Sánchez, 2019, 115; *el mismo*, El relativismo político-criminal como problema, LH Lorenzo Salgado, 2021, 1211; *el mismo*, Materieller Verbrechensbegriff und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, GA 2021, 288; *Rodríguez Ferrández*, La evaluación de las normas penales, 2016; *Rodríguez Horcajo*, Comportamiento humano y pena estatal, 2016; *Rodríguez Montañés*, Delitos de peligro, dolo e imprudencia, 1994; *Röder*, Las doctrinas fundamentales sobre el delito y la pena, 1876; *Roxin*, Selbständigkeit und Abhängigkeit des Srafrechts im Verhältnis zu Politik, Philosophie, Moral und Religion, FS Küper, 2007, 489; *el mismo*, El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa, RECPC 2013, 1; *el mismo*, ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?, en: Hefendehl (ed.), La teoría del bien jurídico, 2016, 433; *Sánchez García de Paz*, El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal, 1999; *la misma*, La criminalización en el ámbito previo, LH Valle Muñiz, 1999, 685; *Sánchez-Ostiz*, Principios y reglas de las decisiones de la política criminal, PyD 56 (2007), 59; *el mismo*, Fundamentos de política criminal, 2012; *el mismo*, Sobre la aspiración a un Derecho penal subsidiario, CPC 111 (2013), 37; *el mismo*, A vueltas con la Parte Especial, 2020; *Sánchez-Vera*, Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal, CPC 71 (2000), 391; *Sanz Morán*, Reflexiones sobre el bien jurídico, LH Vives Antón, II, 2009, 1753; *el mismo*, Sobre la racionalidad de la ley penal: un apunte, LH Díez Ripollés, 2023, 379; *Santana Vega*, La protección penal de los bienes jurídicos colectivos, 2000; *Schü-*

nemann, Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana, 1996; *el mismo*, Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht, en: Kühne/Miyazawa (Hrsg.), Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen, 2000, 15; *el mismo*, Ein neues Bild des Strafrechtssystems?, ZStW 126 (2014), 1; *el mismo*, El principio de protección de bienes jurídicos, en: Hefendehl (ed.), La teoría del bien jurídico, 2016, 191; *Schroeder et al.* (eds.), Delitos de posesión o tenencia, 2016; *Schumann* (Hrsg.), Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, 2010; *Seelmann*, ¿Es el respeto un bien jurídico?, en: el mismo, Estudios, 2013, 39; *el mismo*, Delitos de comportamiento, en: el mismo, Estudios, 2013, 59; *Seher*, Liberalismus und Strafe, 2000; *el mismo*, La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico, en: Hefendehl (ed.), La teoría, 2016, 69; *Sgubbi*, Tutela penale degli interessi diffusi, LQC 3 (1975), 439; *Silva Sánchez*, Eficiencia y Derecho penal, ADPCP 1996, 93; *el mismo*, Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación, PJ 45 (1997), 183; *el mismo*, La expansión del Derecho penal, 1999 (2.ª, 2001; 3.ª, 2011); *el mismo*, *¿ex delicto?* Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal, InDret 3/2001, 1; *el mismo*, Hacia el Derecho penal del Estado de la prevención, en: Silva Sánchez (ed.), Libertades, 2003, 307; *el mismo*, Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión, EPC XXV (2005), 331; *el mismo*, Los indeseados como enemigos, RECPC 2007, 1; *el mismo*, En busca del Derecho penal, 2015; *el mismo*, La voluntad popular como arma arrojadiza, LH Huerta Tocildo, 2020, 141; *el mismo*, El estigma como política pública. El reproche de la pena y las clases de delitos, LH Lorenzo Salgado, 2021, 1375; *el mismo*, ¿Democratización del Derecho penal?, LH Berdugo Gómez de la Torre, II, 2022, 389; *el mismo*, *¿El Derecho penal como una política pública...más?*, LH Díez Ripollés, 2023, 403; *Simester/von Hirsch*, Crimes, Harms, and Wrongs, 2011; *Simmert*, Nulla poena sine lege. Etiam sine lege poena est conscientia, RphZ 3/2016, 283; *Solavagione*, La incorrección moral como presupuesto de legitimidad de la criminalización, EnL 2019, 117; *Soto Navarro*, La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, 2003; *Spaemann*, Personas. Acerca de la distinción entre «algo» y «alguien», 2000; *Stratenwerth*, Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?, ZStW 105 (1993), 679; *el mismo*, Zum Begriff des Rechtsgutes, FS Lenckner, 1998, 377; *el mismo*, La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos, en: Hefendehl (ed.), La teoría, 2007, 369; *Stuckenberg*, Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre, GA 2011, 653; *el mismo*, Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit?, ZStW 129 (2017), 349; *Szczaranski*, Sobre la evolución del bien jurídico penal, PolítCrim 7 (2012), 378; *Tadros*, Wrongs and Crimes, 2016; *Tavares*, Bien jurídico y función en Derecho Penal, 2004; *el mismo*, Teoría del injusto penal, 2.ª, 2010; *Terradillos Basoco*, La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal, RFDUCM 63 (1981), 123; *Tesar*, Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens, 1907; *el mismo*, Der symptomatische Verbrechensbegriff, ZStW 29 (1909), 82; *Thaler/Sunstein*, Nudge: The Final Edition, 2021; *Thorburn*, Criminal Law as Public Law, en: Duff/Green (eds.), Philosophical Foundations of Criminal Law, 2011, 21 (=El Derecho penal como Derecho público, en: Duff/Green (eds). Fundamentos filosóficos del Derecho penal, 2020, 45); *el mismo*, Criminal Punishment and the Right to Rule, U. Toronto L. J. 70 (2020), 45; *Tiedemann et al.* (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, 2016; *Torío López*, Los delitos de peligro hipotético, ADPCP 1981, 825; *Vargas Pinto*, Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante, 2007; *Varona Gómez*, El debate ciudadano sobre la justicia penal y el castigo: razón y emoción en el camino hacia un Derecho Penal democrático, 2016; *el mismo*, Derecho penal democrático y participación ciudadana, InDret 2/2018, 1; *del Vecchio*, Sobre el fundamento de la justicia penal, 1947; *Vílchez Chinchayán*, Aproximación a la intervención penal anticipada, 2018; *Villar*, Suerte penal, 2014; *Viveiros*, Delitos de posesión, 2023; *B. Vogel*, Grenzen eines beweisfunktionalen Strafrechts, 2014; *Walker/Llobet/Cancio* (eds.), Precursor of Crimes of Terrorism, 2022; *T. Walter*, Zur Demokratisierung des Strafrechts, FS Merkel, I, 2020, 545; *Walzer*, Las esferas de la justicia, 1993; *Weißer*, Expertokratie? — Über Macht und Ohnmacht von Experten im Hinblick auf die Strafrechtsentwicklung, ZStW 129 (2017), 961; *Wellman*, Rights Forfeiture

and Punishment, 2017; *Welzel*, Über den substantiellen Begriff des Strafrechts, FS Kohlrausch, 1944, 101; *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, 2017; *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 2000; *el mismo*, Verhaltensdelikte: Standard-, Ausnahme- oder Unfall der Strafrechtsdogmatik?, FS Amelung, 2009, 129; *el mismo*, Klaus Ferdinand Gärditz, Staat und Strafrechtspflege, GA 2017, 618; *el mismo*, Chapter 12. Criminal Law as a Regulatory Tool, en: Dyson/Vogel (eds.), The Limits of Criminal Law, 2018, 235; *el mismo*, Die Vergeltungsstrafe, GA 2019, 425; *E.A. Wolff*, Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen, en: Hassemer (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 1987, 137; *Yacobucci*, El sentido de los principios penales, 2014; *el mismo*, (In)exigibilidad y pena, 2021; *Zabel*, Zur Idee eines republikanischen Strafrechts, in: Zeitschrift für Rechtsphilosophie 2017, 127; *el mismo*, Welche Freiheit schützt das Strafrecht?, ZStW 133 (2021), 358; *Zaczyk*, Demokratieprinzip und Strafbegründung, Der Staat 50 (2011), 295; *Zaffaroni*, En busca de las penas perdidas, 1989; *Zambrano/Saunders* (eds.), Unborn Human Life and Fundamental Rights, 2019; *Zedner/Ashworth*, The Rise and Restraint of the Preventive State, ARCrim 2 (2019), 429; *Zieschang*, Die Gefährdungsdelikte, 1988; *Zorroza*, Todo ánimo desordenado es castigo para sí mismo, en: Cruz Cruz (ed.), Delito y pena en el Siglo de Oro, 2010, 139.

I. LA INSTITUCIÓN DEL CASTIGO

1. EL CASTIGO PERSONAL Y COMUNITARIO

1.1. Las dimensiones intrapersonal e interpersonal del castigo

1 La vida moral de cualquier persona lleva consigo una experiencia interna del fenómeno del castigo. Ciertamente, todo agente moral dispone de un baremo normativo con arreglo al cual evalúa cada uno de sus actos. Ahora bien, para efectuar esta evaluación, el sujeto tiene que realizar un examen de su conducta ante el tribunal de su propia conciencia rectamente formada.[1] Entonces, si se halla a sí mismo culpable de haber obrado mal, experimenta de modo inmediato un autocastigo. Este no debe ser confundido con el desorden interno que todo acto malo genera en quien lo comete. En efecto, tal falta de orden interno es la que, a su vez, produce en el agente una mayor dificultad para obrar bien y una mayor facilidad para obrar mal —esto es, reincidir—.[2] En cambio, el autocastigo consiste en el cargo de conciencia que sufre el autor del acto malo, una vez que lo identifica como tal desde una perspectiva moral-normativa. En otras palabras, es el que hace que el agente experimente un dolor, constituido por el sentimiento de culpa, la contrición y el remordimiento.[3] Pues bien, esta forma elemental del castigo a uno mismo se diferencia radicalmente de toda clase de hetero-castigo. En efecto, se orienta directamente al arrepentimiento con propósito de enmienda —de intentar obrar mejor en el futuro—, así como a la reparación del mal producido. En esta medida, el autocastigo cumple una función expiatoria, es decir, purificadora

[1] *Yacobucci* (2021), 2.

[2] Esto se refleja en la frase de Agustín de Hipona de que «todo espíritu desordenado constituye una pena para sí mismo» (*«omnis inordinatus animus sibi ipsi est poena»*): *Zorroza* (2010), 150.

[3] *Simmert*, RphZ 3/2016, 304: *«la conciencia es la pena de la ley natural» («conscientia est poena legis naturalis»)*; *Silva Sánchez* (2018), 129 ss.

o penitencial. En él se expresa con claridad la etimología del término castigo, que es *castus agere* —hacer casto, ajustar a las reglas—.

En su dimensión interpersonal el castigo puede tener dos configuraciones básicas. Por un lado, cabe asociarlo a la retribución —pago merecido— de la conducta de quien obra de modo injusto. Desde esta perspectiva moral, el castigo se contempla como una exigencia absoluta —metafísica— de justicia. Sin embargo, la afirmación de que se castiga porque es justo, además de querer decir lo anterior, también puede significar que se castiga porque la comunidad política piensa que es justo hacerlo. En este segundo caso, resulta dudoso si se está castigando todavía por razones de justicia o, más bien, para producir determinados efectos de psicología social. Ciertamente, un aspecto central del castigo como fenómeno interpersonal es la socialización de las emociones punitivas de los miembros de una comunidad.[4] Así, constituye un medio de neutralización de las reacciones emocionales que surgen en un grupo cuando alguno de sus integrantes realiza una conducta que se considera injusta. Estas emociones pueden ser de resentimiento o de indignación, en función de si quien las siente es la víctima u otra persona que, en cierto modo, hace suyo el padecimiento de aquella. 2

1.2. Las concepciones retributiva y funcional del castigo

La aceptación de esto último todavía no impide concebir el castigo como satisfacción del ansia de justicia que tienen todos los hombres. Ahora bien, asimismo conduce a advertir la posibilidad de proceder a otra reconstrucción del fundamento del castigo interpersonal. Esta es la propia de la concepción funcional, que lo vincula a la obtención de fines de provecho para el grupo social y que posee diversas configuraciones concretas. En efecto, a propósito de la distinción entre las fundamentaciones morales y funcionales del castigo, es relevante la diferenciación antropológica de las culturas de la culpa y las culturas de la vergüenza. Unas y otras, que pueden entremezclarse en una sociedad dada,[5] constituyen tipos ideales claramente distintos. Así, las primeras se basan en la conciencia individual del sujeto que llevó cabo el hecho y dan lugar a la retribución de su culpabilidad (en latín: de su *culpa*). A este respecto, en el lenguaje común todavía se sigue diciendo: «tú tienes la culpa». En cambio, las segundas son colectivistas. En efecto, la vergüenza es el miedo a la pérdida de reputación social.[6] Así, estas últimas culturas parten de la constatación de que un individuo ha defraudado expectativas sociales —la conciencia colectiva— y, advirtiendo en ello un deshonor («¿no te da vergüenza?»), proceden al avergonzamiento del sujeto activo —o de un representante suyo— mediante un castigo funcional. 3

---

[4] *Fauconnet* (1928), 247 ss.; *Robles Morchón* (2001), 89-91; *Gómez Martín* (2023).

[5] *Lotter* (2012), 69 ss., 89 ss., 93; *Krimphove*, Rechtstheorie 43 (2012), 100; *Silva Sánchez* (2018), 129 ss.

[6] *Aristóteles*, Ética, 1128b.

4 La concepción funcional fue la predominante en la evolución del castigo comunitario desde la antigüedad. En efecto, aunque el fenómeno social del castigo muestra un perfil complejo, lo cierto es que en el pasado fue frecuente la punición no solo de personas, sino también de colectividades humanas, de animales y de cosas. Pues bien, ello pone de relieve que era entendido como una causación de dolor socialmente necesaria, al margen de la constatación de una culpa individual. Es verdad que, en algunas ocasiones, y pese a la fundamentación de la sanción con base en razones de utilidad común, al sujeto castigado se le calificaba de responsable. Sin embargo, en otras el castigo aparecía claramente como el sacrificio de un inocente, que se consideraba representante de la comunidad.[7]

5 De hecho, la psicología social y la sociología del castigo han mostrado que la selección de la persona, animal o cosa castigada —el *pharmakós* griego o el «chivo expiatorio»— dependió muchas veces de meras consideraciones funcionales. En concreto, las de frenar la cadena de la venganza o mantener la cohesión social. Entre otras, las obras de Durkheim (1858-1917) y Fauconnet (1874-1938) reflejan estos fenómenos desde la perspectiva sociológica.[8] Por tanto, está claro que la decisión de un grupo social de castigar a uno de sus miembros —o a un extraño— no siempre requirió un juicio moral intrínseco sobre la conducta de este. En concreto, no hizo necesaria su previa declaración como moralmente culpable del mal social producido, sino que operó con frecuencia de modo extrínseco.[9]

6 En oposición a esta tradición, es clara la influencia del Derecho canónico en la fundamentación preferentemente moral-retributiva del castigo interpersonal. Así, fue en Europa occidental a partir del siglo XII donde se desarrolló la concepción de la pena pública como expresión de un reproche intrínseco. Ciertamente, esta visión retributiva tiene raíces en la filosofía antigua —como también las tiene la concepción funcional—. Sin embargo, la construcción jurídica del castigo retributivo con base en la idea de culpabilidad (*culpa*) trae causa, en primer lugar, de la subjetivización del Derecho penal romano en virtud de la influencia de la filosofía de Aristóteles. A partir de ahí, es un producto de las aportaciones de los posglosadores, de los canonistas y de la filosofía tomista, que culminan en la elaboración de la Escolástica española del siglo XVI.[10] Con todo, es cierto que a lo largo de esos siglos se mantuvieron simultáneamente tres conceptos del castigo. Por un lado, el castigo que repara (*poena satisfactoria*), que en realidad constituía una sanción civil. Por otro, el castigo para la curación (*poena medicinalis*), asociado a consideraciones de utilidad pública. En fin, el castigo en sentido estricto —punitivo—, claramente vinculado al reproche. Desde luego, cabe discutir la medida en que la segunda

---

[7] *Jakobs* (2020 b), 5.

[8] *Robles Morchón* (2001), 79 ss.; *Gómez Martín* (2023).

[9] Un ejemplo debatido es el del ostracismo en la antigua Grecia: *Walzer* (1993), 280-281.

[10] *Kuttner* (1935), 3 ss.; *Maihold* (2005), 286 ss.; *el mismo* (2011), 128.

y la tercera acepción se separaron o, por el contrario, se mantuvieron unidas en el marco de una teoría mixta.

2. EL CASTIGO PRIVADO Y PÚBLICO

7 En la Antigüedad, y hasta muy avanzada la Edad Media, el castigo interpersonal había adoptado una forma descentralizada. Esto se manifestó en la institución de la venganza privada. En efecto, esta era el cauce por el que se canalizaba la emoción reactiva de «restablecimiento del yo»,[11] que es generada con frecuencia por el padecimiento de cualquier clase de agresión injusta. Así, la *retaliatio*, como variante institucionalizada y limitada de ejercicio de la venganza, constituyó una forma de castigo especialmente relevante durante la antigüedad clásica. Incluso es fácil advertir que persistió con intensidad en el mundo germánico y en la España medieval. En su construcción más común, la venganza no se ejercitaba precisamente sobre quien cometió la ofensa, sino que recaía sobre cualquier persona que integrara el grupo social —familia, tribu o clan— del que procedió el agravio. Además, podía desbordar la relación de proporcionalidad con la ofensa recibida. Así, no era extraño matar para vengar lesiones. Por eso, en esta materia, el establecimiento del derecho del talión —*ius talionis*: ojo por ojo, diente por diente—, ya en el Antiguo Testamento,[12] constituyó una significativa morigeración de la institución. Sin embargo, hay que hacer hincapié en el hecho de que la justicia interpersonal tampoco adoptó necesariamente la forma de la venganza privada. En efecto, simultáneamente acogió también la modalidad del perdón del autor por parte de la víctima, normalmente condicionado a una composición económica.[13]

8 En cualquier caso, el castigo estatal no expresó simplemente una institucionalización público-formal de la venganza privada. Ciertamente, contribuyó a la progresiva canalización de esta hacia una instancia más neutral, como es el Estado. Sin embargo, tuvo previamente otra dimensión. En concreto, fue utilizado de forma masiva como mecanismo de autoprotección del Estado, de su administración pública y de sus finanzas.[14] En efecto, la preexistencia del crimen de lesa majestad ya ponía de relieve la vinculación de un núcleo de Derecho penal público a la sanción de la deslealtad al soberano legítimo. Así, la estatalización del castigo condujo a la integración de la punición en el plano de las funciones de gobierno y, con ello, en las que hoy se denominan políticas públicas. En definitiva, el Derecho penal no solo abarcó la protección de los bienes intrínsecos —vida, integridad, honor— y extrínsecos —propiedad, seguridad— de personas concretas, sino también las condiciones de funcionamiento de cada comunidad política y de su gestión. Esto es,

---

[11] *Lampe* (2003), 220.

[12] Éxodo 21, 23-25.

[13] *Silva Sánchez* (2018), 137 ss.

[14] *Farmer* (2016), 42-43.

el mantenimiento de un determinado orden jurídico-público. La cuestión es cómo ha sido posible integrar en el Derecho penal moderno dos elementos de tan diversa procedencia.

3. LAS PERSPECTIVAS SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL CASTIGO ESTATAL

3.1. Introducción

9 El debate moderno acerca del castigo público tiene por objeto determinar cuál puede ser el criterio de legitimación de este, como institución jurídica estatal. En efecto, es común considerar que no basta con que el castigo esté regulado, directa e indirectamente, en las constituciones y en las leyes de los Estados, así como en algunos tratados internacionales. Por el contrario, debe hallarse una legitimación material, que fundamente su racionalidad. Ahora bien, las perspectivas de posible legitimación son diversas. Por un lado, cabe buscarla en la racionalización pública de la dimensión moral —de *praxis* humana— inherente al castigo interpersonal. En segundo lugar, es posible intentar ubicarla en la racionalización de la dimensión funcional —de tecnología social o *poiesis*— propia de la punición comunitaria. En fin, en tercer lugar, la legitimación puede construirse con base en una concepción instrumental-regulatoria. Esta sostiene que, mediante el castigo, se pretende obtener los fines propios de una política pública de prevención de delitos futuros. En efecto, las tres perspectivas mencionadas, que de modo no infrecuente se combinan, han constituido los polos fundamentales de la discusión de los últimos dos siglos.

10 Con todo, pese a la existencia de ese debate doctrinal, la realidad del castigo estatal —tanto en su lenguaje como en la configuración de sus instituciones— no ha abandonado nunca los rasgos de una justicia moral-retributiva.[15] Ciertamente, ello se explica, en su origen, por el papel decisivo del Derecho canónico en la consolidación del carácter público del castigo. Sin embargo, resulta sorprendente la permanencia de un elemento supuestamente tan ajeno a los procesos de secularización derivados de la Ilustración.[16] En efecto, la realización de un hecho constitutivo de delito tiene todavía hoy una grave connotación negativa en el plano ético-social. Así, al sujeto que lo comete de forma imputable se le desacredita públicamente. Esto se advierte en que las expresiones «criminal», «delito», «culpabilidad», «condena» y «pena» tienen el contenido semántico de mayor estigmatización personal que conoce el lenguaje jurídico y extrajurídico. Pues bien, esto no debe olvidarse cuando se plantean los términos del debate sobre la «excepcionalidad» del Derecho penal, es decir, su identificación o no con el resto de las acciones políticas del Estado. Desde luego, los símbolos que rodean a la jurisdicción penal del siglo

[15] *Kunz*, FS Kaiser, I, 1998, 859 ss.

[16] Lo que algunos denominan el «fósil» de la justicia: *Gärditz* (2015), 12.

XXI no expresan la mera gestión aséptica de una política pública, sino que dibujan una institución con un perfil muy distinto.

3.2. Los criterios rectores

Como se ha indicado, toda intervención estatal restrictiva de derechos 11
individuales necesita ser legitimada. Por tanto, la pena pública, en tanto que injerencia en la esfera de bienes de una persona —que, a su vez, están jurídico-penalmente protegidos—, requiere una justificación. Pues bien, es común afirmar que esta se produce en dos planos. En primer lugar, por la legitimidad de origen de la decisión de restringir tales derechos, es decir, por la autoridad. En la actualidad, esta se obtiene del procedimiento legislativo, cuya base esencial es el principio democrático-representativo. En segundo lugar, se alude a una legitimación por el concreto contenido de la decisión restrictiva, es decir, por su conformidad con las exigencias del principio constitucional de proporcionalidad. A su vez, este se entiende en su sentido amplio de prohibición de exceso, que comprende la necesidad, la adecuación y la proporcionalidad en sentido estricto de la injerencia estatal.

Sin embargo, en todo caso resulta preciso explicitar qué significa la propor- 12
cionalidad en sentido estricto cuando se trata de aplicarla al castigo público (*cfr. infra* capítulo 5/12).[17] En efecto, una posibilidad es entenderla como la expresión del saldo global de costes y beneficios sociales de una actividad. Según esto, el castigo estatal es proporcionado cuando sus beneficios para la sociedad superan los costes evidentes —humanos y económicos— que genera. En cambio, la otra opción es atribuir a la proporcionalidad la cualidad de expresar una correcta relación intrínseca entre lo que ha realizado el agente y la reacción punitiva que se dirige contra él. En este último caso, lo común es hablar de culpabilidad por el hecho materialmente antijurídico.

3.3. Los cuatro niveles de legitimación

Sentado esto, debe afirmarse que existen cuatro niveles distintos de legi- 13
timación del castigo estatal, que deben ser analizados por separado estableciendo un sistema de filtros sucesivos. Así pues, únicamente la superación de los cuatro permite disponer de una legitimación completa de aquel. Por un lado, es preciso proceder a la legitimación de las normas penales de conducta. Esta, a su vez, se subdivide en: (i) la del establecimiento general de normas de conducta dirigidas a los ciudadanos; y (ii) la de la tipificación como delitos de algunas conductas que, si no están justificadas, infringen tales normas de modo cualificado.[18] Por otro lado, es necesario legitimar la aplicación de las normas de sanción. Esta se subdivide en (iii) la legitimación del juicio de

[17] Crítica, *Noltenius* (2015), 93 ss.

[18] *Lagodny* (1996), 95; *Kaspar* (2014).

reproche —en sentido amplio o estricto— dirigido a un sujeto concreto por la comisión de un delito;[19] y (iv) la legitimación de la infliccción de daño a aquel, esto es, del recurso a la coacción directa contra él.[20]

14 Las llamadas «teorías de la pena» no suelen dar respuesta a la primera cuestión.[21] En efecto, la legitimación de las normas estatales de conducta tiene que valer de modo general para toda clase de prohibiciones y mandatos del Estado. Por tanto, no permite establecer todavía una distinción entre prohibiciones administrativas y penales. Además, es común afirmar que las teorías de la pena tampoco pueden resolver el problema de la legitimación de la tipificación penal. Es decir, la cuestión de qué conductas infractoras de normas pueden ser caracterizadas como realizaciones de tipos de delito. Desde luego, las denominadas doctrinas de la prevención no ofrecen un criterio sobre qué conductas se deben prevenir precisamente mediante pena. Para ellas esta es una cuestión relativa a los «límites» de la prevención. En cambio, las doctrinas denominadas de la retribución, que pretenden fundar la pena con base en el merecimiento del sujeto, sí deberían aportar una teoría de las conductas merecedoras en abstracto de pena y, por tanto, susceptibles de ser tipificadas como delito. Sin embargo, como se comprobará, en la discusión doctrinal abundan teorías retributivas de contenido formal-estructural, es decir, nominalistas o lingüísticas. En efecto, estas hacen abstracción de qué se debe criminalizar y con qué pena —lo que es calificado de contingente— y se centran exclusivamente en la dinámica de comunicación/contracomunicación, que consideran que es lo propio de la retribución.

15 Atendiendo a todo ello, aquí se procede del siguiente modo. En este capítulo 2 —en el marco de las «teorías de la criminalización»— se examina la cuestión de la legitimación del establecimiento de normas de conducta y de la tipificación de su infracción. En cambio, en el capítulo 3 se exponen las «teorías de la pena». En efecto, estas pueden y deben contribuir a fundamentar la legitimación de las normas de sanción, que obligan en su caso a la imposición de las penas. Además, ello debe valer tanto si se entiende que la aplicación de tales normas pasa por la emisión de un juicio de reproche al agente, como si se pretende rechazar la posibilidad de que el Estado emita un juicio así.

II. EL DERECHO PENAL COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DE BIENES

1. LOS MEDIOS DE PROTECCIÓN PREVENTIVA DE BIENES

1.1. Generalidades

16 Es común la pretensión de legitimar el Derecho penal estatal, en medida por determinar, aludiendo a que cumple una misión de protección de la sociedad.

---

[19] *Lagodny* (1996), 110, 117.

[20] *Lagodny* (1996), 130 ss.

[21] *Peralta*, InDret 2/2008, 18 ss.; *Pawlik* (2012), 255.

Esta perspectiva conduce a ubicarlo en el marco de los medios de prevención de hechos lesivos procedentes de conductas humanas.[22] Sin embargo, un sector doctrinal ha afirmado con razón que, en realidad, el Derecho penal siempre llega tarde.[23] Es decir, que desde luego no logra prevenir la producción del concreto hecho lesivo por el que precisamente se castiga a un sujeto individual. Pues bien, ambas ideas se pueden armonizar si se efectúa la distinción que se expone a continuación. Ciertamente, las únicas que, en todo caso, pueden pretender prevenir hechos lesivos de forma directa son las normas jurídicas de conducta, cuya infracción es el delito. Ahora bien, como luego se verá, estas no constituyen el principal medio preventivo del que dispone una comunidad política. Por su parte, la aplicación de las normas jurídico-penales de sanción lo único que consigue de forma directa es restablecer el equilibrio roto por la comisión del delito. Esto vale de modo claro para el castigo de los delitos *mala in se* nucleares. Por lo demás, sobre todo en los delitos *mala in se* periféricos y en los *mala quia prohibita,* las normas de sanción cumplen un efecto preventivo indirecto mediante el refuerzo de las normas de conducta. Con todo, el efecto preventivo de la amenaza de castigo es difícil de probar. Desde luego, es razonable pensar que la criminalización de una clase de conducta tiene alguna incidencia en la prevención de los hechos concretos que se integran en esa clase. Ahora bien, no es tan evidente afirmar que la medida de pena y los incrementos relativos de esta tengan ese mismo efecto.

1.2. Los medios fácticos y los comunicativos

Dentro de los medios de prevención es común distinguir entre medios fácticos —o técnicos— y comunicativos. Así, los primeros pretenden prevenir hechos lesivos mediante el recurso a mecanismos causales, eliminando la propia posibilidad física de su comisión o neutralizando los efectos lesivos de lo realizado. En este sentido, tratan a las personas como si fueran animales. En cambio, los segundos operan mediante la apelación a razones y emociones, esto es, incidiendo en el proceso deliberativo de un agente moral. Por ejemplo, son medios técnicos de prevención las alarmas o las cámaras de videovigilancia; igualmente, la actuación administrativa de inspección y control de determinadas actividades; o la llamada castración química —en realidad, administración de fármacos inhibidores de la libido— a sujetos con riesgo de violencia sexual.[24] En las últimas décadas se han integrado en este ámbito nuevas técnicas de calificación compleja,[25] de modo que incluso la provocación

17

[22] Art. I CP peruano.

[23] *Welzel,* AT, 11.ª, 1969, 3.

[24] U otras múltiples formas de «neurointervención», que se han empezado a discutir en los últimos años.

[25] Así, por ejemplo, las denominadas, en inglés, «*nudging*». *Thaler/Sunstein* (2021); *Gerg* (2019); *Kunzendorf* (2022). Asimismo, los trabajos compilados en la revista *Discusiones* 22 (3/2018) sobre «Conductismo y Derecho penal. Usos del nudge en la prevención del delito».

subconsciente de emociones favorables al cumplimiento de las normas debe ser considerada en este mismo marco.

18 Los medios comunicativos operan de modo muy diverso, directo o indirecto. Un ejemplo de comunicación indirecta, que trata de desincentivar la comisión de delitos, se halla en el art. 355 CP español: «En todos los casos previstos en esta sección, los Jueces o Tribunales podrán acordar que la calificación del suelo en las zonas afectadas por un incendio forestal no pueda modificarse en un plazo de hasta treinta años. Igualmente podrán acordar que se limiten o supriman los usos que se vinieran llevando a cabo en las zonas afectadas por el incendio, así como la intervención administrativa de la madera quemada procedente del incendio». Sobre todo, son medios comunicativos de prevención las campañas publicitarias sobre los daños propios o ajenos que se derivan de la realización de conductas arriesgadas. O, por poner otro ejemplo, el anuncio de premios para quien realice conductas meritorias. Con todo, el medio comunicativo de prevención de hechos lesivos por excelencia es la educación moral, que opera sobre el fuero interno. En efecto, esta se mueve entre la generación de hábitos de conducta buena mediante la repetición de actos y la formación de la conciencia. De este modo, va conformando una «segunda naturaleza», en la que se enmarca la práctica de las virtudes.[26]

19 Como es fácil advertir, en las sociedades actuales se da una combinación de mecanismos fácticos y comunicativos de prevención. Así, en particular, son medios comunicativos de prevención las normas sociales o jurídicas de conducta, las cuales aparecen asociadas a mecanismos coactivos-fácticos (las sanciones). Pues bien, desde luego cabe discutir cuál es la medida óptima de la combinación de lo comunicativo y lo coactivo. Sin embargo, en todo caso, un modelo unilateral que prescindiera de uno de los referidos grupos de mecanismos no resultaría satisfactorio. Ciertamente, frente a los mecanismos fácticos, los comunicativos muestran la obvia ventaja de que maximizan la libertad.[27] Ahora bien, no existen modelos comunicativos puros, porque el ser humano tampoco es un agente racional-moral etéreo.

1.3. Las normas sociales

20 La prevención comunicativa tiene lugar, como se ha indicado, mediante la apelación a la razón —moral e instrumental— y a las emociones de las personas. De este modo, pretende disuadirlas de la realización de conductas negativas o convencerlas de llevar a cabo conductas positivas. Por una parte, este intento de persuasión se manifiesta en la información acerca de las razones por las que dichas conductas se mandan o se prohíben. Ahora bien, también tiene lugar, por otra parte, mediante el anuncio de las consecuencias negativas que recaerán sobre el sujeto si este decide llevar a cabo tales conductas lesi-

[26] *Honneth* (2011), 213 ss., 224-225.

[27] Así, *Hart*, Proceedings of the Aristotelian Society 60 (1959-60),1 ss.

vas; o de las consecuencias favorables que incidirán sobre él si realiza alguna de las conductas positivas. El ejemplo del proceso educativo familiar puede ser gráfico. Así, al niño que juega con un jarrón, sus padres le dicen: «ten cuidado de que no se te caiga ese jarrón, porque es un recuerdo familiar y le tenemos cariño». Pero también: «si se te cae, te puede hacer daño en el pie»; o, asimismo: «si se te cae y se rompe, no vas a ir a la fiesta». Por su parte, la prevención puramente fáctica en este caso consistiría en retirar el jarrón de la mesa accesible al niño y colocarlo en lo alto de una estantería.

La prevención por normas es aquella variante de la prevención comunicativa 21
que, a la exposición de las razones por las que la conducta se entiende lesiva, añade dos elementos adicionales: le indica al sujeto que su deber es no realizarla y le ordena no llevarla a cabo. En efecto, las normas pueden no anunciar consecuencia negativa alguna para el caso de su infracción. Sin embargo, lo usual es que se inserten en un complejo que sí las anuncia, en cuyo caso siempre se trata de consecuencias reactivas negativas. Esto es, de males procedentes, directa o indirectamente, de los afectados por la conducta lesiva. Por su parte, las disposiciones que tratan de promover conductas positivas mediante el anuncio de incentivos o premios no son normas categóricas, sino hipotéticas, para los sujetos de quienes se pretende que realicen tales conductas. En este último ámbito, la norma categórica se dirige a quienes deberán conceder el premio en el caso de que se realice la referida conducta meritoria.

2. LAS NORMAS JURÍDICAS

2.1. La comunicación jurídica

Como se ha indicado, las normas jurídicas de conducta pretenden pre- 22
venir a través de la comunicación. Así pues, también aquí tiene lugar una indicación —implícita— de las razones por las que procede que la conducta del destinatario se adecue a aquellas. Estas son, por un lado, razones deontológicas vinculadas al contenido en sí de la norma y, también, al hecho de que se trate de una norma jurídica, esto es, rodeada de un consenso cualificado y formalizado. Por otro lado, se trata de razones consecuencialistas, relativas a los efectos que se derivarían para la sociedad de la realización de la conducta contraria a la norma. Pero, como en el caso de las normas sociales, también se produce aquí el anuncio de las consecuencias sancionatorias que se seguirán para el destinatario de las normas en caso de desobediencia.

En efecto, el Derecho recurre también a la coacción —de entrada, en forma 23
de amenaza de sanción—. Esta no solo produce una forma de razonamiento prudencial-instrumental, sino que también incide sobre las emociones, infundiendo miedo a su destinatario. Sin embargo, esta apelación directa a la razón moral, la razón instrumental y al miedo del agente tampoco agota el contenido de la comunicación jurídica. Por el contrario, esta tiene asimismo una dimensión educativa a medio y largo plazo, contribuyendo a la formación

de emociones, hábitos y representaciones prolongadas.[28] En este extremo, el Derecho se mueve en el mismo plano de las instituciones primarias —la familia, las comunidades religiosas, las asociaciones, etc.—. De nuevo, esto pone de relieve hasta qué punto la tesis de la neutralidad del Derecho es insostenible en términos descriptivos.

2.2. El Derecho civil de daños

24 En el Derecho civil se conocen dos sistemas de reacción frente a la producción de un daño. Por un lado, el que prevé la obligación de compensar el daño causado. Por otro, el que, además, establece la obligación de efectuar una prestación dineraria adicional al sujeto dañado. Este segundo sistema —de indemnizaciones punitivas—[29] rige, por ejemplo, en el Derecho norteamericano de daños. A nuestra tradición le corresponde el modelo compensatorio, lo que abre la cuestión de si cabe atribuirle efectos de prevención de conductas lesivas de terceros. Ello resulta discutido en la doctrina civilista. Ahora bien, el debate alcanza en particular a si la reparación del daño producido por un delito, esto es, la llamada «responsabilidad civil derivada de delito» tiene efectos preventivos.[30]

25 De hecho, existe una posición que considera que el sistema compensatorio cumple funciones de reparación y carece de efecto preventivo alguno.[31] Sin embargo, la cuestión es cómo debe entenderse la noción de «efecto preventivo». Si esta se entiende en términos de posible influencia *ex ante*, parece difícil negar que incluso un sistema compensatorio —esto es, no punitivo— de la responsabilidad civil tenga algún efecto de prevención.[32] En todo caso, esto significa que la compensación puede considerarse, para algunos ámbitos, como una alternativa razonable a determinados instrumentos jurídico-penales. En concreto, una declaración penal de culpabilidad a la que se sume la reparación civil del daño puede constituir un equivalente funcional de la efectiva ejecución del castigo.[33]

2.3. El Derecho administrativo de fomento

26 Cuando se piensa en las funciones preventivas del Derecho administrativo, lo común es pensar de modo inmediato en el Derecho administrativo sancionador. Sin embargo, ello es incompleto, pues hay que tener en cuenta las

---

[28] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, I-II, c. 95, a. 1.

[29] En inglés, «*punitive damages*».

[30] A favor, *Hortal Ibarra*, InDret 4/2014, 1 ss. En esa línea, desde otra perspectiva, ya *Quintano Ripollés*, RDPriv. 1946, 935 ss., 939.

[31] *Pantaleón Díaz* (2022), 59 ss.

[32] Así, ya *von Liszt* (1889), 27; *Jahn*, Rechtstheorie 1/1996, 70; *Silva Sánchez*, PJ 45 (1997), 183 ss.; como efecto deseable: *Pantaleón Díaz*, 2022, 82.

[33] *Silva Sánchez*, InDret 3/2001, 3, 10.

funciones de prevención que se asocian a la actividad de control de la administración —concesión de licencias o autorizaciones—. Además, al mismo plano pertenece la inspección, aunque esta constituye una función subordinada a otras, tanto de naturaleza fáctica como comunicativa. Así, por ejemplo, puede estar al servicio de la detección de irregularidades que darían lugar a la no renovación de una licencia; o puede orientarse al descubrimiento de infracciones sancionables. Por lo que hace al plano comunicativo, el Derecho administrativo no sancionador desempeña funciones regulatorias a través de la incentivación —fomento— o de la desincentivación de conductas.

En efecto, el Derecho administrativo de fomento se integra en el Derecho 27
promocional o premial. Así, asocia un premio —una subvención u otra clase de incentivo— a la realización de determinadas conductas que se reputan positivas. En cambio, una vía para intentar desincentivar conductas que se consideran negativas es permitirlas de modo condicionado al abono de ciertos tributos. De este modo, si no se logra desincentivarlas, en todo caso el Estado dispondrá de mayores recursos para hacer frente a las consecuencias de aquellas. Esto sucede, por ejemplo, con los denominados tributos verdes —ecotasas— o tributos sobre el pecado[34] —alcohol, tabaco, juegos de azar—. Ahora bien, este modelo, aunque es apto para evitar la proliferación de determinadas actividades, muestra limitaciones. En efecto, transmite el mensaje de que se puede causar daño siempre y cuando se pague por ello —así, el principio de que «el que contamina, paga»—. Por lo demás, el Derecho público del Estado dispone de otros muchos mecanismos —directos o indirectos— de coacción desincentivadora no sancionatoria.

2.4. El Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal

El Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal son también 28
mecanismos protectores de naturaleza comunicativa. Sin embargo, muestran una naturaleza distinta, que debe precisarse. En efecto, el Derecho penal contribuye a la prevención de la lesión de bienes mediante la retribución justa de comportamientos personales antijurídicos y culpables. Por tanto, castiga porque es justo hacerlo. Esto significa que la aplicación de las normas de sanción, que de entrada es retributiva, tiene que basarse en la verdad procesal, así como en los principios de culpabilidad y de lesividad interpretados del modo más estricto posible. Con todo, también es cierto que el Derecho penal nunca ha sido plenamente retributivo. Así, siempre ha partido de que cabe la posibilidad de no imponer la pena, aunque ello sea merecido. En efecto, es posible que la retribución punitiva ceda ante fines de equidad, eficiencia u oportunidad perseguidos por el conjunto del sistema jurídico.

Por su parte, el Derecho administrativo sancionador sirve a la prevención, 29
pero no lo hace mediante la retribución justa. En primer lugar, porque, como

[34] En inglés: «*sin taxes*».

parte del Derecho regulatorio, no prohíbe una conducta por su gravedad intrínseca y concreta. Lo hace para disuadir de la realización de una clase de conductas que (i) muestran una probabilidad estadística de redundar en fenómenos lesivos —en otras palabras: que constituyen un peligro abstracto o presunto—; y que (ii) se hallan generalizadas o pueden generalizarse hasta el punto de constituir un macroproblema. En realidad, el Derecho administrativo sancionador ni siquiera tiene a la prevención como única pretensión. Por el contrario, también persigue la eficiencia, ordenada a la mejor gestión —en términos de coste/beneficio— del sector de actividad correspondiente. Este análisis de eficiencia no solo contempla los costes para los administrados, sino también los propios de la Administración pública.

30 Precisamente por cumplir una función de prevención eficiente, no es defendible que el Derecho administrativo sancionador se tenga que basar en el principio de legalidad procesal. En cambio, puede seguir un principio de oportunidad en la persecución, aunque de este modo se prevenga menos. Además, cuando se sanciona a alguien por la comisión de una infracción, ello no tiene lugar porque en el caso concreto se merezca la sanción según criterios de imputación justa, sino simplemente para confirmar la seriedad de la amenaza frente a potenciales infractores. Por eso cabe aquí que la determinación de los hechos se asiente en presunciones. Igualmente, es posible no respetar plenamente, en el plano de la imputación de responsabilidad, el principio de culpabilidad en todos sus términos. Ahora bien, lo cierto es que el Derecho penal también criminaliza conductas sin merecimiento claro de pena. Para advertirlo basta con pensar en su misión clásica de refuerzo punitivo de la autoprotección del Estado y de la administración pública. Pues bien, a lo largo del último medio siglo el Derecho penal ha ido asumiendo, cada vez más, rasgos preventivo-regulatorios, como es fácil observar en el grupo de los delitos *mala quia prohibita*.[35] Ello determina que vaya alterando alguno de sus elementos distintivos, de modo que su clásica pretensión retributiva se debilita. Por eso, el examen de la compleja relación entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador —un tema central en los Estados contemporáneos— requiere la consideración previa de las teorías de la criminalización, del castigo y de las garantías (*cfr. infra* capítulo 5/106).

III. LAS TEORÍAS DE LA CRIMINALIZACIÓN

1. GENERALIDADES

31 Como se ha indicado, un primer nivel de legitimación de la injerencia del Estado en las esferas de libertad de los particulares es el relativo al contenido de las normas de conducta. En este contexto se plantea la cuestión de cómo

[35] Muchos de ellos son denominados, en el ámbito angloamericano, «*regulatory crimes*». En ocasiones, estos se designan con la interesante denominación de «*non stigmatic crimes*», tratando de subrayar que las condenas por *mala in se* sí resultan estigmatizadoras del reo.

legitimar la limitación de libertad inherente a la prohibición o mandato de una clase de conductas —es decir, la norma jurídico-estatal—. Ahora bien, esta observación relativa a lo que «prescribe» el Estado es puramente analítica. En realidad, no existe lo prohibido ni lo mandado en términos generales, sino solo infracciones civiles, administrativas y penales de prohibiciones o mandatos. Esto significa que, por debajo de aquel orden jurídico-abstracto de conductas, cabe reconstruir órdenes concretos civil, administrativo y penal. Por su parte, estos se obtienen mediante inferencia de las descripciones de las infracciones civiles, administrativas y penales contenidas en un determinado ordenamiento legal. Con todo, en nuestra tradición ha sido común afirmar que es necesaria una legitimación del contenido de tales normas generales de conducta por referencia a los criterios del bien jurídico y de la proporcionalidad.[36] En efecto, aquellas normas cumplen una función que, según se considera mayoritariamente, debe orientarse a la protección de algún bien jurídico. Además, su mera existencia restringe el ámbito de la libertad de acción de sus destinatarios. Por lo tanto, el bien protegido debe ser de tal entidad que la limitación de aquella libertad de acción pueda reputarse necesaria, idónea y proporcionada.

32 En la formulación de los tipos de delito se describen las infracciones de las normas que son penalmente relevantes. Sin embargo, la relación entre tipos y normas no es especular. Es decir, los unos no son las formulaciones contradictorias de las otras y viceversa. Por el contrario, el ámbito de lo prohibido es cuantitativamente más amplio que el de las infracciones típicas. Ello sucede, por un lado, porque existen infracciones de normas que no resultan típicas. Por otro lado, porque incluso en el caso de infracciones que pueden llegar a ser típicas, la norma y su infracción se anticipan lógica y cronológicamente a la tipicidad de esta última. En fin, porque las redacciones de los tipos legales pueden contener elementos adicionales a la infracción de una norma de conducta, de modo que la descripción del hecho (típicamente) antinormativo no agota su tenor. Entre otras, la distinción entre tipo de injusto y tipo legal es especialmente relevante en este contexto (*cfr. infra* capítulo 9/56).

2. EL DEBATE ENTRE LAS TEORÍAS DE LA CRIMINALIZACIÓN

2.1. Las doctrinas descriptivas y las normativas

33 Las teorías de la criminalización tienen por objeto la determinación de cuál es el criterio rector de la prohibición bajo pena de determinadas conductas. Pues bien, tales doctrinas pueden ser meramente descriptivas o, además, también normativas. Una teoría descriptiva —o positiva— explica cómo se produce de hecho, en la legislación de un determinado país, la criminalización de conductas. Por ejemplo, esta tiene lugar en España mediante la aprobación de una ley orgánica por el poder legislativo —las Cortes Generales, es decir, el Congreso de los Diputados y el Senado—. Además, es necesario que la ley

[36] *Renzikowski*, ARSP 87 (2001), 122; *Freund/Rostalski*, GA 2020, 619, 627.

orgánica en cuya virtud se tipifica una conducta como delito no sea declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, esto último es poco probable. En efecto, la doctrina constitucional de los países de nuestro ámbito de cultura parte de la existencia de un amplio margen de maniobra para el legislador penal. Así, suele señalar que este es soberano en materia de política criminal, tomando como punto de partida la legitimación democrática de las leyes penales. A partir de ahí, solo en casos límite en los que la incriminación lesione el núcleo de un derecho fundamental puede contarse con la declaración de inconstitucionalidad de una ley.

2.2. Las variantes de las doctrinas normativas

2.2.1. Las doctrinas normativo-formales

34 En cambio, las teorías normativas de la criminalización no solo efectúan descripciones, sino que además se ocupan de las condiciones de legitimación o crítica de una decisión criminalizadora. Estas teorías tienen múltiples variantes, algunas de las cuales son formales-procedimentales o institucionales y otras, en cambio, materiales. Así, las doctrinas normativo-formales —o de la legitimación política— sostienen que, de entrada, es legítimo criminalizar cualquier clase de conducta. Los requisitos para hacerlo son que las instituciones competentes gocen de la suficiente legitimación política, que respeten el procedimiento establecido y que se muevan en los límites establecidos en la Constitución. En la actualidad, estas posiciones suelen recibir el nombre de doctrinas de la criminalización «democrática» o constitucional. Con todo, su planteamiento no es ninguna novedad. En efecto, ya en los siglos XVI y XVII esta posición, bajo el nombre de «voluntarismo», se hallaba consolidada en la disyuntiva de conceptos de delito. Frente a ella, el denominado «intelectualismo» siempre sostuvo un concepto material o supralegal de delito. Ciertamente, en los siglos XVI-XVII el intelectualismo tenía una base teológica, que en los siglos XVII-XVIII fue sustituida por una perspectiva secular. Desde entonces, la doctrina jurídico-penal siempre ha afirmado la necesidad de sostener un concepto supralegal —o material, intelectualista— de delito. De él se espera que permita adoptar una perspectiva crítica frente a las leyes vigentes.

2.2.2. Las doctrinas normativo-materiales

35 En la discusión jurídico-penal han sido tradicionalmente dominantes las doctrinas materiales. Estas tratan de construir las razones sustantivas en virtud de las cuales una conducta puede ser legítimamente prohibida bajo pena. Así pues, si no concurren esas razones, afirman la ilegitimidad de la tipificación del hecho en cuestión. Lo relevante es que una decisión criminalizadora puede ser ilegítima, aunque la voluntad mayoritaria de la comunidad política y del correspondiente cuerpo legislativo sea la de prohibir la conducta bajo pena y tal prohibición no vulnere la Constitución. En definitiva, estas son teorías con-

tramayoritarias, de crítica —deslegitimación— racional de decisiones políticas formalmente legítimas. En ellas se advierte hasta qué punto la doctrina del Derecho penal rechaza —de modo consciente o inconsciente— el postulado del iuspositivismo según el cual el Derecho es un producto artificial-convencional, esto es, el resultado de una práctica social que se concreta en la decisión de una autoridad.

Las teorías normativo-materiales muestran un amplio espectro. Así, las más 36
restrictivas ciñen el círculo de la criminalización legítima a las conductas que lesionan derechos subjetivos. Luego, el siguiente círculo concéntrico pasa por las muy diversas teorías de la lesión del bien jurídico. Un tercer círculo, alternativo al anterior, es trazado por las doctrinas que sostienen la legitimidad de criminalizar conductas que afectan al núcleo de la identidad normativa de la sociedad —o al núcleo del sistema de creencias compartidas—, aunque no lesionen derechos subjetivos ni bienes jurídicos.[37] Ahora bien, pese a las diferencias de método, la doctrina ha mantenido en este punto un amplio consenso, aunque no dejen de existir importantes puntos de desacuerdo.

La tesis central de las doctrinas materiales es que cabe que existan delitos 37
—en sentido material— no contenidos en las leyes penales vigentes en un determinado momento y lugar. Viceversa, es posible que conductas previstas en tales leyes penales no sean materialmente constitutivas de delito. Por su parte, la posición contraria objeta que, al razonar de este modo, la doctrina jurídico-penal asume el método de una filosofía del derecho penal, como filosofía moral y política del ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. Sin embargo, a ello hay que replicar que la objeción acoge como punto de partida una ontología del Derecho que lo identifica con la ley. En cambio, la doctrina tradicional del Derecho penal siempre ha asumido que existe Derecho penal supralegal, igual que existen leyes penales que no constituyen un Derecho penal correcto. Por tanto, una teoría normativa de los contenidos de la legislación penal no es suprajurídica, sino que se sitúa en un plano crítico, todavía propio de la doctrina jurídico-penal. Esta difiere de la crítica filosófica o política en que no se mantiene en el nivel abstracto, sino que introduce propuestas concretas de corrección derivadas de una argumentación jurídico-sistemática.

2.2.3. Los criterios materiales de criminalización

La decisión acerca de la criminalización de una clase de conducta no debe 38
considerar solo el objeto al que esta afecta —por ejemplo, la propiedad ajena—. Por tanto, el carácter jurídico del bien afectado tan solo constituye un primer criterio; es condición necesaria, pero no suficiente, de la incriminación.[38] En segundo lugar, es preciso decidir si se incriminan solo las conductas que lo lesionan o también las que lo ponen en peligro. Un aspecto de esta cuestión

[37] *Pawlik* (2012), 102-103 n. 229.

[38] *Hörnle* (2022), 50 ss.

es que la decisión criminalizadora tiene que pronunciarse sobre si debe castigarse solo la lesión efectiva del bien o también el mero intento de lesionarlo.[39] Asimismo, en tercer lugar, es decisiva la consideración de las modalidades de la conducta —violencia, intimidación, fuerza, engaño, etc.— con las que el objeto es agredido.[40] En cuarto lugar, hay que tener en cuenta las posiciones de deber que ostente el sujeto activo con respecto al objeto de protección. En fin, en quinto lugar, es preciso considerar si se quiere criminalizar solo la actuación dolosa o también la imprudente (*cfr. infra* capítulos 12 y 13).

39 Más aún, una conducta no puede reputarse criminal, aunque sea penalmente típica, cuando su realización está permitida. Por ejemplo, no es criminal la conducta de quien mata, en legítima defensa, al agresor que a su vez le quiere matar. Por tanto, la legitimación de la criminalización de una conducta no puede dejar de lado el alcance de las denominadas causas de justificación de las conductas típicas (*cfr. infra* capítulo 18). Pese a todo ello, lo cierto es que las teorías de la criminalización se han centrado en la cuestión relativa al objeto de protección, dedicando menos o ninguna atención a estos otros aspectos. Esto tiene cierto sentido, en la medida en que la decisión acerca de la tipicidad muestra una singular fuerza. En efecto, de ella depende *ex ante* la calificación de una clase de conductas como delictivas *prima facie. Ex post,* la constatación de su ausencia bloquea el proceso, de modo que no se accede al juicio oral. Ahora bien, esto último es paradójicamente común a las causas de atipicidad y a las que excluyen la perseguibilidad, cuya naturaleza es estrictamente procesal.

2.3. Las doctrinas de la lesión del derecho y del daño

40 Como se ha adelantado, las primeras doctrinas de la criminalización elaboradas en la Europa continental en el tránsito del siglo XVIII al siglo XIX la asociaron a la lesión de derechos subjetivos —vida, propiedad, libertad—.[41] Así, el delito aparecía, ante todo, como la negación del derecho del otro, esto es, como una especie de esclavización.[42] La doctrina de la lesión del derecho subjetivo se manifiesta con claridad en la obra de Feuerbach (1755-1833).[43] Para este, el Derecho del Estado tiene que hacer posible el ejercicio armónico de los derechos individuales, mediante la separación de las esferas de libertad. Entonces, al Derecho penal le corresponde prevenir lesiones de derechos, mientras que al Derecho de policía le compete prevenir las puestas en peligro de estos. Por su parte, la doctrina angloamericana, a partir de las obras de Jeremy Bentham (1748-1832) y de John Stuart Mill (1806-1873), tendió a ver el delito ante

---

[39] *Wohlers* (2000), 21 ss.

[40] *Sánchez-Ostiz* (2020).

[41] *Amelung* (1972), 16 ss.

[42] *K. Günther,* KritJ 2016, 522.

[43] *Amelung* (1972), 28 ss., 34.

todo como la conducta causante de un daño a un interés.[44] Este criterio podía coincidir en muchos casos con el de la lesión de un derecho, pero no en otros.

Desde un punto de vista metodológico, ambos enfoques eran distintos entre 41
sí, como corresponde a su respectivo origen en las variantes deductivista y empirista de la filosofía racionalista del siglo XVII (*cfr. infra* capítulo 7/27). Sin embargo, compartían una visión restrictiva del Derecho penal. Con todo, su punto de vista fue compatible con legislaciones positivas mucho más amplias, que nunca dejaron de proteger penalmente la organización política del Estado y sus instituciones fundamentales. A finales del siglo XIX, el criterio doctrinal del derecho subjetivo fue superado, en virtud del ascenso de la doctrina del bien jurídico. Por su parte, el principio del daño ha prevalecido más tiempo, pero finalmente también ha sido desplazado.[45] En todo caso, el criterio de la lesión del Derecho —en el sentido de orden de derechos subjetivos— constituye la base de un modelo posible acerca del objeto del Derecho penal. Este, aunque carece de capacidad explicativa del orden vigente, muestra una singular capacidad crítica frente a la administrativización que ha experimentado la legislación penal a partir del último tercio del siglo XX.

2.4. Las doctrinas del bien jurídico

2.4.1. La transición del derecho subjetivo al bien jurídico

Hacia finales del siglo XIX la tradición germánica abandonó la noción de 42
derecho subjetivo, como criterio rector de la criminalización, a favor de la doctrina del bien jurídico. El cambio se debió sobre todo a la influencia de la obra de Binding (1841-1920), que tomó de Birnbaum (1792-1877) el término, más bien suprapositivo, de «bien jurídico»[46] y concretó aquella doctrina en términos positivistas.[47] En efecto, de modo correspondiente a la evolución del liberalismo a lo largo del siglo XIX, la noción de bien jurídico construida por Binding no pretendía desempeñar ninguna función crítica, sino que remitía la decisión criminalizadora al criterio del legislador. Así, tal noción se identificaba con la *ratio legis*[48] —es decir, con el fundamento del precepto legal incriminatorio— y desempeñaba sobre todo funciones dogmáticas, clasificatorias e interpretativas.

En este contexto, a finales del siglo XIX tuvo lugar un famoso debate entre 43
Binding y von Liszt (1851-1919) en torno al concepto de bien jurídico.[49] Esta

---

[44] En virtud del llamado «*harm principle*»: *J. S. Mill,* On Liberty, 1859.

[45] *Harcourt,* JCLCrim 90 (1999), 109 ss.; *de Maglie,* LH Moccia, 2017, 443 ss.

[46] *Amelung* (1972), 45-46. En el original alemán, «*Rechtsgut*» = bien para el Derecho, bien del Derecho.

[47] *Pérez del Valle,* LH Mir Puig, 2017, 374 ss.

[48] *Binding* (1885), 169 ss.; *el mismo* (1922), 353 ss., 358: algo que el legislador estima digno de protección, en tanto que dotado de valor para la comunidad jurídica como condición de su vida sana.

[49] *Amelung* (1972), 94-95.

discusión puso de relieve la disyuntiva existente entre una noción jurídico-normativista y otra empirista de aquel concepto, esta última asociada a la idea utilitarista del interés. Sin embargo, ni uno ni otro pretendieron cuestionar la legitimidad de la decisión legislativa de incriminar una conducta.[50] En realidad, la disputa entre ambos autores —en la que latía la diferencia entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material— la acabó venciendo von Liszt. Sin embargo, el concepto empírico de interés que este propugnaba fue objeto de una abstracción idealista por parte de la escuela jurídico-penal neokantiana y dio lugar a una concepción del bien jurídico como «realidad valorada por el Derecho».[51]

44 Así entendido, el concepto, como denominación generalizada del objeto de protección del Derecho penal, se adaptó bien a los cambios ideológicos que, sobre este punto, se produjeron en la primera mitad del siglo XX en Alemania. En cambio, solo adquirió una dimensión normativo-crítica, que no le era inherente, de forma relativamente tardía. Ello tuvo lugar, en concreto, al suscitarse los procesos de despenalización de conductas inmorales en relación con la sexualidad que tuvieron lugar en Europa entre los años cincuenta y ochenta del siglo XX.[52] En ese contexto, la noción de lesión —o puesta en peligro— de un bien jurídico actuó ciertamente como criterio de separación de los objetos de protección del Derecho y de la moral.[53] Sin embargo, en el último medio siglo las circunstancias han cambiado, como es posible advertir en los procesos de criminalización suscitados de modo constante en todos los países.

45 El criterio de la lesión del bien jurídico es, tras el de la lesión del derecho subjetivo, un segundo modelo posible en cuanto al objeto del Derecho penal. Su diferencia con el anterior radica en que pierde capacidad crítica, pero aumenta algo en capacidad explicativa de la legislación vigente. Sin embargo, ni siquiera alcanza a explicarlo todo. En efecto, incluso con un concepto laxo de bien jurídico, no es posible explicar todas las conductas delictivas sobre cuya punición existe consenso como lesiones de bienes jurídicos —por ejemplo, la tentativa inidónea o los delitos de peligro abstracto—. Por lo demás, existen demasiadas variantes de las doctrinas del bien jurídico como para que pueda hablarse de que estas constituyen un único modelo.

2.4.2. Las variantes de la doctrina del bien jurídico

2.4.2.1. La tesis del anclaje constitucional

46 Los defensores de la teoría del bien jurídico han pretendido sostenerla como una teoría normativa con vocación limitadora, al igual que lo fueron en su

[50] *Pawlik* (2012), 34.

[51] *Amelung* (1972), 125 ss.

[52] *Amelung* (1972), 273 ss.

[53] *Gimbernat Ordeig* (2016), 23 ss.

día las del derecho subjetivo o el daño.[54] Sin embargo, como se ha apuntado, es dudoso que pueda cumplir esa misión de modo acabado.[55] En todo caso, para tratar de afrontar esa misión crítica se han construido diversas variantes del modelo a lo largo de las últimas décadas. Así, por ejemplo, la del bien jurídico de anclaje constitucional, la teoría social-funcional del bien jurídico o la doctrina personal del bien jurídico. De entrada, la propuesta de orientación de la doctrina del bien jurídico a la Constitución vigente en cada país —con los matices derivados de sus variantes—[56] muestra obvias ventajas. Estas derivan de su vinculación con el núcleo del programa político de la respectiva comunidad estatal, en el que se expresa un consenso intertemporal. Así, cabía esperar que permitiera identificar determinados bienes como especialmente valiosos y, por ello, merecedores de protección penal. Sin embargo, la Constitución constituye solo un marco. Incluso cuando reconoce una realidad como merecedora de protección, no establece un deber de protegerla con medios jurídico-penales.[57] Viceversa, no puede excluirse la posibilidad de protección penal de bienes que no tienen un reconocimiento explícito en la Constitución.

La orientación de la teoría de la criminalización a la Constitución ha adquirido un tono algo distinto en el siglo XXI. En efecto, se ha propuesto no solo como una determinación del objeto de protección jurídico-penal, sino también, sobre todo, como una teoría general de los límites constitucionales al margen de apreciación que, de entrada, se atribuye al legislador en su política criminal. Así, para la construcción del denominado Derecho constitucional penal[58] se han tomado como base la doctrina de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad.[59] Sin embargo, es difícil que esta orientación, razonable en su planteamiento, proporcione resultados precisos. En realidad, las perspectivas del Derecho constitucional y del Derecho penal son distintas. En efecto, lo relevante para aquel es la determinación de si el legislador penal se mueve todavía en el ámbito de lo constitucionalmente posible. En cambio, el Derecho penal se centra en si el legislador ha adoptado la mejor solución posible dentro del marco de la Constitución.[60] Así, la posible contribución del Derecho constitucional a esto último es, como cabe advertir a primera vista, muy limitada. Con todo, esta cuestión conforma uno de los ámbitos centrales del debate actual de la doctrina.[61]

47

---

[54] *Schünemann* (2016), 191 ss.

[55] *Hörnle* (2004), 17 ss.

[56] *Amelung* (1972), 308 ss. La más relevante es la tradición italiana: *Bricola* (1973), 7 ss. 15 ss.; *Marinucci/Dolcini*, RIDPP 1994, 333 ss.; *Manes* (2005), 41 ss.; *Donini*, DPC-RT 2/2012, 51 ss. En España, una línea doctrinal: *González Rus* (1980), 25 ss.; *Álvarez García*, CPC 43 (1991), 5 ss.; *Carbonell Mateu* (1995); *Quintero Olivares* (2015), 83 ss.

[57] *Amelung* (1991), 278-279; *Kaspar* (2014), 215 ss.

[58] *Tiedemann et al.* (2016), 27 ss.

[59] *Prieto Sanchís* (2006), 465 ss., con base en juicios de ponderación.

[60] En este sentido, *Greco* (2013), 24; *Noltenius* (2015), 93 ss.

[61] *Brunhöber et al.* -Hrsg.- (2013); *Wilfert* (2017).

2.4.2.2. La concepción funcional de la dañosidad social

48 En los años sesenta y setenta del siglo XX una parte de la discusión doctrinal se centró en que la noción de bien jurídico podía conducir a visiones demasiado individualistas y sustancialistas del objeto de protección penal. Ello dio lugar a intentos de reconstruirlo en clave relativista y social-funcional, de acuerdo con el método de la teoría de los sistemas sociales.[62] Así, la reconstrucción del concepto en términos sistémico-funcionales condujo a vincularlo con las condiciones de la convivencia humana en una determinada sociedad, de modo que el delito se concibió como perturbación de un sistema social. El concepto central de la propuesta era la noción de «dañosidad social»,[63] entendida como condición necesaria, pero no suficiente, de la criminalización de una conducta.

49 En cualquier caso, el modelo permitía la conexión con la Constitución, en la medida en que lo socialmente dañoso cabe redefinirlo en términos de afectación lesiva al sistema social configurado por la norma fundamental de cada Estado.[64] Así, se rechazaba la posibilidad de construir los bienes jurídicos con base en criterios universales y atemporales.[65] Ahora bien, yendo más allá, se admitía una prerrogativa del legislador en la determinación de lo lesivo y a distanciarse de las concepciones valorativas y culturalistas del objeto de protección penal.[66] Pues bien, con el criterio de la dañosidad social cabe fundamentar ciertamente la exclusión de los comportamientos meramente inmorales del ámbito del Derecho penal. Sin embargo, no es un instrumento apto para la delimitación de los respectivos ámbitos de protección del Derecho penal y del Derecho administrativo.

2.4.2.3. El concepto personal. Excurso

50 La denominada teoría personal del bien jurídico adopta el punto de partida opuesto al antes mencionado, es decir, el individual y no el social. Ciertamente, no pretende limitar el alcance de la protección penal a los bienes jurídicos personales.[67] Sin embargo, sí lo reduce a aquellos bienes que son condiciones esenciales para el desarrollo de la libertad personal en sociedad.[68] En este ámbito incluye a las instituciones públicas, en tanto que condiciones de existencia de esa libertad personal.[69] Pues bien, esta perspectiva parece razonable.

---

[62] *Amelung* (1972), 366 ss.

[63] *Amelung* (1972), 330 ss.; *K. Günther*, KritJ 2016, 524 ss.

[64] *Müssig* (1994), 167.

[65] Desde diferentes perspectivas, *Müssig* (1994), 145-146: funcionales; *Koriath*, GA 1999, 563. discursivas.

[66] *Amelung* (1972), 350, 392.

[67] *Hassemer*, FS Arth. Kaufmann, 1989, 85 ss., 92; *Neumann*, CPC 93 (2007), 5 ss.; *el mismo*, FS Fischer, 2018, 183 ss.; *Neumann/Prittwitz* (2007); *K. Günther*, KritJ 2016, 523.

[68] Crítico, *Schünemann* (1996), 20 ss.; *el mismo* (2000), 25 n. 41.

[69] *Hassemer*, FS Arth. Kaufmann, 1989, 92-93; *Alcácer Guirao*, RECPC 2002, 23-24. Próximo, *Köhler*, AT, 1997, 25.

Con todo, su acogida hace necesario examinar el problema con algo más de detenimiento. En efecto, al abordar el problema de la protección penal de las instituciones públicas se entremezclan dos cuestiones que es preciso distinguir. Por un lado, la concerniente al bien que se pretende proteger y su relación con cada una de las personas que son sus titulares indirectas. Por el otro, el de la capacidad de una acción singular para afectar de forma relevante aquel bien.

A propósito de la primera cuestión, es cierto que detrás de todos los llamados 51
bienes universales —cuya característica es no ser distribuibles— se hallan las personas, a cuya autorrealización sirven. Ahora bien, para legitimar la sanción penal de las conductas que los afectan, como modo de proteger a aquellas personas, es necesario dar más argumentos. En concreto, es preciso dar razones de la estrategia de la anticipación de la protección penal. Es decir, justificar la distancia existente entre la conducta ya punible y la afectación real de las condiciones de vida de las personas.[70] En relación con la segunda cuestión, el problema es todavía más acuciante. En efecto, es necesario justificar cómo un bien universal se puede ver afectado de modo relevantemente lesivo por una conducta individual. Desde luego, lo anterior no se puede derivar automáticamente del mero hecho de que dicha conducta, si a esta se le acumulan otras muchas, lesionará o pondrá en peligro el bien institucionalizado.[71]

2.4.3. La crisis de las doctrinas del bien jurídico

2.4.3.1. La falta de capacidad crítica

La reducida capacidad limitadora del concepto de bien jurídico ya se había 52
apuntado hace más de un siglo.[72] Pues bien, visto desde la perspectiva actual, efectivamente este concepto ha carecido de la capacidad crítica necesaria para limitar los procesos de criminalización que se produjeron a partir del último tercio del siglo XX y a lo largo del siglo XXI. Ello se debe a que buena parte de las conductas criminalizadas en estas últimas décadas —aunque no todas— afectan a realidades que ya eran objeto de protección por parte del Derecho público o privado. Así las cosas, la cuestión polémica es si tales objetos deben ser protegidos, además de por el Derecho administrativo, también por el Derecho penal. Como parece obvio, esta discusión no puede ser resuelta mediante un concepto de bien «jurídico», sino que será necesario atender a alguna propiedad específica de la conducta incriminada. Además, lo cierto es que la mayoría de las posiciones doctrinales afrontaron los procesos de criminalización con una vocación legitimadora. Así, en primer lugar, a lo largo del último tercio del siglo XX proliferaron las doctrinas que incluyeron en el concepto de bien jurídico —a los efectos de su protección jurídico-penal— los bienes supraindividuales o colectivos, portadores de los denominados «intere-

[70] *Müssig* (1994), 206.

[71] Sin embargo, *Alcácer Guirao*, RECPC 2002, 27; *Robles Planas* (2012), 33.

[72] *M.E. Mayer*, PG, 1915, 28 n. 46.

ses difusos».[73] Por ejemplo, el medio ambiente, la ordenación del territorio, el mercado o las funciones del Estado. Sin embargo, el problema fundamental no era solo la extensión del objeto de protección penal a tales bienes. Como se ha indicado, lo verdaderamente problemático era que estos no pueden ser lesionados ni puestos realmente en peligro por una conducta personal aislada. En efecto, tal conducta carece de la posibilidad de comprometer la función con la que los bienes colectivos contribuyen a la vida de las personas. Ello solo se produce, en su caso, en virtud de la acumulación de múltiples conductas de diversos sujetos. Así, la doctrina asumió la misión de construir nuevas clases de bienes jurídicos, que tuvieran un contenido más formal y se pudieran reputar lesionados por la conducta de un único sujeto.

53 El resultado de tal empeño fueron los conceptos de los bienes jurídicos «intermedios» —institucionalizados, espiritualizados— o «con función representativa» de otros.[74] En efecto, para lesionar tales bienes no es preciso poner en peligro concreto, ni abstracto-real, el bien jurídico colectivo del que se trata.[75] Así, su lesión no es otra cosa que la vulneración de un determinado orden de policía administrativa.[76] Por eso, el ámbito razonable para la sanción de las conductas que se inscriben en estos macroproblemas es el Derecho administrativo sancionador. Al sostener lo contrario, la doctrina mayoritaria iba renunciando en este punto a las garantías que postulaba de modo general. En suma, en las últimas cuatro décadas las doctrinas del bien jurídico han producido básicamente un efecto de legitimación tanto de la legislación penal expansiva promulgada en la práctica totalidad de los países, como del recurso al Derecho penal como mecanismo con «función promocional».

2.4.3.2. La excesiva limitación

54 Así las cosas, podría no extrañar que la teoría del bien jurídico como vía para la limitación de la intervención del Derecho penal —como teoría normativa de la criminalización— se halle en crisis desde hace tiempo.[77] Sin embargo, paradójicamente no es la ausencia de capacidad crítica lo que más se le ha objetado. En realidad, las tesis alternativas a aquella teoría no pretenden necesariamente restringir el alcance del Derecho penal, sino más bien

---

[73] En italiano, «*interesi diffusi*», intereses difundidos en toda la población: *Sgubbi*, LQC 3 (1975), 439 ss.; *Fiandaca* (1982) 69 ss.; matizado, *Portilla Contreras*, CPC 39 (1989), 723 ss.; *Marinucci/Dolcini*, RDPC 9 (2002), 160 ss.; *Gracia Martín* (2003); *el mismo* (2006); *el mismo*, RDPC 3 (2010), 27 ss.; *el mismo*, LH Bustos Ramírez, 2011, 141 ss.

[74] *Martínez-Buján*, EPC XVIII (1994-1995), 169-170; *Rodríguez Montañés* (1994), 301, 338, legitimándolos, salvo insignificancia; *Mata y Martín* (1997), 26 ss., 64-65, 71 ss., crítico, 78 ss.; *Corcoy Bidasolo* (1999), 215 ss., 219-220; *Santana Vega* (2000). Desde la perspectiva de la lucha de clases, *Gracia Martín* (2003), 217; *el mismo*, RDPC 3 (2010), 27 ss. Críticos *Mendoza Buergo* (2001), 490 ss.; *la misma*, RDPC 9 (2002), 39 ss.; *Doval Pais*, LH Mir Puig, 2017, 76-77.

[75] *Jakobs* (1997), 310.

[76] La posición crítica en *Silva Sánchez* (1999); *el mismo* (2001); *el mismo* (2003), 307 ss.

[77] *Szczaranski*, PolítCrim 7 (2012), 378 ss.

mantener su alcance o incluso ampliarlo. Por ello sostienen que el objeto de la protección penal se extiende, y debe extenderse, a realidades que no son bienes jurídicos. A mero título de ejemplo, ya en 1970 Roxin sostenía que el Derecho penal se legitimaba por la protección no solo de bienes jurídicos, sino también de las «prestaciones públicas esenciales». Con posterioridad, ha seguido sosteniendo que la teoría del bien jurídico no puede abarcar todo el espacio de las conductas que merecen y necesitan sanción penal.[78]

Sentado esto, la teoría del bien jurídico es criticada en la actualidad desde, **55**
al menos, tres perspectivas distintas. Por un lado, desde la propia de una teoría holista del Derecho. Por otro lado, desde una óptica formal de Derecho constitucional. En fin, desde una perspectiva material de necesidades sociales de protección. Así, la construcción holista sostiene que el Derecho penal no protege bienes, sino la vigencia de las normas jurídico-públicas y jurídico-privadas que constituyen el núcleo de una sociedad dada.[79] Por su parte, la tesis constitucionalista arguye que la doctrina del bien jurídico carece de rango constitucional y, por tanto, no puede limitar legítimamente las prerrogativas criminalizadoras del poder legislativo.[80] En este punto, marcó un hito la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 26 de febrero de 2008,[81] en la que se estableció que la criminalización del incesto es conforme con la Constitución alemana. Tal resolución descalificó el argumento de la ausencia de un bien jurídico protegido en el tipo delictivo de incesto. Sostuvo, por el contrario, que la única posibilidad de impugnar leyes penales viene dada por el principio constitucional de proporcionalidad (en España, art. 1 CE).[82] En fin, la tercera perspectiva crítica, orientada a las necesidades de protección, objeta a la doctrina del bien jurídico el que constituya un obstáculo a la protección de determinadas realidades propias de las sociedades complejas de nuestros días.[83] En esta línea, arguye que no todas las normas jurídico-penales se tienen que basar en bienes jurídicos. Por el contrario, existen entidades distintas de estos que, formando parte del consenso mínimo e integrando el orden social, merecen protección penal.[84]

2.4.3.3. Lo irrenunciable del concepto de bien jurídico

En la actualidad la utilidad práctica del concepto de bien jurídico es, sobre **56**
todo, dogmática y su capacidad de rendimiento se aprecia en cualquier doctri-

---

[78] *Roxin* (1972); *el mismo*, RECPC 2013, 1 ss.; *el mismo* (2016), 433 ss.; *Roxin/Greco*, AT, 5.ª, 2020, 2/51-59 a.

[79] *Jakobs* (2012); *el mismo*, FS Frisch, 2013, 82 ss.

[80] *Lagodny* (1996), 536; *Appel* (1998), 390; *Stuckenberg*, GA 2011, 658 ss.; *el mismo*, ZStW 129 (2017), 349 ss.

[81] Confirmada por la STEDH de 12 de abril de 2012 (Stübing c. Alemania). Crítico, *Bottke*, LH Mir Puig, 2010,101 ss.

[82] Crítica, *Hörnle* (2004), 22 ss.

[83] *Stratenwerth*, ZStW 105 (1993), 679 ss.

[84] *Stratenwerth*, FS Lenckner, 1998, 388-390. Críticos, *Hörnle* (2004), 483; *K. Günther*, KritJ 2016, 531 ss., contra la protección de meras «formas de vida» («*Lebensformen*»), aunque cuenten con un reconocimiento generalizado.

na jurídico-penal de orientación teleológico-valorativa. En este ámbito cumple un papel insustituible. Por un lado, desempeña una función sistemático-clasificatoria, en cuya virtud es posible ordenar el estudio de los tipos de la Parte Especial. Por otro lado, y particularmente, constituye un criterio rector de la categoría sistemática de la tipicidad como ámbito de significado y valoración.[85] En tercer lugar, es un elemento muy relevante para la interpretación teleológica de los tipos (*cfr. infra* capítulo 6/86 ss.). Así, conforma la referencia del juicio de peligro *ex ante* y de la lesividad *ex post* de la conducta, de la cuantificación de la lesión concreta y, en consecuencia, de la determinación de la pena en virtud de la gravedad del desvalor del resultado. De este modo, da lugar a la exclusión de la tipicidad de conductas que, aunque subsumibles formalmente en el tenor literal del texto legal, no lesionan el bien jurídico supuestamente protegido en el tipo. Es decir, permite manejar los casos de sobreinclusión de supuestos en el tenor literal de un tipo legal (*cfr. infra* capítulo 6/72 ss.).[86]

57 Todo ello significa que en Derecho penal no es posible renunciar al concepto y a la expresión «bien jurídico», que contribuye a la inteligibilidad recíproca de los argumentos en el seno de la comunidad dogmática y en el mundo forense. Ahora bien, es asimismo cierto que la doctrina del bien jurídico no puede soportar el peso de toda una teoría de la criminalización. Como se ha indicado, en esta no solo desempeña un papel el bien jurídico afectado por la conducta de que se trate, sino también la medida de anticipación del ataque, la concreta configuración de aquella conducta, los medios comisivos, las posiciones de deber de los sujetos activo y pasivo, así como el alcance de las causas de justificación.

2.5. La protección del núcleo de la identidad normativa de una sociedad

2.5.1. Generalidades

58 A lo largo de las últimas cuatro décadas, un sector doctrinal ha llevado a cabo un proceso de abstracción formalista en el seno de la perspectiva sistémica relativa a la dañosidad social de la conducta delictiva. Ello le ha conducido a sostener que el Derecho penal carece de un objeto propio de protección. Por el contrario, lo que le corresponde es asegurar la vigencia de aquellas normas que ya constituyen el núcleo de la identidad de una sociedad dada. Esta doctrina se ha desvinculado progresivamente de la teoría de sistemas y ha sido reconstruida en el marco de la tradición filosófica hegeliana. Es decir, sobre bases idealistas-holistas. En concreto, ha tomado como punto de partida la idea de que las normas no son jurídico-penales, ni siquiera jurídicas en general, sino que emergen de la eticidad o de la cultura social.[87] De este

---

[85] *Frisch* (2007), 318 ss.; *Pawlik* (2012), 138 ss.

[86] Próximo, *Reyes Alvarado*, LH Luzón Peña, 1, 2020, 377-378.

[87] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 1/8; *el mismo* (2012); *el mismo*, FS Frisch, 2013, 82 ss.; *el mismo* (2020a). Próximos, *Sánchez-Vera*, CPC 71 (2000), 391; *Pérez del Valle*, InDret 4/2006, 1 ss.; *Bacigalupo*, LH Jakobs,

modo, son vinculantes en virtud de su reconocimiento social, esto es, por reflejar las creencias compartidas en una sociedad.[88] Como puede advertirse, el alcance de la doctrina según la cual el Derecho penal protege la vigencia de esas normas trasciende al debate específico sobre el objeto de protección penal. En efecto, lo que hace es postular toda una teoría del Derecho penal —y del Derecho en general— divergente de la dominante.

2.5.2. Los presupuestos teóricos

Según esta posición, las normas son expectativas sociales de conducta —con- 59
trafácticas e institucionalizadas, esto es, resistentes a su defraudación— que expresan la identidad de una sociedad (*cfr. infra* capítulo 8/62).[89] De este modo, su misión es orientar a los agentes acerca de qué conductas pertenecen al orden comunitario de lo correcto y lo incorrecto. Pues bien, algunas de esas normas, las que manifiestan precisamente el núcleo de la identidad normativa de una sociedad dada, no solo son reconocidas por el Estado, sino que además se protegen a través de su Derecho penal. Por lo tanto, este último es un orden secundario de protección, que solo está integrado por el conjunto de las reglas de imputación de las infracciones de determinadas normas sociales, a los efectos de la imposición de pena.[90] A su vez, el castigo tiene una misión de reorientación autoritativa de los miembros de la sociedad, es decir, de estabilización de las expectativas sociales.

La divergencia de esta construcción con respecto a las doctrinas del bien 60
jurídico tiene que ver ya con el hecho de que se mueve en un plano de abstracción distinto. En efecto, su premisa —filosófica y de teoría del Derecho— es que el Derecho penal constituye un orden secundario. Así, parte de que no existen normas jurídico-penales de conducta, sino que las normas relevantes son sociales. Estas son lo único que el Derecho penal puede proteger, porque es lo único que cabe reafirmar mediante el castigo. Desde luego, no puede reafirmar al bien afectado por el delito, que ha sido lesionado por la conducta punible. Entonces, la función del Derecho penal no es preventiva, ni protectora, sino solo orientadora-estabilizadora en cuanto a la vigencia de aquel orden de normas. Esto determina, por un lado, que pueda haber un injusto penal sin que concurra una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Esto sucede, por ejemplo, en el caso de la afectación de determinadas pautas compartidas de orientación que deben ser protegidas penalmente. Por tanto, lo decisivo es la constitución normativa de la respectiva sociedad y qué orden

---

2008, 17 ss.; *Feijóo Sánchez* (2010), 163 ss.; *Reyes Alvarado*, LH Luzón Peña, 1, 2020, 367 ss. Asimismo próximo, en Estados Unidos, *Kleinfeld* (2015), 38 ss., 47; *el mismo*, Harvard L. R. 129 (2016), 1486 ss.: «*embodied ethical life*» o, en el alemán hegeliano, «*Sittlichkeit*». También, *Pawlik*, InDret 2/2016, 1 ss.; *el mismo*, FS Kindhäuser, 2019, 351 ss., 353.

[88] Esto es lo que señala la tradición del pensamiento de Hegel y Durkheim.

[89] *Jakobs* (1972), 6-7; *el mismo* (1997), 32 ss., 52, 112; *el mismo*, LH Figueiredo Dias, I, 2009, 392-393.

[90] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 1/8, 1/9.

de conductas tiene un carácter nuclear en ella. Viceversa, cabe que, en casos en los que se dé la lesión de un bien jurídico, no haya una conducta típica. A esto alude el clásico principio de fragmentariedad, pero también el hecho de que haya riesgos atípicos por razones derivadas de la cultura social.

2.5.3. La doctrina de las «competencias»

61 En este marco, el deber del ciudadano consiste en cumplir con la competencia que se le asigna en cada interrelación jurídica.[91] Por tanto, la lesión de la respectiva competencia desempeña el mismo papel que en las construcciones dominantes cumple la lesión o puesta en peligro injustificada de un bien jurídico. Como se advierte, este planteamiento sostiene una tercera construcción acerca del objeto del Derecho penal, junto a las de la «lesión del derecho subjetivo» y de la «lesión de un bien jurídico». En efecto, este es el modelo del delito como «infracción de un deber», que posee una fuerte capacidad explicativa, aunque casi ninguna posibilidad crítica frente al Derecho positivo vigente en un marco espaciotemporal determinado. Ciertamente, ese Derecho positivo puede ser liberal; republicano; o comunitarista. Así, este punto de vista ha sido mayoritariamente criticado por sostener una concepción accesoria y formalista del Derecho penal.[92]

2.6. Las propuestas de conceptos materiales de delito

2.6.1. El concepto de delito como mal público

62 En la cultura jurídico-penal angloamericana, la difusión del «principio de la ofensa» introdujo la idea de que el delito no tiene por qué dar lugar a un daño, sino que basta con que constituya un mal para otro.[93] Con ello se puso fin a un siglo de vigencia del principio del daño de John Stuart Mill.[94] A partir de entonces, la cuestión es cómo distinguir entre los males que deben ser castigados penalmente y los que no. Pues bien, el desarrollo más acabado de esta idea es la doctrina contemporánea de los males públicos —por oposición a los males privados—.[95] En realidad, la noción del delito como «mal *público*» procede de la obra de Tomás de Aquino. En efecto, este sostiene que las leyes penales solo deben prohibir las injusticias más graves, a saber, «las que dañan a otros, sin cuya prohibición la sociedad humana no puede ser conservada».[96] Y en otro lugar añade que basta con que las leyes

---

[91] *Pawlik* (2012), 255 ss.: el delito —la «lesión del deber de cooperación» del ciudadano— es una conducta contraria a la «competencia» del sujeto e «imputable» a este.

[92] Así, crítico, *Alcácer Guirao* (2003).

[93] En inglés: «*offence* —o bien, *offense— principle*».

[94] *Feinberg* (1984).

[95] En inglés, «*public wrong*», para diferenciarlo del «*private wrong*», civil.

[96] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, I-II, c. 96, a. 2; *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 239; *Duff* (2001), 78.

penales prohíban las conductas que destruyen la convivencia humana —el *humanum convictum*—.[97] En esta misma línea, en el siglo XIX el penalista liberal italiano Francesco Carrara (1805-1888) exigía que al daño individual se le añadiera un «reflejo social» —un daño mediato—. Este, a su vez, se relacionaba con el hecho de que la posible repetición del delito pueda despertar el miedo y la alarma entre los «ciudadanos honrados» y, al mismo tiempo, pueda dar a los que tengan «malas inclinaciones» la oportunidad de imitar al delincuente.[98]

En su concepción actual, la idea de delito como hecho destructivo de la 63
convivencia humana se entiende en términos muy amplios. Desde luego no ha sido acogida su concepción más restrictiva. Esta partía de que, por regla general, la reacción a los ilícitos debería ser la reparación —la compensación integral—. Sin embargo, habría dos clases de conductas para las que esta última no sería una respuesta adecuada.[99] Por un lado, las que producen una lesión personal. Por otro, más en general, las que son temidas, aun cuando se sepa que, si tiene lugar el daño, este será compensado.[100]

A diferencia de este punto de vista, la doctrina más difundida acerca del 64
delito como mal público, que se sitúa entre las que sostienen un moralismo legal, parte de que el delito es una clase de mal moral. Sin embargo, esto no significa que pretenda criminalizar comportamientos simplemente inmorales.[101] En realidad, su problema fundamental, en lo que aquí interesa, no son los comportamientos inmorales, sino los denominados delitos regulatorios.[102] Es decir, aquellas infracciones administrativas criminalizadas, o *mala quia prohibita*, en las que pretende apreciar también un mal moral con repercusión pública. En efecto, parte de que el sistema de infracciones administrativas tampoco es moralmente neutral. De este modo, no logra construir ninguna razón sólida contra la criminalización de cualquier infracción administrativa.

2.6.2. El delito como lesión de la «esfera de libertad» ajena

2.6.2.1. Planteamiento

En las últimas décadas, el alcance del concepto material de delito se ha 65
identificado también con aquellas conductas que, partiendo de la libertad del sujeto activo, lesionan los derechos de libertad de otro, o las formas de comuni-

---

[97] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, II-II, c. 77, a. 1. En realidad, ello se advierte ya en *Agustín de Hipona* (354-430), según quien el Estado no puede prohibir todos los vicios, sino solo «aquellos que se oponen a la paz entre los hombres» —La ciudad de Dios, V, 3—.

[98] *Carrara*, PG, I, 1867, § 615 ss.

[99] *Nozick* (1974), 71 ss.

[100] *Nozick* (1974), 74.

[101] *Duff* (2018), 73, 310 ss.

[102] *Duff* (2018), 70, pero asimismo 212.

dad de la persona —expresado de otro modo, las relaciones jurídicas—.[103] Tal lesión solo existe allí donde las condiciones de peligro creadas por el agente «pueden traducirse ya en lesiones, sin ulteriores acciones autodeterminadas del autor o de otros».[104] Pues bien, este criterio parte de que cada esfera de libertad integra en su núcleo (i) el ámbito del ejercicio de derechos subjetivos.[105] En ese sentido, enlaza con la clásica doctrina de Feuerbach. Ahora bien, otros autores añaden dos círculos concéntricos más: (ii) el ámbito de la seguridad en el ejercicio de aquellos derechos subjetivos; y, en fin (iii), los contextos institucionales que hacen posible dicho ejercicio de derechos.[106] Obviamente, tales contextos institucionales se integran, de modo compartido, en la esfera jurídica de muchas personas. En concreto, el contexto institucional fundamental viene dado por la propia estructura política y administrativa del Estado, así como por su sistema de normas de Derecho público y privado.

66 La legitimidad de la criminalización de las conductas que afectan a los mencionados tres círculos se ha sostenido a partir de un argumento dogmático —propio de la teoría de las causas de justificación—.[107] A saber, que tales conductas se corresponden respectivamente con las del agresor ilegítimo que da pie a una reacción en legítima defensa; con el agresor cuya conducta permite una reacción en estado de necesidad defensivo; y, en fin, con quien vulnera un deber de solidaridad, lo que justifica una conducta en estado de necesidad agresivo. En los tres casos, la teoría de la justificación sostiene que el sujeto afectado tiene el deber de soportar la conducta. Entonces, se propone proyectar esta línea argumental sobre una teoría de la criminalización legítima cuyo alcance debería ser soportado por el ciudadano.

2.6.2.2. Observaciones críticas

67 El paralelismo que se pretende trazar es discutible. Ciertamente, la legítima defensa y el estado de necesidad constituyen los dos criterios fuertes de legitimación de la acción política del Estado, incluida aquí la política sancionadora. Sin embargo, no está claro que deban ser los criterios de la criminalización de conductas y no, en cambio, de la calificación de estas como infracciones administrativas. En efecto, criminalizar conlleva estigmatizar y, además, en la práctica casi siempre conduce a imponer una pena de privación de libertad. Por lo que hace al estado de necesidad, este no justifica una injerencia en la libertad ajena similar a la que implica la criminalización. Como luego se verá, en estado de necesidad se puede afectar a los bienes extrínsecos de otro y a

---

[103] *Köhler,* AT, 1997, 20 ss., 26 ss., 30; *Gierhake,* ZIS 2008, 398 ss., distinguiendo entre las doctrinas del fortalecimiento de los valores de la acción, de la lesión del bien jurídico, del daño a la vigencia de la norma y de la «lesión de la relación jurídica»; *Noltenius* (2015), 99.

[104] *Gierhake,* ZIS 2008, 402.

[105] *Renzikowski,* GA 2007, 566 ss.; *Haas* (2002), 280 ss.

[106] *Robles Planas* (2012), 24 ss.

[107] *Robles Planas* (2012), 28 ss.

algunos de sus derechos de libertad. En cambio, no es posible alcanzar a bienes intrínsecos. Sin embargo, esto último es lo que sucede con la criminalización de conductas, que implica incidir sobre la libertad ambulatoria y el honor de un sujeto.

Así pues, el modelo se mueve con comodidad dentro de un consenso abso- 68
luto en lo relativo a la criminalización de las lesiones de los derechos subjetivos. En efecto, estas constituyen —con terminología diversa— el núcleo indiscutido del Derecho penal.[108] Por otro lado, también puede aspirar a reflejar un acuerdo en cuanto a que las conductas que afectan a la seguridad en el ejercicio de los derechos y a los contextos institucionales de tal ejercicio merecen y precisan de la protección del Derecho.[109] Ahora bien, esto no puede significar que, automáticamente, tal protección deba ser jurídico-penal. En efecto, la tesis que afirma —con base en razones de solidaridad— que la protección de los bienes institucionales tiene que ser penal, debería sostener igualmente que el marco de tal protección ha de venir dado por la penalidad del delito de omisión del deber de socorro (art. 195 CP español). En efecto, en todos los sistemas jurídico-penales este castiga la conducta insolidaria objetivamente más grave: a saber, la de quien no socorre a una persona concreta que se encuentra en riesgo inmediato de perder la vida. Pues bien, desde luego no es razonable que se castigue más gravemente la conducta insolidaria de quien no colabora con el Estado en la realización de determinadas funciones que solo de modo mediato o indirecto satisfacen necesidades humanas —vitales o no—.

Como se ha anticipado, para establecer los presupuestos de la protección 69
del Derecho penal es necesario ir más allá de la cuestión relativa al objeto de la protección —y de su lesión—. Es verdad que, respecto a determinadas realidades humanas —por ejemplo, los denominados «sentimientos»—, se discute si son presupuesto del ejercicio de los derechos y, por tanto, si deben ser objeto de protección jurídica o no.[110] Ahora bien, el problema fundamental de delimitación del Derecho penal contemporáneo no es este. Por el contrario, la cuestión decisiva es distinguir entre los ámbitos legítimos de protección del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador. Esta cuestión de delimitación no se resuelve con argumentos relativos a los bienes en juego. Más aún, ni siquiera tiene que ver con la entidad de la conducta. En realidad, guarda relación con la existencia de macroproblemas sociales, de un orden regulatorio estatal y con la voluntad del Estado de recurrir al Derecho penal para la protección reforzada de ese orden, desincentivando de modo cualificado a quienes lo pretenden vulnerar. En efecto (i) los legisladores proceden a criminalizar infracciones regulatorias a sabiendas de la peculiaridad de la pena. Ahora bien, el recurso a ella supone (ii) estigmatizar como un mal público grave la realización de aquello que prohíben las regulaciones del

---

[108] En inglés, «*core crimes*».

[109] *Finkelstein*, U. Pennsylvania L. R. 151 (2003), 966.

[110] *Alonso Álamo*, CPC 106 (2012), 35 ss.; *Hörnle* (2016), 375 ss.; *Carbonell Mateu* (2018), 331 ss.

Estado. Algunos autores han advertido con claridad esta estrategia, poniendo de relieve que la opción por la pena, en lugar de por la sanción administrativa, responde sin más al «grado de efecto discriminatorio que el legislador considera apropiado».[111]

70 Así las cosas, hay que partir de que no existen bienes jurídicos específicos del Derecho penal. Por tanto, no puede construirse una doctrina del bien jurídico-penal con pretensiones delimitadoras.[112] En realidad, la expresión relativa a las conductas que afectan a un «bien jurídico-penal» constituye una perífrasis para referirse a aquellas agresiones contra bienes jurídicos cuya sanción únicamente a través del Derecho administrativo podría reputarse vulneradora de la prohibición de infraprotección. Sin embargo, esto significa que las propuestas de solución tienen que discurrir por otras vías. Así, dada la afectación de un bien jurídico, es preciso profundizar en el análisis de las características objetivas y subjetivas de las conductas que lo agreden de una forma criminal —y no solo administrativamente sancionable—.

71 Considerando el problema desde el punto de vista opuesto es común sostener que algunas conductas jamás pueden ser delictivas, porque expresan el ejercicio de una libertad fundamental de acción. Sin embargo, estas son solo las que tienen un alcance exclusivamente privado. Ahora bien, tan pronto como una conducta puede incidir en la esfera de bienes de otra persona, no es irracional sostener que podría ser criminalizada. Por poner solo un ejemplo, incluso el consumo privado de drogas puede tener efectos lesivos sobre terceros. Así, no cabe afirmar categóricamente que no puede ser tipificada bajo ningún concepto.[113] De hecho, la punibilidad de las estructuras de *actio libera in causa* expresa su relevancia (*cfr. infra* capítulo 24/59). En fin, los conflictos entre esferas de libertad no se resuelven solo en la decisión acerca de la tipificación genérica de la conducta, sino también en el ámbito sistemático de las causas de justificación. Este presupone ya la existencia de una conducta típica —es decir, de una criminalización abstracta— y una consideración del caso concreto. Incluso cuando el conflicto interpersonal se resuelve en el plano de la exclusión de la tipicidad, esto no conlleva que se prescinda de la tipificación general de la conducta. Por el contrario, requiere una consideración del caso por parte del órgano judicial.

2.6.3. La disolución de las doctrinas materiales

72 En las últimas décadas, las doctrinas materiales de la incriminación han ido experimentando un proceso continuado de erosión de sus pretensiones limitadoras de la actuación legislativa. Ello ha sido patente en las funciona-

---

[111] *Wohlers* (2018), 257: el legislador debe recurrir a la pena solo (¡!) cuando considera necesaria la prisión o cuando ello responde a «*the degree of discriminatory effect which the legislature considers appropriate*».

[112] Distinto, *Mir Puig*, EPC XIX (1991), 205 ss.

[113] Próximo, *Kaspar* (2014), 238 ss.

listas-hegelianas. Estas venían sosteniendo que se debe criminalizar aquellas conductas que contravienen la eticidad nuclear de una sociedad. Es decir, que afectan a las creencias implícitamente compartidas. Sin embargo, la reformulación más reciente de esta posición le ha dado un giro político-democrático. En efecto, su punto de partida es la consideración del delito como la infracción del deber de cooperación con el Estado en el mantenimiento de un orden de libertades.[114] Ahora bien, sentado esto, la determinación de cuándo puede tener lugar una infracción susceptible de ser criminalizada se remite al legislador democrático.[115] En realidad, esto es coherente, pues el mencionado concepto de delito, como tal, carece de toda capacidad de limitación. Hasta la más nimia infracción administrativa puede calificarse como expresión de la infracción del deber de cooperación ciudadana.

Por su parte, la mayoría de las teorías del bien jurídico han ido perdiendo 73
sus contornos sustanciales para ser redefinidas en términos procedimentales/discursivos —esto es, pragmáticos—. Pues bien, tales propuestas de índole deliberativa se encuentran ya muy cerca de las formalistas-institucionalistas acerca de qué debe reputarse delictivo. Al final, unas y otras pueden calificarse también como teorías de la criminalización democrática. En efecto, acaban concluyendo, con pocos matices, que el legislador democrático, si posee las condiciones institucionales de legitimación y obra en el marco de la Constitución, puede criminalizar prácticamente cualquier clase de conducta.[116] Frente a esto, las únicas reservas vienen dadas por los requerimientos de que el procedimiento legislativo exprese una auténtica deliberación, o de que el contenido de las leyes exprese creencias compartidas. Sin embargo, tales reservas no tienen ninguna virtualidad limitadora concreta. En fin, las doctrinas auténticamente materiales de la criminalización —deontológicas o consecuencialistas— se hallan en franco retroceso o en proceso de reformulación como sistemas de exigencias mínimas de coherencia en el marco de una legislación penal democrática. La única pretensión crítica de tales «sistemas de exigencias» es, sencillamente, poner de manifiesto las incongruencias propias de una legislación *ad hoc*.

3. LA CRIMINALIZACIÓN COMO MODO DE GESTIÓN DE UNA POLÍTICA PÚBLICA

3.1. El rechazo de la excepcionalidad del Derecho penal

En el contexto descrito, no extraña el ascenso de la corriente doctrinal que, 74
desde finales del siglo pasado, sostiene la falta de especificidad de las leyes

[114] *Pawlik* (2012), 90 ss.

[115] *Pawlik* (2012), 99 ss.; *Markel*, Virginia J. C. L. 1 (2012), 22 ss.

[116] En esta línea, *Lascuraín Sánchez*, ADPCP 2007, 140 ss.; *Kölbel/Kubiciel*, GA 2023, 181 ss. Crítico, *Silva Sánchez*, LH Berdugo, II, 2022, 389 ss.

punitivas en el conjunto de disposiciones del Estado.[117] En otras palabras, la no excepcionalidad del Derecho penal.[118] En efecto, esta posición afirma que el Estado ostenta autoridad para obligar con sus normas y para reaccionar penalmente contra la infracción de cualquiera de ellas. Entonces, si el principio democrático es determinante —también— de la legislación penal, no cabe tildar de ilegítimas a las decisiones de criminalización inspiradas en criterios populistas o en cualesquiera otros.[119] Por el contrario, el espacio de libre configuración que se abre al legislador penal es el propio de una democracia, de modo que nada requiere que la prudencia o la racionalidad constituyan criterios adicionales de legitimidad. En fin, únicamente la protección de los derechos fundamentales —y en particular el principio constitucional de proporcionalidad— constituye un límite a la legislación penal como expresión de una política pública.

75 Estas doctrinas político-formalistas —expresivas de un denominado «giro político» de la teoría del Derecho penal— acogen para la criminalización de conductas la clásica máxima de Hobbes. Según esta, que constituye uno de los dogmas del positivismo jurídico, es la autoridad política la que hace la ley —*auctoritas non veritas facit legem*—. En cambio, como se ha podido comprobar, la tesis opuesta, *veritas facit legem* —es la verdad la que hace la ley—, ha venido subyaciendo a todos los conceptos materiales de delito. Ciertamente, los orígenes de la polémica entre una y otra se hallan en la filosofía medieval, en concreto, en la polémica entre el intelectualismo de los dominicos y el voluntarismo de los franciscanos. Así, hasta el siglo XVI uno y otro planteamiento tenían una base teológica, que luego fue secularizada en términos racionalistas, contractualistas, republicanos o comunitaristas.

76 La defensa de un criterio de criminalización democrática es ajena a cualesquiera consideraciones de contenido como las mencionadas. Por el contrario, pretende distanciarse de lo que denomina concepciones expertocráticas o elitistas de delito, oponiendo a estas la «autoridad epistémica» de la democracia.[120] El fundamento de esta doctrina se halla en la atribución al Estado de la competencia para resolver los desacuerdos interpersonales y establecer las premisas de la cooperación social en libertad. Así, sostiene que el Estado dispone incluso de la potestad de dirigir un reproche a quien lleva a cabo conductas de negativa a la cooperación, con independencia de si tal reproche se califica explícitamente de moral,[121] o de si se le denomina «jurídico». En realidad, añade que el reproche puede ser dirigido no solo a quienes cometen delitos, sino de modo general a quienes desobedecen sus normas, tanto si estas son

---

[117] Crítico, *Silva Sánchez*, LH Lorenzo Salgado, 2020, 1367 ss.

[118] *Chiao* (2019), 54, 67 ss. Ya antes, *Lagodny* (1996), 536; *Appel* (1998), 390; *Stuckenberg*, GA 2011, 658 ss.; *el mismo*, ZStW 129 (2017), 349 ss. Críticos, *Prittwitz*, ZStW 129 (2017), 390 ss.; *Neumann*, FS Fischer, 2018, 183 ss.

[119] *Thorburn* (2011), 42; *Chiao* (2015), 19 ss.; *el mismo* (2019).

[120] *Bennett*, LTh 25 (2019), 153 ss.

[121] *Garvey* (2020), 20 ss., 51 ss., 55-56.

penales como administrativas. La razón para ello es que quienes incumplen cualesquiera normas estatales muestran «arrogancia cívica» y falta de respeto por los conciudadanos que sí las cumplen. Esto significa que admite que la comisión de cualquier *malum quia prohibitum* puede fundamentar el castigo.[122]

3.2. El significado actual de la pretensión de «constitucionalización» del Derecho penal

77 Una idea en ascenso es la concepción del Derecho penal como una política pública no excepcional, cuyos únicos límites vienen dados por la protección de los derechos fundamentales y, en particular, por el principio constitucional de proporcionalidad. En este contexto se enmarca la renovada exigencia de una constitucionalización del Derecho penal. Ciertamente, esta noción podría significar algo trivial, por conocido y reconocido. A saber, que el Derecho penal debe respetar las garantías constitucionales y que las leyes penales deben ser interpretadas de modo conforme a la Constitución. Sin embargo, en la actualidad aquella expresión se está utilizando en un sentido distinto. En concreto, para sostener la necesidad de que el Derecho penal abandone los términos metafísicos de los que se sirve —así, «bien» o «culpabilidad»— y busque su único fundamento en la Constitución.[123] En efecto, una de las dos propuestas centrales es la de prescindir del concepto de bien (jurídico) y de otros criterios materiales limitadores de la legislación penal. La otra es eliminar la referencia a la culpabilidad —como principio y como categoría dogmática—. Así, la pretensión es sustituir todo ello por un concepto constitucional, como el de proporcionalidad en sentido amplio. Sin embargo, la realización de ambas ideas —en definitiva, eliminar definitivamente los conceptos clásicos de *malum* y de *culpa* del horizonte del Derecho penal— es problemática. Por un lado, el intento de despojar a este de cualquier orientación sustancial ajena a lo meramente convencional y procedimental responde a un claro error conceptual. En efecto, las personas y su dignidad no han sido creadas por la Constitución, sino que la preceden y la subsistirán el día en que esta última no exista. Por otro lado, la Constitución es el marco iuspositivo de las diversas construcciones del Derecho penal adecuadas al tiempo. Así pues, difícilmente puede proporcionar la base teórica de una construcción jurídico-penal concreta.

78 Así las cosas, el sector doctrinal partidario de la no excepcionalidad del Derecho penal apuesta asimismo por el «primado de la política» en la definición del alcance de aquel. Esto conduce en no pocos casos a sostener la primacía absoluta del voluntarismo de la respectiva mayoría parlamentaria. Ello, hasta el punto de que la referencia a la Constitución como orden de valores y como norma jurídica aparece como un obstáculo al ejercicio de la plena soberanía popular. En efecto, un constitucionalismo radicalmente

---

[122] *Markel*, Virginia J. C. L. 1 (2012), 22 ss.; *Wellman* (2017), 155, 178; *Garvey* (2020), 53.

[123] *Burchard*, GS Vogel, 2016, 41 ss.

antimetafísico acaba conduciendo con rapidez al legalismo. Ciertamente, resulta claro que, pese a la deferencia de los tribunales constitucionales con respecto a las leyes parlamentarias, el control judicial de las leyes no ha ganado adeptos. Por el contrario, es clara la tendencia actual hacia nuevos «Estados de leyes» —no de Derecho— en los que la voluntad actual del pueblo soberano constituya el único criterio de corrección. Es decir, en los que no existan consensos intertemporales.

3.3. La discusión sobre la «democratización» del Derecho penal

79 En este contexto se han desarrollado las propuestas sobre la democratización del Derecho penal, que de entrada podrían parecer redundantes, en la medida en que se refieren al Derecho penal de Estados reconocidamente democráticos. En realidad, las diversas posiciones, que coinciden en el recurso a la expresión «democracia» —con un prestigio cuasi-religioso en nuestros días—,[124] no tienen un claro denominador común. Así, una primera propuesta de democratización del Derecho penal se asocia al relativismo político-jurídico, entendido como renuncia a cualesquiera justificaciones últimas. Este planteamiento es perceptible, ante todo, en el que cabría denominar «democratismo formalista». Es decir, el que vincula la democracia con la legalidad positiva, la contingencia política y con el voluntarismo jurídico. Desde este punto de vista, la democratización del Derecho penal debe conducir a una liberación de este de cualesquiera estándares externos de racionalidad o de moralidad.[125]

80 Sin embargo, otras orientaciones entienden la democratización precisamente como fijación de límites externos a las leyes penales del poder legislativo del Estado democrático-formal. A su vez, estas otras propuestas limitadoras son de naturaleza distinta. Algunas de ellas son democráticas-materiales. Así, asocian la democratización a la convergencia con las creencias compartidas en la comunidad acerca del castigo,[126] o con las representaciones sociales acerca de la pena justa.[127] Ciertamente, entre unas y otras existen divergencias de método —respectivamente, de teoría de la sociedad o de realización de estudios empíricos—, así como de visión de la sociedad —respectivamente, comunitarista y liberal—. Sin embargo, estas no obstan a una coincidencia esencial acerca de la necesidad de entrar a analizar los contenidos materiales de las leyes. En cambio, otras propuestas son de carácter procedimental. Así,

---

[124] La idea de que el «democratismo» constituye una religión secular de nuestro tiempo se halla en *Finley* (2022).

[125] *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 366; *el mismo* (2015), 41; *el mismo*, JZ 2016, 650; *el mismo*, FS Fischer, 2018, 974 ss., 977; próximo *Mañalich*, REJ 29 (2018), 59 ss. Ya, *Maus* (1994; 2019), 44 ss. Críticos, *Zaczyk*, Der Staat 50 (2011), 295 ss.; *Silva Sánchez*, LH Huerta Tocildo, 2020, 141 ss.; *el mismo*, LH Berdugo, I, 2022, 389 ss.

[126] *Kleinfeld*, Northwestern U. L. R. 111 (2017), 1455 ss., 1477.

[127] *Robinson*, Northwestern U. L. R. 111 (2017), 1565 ss.; *T. Walter*, FS Merkel, I, 2020, 545 ss.

idealizan las prestaciones de una «democracia deliberativa»,[128] que supuestamente permitiría superar la tensión entre el populismo punitivo y el elitismo penal de los expertos. Existen también concepciones mixtas que integran lo material y lo procedimental.

La legislación penal es, obviamente, competencia del poder legislativo. En esta medida, son objeto de la política pública. Ahora bien, ninguna política pública está exenta de una discusión racional orientada por el planteamiento de expertos. En efecto, la renuncia a criterios materiales, en Derecho penal como fuera de él, es una renuncia a la racionalidad y al control.[129] Por lo demás, los efectos de restricción intencional de derechos propios del Derecho penal determinan que este no pueda concebirse como una política pública más. Esto sería así, aunque el Derecho penal punitivo se entendiera como un mecanismo más de «control social», análogo al Derecho de vacunación obligatoria o de medidas de seguridad. Sin embargo, la realidad es que no constituye solo un medio de gestión del control social, sino que decide sobre el castigo que merecen determinadas conductas y sobre las condiciones de su imposición a las personas que las realizan de modo culpable.[130] En definitiva, está abocado a una discusión material sobre valoraciones que no puede eludirse.[131] **81**

4. EL PROBLEMA DEL ILÍCITO ADMINISTRATIVO

Como puede advertirse, el fracaso fundamental de las teorías normativas de la criminalización radica en su incapacidad para la determinación de la frontera entre las conductas que deben ser objeto del Derecho penal periférico y las que deben serlo del Derecho administrativo sancionador. En efecto, en ambos casos se trata de males públicos, que afectan a la vida personal de modo no directo, sino indirecto, mediante la incidencia sobre un determinado orden de gestión administrativa. Además, quien lleva a cabo tales conductas desprecia igualmente el orden del Derecho, mostrando una falta de lealtad con sus conciudadanos que sí las cumplen. Es decir, se beneficia de la cooperación de estos, mientras que él no coopera. El abordaje de este problema no puede llevarse a cabo en abstracto. Antes de hacerlo, es necesario precisar las características concretas de ambos sectores del ordenamiento jurídico, en su configuración actual. Por eso se analiza más adelante (*cfr. infra* capítulo 5/106). Ahora es necesario discutir si realmente es posible sentar las premisas de una concepción distintiva de la conducta «criminal». **82**

---

[128] *Gargarella* (2008), 58-59; *el mismo* (2016), 225 ss.; *Ramsay* (2012), 16, 22-23; *Varona Gómez* (2016); *el mismo*, InDret 2/2018, 1 ss.

[129] Así, desde perspectivas parcialmente diferentes, *Prittwitz*, ZStW 129 (2017), 390 ss.; *Neumann*, FS Fischer, 2018, 183 ss.; *Silva Sánchez*, LH Huerta Tocildo, 2020, 141 ss.; *el mismo*, LH Berdugo, II, 2022, 389 ss.; *el mismo*, LH Díez Ripollés, 2023, 403 ss.; *Robles Planas*, LH Lorenzo Salgado, 2021, 1211 ss.; *Sánchez-Ostiz* (2012); *Sanz Morán*, LH Díez Ripollés, 2023, 384 ss., 388.

[130] *Silva Sánchez*, LH Díez Ripollés, 2023, 406 ss.

[131] *Silva Sánchez* (2018), 54; en contra, *Mañalich*, REJ 29 (2018), 62.

IV. LAS BASES DE UNA APROXIMACIÓN REALISTA

1. LA IMPOSIBILIDAD DE UNA DESCRIPCIÓN UNITARIA DEL MALUM PROPIO DEL DELITO

1.1. Generalidades

83 En el plano descriptivo, no existe ninguna posibilidad de hallar un concepto material que englobe, bajo un denominador común, a todos los hechos que se tipifican efectivamente como delito en los códigos penales de los países de nuestro ámbito cultural. En cuanto al plano normativo, como se ha comprobado, no se da un consenso sobre los límites materiales que debería tener la criminalización de conductas, ni parece realista esperar que se alcance. Como se ha indicado, las vías para legitimar la criminalización de una conducta pueden ser dos: (i) la de recurrir al contenido específico del comportamiento en cuestión; o bien (ii) la de acudir simplemente a la voluntad del Estado de criminalizarla.[132] La primera vía es la que se ha seguido de modo clásico entre los penalistas. En cambio, la segunda es la que parece estar en alza en las últimas décadas. Pues bien, si se acoge esta última, la decisión de criminalizar una conducta o de mantenerla bajo un régimen de Derecho administrativo sancionador parece, sin más, estratégica.

84 En realidad, las dos opciones plantean problemas. La que apela al contenido, porque tiene un déficit explicativo. En efecto, permite advertir que no existe ningún criterio para agrupar a todos los delitos de la *lex lata* bajo un conjunto de elementos comunes. Esto determina que, antes que deslegitimar buena parte de los tipos delictivos de los ordenamientos legales vigentes, las doctrinas que buscan un contenido material común de los hechos punibles optan por legitimarlo casi todo. Esto es lo que ha ocurrido con la evolución de la teoría del bien jurídico. Ahora bien, como se ha señalado, las doctrinas de la proporcionalidad, gestionadas por tribunales constitucionales deferentes con el legislador, tampoco han conducido a un resultado diferente. Por su parte, la opción segunda, que apela a la autoridad del Estado, admite ya de entrada que cabe criminalizar prácticamente cualquier conducta,[133] con pocos límites de prudencia y de coherencia, además de los obvios que se derivan de la Constitución respectiva.

85 En este punto, conviene recordar que la criminalización puede responder a dos ideas rectoras. Por un lado, a la racionalización de la *praxis* punitiva de una comunidad, en la que han desempeñado un papel decisivo las reacciones emotivas de resentimiento e indignación. Esta es la que conduce a modelos deontológicos o funcionales de retribución con más o menos límites. Por otro, a la pretensión de intensificar los desincentivos existentes contra la realización de una determinada conducta. La primera idea se relaciona con el Derecho penal como peculiar espacio de reconocimiento. En cambio, la segunda con-

---

[132] *Baker*, McGill L. J. 56 (2011), 356, 376. Próximo, *Melissaris*, NCLR 15 (2012), 122 ss.

[133] *Thorburn* (2011), 42.

cibe el Derecho penal como medio especialmente intenso de coacción. En el marco de un modelo así concebido, el recurso al Derecho penal responde al incremento de los desincentivos previamente existentes en contra de la realización de la conducta infractora.

Aquella recoge la tradición de lo propio de lo criminal, como constitutivo de 86
un gravísimo mal contra los bienes de la persona que, por ello, tiene una enorme trascendencia pública. En efecto, esto es lo que históricamente diferencia la conducta criminal de cualesquiera otras conductas desleales con respecto a la comunidad política —así, el incumplimiento de un contrato con el Estado, o la comisión de una infracción administrativa—. En cambio, la segunda idea rectora de la criminalización recoge lo común al Derecho penal y a otras formas de conducción estatal de las conductas —en particular, el Derecho administrativo, sancionador o de fomento, pero también el Derecho civil de daños—. Ciertamente esta tampoco carece de tradición, que se puede hallar en la autoprotección de las organizaciones cuasi-estatales de la antigüedad y del medioevo, así como, luego, de las monarquías absolutas.

1.2. La lógica de las tres clases de delitos

1.2.1. Los delitos mala in se nucleares

Así las cosas, debe concluirse que no es posible una teoría unitaria de la crimi- 87
nalización, sino que son necesarias varias sub-teorías. A su vez, estas tienen que referirse respectivamente a cada uno de los tres grupos de delitos ya definidos en este texto (*cfr. supra* capítulo 1/60 ss.). En efecto, solo de este modo es posible una mejor descripción y crítica, así como, en última instancia, un mejor manejo aplicativo de cada uno de ellos.[134] Así, el primer grupo de delitos comprende el núcleo de los delitos *mala in se*. Estos son hechos que cualquier Estado tiene que criminalizar de modo obligatorio, puesto que en ellos se afecta dolosamente a los bienes intrínsecos de la persona: a su vida, a su integridad y a su indemnidad psico-física y moral. Expresado de otro modo, lesionan la moralidad elemental que rige la relación interpersonal pre-política, es decir, quiebran el vínculo de humanidad del que se deriva el deber de respeto a la dignidad de uno mismo y del otro, un deber natural para todos.[135] Por tanto, su criminalización estatal añade una razón prudencial a todas las preexistentes en contra de realizar el hecho.

Esto genera, a su vez, la obligación estatal de declarar el injusto culpable de 88
quienes probadamente hayan cometido tales delitos. En efecto, el reproche que dirige el Estado —por delegación de la humanidad— no es en puridad jurídico-estatal, sino que traslada una censura moral-universal. Ahora bien, de todo ello no cabe derivar un deber incondicionado de castigar —la puni-

---

[134] Una crítica radical de esta perspectiva, sin embargo, en *Gray*, Washington U. L. Q. 73 (1995), 1369 ss.

[135] *Silva Sánchez* (2018), 68-69.

bilidad—. En efecto, en la decisión sobre la punibilidad de una conducta inciden cuestiones adicionales muy diversas, que deben ser consideradas de modo equilibrado. Estas son, a saber, no solo el merecimiento conmutativo de pena, sino también la equidad, eficiencia y oportunidad del castigo. En última instancia, aquí tiene que ser determinante el fin último del buen gobernante, que es evitar la ruptura de la paz pública o alcanzarla allí donde esta se ha roto (*cfr. infra* capítulo 3/110).

1.2.2. Los delitos mala in se periféricos

89 El segundo grupo se mueve en la periferia de los delitos *mala in se*, y comprende la afectación imprudente de bienes intrínsecos, así como la afectación dolosa —y, en su caso, también imprudente— de determinados bienes humanos extrínsecos. Ciertamente, en casos drásticos de afectación de bienes extrínsecos imprescindibles para la vida digna de sus titulares —por ejemplo, la propiedad personal—, el Estado debe también criminalizar y establecer obligaciones categóricas de cumplimiento.[136] Sin embargo, en otros casos de afectación de la propiedad —cuando esta no es directamente necesaria para la vida humana digna— la cosa cambia, como también lo hace en los restantes casos de hechos lesivos de bienes personales extrínsecos. En estos se trata en realidad de infracciones de un orden social-cultural concreto, relativo a la libertad, la propiedad u otros bienes.[137]

90 En esta zona intermedia —la periferia de los delitos *mala in se*— es preciso distinguir dos grandes subgrupos de delitos. En el primero cabe incluir aquellos que lesionan gravemente los vínculos —naturales o adquiridos— que definen las relaciones interpersonales en sociedad.[138] Ciertamente, estos parten de una verdad universal: todo ser humano, en tanto que vulnerable y dependiente, necesita vínculos familiares, así como construir otras relaciones basadas en la confianza y en el respeto recíprocos. Sin embargo, los contornos de las figuras delictivas están determinados por un contexto histórico-cultural concreto.[139] De hecho, los legisladores expresan esta idea de modo explícito o implícito cuando en la tipificación de los respectivos delitos recurren a los denominados «elementos normativos del tipo», en concreto, a los «normativo-sociales» (*cfr. infra* capítulos 10/54; 12/41). Por tanto, los delitos que tipifican lesiones de relaciones sociales adquieren un contenido distinto, en función de cómo se configure una concreta cultura comunitaria, en interacción adicional con su Derecho civil.

91 En el segundo subgrupo de delitos *mala in se* periféricos se comprenden delitos cuyo núcleo de *malum in se* es asimismo claro, de modo que requieren

---

[136] Estos, al igual que los delitos del primer grupo, responden a normas que todos interiorizamos en nuestra socialización inicial —con independencia del lugar en que esta se produzca— y conforman nuestra conciencia: *Amelung* (1972), 291-292.

[137] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, II-II, c. 66 a. 2.

[138] *Kleinfeld*, Harvard L. R. 129 (2016), 1549 ss.

[139] *Köhler*, AT, 1997, 36.

su criminalización en cualquier sociedad. En efecto, ningún Estado podría desproteger penalmente la propiedad individual ni la libertad personal de acción, ni la relación entre esferas de propiedad o libertad. Sin embargo, en la práctica tal protección penal tiene lugar tras su integración con un orden estatal primario. Así, son el Derecho civil y el Derecho administrativo quienes determinan el orden preciso de propiedad y libertad, así como los canales relevantes de relación que se protegen en un Estado concreto. Ello se advierte, de nuevo, en la técnica de tipificación de los delitos que consisten en la lesión no violenta de la propiedad o de la libertad ajena, por ejemplo, del hurto o de las coacciones.[140] O, igualmente, en los delitos imprudentes de lesión personal.

92 En efecto, la técnica legislativa que se utiliza con frecuencia en este ámbito es la de los elementos normativos del tipo, pero ahora, concretamente, la de los elementos de «sentido jurídico» y de «valoración jurídica» (*cfr. infra* capítulos 10/56; 12/41). Así pues, la lesión de bienes sin afectar a ese orden no resulta penalmente relevante. Es verdad, desde luego, que también en los delitos *mala in se* nucleares existen casos límite —por ejemplo, los relativos al comienzo y al fin de la vida humana independiente— sometidos a criterios jurídico-normativos. Sin embargo, la diferencia entre unos y otros radica en que en este segundo grupo el propio núcleo de los delitos —y no solo los casos límite— está regido por un orden sociocultural y jurídico concreto.

1.2.3. Los delitos mala quia prohibita

93 En fin, el tercer grupo de delitos se refiere a un orden administrativo-estatal de previsión y se integra por los *mala quia prohibita*. Estos constituyen infracciones paradigmáticas de los deberes ciudadanos de cooperación con el Estado, aunque obviamente también repercutan de modo indirecto sobre los conciudadanos. De nuevo, su tipificación muestra un signo distintivo en el plano de la técnica legislativa. Ciertamente, se trata de «leyes penales en blanco», de modo que la afectación de bienes sin vulnerar disposiciones administrativas resulta penalmente irrelevante (*cfr. infra* capítulo 4/46). Como se advierte, los tres grupos de delitos se encuentran en una relación de gradualidad entre sí. Esta gradualidad pone de relieve que, a medida que el delito en cuestión se aleja del núcleo de los delitos *mala in se* —lesión de bienes intrínsecos—, se incrementan en él los elementos de contingencia. Al final, en los *mala quia prohibita* más periféricos lo protegido es un orden estatal concreto, aunque al fin y al cabo este deba hallarse —en el caso de los Estados decentes— al servicio de las personas.

1.2.4. Un balance

94 Para comprender lo anterior, es preciso partir de que el delito tiene una dimensión vertical, política o público-estatal, y otra horizontal o interperso-

[140] *Melissaris*, CL&Phil 6 (2012), 149 ss.

nal.[141] Así, desde la primera perspectiva todo delito conlleva la negación —en términos enfáticos, el desprecio— de una norma jurídica. Es decir, constituye una desobediencia que pone en cuestión la autoridad del Estado.[142] Ahora bien, este elemento se da también en toda infracción administrativa. En cambio, en su dimensión interpersonal —horizontal— el delito se integra entre los actos morales negativos. Ahora bien, evidentemente no todos los delitos tienen la misma dimensión moral.

95 Como ya se ha adelantado, en el caso del núcleo de los delitos *mala in se* —afectación dolosa de la vida, así como de la integridad física y moral—, el autor niega a la víctima el reconocimiento que esta merece como persona. Su conducta lesiona la dignidad intrínseca de aquella, cosificándola y convirtiéndola en objeto de disposición. En cambio, los delitos *mala in se* periféricos lesionan bienes extrínsecos. Ciertamente un mínimo de bienes extrínsecos viene demandado por la dignidad personal —libertad mínima de movimientos; propiedad, posesión o usufructo mínimos de bienes materiales—. Por tanto, la afectación de ese mínimo constituye un *malum in se*. Sin embargo, su perímetro depende de acuerdos sociales que se manifiestan en la regulación jurídico-privada y jurídico pública. Por eso, muchos hurtos no constituyen un *malum in se*. Por lo demás, es preciso ubicar también en este grupo la mayoría de los delitos imprudentes y buena parte de los delitos de omisión relativos a bienes individuales no intrínsecos.

96 En fin, los delitos *mala quia prohibita* afectan a un orden jurídico-estatal que ha sido establecido para la protección condicionada e indirecta de bienes individuales intrínsecos y extrínsecos, en la concreta configuración que hayan recibido. Así, se cometen esta última clase de delitos cuando se ponen en peligro abstracto los bienes objeto de protección del primero y el segundo grupo, o incluso cuando simplemente se afecta a las condiciones jurídicas de su protección. Ciertamente en ellos se afecta a los presupuestos del bien de las personas como sujetos relacionales, tal y como han sido establecidos por el Estado. Sin embargo, la cuestión relevante es que tanto los delitos integrados en la periferia de los *mala in se* como los comprendidos en los *mala quia prohibita* son reflejo de un orden estatal relativo, disponible y variable, que se vincula al estado de cultura de una determinada comunidad.[143] A esto se añade, concretamente en el grupo de los *mala quia prohibita*, que los delitos que lo integran, aunque tienen una referencia muy indirecta a la evitación de males personales, surgen en virtud de la mera decisión estatal de prohibición bajo pena. Más allá de esta no hay nada que los distinga de los ilícitos administrativos, de modo que la criminalización de este grupo de delitos es tecnocrática o burocrática.[144]

---

[141] *Silva Sánchez* (2018), 21-22, 220 ss.

[142] *Merkel*, PG, s/f, 13.

[143] *Merkel*, PG, s/f, 12.

[144] *Green*, Emory L. J. 46 (1997), 1533 ss.

En el delito como *malum quia prohibitum* cabe advertir ante todo un déficit 97
de cooperación con el Estado y un agravio a los conciudadanos, en tanto que estos cumplen las normas. Desde luego, estos elementos también concurren en los delitos *mala in se* nucleares criminalizados, junto con el aspecto central de la negación de la víctima como persona y sujeto de derechos; e igualmente en los delitos *mala in se* periféricos, en los términos asimismo señalados. Sin embargo, el grupo de los delitos *mala quia prohibita* viene definido de modo prácticamente exclusivo por ellos. Al respecto, en algunas posiciones doctrinales se señala que existe una categoría de «víctimas» (indirectas) que aparece en todos los delitos. Esta se hallaría integrada por las personas que obedecen al Derecho. Por eso se suele esgrimir en este contexto el argumento del «gorrón» o del polizón,[145] es decir, la crítica al sujeto que se beneficia de la cooperación social y que, al cometer la infracción correspondiente, obtiene una ventaja inicua.[146] Sin embargo, como se viene indicando aquí de forma reiterada, esto sucede tanto en los delitos como en las infracciones administrativas. Por tanto, no es una especificidad de aquellos.

En suma, el Derecho penal de los delitos *mala in se* nucleares y, en parte, 98
de los *mala in se* periféricos, es absolutamente excepcional en el conjunto del ordenamiento jurídico del Estado. En cambio, el Derecho penal de algunos delitos *mala in se* periféricos y de los *mala quia prohibita* puede verse con más claridad como una política pública. Aunque ciertamente tampoco es una política pública más, ni por la gravedad de sus consecuencias ni por los criterios de asignación de estas. Ahora bien, en todo caso, eso significa que, dentro del Derecho penal, la frontera entre lo «sustancialmente penal» y lo «instrumentalmente penal» discurre por algún lugar de los delitos *mala in se* periféricos. Ciertamente, a esto se añade que la política pública de criminalización de los *mala quia prohibita* no da lugar a recurrir a un desincentivo penal cualquiera, sino que opta por la forma de castigo más «sustancialmente penal». A saber, por la pena de prisión y, con ella, por el castigo más estigmatizante posible. Esto implica que el ámbito de lo sustancialmente penal en cuanto a los ilícitos y el de lo sustancialmente penal en cuanto a las sanciones no coinciden.

2. LAS DIFERENCIAS DENTRO DEL DERECHO PENAL

2.1. Generalidades

Como se ha visto, el primer criterio realista de criminalización tiene que 99
partir de la individualización de las realidades que son bienes esenciales para la persona. En este sentido resulta difícil rechazar la lógica que intentan introducir el concepto personal de bien jurídico, por un lado, y la doctrina de la lesión de la esfera de libertad, por el otro. Es cierto que una y otra ponen de relieve que, desde el punto de vista personal, también la propia organización

[145] En inglés, «*free rider*».

[146] *Rodríguez Horcajo* (2016), 141 ss.

social, económica y administrativa de la comunidad política es un bien para el hombre. Sin embargo, asimismo advierten que la lesión de algún aspecto de aquella y la afectación de las personas son dos cosas distintas. Además, los bienes públicos —salvo contadas excepciones— no son afectados de modo relevante por una conducta individual, sino por su masividad y su repetición. Por eso se ha insistido en el diverso papel que desempeña el Derecho penal a medida que se aleja del núcleo de lo personal y se aproxima al Derecho administrativo.

2.2. Las clases de penas imponibles

100 Cuando no existe un clima político-jurídico de reducción de los *mala quia prohibita* punibles —y esto es lo que sucede en el momento presente en todo el mundo—, las diferencias entre unas y otras conductas deben establecerse dentro del Derecho penal. Por tanto, es preciso construir un concepto material de delito —una teoría particular de la conducta criminal— para la parte sustancialmente penal (excepcional) de los ilícitos penales, es decir, para los hechos cuya comisión conlleva la imposición de la pena más grave —la de prisión—, y otro concepto para los hechos conminados con alguna de las restantes penas.[147] Ciertamente, el ingreso en la «institución total» que es la prisión, una pena corporal en sentido amplio, constituye la sanción penal paradigmática. En efecto, tras el reproche propio de la condena, la imposición y ejecución de la pena de prisión logran expresar de modo físicamente doloroso y socialmente plástico un reproche adicional. Por tanto, es preciso determinar en primer lugar qué delitos deben ser castigados con pena de prisión. Ahora bien, en este punto conviene no olvidar que el estigma de la pena se debe, en última instancia, a la asociación de lo criminal con la muerte de otro —es decir, con el homicidio y con la pena de muerte—. Así pues, en el sentido más estricto solo puede ser criminal aquello que cabe reprochar de modo absoluto, de modo que su autor tenga que ser excluido de la comunidad —con la prisión o la expulsión—. Este es el caso de los delitos dolosos de lesión —en algún supuesto adicional, de peligro concreto— contra bienes intrínsecos de la persona.

101 En cambio, la imposición de penas de prisión por delitos no dolosos contra bienes intrínsecos, por delitos dolosos contra bienes extrínsecos de la persona o por delitos dolosos contra bienes institucionales no está justificada, salvo en casos gravemente excepcionales. Esto se advierte si se tiene en cuenta la conducta concreta realizada por el delincuente —lo que este merece—, y no el carácter más o menos masivo de la clase de conducta en la que se enmarca su comportamiento. En la reacción contra ellos es preciso considerar asimismo el significado expresivo que tiene la propia condena penal, de modo que son suficientes las penas de localización permanente —privación o restricción de

[147] En esta línea, *Silva Sánchez* (1999; 2.ª, 2001; 3.ª, 2011).

libertad sin ingreso en prisión—, de trabajo en beneficio de la comunidad, pecuniarias o de privación de derechos. En realidad, incluso puede serlo una consecuencia jurídica reparatoria unida a la declaración de culpabilidad. Ejemplos de estos delitos *mala in se* periféricos son los imprudentes de lesión, los delitos de peligro real-abstracto contra bienes intrínsecos; y los delitos dolosos de lesión o de peligro concreto contra bienes extrínsecos. En particular, los delitos patrimoniales no violentos.

Tales casos solo deberían dar lugar a imponer una pena de prisión en algu- **102**
nos supuestos excepcionalmente graves. Ahora bien, en realidad esto es lo que sucede en la práctica de la mayoría de los países como efecto del recurso a la institución de la suspensión condicional de la ejecución de la condena de prisión. Sin embargo, los legisladores no renuncian a la conminación penal abstracta de prisión, tratando de buscar la intimidación derivada de la ausencia de automatismo en la apreciación judicial de la suspensión. Además, incluso cabe advertir un movimiento de retroceso en el recurso a esta institución. De este modo, se utiliza la estrategia del miedo a la cárcel como mecanismo de prevención general de macroproblemas sociales. Sin embargo, esto conduce a la injusticia en el caso concreto, puesto que el que sufre la prisión no suspendida no es el macroproblema, sino la persona que ha realizado una conducta concreta. Así, un hurto, una estafa, una falsedad o incluso un homicidio imprudente.

En fin, como se ha indicado, en el grupo tercero de delitos —*mala quia* **103**
prohibita— hay que partir de lo discutible de su propia criminalización. Este es el ámbito de delitos dolosos —o imprudentes— que afectan, en términos estadísticos o acumulativos, a bienes supraindividuales. En estos casos, el reproche asociado a la lesión de un orden estatal concreto únicamente puede ser dirigido con base en el título mínimo de la infracción de un deber de cooperación. Por tanto, en puridad, este tercer grupo de conductas es administrativo y se integra de disposiciones ampliamente contingentes.[148] Así las cosas, la solución óptima debería ser su despenalización. Sin embargo, sentado que no existe ni la voluntad político-jurídica de hacerlo, ni siquiera un consenso doctrinal al respecto, debe optarse por una solución subóptima. Aquí, al igual que en los delitos *mala in se* periféricos, la pena de prisión solo debería imponerse en casos en los que se produzcan situaciones catastróficas. En los demás supuestos, las penas deben ser de localización permanente —en sus diversas variantes—, pecuniarias o privativas de derechos. Como ya se ha anticipado, por pura coherencia, estas deben ser penas inferiores a las del delito de omisión del deber de socorro. A propósito de estos supuestos debe considerarse también la supresión de los antecedentes penales, como mecanismo de prolongación de los efectos de la pena tras el cumplimiento de la condena. En realidad, la derogación de los antecedentes penales debe considerarse seriamente como medida de política jurídica de carácter general (*cfr. infra* capítulos 3/138; 5/82).

[148] En este sentido, *Rando Casermeiro* (2010), 171.

3. EL OTRO LADO DE LOS PROCESOS DE INCRIMINACIÓN Y DESINCRIMINACIÓN: LA POSTERGACIÓN DE LO HUMANO

3.1. Introducción

104 Las consideraciones anteriores se han centrado en la creciente criminalización de conductas cuyo ámbito tradicional había sido el Derecho administrativo económico. Es decir, en la ampliación progresiva del subsistema del Derecho penal —que siempre ha existido— que no posee las características de lo penal como «excepcional». En cambio, ahora procede considerar el fenómeno opuesto, consistente en la desincriminación o despenalización de otras conductas tradicionalmente integradas en el Derecho penal. Es muy significativo que ello constituya con claridad el reflejo jurídico-penal del debate mundial —o de la lucha cultural— que tiene por objeto la «cuestión antropológica». En concreto, aquí se trata del proceso de reducción de la persona a la condición de individuo productor y consumidor de bienes y servicios económicos, parcialmente subvencionado por el aparato administrativo del Estado. Esto es, de su reconstrucción como mero interlocutor del binomio Estado-Mercado.

3.2. Las vidas de las personas dependientes

105 Como se ha indicado, todo ser humano es vulnerable y, por ello, dependiente de los demás. Sin embargo, a lo largo de la vida existen situaciones en las que la fragilidad se hace mayor y la dependencia se incrementa hasta ser casi absoluta. Pues bien, el último medio siglo se ha caracterizado por una clara disminución de la protección penal de los más dependientes. En particular, debe aludirse a la vida de los niños no nacidos y de los ancianos gravemente enfermos. En cuanto a lo primero, puede partirse, si se quiere, de la Metafísica de las Costumbres, donde Kant afirma categóricamente que «el concebido es persona» y no «propiedad de los padres».[149] En efecto, la vida humana prenatal constituye un bien intrínseco —más aún, constituye a la persona misma—. Sin embargo, esta es la realidad cuya protección —no solo jurídico-penal, sino jurídica en términos generales— más ha disminuido en las últimas décadas. Así, las legislaciones vigentes en la mayoría de los países occidentales privan de toda protección jurídica a la vida del niño no nacido, durante buena parte de su existencia.[150] En efecto, la producción dolosa de su muerte, durante ese período más o menos extenso, no está prohibida bajo pena. Además, los Estados, pretendiendo construir un «derecho» al aborto, no solo tienden a excluir su antijuridicidad penal, sino que han asumido el deber jurídico de contribuir dolosamente a esa muerte.

106 Naturalmente, ello no ha tenido lugar sin que previamente se diera un proceso histórico de cierta duración, caracterizado por la progresiva desperso-

[149] *Kant* (1797), Rechtslehre, §§ 28, 29.

[150] *Zambrano/Saunders* (2019).

nalización del niño no nacido.[151] Así, la primera fase tuvo lugar a través de la manipulación del lenguaje, en la medida en que el término «aborto» —mejor, infanticidio prenatal— fue sustituido por la expresión eufemística «interrupción voluntaria del embarazo» e incluso por las siglas de esta última (IVE). Por su parte, la segunda fase se produjo mediante la distinción iusfilosófica de los conceptos de «ser humano» —ser perteneciente a la especie humana— y «persona» —sujeto de derechos—.[152] De este modo, mediante la despersonalización del niño no nacido se sentaron las bases para la construcción de un derecho a la interrupción del embarazo, integrado en la denominada salud reproductiva y canalizado como una prestación sanitaria más.[153]

Sin embargo, pese a la logomaquia legal, el aborto jamás será una mera **107**
prestación sanitaria. Por el contrario, tal conducta se produce en una situación dramática y constituye, en consecuencia, un hecho con grave trascendencia moral y jurídica. Así pues, la única aproximación realista a las conductas de causación de la muerte del niño no nacido es su caracterización como un hecho antijurídico contextualizado en una situación vital dilemática. Ciertamente, dadas las características del conflicto, este no puede afrontarse ni única, ni siquiera preferentemente, a través del Derecho penal. Sin duda, el diseño de una política pública de compromiso social y económico con la mujer embarazada y con la familia es el primer instrumento. En todo caso, hay que adoptar soluciones adicionales que permitan superar la flagrante contradicción de la situación legal occidental con su propia premisa mayor, a saber, que todos tienen derecho a la vida.[154]

El contexto tecnocrático-sanitario en el que se pretende envolver el aborto **108**
alcanza, en el planteamiento de algunos filósofos, también a los recién nacidos;[155] e igualmente a los ancianos y a otras personas gravemente enfermas. Así se advierte el vínculo de la ideología eugenésica con la cuestión relativa al sentido de la vida del enfermo grave, que se interpreta como «carga» para otras personas. Ciertamente, en el caso del enfermo adulto, y sobre todo del anciano, la desprotección es más sutil, puesto que se encubre bajo la supuesta pretensión de atribuirles libre disposición sobre su vida. Sin embargo, en realidad las leyes de eutanasia producen el efecto de comunicar al enfermo —y al conjunto de la sociedad— que la vida de aquel no tiene más valor que el que

---

[151] *Silva Sánchez*, RECPC 2007, 1 ss.

[152] Ya en la STC 53/1985, de 11 de abril.

[153] Tras las STC 212/1996, de 19 de diciembre, y 116/1999, de 17 de junio, el embrión humano no implantado ya fue reducido a un objeto. Considerado primero un «ser humano no persona», se le negó después su carácter de «ser humano», situándole en una absurda posición intermedia entre los humanos y las cosas. En realidad, resulta evidente que es sometido a negocios jurídicos y que se le trata como objeto de derechos reales, es decir, como una cosa: *Merkel* (2002). Crítico, con matices, *Habermas* (2002), 126-127; más claramente, *Spaemann* (2000); *Ollero* (2007), 331 ss.

[154] Otras contradicciones se refieren a la proscripción de toda discriminación, cuando uno de los criterios para la práctica del aborto es la discapacidad advertida en el niño todavía no nacido.

[155] *Hoerster* (1995).

él mismo quiera atribuirle. Es decir, que el resto de la comunidad no le asigna valor alguno. De este modo, es inevitable que su derecho constitucional a la vida —que parte de la vida como bien absoluto— sea entendido por unos y otros como una «carga», que soportan los familiares, cuidadores y, en última instancia, toda la sociedad. Además, esto debe enmarcarse en un contexto de disminución de los recursos públicos, de crisis del sistema de pensiones y de enfrentamiento intergeneracional por la distribución de los restos del Estado del bienestar. En ese marco, es inevitable que la persona anciana y gravemente enferma experimente un intenso efecto de desaliento en el ejercicio de su derecho fundamental a la vida (*cfr. infra* capítulo 22/66).

3.3. El patrimonio moral-personal como objeto de protección jurídica

109 A finales de los años cincuenta del siglo pasado Hart había sostenido un intenso debate con Fuller sobre la separación entre el Derecho y la Moral.[156] Poco después, en los años sesenta, la discusión académica sobre la protección jurídico-penal de la «moral», como factor de integración social, tuvo uno de sus puntos álgidos con la polémica entre el propio Hart y Devlin.[157] Con posterioridad, el debate bajó en intensidad. En la actualidad, un sector de la doctrina admite la legitimidad de la protección penal de ciertas creencias compartidas, aun considerando que estas no constituyen «bienes jurídicos», sino bases de la sociedad en la que se quiere vivir —instituciones socialmente reconocidas o, más ampliamente, «formas de vida»—.[158] En particular, por esta vía justifica la existencia de los denominados «delitos de comportamiento».[159] En efecto, estos se definen por lesionar ciertos estándares mínimos de moralidad, sentimientos o valores socioculturales, que constituyen elementos de la identidad de los integrantes de la comunidad política de la que se trate.[160]

110 Frente a esta posición, otro sector doctrinal que adopta la perspectiva liberal critica la pretensión de protección penal de lo que considera aspectos de la moral colectiva (sentimientos o tabúes). Así, tacha a la posición contraria de «moralismo penal» —una subespecie del moralismo legal—, explícito o encubierto, objetándole que solo cabe criminalizar las lesiones de la autonomía individual. Sin embargo, el argumento que se autocalifica de liberal es falaz. En efecto, en la legislación vigente se prohíben muchas conductas que no

---

[156] *Hart*, Harvard L. R. 71 (1958), 593 ss.; *Fuller*, Harvard L. R. 71 (1958), 630 ss.

[157] *Hart* (1963); *el mismo* (1965); *Devlin* (1965). El debate sigue siendo objeto de revisiones: *Arneson*, CL&Phil 7 (2013) 435 ss.; *Miró Llinares*, RECPC 2015, 1 ss.

[158] *Pawlik* (2012), 103 n. 559; crítico, *K. Günther*, KritJ 2016, 520 ss.

[159] En alemán: «*Verhaltensdelikte*». Su antecedente podría ser la figura de los «*Aktverbrechen*», en una antigua formulación de Welzel. Así, *Amelung* (1972), 281 ss. No deben ser confundidos con los delitos de comportamiento o medios determinados («*verhaltensgebundene Delikte*»), que constituyen una categoría propia de la realización de los tipos.

[160] *Stratenwerth*, FS Lenckner, 1998, 377 ss. *Jakobs* (2012), 29 ss. Una descripción y crítica en *Hörnle* (2004), 11 ss.; *la misma* (2008), 321; también distante de aquella doctrina *Pawlik* (2012), 219 ss.

lesionan la autonomía individual —no llevar casco en motocicleta, no ceñirse el cinturón de seguridad en el automóvil—. Incluso algunas de ellas son prohibidas bajo pena, como, por ejemplo, las que lesionan de forma consentida la dignidad de la persona —ilícitos laborales, contra la integridad moral, contra los derechos fundamentales—. Es más, también se prohíben bajo pena conductas que no lesionan la autonomía individual, sino que afectan a instituciones económicas del Estado o de la sociedad —por ejemplo, la Hacienda pública o el mercado—. Ciertamente, a este contraargumento cabría oponer que tales instituciones no se protegen como fines en sí mismas, sino porque, a su vez, son condiciones de desarrollo de la autonomía individual.

No obstante, aun aceptada esta réplica, igualmente puede responderse a ella 111
indicando que el ejercicio de la autonomía de la persona individual no solo precisa condiciones de un relativo bienestar material, protegidas por el Estado. En realidad, un entendimiento no reduccionista de la persona permite advertir con claridad que la vida plena de esta última necesita bastante más que prestaciones económicas. De hecho, requiere muchas condiciones que el Estado ni le procura, ni le puede proporcionar. Pues bien, a este grupo de necesidades pertenecen, por ejemplo, determinadas «formas de vida» comunes, entre las que se cuentan las instituciones básicas de la sociedad —la estabilidad de la familia, por ejemplo—. En efecto, estas constituyen condiciones evidentes de la plena realización personal.

Lo anterior significa que la idea de «mal para la persona con trascendencia 112
pública» se comprende erróneamente cuando se traduce en la criminalización de infracciones del orden económico y en la despenalización de las lesiones de la identidad moral de las personas. En efecto, la incidencia de este sesgo reduccionista-materialista se advierte en el debate sobre la protección penal de los llamados «sentimientos» colectivos, una denominación manifiestamente inexacta para muchos de los supuestos que habitualmente se incluyen en ese ámbito.[161] En primer lugar, porque no se trata de sentimientos —de emociones—, sino de elementos constitutivos de la comprensión del mundo y del sentido de la existencia, que integran la identidad personal.[162] En segundo lugar, porque no son colectivos, sino propios de cada persona, con independencia de que pueda haber varias o muchas que los compartan. En efecto, es propio de cada persona, como unidad corporal-espiritual trascendente a la realización de funciones de obtención de ingresos y de consumo, la asunción de una visión total de la realidad. Esta se integra, entre otros elementos, por sus «creencias básicas»[163] y sus deberes en relación con lo sagrado. Desde la antigüedad, este reconocimiento y cumplimiento de los deberes para con la divinidad, la patria, los antepasados y la familia se han denominado *pietas* —la piedad que, ya en Roma, era la virtud republicana por excelencia—.

---

[161] Próximo al texto, *Donini*, RIDPP 2008, 1585 ss.

[162] *Seelmann* (2013), 39 ss., 59 ss.

[163] *Stratenwerth* (2007), 369 ss. Críticos, *Carbonell Mateu* (2018), 331 ss.; *Alcácer Guirao* (2020), 246 ss.

113 Sentado lo anterior, un principio básico de la interacción humana es el reconocimiento del otro. Por tanto, la protección de la identidad básica de la persona y de los elementos en los que esta se manifiesta constituye una tarea esencial del Derecho. Así las cosas, la reticencia a hacerlo solo puede explicarse desde un reduccionismo materialista de lo que son bienes de la persona, base de su desarrollo pleno en sociedad. Sin embargo, resulta incongruente proteger penalmente los bienes económicos individuales —unos cuantos euros: art. 234.2 CP español— y no el «patrimonio» espiritual de una persona, cuando este último es intrínseco-fundamental y la propiedad mobiliaria, extrínseco-secundaria. Pues bien, la grave violencia simbólica —verbal o gestual— contra la identidad ético-social ajena constituye un desprecio del otro como persona, una negación frontal del reconocimiento que se le debe. Ello determina que no tenga por qué quedar fuera del ámbito razonable del Derecho penal.

3.4. La solidaridad

114 Otro punto controvertido en cuanto a la protección penal viene dado por la cuestión de la solidaridad. Ciertamente, la legitimidad de la tipificación penal de la vulneración de deberes de solidaridad ha ido ganando adeptos en la doctrina.[164] A ello ha contribuido su reconstrucción desde las dominantes perspectivas contractualistas-liberales, con más o menos densidad institucionalista. En efecto, desde una perspectiva liberal, se arguye que los deberes de solidaridad tienen una doble faz. A saber, no solo restringen la libertad del obligado, sino que también amplían la libertad del beneficiado. Así pues, no son paternalistas, pues el rechazo del beneficiado no solo los anula como tales, sino que bloquea que puedan operar siquiera como permisos de acción. Sentado esto, y dado que las posiciones de auxiliador y auxiliado son intercambiables, se concluye que el establecimiento de deberes de solidaridad jurídico-penales es compatible con una fundamentación contractualista del Derecho (*cfr. infra* capítulo 11/140).[165]

115 La solidaridad —una virtud moral y política— no es un bien jurídico, sino que define el fundamento de un deber de actuar a favor de los bienes jurídicos de otro.[166] Como es obvio, trae causa del vínculo de dependencia interpersonal. En efecto, los deberes de solidaridad son deberes naturales propios de la relación entre seres vulnerables y dependientes. Ahora bien, lo llamativo es que, al ser intermediados por el Estado, se subvierte su rango axiológico interno. Así, la lesión de los deberes de solidaridad económica —que se redefinen como deberes de colaboración con el Estado— se considera más grave que la del deber interpersonal de solidaridad vital. Así, como se ha indicado, los

---

[164] *Feinberg* (1984), 126 ss., 128; *von Hirsch/Neumann/Seelmann* (2013). Crítico, sin embargo, *Alcácer Guirao*, RECPC 2002, 1 ss.

[165] *Morgenstern* (1997), 81.

[166] *Morgenstern* (1997), 125, 136-137.

delitos económicos se castigan con penas mucho más graves que la omisión de socorro en situación de peligro grave para la vida o integridad física de otro.

Un aspecto concreto de la solidaridad es la que se relaciona con las «gene- 116
raciones futuras».[167] En realidad, ello podría formularse ya, de modo más concreto, como solidaridad con quienes en la actualidad son niños, de modo que todavía no pueden participar en la toma de decisiones políticas. En efecto, en esta materia no solo se trata de la adopción de decisiones relativas a los recursos naturales, sino también a los recursos públicos-estatales. Esto último tiene que ver, obviamente, con el problema del endeudamiento de los Estados, que tendrán que asumir de uno u otro modo los actuales niños, futuros contribuyentes. Con todo, ante el riesgo de irritar a los adultos, beneficiarios de prestaciones públicas, esta referencia directa —y actual— de la solidaridad intergeneracional ha ido desapareciendo. Además, la reducción de la procreación a niveles rayanos en el cero absoluto conduce a pensar que quienes afrontarán la deuda serán «los hijos (y nietos) de los otros». Eliminada esta dimensión interpersonal, el (extraño) referente de la solidaridad diacrónica no son los seres humanos del presente e inmediato futuro, sino un difuso «bienestar planetario». Así, el riesgo que es preciso neutralizar o disminuir ya no es la escasez de los recursos naturales, ni de los recursos públicos, sino un genérico «cambio climático».

3.5. La cuestión del «paternalismo»

Por su parte, la incriminación de conductas con base en un supuesto fun- 117
damento paternalista es objeto de amplia crítica en la doctrina. Así, en el apartado de la legislación paternalista se incluyen la criminalización del auxilio al suicidio y del homicidio consentido, las limitaciones en la extracción consentida de órganos no vitales para el trasplante, así como la eficacia solo atenuante del consentimiento en las lesiones, entre otros ejemplos. Pues bien, si se parte de una metafísica de la persona —la del liberalismo—, que la reconstruye como sujeto racional autónomo, entonces toda forma de paternalismo es rechazable.[168] En efecto, esta metafísica ha llegado al extremo de sostener que el sujeto tiene derecho, en ejercicio de su autonomía racional, a hacer lo irracional y, además, en concreto a dañarse con ello. Sin embargo, esta es una antropología errónea, pues practica un reduccionismo radical del ser y del existir personal. Según se ha indicado, tanto la filosofía clásica como las modernas investigaciones sobre el comportamiento ponen de relieve que el ser humano tiene déficits cognitivos y volitivos. Igualmente, acreditan que es vulnerable en términos físicos, psíquicos-emocionales, morales y sociales. Por tanto, una perspectiva antropológica realista, que tenga en cuenta la fragilidad

[167] Crítico, *Alcácer Guirao*, RECPC 2002, 1.

[168] La existencia general de un derecho al suicidio asistido se sostiene en la STC 19/2023, de 22 de marzo.

y la dependencia del ser humano, no tiene por qué excluir la incriminación de ciertas conductas por razones supuestamente «paternalistas».

118 En realidad, estas lo que hacen es partir de un respeto profundo por el ser del otro y de la consideración de su importancia para el bien común. Así, ciertamente sería antipaternalista y «emancipadora» una hipotética liberalización general del homicidio consentido y del auxilio al suicidio —no planteada ni siquiera en las leyes contemporáneas de «eutanasia»—. Igualmente, sería antipaternalista la despenalización de la gestación subrogada —el alquiler de vientre— o de toda enajenación de órganos para trasplante. Sin embargo, tal liberalización simultáneamente constituiría la expresión de una absoluta irracionalidad del legislador. En efecto, lo racional es tener en cuenta datos reales, como la influencia persuasiva de unas personas sobre otras o la coacción que existe de modo más o menos encubierto en la relación interpersonal. En efecto, estos son tan reales como la eficacia manipuladora de la convergencia del dinero de los unos con la necesidad material de los otros. Además, también es real la experiencia de la propia debilidad, cuyo conocimiento conduce a todo sujeto razonable a adoptar medidas de «autopaternalismo» dinámico.

119 Adicionalmente, resulta notorio que esa debilidad es superior en personas jóvenes —preadolescentes y adolescentes—. En efecto, las investigaciones sobre el comportamiento humano han confirmado la intuición, siempre existente, de que los jóvenes, hasta bien entrada la veintena, muestran déficits volitivos. Además, la impulsividad —los déficits de autocontrol— redundan obviamente con frecuencia en perjuicio propio. Entonces resulta irracional e insolidario que precisamente ellos sean abandonados a su suerte —cada vez más— bajo el pretexto del respeto a una autonomía que, en puridad, solo existe de modo muy imperfecto. En efecto, la doctrina —y ciertas legislaciones— pretenden atribuirles una madurez de la que carecen, capacitándoles para la toma de decisiones irreversibles, como la de mutilar sus órganos genitales en intervenciones de cambio de apariencia sexual. Igualmente, les dota de supuestos derechos de intimidad y de acceso a internet que puedan ejercer frente a sus padres. Sin embargo, ello no implica otra cosa que exponerlos a fuentes de riesgo que no controlan, neutralizando precisamente a quienes mejor pueden protegerlos.

3.6. Los animales y la naturaleza

120 La vida y la integridad física de los animales, más allá de que estos sean elementos del patrimonio de una persona o de instituciones públicas, son objeto razonable de protección penal. Sin embargo, esto no tiene como fundamento que sean titulares de derechos. Por el contrario, la protección penal de los animales deriva de la juridificación de deberes de trato humano —compasivo— con respecto a ellos.[169] El valor de los animales, en efecto, no se debe únicamente a su relevancia instrumental para el hombre, como sostendría una visión puramente

[169] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, II-I, Part II, c.102 a. 6.

antropocéntrica. Ahora bien, tampoco cabe construir una teoría de los derechos derivada de la condición de un ente como viviente o sufriente, que se sitúa en el extremo opuesto. Si se quiere, puede hablarse de solidaridad o empatía con otros seres vivos, siempre y cuando esto se entienda debidamente en el mencionado sentido de compasión —y no como expresión de igualdad ontológica—.

El error de las doctrinas de la protección penal de unos supuestos derechos de los animales radica en una pretendida humanización de estos. Como es obvio, esta humanización carece de base ontológica y, por ello, resulta inconsistente. Por ejemplo, parece claro que si un animal carnívoro —un lobo— devora a un herbívoro —una oveja— eso no es lesión alguna del «derecho» de este último. Así, los animales tienen ciertamente una relevancia propia como criaturas, pero esta se halla razonablemente subordinada al superior valor del ser humano. Por eso, no toda lesión de la vida o integridad de un animal constituye un mal. Sin embargo, sí lo es que un hombre maltrate o cause la muerte de un animal de modo innecesario o desproporcionado. En efecto, el maltrato injustificado a los animales constituye una forma de administración desleal de la creación, que desconoce el papel de aquellos en su conjunto.[170] En cambio, tampoco es un mal que un animal mate a otro o lo lesione, pues los conceptos de necesidad y proporcionalidad son inaplicables a la relación biológica-instintiva entre animales. 121

La protección de los animales, aun teniendo en cuenta su peculiar posición en la realidad como entes que sufren, se mueve en el espacio más amplio de la protección de la naturaleza. En definitiva, ni el cosmos, ni el planeta tierra, ni dentro de este el mundo mineral, vegetal y animal, es propiedad de los seres humanos. Mucho menos lo es de los seres humanos del presente. Es más, aunque lo fuera, ello no podría justificar su destrucción. En efecto, incluso el titular de una propiedad se ve sometido a limitaciones en su ejercicio en aras del bien común. Por tanto, la única concepción razonable de la relación entre los seres humanos y su entorno en la Tierra es el de administradores obligados a una administración diligente y leal.[171] Esta obligación afecta con especial intensidad a los miembros de las sociedades industrializadas y consumistas, que ocupan una parte territorial y poblacionalmente muy limitada de la totalidad del planeta. En efecto, estos —nosotros— hace ya muchas décadas que venimos incumpliendo los mencionados deberes de administración diligente y leal. De este modo también puede explicarse mejor la idea de solidaridad con las generaciones futuras que prefiere utilizar algún sector de la doctrina. 122

En cambio, merecen crítica los términos en los que se pretende sostener la protección de la naturaleza cuando estos alcanzan la impronta de una nueva «religión política», continuadora de los panteísmos primitivos. En efecto, de modo no infrecuente se procede, en primer lugar, a atribuir al planeta Tierra la condición de «sujeto», para la que carece de las mínimas condiciones ontológicas. A conti- 123

---

[170] Relativamente próximo, *Greco*, FS Amelung, 2009, 3 ss.

[171] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, II-II, c. 66 a. 2.

nuación, se le atribuyen derechos. En fin, estos van adquiriendo un rango cada vez mayor, hasta el punto de que pueden prevalecer sobre bienes humanos.[172]

V. LOS ELEMENTOS DE UNA TEORÍA NORMATIVA DE LA CONDUCTA CRIMINAL

1. GENERALIDADES

124 La realidad del estado de la criminalización de conductas en una comunidad política no tiene que ver solo con cuáles son los «bienes jurídicos penalmente protegidos», sino en cómo lo son. Pues bien, esta es una cuestión que se relaciona con toda una serie adicional de consideraciones que trascienden a esta determinación y que no son solo de naturaleza legislativa, sino también judicial. Así, por ejemplo, el estado de criminalización de dos sistemas legales con los mismos bienes jurídicos protegidos puede ser radicalmente distinto en función de que adopten sistemas de incriminación abierta de las tentativas y de las imprudencias, o bien sistemas cerrados de alcance mayor o menor. Igualmente, en dos sistemas legales que incriminan las conductas imprudentes en relación con los mismos bienes jurídicos, el alcance de la criminalización es radicalmente distinto si uno incrimina las imprudencias leves y otro, solo las graves. En fin, por concluir con los ejemplos, dos sistemas que incriminan del mismo modo los delitos contra el honor pueden ser sustancialmente distintos, en función de la medida en que se aplique en ellos la causa de justificación de ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

125 Por lo tanto, una teoría normativa de la criminalización —como teoría orientadora de los supuestos en los que debe recurrirse a la pena estatal— no puede circunscribirse a la delimitación de ciertas realidades como objeto de protección. Además, tiene que determinar cuáles deben ser las formas de afectación a dichos objetos que cabe razonablemente reputar criminales. De este modo, ante todo debe caracterizarse como una «teoría normativa de la conducta criminal».[173] Como mínimo, dicha teoría normativa debe tener en cuenta los principios que se exponen a continuación.

2. LOS PRINCIPIOS RECTORES

2.1. El principio del hecho

2.1.1. Generalidades

126 El principio del hecho establece que solo es posible criminalizar el obrar de un agente.[174] Por un lado, esto excluye la sanción de los pensamientos en

---

[172] En este sentido, por ejemplo, el planteamiento de la Constitución del Ecuador, al disponer que la naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución (art. 10. 2), y aludir a los derechos de la «*Pachamama*» (madre tierra: art. 71).

[173] *Grünhut*, FS Frank, 1, 1930, 10.

[174] En la tradición angloamericana: «*act requirement*».

tanto que actos internos (*cfr. infra* capítulos 8/48; 15/7). Por otro, conduce a descartar la punición de procesos externos meramente causales, así como de formas de ser —de la personalidad o del carácter—. En este sentido se señala que solo resulta admisible un Derecho penal del hecho, y no un Derecho penal de autor.[175] Sin embargo, esta doble restricción puede tener fundamentos diversos. Así, la exigencia de comisión de un hecho puede reputarse inherente a una fundamentación retributiva del Derecho penal. Ahora bien, asimismo cabría afirmar que ciertos modelos retributivos pueden llegar a castigar la mera *voluntas*, es decir, las intenciones, tan pronto como estas alcancen cualquier forma de exteriorización. Un ejemplo de ello podría ser la sanción de las tentativas irreales, incluidas las más absurdas o supersticiosas, algo que en general se rechaza (*cfr. infra* capítulo 15/59).

127 Por su parte, en el marco de un Derecho penal de fundamentación preventiva —tanto preventivo-general como preventivo-especial—, el principio del hecho constituye un límite externo, sobre cuyo alcance puede discutirse. Así, por ejemplo, una doctrina preventivo-especial no limitada por el principio del hecho puede sostener la procedencia de una intervención sobre alguien que aún no ha cometido delito alguno. El ejemplo de las medidas de seguridad predelictuales es el más citado y discutido. Como se ha indicado, el principio del hecho conlleva la exigencia de exteriorización y prohíbe la responsabilidad penal por los pensamientos.[176] Por eso, es doctrina asentada la de que la fase de deliberación y decisión de un delito —la llamada fase interna— debe quedar siempre exenta de pena. En suma, existe libertad de pensamiento —*cogitationis poenam nemo patitur*, reza el brocardo clásico—. Sin embargo, resulta discutible a qué razón se debe esa exención. En efecto, esta puede responder a una consideración normativa de principio —deontológica—, según la cual el Estado no puede injerirse en la esfera interna de los ciudadanos. Ahora bien, asimismo puede partir de un criterio normativo consecuencialista. A saber, que los pensamientos no son lo suficientemente peligrosos o que carecen del mínimo contenido expresivo para perseguirse, lo que debería justificarse caso por caso. En fin, podría deberse incluso a una mera consideración fáctica de prueba, basada en que hasta ahora ha sido imposible acceder a los estados mentales de las personas.

128 En cambio, el principio del hecho no impide que, para determinar el sentido interpersonal —social— de un obrar humano, se recurra, junto a otros elementos, al sentido que el propio sujeto atribuye a su hecho, a la finalidad que persigue con él o al motivo que le guía. Aunque este es un tema polémico, debe concluirse que tal práctica no vulnera aquel principio (*cfr. infra* capítulo 10/57). Así, existe acuerdo en que las tendencias internas trascendentes —el ánimo de apropiación— o intensificadas —el móvil sexual— pueden contribuir a la determinación del sentido de un hecho. Por tanto, puede ser objeto de

---

[175] *Gómez Martín* (2007); asimismo, los trabajos compilados en *Maraver/Pozuelo*-eds.- (2020).

[176] *Sánchez-Ostiz* (2012), 151, 155 ss.; *Moeller* (2018), 165 ss.

valoración jurídico-penal, con los matices que se verán. Igualmente es común apelar al principio del hecho para poner en cuestión las disposiciones legales que sancionan la pertenencia a asociaciones —un delito de organización—, así como la posesión de determinados objetos, o la realización de meros actos de preparación de otros hechos. Sin embargo, esto tampoco es correcto.

129 En efecto, la pertenencia a una asociación, la posesión de objetos o la realización de actos preparatorios de posteriores delitos sí pueden considerarse hechos que constituyen el resultado de conductas personales. Desde luego, tales acciones no son todavía conductas inmediatamente peligrosas para bienes jurídicos concretos. Sin embargo, son mediatamente peligrosas y, en esa medida, generadoras de inseguridad, de modo que cabe debatir si procede castigarlas o no. Ahora bien, entonces lo problemático no es que no constituyan hechos, sino si la reacción del Derecho penal frente a ellos resulta conforme con los principios de lesividad y de proporcionalidad. Desde luego, no es lo mismo una organización criminal internacional de carácter violento que disputa a los estados la soberanía política y económica —el cumplimiento de sus funciones de garante— que una organización de tres o cuatro personas, creada para cometer hurtos.[177] En definitiva, el principio del hecho se enmarca en la idea, más general, de que el Derecho, a diferencia de la moral, tiene que limitarse al fuero externo. Así, su garantía específica radica en determinar cuál es el mínimo de exteriorización delictiva que es preciso que concurra. En otros términos, cuál es el mínimo de facticidad que debe requerirse para tomar la exteriorización de una volición o de una emoción como contenido susceptible de incriminación.

2.1.2. Excurso: El debate angloamericano sobre las formas de exteriorización del hecho

130 En la tradición angloamericana es común aludir a cinco formas de exteriorización de un hecho: la acción, la omisión, la posesión —o tenencia—, el estado de cosas y el estatus. En realidad, estas describen formas o estructuras de realización de los tipos de delito. Así, en concreto, las omisiones constituyen una forma genérica de interpretar el contenido de sentido de la manifestación externa de un agente moral. Por ejemplo, de quien está caminando por la calle, podemos afirmar que su conducta es un pasear o bien un no-socorrer a un peatón herido. Por su parte, la posesión es un estado de cosas conformado normalmente por una sucesión de momentos de comisión y de omisión. Así, por ejemplo, en la tenencia de armas, de útiles para el robo, de drogas o de pornografía (*cfr. infra* capítulo 10/20).

131 Los estados de cosas[178] y los estatus designan fenómenos distintos entre sí y tampoco fácilmente reducibles a los anteriores. Ciertamente, en el pasado,

---

[177] *Cancio/Silva* (2008).

[178] En la terminología angloamericana: «*state of affairs*».

la concurrencia de un delito pudo vincularse a la constatación de síntomas de peligrosidad no exactamente susceptibles de ser caracterizados como una acción. En concreto, ello sucedió en el marco de la llamada concepción sintomática de la acción y del delito de finales del siglo XIX y principios del siglo XX.[179] Sin embargo, en realidad ello pretendía conformar la base para la imposición de lo que ahora denominaríamos medidas de seguridad. Aparentemente, los legisladores contemporáneos ya no recurren a la técnica de descripción legal de estados de cosas peligrosos. Así pues, en la actualidad la cuestión es si puede tipificarse y vincularse con una pena la estructura de una clase de conducta —por ejemplo, la sucesión de omisiones que caracterizan a la posesión— combinada con la peligrosidad criminal del autor. Ciertamente, esa combinación plantea problemas político-jurídicos, en tanto que asigna una medida de pena a la peligrosidad individual. En esa medida, y, por tanto, puede criticarse desde la perspectiva tanto de la lesividad como de la imputación subjetiva.[180]

La existencia de una exteriorización típica pretende vincularse también **132**
al sustrato que cabe denominar «estatus». Así, por ejemplo, el de ser administrador de una empresa; ser adicto a las drogas; o bien ser fundador, directivo o miembro de una organización criminal. Es frecuente criticar que en estos casos se trata de la tipificación de formas de ser. En realidad, lo tipificado son, más bien, estados de cosas o situaciones de las que se derivan presunciones. Ahora bien, tanto por lo uno como por lo otro, plantean problemas derivados de la falta de lesividad o de las exigencias de imputación subjetiva.

2.2. El principio de lesividad del hecho

Existe acuerdo en que un hecho punible, además de exteriorizar la conducta **133**
antinormativa de un agente, debe contener un elemento de efectiva afectación perjudicial para la esfera de terceros o de la comunidad.[181] Como ya se ha indicado, para un sector doctrinal, ello significa que tiene que lesionar la libertad ajena.[182] Ahora bien, las diversas concreciones de esta idea carecen en España tanto de relevancia constitucional autónoma como de consagración legal. En cambio, en las legislaciones de otros países sí se acogen de uno u otro modo. Por ejemplo, estableciendo el criterio de que todo delito tiene que comprender la «lesión o puesta en peligro» de un bien jurídico.[183]

---

[179] *Tesar* (1907), 198; *el mismo*, ZStW 29 (1909), 84; *Kollmann* (1908), 200 ss.; *el mismo*, ZStW 28 (1908), 449 ss.

[180] *Pastor Muñoz* (2005), 66: «manifestación de peligrosidad subjetiva»; *la misma* (2006), 523 ss.; *la misma*, LH Jorge Barreiro, 2019, 1483 ss. Críticos, *Borja Jiménez*, RGDP 30 (2018), 1 ss.; *Puente Rodríguez* (2021), 87 ss.

[181] *Jakobs* (1997), 301-302; *Robles Planas* (2003), 65 ss.; *Alonso Rimo*, InDret 4/2017, 47 ss., 67-68.

[182] *Köhler*, AT, 1997, 20.

[183] Art. IV CP peruano.

134 En este punto, no es infrecuente apelar a la exigencia de lesividad de la conducta.[184] Sin embargo, esta desempeña ante todo una función en el plano interpretativo-judicial —como base de una reducción teleológica del alcance de los tipos—[185] y apenas tiene relevancia en el plano legislativo. Así, en este último nivel, su reconocimiento se ha considerado compatible con la existencia de delitos de peligro abstracto e incluso presunto.[186] Asimismo, con la protección de bienes jurídicos de contenido instrumental o funcional con respecto a otros. Por tanto, su capacidad limitadora ha resultado ser bastante escasa. En efecto, el principio de lesividad tiene naturaleza relacional, es decir, contiene dos referencias interrelacionadas. Por un lado, requiere una cierta entidad en cuanto al objeto protegible por el Derecho penal. Por otro lado, exige una cierta intensidad en la medida de afectación a tal objeto. Lo primero ya ha sido examinado. Así, se ha puesto de relieve lo discutible de extender la criminalización a afectaciones de bienes supraindividuales —colectivos o institucionales—. En cuanto a lo segundo, se discute si la puesta en peligro, incluso abstracto, es ya una forma de lesividad. Es decir, si la realización de una conducta que implica —o puede implicar— un peligro para los bienes de un tercero puede considerarse ya una lesión de su esfera jurídica. Esto es lo que sostiene la posición que redefine los tipos de peligro abstracto-presunto como protectores de «las condiciones heterónomas de seguridad que son necesarias para una disposición despreocupada de los bienes».[187]

135 En el caso concreto de los bienes patrimoniales es cierto que su exposición a un riesgo disminuye directamente su valor. Además, de modo general, también es verdad que la posibilidad de lesión de cualesquiera bienes propios produce inseguridad. En consecuencia, suele conducir a la adopción forzosa de medidas de autoprotección por parte de los potenciales sujetos pasivos. Estas, a su vez, redundan en la autolimitación de su libertad. Por tanto, la protección de los bienes jurídicos debe abarcar, además de la custodia de su integridad, la garantía de la posibilidad segura de su disponibilidad.[188] Una relativa (sensación de) seguridad en el disfrute de los bienes jurídicos constituye una condición de la libertad. Sin embargo, entender que lo anterior ya justifica la incriminación de las conductas de peligro presunto conlleva dar un salto lógico y axiológico. En los Estados modernos la seguridad es, ante todo, una prestación del Derecho público —administrativo—.

---

[184] En el original italiano, «*offensività*»: *Fiore*, IP 2/1994, 281 ss.; *Manes* (2005), 209 ss.; *Donini*, DPC-RT 4/2014, 4 ss.; *Moeller* (2018), 167 ss. Este concepto de «*offensività*» debe distinguirse del principio angloamericano de «*offense to others*», que precisamente se ha utilizado para ampliar el ámbito de la conducta penalmente relevante más allá del «*harm to others*». Sobre esto último: *Feinberg* (1987), 205 ss.

[185] *Manes* (2005), 245 ss.

[186] *Catenacci*, LH Marinucci, II, 2006, 1425 ss.

[187] *Kindhäuser* (1989), 15, 20, 279 ss., 282 ss.; *el mismo*, InDret 1/2009, 1 ss. Críticos, *Herzog* (1991), 43 ss.; *Mendoza Buergo*, RDPC 9 (2002), 51 ss.

[188] *Kindhäuser* (1989), 19-20.

3. LAS ESTRUCTURAS TÍPICAS PROBLEMÁTICAS

3.1. Los delitos de sospecha y de tenencia

136 El principio de lesividad tiene una importante dimensión procesal. En virtud de esta se relaciona con la presunción de inocencia, que establece que la comisión de un hecho debe haber sido probada más allá de toda duda razonable. Pues bien, esta presunción (art. 24.2 CE), que opera ante todo en la aplicación judicial del Derecho, también incide sobre la actividad legislativa. Por eso, es criticable la existencia creciente de tipos de delito en los que se trata de hacer frente a las dificultades de prueba en el juicio oral, reduciendo los elementos configuradores del hecho punible.[189] Además, tales tipos delictivos también pretenden eludir la incidencia del principio del hecho en la fase de investigación previa al juicio oral. En concreto, permiten que se lleven a cabo lo que, con una redacción plenamente respetuosa del criterio de la lesividad, serían investigaciones prospectivas de hechos delictivos futuros.

137 La dimensión procesal de determinados tipos legales ya se manifiesta en algunos delitos de peligro. Con base en estos, en efecto, se puede seguir manteniendo incólume la doctrina de la prueba, en la medida en que tiene lugar una reducción radical de los extremos que han de ser probados. Cuantos menos elementos contenga la definición de un delito, más fácil deviene la prueba de éstos. Sin embargo, su más clara manifestación viene dada por los delitos de sospecha y de tenencia, vinculados con la adopción de un criterio presuntivo por parte del legislador.[190] En los delitos de sospecha el legislador tipifica uno o más indicios. Es decir, convierte en delito un hecho indiciario de otro, que sí sería claramente delictivo. Por ejemplo, el enriquecimiento no explicable de un funcionario público puede ser indicio de que ha cometido un delito. Pero la pregunta es por qué debe ser en sí mismo delictivo. Cuando el indicio consiste en la tenencia de elementos con aptitud delictiva, se trata de los denominados delitos de posesión. Así, por ejemplo, la posesión de bienes de origen ilícito puede ser un indicio de la intervención en un delito, pero la cuestión es, de nuevo, por qué debe ser reputada delictiva en sí misma (*cfr. infra* capítulo 15/30).

138 En este contexto ha sido discutida, ante todo, la estructura de los delitos de tenencia, posesión o porte. A este respecto, la variante de delito de posesión más reiterada en la legislación se refiere efectivamente a un supuesto de anticipación: la tenencia de instrumentos aptos para la comisión de delitos. Tal es el caso, por ejemplo, del delito de tenencia ilícita de armas (arts. 563 ss., 565 CP español), o de instrumentos para burlar la protección de los programas de ordenador (art. 270.III CP español). Sin embargo, en los últimos años han

---

189 «*Evidentiary crimes*», en la expresión angloamericana. Crítico, *B. Vogel* (2014).

190 Son los «*proxy crimes*», en la terminología angloamericana. Estos cumplen una función «representativa», de anticipación preventiva, sin contener, en sí mismos, la descripción de una conducta lesiva. Una taxonomía en *Lee*, CL&Phil 16 (2022), 469 ss.

proliferado los llamados delitos preparatorios, e incluso «protopreparatorios», sobre todo en relación con la actividad terrorista (*cfr. infra* capítulo 15/33).[191] En ellos convergen dos tendencias incriminatorias diversas: una que es contraria al principio de culpabilidad y la otra, proclive a la restricción de esferas de libertad.

139 Así, constatada la tenencia o posesión físico-natural de un determinado objeto, o la realización de una conducta, en sí misma neutra, se presume que está orientada a la comisión de delitos. Sin embargo, esto último —lo único penalmente relevante— debería ser objeto de prueba y no presumirse. Por lo demás, ante un acto con una hipotética dimensión lesiva que todavía no ha alcanzado la fase ejecutiva, el legislador penal debería abstenerse de intervenir. Ahora bien, los tribunales constitucionales, por su parte, no han reaccionado declarando la inconstitucionalidad de tales preceptos y, en consecuencia, anulándolos. Por el contrario, han optado por declarar que los tribunales ordinarios deben proceder a «interpretaciones conformes con la Constitución». En este punto, la tesis que se ha sostenido de modo reiterado es que una disposición legal que permite una «interpretación conforme» no es inconstitucional, aunque su texto admita otras que sí son contrarias a la Constitución.[192]

3.2. Los delitos de peligro abstracto y presunto

3.2.1. La estrategia de la anticipación

140 La anticipación de las barreras de protección penal constituye una de las estructuras características del Derecho penal contemporáneo y de sus excesos de criminalización.[193] En efecto, la estructura de anticipación se asienta sobre dos subestructuras paralelas. Por un lado, la que resulta del proceso de abstracción, desmaterialización o espiritualización de los bienes jurídicos. Así, este proceso ha conducido desde los bienes jurídicos intrínsecos, pasando por los individuales extrínsecos, hasta los bienes jurídicos institucionales —por ejemplo, el mercado bursátil—. Por otro lado, la que deriva de la difuminación de las modalidades de afectación a tales bienes: de la lesión, pasando por el peligro concreto, el peligro abstracto, y el peligro presunto, hasta alcanzar a la precaución —una situación de incertidumbre acerca de la concurrencia de peligro— y la mera desobediencia.[194] Si se procede a una combinatoria

---

[191] *Cuerda Arnau*, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 99 ss.; *Walker/Llobet/Cancio* -eds.- (2022).

[192] Ya la STC 109/1988, de 8 de junio, sostuvo que la sola tenencia de instrumentos idóneos para ejecutar un delito de robo no puede llevar a presumir *iuris tantum* la finalidad de proceder a su utilización como tales. En consecuencia, propuso una reducción teleológica como forma de interpretación conforme a la Constitución, exigiendo la prueba de un propósito de utilización delictiva.

[193] Desde perspectivas diferentes, *Sgubbi*, LQC 3 (1975), 439 ss.; *Parodi Giusino* (1990); *Moccia*, LH Roxin, 1997, 113 ss.; *Hefendehl*, RECPC 14 (2002), 1 ss.; *Soto Navarro* (2003); *Paredes Castañón*, RDPC 11 (2003), 95 ss.; *Maldonado Fuentes*, REJ 7 (2006), 23 ss.; *Stratenwerth* (2007), 369 ss.; *Feijóo Sánchez*, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 307 ss.; *Bottini* (2008); *Moeller* (2018), 65 ss.

[194] *Feijóo Sánchez*, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 307 ss.

elemental de los dos procesos de abstracción mencionados, las consecuencias son patentes.[195] En efecto, sucede que en el mismo Código penal conviven como hechos criminales la lesión del bien intrínseco «vida» —matar a otro—, y la mera desobediencia en relación con bienes jurídicos institucionales —en concreto, el incumplimiento de las disposiciones administrativas de correcta financiación de los partidos políticos— (art. 304 bis CP español).

3.2.2. Las fases del proceso de anticipación

141 El proceso que conduce a la situación actual ha sido el siguiente. En una primera fase, la pretensión de evitación de la lesión de bienes personales intrínsecos dio lugar no solo a la tipificación de conductas lesivas de estos, sino también de otras concretamente peligrosas o incluso abstractamente peligrosas para tales bienes. Esa técnica se extendió luego a los bienes extrínsecos, configurando tipos de tentativa «imprudentes». Pues bien, un sector doctrinal interpreta estos tipos como delitos de peligro abstracto-concreto, o de peligro estadístico. Coherentemente, exige que el juez, para apreciar la realización típica, formule un juicio de peligro en relación con la conducta realizada por el sujeto en el caso enjuiciado.[196] Así, no resulta suficiente la constatación formal de la concurrencia de los elementos literales del tipo, sino que es preciso llevar a cabo una reducción teleológica del alcance de este. Sin embargo, otro sector de la doctrina admite entender estos tipos como delitos de peligro presunto. Entendidos en este último sentido, el peligro se concibe como mera *ratio legis*, de modo que el juez no tiene que constatar su concurrencia en el caso enjuiciado.[197]

142 En una segunda fase tuvo lugar el proceso de abstracción de los bienes. En efecto, adoptando un enfoque fundamentalmente fenomenológico, se procedió a describir típicamente los contextos colectivo-institucionales —supraindividuales— que permiten hacer frente a las necesidades de los bienes jurídicos individuales. Estos bienes colectivos se caracterizan por el factor de que nadie puede ser excluido de su uso, por el de que su uso por parte de un sujeto no impide ni perjudica que lo use otro y por el de que es imposible dividir el bien entre las partes que lo componen.[198] Pues bien, la necesidad, proporcionalidad y conveniencia de una protección jurídica de lo común indivisible no plantea dudas. Igualmente, tampoco debe generar problemas la calificación de la conducta que lesiona tales bienes como infracción del deber de cooperación con el Estado. A continuación, tales contextos —las reglas del mercado financiero, la hacienda pública— pasaron a definirse como objetos de protección penal en sí mismos. En fin, la lesión, la puesta en peligro concreto e incluso

---

[195] *Vílchez Chinchayán* (2018).

[196] *Torío López*, ADPCP 1981, 825 ss.

[197] *Cerezo Mir*, RDPC 10 (2002), 47 ss.

[198] *Hefendehl* (2002).

la puesta en peligro abstracto de tales contextos típicos pasaron a constituir también objeto de criminalización.

143 En una tercera fase, se establecieron unos indicadores de los que cabría derivar hipotéticamente la posible concurrencia de un riesgo para uno de esos contextos típicos. Esto dio lugar a la configuración de los, ya mencionados, bienes intermedios «con función representativa», cuya afectación no conlleva ni lesión ni peligro para el respectivo bien colectivo-institucional —el bien representado—. La doctrina ha reconocido que «la abstracta peligrosidad de la conducta típica para este bien mediato reside en la lesión (o puesta en concreto peligro) reiterada y generalizada del bien intermedio con función representativa».[199] Como se advierte, lo lesionado —incluso lo simplemente puesto en peligro— es tan solo el bien «representante». Por ejemplo, el patrimonio de la Hacienda Pública, que representa a esta última, cuya función es contribuir a nutrir los presupuestos del Estado, que a su vez permiten —entre otros fines— subvenir a necesidades de las personas. A partir de esto, la tipificación de conductas de mera desobediencia de disposiciones administrativas vuelve a aparecer como criterio de criminalización. Así, la conducta del empresario que no practica retenciones del impuesto sobre la renta a sus trabajadores, sino que —incumpliendo sus deberes jurídicos de colaboración con la administración tributaria— les entrega el salario íntegro, es constitutiva de delito (art. 305 CP español).

3.2.3. La criminalización como forma de gestión pública

3.2.3.1. Las presunciones de peligro real

144 Lo expuesto pone de relieve que la creciente tipificación de delitos de peligro abstracto con respecto a bienes cada vez menos tangibles consiste, en realidad, en la criminalización de ilícitos de peligro presunto[200] o de meras desobediencias de disposiciones administrativas. De hecho, esta característica de los delitos de peligro abstracto-presunto determina que se haya recurrido a ellos de modo reiterado para la protección de bienes supraindividuales.[201] Expresado de otro modo, para la gestión de macroproblemas mediante ilícitos de desobediencia, bajo el amparo de las doctrinas del bien jurídico.[202] Pues bien, es cierto que la exigencia de lesividad constituye un principio —en el sentido de la teoría del Derecho—, de modo que contiene una pretensión de vigencia máxima. Ello, a su vez, conlleva que entre en conflicto con otros principios, como, por ejemplo, el de protección mediante la prevención. Así, partiendo de la necesidad de protección de bienes, cabe llegar a la conclusión de que es preciso sancionar la tenencia ilícita de armas, o ciertos delitos contra

---

[199] *Martínez-Buján*, EPC XVIII (1994-1995), 169-170.

[200] *Hoyer* (1987), 201; *Cerezo Mir*, RDPC 10 (2002), 47 ss.

[201] A favor, *Schünemann* (1996), 32-33.

[202] *Kuhlen*, GA 1994, 362 ss.; *Schünemann* (1996); *Wohlers* (2000), 282 ss., 338 ss.

la seguridad del tráfico, porque haciéndolo al cabo del año se evitan muertes. En efecto, desde la lógica de la prevención tiene sentido desincentivar ciertas conductas cargando con costes adicionales su puesta en práctica. A ello puede servir tanto la sanción de la tentativa como la de los actos preparatorios, si estas se conciben en meros términos de utilidad.

Ahora bien, el principio de lesividad no puede dejar de relacionarse con **145** el de proporcionalidad, que a su vez debe entenderse como merecimiento de pena. Ello impide una delimitación del ámbito de lo punible con base en puras consideraciones de necesidad preventiva. Por el contrario, es preciso determinar si aquello que se ha criminalizado merece la represión penal por razones retributivas. Además, en este punto hay que ser muy cuidadoso con la aceptación de una concepción meramente comunicativa de la lesividad —como afectación a la seguridad sentida por el sujeto pasivo—. En efecto, cabe que se olvide la lesividad material de la conducta y que la criminalización se extienda por el ámbito de la preparación de hechos futuros.[203] Lo sucedido en las últimas décadas con los «delitos preparatorios» es especialmente gráfico. En definitiva, se hace preciso ponderar los argumentos preventivo, retributivo y expresivo del proceso de criminalización de conductas preparatorias para someterlo a un análisis crítico de legitimación.[204]

3.2.3.2. La acumulación

Al igual que los delitos de peligro abstracto-presunto, cuya incriminación **146** depende de consideraciones estadísticas, los delitos de acumulación —en los que se suma a la conducta de cada agente lo que hacen o podrían hacer otros— constituyen una técnica de protección propia del Derecho administrativo sancionador.[205] En efecto, cada una de las conductas que se acumulan, por sí misma, solo constituye un ilícito de desobediencia que pone en cuestión un determinado orden de policía administrativa-económica. Entre los delitos de acumulación, es necesario distinguir: (i) los de acumulación «real» de conductas de diversos sujetos; (ii) los de acumulación «hipotética» de estas; y (iii) los de acumulación de conductas sucesivas del mismo sujeto.

En los primeros (i), el legislador requiere que el juez constate que en el caso **147** concreto se ha producido tal acumulación de aportaciones. Esto es, exige la constatación de la dimensión de lesividad para el bien jurídico derivada de la agregación de conductas individuales de distintos sujetos. Sin embargo, en la

---

[203] Críticos, *Fuentes Osorio*, RECPC 2006, 1 ss.; *Puschke* (2017), 83; *Alonso Rimo*, InDret 4/2017, 1 ss.

[204] Así, *Puschke* (2017), 50 ss., 125 ss., 139.

[205] A favor de su legitimidad, *Kuhlen*, ZStW 105 (1993), 716; *Wohlers* (2000), 93 ss.; *Hefendehl*, RECPC 14 (2002), 1 ss.; *Gracia Martín* (2003), 159 ss.; *el mismo*, RDPC 3 (2010), 27 ss.; *Portilla Contreras*, LH Ruiz Antón, 2004, 921 ss. En contra, *Herzog* (1991), 141 ss.; *Prittwitz* (1993), 249, 366, 371; *Silva Sánchez* (2.ª, 2001), 97 ss.; *Mendoza Buergo* (2001), 490 ss.; *la misma*, RDPC 9 (2002), 39 ss.; *Silva Dias*, ADPCP 2003, 433 ss.; *Feijóo Sánchez*, LH González Cuéllar, 2006, 158 ss.; *Bustos Rubio* (2017); *el mismo*, ADPCP 2017, 293 ss.

medida en que estas no se hallan relacionadas entre sí en los términos de la coautoría, la atribución a cada uno de los sujetos del efecto de lesividad total vulnera el principio de proporcionalidad. Un ejemplo de esta estructura se halla en el art. 325 CP español. En cambio, en los segundos (ii) —delitos de acumulación hipotética o presunta—, el legislador ni siquiera exige que el juez constate tal efecto acumulativo en el caso concreto. La criminalización parte aquí de la hipótesis de que, si todos hicieran lo mismo, se afectaría gravemente al bien jurídico. En este ámbito, los ejemplos van en ascenso. Así, por ejemplo, en los arts. 307 ter o 308.4 CP español. Sin embargo, más allá de estos casos límite, la lógica de la acumulación preside buena parte de los delitos ambientales y tributarios, así como, en general, de los delitos económicos. En fin, en el tercer grupo (iii) la acumulación se produce mediante la agrupación de conductas sucesivas del mismo sujeto, cada una de las cuales constituye por sí sola nada más que una infracción administrativa, convirtiendo el todo en delito (por ejemplo, en el art. 326.2 CP español). Por lo demás, debe tenerse en cuenta que la estructura de la acumulación de conductas con producción de un efecto agregado no solo es propia de la autoría, sino que puede darse también en la participación.

148 La acumulación de conductas debe distinguirse de la masividad o ubicuidad de un fenómeno. En el primer caso, las conductas se refieren a un mismo objeto del bien jurídico (por ejemplo, el medio ambiente). En cambio, en el segundo se trata de conductas que afectan a idéntico bien jurídico, pero frente a titulares —y objetos— distintos (por ejemplo, el hurto leve). Al respecto, se ha dicho que «cualquier niño aprende que la relativa falta de lesividad de un comportamiento individual no convierte a este de por sí en permitido, en concreto no lo hace cuando, si lo realizara todo el mundo, el daño sería insoportable».[206] Sin duda, esto es verdad. Ahora bien, esa frase no justifica que la prohibición jurídica deba tener lugar precisamente bajo pena.

[206] *Jakobs*, KritV 1996, 323. Crítico, *Silva Sánchez*, EPC XXV (2005), 331 ss.

Capítulo 3

LA LEGITIMACIÓN DEL CASTIGO ESTATAL (II) LAS TEORÍAS DE LA PENA

Bibliografía seleccionada: Además de la citada en el **capítulo 2**, *Abraham,* Sanktion, Norm, Vertrauen: Zur Bedeutung des Strafschmerzes in der Gegenwart, 2018; *Achenbach,* Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, en: Schünemann (Hrsg.), Grundfragen, 1984, 135 (= Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad, en: Schünemann (ed.), El sistema, 1991, 135); *Alcácer Guirao,* Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política, ADPCP 1998, 478; *el mismo,* Prevención y garantías: conflicto y síntesis, Doxa 25 (2002), 139; *el mismo,* Los fines del Derecho penal, 2004; *Alonso Álamo,* Polisemia del término retribución y pena retributivo-preventiva, LH Jorge Barreiro, II, 2019, 1291; *la misma,* Manifestaciones del mal y Derecho penal (el mal del delito, el mal de la pena y la maldad del autor), LH Arroyo Zapatero, I, 2021, 41; *Alpaca Pérez,* Sobre la imposición de la pena como retribución, RECPC 22 (2020), 1; *el mismo,* Prevención y retribución en la justificación de la pena estatal, LH Luzón Peña, 2020, 1203; Álvarez García, Retribución y prevención general negativa como fines de la pena, CPC 72 (2000), 563; *el mismo,* Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español, 2001; *Ambos,* ¿Castigo sin soberano? *Ius puniendi* y función del Derecho penal internacional, 2013; *Andrissek,* Vergeltung als Strafzweck, 2017; *Ashworth/ Zedner* (eds.), Preventive Justice, 2013; *Ashworth/ Zedner,* Prevention and Criminalization: Justification and Limits, NCLR 15 (2012), 542; *von Bar,* Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien, 1882; *Baratta,* Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, CPC 24 (1984), 533; *Baurmann,* Zweckrationalität und Strafrecht. Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht, 1987; *el mismo,* Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention, GA 1994, 368; *Beade,* Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del Derecho Penal, 2017; *el mismo,* Suerte moral, castigo y comunidad, 2017; *Beade/ Lorca,* ¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién?, Isonomía 47 (2018), 135; *Beccaria,* Dei delitti e delle pene, 1764; *Becker,* Crime and Punishment: An Economic Approach (1968), en: Becker/Landes, Essays in the Economics of Crime and Punishment, 1974, 45; *Bentham,* An Introduction to the Principles of Moral and Legislation, 1789; *el mismo,* The Rationale of Punishment, 1830; *Berman,* Two Kinds of Retributivism, en: Duff/Green (eds.), Philosophical Foundations, 2011, 433; *Bermejo,* Aflicción directa e indirecta en el concepto de pena, en: Gargarella/Rosenkrantz (coords.), LH Carlos S. Nino, 2008, 183; *Betegón,* La justificación del castigo, 1992; *Bottoms,* Penal Censure, Repentance and Desistance, en: du Bois-Pedain/Bottoms (eds.), Penal Censure, 2019, 109; *Bourne,* Communication, Punishment, and Virtue. The Theological Limitation of (Post)Secular Penance, The Journal of Religious Ethics 42 (2014), 78; *Braithwaite,* Criminal Justice that Revives Republican Democracy, Northwestern U. L. R. 111 (2017), 1507; *Braithwaite/ Pettit,* Not Just Deserts. A Republican Theory of Criminal Justice, 1990 (= No solo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo, 2015); *Brandariz García,* Política criminal de la exclusión, 2007; *Brettschneider,* The Rights of the Guilty: Punishment and Political Legitimacy, Political Theory 35 (2007), 175; *Brudner,* Punishment and Freedom: A Liberal Theory of Penal Justice, 2009; *Byrd,* Kant's Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution, L&Ph 8 (1989), 151; *Calliess,* Die Funktion der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1974; *Carde-*

nal Montraveta, ¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena?, RECPC 17 (2015), 1; *Carlsmith/Darley/Robinson*, Why Do We Punish? Deterrence and Just Deserts as Motives for Punishment, Journal of Personality and Social Psychology 83 (2002), 284; *Caruso*, Free Will Skepticism and Criminal Behavior: A Public Health-Quarantine Model, Southwest Phil. R. 32 (2016), 25; *el mismo*, Justice without Retribution: An Epistemic Argument against Retributive Criminal Punishment, Neuroethics 13 (2020), 13 ss.; *el mismo*, Rejecting Retributivism, 2021; *Cid Moliné*, Pena justa o pena útil, 1994; *Coca Vila*, La pena de multa en serio. Reflexiones sobre su dimensión y aseguramiento aflictivos a través del delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP), InDret 3/2021, 69; *Cochrane*, Prison on Appeal: The Idea of Communicative Incarceration, CL&Phil 11 (2017), 295; *Corcoy Bidasolo*, Prevención limitada vs. neo-retribucionismo, LH Mir Puig, 2017, 285; *Cornacchia*, Funzione della pena nello Statuto della Corte Penale Internazionale, 2009; *Corrado*, Criminal Quarantine and the Burden of Proof, Philosophia 47 (2019), 1095; *Coverdale/Wringe*, Non-paradigmatic Punishment, Philosophy Compass 2022, 1; *de la Cuesta Arzamendi*, Consecuencias menos visibles (u ocultas) de la condena en el sistema español, RP 50 (2022), 53; *Darley*, Morality in the Law: The Psychological Foundations of Citizens´ Desires to Punish Transgressions, AJLSS 5 (2009), 1; *Demetrio Crespo*, Crítica a la retribución como fin de la pena, Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo I, 2021, 107; *Demko*, Hegels Straftheorie im Lichte gegenwärtiger expressiver Straftheorien, en: Kubiciel/Pawlik/Seelmann (Hrsg.), Hegels Erben?, 2017, 277; *Devlin*, The Enforcement of Morals, 1965; *Díez Ripollés*, Delitos y penas en España, 2015; *Dimock*, Contractarian Criminal Law Theory and Mala Prohibita Offences, en: Duff *et al.* (eds.), Criminalization, 2014, 151; *Donini*, Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male, RIDPP 2013, 1162; *el mismo*, Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio, DPC-RT 2/2015, 236; *el mismo*, Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato, LH Monaco, 2020, 389; *Dorado Montero*, Bases para un nuevo Derecho penal, 1902; *el mismo*, El Derecho protector de los criminales, 1906; *Duff*, Trials and Punishments, 1986; *el mismo*, Alternatives to Punishment — or Alternative Punishments?, en: Gragg (ed.). Retributivism and its Critics, 1992, 43; *el mismo*, Punishment, Communication and Community, 2001; *el mismo*, A Criminal Law for Citizens, ThCrim 14 (2010), 293; *el mismo*, Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad, 2015; *el mismo*, The Realm of Criminal Law, 2018; *Elbert*, Franz von Liszt: teoría y práctica de la política criminal, 2018; *Ellscheid/Hassemer*, Strafe ohne Vorwurf, en: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten, II, 1975, 266; *Eusebi*, Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione, RIDPP 2006, 1070; *el mismo*, La Chiesa e il problema della pena. Sulla risposta al negativo come sfida giuridica e teologica, 2014; *Feijóo Sánchez*, Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs, ADPCP 2006, 111; *el mismo*, Retribución y prevención general, 2007; *el mismo*, La pena como institución jurídica, 2014; *el mismo*, La estabilización normativa como fin de la pena, LH Mir Puig, 2017, 309; *el mismo*, La pena en la ley: ¿Conminación o comunicación con ciudadanos?, LH Arroyo Zapatero, 2, 2021, 853; *Feinberg*, The Expressive Function of Punishment, The Monist 49 (1965), 397; *Ferri*, Sociología Criminal, 2.ª, 1908; *Fiandaca*, Gli obiettivi della giustizia penale internazionale: tra punizione e riconciliazione, 2011; *Finnis*, Retribution: Punishment Formative Aim, American Journal of Jurisprudence 44 (1999), 91; *Frisch*, Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention, en: Schünemann/von Hirsch/Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, 125; *el mismo*, Zum Zweck der Strafandrohung. Ein Beitrag zur Theorie von der positiven Generalprävention, FS Schünemann, 2014, 55; *el mismo*, Franz von Liszt. Obra e influencia, InDret 2/2017, 1; *el mismo*, Zum Begründungshintergrund von Übel und Tadel in der Theorie der Strafe, GA 2019, 537; *Frommel*, Präventionsmodelle in der deutschen Strafrechtsdiskussion, 1987; *Gierhake*, Die Bedeutung der Moralität für Hegels Strafbegründung, ZRPh 4 (2020), 23; *Gil Gil*, Prevención general positiva y función ético-social del Derecho penal, LH Cerezo Mir, 2002, 9; *la misma*, Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena, InDret 4/2016, 1; *la misma*, Las teorías de la pena orientadas a la víctima, LH Mir Puig, 2017, 323; *Gimber-*

nat Ordeig, ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?, en: Estudios de Derecho penal, 3.ª, 1970, 140; *Ginther et al.*, Parsing the Behavioral and Brain Mechanisms of Third-Party Punishment, J. Neuroscience 36 (2016), 9420; *Godinho*, Normen, Vergeltung und Zeit(lichkeit), RPhZ 2/2018, 172; *Gómez-Jara*, La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?, InDret 2/2008, 1 ss.; *González Collantes*, Auge y crisis de la resocialización, CPC 115 (2015), 161; *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 2009; *el mismo*, Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal, InDret 4/2010, 1; *el mismo*, Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht?, en: Brunhöber *et al.* (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, 2013, 13; *el mismo*, Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach, 2015 (a); *el mismo*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015 (b); *el mismo*, Von den mala in se zur poena in se, en: Kretschmer/Zabel (Hrsg.), Studien zur Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts, 2018, 175; *el mismo*, Strafe als Bürgerpflicht? Reflexionen zur Straftheorie von Michael Pawlik, FS Sancinetti, 2020, 105; *el mismo*, ¿Penalista con la conciencia tranquila? Una crítica a la teoría de la pena basada en la víctima, LH Luzón Peña, I, 2020, 187; *el mismo*, Zur Singularität der Strafe - Versuch einer Standortbestimmung, ZStW 135 (2023), 378; *Greenwood*, Selective Incapacitation, 1982; *Grocio*, *De iure* belli ac pacis, 1625; *K. Günther*, Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts, en: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), Recht und Moral, 1991, 205; *el mismo*, Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe, FS Lüderssen, 2002, 205; *el mismo*, Criminal Law, Crime and Punishment as Communication. Normative Orders Working Paper 2 (2014), 1; *Haffke*, Tiefenpsychologie und Generalprävention, 1976; *Hamel*, Strafen als Sprechakt, 2009; *Hampton*, An Expressive Theory of Retribution, ARSP Beiheft 47 (1992), 1; *la misma*, Correcting Harms v. Righting Wrongs: The Goal of Retribution, UCLA L. R. 39 (1992), 1659; *Hart*, Prolegomenon to the Principles of Punishment, Proceedings of the Aristotelian Society 60 (1959-60), 1 (=Introducción a los principios de la pena, en: Betegón/de Páramo (eds.), Derecho y moral, 1990, 176); *Hassemer*, Einige Bemerkungen über positive Generalprävention, FS Buchala, 1994, 133; *el mismo*, ¿Por qué castigar?, 2016; *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1820; *Herzog*, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts?, 1987; *Herrera Moreno*, Nuevo naturalismo punitivo, RECPC 20 (2018), 1; *von Hirsch*, Censurar y castigar, 1998; *el mismo*, Retribución y prevención como elementos de la justificación de la pena, en: Arroyo *et al.* (eds.), Crítica y justificación, 2003, 125; *el mismo*, The Justification for Punishment's Existence: Censure and Prevention, en: von Hirsch/Ashworth, Proportionate Sentencing: Exploring the Principles, 2005, 13; *el mismo*, Die Existenz der Institution Strafe: Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung, en: Neumann/Prittwitz (Hrsg.), Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts, 2005 (b), 57; *el mismo*, The Desert-Model Debate and the Importance of Criminal Law Context, en: Tonry (ed.) Retributivism has a Past. Has It a Future?, 2011, 256; *el mismo*, Censure and Hard Treatment in the General Justification for Punishment, en: du Bois-Pedain/Bottoms (eds.), Penal Censure, 2019, 87; *Hörnle*, Distribution of Punishment: the Role of a Victim's Perspective. Buffalo C. L. R. 3 (1999), 188; *la misma*, Teorías de la pena, 2015; *la misma*, Straftheorien, 2.ª, 2017; *la misma*, Zwecke und Rechtfertigung staatlicher Strafe, FS Neumann, 2017, 593; *la misma*, The Role of Victims» Rights in Punishment Theory, en: du Bois-Pedain/Bottoms (eds.), Penal Censure, 2019, 207; *Howard*, Punishment as Moral Fortification, L&Ph 36 (2017), 45; *Hruschka*, Die Verabschiedung Kants durch Ulrich Klug im Jahre 1968: Einige Korrekturen, ZStW 122 (2010), 493; *Hurd/Moore*, The Ethical Implications of Proportioning Punishment to Deontological Desert, CL&Phil 15 (2021), 495; *Husak*, What do Criminals Deserve, FS Moore, 2016, 49; *el mismo*, The Price of Criminal Law Skepticism: Ten Functions of the Criminal Law, NCLR 23 (2020), 27; *Jakobs*, Zur gegenwärtigen Straftheorie, en: Kodalle (Hrsg.), Strafe muss sein! Muss Strafe sein?, 1998, 29; *el mismo*, La pena como reparación del daño, en: Dogmática y criminología. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía, 2005, 339; *el mismo*, La pena estatal, 2006; *el mismo*, Bindings Normen und die Gesellschaft, LH Figueiredo Dias, I, 2009, 387; *el mismo*, Zur Legitimation des Strafrechts, 2012; *Jellinek*, Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Stra-

fe, 1878; *Kant*, Metaphysik der Sitten, 1797; *Kargl*, Die Funktion des Strafrechts in rechtstheoretischer Sicht, 1995; *el mismo*, Protección de bienes jurídicos mediante la protección del Derecho, en: AA.VV., La insostenible situación del Derecho penal, 2000, 19; *Arm. Kaufmann*, La misión del Derecho penal, en: Mir Puig (ed.), La reforma del Derecho penal, 1980, 9; *Kelly*, The Limits of Blame: Rethinking Punishment and Responsibility, 2018; *Kennedy*, Disuasión y prevención del delito. Reconsiderando la expectativa de pena, 2016; *Klug*, Abschied von Kant und Hegel, en: Baumann (Hrsg.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch. Der Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer, 1968, 36; *Köhler*, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983; *el mismo*, Der Begriff der Strafe, 1986; *el mismo*, Zum Begriff des Völkerstrafechts, JRE 11 (2003), 435; *Koriath*, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994; *Kubiciel/Pawlik/Seelmann* (Hrsg.), Hegels Erben?, 2017; *Lacey*, Estudios críticos sobre responsabilidad penal y política criminal, 2021; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996; *Landau*, Die rechtsphilosophische Begründung der Besserungsstrafe, FS Arth. Kaufmann, 1993, 473; *Lardizábal y Uribe*, Discurso sobre las penas, contraído a las leyes de España para facilitar su reforma, 1782; *Larrauri*, Entwürdigende Strafen, KritV 2000, 92; *Lee*, Arguing Against the Expressive Function of Punishment: Is the Standard Account that Insufficient?, L&Ph 38 (2019), 359; *Levin/Farina/Lavazza*, Dealing with Criminal Behavior: the Inaccuracy of the Quarantine Analogy, CL&Phil 17 (2023), 135; *C.S. Lewis*, The Humanitarian Theory of Punishment, The Twentieth Century: An Australian Quarterly Review 3 (1949), 5; *von Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3 (1883), 1 (=Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, I, 1905, 126 =La idea del fin en el Derecho penal, 1998); *el mismo*, Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft, ZStW 20 (1900), 161; *Londoño Martínez*, Legalidad y pena: orientación y retribución en el Derecho penal, LH Etcheberry, 216, 87; *Lopera Viñé*, Sobre la posibilidad de establecer una teoría unificada de la pena, LH Jorge Barreiro, II, 2019, 1443; *Luzón Peña*, Antinomias penales y medición de la pena, en: Mir Puig (ed.), La reforma del Derecho penal, 1980, 189; *el mismo*, Prevención general, sociedad y psicoanálisis, CPC 16 (1982), 93; *el mismo*, Alcance y función del Derecho penal, ADPCP 1989, 5; *Mañalich*, Retribución como coacción punitiva, Derecho y Humanidades 16 (2010), 49; *el mismo*, Retribucionismo expresivo, en: Kindhäuser/Mañalich, Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho, 2011, 29; *el mismo*, Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva, InDret 2/2015, 1; *el mismo*, Respeto y retribución: la pena jurídica en La metafísica de las costumbres, Revista de Ciencia Política 38 (2018), 507; *Markel*, Retributive Justice and the Demands of Democratic Citizenship, Virginia J.C.L. 1 (2012), 1; *Martínez Garay*, Peligrosidad, algoritmos y *due process*, RDPC 20 (2018), 485; *la misma*, Evidence-based Sentencing y evidencia científica, en: Miró/Fuentes (eds.), El Derecho penal, 2021, 375; *Martínez Garay/Montes Suay*, El uso de valoraciones del riesgo de violencia en Derecho Penal: algunas cautelas necesarias, InDret 2/2018, 1; *Martinson*, What Works? Questions and Answers about Prison Reform, Public Interest 35 (1974), 22; *Mazzucato*, Consenso alle norme e prevenzione dei reati, 2006; *de Miguel Beriain*, Does the Use of Risk Assessments in Sentences Respect the Right to *Due process*? A Critical Analysis of the Wisconsin v. Loomis Ruling, Law, Probability and Risk 17 (2018), 45 ss.; *Mir Puig*, Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva, ADPCP 1986, 49; *el mismo*, El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal, LH Vives Antón, 2009, 1357; *Miró Llinares*, Derecho penal y moral. Notas a partir de la controversia Devlin vs. Hart, LH Bajo Fernández, 2016, 333; *el mismo*, La función de la pena ante el paso empírico del Derecho penal, RGDP 27 (2017), 1; *el mismo*, Aproximación a la función de la pena desde las evidencias sobre el cumplimiento normativo, LH Mir Puig, 2017, 143; *el mismo*, Inteligencia artificial y justicia penal, RDPC 20 (2018), 87; *el mismo*, Apuntes sobre la relación entre Derecho penal e inteligencia artificial, en LH Quintero Olivares, 2018, 171; *el mismo*, La salud del debate sobre la pena, en Miró/Fuentes (eds.), El Derecho penal ante lo empírico, 2021, 43; *Miró/Castro*, ¿Correlación no implica causalidad?, en: Demetrio (ed.), Derecho penal y comportamiento humano, 2022, 507; *Montero*, Concepto y justificación en una teoría integral de la pena, PolítCrim

17 (2022), 819; *el mismo*, Equivalentes funcionales de la pena retributiva, 2023; *Montero Soler/ Torres López*, La economía del delito y de las penas, 1998; *Moore*, Justifying Retributivism, Israel L. R. 27 (1993), 15; *el mismo*, Placing Blame, 1997; *el mismo*, Causation and Responsibility, 2009; *Morris*, Persons and Punishment, The Monist 52 (1968), 475; *Morselli*, Neorretribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena, ADPCP 1995, 265; *M. Müller*, Vergeltungsstrafe und Gerechtigkeitsforschung, 2019; *Müller-Tuckfeld*, Integrationsprävention, 1998; *Muñoz Conde*, La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito, CPC 7 (1979), 73; *el mismo*, Culpabilidad y prevención en Derecho penal, CPC 12 (1980), 41; *el mismo*, Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar, Doxa 1994, 1025; *el mismo*, ¿Es el Derecho penal internacional un Derecho penal del enemigo?, RP 21 (2008), 93; *el mismo*, La herencia de Franz von Liszt, RP 27 (2011), 159; *Murphy*, Marxism and Retribution, Philosophy & Public Affairs 2 (1973), 217; *el mismo*, Does Kant Have a Theory of Punishment?, Columbia L. R. 87 (1987), 509; *el mismo*, Law like Love, Syracuse L. R. 55 (2004), 15; *el mismo*, Punishment and the Moral Emotions, 2012; *Nadelhoffer*, Criminal law, Philosophy, and Psychology, en: Green/Leiter (eds.), *The Oxford Studies in the Philosophy of Law*, 2011, 267; *Nadelhoffer* (ed.), The Future of Punishment, 2013, 193; *Nadelhoffer/Heshmati/Kaplan/Nichols*, Folk Retributivism, en: Theory and Action, Economics and Philosophy, 29 (2013), 235; *Nagler*, Die Strafe, 1918; *Nelkin*, Duties, Desert, and the Justification of Punishment, CL&Phil 13 (2019), 425; *Neumann*, Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe, FS Jakobs, 2007, 435; *Ortiz de Urbina*, Análisis económico del Derecho y política criminal, RDPC extr. 2 (2005), 31; *el mismo*, El Derecho penal económico desde el análisis económico del Derecho ¿es posible la disuasión?, en: Demetrio (ed.), Crisis financiera y Derecho penal económico, 2014, 113; *el mismo*, ¿Consecuencialismo sin consecuencias? ¿Deontología sin merecimiento?, en: Carnevali (ed.), Derecho, sanción y justicia penal, 2017, 419; *Paredes Castañón*, Discurso político-criminal gerencialista y exclusión social, RP 48 (2021),132; *Pascual Matellán*, Pedro Dorado Montero y el correccionalismo español, 2021; *la misma*, ¿Qué hay de Antony Duff?, LH Berdugo, II, 2022, 307; *Pastor Muñoz*, ¿Qué queda del principio de legalidad en Derecho penal internacional?, en: Carnevali (ed.), Derecho, sanción y justicia penal, 2017, 283; *Pasukanis*, Teoría general del Derecho y marxismo, 1976; *Pawlik*, Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe, 2006; *el mismo*, *¿Pena o combate de peligros?*: Los principios del derecho internacional penal alemán ante el foro de la teoría de la pena, InDret 4/2011, 1; *el mismo*, Das Unrecht des Bürgers, 2012; *el mismo*, Ciudadanía y Derecho penal, 2016; *el mismo*, Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad, 2019; *Peralta*, Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico, InDret 2/2008, 1; *Pereboom*, Living without Free Will, 2001; *el mismo*, Free Will, Agency, and Meaning in Life, 2014; *Pereboom/ Caruso*, Hard Incompatibilism Existentialism: Neuroscience, Punishment, and Meaning in Life, en: Caruso/Flanagan (eds.), Neuroexistentialism: Meaning, Morals, and Purpose in the Age of Neuroscience, 2018, 193; *Pérez Barberá*, Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena, InDret 4/2014, 1; *Pérez del Valle*, Poena forensis y retribución. Propuesta para la restauración de una teoría, InDret 3/2020, 214; *el mismo*, Derecho penal internacional y protección de los derechos humanos, LH Berdugo, II, 2022, 323; *Pérez Manzano*, Culpabilidad y prevención, 1990; *la misma*, Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena, LH Roxin, 1997, 73; *Pérez Triviño*, El renacimiento de los castigos avergonzantes, Isonomia 15 (2001), 193; *Posner*, An Economic Theory of the Criminal Law, Columbia L. R. 85 (1985), 1193; *Prittwitz*, Internationales Strafrecht: Die Zukunft einer Illusion?, JRE 11 (2003), 469; *de Quervain et al.*, The Neural Basis of Altruistic Punishment, Science 305 (2004), 1254; *Righi*, Teorías de la pena, 2001; *Robinson*, Law Without Justice: Why Criminal Law Doesn't Give People What They Deserve, 2006; *el mismo*, The Role of Moral Philosophers in the Competition between Philosophical and Empirical Desert, William & Mary L. R. 48 (2007), 1831; *el mismo*, Distributive Principles of Criminal Law, 2008 (=Principios distributivos del Derecho penal, 2012); *el mismo*, Competing Conceptions of Modern Desert, Cambridge L. J. 67 (2008), 147; *Robinson/Darley*, Intuitions of Justice: Implications for Criminal Law and Justice Policy,

Southern California L. R. 81 (2007), 1; *Robinson/Goodwin/Reisig,* The Disutitlity of Injustice, NYU L. R. 85 (2010), 1940; *Robles Planas,* Coacción, retribución, demostración. Sobre la teoría de la pena en Binding, LH Muñagorri Laguía 2021, 995; *Rodríguez Horcajo,* Comportamiento humano y pena estatal, 2016; *el mismo,* ¿Límites consecuencialistas a una pena consecuencialista?, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 291; *el mismo,* Retribución y consecuencias: ¿todo en uno?, en: Miró/Fuentes (eds.), El Derecho penal, 2021, 73; *Romeo Casabona,* Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de seguridad, Revista de Derecho, empresa y sociedad 13 (2018), 39; *Ronco,* Il problema della pena, 1996; *del Rosal Blasco,* La estrategia actuarial de control del riesgo en la política criminal y en el Derecho penal, LH Vives Antón, 1, 2009, 473; *Rusche/Kirchheimer,* Pena y estructura social, 1984; *Sánchez Lázaro,* Una teoría principialista de la pena, 2016; *Schneider,* Die Verhaltensnorm im internationalen Strafrecht, 2011; *Schünemann,* La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo, en: el mismo (ed.), El sistema moderno, 1991, 147; *el mismo,* Sobre la crítica a la prevención general positiva, LH Roxin, 1997, 89; *el mismo,* Die Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, en: Schünemann/Dubber (Hrsg.), Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem, 2000, 1; *el mismo,* Aporías de la teoría de la pena en la filosofía, InDret 2/2008, 1; *el mismo,* Ein neues Bild des Strafrechtssystems?, ZStW 126 (2014), 1; *el mismo,* ¿Puede una pena ser justa?, LH Mir Puig, 2017, 389; *el mismo,* Versuch über die Begriffe von Verbrechen und Strafe, Rechtsgut und Deliktsstruktur, FS Neumann, 2017, 701; *Seelmann,* Wechselseitige Anerkennung und Unrecht. Strafe als Postulat der Gerechtigkeit?, ARSP 1993, 228; *el mismo,* Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion. Hegels Straftheorien, 1995; *el mismo,* Wechselseitige Anerkennung und Unrecht. Strafe als Postulat der Gerechtigkeit?, ARSP 1993, 228; *el mismo,* Intentos de legitimación de la pena a través del argumento del comportamiento contradictorio, en: el mismo, Estudios, 2013, 103; *Seher,* Liberalismus und Strafe, 2000; *el mismo,* Wert und Grenzen der expressiven Theorie der Strafe, FS Merkel, I, 2020, 493; *Silva Sánchez,* Eficiencia y Derecho penal, ADPCP 1996, 93; *el mismo,* Reflexiones sobre las bases de la Política criminal, LH Torío López, 1999, 209; *el mismo,* El retorno de la inocuización, LH Barbero Santos, I, 2001, 699; *el mismo,* Hacia el Derecho penal del Estado de la prevención, en: Silva Sánchez (ed.), ¿Libertad económica o fraudes punibles?, 2003, 307; *el mismo,* Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión, EPC XXV (2005), 331; *el mismo,* Prevención del delito y reducción de la violencia, en: el mismo, En busca del Derecho penal, 2015, 59; *el mismo,* The Marriage of the Regulatory Process and the Criminal Law. Eine verfassungsrechtlich kritische Einführung, GS Vogel, 2016, 411; *el mismo,* El estigma como política pública, LH Lorenzo Salgado, 2021, 1375; *Silvela,* El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España, I, 1874; II, 1879; *Simons,* The Relevance of Community Values to Just Deserts Criminal Law, Hofstra L. R. 28 (2000), 636; *Slobogin/Brinkley-Rubinstein,* Putting Desert in Its Place, Stanford L. R. 65 (2013), 77; *Sola Reche,* Por una teoría «propia» de la pena, InDret 3/2007, 1; *Souza de Menezes/Agustina,* Big data, inteligencia artificial y policía predictiva, en: Corvalán (ed.), Cibercrimen III: Inteligencia artificial, automatización, algoritmos y predicciones en el Derecho penal y procesal penal, 2020, 137; *Stratenwerth,* Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?, 1995; *Streng,* Psychoanalyse und Strafrecht, MschrKrim 59 (1976), 77; *el mismo,* Schuld, Vergeltung, Generalprävention, ZStW 92 (1980), 637; *Szczaranski Vargas,* El rol de la retribución en una teoría de la pena como institución regulativa, Ius et Praxis 21 (2015), 171; *Teixeira,* Las teorías retributivas en el pensamiento angloamericano contemporáneo, EnL 7 (2018), 35; *Thorburn,* Criminal Punishment and the Right to Rule, U. Toronto L. J. 70 (2020), 45; *Urruela Mora,* Instrumentos actuariales de evaluación del riesgo de violencia, en: Miró/Fuentes (eds.), El Derecho penal, 2021, 349; *Valls Prieto,* Problemas jurídico penales asociados a las nuevas técnicas de prevención y persecución del crimen mediante inteligencia artificial, 2017; *Vanberg,* Verbrechen, Strafe und Abschreckung, 1982; *Vilajosana Rubio,* Las razones de la pena, 2015; *T. Walter,* Die Vergeltungsidee als Grenze des Strafrechts, JZ 2019, 649; *el mismo,* Grundlagen einer empirisch begründeten Vergeltungslehre, en: Kaspar/Walter (Hrsg.), Strafen im Namen des Volkes?, 2019, 49; *Weigend,* Neoklassizismus — Ein transatlantisches Mißvers-

tändnis, ZStW 94 (1982), 801; *Wellman*, Rights Forfeiture and Mala Prohibita, en: Duff *et al.* (eds.), The Constitution of the Criminal Law, 2013, 77; *el mismo*, Rights Forfeiture and Punishment, 2017; *Wilenmann*, Sobre el discurso de legitimación política de la pena estatal. Una crítica de su estructuración tradicional, RChD 31 (2018), 347; *Wirmer-Donos*, Die Strafrechtstheorie Karl Christian Friedrich Krauses als theoretische Grundlage des spanischen Korrektionalismus, 2001; *E. A. Wolff*, Das neuere Verständnis von Generalprävention, ZStW 97 (1985), 786; *Wringe*, An Expressive Theory of Punishment, 2016; *el mismo*, Rethinking Expressive Theories of Punishment, Phil Stud 2017, 681; *Yacobucci*, El merecimiento dentro de la semántica de la retribución, en: Carnevali (ed.), Derecho, sanción y justicia penal, 2017, 459; *Zabel*, Urteilskraft, Zurechnung und sozialethischer Tadel, JRE 27 (2019), 479; *Ziffer*, Acerca del resurgimiento del retribucionismo, EnL 6 (2018), 30; Zürcher, Zur Legitimation der Strafe, 2014; *Zysman Quirós*, Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos, 2013.

I. EL CONCEPTO DE PENA

1. INTRODUCCIÓN

La pena puede definirse como una privación de derechos fijada en una ley penal e impuesta por un órgano de la jurisdicción penal.[1] Sin embargo, los elementos de esta definición —formalista-institucionalista— son insuficientes para caracterizar plenamente al castigo estatal. En efecto, existen otras figuras jurídicas que responden a aquella definición inicial y no constituyen penas, como por ejemplo las medidas de seguridad postdelictivas o las denominadas «consecuencias accesorias». En cambio, la aproximación a las teorías de la pena hace necesario distinguir, de entrada, entre el concepto de pena y las finalidades *que* legitiman el recurso a aquella.[2] Así, en el plano conceptual se ha consolidado la opinión relativa a la estructura retributiva de la pena. Por su parte, la pregunta —de filosofía moral y política— a la que pretenden responder las teorías de la pena es la relativa a la legitimación del castigo estatal. Pues bien, esta cuestión no puede ser resuelta por completo de la mano del modelo de Estado, ni de los términos de una Constitución concreta, ni tampoco de aproximaciones legas acerca del castigo.[3] Así pues, a tal efecto es necesaria una construcción filosófico-jurídica específica. 1

En la discusión doctrinal es frecuente, en primer lugar, distinguir dos planos. Por un lado, el de la legitimación del castigo como institución jurídico-política en general. Por el otro, el de la legitimación de su imposición a una persona concreta.[4] Sin embargo, en realidad no es fácil desvincular lo uno de lo otro.[5] 2

---

[1] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, I-II, c. 87, a. 2.

[2] *Feijóo Sánchez* (2007), 38 ss.; *Pérez Barberá*, InDret 4/2014, 3; *Mañalich*, InDret 2/2015, 1 ss.; *Greco* (2015), 205 ss.; Hörnle (2015; 2.ª, 2017). Crítico, *Montero*, PolítCrim 17 (2022), 819 ss.; *el mismo* (2023).

[3] *Carlsmith/Darley/Robinson*, Journal of Personality and Social Psychology 83 (2002), 294; *Darley*, AJLSS 5 (2009), 1 ss.

[4] Es la tesis de *Hart*, Proceedings of the Aristotelian Society 60 (1959-60), 1 ss., que diferencia entre el fin general que justifica el castigo («*general justifying aim*»), preventivo; y el criterio para su distribución («*issue of distribution*»), que califica de «retributivo».

[5] *A. Merkel*, PG, s/f, 177 ss., 193 ss.; *Neumann/Schroth* (1980), 36 ss.

En segundo lugar, la exposición de las teorías de la pena las suele presentar contraponiendo una opción radicalmente deontológica —de justicia absoluta— y una radicalmente consecuencialista —de utilidad—.[6] Ahora bien, esta contraposición es igualmente inexacta. En efecto, prácticamente nadie afirma que la pena se legitime solo con arreglo a un criterio de justicia absoluta. Del mismo modo, casi nadie sostiene que la pena pueda ignorar ciertas exigencias de justicia.[7] Las discrepancias doctrinales se refieren al fundamento básico de la legitimación del castigo. Ciertamente, este puede adoptar una óptica básicamente retrospectiva —centrada en el hecho cometido—, o bien decididamente prospectiva —centrada en hipotéticos hechos futuros—. Sin embargo, la primera orientación no tiene por qué ser absoluta. Así, puede contemplar el hecho en su contexto social; además, cabe que tenga en cuenta igualmente otros aspectos. A su vez, la segunda perspectiva tampoco puede permitirse ignorar el hecho que se ha cometido. En definitiva, una vez adoptado un criterio rector, se tiende a buscarle limitaciones, aunque exista discrepancia acerca de cómo hacerlo. Esto conduce a pensar en cuatro posibles estructuras de legitimación, en función de cuál sea su fundamento básico y cuál, su límite: (i) la retribución autolimitada; (ii) la retribución limitada por ciertas consideraciones de equidad o de eficiencia; (iii) la eficiencia preventiva autolimitada; y (iv) la eficiencia limitada por consideraciones materiales —de merecimiento o de equidad—, o formales —de consentimiento o de teoría del contrato—.

2. EL CONCEPTO DE PENA COMO MANIFESTACIÓN DEL CASTIGO JURÍDICO-ESTATAL

2.1. La pena como privación de derechos

3 La definición del concepto retributivo de pena se lee con claridad ya en Alfonso de Castro (1495-1558), que sigue en ello a la tradición escolástica.[8] Así, «la pena es el sufrimiento (pasión), que ocasiona un daño a quien la soporta —o al menos es apta para ocasionarlo, si de alguna manera no se impide—, impuesta o contraída por un delito propio pretérito».[9] En esta misma línea de cuño aristotélico se enmarca también la famosa definición de Hugo Grocio, «*poena est malum passionis propter malum actionis*».[10] Por tanto, desde la perspectiva conceptual la pena es un castigo. Esto significa que no solo constituye un mal, sino que además ese mal se enmarca en una respuesta autoritativa a una conducta previa jurídicamente desaprobada e imputable al sujeto castigado.[11]

---

[6] *Cid Moliné* (1993), 133 ss., 284 ss.

[7] Sin embargo, *Gimbernat Ordeig* (1970), 140 ss.

[8] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, I-II, c. 46, a. 6, ad 2.

[9] *Alfonso de Castro* (1568), lib. I, cap. III.

[10] *Grocio*, De jure belli ac pacis, 1680, lib. II, cap. XX, § I: «*Est autem poena generali significatus malum passionis quod infligitur ob malum actionis*».

[11] Indiscutido: *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, I-II, c. 87, a. 6 y 7; *A. Merkel*, PG, s/f, 181-182; *M.E. Mayer*, PG 1915, 524-525 n. 14; *Neumann/Schroth* (1980), 6 ss.; *Köhler* (1986), 50 ss.; *el mismo*, AT,

Pues bien, de este modo ciertamente es posible distinguir la pena tanto de la prisión preventiva como de las medidas de seguridad. Sin embargo, con ello no se dispone todavía de un criterio de distinción con respecto a la sanción administrativa. En efecto, también esta es una privación de derechos impuesta de modo reactivo en virtud de la realización de una conducta desaprobada.

2.2. La pena como estigma

La pena es una reacción restrictiva de derechos, que conlleva conceptual- 4
mente la desautorización del hecho cometido y, por él, de su autor. En realidad, la mera posibilidad de que a alguien le sea impuesta una pena ya produce, pese a la presunción de inocencia, un efecto de desautorización pública. Pues bien, si no se advierte tal efecto de estigma, es imposible entender el Derecho penal. Este, en su estado actual, no puede ser reducido a la condición de mecanismo de mera gestión tecnocrática de una política pública. Por el contrario, afecta a la honra de los sujetos condenados, a los que califica públicamente como «malas personas —y malos ciudadanos—». Por eso, no resulta posible desvincularlo de la moralidad sin modificar de modo explícito o implícito varias de las premisas que actualmente lo rigen. Además, la pena es un mal que trasciende a su mera necesidad lógica y a constituir la expresión de un juicio.[12] De entrada, la aflicción que le resulta propia es objetivo-normativa y consiste en la privación de bienes (o de derechos) básicos. Por tanto, cabe ciertamente que en un caso concreto no produzca aflicción subjetiva directa, porque el sufrimiento físico del penado no constituye un requisito esencial de ella.[13] Esto puede suceder, por ejemplo, en el ingreso en prisión de quien se encuentra hambriento y sin techo; o en la inhabilitación para cargo público de quien jamás piensa ser funcionario. Sin embargo, por regla general, la pena objetivo-normativa comporta también un sufrimiento subjetivo empírico, esto es, un dolor tanto directo como indirecto. Ello resulta claro tan pronto como se advierte que al ser humano le es consustancial la unidad de lo corporal y lo espiritual.

2.3. La pena como aflicción

Por un lado, la comunicación negativa derivada del juicio de reproche por la 5
conducta antijurídica y culpable produce un dolor que no es solo «espiritual» —si es que tal cosa fuera posible—, sino que duele corporalmente a quien lo experimenta. Por otro lado, el dolor físico infligido intencionadamente por el Estado —mediante la ejecución de la condena— no solo duele de modo directo. Además, de nuevo comunica un mensaje tanto a quien lo padece como a cualesquiera

---

1997, 37 ss.: *Neumann* (2000), 124 ss.; *el mismo*, FS Jakobs, 2007, 435 ss.; *Kühl* (2001), 9; *Feijóo Sánchez* (2007), 44 ss.

[12] *A. Merkel*, PG, s/f, 181.

[13] Aunque puede que, excepcionalmente, alguien no la sufra: *Silva Sánchez* (2018), 115.

terceros que lo entienden. Por lo tanto, la relación entre lo expresivo y lo aflictivo de la pena es doble: la comunicación duele y el dolor comunica.[14] Esto obliga a distinguir, dentro del llamado «dolor penal» —o «dolor punitivo»— entre el indirecto, que resulta de la comunicación del injusto culpable —y que se mueve en el ámbito interpersonal—, y el directo, que deriva de padecer la coacción efectiva y que expresa cosificación, de modo que ya no es relacional. En este punto, es muy relevante el hecho de que la reprobación pública y autoritativa, que se expresa en la sentencia, ya tenga un contenido aflictivo indirecto sin comportar todavía ninguna cosificación. En efecto, obliga a valorar en qué medida cabe alcanzar una disminución del dolor directo cosificador.[15] Al respecto, las posibilidades de la combinación de sentencia condenatoria con la suspensión, condicionada o no, de la ejecución de la pena deben ser exploradas hasta el límite.

6 Es preciso no olvidar que la pena constituye un sucedáneo —un equivalente funcional— del seguimiento, es decir, del cumplimiento voluntario de la norma de conducta.[16]Para advertirlo, basta con observar la secuencia «norma/delito/castigo». En efecto, dada una norma de conducta, su seguimiento por un agente: (i) constituye la expresión de una auto-negación del destinatario, en la medida en que este se distancia libremente del plano de sus deseos ilícitos —de primer orden— y acoge una razón de segundo orden —la norma—, a la que reconoce como preferente y a la que ajusta su conducta; pero también (ii) reafirma el orden normativo, pues, mediante la expresión de reconocimiento, le da una eficacia mayor; y, por lo demás (iii), re-produce *eo ipso* confianza, cohesión y cooperación. En otras palabras, se trata de una autorrestricción libre, que produce un bien común para la comunidad política.

7 En cambio, por su parte, la comisión del delito: (i) expresa la autoafirmación de los propios deseos ilícitos del destinatario; de modo que (ii) priva de eficacia a la norma, al establecer, al menos, una excepción a aquella; y (iii) desmorona los vínculos de confianza, de cohesión, produciendo emociones tanto reactivas como de imitación. En los casos de delitos con víctima directa, además (iv) se lesiona un bien de esta y se la niega como persona. Expresado de otro modo, el delito es una autoafirmación —un bien particular— que produce un mal para el otro y para la comunidad —un mal para el bien común—. Pues bien, en ese contexto, la pena: (i) niega la autoafirmación en que consiste el delito; con lo que (ii) reafirma la norma, le da eficacia; y (iii) reduce tanto las emociones reactivas como las imitativas. De este modo, restablece la paz pública y, con ella, la confianza recíproca y la cohesión. Con todo, el misterio radica en el hecho de que la única forma inteligible de restaurar, en la medida de lo posible, la confianza, sea el sufrimiento del delincuente.[17] Sin embargo, en

---

[14] *Silva Sánchez* (2018), 116 n. 292.

[15] Ya, *A. Merkel*, PG, s/f, 186.

[16] *Mañalich*, Derecho y Humanidades 16 (2010), 60; *Pawlik* (2012), 116 ss.

[17] Con el «único lenguaje que entiende» el delincuente, que ha pasado de las palabras a los hechos, pero también la sociedad.

este punto hay que considerar las diferencias entre las tres clases de delitos a las que ya se ha aludido en los **capítulos 1 y 2.**

2.4. ¿La pena en sentido propio?

8 Un sector de la doctrina sostiene que, en sentido estricto, únicamente es pena la privación de uno de los que aquí se denominan bienes intrínsecos. Así, las penas pecuniarias solo constituirían penas en sentido derivado, en virtud de que generan una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.[18] Sin embargo, por ello mismo carecerían de la capacidad de expresar el reproche propio de los delitos contra los bienes intrínsecos. Ciertamente, es patente la distinta gravedad de unas penas y otras.[19] Por eso, las penas de multa carecen de la capacidad expresiva necesaria para su imposición como reacciones a homicidios, violaciones o, en general, delitos dolosos contra bienes intrínsecos. Sin embargo, la pena de multa sí posee plena capacidad expresiva en cuanto a delitos contra bienes extrínsecos, como los delitos patrimoniales. Además, según se ha indicado, el juicio criminal, aunque no se traduzca en la imposición de una pena de prisión, ya comporta una grave afectación a la identidad moral del penado.[20] Precisamente, esto se debe a la asociación mental intuitiva entre su iconografía y los delitos *mala in se* nucleares. En efecto, lo criminal siempre estigmatiza y, de este modo, es punitivo.[21] En esta medida, la declaración pública del injusto culpable, unida a penas pecuniarias o incluso a consecuencias de reparación material y moral, debería ser la forma ordinaria de reacción contra delitos que afectan a bienes extrínsecos. De todos modos, el problema político-jurídico mayor no radica en lo anterior. Por el contrario, deriva de que se han criminalizado —y con penas de prisión— infracciones de disposiciones estatales relativas a políticas públicas que, consideradas en sí mismas, no merecen una pena de tal gravedad. En su caso, el problema grave viene dado por su generalización. Expresado de otro modo, el Estado ha decidido afectar mediante la pena a bienes intrínsecos de las personas, con el fin de proteger su política económica.

3. LA LEGITIMACIÓN DE LA IMPOSICIÓN DE LA CONDENA Y DE SU EJECUCIÓN

3.1. Introducción

9 Como se ha indicado, los niveles de análisis de la legitimación del castigo son dos. En primer lugar, procede analizar la legitimidad de la criminalización de

---

[18] *Greco* (2015 b), 648 ss., 659 ss.; *Roxin/Greco*, AT, 5.ª, I, 2020, 2/1f, 1g. Distinto, *Schünemann*, FS Neumann, 2017, 703: la multa, «cuando destruya la existencia económica» puede ser equiparada a una privación de libertad.

[19] *Silva Sánchez* (1999); *Bermejo*, LH Nino, 2008, 197; *Coca Vila*, InDret 3/2021, 69 ss.

[20] Distinto, *Greco* (2018), 200 ss.

[21] *Silva Sánchez*, LH Lorenzo Salgado, 2021, 1375 ss.

una clase de conducta. Esto, a su vez, tiene lugar en dos subniveles, correspondientes al análisis del correspondiente tipo de delito —bien jurídico protegido y conducta delictiva— y a la incidencia o no de causas de justificación.[22] Sobre esto ha versado el contenido del capítulo 2. En segundo lugar, es preciso legitimar la emisión del juicio de culpabilidad penal sobre un agente. En efecto, este es el que determina que la legitimación de las penas tenga que dar un paso más con respecto a la propia de las medidas de seguridad.[23] En fin, en tercer lugar, hay que fundamentar la imposición de la condena efectiva y su ejecución sobre el penado. Estos elementos adicionales se deben examinar en el marco de una teoría de la punibilidad del hecho y de una teoría de la pena.

3.2. La legitimación del juicio de culpabilidad dirigido al sujeto

3.2.1. La diferencia entre penas y medidas de seguridad

10 La legitimación de la imposición de una pena sin emitir juicio alguno de culpabilidad sobre el sujeto enjuiciado tendría que sostenerse sobre la base de criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad —es decir, sobre el principio de prohibición de exceso—.[24] Sin embargo, en realidad, una legitimación así, de naturaleza política, sería paralela a la de las medidas de seguridad, hasta el punto de que impediría distinguir entre penas y medidas. En efecto, desde el punto de vista de una legitimación política, la pena y la medida de seguridad plantean el mismo problema. A saber, el de la restricción de derechos del sujeto afectado por ellas. Por eso, en términos constitucionales —y de los convenios internacionales— no tiene mucho sentido establecer una diferencia. Ahora bien, la legitimación de las medidas de seguridad tiende a asentarse sobre un estado de necesidad (preventivo-especial), con ciertos límites (de proporcionalidad) derivados en última instancia de la dignidad humana. En cambio, está claro que las teorías de la pena como castigo buscan a añadir a ello un elemento de legitimación moral que deriva de la noción de merecimiento, es decir, de culpabilidad. Así pues, si la legitimación de la pena se va haciendo puramente convencional —alejándose del merecimiento del penado— y se aproxima a la lógica del estado de necesidad, entonces se están sentando las bases para una variante del denominado «monismo». Esto es, de un modelo tendencialmente unitario de consecuencias jurídicas para sujetos imputables e inimputables. En este, la única distinción entre penas y medidas viene dada por la exigencia de que en la pena se cumpla un mínimo independiente de consideraciones de prevención especial. Frente a ello, las medidas de seguridad pueden dejar de imponerse por completo tan pronto como el sujeto deja se ser peligroso.

---

[22] En realidad, este nivel alcanza hasta las causas de exclusión de la prohibición bajo pena.

[23] *Lagodny* (1996), 278 ss.

[24] *Ellscheid/ Hassemer* (1975), 266 ss.; *Baurmann* (1987), 302: «dañosidad social» y «motivabilidad» (en su propuesta, preventivo-especial).

3.2.2. La referencia subjetiva de la pena

Hasta el momento, lo cierto es que, para imponer una pena, en todos los 11
sistemas jurídicos se requiere realizar un juicio de culpabilidad por el hecho cometido. A su vez, este se entiende comúnmente como un juicio de reproche y no como un juicio de necesidad preventivo-general. Pues bien, con respecto a un juicio así, cabe adoptar una de las siguientes tres posiciones básicas. La primera es sostener que carece de legitimidad. Como se ha anticipado, tal afirmación compromete la propia praxis social y estatal del castigo, tal y como lo conocemos, y obliga a reconstruir todo el Derecho punitivo desde cero. La segunda es la de construir el reproche en términos no ético-sociales, sino «jurídicos». Aparentemente, esto significa que debe entenderse en términos formalizados o estandarizados, es decir, carentes de contenido moral-personal, lo que permite una legitimación general. Además, esta posición admite diversas variantes. En alguna de las más recientes, se sostiene que lo único reprochado es el «hecho» del sujeto y que a este último no se le dirige reproche personal alguno (*cfr. infra* capítulo 23/71). Por su parte, la tercera opción es que, efectivamente, se lleva a cabo un juicio de reproche, que debe ser legitimado.

El juicio de culpabilidad, entendido como juicio de imputación subjetiva o 12
como juicio de reproche, requiere la concurrencia de requisitos significativamente más intensos que los propios del ámbito del Derecho civil de daños y del Derecho administrativo sancionador. Por tanto, ciertamente se discute la configuración más o menos individualizada de las reglas de imputación que permiten la imposición de una pena. Sin embargo, lo cierto es que el Derecho penal accede al mundo interno del sujeto con mucha mayor intensidad que esos otros sectores del ordenamiento jurídico. De ahí deriva también la intensa capacidad de comunicar y de infligir dolor que tiene el simple hecho de la declaración del injusto culpable. Por tanto, la teoría de la legitimación de la pena no puede prescindir del modo en que se configuren el dolo y la imprudencia —como títulos de imputación subjetiva—, ni del modo en que se construya el juicio de culpabilidad en sentido estricto. Ni siquiera las reglas de la prueba de la culpabilidad —con la presunción de inocencia en el centro— son ajenas a dicha teoría.

3.3. La imposición y la ejecución de la pena

Una vez formulado el juicio de culpabilidad sobre un sujeto, la imposi- 13
ción de la pena no es automática y mucho menos lo es su ejecución. Esto pone de relieve que cualquier teoría de la legitimación del castigo debe ampliarse más allá de la culpabilidad. En concreto, tiene que considerar aquellas circunstancias que permiten prescindir de la punibilidad del hecho culpable realizado por el agente, así como las que abren la posibilidad de renunciar a la ejecución de la condena impuesta. Pues bien, tales problemas de legitimación se suelen considerar en el capítulo concreto relativo

a estas instituciones (*cfr. infra* capítulo 27). Además, una teoría de la legitimidad del castigo debe ocuparse de la cuestión relativa a la legitimidad de la medida de la ejecución de la pena, con su efecto de infligir dolor directo. En general, estas cuestiones cuantitativas quedan con frecuencia ocultas en el examen tópico de la Parte especial. En cambio, lo usual en las teorías de la pena es plantear la cuestión de la legitimidad abstracta del castigo. En realidad, incluso esto último es discutible. En efecto, no está claro en qué medida cada una de las diferentes teorías de la pena pretende únicamente describir cómo opera esta o, además, legitimarla. Es decir, si tales teorías son meramente descriptivas o, además, normativo-críticas o normativo-legitimadoras. Ciertamente, las que aluden a efectos empíricos se hallan expuestas a la comprobación de si tales efectos se producen o no. En esa medida, la refutación de su pretensión explicativa traería consigo el descrédito de cualquiera de sus pretensiones legitimadoras. Otras, en cambio, se presentan como resistentes a cualquier deslegitimación. En cualquier caso, parece que una teoría de la pena debe tener capacidad tanto explicativa como crítico-normativa.

3.4. Las distintas tradiciones de las teorías de la pena

14 La evolución de las teorías de la pena permite advertir en ellas tres tradiciones distintas. La primera es la de la retribución de la *culpa* —esto es, del hecho culpable— en que ha incurrido el sujeto en virtud de la comisión de un mal moral con trascendencia pública. Esta teoría, desarrollada a partir de la Edad Media, ha tenido continuidad ante todo en las concepciones del denominado, en el mundo angloamericano, moralismo legal. En efecto, estas últimas centran el núcleo del castigo en la expresión de reproche moral al autor por el mal público cometido por este. Por su parte, la segunda tradición trae causa de la concepción social-funcional del castigo como exigencia del restablecimiento de las condiciones de la vida en común. Esta se ha desarrollado en la segunda mitad del siglo XX en las doctrinas de la prevención general de integración —o retribución funcional—, que adoptan variantes más idealistas-simbólicas o tendencialmente empiristas. Su punto de partida es una concepción del delito como lesión del sistema de creencias compartidas o, en términos más asépticos, de expectativas sociales de conducta. En fin, la tercera tradición procede de una concepción del Derecho como expresión del recurso a la coacción regulatoria, orientada a la salvaguarda de la libertad individual o de cualquier orden político concreto. Esta posición, que proviene de la estatalización del castigo, se concretó en el marco del contractualismo del siglo XVIII. A su vez, puede manifestarse en una concepción retributiva formal, o bien en una doctrina preventiva más o menos limitada. En las últimas décadas, la acogen las corrientes políticas-secularizadoras del Derecho penal, que pretenden prescindir del contenido moral del concepto de culpabilidad.

II. LAS TEORÍAS DE LA RETRIBUCIÓN

1. INTRODUCCIÓN

1.1. El significado de la noción de retribución

Retribuir a alguien significa, en general, darle lo que merece en justicia. 15
Por lo tanto, las doctrinas retributivas de la pena fundamentan la imposición de esta retrospectivamente. Así, el fundamento retributivo del castigo de un sujeto se halla en un hecho cometido por él, que merezca en justicia la pena.[25] Ahora bien, este juicio de merecimiento[26] muestra una doble dimensión. Por un lado, es preciso determinar que el hecho cometido merece precisamente una pena. Por otro lado, es necesario atender a la concreta relación que el agente tiene con ese hecho. Ciertamente, solo si esta relación es intrínseca cabe afirmar que es él quien merece la pena. En suma, es preciso que tanto el hecho como el sujeto sean retribuibles. A su vez, esto guarda relación con el problema de la denominada (mala) «suerte moral». En efecto, la fundamentación retrospectiva del castigo requiere partir de la premisa de que el agente no ha sufrido —o, al menos, no de modo relevante— la incidencia en su caso de ninguna de las tres dimensiones de aquella. En concreto, ni la de una mala suerte constitutiva —es decir, de defectos caracterológicos innatos—, ni la de una mala suerte situacional —esto es, de condicionantes de todo tipo en el momento de obrar— ni, en fin, de una mala suerte en cuanto a los resultados —en otras palabras, de accidentes que dan lugar a la producción de un daño incontrolado—. Desde luego, la incidencia parcial de algunas de estas formas de mala suerte debe conducir a una atenuación de la pena; y su incidencia total, a la plena exención. Si se tiene en cuenta todo esto, entonces es posible afirmar con razón que la retribución «es la única teoría moralmente defendible del castigo».[27]

Así pues, la primera cuestión que procede abordar es la relativa al hecho 16
objeto de retribución, para lo que es preciso establecer cuál es la peculiaridad de los hechos retribuibles con pena. A continuación, la segunda cuestión que es necesario considerar se refiere a la relación del agente con el hecho. En efecto, no cabe retribuir sin una plena imputación del hecho al sujeto. Por eso, el principio del merecimiento se relaciona con la evitabilidad o el control que el sujeto posee en relación con lo sucedido. La afirmación de que alguien merece algo (bueno o malo) por lo que ha hecho, exige partir de la premisa de que podría no haberlo hecho. Sin embargo, no es posible identificar la retribución ni con la proporcionalidad, ni con la justicia. Ciertamente, estas son condiciones necesarias de una retribución, pero no suficientes. Por eso, la mera aceptación de la tesis de que la pena tiene que ser proporcionada

---

[25] *Husak*, FS Moore, 2016, 5.

[26] En el contexto angloamericano, a las doctrinas retributivas se las denomina teorías del «*just desert*».

[27] *Murphy*, Philosophy & Public Affairs 2 (1973), 217-218; *Ziffer*, EnL 6 (2018), 30 ss.

al hecho cometido, no conlleva todavía la acogida de una fundamentación retributiva de su imposición. Del mismo modo, cabe hacer justicia en relación con un hecho lesivo sin exigir una plena imputación de este al sujeto. Lo que ocurre es que tal justicia ya no es retributiva, sino que se rige por otro (sub-) criterio distributivo. Así, la justicia de las penas y la propia de las medidas de seguridad es radicalmente distinta. Ambas pueden ser distributivamente justas. Ahora bien, en la primera incide el merecimiento del agente; en cambio, en la segunda, no.

1.2. Las clases de doctrinas retributivas

1.2.1. La retribución filosófica y la retribución empírica

17 Es relativamente común afirmar que las doctrinas de la retribución son teorías absolutas. Es decir, que en ellas se legitima la pena por la realización de la justicia, con independencia de cualesquiera otras consideraciones. Sin embargo, el método con base en el que hay que determinar el contenido y alcance de la retribución permite sentar diferencias entre diversas concepciones. Así, en primer lugar, hay que distinguir entre las teorías retributivas filosóficas y las empíricas. Las primeras pueden ser, a su vez, metafísicas o no. En efecto, las doctrinas de la retribución metafísica pretenden establecer una conexión intrínseca de merecimiento entre el delito y la pena. A su vez, las doctrinas filosóficas no metafísicas tienden a rechazar tal vínculo intrínseco. En cuanto a las doctrinas de la retribución empírica, estas rechazan cualquier aproximación filosófica, proponiendo la adopción de métodos sociológicos o, en general, empíricos para determinar la procedencia y alcance de la retribución punitiva.

1.2.2. La retribución filosófica no metafísica: deontológica o consecuencialista

18 Las doctrinas filosóficas no metafísicas pueden ser de orientación deontológica o consecuencialista. Las doctrinas deontológicas no metafísicas parten de construir vínculos extrínsecos, aunque no consecuencialistas, entre el delito y la pena. Por ejemplo, una concepción secular de lo justo. Así, una doctrina retributiva deontológica y postmetafísica es la que opera con base en la teoría del discurso. Esta pretende conducir a la obtención de un consenso racional en la deliberación acerca de cuál es el castigo justo en un caso determinado. En particular, cabe integrar en este apartado las doctrinas que se centran en una hipotética deliberación entre el Estado y quien comete el delito, y cuya denominación común puede ser la de contractualistas o consensualistas.[28] Las teorías de la retribución deontológica no metafísica afirman —aunque ello

[28] La distinción entre las tesis «contractualistas» y las «consensualistas» radica en que las primeras hacen hincapié en el contrato social como fuente de la (auto-)legislación penal. En cambio, las segundas se centran en la comisión del hecho delictivo como acto de consentimiento informado en cuanto a la posterior imposición de la pena. Por ello, son compatibles con una construcción no contractualista del orden jurídico-penal.

sea discutible— que hacen abstracción de los efectos sociales del castigo. En cambio, la consideración de esto último es la característica de la retribución consecuencialista.

1.2.3. La retribución (filosófica) consecuencialista y la retribución empírica

Las doctrinas retributivas filosófico-consecuencialistas,[29] así como las tesis de 19
la retribución empírica, toman como referencia —de un modo más o menos formalizado— los efectos sociales del castigo. Desde luego, el «retribucionismo consecuencialista» es ajeno al merecimiento intrínseco del hecho cometido. Así, el punto de partida de una variante formalizada de esta doctrina es el reconocimiento recíproco de libertades fundamentales. En este contexto, el sujeto que se aprovecha de la renuncia a la violencia por parte de los demás, mientras que él recurre a ella, realiza un comportamiento injusto —que debe compensar—. En efecto, esta doble ventaja obtenida determina la racionalidad de la sanción, como mecanismo de restablecimiento del equilibrio de cargas en sociedad.[30] Como puede observarse, aquí no se realiza consideración alguna acerca de qué se merece o cuánto se merece como castigo. Para determinarlo, otras variantes recurren a las creencias sociales compartidas o a las representaciones sociales acerca de lo merecido. Las tesis que se autodenominan de «retribución empírica» tratan de descubrir tales representaciones mediante un método de comparación combinado con la realización de encuestas de opinión.

1.2.4. Un balance

Ciertamente, existen importantes diferencias metodológicas entre las diver- 20
sas variantes de estas doctrinas sedicentemente retributivas. Sin embargo, todas tienen un punto en común. El problema es que precisamente este último impide su separación clara con respecto a las posiciones que toman como punto de partida las necesidades sociales de prevención de delitos. Esta proximidad se advertirá con claridad cuando se describan algunas concepciones de la denominada prevención general positiva. En todo caso, a la vista de un panorama tan diverso, cabe dudar sobre si tiene sentido mantener el término retribución para designar a todas las doctrinas que reclaman para sí el título de retributivas.[31] Sea como fuere, se advierte que la mayoría de estas no son absolutas. Por un lado, porque muchas de ellas parten de un merecimiento no intrínseco, sino extrínseco o comunitario, y apelan a la producción de alguna clase de efecto social, aunque este sea inherente a la propia imposición de la pena. Por otro lado, porque otras variantes admiten la posibilidad de prescindir

---

[29] *Berman* (2011), 434 ss.; *Mañalich*, InDret 5/2015, 1 ss.

[30] *Morris*, The Monist 52 (1968), 475 ss.; *Hampton*, UCLA L. R. 39 (1992), 1659 ss.

[31] *Pawlik* (2012), 87 ss.; *Rodríguez Horcajo* (2021),75 ss., 92.

del castigo merecido con base en razones diversas.[32] En fin, en algunos casos, porque, aunque se califiquen como retributivas, son doctrinas cuya pretensión es establecer un constreñimiento colateral a una fundamentación de la pena que han realizado previamente y que tiene base preventiva.

1.3. La retribución, la comunicación y la expresión

21 Es preciso distinguir entre doctrinas retributivas, por un lado, y doctrinas expresivas y comunicativas del castigo, por otro. En efecto, la teoría retributiva se había centrado de forma poco diferenciada en la legitimación retrospectiva del castigo del delincuente. En concreto, ello tenía lugar sin distinguir entre sus dimensiones comunicativa —de reproche— y fáctica —de dolor—. Por su parte, las doctrinas expresivas son próximas a las retributivas, en tanto que retrospectivas. Sin embargo, se distancian de una retribución abstracta en que advierten que la pena produce efectos sociales por la vía de la comunicación y la legitiman por esta vía. Además, lo único retributivo —para las teorías expresivas— es la propia comunicación.[33] En cambio, para ellas el dolor punitivo no retribuye, sino que es solo un vehículo de la retribución. Sentado esto, las diferencias internas entre unas y otras teorías expresivas tienen que ver con el contenido y el destinatario de la comunicación. Así, algunas conciben la comunicación de un modo abstracto, como expresión de la relación del hecho punible con el ordenamiento jurídico del Estado, orientada a la reafirmación de dicho orden. En cambio, otras la orientan a las personas.[34] Aquí, divergen en si dirigen la comunicación punitiva a la sociedad —para reforzar su confianza—,[35] a la víctima —para generar su satisfacción— o al propio delincuente —para transmitirle el reproche—.[36]

2. LAS DOCTRINAS DE LA RETRIBUCIÓN HASTA MEDIADOS DEL SIGLO XX

2.1. La doctrina clásica

22 Como se ha indicado, la doctrina de la retribución clásica —desarrollada en el mundo de tradición romano-canónica entre los siglos XIII y XVII— tenía una clara connotación material y moral, vinculada a los dos elementos fundamentales del delito: el *malum* del hecho y la *culpa* (culpabilidad) del agente. Entonces, la justicia consistía en dar la respuesta merecida por el injusto culpable.[37] Ahora bien, a partir del siglo XVII tuvo lugar una secularización de la

---

[32] *Gracia Martín* (2006), 175, 194-195.

[33] *Pérez Barberá*, InDret 4/2014, 10 ss.

[34] Estas tipologías se hallan en *Hörnle* (2015), 33 ss.

[35] *Wringe* (2016), 23-24.

[36] Esta última perspectiva en *Duff* (2001), 149 ss.

[37] Todavía, *Hurd/Moore*, CL&Phil 15 (2021), 497: «*moral desert consists of two distinct although related properties, wrongdoing and culpability*».

retribución moral, que discurrió por dos vías. En cuanto al «mal» del delito, este se refirió o bien a la lesión de la libertad ajena o bien a la negación de la eticidad secular, que recogía el espíritu del tiempo. Por lo que respecta a la *culpa*, se produjo su formalización o bien su funcionalización en términos de necesidad dialéctica de castigo. En este último caso, la justicia se redefinió como adecuación a las exigencias del tiempo.

2.2. El retribucionismo en la obra de Kant

2.2.1. El planteamiento kantiano

Es común presentar la obra de Immanuel Kant (1724-1804) como expresión 23
paradigmática de una concepción retributiva, que asigna al Derecho penal la misión de realizar la justicia absoluta sobre la tierra.[38] Ello se basa en gran medida la amplia difusión de su famoso «caso de la isla». En él ejemplifica la situación de una comunidad política asentada sobre una isla que se disuelve, de modo que todos sus miembros se dispersan. Así: «Incluso si la sociedad burguesa se disolviera con todos sus miembros de acuerdo (por ejemplo, si las personas que habitan una isla decidieran dispersarse y esparcirse por todo el mundo), el último asesino en prisión tendría que ser ejecutado de antemano, para que todos recibieran lo que valen sus actos, y para que la culpa de la sangre no recayera sobre las personas que no insistieron en este castigo, porque podrían ser consideradas partícipes de esta violación pública de la justicia».

Ahora bien, como se advierte en el texto, Kant atribuye a la ejecución una 24
finalidad expresiva (para que todos experimenten «cuál es el valor de sus actos»), junto a otra absoluta (si los dirigentes no hacen justicia, se convierten a su vez en partícipes del delito *ex post facto*).[39] En efecto, en su concepción el derecho de gracia es el más obsceno de todos los derechos del soberano, pues su contenido no es otro que cometer un injusto.[40] Por ello, sostenía que el Estado no puede perdonar delitos que tienen lugar en la relación interpersonal de los ciudadanos, pues en tal caso la *impunitas criminis* que comporta constituye el máximo injusto que se puede generar a un pueblo. Con todo, el Estado sí puede perdonar el injusto en tanto que *crimen lesae maiestatis*, del que el propio Estado es víctima, siempre que el pueblo no corra peligro por la inseguridad derivada del perdón.

Sin embargo, el alcance del ejemplo de la isla debe ser matizado. El concepto 25
kantiano de Derecho es el de un orden de coerción externa orientado, a su vez, a la protección de un orden social externo en el que cada individuo persiga sus fines. A su vez, dicha coerción externa —la conminación penal abstracta—,

---

[38] *Feijóo Sánchez* (2007), 71 ss. Sin embargo, *Murphy*, Columbia L. R. 87 (1987), 509 ss., sostiene que Kant no tiene «una» teoría de la pena.

[39] *Kant* (1797), Rechtslehre II, § 49, E, I.

[40] *Kant* (1797), Rechtslehre II, § 49, E, II.

que no debe inmiscuirse en el fuero interno de los ciudadanos, sirve a la prevención general de delitos.[41] Sin embargo, Kant, en virtud de la prohibición de instrumentalización derivada de su noción de imperativo categórico, y de la subsunción de la ley penal en ese concepto, rechaza la imposición de una pena no merecida. Esto vale en particular para las penas que solo se justifican por razones medicinales individuales o sociales, es decir, de utilidad pública. Por ello, sostiene que el marco de la penalidad abstracta del delito se debe ajustar al merecimiento abstracto de pena de la clase de conducta prevista. Así, rechaza que dicho marco abstracto pueda tener en cuenta necesidades de prevención general más allá de lo genéricamente merecido por el hecho. A continuación, esto es, una vez cometido el delito, el merecimiento aparece como el único criterio distributivo no instrumentalizador que puede fundamentar la imposición de la pena a su autor.[42] Por tanto, lo merecido constituye el límite superior infranqueable del castigo.

26 Ahora bien, Kant tampoco ignoraba que es imposible que un juez humano conozca la medida del merecimiento de una persona. Por eso se inclinaba por una responsabilidad por el carácter empírico, que se extiende al carácter imposible de modificar. Así: «La moralidad real de las acciones (mérito y culpa) permanece, por tanto, completamente oculta para nosotros, incluso la de nuestro propio comportamiento. Nuestras atribuciones solo pueden relacionarse con el carácter empírico. Pero cuánto de esto debe atribuirse al puro efecto de la libertad, cuánto a la mera naturaleza y al error inculpable del temperamento o a su naturaleza afortunada (*merito fortunae*), nadie puede desentrañarlo y, por lo tanto, tampoco puede juzgarlo según completa justicia».[43]

2.2.2. Los límites del retribucionismo de Kant

27 El modelo punitivo kantiano no impide que al agente se le pueda imponer una pena menor de la que merece o incluso prescindirse de toda la pena merecida. Esto se manifiesta en su consideración de dos situaciones límite. Por un lado, la catástrofe; por otro, la guerra civil. Lo primero se considera a propósito del «caso de la tabla de Carnéades» (*cfr. infra* capítulo 26/8). En este, dos náufragos disputan por una balsa que únicamente soporta el peso de uno, de modo que el que quiere acceder a la tabla salvadora mata al que ya la ocupaba. Kant afirma que este último obra de modo contrario al Derecho, pero no se le debe castigar. Su impunidad no tiene que ver con razones de justicia abstracta —de lo merecido—, sino de equidad (*aequitas*). En efecto, aquí aparecen dos conceptos de justicia: el de la justicia abstracta, según el cual habría que castigar a todo aquel que lesiona un derecho ajeno; y el de

[41] *Byrd*, L&Ph 8 (1989), 154-155.

[42] *Byrd*, L&Ph 8 (1989), 153, 183-184 n. 105.

[43] *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, Akademie-Ausgabe, III, 1970, 373, nota (*).

justicia concreta (equidad) que permite dejar de castigar en casos en los que la justicia abstracta lo requeriría.

28 En la segunda situación, se trata de casos de riesgo para la comunidad política derivados de situaciones preexistentes de guerra civil o próximas a esta. A propósito de ellos Kant señala con claridad que: «Dado que el Estado de derecho debe diferir en cierta medida del estado de excepción, lo anterior también se aplica al caso de que el número de intervinientes (*correi*) en tal hecho [asesinato] sea muy grande». Así, en tales casos, en lugar de la retribución estatal, «el soberano debe tener también en su poder hacer (presente) él mismo de juez en este caso de emergencia (*casus necessitatis*) y pronunciar un veredicto». En efecto, no puede querer de ningún modo «pasar al —todavía mucho peor— estado de naturaleza, carente de toda justicia externa».[44] Como se advierte, en casos en los que lo requiere la superación de una situación drástica de fractura política, el poder legislativo puede renunciar a la justicia en aras de la paz. En definitiva, no es erróneo vincular a Kant con la retribución. Ahora bien, sí lo es asociarle a teorías absolutas del castigo, sin considerar los múltiples matices que, en su planteamiento, sostienen el sometimiento de la justicia abstracta a la restauración de la paz.[45]

2.3. La retribución funcional en la obra de Hegel

2.3.1. Generalidades

29 En la obra de G. W. F. Hegel (1770-1831) pueden hallarse dos intentos de legitimar la pena en términos retributivos.[46] Por un lado, el que se deriva de la racionalidad del delincuente y de la autocontradicción en que este incurre al cometer el delito. Así, según su concepción idealista, el que delinque está manifestando que su conducta delictiva constituye la norma que ha de regir en la comunidad, en sustitución de la norma que ha infringido. Sin embargo, esta última norma es la que él mismo instituyó al integrar la formación de la voluntad general. Además, la nueva norma expresada mediante su conducta delictiva habría de regir también para los demás con respecto a él. Ahora bien, el delincuente no acepta esta derivación lógica. Por tanto, es un sujeto irracional que se contradice al delinquir. Así las cosas, mediante la imposición de la pena, el Estado le devuelve la racionalidad que había perdido.[47]

30 En cambio, una vía distinta es la que se deriva de concebir el delito como expresión de una conducta mediante la que se deja de tratar al otro como persona. En efecto, la conducta delictiva constituye la negación de la relación de reconocimiento recíproco —el Derecho—. Desde esta segunda perspectiva,

---

[44] *Kant* (1797), Rechtslehre, II., § 49, E. I.

[45] Sobre la supuesta irrelevancia de estas excepciones, *Pérez del Valle*, InDret 3/2020, 224 ss.

[46] *Hegel* (1820), §§ 96 ss. Sobre su construcción, *Feijóo Sánchez* (2007), 103 ss.

[47] *Seelmann* (2013), 108 ss.

la pena aparece como una condición dialéctica necesaria del restablecimiento del Derecho, anulando el delito. Por tanto, mediante la pena —que es una exigencia de la justicia— se «manifiesta» el Derecho, de modo que este se «reconcilia» consigo mismo. La confirmación de la norma tiene, a su vez, la consecuencia de restablecer la confianza de todos en ella.[48]

2.3.2. El eje de la construcción

31 En ambos casos se advierte la idea fundamental de que la pena constituye la «negación de la negación». Es decir, niega al delito, que a su vez había negado el Derecho, de modo que restablece el Derecho. Ahora bien, por otro lado, esa misma lógica se aplica al sujeto delincuente. En efecto, este, mediante el delito, se contradice a sí mismo, esto es, niega su propia racionalidad. Por lo tanto, mediante la pena —a la que tiene «derecho»— se le devuelve la racionalidad perdida. Con todo, en la evolución doctrinal del último tercio del siglo XX y el presente siglo XXI, la interpretación que ha tenido mayor capacidad de rendimiento para la doctrina ha sido la comunicativa-general. Es decir, la que asigna a la pena la misión de restablecer expresivamente los presupuestos de la relación de reconocimiento recíproco.[49] Ciertamente esta plantea un problema. A saber, que no puede fundamentar por qué el restablecimiento de la relación de reconocimiento recíproco requiere una disminución del estatus jurídico del delincuente —es decir, infligirle dolor—.[50] Pues bien, la cuestión es que se parte de que esto último no siempre resulta preciso. Según el propio Hegel, existe una forma más elevada de restablecimiento de la relación de reconocimiento recíproco. En efecto, esta es el perdón del Estado que, al igual que la pena, pone de relieve la excepcionalidad del delito, expresa la superioridad jurídica del Estado y marca el camino del regreso a la normalidad institucional.[51]

2.3.3. La evolución de las doctrinas retributivas hasta la actualidad

32 La evolución de estas doctrinas tendió a hacer abstracción de los hechos que concretamente merecen retribución penal, así como de los presupuestos subjetivos de la retribución. Es decir, tanto el conjunto de condiciones del reconocimiento recíproco como los elementos de su negación se dejan, en principio, abiertos, remitiéndose al «orden existente». Seguramente fue esto

---

[48] *Gierhake*, ZRPh 4 (2020), 23 ss.

[49] *Kubiciel/Pawlik/Seelmann*-Hrsg.- (2017), 277 ss.

[50] Escéptico sobre la posibilidad de justificarlo: *Seelmann*, ARSP 1993, 231, 236; *el mismo* (1995), 74 ss., 79.

[51] *Hegel* (1820), § 282, señalando que el poder del Estado puede hacer que lo acaecido se tenga por no sucedido y fulminar el delito en olvido y perdón (*«das Geschehene ungeschehen zu machen und im Vergeben und Vergessen das Verbrechen zu vernichten»*). En realidad, esto vale tanto para el indulto como para la amnistía.

lo que hizo posible que, en las décadas posteriores a la difusión de la obra de Hegel, tuvieran lugar formas muy diversas de integración de las concepciones preventivas y retributivas.[52] Con matices, estas fueron comunes a los autores hegelianos, a los positivistas jurídicos —como Binding—[53] e incluso a autores de calificación más compleja, como Merkel.[54] De todos modos, la relación entre las teorías retributivas y las doctrinas de la prevención general a lo largo de todo el siglo XIX no estuvo exenta de tensiones. Al final, las denominadas «teorías de la unión», muy difundidas hasta hoy, pueden calificarse como doctrinas cuyo fundamento es preventivo general, mientras que las consideraciones «retributivas» operan a modo de límite de proporcionalidad —o culpabilidad— como justificación de la imposición del castigo frente al delincuente concreto.

Las últimas versiones del retribucionismo, previas al renacimiento contem- 33
poráneo de las teorías comunicativas —vinculadas a su vez con la doctrina de la prevención general positiva—, pueden considerarse precursoras de ellas. En efecto, esto es lo que cabe afirmar de las doctrinas defendidas desde la atribución de una función ético-social al Derecho penal. Para estas, la misión del Derecho penal es la protección de los bienes jurídicos a través del fomento de los valores ético-sociales de la acción. Esta es una doctrina de retribución «justa», pero no «pura», puesto que no propugna que siempre que concurre un injusto culpable deba imponerse una pena, sino solo si esto es necesario. En efecto, la retribución se halla al servicio de una misión social, que se describe en términos de información —sobre el Derecho—, restablecimiento de la confianza —en el Derecho— y refuerzo de la actitud interna de fidelidad —con respecto al Derecho—.[55] Como luego podrá advertirse, con ello ya se está muy cerca de las posteriores doctrinas comunicativas, así como de las de la prevención general positiva.

3. LA RETRIBUCIÓN EN LA DISCUSIÓN CONTEMPORÁNEA

3.1. Introducción

Como ya se ha indicado, resulta discutible calificar a todas las doctrinas 34
retributivas clásicas como teorías absolutas. Es decir, como construcciones en las que el sí y el cuánto de la pena responda a un criterio atemporal. En efecto, en ellas la pena no siempre se explica por un merecimiento intrínseco del agente, al que corresponde una retribución absoluta en términos conmutativos. Pues bien, en la actualidad una manifestación de retribucionismo absoluto podría ser la que sostiene no solo que el que comete un delito debe ser castigado por ello, sino también que debe serlo siempre.[56] Sin embargo,

---

[52] *Frommel* (1987), 61-62.

[53] *Robles Planas*, LH Muñagorri Laguía, 2021, 995 ss.

[54] *Merkel*, PG, s/f, 179 ss.

[55] *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 2-3; *Arm. Kaufmann* (1980), 11, 19.

[56] *Moore* (1997), 153; *el mismo* (2009), 31.

incluso esta posición admite la existencia de casos-límite.[57] Así pues, las doctrinas retribucionistas modernas tienen asimismo dos características. Por un lado, exigen que la pena pueda justificarse con base en el merecimiento del agente —como criterio distributivo decisivo—, sin aceptar la imposición de una pena superior a aquel por razones consecuencialistas. Ahora bien, por otro lado, admiten que la pena pueda reducirse por debajo de lo merecido, con base en tales razones consecuencialistas. En efecto, el retribucionismo puede entenderse en términos positivos o negativos. Su dimensión positiva se opondría a que un sujeto sea castigado menos de lo que merece. En cambio, la dimensión negativa de la retribución impide simplemente que a un sujeto se le castigue más de lo que merece.[58] Sin duda, esta es la versión que se ha impuesto.

3.2. Las doctrinas comunicativas

3.2.1. En la tradición angloamericana

35 En el mundo angloamericano había predominado tradicionalmente la teoría de la pena de signo preventivo-utilitarista, por la larga influencia de Bentham. Sin embargo, más recientemente, tanto a lo largo de la segunda mitad del siglo XX como en lo que va del presente siglo, han abundado también doctrinas que, en sentido amplio, pueden calificarse de retributivas. De algún modo, la polémica entre Hart y Devlin marcó un hito en ese debate.[59] En todo caso, tales construcciones hacen hincapié en la idea de merecimiento del castigo. Ahora bien, su peculiaridad radica en que la mayor parte de ellas han sido construidas como teorías expresivas. Es decir, son doctrinas del merecimiento del reproche. Para ellas, lo que legitima a la pena es su cualidad de ser un mecanismo convencional de expresión de actitudes de resentimiento e indignación, así como de juicios de desaprobación y reproche de un hecho pasado.[60] Así pues, conciben la pena como una forma de comunicación moral entre la sociedad y el delincuente. Mediante ella se manifiesta que la conducta delictiva es inadmisible, de modo que el penado pueda entender su gravedad y se reintegre en la sociedad. Por lo tanto, no pueden ser calificadas como teorías absolutas, sino que miran hacia el futuro.[61] Ciertamente, a estas doctrinas cabe reconocerles dos importantes aportaciones. Por un lado, la de distinguir en la pena las dimensiones de manifestación del reproche —lo retributivo en

---

[57] En la expresión inglesa: de un «*threshold*». Así, *Moore*, Israel L. R. 27 (1993), 17 ss.

[58] *Ziffer*, EnL 6 (2018), 30 ss.; *Teixeira*, EnL 7 (2018), 35 ss.

[59] *Miró Llinares*, LH Bajo Fernández, 2016, 333 ss.

[60] *Feinberg*, The Monist 49 (1965), 400, distinguiendo entre «*penalty*» (sanción) y «*punishment*» (castigo). Así: «La pena es un dispositivo convencional para la expresión de actitudes de resentimiento o indignación, y de juicios de desaprobación y reprobación, ya sea por parte de la autoridad que castiga o de aquellos en cuyo nombre se inflige el castigo. La pena, en suma, tiene un significado simbólico que falta en gran medida en otro tipo de sanciones». Críticos, *Kelly* (2018), 122; *Lee*, L&Ph 38 (2019), 383.

[61] *Duff* (1986), 233 ss.

sentido estricto— y de inflicción de dolor. Por el otro, la de sostener que esta última es accidental y no consustancial al castigo. Ahora bien, todavía deben exponer con claridad por qué el aspecto comunicativo ha de vincularse al padecimiento por el autor de un sufrimiento adicional al de la comunicación en sí.

El resentimiento y la indignación no se pueden expresar de cualquier mane- 36
ra —por poner el ejemplo usual en la doctrina americana, no se pueden expresar entregando un ramo de flores al delincuente—. Por ello, el lenguaje de la indignación tiene una semántica propia que, de momento, conlleva que al enunciado lingüístico se le añada el hecho de infligir alguna clase de dolor a aquel a quien se reprocha algo. Sin embargo, esto hace posible pensar que el juicio de culpabilidad por sí solo, o junto con la imposición de la condena, pueden producir en algunos casos un dolor comunicativo suficiente, como para prescindir de la ejecución de la pena. Por otro lado, todo ello obliga a considerar que, cuando la semántica social permita expresar lo mismo con menos dolor, será imperioso hacerlo. Además, ya en la actualidad es preciso que la dureza fáctica de la pena se mueva en el límite mínimo de la semántica de la indignación.[62] Esta última no coincide con la moda, ni con las declaraciones verbales. En efecto, no se detecta con la demoscopia, sino que para apreciar sus cambios es preciso realizar auténticas investigaciones sociales.

3.2.2. En la tradición de cuño alemán

3.2.2.1. Generalidades

En la tradición germánica la evolución ha sido distinta. En efecto, como se 37
ha indicado, a finales del siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX, algunas doctrinas retributivas habían ido adquiriendo ya connotaciones culturales y ético-sociales. Más adelante, en la segunda mitad del siglo XX, estas se habían conformado como variantes de la teoría denominada de la «prevención general positiva». Progresivamente pasaron a hacer hincapié en la idea de comunicación. Sin embargo, no se centraron en la expresión de reproche jurídico o moral al delincuente —aunque esta idea tenía precedentes en la Alemania del siglo XIX—[63] sino en la manifestación del Derecho, restableciendo la vigencia de la norma —o bien la confianza de la sociedad en ella—.

3.2.2.2. Una retribución formalista

Las doctrinas actuales de la retribución comunicativa de cuño alemán se 38
caracterizan por un nominalismo constructivista, basado en la relectura de Hegel. Así, hacen abstracción de cualquier perspectiva moral concreta, para

[62] *Zürcher* (2014), 163-164.

[63] Los hegelianos defendían la procedencia de un reproche moral. Así, *von Bar* (1882), 319-320. Por su parte, los positivistas jurídicos postulaban un reproche jurídico. Por ejemplo, *Nagler* (1918), 565 ss., 707 ss.: «expresión de desaprobación jurídica mediante la lesión de derechos o bienes jurídicos».

describir la retribución como un esquema reactivo-formal. En efecto, con la expresión «retribución» puede afirmarse sencillamente: que (i) la comisión de un hecho que efectúa una comunicación negativa (ii) por parte de un sujeto que se reputa capaz de expresar mediante aquel hecho, da lugar a la imposición de (iii) una pena como contracomunicación. Como se advierte, los tres elementos muestran una naturaleza convencionalmente construida. En efecto, hacen abstracción de la gravedad material (*malum*) que debe alcanzar el hecho para merecer pena, así como de cuál debe ser la medida real de libertad de su agente para merecer una pena (*culpa*).

39 Este concepto nominalista de retribución es compatible con la determinación puramente voluntarista-convencional —por mayoría democrática— de cuáles son los hechos punibles,[64] así como incluso con una antropología determinista o escéptica. En relación con este segundo aspecto, basta con superponer a dicha ontología una praxis convencional de libertad —cuyos términos concretos se expresan en la ley—. Un modelo así se basa en la retribución punitiva de conductas formalmente ilícitas realizadas por sujetos formalmente libres. Por tanto, la entiende como una mera secuencia lógica, cuyo contenido se reduce a la idea de ciudadanía democrática. En efecto, se trata de la retribución del «injusto del ciudadano» que, a su vez, consiste en la infracción del deber de cooperar con el Estado que garantiza las libertades públicas.[65] Es cierto que con ello se pretende dibujar la estructura del castigo, excluyendo de ella los elementos contingentes. Con todo, sucede que en el delito y en el castigo lo «contingente» —la víctima asesinada, la cárcel para quien la mató— es decisivo y la abstracción formalista se hace insoportablemente aséptica. Por eso no cabe acoger una posición que carece de toda pretensión —y, por ello, de toda capacidad— crítica.

3.2.3. Un balance

40 El auge de las teorías expresivas —o comunicativas—[66] de la pena en los últimos cuarenta años se halla todavía pendiente de una explicación teórica. Así, una posición doctrinal lo relaciona con la autopercepción de una vulnerabilidad intensificada del ser humano contemporáneo. En efecto, este ha perdido la referencia a su inclusión en un mundo trascendente y, con ello, al sentido de sus padecimientos. Por lo tanto, necesita integrar sus males y sus miedos en un nuevo marco de sentido que le debe ser proporcionado por el Derecho del Estado.[67] Ciertamente, esta visión puede ser coherente con la progresiva configuración del Estado democrático como la nueva y única deidad. Ahora

---

[64] También en los Estados Unidos: *Markel*, Virginia J. C. L. 1 (2012), 22 ss.

[65] Paradigmáticamente, *Pawlik* (2012), 82 ss.; *el mismo* (2016), 45 ss.; *el mismo* (2019), 55 ss.

[66] *Duff* (1992), 51, propone una diferencia entre doctrinas expresivas y comunicativas, al entender la «expresión» en términos unidireccionales, mientras que la «comunicación» sería bidireccional, abriéndose al sujeto castigado. Por eso, sostiene que esta segunda denominación es preferible.

[67] *Zabel*, ZStW 133 (2021), 382.

bien, se relacione o no con este motivo antropológico, la pena entendida como expresión se legitima por necesidades sociales de comunicación. Mediante ella, el Derecho penal del Estado no se ubica fuera de la comunidad, como un mero observador externo para el que el delincuente es un objeto. Por el contrario, adopta la perspectiva de un participante que incluye en el lenguaje de la pena estatal al autor, a la víctima y a la totalidad de la comunidad.[68] Así, a la víctima le comunica que lo sufrido no es un accidente, sino un injusto, del que no es culpable ella, sino otra persona concreta, a la que se castiga. Además, al autor, le expresa que la culpabilidad es suya y no de la víctima, de la sociedad o de las circunstancias. En fin, al conjunto de la sociedad, le manifiesta que el hecho no es producto del azar, sino un injusto, del que no tienen que responder ni la víctima ni la comunidad.[69]

Es cierto que, una vez cometido un hecho delictivo, existe una necesidad 41
social de que se comunique su significado, su valoración y su imputación a alguien —para lo que sirve precisamente la teoría del delito—. Una vez producida la imputación de un hecho desvalorado a alguien, de ello se sigue el reproche —extrínseco o intrínseco, en función del criterio de imputación que se siga—. Ciertamente, se trata de una teoría relativa (consecuencialista), pues se basa en la necesidad social de una contracomunicación. Sin embargo, su base es un juicio de merecimiento, puesto que su punto de partida es que la comunicación es merecida. Ahora bien, el significado del merecimiento varía en función de si el criterio de imputación es extrínseco o intrínseco. Únicamente la culpabilidad intrínseca puede dar lugar a una imputación fuerte. En cambio, otros criterios, como el consentimiento expresado en el contrato social, o la equidad,[70] pueden legitimar políticamente la pena. Sin embargo, solo permiten construir una imputación débil.

3.2.4. Los retos de futuro

En el marco de las doctrinas expresivas, el dolor es «demostración».[71] De 42
este modo, si en el lenguaje cotidiano se afirma que «obras son amores y no buenas razones», el sufrimiento del delincuente constituye la demostración de la seriedad y de la sinceridad del compromiso del Estado con la víctima y la comunidad. En efecto, en el castigo se reunifica a los tres entes afectados por el delito: Estado, comunidad y víctima. Sin embargo, a su vez, se plantea el problema de la exclusión del delincuente —que es cosificado— de todo esquema de comunicación. Por tanto, las doctrinas expresivas no siempre dan respuesta a la necesidad de su reintegración, que es también una necesidad para toda la comunidad política. Así pues, a estas doctrinas se les plantean,

---

[68] *K. Günther* (1991), 210, 214.

[69] *K. Günther*, FS Lüderssen, 2002, 218-219.

[70] En inglés: «*fairness*».

[71] *Jakobs* (2012), 13: también el dolor es portador de sentido.

en términos de presente y de futuro, dos retos de coherencia interna. Por un lado, el de la valoración crítica de si la medida de dolor punitivo acogida en las leyes vigentes es imprescindible en términos comunicativos. Por el otro, el de explicar cómo tiene lugar la transición del castigo comunicativo —que expresa responsabilidad— a la rehabilitación del delincuente. En efecto, si el papel del dolor penal únicamente es el de trasmitir de modo inteligible la comunicación del reproche, su finalización deja al penado parcialmente fuera de la comunidad. En otras palabras, el sistema resulta excluyente en términos no solo fácticos, sino también normativos. Pues, en efecto, no dispone de ningún medio de comunicación simbólica de la reintegración del reo.

43 En este marco, tienen pleno sentido las doctrinas que tratan de reconfigurar el dolor penal, incluyendo en él una dimensión de reinserción normativa. Es decir, la misión de procurar la redención del penado reintegrándole en el mundo de la confianza recíproca.[72] Esta capacidad de pacificación y de reintegración, que es propia del dolor punitivo, se halla implícitamente presente tanto en las tradiciones funcionales del castigo, como en la historia del sacrificio ritual, tan vinculado a estas últimas. En todas ellas, la sangre —la negación del delincuente— fue el medio de lavar la culpa y purificar a aquel y a la sociedad. Sin embargo, se encuentra también en el lenguaje ordinario, que atribuye al reo que ha cumplido condena la manifestación de que «ha pagado su deuda con la sociedad». Es necesario elaborar una teoría del castigo que dé cuenta de esta vertiente.

3.3. Las doctrinas del retribucionismo empírico

44 Las doctrinas del retribucionismo empírico abundan en una concepción no absoluta de la pena.[73] En efecto, el concepto de retribución empírica —y la expresión que lo designa-[74] se contraponen a la concepción filosófica del retribucionismo, que lo entiende como un merecimiento deontológico.[75] Esta última tiene como referencia magnitudes abstractas de justicia. En cambio, la primera se refiere a las intuiciones compartidas en una determinada sociedad acerca de lo justo. En este punto, resulta próxima a la retribución cultural o funcional, que se orientaba al espíritu del tiempo en la determinación de qué, cuánto y cómo debe ser castigado.[76] Así pues, una y otra sostienen que la determinación de qué conducta merece pena y cuál es la medida de lo merecido es algo que corresponde a la propia comunidad. De este modo, en ellas lo merecido y lo socialmente necesario se entrecruzan. Sin embargo, aunque ambas puedan coincidir en los resultados, deben distinguirse metodológicamente. En efecto,

---

[72] *Abraham* (2018), 197 ss.

[73] *Robinson* (2008); *el mismo*, Cambridge L. J. 67 (2008), 147 ss.; *el mismo*, William & Mary L. R. 48 (2007), 1831 ss.; *Robinson/Darley*, Southern California L. R. 81 (2007), 1 ss.; *T. Walter* (2019), 49 ss.

[74] En el original inglés: «*empirical desert*».

[75] En el original inglés: «*deontological desert*».

[76] *Schünemann*, ZStW 126 (2014), 15.

una concepción *stricto sensu* funcional de la retribución tiene que presentarla no como praxis humana, sino como expresión de una *poiesis* social y, por tanto, en puridad como una mecánica distinta de la retribución. Ahora bien, si se quiere, puede reinterpretarse en términos de una retribución cultural, esto es, correspondiente a las creencias profundas subyacentes a una comunidad.[77] Por su parte, la retribución empírica se asemeja a las doctrinas que, en Europa occidental, han derivado hacia una prevención general positiva de perfil empírico.

En efecto, la principal característica de la retribución empírica es el recurso 45
al método empírico para la determinación de qué merece pena, quién la merece y cuánta. En concreto, lo «empírico» consiste en el recurso a un método de comparación acompañado por la realización de encuestas. Sin embargo, es común oponer a un método así dos objeciones. La primera se refiere a la volubilidad y la manipulabilidad de la opinión pública. Este punto de vista crítico se refleja en las denominaciones que, en lugar de como retribucionismo comunitario o democrático, prefieren calificarlo como demoscópico o popular. La segunda, ya aludida, hace hincapié en que la retribución empírica evalúa las actitudes reactivas. Pues bien, las intuiciones sociales acerca de lo justo pueden expresar, a su vez, necesidades sociales de castigo. Así las cosas, la diferencia entre lo retributivo y lo preventivo (general positivo) se difumina. Ello se advierte con claridad en la llamada «retribución satisfactiva», una variante de la doctrina del merecimiento empírico que se centra en las «necesidades de sanción del autor» que siente la víctima del delito (*cfr. infra* capítulo 5/97).

Ciertamente, las intuiciones acerca de qué, quién y cómo debe ser castigado 46
tienen que ver tanto con lo intrínseco del hecho como con lo extrínseco, con la conducta y con las externalidades negativas de esta, con la justicia moral y otros criterios (políticos) de distribución equitativa del castigo. Así, una doctrina que toma la demoscopia como método es claramente consecuencialista y su criterio de referencia es la necesidad social de pena. Esta probablemente responda a un criterio distributivo de cierta equidad, pero no a una justicia entendida como merecimiento estricto. En este sentido, resulta gráfico que otros autores, a la hora de describir una teoría de la retribución que se pretende fundamentar sociológicamente y asegurar empíricamente, se sirvan de la expresión «prevención general retributiva».[78]

3.4. Las doctrinas de la retribución como límite

El «retribucionismo» negativo, ya mencionado, puede operar como funda- 47
mento del castigo o como límite externo a una fundamentación preventiva.[79]

---

[77] *A. Merkel*, PG s/f, 183: «visiones éticas y juicios de valor que tienen validez en el pueblo»; *M.E. Mayer*, PG, 1915, 536, 538-539: «justas son las penas que corresponden al nivel de la cultura nacional y solo ellas»; *Jakobs*, LH Figueiredo Días, I, 2009, 387 ss.; *Kleinfeld*, Harvard L. R. 129 (2016), 1486 ss.; *el mismo*, Northwestern U. L. R. 111 (2017), 1455 ss.

[78] *T. Walter* (2019), 58-59; *el mismo*, JZ 2019, 654.

[79] En inglés: «*side constraint*».

En este segundo caso, aunque se use la terminología de la justicia e incluso la propia noción de «retribución», se trata de exclusivamente de un límite —o de una garantía—. Ello es lo que sucedió, por ejemplo, con la orientación «proporcionalista» del neoclasicismo político-criminal norteamericano.[80] En efecto, la doctrina de la proporcionalidad con el hecho es retrospectiva, pero no fundamenta el castigo en tal relación, sino que sostiene que la medida de la pena no puede desbordarla. Por tanto, su auténtica pretensión es establecer un límite de equidad a las fundamentaciones preventivas de la pena. Algo similar ocurre con las diversas doctrinas contractualistas o consensualistas del castigo, así como con las que lo basan en una idea de justicia distributiva política. En efecto, estas se mueven en la tradición sentada por Hart,[81] de modo que adoptan una fundamentación preventiva de la institución del castigo y pretenden legitimar luego, de modo adicional, su imposición a la persona concretamente condenada.[82]

4. LA LEGITIMACIÓN DE LA INFLICCIÓN DE DOLOR

4.1. Planteamiento

48 El dolor del castigo tiene una fundamentación relativamente fácil sobre bases de prevención general negativa, esto es, de necesidad para la intimidación de delincuentes potenciales. En cambio, ha hallado dificultades en las demás teorías de la pena, incluida la prevención general positiva. Ahora bien, en particular ha dado pie a una objeción básica a las teorías comunicativas o expresivas. En efecto, estas tienen serios problemas para explicar lo más visible de la pena, que es el dolor propio de su ejecución. Así, la pregunta es por qué no basta con la declaración verbal o con cualquier otro mecanismo expresivo carente de dimensión aflictiva, para la comunicación de que la norma continúa siendo pauta de conducta vinculante. La réplica consistente en que el dolor y su medida son una cuestión meramente contingente —un mero vehículo de la comunicación, cambiante a lo largo de la historia— no resuelve el problema. Por tanto, la realidad coactiva de la ejecución de la pena requiere un esfuerzo tanto de explicación como de legitimación o crítica.

4.2. La primera opción teórica: el dolor como reflejo especular

49 Desde un punto de vista estrictamente retributivo la cuestión es si el delincuente, además del dolor derivado de la comunicación en sí —el juicio de reproche— merece el dolor de la ejecución. Ahora bien, la dificultad de justificar el dolor punitivo explica la diversidad de posiciones que tratan de propor-

---

[80] *Weigend, ZStW 94* (1982), *801* ss.

[81] *Hart,* Proceedings of the Aristotelian Society 60 (1959-60), 1 ss.; *Baurmann* (1987), 198 ss.

[82] Próximos a esta línea, *Schünemann* (1991), 151; *Greco,* (2015), 157 ss.

cionar esta fundamentación. Así, un sector doctrinal legitima la inflicción de dolor mediante la ejecución de la pena, mostrándola como reflejo especular del daño del delito.[83] Sostiene que, sin la aflicción de la pena, no se daría la re-estabilización de la norma, puesto que también el delito ha provocado la correspondiente aflicción. Desde esta perspectiva, habría que distinguir entre meras expresiones de un «proyecto alternativo de orden normativo», puramente simbólicas, y conductas en las que la comunicación negadora del Derecho tiene lugar mediante la lesión del orden establecido. Pues bien, estas últimas requieren algo más que contra-comunicación simbólica, y eso es el dolor. Ahora bien, con esto la teoría de la pena se convierte en una teoría especular del delito que, por tanto, deja de ser estrictamente comunicativa, para pasar a ser mixta: fáctica-comunicativa como es también el delito.

4.3. La segunda opción teórica: la justificación preventiva del dolor

Otra opinión doctrinal fundamenta la imposición y la ejecución de la pena 50
en la necesidad de confirmar la seriedad de la amenaza dirigida a los delincuentes potenciales. Es decir, desde la perspectiva de la prevención general negativa o de intimidación.[84] Esta posición justifica retrospectivamente el reproche inherente a la condena penal, como expresión de lo merecido. Por el contrario, fundamenta la causación de daño al delincuente de modo prospectivo, en relación con lo que sea necesario en términos preventivos-instrumentales. Así, afirma que la inflicción del dolor punitivo tiene el fin de producir confianza real en las víctimas potenciales.[85] Ahora bien, para generar tal confianza fáctica, es necesario que cause miedo en los autores potenciales.[86] Ciertamente, esto no quiere decir que sea legítimo imponer una pena excesiva con respecto al daño producido por el autor. Así, este únicamente puede ser castigado en la medida de su responsabilidad.[87] Sin embargo, esta última comprende el daño intelectual: es decir, la inseguridad cognitiva.[88] Entonces, si el delito se comete en una situación social de menor estabilidad de la norma, que haga precisa una mayor medida de pena, debe entenderse que esta mayor pena es adecuada a la culpabilidad —reconstruida en términos funcionales—. En cambio, si la seguridad en la sociedad es mayor, el delito podrá verse como un fenómeno aislado y las penas serán más leves. Como se observa, este criterio de legitimación de la causación de dolor al delincuente abandona lo estrictamente comunicativo respecto al pasado. En efecto, se mueve cerca de la retribución empírica y de la prevención general —positiva y negativa a la

[83] Así, la primera posición de *Jakobs* (1998), 29 ss., 37.

[84] *von Hirsch* (2003), 125 ss.; *el mismo* (2005), 13 ss.; *el mismo* (2005 b), 57 ss.

[85] Así, la segunda posición de *Jakobs* (2006), 148.

[86] *Jakobs* (2005), 339 ss.; *el mismo* (2006), 135 ss., 139, 148-149.

[87] *Jakobs* (2006), 156-157.

[88] *Pawlik* (2012), 119 n. 661: el contexto social codetermina el significado social del hecho, de modo que corre a cargo del propio agente en términos de pena.

vez—. Con ello, pierde de vista el auténtico merecimiento (deontológico) del agente. En definitiva, también esta doctrina es dualista.

4.4. La tercera opción teórica: el dolor comunicativo

51 Una tercera posición pretende legitimar comunicativamente el dolor punitivo con base en la necesidad de inteligibilidad del lenguaje de la pena por parte de la comunidad.[89] Además, el dolor no solo hace inteligible el reproche, sino que permite graduarlo, en función de la gravedad de los delitos. Luego, la cuestión de cuánto dolor procede infligir es algo que depende de la semántica de cada sociedad. Esta se relaciona con su cultura, pero también puede tener que ver con el grado de seguridad alcanzado por aquella. Ahora bien, esto vuelve a poner de manifiesto la existencia de una relación entre el castigo comunicativo y las necesidades preventivas, aunque sea a través del vehículo de la comunicación.

52 En realidad, las bases de este planteamiento —que pretende legitimar normativamente el dolor punitivo— se hallaban ya presentes, en términos más bien críticos, en doctrinas anteriores. En efecto, hace décadas que se señalaba que el ceremonial del castigo tiene que escenificar simbólicamente el «error» del autor. Ahora bien, para ello, son necesarias su estigmatización y degradación, que permiten identificarlo como «otro» y reforzar la cohesión interna. Por su parte, el efecto simbólico de degradación y estigmatización requiere una dimensión de violencia física.[90] Pues bien, la doctrina del significado comunicativo del encarcelamiento solo puede sostenerse desde dos perspectivas. Una es funcional, para la que el recluso constituye un mero objeto de la comunicación social.[91] Esta se relaciona sobre todo con la prevención general positiva. En cambio, la otra tiene un contenido moral,[92] pues en ella se trata de que el recluso asuma su encarcelamiento como una vía de expiación de su culpa.

4.5. Un balance

53 Todo lo anterior pone de relieve la tensión existente entre una comunicación entendida en términos ideales-racionales y la específica comunicación punitiva, que procede mediante el hecho de infligir dolor al penado. Esta tensión se debe a que ni el delito, ni la pena, ni sus sujetos activos respectivos, se mueven solo en el plano de la comunicación ideal. En efecto, la comunicación interpersonal no solo tiene lugar entre sujetos racionales autónomos con

---

[89] *von Hirsch* (2019), 89-90; *Pérez Barberá*, InDret 4/2014, 4 ss., 25; *Zabel*, JRE 27 (2019): el dolor penal es un amplificador de la comunicación.

[90] La descripción de las doctrinas críticas en *Neumann/Schroth* (1980), 103-104.

[91] *Gómez-Jara*, InDret 2/2008, 16-17: el dolor es un constructo normativo que «solo forma parte del concepto de la pena en la medida en que la comunicación sobre el dolor —no el dolor en sí— sea considerado, normativamente, como relevante». Desde una perspectiva lingüística *Mañalich* (2011), 56 ss.

[92] *Duff* (2001), 149 ss. Con matices, *Bourne*, The Journal of Religious Ethics 42 (2014), 78 ss.; críticos Günther (2014), 1 ss.; *Cochrane*, CL&Phil 11 (2017), 295 ss.

derechos y deberes, sino también entre seres humanos emocionales y dependientes —vulnerables—. Por eso, el delincuente y la víctima, pero también el resto de los integrantes de la comunidad, se mueven tanto en el plano de las razones morales, como en el de las meramente prudenciales y en el de las pasiones —resentimiento, indignación, miedo—. En definitiva, la pena, como producto de seres imperfectos, tiene una dimensión que hace imposible que sea objeto de una teoría racional. La única realmente posible consiste en la formulación teórica de un fenómeno que tiene lugar entre sujetos que tienen una racionalidad limitada, una voluntad imperfecta y una inclinación al mal.

III. LAS DOCTRINAS PREVENTIVAS

1. GENERALIDADES

Las doctrinas preventivas de la pena tienen, como las retributivas, antece- 54
dentes desde la discusión filosófica griega. Sin embargo, su formulación actual procede de la primacía del modelo antropológico del empirismo en los siglos XVII y XVIII. En efecto, esta línea de pensamiento concibe al ser humano como un agente con tendencias egoístas peligrosas para los demás, de modo que la paz únicamente puede garantizarse mediante la coerción estatal. De hecho, el contexto histórico del desarrollo de las doctrinas preventivas viene dado por una observación materialista, tanto de las guerras de religión del siglo XVII como, luego, de los conflictos sociales del siglo XIX.[93] De este modo, su marco conceptual lo constituye una visión del Derecho penal como mecanismo coactivo de control instrumental. En definitiva, tanto el Derecho en general como la pena son despojados de cualquier dimensión moral trascendente al mero análisis prudencial-instrumental: «si hago A, pasará B».

Las teorías preventivas justifican la imposición del castigo desde un punto 55
de vista prospectivo: para ellas lo decisivo es incidir sobre el comportamiento futuro. Así, una de sus variantes concibe la pena como un desincentivo general de la realización de determinadas conductas —desde la perspectiva del *homo oeconomicus*, el burgués egoísta racional—. En efecto, se amenaza con ella, mediante la conminación penal abstracta, para determinar el comportamiento de los destinatarios en el sentido pretendido. En cambio, la otra variante entiende la pena como un condicionante del comportamiento futuro del individuo ya castigado —desde la perspectiva del *homo sociologicus*, el proletario entendido como producto social—. Por tanto, la lógica de las teorías preventivas es, en sentido amplio, policial (es decir, de neutralización de peligros).

Esto se puede apreciar con claridad en su versión general intimidatoria. En 56
ella se castiga porque se amenazó con pena, es decir, «para confirmar la seriedad de la amenaza» frente a terceros. En cambio, se prescinde de la cuestión relativa al merecimiento del castigo por parte del sujeto que lo sufre. Esto cobra

---

[93] *Köhler* AT, 1997, 38-40.

sentido si se tiene en cuenta que los dos grandes teóricos de la prevención —Feuerbach y von Liszt— sostenían antropologías deterministas. En efecto, para von Liszt, la pena no debe constituir nada más que la racionalización de una dinámica —la del castigo intuitivo— que es un producto evolutivo. Por su parte, la denominada «prevención general positiva» constituye una doctrina mucho más reciente, con origen en el último tercio del siglo XIX. Sin embargo, plantea de entrada un problema conceptual, por lo que no puede considerarse una variante más de las doctrinas de la prevención.

2. LAS DOCTRINAS DE LA PREVENCIÓN GENERAL

2.1. Introducción

57 Las doctrinas de la prevención general sostienen que la pena se legitima por su influencia sobre un conjunto general de destinatarios. A su vez, estos pueden definirse por su pertenencia al grupo de los «potenciales delincuentes» o bien por su inclusión en el grupo de «potenciales víctimas, directas o indirectas». La influencia amenazante sobre potenciales delincuentes es el criterio de legitimación que acoge la teoría de la prevención general negativa —o intimidatoria—. En cambio, en el caso de los terceros —víctimas directas u otros integrantes de la comunidad—, la prevención general consiste en el restablecimiento de la confianza en el sistema normativo con el consiguiente refuerzo de la voluntad cooperativa. Esta idea es la que adoptan algunas variantes de la prevención general positiva. Bajo esta intitulación general se aglutinan doctrinas muy diversas entre sí cuyo único denominador es la justificación de la pena con base en su influjo sobre los integrantes de la comunidad en su conjunto.

58 Una corriente especialmente relevante a inicios de la segunda mitad del siglo XX fue la fundamentación preventivo-general de la pena con base en las teorías psicoanalíticas del castigo. Estas, en efecto, advertían dos dimensiones de la prevención. Por un lado, la dirigida al mundo consciente de los destinatarios, para evitar el desarrollo de conductas de emulación del delincuente. Por otro lado, la dirigida al subconsciente de aquellos, a fin de dar satisfacción a sus necesidades de venganza contra el delincuente o de frenar la envidia por este. Esta envidia surgiría porque el mundo instintivo del delincuente —su Ello— habría vencido a su Super-yo.[94] En realidad, estas últimas doctrinas constituyen una de las fundamentaciones posibles de una teoría preventiva integrada de la pena. Esta se dirige a los integrantes de la comunidad en su doble condición de delincuentes potenciales y de cooperadores (reales y potenciales), con lo que también integra elementos de las teorías expresivas. En realidad, la orientación al psicoanálisis pretendió proporcionar una primera base empírica a las teorías de la pena.[95]

---

[94] *Haffke* (1976), 162-163; *Streng*, ZStW 92 (1980), 667-668, 674; *Gimbernat Ordeig* (1970), 140 ss.; *Luzón Peña*, CPC 16 (1982), 100 ss., parcialmente crítico.

[95] En esta tradición se enmarca, sosteniendo una teoría unitaria de la prevención general —intimidatoria y de refuerzo de la cooperación—, *Rodríguez Horcajo* (2016), 220 ss.; *el mismo*, LH Jorge Barreiro, I, 291 ss.; *el mismo* (2021), 87.

2.2. La prevención general negativa —o de intimidación—

2.2.1. Las premisas

La base de la doctrina de la prevención general de intimidación se halla en 59
la antropología empirista de Hobbes, Locke y Hume.[96] Esta ubica el Derecho en general —y el Derecho penal, en particular— en un mundo puramente sensible, sometido a la determinación, en el que los individuos son sujetos movidos por los impulsos o las pasiones.[97] Así pues, estas los pueden llevar a delinquir siempre que su satisfacción pase por la comisión de un delito. Entonces, las leyes penales, a través de la amenaza contenida en las conminaciones penales abstractas, tienen que producir miedo en la generalidad de los potenciales delincuentes. En efecto, su pretensión es que esta pasión (del miedo) se imponga sobre la pasión agresiva, que podría conducir a alguien a delinquir, disuadiendo al delincuente potencial de cometer un determinado delito. Ahora bien, cuando, pese a todo, alguien lo comete, es preciso castigarle para confirmar la seriedad de la amenaza contenida en las leyes e intentar seguir disuadiendo a los demás. En definitiva, al delincuente no se le castiga por lo que ha hecho, sino para confirmar la seriedad de la amenaza abstracta de pena frente a los delincuentes potenciales.

Es común asociar la formulación originaria de la teoría de la prevención 60
general negativa o intimidatoria[98] a la doctrina de la coacción psíquica o psicológica de Paul Johann Anselm von Feuerbach (1755-1833).[99] En efecto, esta concibe toda sanción, tanto la penal como la de policía, en términos regulatorios, es decir, como refuerzo —mediante la amenaza— del orden establecido. Así las cosas, la diferencia entre el Derecho de policía y el Derecho penal radica en que este último requiere, como presupuesto del castigo, la lesión de un derecho subjetivo. En cambio, para la sanción administrativa-policial basta con la mera lesión del orden del Estado. En el ámbito angloamericano se halla una propuesta muy similar en la obra prácticamente coetánea de Jeremy Bentham (1748-1832).[100]Ahora bien, la realidad es que a uno y otro les precedió el italiano Cesare Beccaria (1738-1794).[101] En el ámbito iberoamericano, esta corriente fue asumida en términos muy matizados por el hispano-mexicano Manuel de Lardizábal y Uribe (1739-1820), que trató de integrarlos con la tradición clásica.[102] Finalmente, a lo largo del siglo XX el planteamiento de la

---

[96] *Binding* (1919), 79 ss.

[97] *Greco* (2015), 49 ss.

[98] En la tradición angloamericana: «*deterrence*».

[99] *Feuerbach,* Lehrbuch, 11.ª, 1832, § 13. Una rehabilitación de su modelo específico en *Greco* (2009); *el mismo* (2015 a), 41 ss.

[100] *Bentham* (1789), sobre la base de la idea de daño («*harm*»).

[101] *Beccaria* (1764), § 27: «Para que una pena obtenga su efecto, basta que el mal de ella exceda al bien que nace del delito; y en este exceso de mal, debe ser calculada la infalibilidad de la pena, y la pérdida del bien que el delito produciría. Todo lo demás es superfluo, y por tanto tiránico».

[102] *Lardizábal y Uribe* (1782).

disuasión fue desarrollado, sobre todo, por las doctrinas del análisis económico del Derecho penal, muy presentes en el ámbito angloamericano.[103] En el mundo continental europeo, Roxin ha acogido lo esencial de esta tradición, aunque añadiéndole importantes limitaciones extrínsecas-deontológicas.[104]

2.2.2. La teoría de la coacción psicológica

2.2.2.1. El delincuente racional

61 El presupuesto de la teoría de la coacción psicológica es la concepción del delincuente como sujeto racional prudencial —en otras variantes, como sujeto racional egoísta: *homo oeconomicus*—.[105] El delincuente potencial no es un sujeto especial, sino que, por el contrario, cualquiera puede elegir racionalmente la comisión de un delito si es que los costes de dicha decisión son inferiores a sus beneficios.[106] Esta racionalidad, que se atribuye al ser humano, es puramente instrumental y se orienta a la satisfacción de los propios intereses.[107] Es, por tanto, la racionalidad del individuo hobbesiano, un sujeto determinado por sus impulsos. Ahora bien, si el delincuente racional se mueve por consideraciones de coste y beneficio, entonces, para disuadirle de cometer un delito, es necesario asociar a dicha comisión costes adicionales, que son las penas. Se castiga para que el delincuente potencial llegue a la conclusión de que el delito no le sale a cuenta. Sin embargo, la mayoría de las veces el beneficio derivado del delito resulta patente e inmediato.

2.2.2.2. El castigo como desincentivo

62 En cambio, el coste derivado de la pena constituye una incógnita por despejar. La incidencia de este factor sobre el hipotético análisis del delincuente se asienta, en realidad, en tres variables: la gravedad de la pena, la certeza de su imposición y la celeridad en imponerla.[108] En la ecuación de la intimidación, la medida de esta es el resultado de la multiplicación de la gravedad de la pena por la probabilidad de aprehensión y enjuiciamiento, así como por el tiempo que se tarde en imponer y ejecutar la pena.[109] La medida de la certeza —en otras palabras, de la probabilidad de aprehensión, enjuiciamiento y castigo de quien ha cometido un delito— depende de la eficacia del sistema policial

---

[103] *Becker* (1974), 45; *Posner*, Columbia L. R. 85 (1985), 1193 ss. Crítico, *Silva Sánchez*, ADPCP 1996, 93 ss.; proclive, *Ortiz de Urbina*, RDPC extr. 2 (2005), 63 ss. Matizando su vinculación con Feuerbach, *Greco* (2015 a), 75 ss., 85, 93.

[104] En esta última línea se mueve la propuesta de *Greco* (2015), 205 ss.

[105] *Greco* (2015 a), 378-379.

[106] *Montero Soler/ Torres López* (1998), 6, 21.

[107] Crítico, *Feijóo Sánchez*, LH Arroyo Zapatero, 2, 2021, 853 ss.

[108] *Bentham* (1830), C VI, 32 ss.

[109] En inglés: «*deterrence = severity × certainty × celerity*». Sobre ello, *Cardenal Montraveta*, RECPC 17 (2015), 1 ss., con especial referencia a la suspensión de la ejecución de las condenas.

y judicial. La celeridad, por su parte, requiere que la duración del proceso penal, incluidas las vías de recurso, sea corta. De lo contrario, hay que contar con la incidencia en el delincuente potencial del sesgo cognitivo que se conoce como «sesgo presentista» o «descuento del futuro».[110] Este consiste en la infravaloración de los hechos negativos que puedan tener lugar en un futuro distante del momento en que un sujeto dado realiza un análisis de ventajas e inconvenientes de cada una de las decisiones posibles.

Resulta sabido que la medida de la eficacia del sistema policial y judicial **63**
refleja, en todo caso, un porcentaje muy inferior al 100%. Es asimismo conocido que la duración de los procesos suele ser, en general, bastante larga. Por tanto, el legislador solo controla directamente una variable: la decisión de incriminar o no una conducta y la gravedad de la pena imponible. Así las cosas, es cierto que la criminalización de una conducta produce efectos de prevención general intimidatoria. A igualdad de persecución, las penas criminales intimidan más que las sanciones administrativas. En cambio, las modificaciones al alza de la magnitud de la pena no modifican sustancialmente el resultado de la ecuación, si las otras dos variables se mantienen constantes. En realidad, tales modificaciones tienen más efectos de prevención general positiva que de intimidación.

En todo caso, los costes del delito para el delincuente no se derivan única- **64**
mente de la gravedad de la pena. Si así fuera, bastaría con aumentarla para reducir la incidencia del correspondiente delito. En efecto, junto a la severidad de la pena, entra en juego el factor de la probabilidad de que la pena se haga efectiva, que depende de la configuración de los sistemas policial, procesal e incluso social. Así pues, los costes del delito para el delincuente vienen dados por el producto de la severidad y la probabilidad, siendo esta última siempre inferior a «1».[111] En este punto se suscitan dos cuestiones significativas de signo contrario. Por un lado, si hay algo que motiva al delincuente potencial esto es la elevada probabilidad de ser descubierto y sancionado.[112] Por otro lado, en cambio, los incrementos en el grado de probabilidad son enormemente costosos, mientras que los incrementos de severidad solo conllevan los costes humanos y económicos ligados a la mayor duración de la pena, si es que esta se ejecuta.

Ciertamente es posible introducir elementos que aumenten los coeficientes **65**
de éxito del sistema de persecución. Por ejemplo, incrementar las dotaciones

---

[110] *Ortiz de Urbina*, RDPC extr. 2 (2005), 62.

[111] *Feuerbach*, Lehrbuch, 14.ª, 1847, §§ 14 y 16.

[112] *Beccaria* (1764), § 27: «No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los magistrados, y aquella severidad inexorable del juez, que, para ser virtud útil, debe estar acompañada de una legislación suave. La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión, que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque pequeños, cuando son ciertos, amedrentan siempre los ánimos de los hombres; y la esperanza, don celestial, que por lo común tiene lugar en todo, siempre separa la idea de los mayores, principalmente cuando la impunidad, tan conforme con la avaricia y la flaqueza, aumentan su fuerza».

de la policía judicial o proveer a esta de medios de investigación más eficaces. Este es el caso, por ejemplo, de las bases de datos de ADN, cuya eventual universalización podría elevar sustancialmente los porcentajes de esclarecimiento de los delitos. Asimismo, la prisión preventiva constituye un instrumento de limitación del sesgo presentista y, por tanto, de intensificación de la ecuación de la disuasión, disminuyendo la incidencia del descuento del futuro. En efecto, la corrección de este sesgo pasa por acercar los desincentivos —sanciones— al momento de comisión del delito y por posponer los incentivos o recompensas —dificultando la realización del beneficio—. Sin embargo, el sistema jurídico tiene dificultades en ello.

66 Así pues, el modelo de la intimidación no es racionalmente eficaz. Si se tienen en cuenta los bajos coeficientes de multiplicación de la gravedad de la pena, no tendría sentido que un delincuente racional se abstuviera de la comisión de un delito para el que tuviera un incentivo mínimamente elevado. Por eso, es necesario subrayar la incidencia de otro aspecto, menos atendido, de la teoría de la intimidación. A saber, la entrada en juego de la pasión —irracional— del miedo. En efecto, en sociedades en las que la libertad cotidiana ofrece importantes incentivos para cualquier agente, resulta muy relevante la dimensión pasional-emocional inherente al sesgo de aversión a la cárcel. Además, este miedo se reafirma mediante el terror penal —el exceso punitivo— que recae sobre quien es aprehendido, juzgado y condenado. Por otro lado, el temor no se refiere solo a la prisión, sino al propio hecho de ser señalado como delincuente en el proceso penal. Esto tiene que ser explicado con más detalle.

2.2.2.3. La tendencia al terror penal

67 El modelo de justificación del castigo basado en la tesis de la coacción psicológica tiene su elemento central en la conminación penal abstracta. Pues bien, a su favor cabe considerar que ubica en el centro el derecho a la seguridad de las víctimas potenciales y, por tanto, el cumplimiento del deber de protección del Estado. Por tanto, la noción de coacción psicológica da cuenta —de forma parcial— de la misión de refuerzo de las normas de conducta que llevan a cabo las normas penales de sanción. Sin embargo, en primer lugar, no proporciona un mecanismo para la determinación de qué es aquello de lo que debe disuadirse al autor. Además, en segundo lugar, la lógica de la intimidación conduce a que la magnitud de penalidad abstracta no se establezca en función de la gravedad intrínseca del hecho. Por el contrario, tendría que considerar la utilidad subjetiva que el delito reporta a quien lo pretende cometer y no la magnitud objetiva del daño que causa. A continuación, se debería dirigir al sujeto una amenaza convincente de sufrir un daño subjetivo superior al beneficio subjetivo que espera obtener del delito. En tercer lugar, según la lógica de la intimidación el Derecho penal tiene que aprovechar el limitado número de casos en los que consigue ser aplicado para confirmar la seriedad de la amenaza intimidando de modo general. Sin embargo, la idea de «con-

firmación de la seriedad de la amenaza» desdibuja el auténtico significado social de la sanción penal impuesta por un tribunal.

En efecto, si se tiene en cuenta que los coeficientes de certeza y de celeri- 68
dad en la imposición de la pena son muy inferiores al 100%, un modelo de intimidación construido de modo consecuente conduce a marcos penales abstractos de enorme severidad. Sin embargo, esos marcos, pensados para ser multiplicados por coeficientes muy inferiores al 100% en el cálculo de utilidad del delincuente, se convertirían en realidad en un auténtico 100% cuando tuvieran que imponerse al delincuente condenado. Así pues, el resultado de todo ello sería una especie de lotería del terror penal, en el que las magnitudes de las penas concretamente impuestas resultarían insoportables.[113] En definitiva, una teoría de la magnitud de la pena construida sobre la base de la lógica de la intimidación tiene que asumir una patente desproporción con respecto a la gravedad del hecho concretamente realizado por el agente.[114]

En el marco de esta teoría de la pena se propicia una instrumentalización del 69
delincuente con su consiguiente despersonalización. Sin embargo, la cuestión va incluso más allá. En efecto, la lógica de la intimidación no excluye el castigo de terceros ajenos al hecho cometido para producir un efecto intimidatorio en los delincuentes potenciales. Por tanto, esta doctrina contiene una clara potencialidad de vulneración del principio del hecho, como es posible apreciar en la figura de la «disuasión indirecta». En efecto, esta no solo sostiene el castigo a los padres —o convecinos— como medio de disuadir a sujetos que, como los terroristas, muchas veces no se ven intimidados por la amenaza de un castigo propio. Además, propone que se dirija la amenaza de sanción a determinados grupos de sujetos —como los que pueden realizar actos de blanqueo o de receptación— no solo para disuadir a estos, sino también para producir un efecto indirecto sobre el delincuente del delito fuente. El argumento es que la mayor dificultad de obtener el beneficio derivado del delito desincentiva la comisión de este último. Ahora bien, el problema es que el castigo de los terceros puede ser excesivo con respecto a éstos, con el fin de desincentivar de modo suficiente a quien comete el delito fuente. En resumen, la doctrina de la prevención de intimidación no es asumible para determinar ni a quién hay que castigar, ni con qué medida de pena.

Por todo ello, la lógica estricta de la coacción psicológica no subyace a 70
ningún sistema jurídico-penal conocido. En efecto, las teorías de la prevención general de intimidación carecen de capacidad para conformar tanto un modelo descriptivo como uno normativo de la *praxis* penal. Ahora bien, muestran todavía más debilidades. Así, el modelo carece de la suficiente base empírica, pues los estudios sobre el comportamiento subrayan que las personas no obramos como sujetos racionales egoístas.[115] Es cierto que el Derecho

---

[113] *A. Merkel*, PG, s/f, 200; *M.E. Mayer*, PG, 1915, 529; *Binding* (1919), 34-35; *Herzog* (1987), 139.

[114] Lo asume *Schünemann*, ZStW 126 (2014), 9. Críticos, *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 1/30; *el mismo* (2006), 125 ss.; *Feijóo Sánchez* (2014), 86 ss., 113 ss.

[115] *Stratenwerth* (1995), 9-10.

penal contribuye a la disuasión de la realización de conductas delictivas. Sin embargo, necesita apoyarse en las aportaciones de otras instituciones jurídicas o extrajurídicas, sobre todo, que producen motivaciones intrínsecas. En efecto, una prevención disuasoria —y no meramente intimidatoria— ha de pretender lograr una cierta internalización del contenido de las normas. Se trata de convencer, mostrando el valor de los bienes protegidos y la razonabilidad de su protección, así como la legitimidad de los procedimientos de incriminación,[116] para darle una dimensión positiva a la prevención disuasoria. Esta, además de ser la más eficaz, es la que, en mayor medida, permite distinguir el castigo del precio o el tributo. En efecto, pone de relieve que no solo se trata de que el comportamiento delictivo puede salir caro, sino que no debe realizarse.[117]

71 La realidad es que las personas ni actúan solo en virtud de decisiones prudenciales concretas, ni siquiera obran principalmente así. Por el contrario, en sus acciones inciden de modo decisivo disposiciones habituales ancladas emocionalmente en su sistema de valores desde la infancia. Esto significa que en ellas los factores no instrumentales —educativos— tienen una gran importancia.[118] Así, la vigencia social del Derecho tiene que ver en amplia medida con que se reconozca su vinculación ético-social, algo que no es susceptible de imposición a través de coacción. En efecto, según la ética de Aristóteles, vivir virtuosamente significa actuar con base en motivaciones externas de contenido bueno, hasta convertirlas en internas. Pues bien, la promoción comunicativa y el ejercicio de las virtudes constituye la mejor forma de proteger bienes jurídicos,[119] como sostuvo luego la doctrina del fomento de los valores ético-sociales de la acción.[120] Ciertamente, esto no podía ser admitido por Feuerbach. En efecto, este pretendía una total separación entre el Derecho y la moral, no solo en cuanto a los contenidos respectivos, sino también en cuanto a sus formas de incidencia.[121] Así, sostenía que la incidencia intrínseca es la propia de la moral; en cambio, el Derecho debe tener únicamente una incidencia extrínseca. Sin embargo, como se ha señalado, tal reduccionismo es artificioso y no da cuenta de la realidad humana.

2.2.3. Las doctrinas de la prevención general negativa limitada

2.2.3.1. Generalidades

72 Lo anterior pone de relieve la evidente necesidad de introducir criterios para la limitación de la lógica de la prevención de intimidación. Ciertamente, un sector de opinión considera que la doctrina preventiva es capaz de autolimitarse, es decir, que existen elementos inherentes a la lógica de la utilidad que tienen

---

[116] *von Hirsch* (2011), 271.

[117] *Schünemann* (2000), 3.

[118] *Lacey* (2021), 109 ss.

[119] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, I-II, c. 95, a. 1; c. 96, a. 2 y 3.

[120] *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 5.

[121] *Greco* (2015 a), 96 ss.

efecto limitador. Así, por ejemplo, la exigencia de una disuasión marginal[122] obliga a que hechos menos graves sean castigados con penas menos graves, lo que conlleva el requisito de una proporcionalidad relativa u ordinal.[123] Sin embargo, no es posible negar la existencia de un conflicto, en medida por determinar, entre la eficiencia preventiva y los derechos individuales. Por eso, la mayoría de los partidarios de la doctrina de la prevención general negativa proponen el recurso a criterios externos de limitación, que permitan replicar a la crítica de que propicia la instrumentalización del delincuente concreto.[124]

2.2.3.2. La limitación con base en la prevención general positiva o en una proporcionalidad consecuencialista

73 Algunos de estos criterios no consiguen realmente la pretendida limitación. Este es el caso de las doctrinas que proponen la limitación de la prevención general negativa por consideraciones de prevención general positiva,[125] o por una proporcionalidad entendida en términos consecuencialistas.[126] En efecto, tanto uno como otro criterio siguen siendo externos al hecho cometido y, por tanto, realmente no hacen justicia al delincuente concreto. Para ello basta con considerar que los consecuencialistas entienden el principio de proporcionalidad en el sentido de que los costes sociales globales de la represión de una clase de delito no pueden ser superiores a los de la tolerancia de ese delito genérico (*cfr. infra* capítulo 5/12). En efecto, así las cosas, el sujeto que comete un delito concreto sigue siendo instrumentalizado. En definitiva, en este marco, el Derecho penal se concibe como un medio de gestión de la inseguridad —un mecanismo de refuerzo regulatorio—. Ello ocurre tanto si la limitación de la prevención general negativa —o de la prevención especial— se orienta a una proporcionalidad con las necesidades sociales —prevención general positiva— como si tiene como referencia una proporcionalidad solo con el injusto. En ambos casos, el modelo refleja la lógica de un Derecho penal entendido como «medio de control social», de modo que la consecuencia que se impone no puede llamarse «castigo».

2.2.3.3. La limitación con base en criterios deontológicos

74 La mayoría de los partidarios de la prevención general negativa optan por someterla a criterios limitadores no consecuencialistas, sino deontológicos.[127]

---

[122] Sobre el concepto, *Ortiz de Urbina*, RDPC extr. 2 (2005), 61: si un delito menos grave se castiga con una pena alta se incentiva la comisión de otros delitos como medio de facilitar su ejecución o de encubrirlo, pues «ya no hay mucho que perder».

[123] *Gimbernat Ordeig* (1970), 140 ss.; *Luzón Peña*, CPC 16 (1982), 96 ss.

[124] Ya el propio Feuerbach: *Greco* (2015 a), 163 ss.

[125] *Mir Puig*, ADPCP 1986, 49 ss.; *Corcoy Bidasolo*, LH Mir Puig, 2017, 285 ss. Como criterio complementario de la culpabilidad, que sirve de puente de las tensiones empírico-valorativas, *Pérez Manzano*, LH Roxin, 1997, 86 ss.

[126] *Mir Puig*, LH Vives Antón, 2009, II, 1357 ss.

[127] *Schünemann* (1991), 147 ss.: *Greco* (2009), 177 ss.; 247 ss., 252; Hörnle, FS Roxin, 2011, 10 ss.; *Roxin/Greco*, AT, I, 5.ª, 2020, 3/59-62.

Estos criterios, que varían según las propuestas, pueden ser: (i) una determinada concepción de la «retribución»; (ii) la culpabilidad[128] o la proporcionalidad con el hecho concreto;[129] (iii) el consentimiento del delincuente; y (iv) la equidad. A este respecto, los conceptos implicados en (i) y (ii) son los más conocidos en la tradición de cuño alemán. Por su parte, los criterios (iii) y (iv), que gozan de tanta o más antigüedad, se caracterizan por su naturaleza jurídico-política vinculada a las doctrinas del contrato social.[130] La pretensión de estos últimos es eludir la crítica de que la imposición de la pena al delincuente incurre en instrumentalización, o en paternalismo. Así pues, pretenden legitimar tal imposición frente al individuo que la padece, de modo que se pueda sostener que, en realidad, aquella es una especie de autocastigo. Con esta finalidad, tratan de sostener el consentimiento del castigo por parte del condenado, construyéndolo desde dos perspectivas distintas. Por un lado, con base en la acogida expresa de la doctrina del contrato social. En esta versión la idea central es que la participación del sujeto en dicho contrato —es decir, en el consenso político, como colegislador— genera un deber de lealtad de cumplir las normas. Consiguientemente, debe entenderse que, en caso de delinquir, ese sujeto consiente en soportar el castigo. Por otro lado, sobre la base del significado de la comisión de un delito. En esta variante, se sostiene que la realización de la conducta delictiva, una vez que el sujeto ha recibido la previa comunicación de que aquella acarrea como consecuencia la pena, comporta consentir el padecimiento de esta última.[131] Como puede advertirse, la diferencia entre ambas variantes radica en que el primer planteamiento solo es aplicable a sujetos que han podido votar, mientras que el segundo tiene un alcance claramente más amplio. De hecho, la limitación mediante el recurso a la equidad se relaciona con esta segunda variante consensualista. Así, se concreta en adoptar, como punto de partida, la idea de que el delincuente tiene un derecho innato a no ser castigado. Sin embargo, al cometer el delito tras haber sido avisado equitativamente de las consecuencias de su hecho, pierde aquel derecho.[132]

75 Como se advierte, tanto esta limitación como las que se basan en el consentimiento tienen, en última instancia, una naturaleza formal, puesto que proceden a reconstruir en términos filosóficos las dimensiones del principio de legalidad. En concreto, la político-democrática y la técnica, o de seguridad jurídica (*cfr. infra* capítulo 4/18). Ya se ha indicado que ninguna de ellas pretende fundamentar el castigo, sino que se mueven en el marco de fundamentaciones instrumentales-preventivas. Una vez en ese contexto, su pretensión es sostener que el delincuente no puede reprochar al Estado el hecho de castigarle como

---

[128] *Pérez Manzano* (1990), 274-275; *la misma*, LH Roxin, 1997, 73 ss.

[129] *Kaspar* (2014).

[130] Ya *Grocio* (1625).

[131] Con matices, *Nino* (1980), 218 ss.; *Koriath* (1994), 240 ss., 250; *Finkelstein*, Ohio St. L. R. 8 (2011), 319; *Tadros* (2011); *Pérez Barberá*, InDret 4/2014, 23 ss.

[132] Próxima, la doctrina de la «*rights forfeiture*»: *Wellman* (2013), 77 ss.; *el mismo* (2017), 27.

acto de instrumentalización para la obtención de fines generales. Lo verdaderamente importante en este punto es si la acogida de límites deontológicos impide castigar el hecho cometido con una pena superior a la proporcionada con el hecho concretamente cometido. De ser así, la lógica de la prevención de intimidación se quiebra. En efecto, la penalidad abstracta pasa a establecerse no en función de las necesidades de prevención de la clase de hechos en cuestión, sino únicamente en función de la conducta del sujeto concreto. Esto significa que en la fijación del marco penal no puede tener ninguna incidencia ni la cifra oscura del delito —los hechos que se cometen y cuyo autor no es sancionado—, ni el sesgo de presente del autor potencial —que descuenta el alcance de los males futuros—. Ahora bien, resulta más que discutible que se haya asumido realmente esta limitación (*cfr. infra* capítulo 5/15).

3. LAS DOCTRINAS DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL

3.1. Las premisas antropológico-filosóficas

76 La construcción de la teoría de la prevención especial se atribuye a Franz von Liszt (1851-1919) y a sus discípulos —los llamados jóvenes criminalistas alemanes—, así como a los autores de la Escuela Positiva italiana. En realidad, estos últimos, Cesare Lombroso (1835-1909), Enrico Ferri (1856-1929) y Raffaele Garofalo (1851-1934) desarrollaron el planteamiento preventivo-especial en términos previos e incluso más radicales que los de von Liszt. Pues bien, sobre la obra de todos ellos influyeron fundamentalmente tres factores: (i) el materialismo, reforzado por el auge y el prestigio intelectual de las ciencias experimentales; (ii) el securitarismo característico de la época, acrecentado por la alarma ante la aparición masiva del lumpenproletariado; y (iii) el darwinismo social. En efecto, a juicio de estos autores, el fenómeno de la pena (como reacción instintiva, ciega), existente tanto en el mundo humano como en el natural —y, por tanto, empírico—, tiene un fundamento evolutivo. Este es que la destrucción o expulsión del perturbador contribuye a la protección y desarrollo de la evolución de la especie. Sin embargo, la ceguera de la pena determina que su contribución a la evolución de la especie sea limitada. Es en este punto en el que la ciencia puede contribuir a mejorar al instinto, racionalizando su modo de operar y aplicando a cada clase de sujeto la pena necesaria.

77 A partir de estas premisas, von Liszt pretendía abordar el problema de la delincuencia desde una perspectiva científico-positiva.[133] Su enfoque tenía una base antropológica: la concepción determinista del comportamiento del ser humano —en tanto que *homo sociologicus*—. Según esta, el delincuente se halla, por razones naturales o —sobre todo— sociales, tan determinado a delinquir como el no delincuente lo está a no delinquir. A continuación, aplicaba el modo de razonar del positivismo criminológico. Se trataba de hallar la causa del delito cometido por el delincuente concreto, con el fin de poder expli-

[133] *Feijóo Sánchez* (2007), 182 ss.

carlo y de predecir —mediante la emisión de pronósticos, es decir, de juicios de peligrosidad— el riesgo de su eventual reiteración. La imposición de la pena adecuada a la peligrosidad advertida tenía, entonces, la única finalidad de prevenir la reincidencia. Todo ello se enmarcaba en un nuevo modelo de Estado: el Estado policial intervencionista.

78 En la concepción de von Liszt la misión del Estado era hacer frente al delito mediante la pena correcta, que solo puede ser la necesaria, en tanto que «orientada a fin». Así lo sostuvo en su obra «La idea de fin en Derecho penal» (1882),[134] conocida como «programa de Marburgo». La pena así concebida no tiene por qué guardar proporcionalidad con el hecho cometido, sino que solo se orienta a la peligrosidad del delincuente. Lo único que pretende es que este no vuelva a delinquir. De ahí que adopte tres manifestaciones distintas en función de la existencia de tres grandes clases de delincuentes. Para el delincuente ocasional que no necesita corrección, la pena debe ser una llamada de atención; para el delincuente reiterado susceptible de corrección, un medio de resocialización en el marco de una pena de privación de libertad más o menos larga (prevención especial positiva); para el delincuente habitual incorregible, el instrumento de su inocuización mediante el internamiento por tiempo indeterminado, en su caso vitalicio (prevención especial negativa).

79 El problema social que von Liszt tenía en mente era el representado por la delincuencia patrimonial habitual. En concreto, por la delincuencia del subproletariado surgido del desempleo tras la migración del campo a la ciudad en el marco de los procesos de industrialización. Respecto a ese delincuente habitual escribió líneas de gran dureza: «Del mismo modo que un miembro enfermo infecta todo el organismo, así el daño canceroso de la delincuencia habitual, que crece rápidamente, se infiltra de modo cada vez más profundo en nuestra vida social».[135] Por lo tanto: «La sociedad tiene que defenderse frente a los incorregibles; y, dado que no queremos decapitarlos o ahorcarlos, ni podemos deportarlos, solo nos queda su encierro de por vida (en su caso, por tiempo indeterminado)».[136] La pena necesaria, en el planteamiento de von Liszt, no es merecida, básicamente porque un sujeto determinado a delinquir no muestra merecimiento de pena alguno. La llamada «pena» constituye un mecanismo necesario para corregir aquella determinación o neutralizar al incorregible: esto es, se trata aquí de una medida de seguridad y corrección.

3.2. Su relativa influencia en España e Iberoamérica

80 Las tesis de la prevención especial, aunque quizá más las de progenie italiana, fueron intensamente influyentes en España e Iberoamérica desde finales del siglo XIX y a lo largo de la primera mitad del siglo XX. Sin embargo, también

---

[134] *von Liszt*, ZStW 3 (1883), 1 ss.; *el mismo*, ZStW 20 (1900), 172.

[135] Esta idea se encuentra ya en la obra de *Cicerón* —Marcus Tullius Cicero— (106-43 a.C.).

[136] *von Liszt* (1905), 164 ss., 166 y ss.

ejerció una peculiar influencia el movimiento krausista. En efecto, el krausismo español constituyó una peculiar adaptación de la doctrina del filósofo alemán Karl Christian Friedrich Krause (1781-1832), que se difundió en la segunda mitad del siglo XIX a través de la Institución Libre de Enseñanza.[137] Además, aquella doctrina fue trasladada al Derecho penal por Karl David August Röder (1806-1879),[138] que a su vez marcó la trayectoria de algunos penalistas de habla hispana. Entre ellos cabe mencionar a Luis Silvela (1839-1903),[139] Pedro Dorado Montero (1861-1919) y Constancio Bernaldo de Quirós (1873-1959). Ciertamente, la obra de K. D. A. Röder defendía un Derecho penal educativo cuya intervención debía contribuir a la mejora del delincuente, sacándolo de su estado de postración moral. Pues bien, esta doctrina de la función educativa o correctora de la pena[140] se halla en el origen del llamado correccionalismo español y de la correspondiente elaboración de un «Derecho penal protector de los delincuentes», carente de elementos represivos.[141]

3.3. Las sucesivas derivas autoritaria y liberal

En los regímenes anteriores a la II Guerra Mundial —y en algunos poste- 81
riores— la teoría de la prevención especial mostró ante todo su dimensión de inocuización, que incidió tanto sobre inimputables como sobre imputables peligrosos. A su vez, esto tuvo lugar en sistemas políticos tanto democráticos como autoritarios.[142] Es común aludir al Proyecto de Código penal alemán de 1922 —en la República de Weimar— como el primer texto que articula de modo completo la relación entre la pena y la medida de seguridad de internamiento indeterminado para imputables peligrosos.[143] Con posterioridad, recién instaurado el régimen nacionalsocialista, la Ley de delincuentes habituales peligrosos y de medidas de seguridad y corrección, de 1933, concretaría su regulación. Sin embargo, esta era acogida de modo prácticamente paralelo en el régimen de la Unión Soviética.[144] En el caso español, debe citarse la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, promulgada en la II República (1931-1936) y mantenida luego en el régimen del general Franco (1939-1975). Dicha ley fue reformada en virtud de la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social y, finalmente, derogada en virtud del número 1. letra c) de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal actualmente vigente en España.

---

[137] En particular, por parte de Julián Sanz del Río, Francisco Giner de los Ríos y Gumersindo de Azcárate.

[138] *Röder* (1876), 235 ss.; *Landau*, FS Arth. Kaufmann, 1993, 473 ss.; *Wirmer-Donos* (2001).

[139] *Silvela* (1874; 1879).

[140] En el original alemán, «*Besserungsstrafe*»: *Röder* (1876), 236 n. 1. La traducción de esta expresión como «pena correccional» procede de Francisco Giner de los Ríos —traductor de Röder— que la prefirió a otras como «enmienda» o «reforma».

[141] *Dorado Montero* (1902; 1906). Sobre su obra, *Pascual Matellán* (2021).

[142] *Muñoz Conde*, Doxa 15-16 (1994), 1031 ss.

[143] *Muñoz Conde*, Doxa 15-16 (1994), 1034 ss.

[144] *Pasukanis* (1976), 143 ss., 153, 159.

82 Hacia mediados del siglo XX se subrayó la dimensión resocializadora de la teoría de la prevención especial. Ello tuvo lugar en el contexto de un movimiento doctrinal de «retorno a von Liszt» y de «despedida de Kant y Hegel»,[145] una de cuyas ideas fuerza era precisamente el principio de resocialización. En efecto, el punto de partida de esta corriente doctrinal fue el rechazo de la concepción de la pena como expresión de reproche, por considerarla moralizante. Entonces, a partir de premisas no siempre coincidentes —liberalismo, corresponsabilidad social en el delito, determinismo, rechazo de la superioridad moral del Estado, etc.—, un sector amplio de la doctrina pasó a sostener que la pena tenía que ser una intervención aséptica, desprovista de toda connotación de desaprobación.[146] Adicionalmente, tenía que limitarse a realizar al delincuente una oferta de resocialización,[147] sin forzarle a la internalización de los valores dominantes.[148] Pues bien, en este clima cultural, la finalidad de prevención especial positiva, esto es, la rehabilitación y reinserción social, fue acogida en el art. 25.2 de la Constitución española de 1978. Sin embargo, existe consenso en afirmar que ello tuvo lugar de forma limitada. En efecto, por un lado, alude únicamente a las penas y medidas de seguridad privativas de libertad. Por otro lado, la doctrina constante del Tribunal Constitucional es que no se trata de un derecho fundamental, sino de un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria (*cfr. infra* capítulo 5/79).[149]

3.4. El «retorno de la inocuización»

3.4.1. Planteamiento

83 A lo largo del último tercio del siglo XX se produjo un giro radical en el modo de entender la práctica de la prevención especial en las diversas legislaciones. Como consecuencia de ello, el objetivo de alcanzar una prevención especial positiva —la reinserción— ciertamente no ha desaparecido. Sin embargo, sí ha dejado de ocupar el primer plano, en el que se ha situado la prevención especial negativa. En efecto, las orientaciones mayoritarias de la prevención especial son gerencialistas e inocuizadoras.[150] En esta línea se situaban ya las leyes norteamericanas en cuya virtud al sujeto que comete un segundo delito grave se le impone el doble de pena, y al tercero, una pena de prisión que puede llegar a ser perpetua.[151] Su punto de partida era la idea de que un número relativamente pequeño de delincuentes son responsables de la mayor parte de hechos delictivos, con lo que la inocuización de estos

---

[145] *Klug* (1968), 36 ss. Crítico *Hruschka*, ZStW 122 (2010), 493 ss.

[146] Una «pena sin reproche»: *Ellscheid/Hassemer*, (1975), 266 ss.; *Baurmann* (1987), 138 ss.

[147] *Calliess* (1974).

[148] Una manifestación de esta orientación fue la creación legal en Alemania de los denominados «establecimientos de terapia social», que, sin embargo, nunca llegaron a funcionar realmente.

[149] STC 28/1988, de 23 de febrero; STC 150/1991, de 4 de julio.

[150] *Silva Sánchez*, LH Barbero Santos, I, 2001, 699 ss.; *Paredes Castañón*, RP 48 (2021), 132 ss.

[151] *Castiñeira/Ragués*, RDPC 14 (2004), 59

conseguiría importantes beneficios al menor coste. Así surgió la llamada «inocuización selectiva».[152]

La prevención especial, entendida de este modo, pasó a integrarse en el 84
marco de una política de gestión técnica de riesgos. Por su parte, esta constituye una manifestación más —muy importante— de la concepción gerencial de la política del Derecho penal, que se halla en ascenso en todo el mundo.[153] En concreto, inicialmente aquí se trató de efectuar una pronóstico sobre qué personas son delincuentes —incluidos los patrimoniales— de alto riesgo, de modo que en ellas resulta previsible una tasa superior de comisión de delitos.[154] A partir de tal juicio de riesgos, de carácter actuarial, se proponía asignarles penas más largas con el fin de que, manteniéndose intacto el coste derivado de la utilización de la prisión, se reduzcan en mayor medida las tasas de delincuencia.[155] Pues bien, este movimiento, que en su día describí como «el retorno de la inocuización»,[156] no solo se mantiene todavía en la actualidad, sino que se ha exacerbado.[157] Su consolidación ha sido propiciada por el predominio ideológico de nociones como las de la «prevención de riesgos» y del «derecho a la seguridad». Además, los catalizadores fundamentales de esa difusión han sido los fenómenos del terrorismo, de la criminalidad organizada en general y de la delincuencia sexual. Ahora bien, el enfoque se ha extendido a toda clase de delitos e incluso a fenómenos no delictivos, como la inmigración.[158] En este contexto ya no se lo ha entendido solo como forma de prevención postdelictiva, sino, ante todo, predelictiva.

3.4.2. El recurso a la «inteligencia artificial»

Por otro lado, este enfoque se ha visto reforzado por el recurso a la denomi- 85
nada inteligencia artificial, en realidad, procesamiento artificial de macrodatos. En efecto, la posibilidad del tratamiento de macrodatos ha determinado que, frente a cualquier método psicológico-individual, se prefiera el recurso a los «algoritmos predictivos» como medio de «prueba» de la peligrosidad. Aquellos operan, en primer lugar, para la adopción de medidas predelictivas restrictivas de derechos; y, en segundo lugar, para la adopción de medidas postdelictivas así como para la reversión de estas.[159] Así, en concreto, mediante tales mecanismos se gestionan las medidas de seguridad postdelictivas, las

---

[152] En inglés, «*selective incapacitation*»: *Greenwood* (1982).

[153] *del Rosal Blasco*, LH Vives Antón, I, 2009, 473 ss.

[154] En inglés: «*selective risk prediction*».

[155] *von Hirsch/Ashworth* (eds.), Principled Sentencing, 1992, 148 ss., 158 ss., 165 ss.

[156] *Silva Sánchez*, LH Barbero Santos, I, 2001, 699 ss.; *el mismo*, LH Torío López, 1999, 209 ss.

[157] *Paredes Castañón*, RP 48 (2021),132 ss.

[158] Cuya criminalización conceptual ha dado lugar a la expresión inglesa «*crimmigration*».

[159] Descripción y crítica en *Martínez Garay*, RDPC 20 (2018), 485 ss.; *Miró Llinares*, RDPC 20 (2018), 87 ss.; *Romeo Casabona*, Revista de Derecho, empresa y sociedad 13 (2018), 39 ss.; *Souza de Menezes Agustina* (2020), 137 ss.; *Urruela Mora* (2021), 361 ss.

sanciones alternativas[160] o la libertad condicional. Pues bien, en este punto se dan bastantes problemas, de entrada, conceptuales y terminológicos. En efecto, el recurso ingenuo a la inteligencia artificial adolece del determinismo propio de la paradójica fe cientificista que se vive en estos tiempos de nihilismo postmoderno. En realidad, lo cierto es que los algoritmos no «predicen» nada, puesto que obviamente la inteligencia artificial no entiende más que la humana y, por tanto, no conoce el futuro; ni siquiera el futuro empírico-natural. Lo más que cabe hacer es realizar un pronóstico de base macro-estadístico. Sin embargo, tratándose de seres humanos, es decisivo el factor de la libertad, cuyo ejercicio —por razones ontológicas— no es predecible.[161] Por tanto, mediante la inteligencia artificial solo se emiten enunciados de probabilidad, cualificados por el manejo de macrodatos.

86 Más allá de las cuestiones de concepto, se dan aquí numerosos problemas prácticos, que tienen que ver con la programación de los algoritmos —con los posibles sesgos discriminatorios en los que se haya incurrido al elaborarlos—, así como con la naturaleza de la propiedad sobre aquellos —con su carácter de secretos de empresa—. En la medida en que esto último no cambie, se hace imposible un control de la programación a través de procedimientos públicos. Por lo tanto, se impone una consideración cautelosa de tales métodos, que debería impedir que se adoptaran decisiones públicas de restricción de derechos con base exclusiva en ellos.[162]

3.5. La nueva filosofía de la prevención especial: los modelos de la «cuarentena»

87 La evolución de la práctica de la prevención especial ha seguido el referido curso actuarial-tecnológico. Sin embargo, entre tanto la doctrina angloamericana no ha cesado de aportar reflexiones filosófico-políticas a las tesis de la inocuización. En este punto, las más interesantes son seguramente las que subyacen a los modelos de la «cuarentena de salud pública».[163] En efecto, el punto de partida de estos es determinista incompatibilista y, consiguientemente, de crítica radical a la fundamentación retributiva del castigo.[164] Ahora bien, coherentemente, ello les conduce a rechazar la propia idea del castigo. Por lo tanto, el tipo de medida con el que hay que afrontar el delito tiene que ser análogo al que se adopta en las cuarentenas por razones de salud, que responden a la lógica de la «defensa». Además,

---

[160] Por ejemplo, en los Estados Unidos mediante el programa COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*).

[161] Parcialmente distintos, *Miró/Castro* (2022), 507 ss.

[162] *de Miguel Beriain*, Law, Probability and Risk 17 (2018), 45 ss.

[163] En inglés, «*public health-quarantine*». Así, *Pereboom* (2001); *el mismo* (2014); *Caruso*, Southwest Phil. R. 32 (2016), 25 ss.; *el mismo* (2021). Críticos, *Corrado*, Philosophia 47 (2019), 1095; *Levin/Farina/Lavazza*, CL&Phil 17 (2023), 135 ss.

[164] *Caruso*, Neuroethics 13 (2020), 13 ss.

esto implica que es preciso optar de modo preferente por la «medicina preventiva» también en relación con los delitos y que la cuarentena es la última solución reactiva. En última instancia, y esto es importante, que, si se priva de libertad a personas de modo inmerecido, estas deben ser compensadas.

IV. LA DENOMINADA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

1. GENERALIDADES

88 Las doctrinas de la prevención general positiva, pese a su denominación, son sustancialmente distintas de la prevención general intimidatoria. En efecto, el elemento que las distingue de estas últimas es, en primer lugar, que consideran que el castigo no tiene por destinatarios a los delincuentes potenciales, sino al conjunto de los ciudadanos. Con ello su práctica se ve elevada al plano abstracto de una doctrina de la estabilización de la sociedad —una teoría de la sociedad punitiva—.[165] Asimismo, las distingue, en segundo lugar, que en ellas el momento decisivo de la teoría de la pena no es el de la conminación penal abstracta, sino el de su imposición concreta.

89 Ahora bien, pese a estos dos elementos comunes, bajo la expresión de prevención general positiva se contiene un conjunto de ideas muy diversas entre sí.[166] Ello, hasta el punto de que no solo el sentido de su «positividad», sino también el de su «generalidad» e incluso el de su carácter «preventivo» son discutidos.[167] Aquí se opta por intentar clasificarlas en cuatro grupos, que resultan de subdividir las dos fuentes esenciales de estas doctrinas —la jurídica y la sociológica—. En efecto, las variantes jurídicas de la prevención general positiva consideran que el efecto preventivo debe reputarse producido *iuris et de iure* —es decir, de modo irrefutable— a partir de la imposición de la pena. En cambio, las sociológicas tratan de buscar su legitimidad apelando a un efecto de integración efectivamente producido y, por tanto, susceptible de constatación empírica. En definitiva, el efecto de prevención general positiva puede ubicarse en un plano formal y abstracto —la reafirmación de la norma— o bien, de modo descendente, en sucesivos planos fáctico-concretos. Estos últimos son, por ejemplo, el del restablecimiento de la confianza de los ciudadanos en las normas, o el del efecto psicológico-social de satisfacción de las emociones punitivas de aquellos, o el de la realización de sus aspiraciones de justicia, etc. En ocasiones, todos estos aspectos —incluso ambos planos— se entremezclan en una única posición doctrinal.[168]

---

[165] *Neumann/Schroth* (1980), 34; crítico, *Schünemann,* LH Roxin, 1997, 98 ss.

[166] *Pérez Manzano* (1990), 13 ss., 25 ss., 28-29; *Peralta,* InDret 2/2008, 1 ss.

[167] Por un lado, *Hassemer,* FS Buchala, 1994, 149; por otro, *Jakobs* (1998), 39-40. Respectivamente sobre la obra de ambos, *Feijóo Sánchez* (2007), 359 ss.; 453 ss.

[168] *Achenbach* (1984), 142 ss.

2. LAS VARIANTES DE LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

2.1. Las variantes ético-jurídica y jurídico-formalista

90 La fuente jurídica de las tesis de la prevención general positiva muestra, como se ha indicado, dos variantes: la ético-jurídica y la jurídico-formalista. La primera de ellas alude al efecto preventivo que se obtiene mediante el fomento (positivo) de los valores ético-sociales de la acción, la inculcación de la fidelidad al Derecho y el reproche ético-social del ilícito en su caso cometido.[169] Es decir, tiene en cuenta el contenido del Derecho como orden ético de valores. Por su parte, la variante formalista hace abstracción del contenido concreto del Derecho, centrándose en su carácter de práctica social auto-legitimada. Así, sitúa la función de prevención general positiva de la pena en que produce un restablecimiento automático de la norma jurídica, lo que puede tener asimismo pretensiones educativas. Como puede advertirse, estas dos concepciones preventivo-generales se hallan muy cercanas de ciertas variantes de la retribución. Por un lado, de una retribución que integre contenidos educativos materiales y también de prevención especial positiva. Por el otro, de una retribución formal comunicativa.[170] En esta medida, en efecto, la doctrina de la prevención general positiva incorpora una cierta idea —más o menos formalizada y relativa— del castigo justo.[171]

2.2. Las variantes psicosocial y teórico-social

91 La segunda fuente de doctrinas de la prevención general positiva cuenta, a su vez, con dos variantes: la empírica y la funcionalista-sistémica.[172] En efecto, la primera de ellas se centra en el efecto real de la pena impuesta sobre la psique del conjunto de ciudadanos. En esta posición, orientada a la psicología —o psicopatología— social, se inscriben las teorías psicoanalíticas —emocionales— del castigo. Estas, como se indicó, asocian la imposición de la pena a la envidia que sienten por el delincuente aquellos que se abstienen de delinquir.[173] En la actualidad se enmarcan en esta misma corriente las posiciones que parten de datos neurobiológicos. Tales doctrinas sostienen que la investigación empírica pone de relieve que el castigo del delincuente produce satisfacción tanto en las víctimas del delito, como en el conjunto de los ciudadanos que cooperan con el Derecho. Se afirma, además, que ello tiene lugar en términos mensurables a

---

[169] *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 238-239, 241-242; *E.A. Wolff*, ZStW 97 (1985), 799-800; *Gil Gil*, LH Cerezo Mir, 2002, 9.

[170] *Peralta*, InDret 2/2008, 1 ss.

[171] *Feijóo Sánchez* (2007), 515 ss., si bien en una versión mixta, con referencias también a la dimensión empírica.

[172] Así lo ven *Baurmann*, GA 1994, 368 ss.; *Stratenwerth* (1995), 12-13.

[173] Lo que hace necesario intimidar a los que querrían emularlo e imponer la sanción para dar «satisfacción» a quienes han renunciado a hacerlo: *Haffke* (1976), 162-163; *Streng*, MschrKrim 59 (1976), 77 ss.; *el mismo*, ZStW 92 (1980), 656, 667-668, 674; *Gimbernat Ordeig* (1970), 140 ss.; *Luzón Peña*, CPC 16 (1982), 100 ss., crítico en parte.

través de la observación de cómo se activan en todos ellos las zonas cerebrales correspondientes al sistema de recompensas.[174] Para esta perspectiva, la prevención general positiva aparece asociada a la prevención general negativa, entendida esta en términos de disuasión. Así, incluso es posible afirmar la irrelevancia de la distinción entre prevención general negativa y positiva, que se diluyen en esta visión de la pena que la concibe como una tecnología social.[175] A su juicio, lo decisivo es que, para que el proceso «evolutivo» de cooperación social siga su curso, se hace necesario disuadir castigando a quien se sustrae a él.[176] Ahora bien, ello, a su vez, produce un efecto de satisfacción en quienes sí cooperan, de modo que estos no sienten desánimo en seguir haciéndolo. Como se advierte, esta posición guarda también cierta proximidad metodológica con la doctrina de la retribución empírica.

92 Por su parte, la variante «teórico-social» de la doctrina de la prevención general positiva es dudosamente empírica. En efecto, se relaciona con la teoría de sistemas, como teoría de la sociedad, de modo que en ella el fin de la pena se concibe términos funcionales sistémicos, como prevención de integración. Así, esta doctrina legitima la pena por su contribución al refuerzo de los vínculos sociales —la confianza social en el Derecho— a través del descrédito del hecho delictivo y su negación. Como puede advertirse, en la práctica son matices lo que distingue a esta formulación tanto de la variante jurídico-formal de la prevención general positiva como de la retribución funcional. Ciertamente, si se desvincula de toda constatación empírica de la producción de sus efectos, la prevención de integración redunda en una teoría de la estabilización de la norma, es decir, en una prevención general positiva jurídico-formal. Sin embargo, al mismo tiempo, con ello no se distingue sustancialmente de la retribución lógica hegeliana, así como de una, así denominada, retribución funcional.[177] Desde luego, si la norma es depositaria de una expectativa social, entonces la pena, al reafirmar la norma, produce un efecto automático de integración. Ahora bien, este es un efecto lógico y no susceptible de comprobación empírica.

2.3. Otras variantes

93 Incluso fuera de la clasificación realizada existen otras variantes de las tesis de la prevención general positiva. Entre ellas se cuentan las que integran tal dimensión positiva, tanto en el momento de la conminación penal abstracta como en el de la imposición de la pena, con la prevención general negativa.[178]

---

[174] *de Quervain et al.*, Science 305 (2004), 1254 ss.

[175] Así, en una «prevención general social», que integra la disuasión general y el refuerzo de la cooperación mediante el castigo concreto, *Rodríguez Horcajo* (2016), 46-47, 221 ss.; *el mismo*, LH Jorge Barreiro, I, 291 ss.; *el mismo* (2021), 87 ss.

[176] Es decir, al denominado, en inglés, «*free rider*».

[177] *Jakobs* (1998), 29 ss., 32 ss.

[178] *Hassemer*, FS Buchala, 1994, 134 n. 1, 149.

En efecto, para esta perspectiva lo positivo consistiría en que la prevención general incorpora un elemento de justicia. Este es, en concreto, la convicción social existente en un momento dado acerca de qué es lo justo. Ahora bien, esto no es muy distinto de lo sostenido por algunas teorías discursivas, o contractualistas. del castigo, que se combinan con una fundamentación del castigo con base en la prevención general negativa.

94 Las teorías de la prevención general positiva llegaron a principios de los años ochenta del siglo XX al espacio hispanohablante. En general, fueron recibidas con cierto escepticismo, dado el predominio de las doctrinas de la prevención general negativa.[179] En concreto, la valoración mayoritaria fue que conducían a la legitimación del *statu quo* y de las tendencias político-jurídicas a un incremento de la presión punitiva. Con todo, un sector doctrinal integró los criterios de prevención general positiva, como límite de la prevención general intimidatoria, en el marco de una teoría mixta de la fundamentación del castigo.[180] Con posterioridad, una posición doctrinal muy difundida en España e Iberoamérica adoptó la modalidad funcional de Jakobs, que, como se ha indicado, según la perspectiva que se adopte, puede verse como retributivo-funcional o bien como preventivo-general de integración.[181]

V. UNA REFERENCIA A LA LEGITIMACIÓN DEL CASTIGO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

95 Como ya se indicó, la naturaleza y legitimación del Derecho penal internacional son discutibles (*cfr. supra* capítulo 1/24).[182] Así, una posición muy relevante lo construye a partir de la constatación de que no existe todavía una comunidad política mundial. Por tanto, considera que el Derecho penal internacional no es un Derecho penal en sentido estricto, puesto que no le subyace un orden concreto de libertades que deba restablecer. En consecuencia, en él no existe la «pena jurídica» en sentido estricto. Por el contrario, se trata de un Derecho de lucha, preventivo-general y preventivo-especial, dirigido contra quienes, con su conducta, impiden precisamente la progresiva consolidación de una comunidad política internacional.[183] Ciertamente, esta es una aproximación razonable. Sin embargo, no constituye la única teorización posible. En efecto, también cabe entender que su fundamento radica precisamente en la retribución —filosófica, metafísica, deontológica— de males de una naturaleza radical[184] —*mala in se* cualificados—, previos a cualquier orden estatal. Desde luego, ambos puntos de partida conducen a la adopción de modelos distintos.

---

[179] *Luzón Peña,* CPC 16 (1982), 97 ss.; *Baratta,* CPC 24 (1984), 543 ss.; *Mir Puig,* ADPCP 1986, 49 ss.

[180] *Mir Puig,* ADPCP 1986, 49 ss.

[181] *Feijóo Sánchez* ADPCP 2006, 111 ss.; *el mismo* (2007), 515 ss.; *el mismo,* LH Mir Puig, 2017, 309 ss.; *el mismo,* LH Arroyo Zapatero, 2, 2021, 853 ss.

[182] *Muñoz Conde,* RP 21 (2008), 93 ss.

[183] *Nagler* (1918), 82; *Pawlik,* InDret 4/2011, 1 ss.

[184] La noción de «mal radical» («*radikal Böse*») procede de la obra de Kant.

Así, mientras que el primero —un enfoque de lucha— conlleva postular una competencia preferente de los Estados, el segundo —la retribución de males radicales— conduce a apreciar una competencia primaria de la comunidad mundial de personas y, a partir de ahí, postular una delegación de esta en los Estados.[185]

96 Incluso cabe una tercera visión. En efecto, es posible sostener que, mediante el Derecho penal internacional, la comunidad internacional —crecientemente institucionalizada— retribuye de forma vicaria conductas que un Estado concreto debería retribuir y no es capaz de hacerlo. Como puede advertirse, esta posición da cuenta del hecho real del surgimiento del Derecho penal internacional en virtud de tratados realizados entre Estados —es Derecho de una comunidad de Estados—. Además, también permite afrontar el fenómeno de que los Estados han incorporado a sus respectivos ordenamientos legales figuras delictivas pertenecientes al orden internacional. Ciertamente, la relación entre Derecho penal estatal e internacional no es exactamente de subsidiariedad, sino de complementariedad. Ahora bien, en la práctica tampoco es fácil que los tribunales internacionales reclamen la competencia por delitos si ésta es asumida por el Estado del territorio, que, a su vez, se muestra capaz de enjuiciarlos correctamente. Por lo demás, la fundamentación derivada de la idea de comunidad de personas y la que se desprende de la idea de comunidad de Estados pueden ser integradas en un modelo mixto.[186]

VI. UNA FUNDAMENTACIÓN REALISTA DEL CASTIGO ESTATAL

1. GENERALIDADES

1.1. La necesaria distinción entre clases de delitos

97 Cualquier delito, contemplado en términos ideales, es una comunicación contraria a Derecho (un mal jurídico).[187] En términos algo más concretos, constituye un acto de autoafirmación que redunda en la negación del bien común (un mal jurídico-público). Ahora bien, todavía es preciso descender más, y entonces empiezan a advertirse diferencias entre unos y otros. En las infracciones del núcleo de los delitos *mala in se* cabe advertir una lesión material incompensable, que es sufrida por una víctima concreta. Por ejemplo, una lesión corporal o una violación sexual. Además, a esa lesión material se le añade el miedo de que se vuelva a producir, con la consiguiente alteración de los planes de vida. Asimismo, en no pocos de estos casos es común que la víctima sufra una lesión adicional, inmaterial o moral. Esta se manifiesta en la humillación que experimenta, en su posible

[185] Posiciones divergentes en *Köhler*, JRE 11 (2003), 435 ss.; *Cornacchia* (2009); *Pawlik*, InDret 4/2011, 1 ss.

[186] *Ambos* (2013).

[187] *Köhler*, AT, 1997, 23-24. Por ello, genera un «daño intelectual»: *Müller-Dietz*, GA 1983, 496.

autoculpabilización, en la exclusión social que a veces se le asocia y, en fin, en el propio padecimiento de la emoción del resentimiento, del rencor. Pues bien, todos estos efectos reflejan que en el núcleo de los delitos *mala in se* tiene lugar una negación de la dignidad humana de la víctima, cosificándola e instrumentalizándola.

98 Las conductas constitutivas del núcleo de los delitos *mala in se* tienen también una patente dimensión pública. Así, lo específicamente público de estos delitos radica en que, además de producir la lesión personal en la víctima, inciden de modo intenso sobre los conciudadanos. En efecto, en las víctimas potenciales producen una lesión psicológico-social consistente en el miedo y en el condicionamiento de los planes de vida.[188] Por otro lado, en los ciudadanos en general generan una doble lesión moral. Esta se manifiesta, en primer lugar, en que dan un mal ejemplo, que desencadena el instinto de emulación. En segundo lugar, en que crean indignación y deseos de venganza por solidaridad con la víctima, así como eventualmente cierto desánimo y desconfianza en las normas. En definitiva, el delito *malum in se* nuclear produce tanto una grave fractura interpersonal como una ruptura de la comunidad. Ciertamente, lesiona a la víctima, a la comunidad y al Estado con su ordenamiento jurídico. Ahora bien, también lesiona al propio delincuente, que se empeora a sí mismo como persona y, autoafirmándose, se aleja de la comunidad.[189]

99 Frente a lo anterior, en muchas de las infracciones de la periferia de los delitos *mala in se* y, desde luego, en los *mala quia prohibita* no existe afectación perceptible de una víctima concreta. Ello produce, consiguientemente, una disminución gradual de los efectos individuales y sociales característicos de los delitos *mala in se* nucleares. Así, en estos otros grupos de delitos, las reacciones emocionales de la colectividad van disminuyendo hasta desaparecer. Ciertamente, son conductas que también afectan de modo lesivo a la vida de las personas —aunque de modo indirecto, complejo y matizado—. Además, es verdad que, en última instancia, lo que subyace a todos los delitos es la arrogancia del sujeto frente a sus conciudadanos, el déficit de cooperación con el Estado, así como la provocación de un instinto de emulación y el desánimo de quienes sí cooperan. Sin embargo, esto no es específico de lo delictivo, sino que también se produce en las infracciones administrativas.

---

[188] *Kargl* (2000), 19 ss., 57.

[189] Ya *Jellinek* (1878), 57-59; *A. Merkel*, PG, s/f, 24: «el sentimiento de la enfermedad sufrida, una aminoración del sentimiento del valor social; el temor a lesiones ulteriores; el odio contra el delincuente y un mayor o menor deseo de retribución; en la conciencia de otros individuos más remotamente afectados por el delito, el temor a que se repitan parecidas lesiones; la reprobación moral y la aversión contra el delincuente y contra el grupo social, el partido o la confesión a que pertenece; la aminoración del respeto a las normas violadas y de la confianza en la fuerza del Derecho; la inclinación a castigar o retribuir uno mismo, por sí y ante sí, al reo; en la conciencia del delincuente mismo, un fortalecimiento de los impulsos criminales y una debilitación de la fuerza de resistencia contra los impulsos a delinquir; y en la conciencia de las gentes que participan de los mismos sentimientos que el delincuente, una incitación a seguir el ejemplo que éste les ha dado».

1.2. Una doctrina compleja y tipológica

1.2.1. La dimensión vertical y la horizontal

La dimensión vertical-formal es idéntica en todos los delitos y no muy dis- 100
tinta de las infracciones administrativas. En cambio, la dimensión horizontal, que incorpora la relación interpersonal con sus connotaciones antropológicas, varía sustancialmente entre unas y otras clases de delito. La cosificación de la víctima concreta propia del núcleo de los delitos *mala in se* tiene relativamente poco que ver con la arrogancia respecto al conjunto de los conciudadanos que se advierte en los *mala quia prohibita.* Pues bien, esto hace imposible construir una teoría de la pena válida para todo el Derecho penal. Es cierto, como se ha expuesto, que la doctrina persiste en su pretensión de construirla. Sin embargo, también es frecuente que, al hacerlo, argumente casi únicamente con la repercusión social de las infracciones pertenecientes al núcleo de los delitos *mala in se* y con algunos delitos de su periferia. Esto es tomar la parte por el todo, con lo que la argumentación deviene falaz.

En el caso del núcleo de los delitos *mala in se,* el ilícito es una especie de acto 101
de guerra civil, que genera en la comunidad un reto transicional, es decir, de superación de un pasado.[190] En efecto, la brecha social abierta por el delito impide que la comunidad siga normalmente adelante. Por tanto, es necesaria alguna forma de restauración. Para ello, la autoafirmación del sujeto expresada en la conducta delictiva debe ser sometida a una negación. La razón de esto último trasciende tanto al puro argumento lógico de que la negación de la negación es una afirmación,[191] como al argumento físico que establece que «para cada acción hay una reacción igual y en el sentido opuesto».[192] Existe ciertamente una ley moral-emocional difícil de fundamentar en cuya virtud el delito grave demanda una reacción contra el delincuente que le haga sufrir. Es posible que esta sea la «ley» de la venganza, de modo que el castigo estatal se enmarca —con matices— en el proceso de su limitación y racionalización.[193] En este contexto se halla la explicación, y la justificación, de la ley del talión.

Ciertamente, en términos lógico-ideales cabría que la negación del malhe- 102
chor tuviera lugar en forma de autonegación, aceptando que aquel se desdijera de forma convincente de su hecho. En esa línea se hallan instituciones como la confesión, la reparación y análogas, cuyo alcance en los delitos *mala in se* nucleares hay que considerar limitado.[194] Por tanto, la negación tiene lugar en forma de hetero-negación coactiva y dolorosa. De este modo —con dolor— el Derecho penal del Estado cierra la herida personal y social, restablece el orden jurídico y hace posible que todo vuelva a empezar. Como se advierte, en

---

[190] *Silva Sánchez* (2018), 215 ss.

[191] - (- a) = + a. Es decir: menos por menos es igual a más.

[192] La tercera ley de Newton.

[193] Como «*vindicatio*»: *Tomás de Aquino,* Suma Teológica II.II., c. 108.

[194] *Silva Sánchez* (2018), 122 ss.

todos estos ilícitos prevalece una perspectiva retributiva-restaurativa, frente a la perspectiva preventiva. Eso determina que, en el núcleo de los delitos *mala in se*, el momento de la imposición efectiva del castigo, y el de su ejecución, resulten centrales.

103 Más allá del núcleo mencionado, es cierto que en algunos delitos de la periferia de los *mala in se* también existe una necesidad de restaurar el orden jurídico y de cerrar heridas, negando al autor concreto y rescatando a la víctima. Así, por ejemplo, en ciertos delitos patrimoniales no violentos contra personas individuales; o en delitos imprudentes contra bienes intrínsecos. Sin embargo, a medida que los delitos se van distanciando de este eje antropológico y se aproximan a los *mala quia prohibita*, este criterio de legitimación va cediendo. Como contrapunto, adquiere mayor presencia el criterio de prevención general intimidatoria y, con él, el momento de la conminación penal abstracta. Se trata, básicamente, de reforzar regulaciones públicas mediante la intimidación de los potenciales autores y la reafirmación de los sujetos cooperadores —«víctimas» genéricas en estos grupos de delitos—.[195] En definitiva, en el Derecho penal convergen dos grandes bloques de ilícitos, entre los cuales se advierte una zona gris.

1.2.2. La conminación penal abstracta y la imposición del castigo concreto

104 Ciertamente, las distinciones entre unos y otros grupos de delitos son graduales, pero acaban siendo claras. Así, en la pena de los delitos *mala in se* nucleares prevalece la dimensión de restauración del *statu quo* tras el hecho cometido por el sujeto. No es que en ellos no exista una dimensión intimidatoria, derivada de la conminación penal abstracta. Ahora bien, sucede que el papel secundario de esta última se debe a lo discutible de su propia necesidad —y a la posibilidad real de que opere—. Realmente, nadie deja de matar, de lesionar o de violar únicamente por miedo a la pena. Además, el carácter subordinado de la prevención general se manifiesta en que las conminaciones penales se mueven en niveles inferiores al criterio proporcional del talión —esto es, muy por debajo del «ojo por ojo, diente por diente»—.

105 En cambio, a medida que la clase de delito se aproxima a lo propio de los *mala quia prohibita*, se observa cómo la penalidad abstracta se sitúa claramente por encima del talión.[196] Ello se debe a que la supuesta necesidad de prevenir un fenómeno social lesivo —el macroproblema hurto, o fraude fiscal— determina que prevalezca el momento de la conminación penal —de la amenaza—. En cambio, la retribución del hecho concretamente cometido va perdiendo importancia. Esto último se advierte con claridad, en una doble línea. Así, en

---

[195] Próxima, *Lacey* (2021), 126, 288-289, distinguiendo entre la lógica retributiva, cuasi-moral, de los que denomina «delitos de verdad» (que protegen normas sociales de vital importancia) y la lógica preventivo-instrumental —relativamente neutral— de los «delitos regulatorios».

[196] Constituye un exceso (un «*overkill*»).

los casos en que se impone la pena, esta es muy superior al merecimiento real de sanción del sujeto. Ahora bien, cabe asimismo que tenga lugar un «acuerdo negociado» para imponer una pena inferior sin celebración del juicio. En ambos casos se aprecia que lo decisivo es contribuir mediante la condena al orden regulatorio del Estado, previniendo sus vulneraciones. En el grupo intermedio de ilícitos, representado por los que se insertan en la periferia de los delitos *mala in se*, las dos lógicas mencionadas se entremezclan de modo a veces oscuro.

Esto muestra que una teoría de la pena correcta —descriptivo-legitimadora— debe ser compleja y tipológica. En primer lugar, compleja, porque debe atender a fundamentaciones tanto retributivas-restaurativas como preventivas.[197] En segundo lugar, tipológica, porque la forma en que se combinan unos y otros fundamentos es distinta en cada uno de los tres grupos de delitos constantemente distinguidos. Como se ha indicado, en los delitos *mala in se* nucleares pesa más la retribución restaurativa y el momento de la imposición de la pena. En cambio, en los *mala quia prohibita*, lo hace la prevención y la conminación penal abstracta. Lo único aparentemente común a todos ellos es que la pena constituye un mal menor, una amarga necesidad. Sin embargo, procede no olvidar que la injusticia nunca es un mal menor. Por lo tanto, la pena inmerecida no es nunca una pena legítima, por mucha que sea la necesidad pública de imponerla. Pues bien, esto obliga a adoptar una perspectiva crítica frente a muchas de las penalidades abstractas de los delitos *mala in se* periféricos —singularmente, de los patrimoniales—, así como de los delitos *mala quia prohibita*. En todos ellos se da un claro déficit de legitimación retributiva. En realidad, la propia criminalización de estos últimos es discutible, y solo susceptible de legitimación en términos de estricta necesidad. **106**

2. LA RESTAURACIÓN DEL ORDEN DE JUSTICIA Y PAZ

2.1. Las condiciones formales y materiales de legitimación

2.1.1. Planteamiento

En términos formales, y sin entrar todavía en ningún contenido, el proceso penal y la condena expresan que es el Estado quien dice la última palabra. Por tanto, la pena es expresión formal de autoridad legítima y de reivindicación de la legitimidad de la norma de conducta vulnerada.[198] En efecto, el Estado, al castigar, manifiesta que no ha cambiado de opinión sobre ella —no ha dictado ninguna ley posterior favorable, que habría que aplicar retroactivamente—. Entonces, como se ha indicado, la expresión de autoridad suele tener lugar procediendo a la heteronegación, aunque se acepte en alguna medida la relevancia de la autonegación del autor. Pues bien, la forma consolidada de restauración mediante **107**

[197] Así, *Ortiz de Urbina* (2017), 419 ss.

[198] *Brudner* (2009), 47; *Thorburn*, U. Toronto L. J. 70 (2020), 49 n. 15.

la heteronegación es la condena con imposición del castigo. Sin embargo, el castigo estatal, para ser legítimo, tiene que cumplir algunos requisitos materiales.

2.1.2. El merecimiento

108 En primer lugar, no se restaura la fractura social, sino que esta se amplía, si se impone un castigo inmerecido. Pues bien, esto vincula de modo necesario la restauración con la retribución deontológica, es decir, con una respuesta que se pueda calificar de merecida. En efecto, una pena funcional no es, por sí misma, merecida. Así, en la cuantía de la pena funcional inciden aspectos —por ejemplo, la inseguridad social, o la difusión de un determinado delito— que no tienen que ver con la conducta del sujeto concreto, sino que pueden ser atribuibles a muy diversos factores. Por tanto, la pena funcional será pena necesaria, pero no merecida.

2.1.3. La equidad, la necesidad y la oportunidad

109 En cambio, en segundo lugar, en ocasiones es posible conseguir la restauración aun renunciando a imponer el castigo merecido por el sujeto en virtud del injusto culpable cometido. Pues bien, cuando existan consideraciones de equidad, de ausencia de necesidad o de oportunidad que permitan castigar menos de lo que merece el reo, entonces el Estado, comprometido con la paz pública mediante la reducción de toda violencia, debe abstenerse de castigar (*cfr. infra* capítulo 27/5).[199] Por tanto, la retribución deontológica constituye el límite superior del castigo, pero se halla a su vez limitada por consideraciones de retribución empírica —prevención general positiva—, y de equidad, necesidad u oportunidad. En este punto debe reiterarse que lo equitativo es superior a lo justo y que es equitativo «el que no es estrictamente justo para lo peor, sino que se contenta con menos, aunque tenga a la ley por aliada».[200]

2.2. La retribución limitada

2.2.1. Un medio al servicio del bien común de la paz

110 Así, el modelo de esta retribución «imperfecta» da lugar a que la pena efectivamente impuesta exprese un equilibrio reflexivo entre la justicia moral y la autorrestricción ético-política del Estado. En efecto, la pena no es exactamente un mal necesario para proteger la libertad, ni tampoco un bien que realiza *per se* la justicia. Más bien, constituye un medio justo al servicio del bien común de la «paz civil» o política —*pax*—.[201] Por eso, ante los requerimientos de la paz

---

[199] *Silva Sánchez* (1992), 241 ss.; *el mismo* (2015), 73 ss.; *el mismo* (2018), 228 ss.

[200] *Aristóteles*, Ética, 1138a.

[201] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, I-II, c. 98, a. 1c.; *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 239; *Yacobucci* (2017), 470, 490.

puede y debe ceder la justicia, siempre en el sentido de que se castigue menos de lo merecido.[202] Sin embargo, ni siquiera la paz es un bien en sí misma, sino que tiene valor en tanto que constituye la condición necesaria del florecimiento de los bienes intrínsecos personales-relacionales de la vida humana. Esta autocontención en el castigo, que pone de relieve que para el Estado no rige la máxima *fiat iustitia, pereat mundus*, se justifica con otros argumentos adicionales. Por un lado, que el delito de cada persona es cosa, en mayor o menor medida, de todos los integrantes de la comunidad, por acción o por omisión. Por otro, que, incluso dejando aparte lo anterior, nunca es posible despejar todas las dudas acerca de la concreta medida de la responsabilidad del autor. En efecto, el enjuiciamiento humano constituye una mera aproximación al mérito y demérito personal. Ahora bien, esta se ve aún más oscurecida por la tendencia del hombre a excusarse permanentemente a sí mismo, al tiempo que a juzgar severamente a quienes le causan un daño.

Así pues, en el caso de los delitos pertenecientes al núcleo de los *mala in* 111
se y en algunos de los integrantes de su periferia, la pena se legitima por la restauración —o reintegración— del *statu quo* —en tanto que orden de justicia— perturbado por el delito.[203] Expresado de otro modo, por su contribución a la curación de la herida abierta por el hecho delictivo. Este criterio de legitimación explica la naturaleza instrumental del dolor punitivo, así como la medida de este que merece el sujeto activo. En efecto, el dolor únicamente se encuentra justificado por su necesidad para la curación de la herida social. Por su parte, el sujeto merece tan solo el dolor mínimo preciso para curar la herida social, en la medida exactamente derivada de su hecho. Este es un dolor medicinal —un remedio—[204] y, por eso, la restauración del orden justo se halla bajo la permanente reserva de que no sea «peor el remedio que la enfermedad».

Si se tiene presente esta idea rectora de la pena —la de restaurar el daño 112
del delito, con el fin de contribuir a la paz mediante la justicia— se advierte que puede tener lugar de dos maneras. Por un lado, mediante una justicia restaurativa en sentido estricto, es decir, no punitiva. En esta el peso decisivo se halla en la dimensión fáctica y simbólica de la relación horizontal —verdad y reparación justa—, que debe incorporar a la comunidad en su conjunto. Por tanto, el plano vertical solo aparece en el momento en que el Estado, mediante un pronunciamiento vinculante, declara restaurado el orden normativo por la reconciliación producida. Por otro lado, mediante una justicia punitiva, que es la ordinaria en todos los países. A su vez, esta consiste en un ritual normativo que sin duda puede tener importantes déficits fácticos —entre ellos, una víctima y una comunidad insatisfechas, así como un delincuente no arrepentido—.

---

[202] En contra, *Robinson* (2006).

[203] *Carrara*, PG, I, 1867, § 615 ss.

[204] Las dos primeras acepciones del término «remedio», en el Diccionario de la RAE, son: (1) Medio que se toma para reparar un daño o inconveniente; y (2) Enmienda o corrección.

Sin embargo, pese a tales imperfecciones puede concluir normativamente señalando que el Derecho ha sido restablecido y que el delincuente —mediante la pena— ha pagado su deuda con la sociedad y se ha rehabilitado. Ello, aunque fácticamente no lo esté.

113 En efecto, además de su dimensión expresiva de reproche al delincuente por no haber atendido a la comunicación de la norma, la pena es un ejercicio de coerción directa contra él por no haber atendido a la coacción psicológica contenida en la conminación penal. Así pues, da cuenta de las dos dimensiones —de pretensión de reconocimiento y coactiva— propias del Derecho. Por lo tanto, la aflicción de la pena no es solo un medio de hacer inteligible el reproche, sino también —y a la vez— un modo de hacer experimentar al sujeto más directamente el poder coactivo del Estado. Es decir, una confirmación de la seriedad de la amenaza frente a él mismo —en forma de prevención especial intimidatoria e inocuizadora—. Así las cosas, cabe interpretar incluso que en toda ejecución fáctica de pena hay una dimensión de medida de seguridad postdelictiva, aunque esta no garantice desde luego que el sujeto se abstendrá de delinquir en el futuro.

2.2.2. La imperfección de la pena restaurativa

114 Dado que las cosas tienen esta doble faz, un sector doctrinal se ha centrado en la imperfección fáctica de la pena —vista como un mal—, mientras que otra posición ha contemplado su relativa perfección simbólica —un bien—. Esta es la divergencia entre quien respectivamente se centra en el sabor amargo de la medicina, o en el dolor de la intervención quirúrgica, o bien en la curación de la enfermedad corporal. Ciertamente, desde la perspectiva unidimensional de quien advierte en la pena únicamente un sufrimiento que se suma al ya producido por el delito, la pena es sencillamente un mal, como mucho una «amarga necesidad». Sin embargo, la pena tiene (asimismo) una importante dimensión positiva-normativa, contrafáctica.

115 En este plano, reafirma el Derecho y abre la vía para reintegrar a la comunidad, recuperar a la víctima real y al autor, y dar confianza a las víctimas potenciales. Expresado de otro modo, inicia la reconstrucción del orden social con sus vínculos de confianza recíproca.[205] Vista así, la pena es algo que el Estado le «debe» al sujeto delincuente, a la víctima y a la comunidad política, en la medida en que expresa la ruptura del vínculo y prescribe la condición de su restauración. Ahora bien, en ese contexto problemático, cabe que la paz pública haga preciso prescindir de elementos de la pena. En unas ocasiones, de la ejecución del castigo. En otras, ya antes, incluso de la condena y la

[205] *Kleinfeld*, Northwestern U. L. R. 111 (2017), 1456-1457, se sirve aquí de los términos de «reconstructivismo» y de «prosocialidad» del castigo. Así, entiende el castigo como «una respuesta pro-social ante un acto antisocial, que restaura el tejido social dañado por el delito». Estos elementos se insertan en toda la tradición clásica.

imposición de ese castigo. Ello tiene que ser viable. En realidad, lo único que resulta imprescindible —en última instancia— es declarar la verdad y lo que es de justicia, así como reparar a las víctimas, cuando estas existan.

En suma, la restauración del orden de justicia a través de la pena es imperfecta, como lo es cualquier obra humana. Por tanto, una actitud realista conduce a afirmar que: «la justificación intrínseca de la pena consiste precisamente en su función reparadora y reintegradora del derecho violado; pero aquí está también su límite racional».[206] En realidad, la pretensión de construir una teoría plenamente racional-ideal del castigo carece de sentido. En efecto, el ideal de la superación del delito viene dado por la auténtica —real— restauración del orden de justicia, que solo puede darse mediante la reconciliación y el perdón. Únicamente la «misericordia» es perfecta. Solo el perdón puede «recrear» el orden, rompiendo la ley de la ira, que asocia la acción delictiva con la reacción contra el delincuente. En cambio, la institución del castigo es un equivalente funcional imperfecto de esa auténtica restauración del orden roto por el delito. 116

Sin embargo, incluso este modelo imperfecto plantea dificultades emocionales en el marco de la comunidad política. En efecto, por un lado, es necesario que logre neutralizar cualquier emoción de rencor o, al menos, que neutralice cualquier reacción que lo manifieste. Al tiempo, por otro lado, tiene que concretarse en modos que reparen la relación cívica deteriorada entre el delincuente y los demás ciudadanos.[207] En realidad, el castigo puede definirse como un perdón normativo imperfecto, condicionado al cumplimiento de la pena. En este último sentido, la pena es algo que el delincuente le «debe» a la comunidad. Sin embargo, precisamente por eso, el paso del tiempo de cumplimiento de la condena tiene que poner de manifiesto el cambio progresivo de significado del dolor penal, de ser expresivo del reproche excluyente a mostrarse apto para la restauración del vínculo mediante la reinclusión del delincuente. Esto último también se lo «debe» la comunidad política al delincuente, en tanto que «uno de nosotros». La cuestión es cómo hacer compatible con la gramática social ese imprescindible tránsito del reproche a la rehabilitación. 117

Lo anterior significa que la pena no se legitima de modo absoluto, sino relativo; es decir, por su necesidad. Ahora bien, en el caso de los delitos *mala in se* tal necesidad no es preventiva, sino «restaurativa». Por eso su condición primaria es el merecimiento del agente, pues resulta imposible restaurar el orden justo mediante la creación de una nueva injusticia. Con todo, esta afirmación no pretende negar que el Derecho penal, en medida por determinar, previene delitos. En efecto, las normas de conducta prohíben conductas y las leyes que contienen las descripciones típicas les asocian penas con finalidades de orientación, garantía y prevención. Sin embargo, en el caso de los ilícitos integrados 118

[206] *del Vecchio* (1947), 6-7.

[207] *Duff*, ThCrim 14 (2010), 301-302.

en el núcleo de los delitos *mala in se* la capacidad preventiva del Derecho penal es muy baja.[208] Mucho más, cuando resulta que —muy razonablemente— los marcos penales abstractos no se rigen por la lógica de la intimidación, sino por una infraproporcionalidad en relación con el merecimiento de pena de la conducta. El propio castigo concreto se orienta retrospectivamente, lo que por cierto permite reducir todavía más las penas.

2.2.3. Balance. Merecimiento y equidad en el núcleo de los delitos mala in se

119 Para que el castigo sea justo, es preciso que responda a un mal merecedor de pena (*malum*) y que la relación del sujeto con ese mal sea, asimismo, merecedora de pena (*culpa*). De este modo, se cumple con un primer requerimiento de justicia sustantiva. Además, es preciso que la pena se haya fijado en el marco de un proceso debido, correspondiendo a una verdad procesal, más allá de toda duda razonable. Esto refleja el requerimiento de justicia procesal. De conformidad con lo anterior, el castigo merecido es incompatible con fórmulas gerenciales tanto en lo sustantivo como en lo procesal (*cfr. infra* capítulo 6/6). Pues bien «si se prescinde del merecimiento, desaparece por completo la moralidad del castigo».[209]

120 Ciertamente, el merecimiento de pena de la persona —como sujeto limitado y vulnerable— es limitado. Dados los diferentes contextos en cuanto a la dotación natural, familiar, social y situacional, la medida del mérito y del demérito —la *culpa*— debe considerarse relativa y muy difícil de determinar. Además, dejando aparte la cuestión de la *culpa*, también el *malum* es muy distinto en los tres grupos de delitos. En el caso de las conductas integradas en el núcleo de los delitos *mala in se*, la pena sí es el reflejo de lo merecido, cumple una función de censura moral y de bloqueo de la venganza. Son delitos que lesionan bienes intrínsecos de víctimas reales, cuya comisión genera además reacciones emocionales de resentimiento o indignación. Por tanto, en ellos la pena —incluso la de larga duración— no constituye un exceso retributivo, sino que tiene lugar muy por debajo del límite del talión. En principio, todo Estado los puede castigar, pues ejerce la potestad punitiva en representación de la humanidad.[210]

121 En los mencionados delitos, tanto el sí de la pena como su medida concreta se basan en el merecimiento personal. Ahora bien, debe prescindirse de la pena o reducir su cuantía cuando no hacerlo sería contrario a consideraciones distributivas de equidad, necesidad o de oportunidad. Por el contrario, no es legítimo imponer en ningún caso una pena inmerecida, ni tampoco impo-

---

[208] *Neumann/Schroth* (1980), 36.

[209] «*Take away desert and the whole morality of the punishment disappears*»: *C.S. Lewis*, The Twentieth Century: An Australian Quarterly Review, III, 3 (1949), 5 ss.; *Finnis*, American Journal of Jurisprudence 44 (1999), 91 ss.

[210] Distinto, *Duff* (2001), 183-184.

nerla en mayor medida que la merecida, por muy necesario o conveniente que esto fuera. De este modo quedan sentadas las bases de la doctrina de los «equivalentes funcionales de la pena», en tanto que éstos pueden determinar el no-merecimiento o la inequidad, innecesariedad o inconveniencia de la imposición o ejecución de la pena, o de una determinada medida de pena (*cfr. infra* capítulo 28/88).

2.3. El refuerzo regulatorio en la periferia de los delitos *mala in se* y en los *mala quia prohibita*

2.3.1. La tradición preventivo-regulatoria

Sin embargo, es cierto que en el Derecho penal público se insertó pronto —probablemente desde siempre— una tradición distinta de esta que se acaba de mencionar. En términos plásticos, puede decirse que esa otra tradición tuvo su origen en torno al crimen de lesa majestad. En ella se advierte con claridad un recurso instrumental al Derecho penal como medio de prevención intimidatoria de actos contra la autoridad política —traición, en sentido amplio—. En efecto, las autoridades políticas siempre han insertado lo que hoy algunos denominan «infracciones del deber de cooperación con el Estado» en el marco de la praxis social punitiva, con el fin de servirse del poder simbólico (e intimidatorio) de esta. Pues bien, la asunción de esta tradición de recurrir al Derecho penal como mecanismo reforzado de motivación para la autoprotección de las monarquías absolutas no cesó con las monarquías y las repúblicas constitucionales. Como puede percibirse en las codificaciones del siglo XIX, con frecuencia los delitos situados en primer lugar son aquellos que se cometen contra las instituciones políticas y administrativas del Estado. Solo a continuación se describen el asesinato y el homicidio. 122

La creciente intervención del Estado en la economía a lo largo del siglo XX ha determinado un constante incremento del refuerzo punitivo de las correspondientes políticas públicas.[211] Además, se ha producido una creciente desconfianza en cuanto a la suficiencia en este punto del Derecho administrativo sancionador. En realidad, la dificultad técnica y el coste económico de las labores de inspección y control de las actividades económicas está conduciendo a que el Estado ceda dichas funciones a los propios agentes privados —en última instancia, a las personas jurídicas titulares de las empresas—. De este modo, se produce en cierto modo una retirada del Estado hacia el Derecho penal como mecanismo de «control del (ejercicio del) control». Así las cosas, no extraña que el agente fundamental de criminalización conforme a este esquema sea el complejo burocrático-económico de la Unión Europea. Esta, de modo cada vez más notorio, obliga a los Estados a recurrir al Derecho penal como mecanismo de refuerzo de las regulaciones que produce de modo 123

[211] *Silva Sánchez*, GS Vogel, 2016, 417.

continuado, relativas tanto a la gestión interna de los intereses de la Unión como incluso a su política exterior. En este contexto, el paradigma del «delito europeizado» es, sencillamente, la desobediencia. En la legislación española son ejemplos de ello, entre muchos otros, los arts. 306.II, 308.4 o 326.2 CP.

2.3.2. El problema de los macrofenómenos

124 En la periferia de los delitos *mala in se*, las cosas empiezan a ser distintas con respecto a los ilícitos *mala in se* nucleares. En realidad, solo puede hablarse de proximidad cualitativa con los delitos *mala in se* nucleares en el caso de los ilícitos patrimoniales cometidos contra personas físicas a quienes se les arrebata lo necesario para vivir. En el resto de las conductas punibles que se pueden ubicar en la periferia de los delitos *mala in se* y en los *mala quia prohibita*, la criminalización no responde a un merecimiento de pena del hecho concretamente cometido. Por el contrario, tal criminalización —con su correspondiente marco penal abstracto— tiene lugar por razones total o parcialmente regulatorias. Es decir, relativas a un fenómeno social general («el hurto» y no «un hurto») y consistentes en el refuerzo de la correspondiente política pública preventiva mediante la pena.

125 El recurso a la pena puede producirse para desincentivar la comisión del hecho más de lo que lo hacen los medios extrapenales; o bien para dar cuenta de la preocupación social por la extensión del fenómeno; o por ambas razones, que son complementarias. Ahora bien, la mayoría de las penalidades establecidas no son merecidas materialmente —es decir, en términos de proporcionalidad con el hecho, y no de cálculo de costes y beneficios sociales— por el delincuente concreto. Así, el criterio decisivo para fijarlas es el carácter masivo del hecho y, en su caso, el efecto acumulativo total de esa pluralidad de infracciones. Sin embargo, entonces el castigo no se basa en el merecimiento del agente. En efecto, su fundamento es la prevención general de intimidación y su medida se legitima formalmente por la decisión legislativa y, materialmente, en virtud de un cálculo de costes y beneficios sociales. Ahora bien, entonces la criminalización y la correspondiente sanción constituyen un exceso que grava al autor del hecho concreto por la difusión social de la clase de conducta en cuestión, por sus efectos acumulativos, así como por los elevados índices de cifra negra. Tanto por lo uno como por lo otro, la pena no da cuenta del merecimiento real de la concreta conducta del agente, sino de necesidades de refuerzo regulatorio. Estas, por un lado, deben probarse empíricamente. Por otro, deben explicitarse, descargando de la grave medida de reproche a aquel sobre quien recaen.

2.3.3. La política pública del castigo

126 En los delitos de la periferia de los *mala in se* y en los *mala quia prohibita*, el castigo restaura ciertamente el equilibrio entre los ciudadanos que cooperan

con el Estado y los que no. Esto se corresponde con una concepción del delito como ventaja inicua del delincuente con respecto a los que se abstienen de delinquir.[212] Desde luego, esta idea es claramente inválida para caracterizar a los delitos del núcleo de los *mala in se*, salvo que se entienda, en los términos del psicoanálisis, que todo delito despierta la envidia de quienes se abstienen de cometerlo. En cambio, tanto la noción de «ventaja inicua» como la de «restablecimiento del equilibrio» expresan bien lo que sucede en los otros dos grupos de delitos. Sin embargo, esta idea solo permite una distinción cuantitativa —si acaso— entre el delito y el ilícito administrativo.

La legitimación con base en la autoridad y en una proporcionalidad enten- **127**
dida en términos extrínsecos —de justicia distributiva— es suficiente para la generalidad de las políticas públicas. Así, al Estado, en tanto que administrador del bien común, le corresponde asignar a cada persona, con base en el criterio distributivo correspondiente —mérito, necesidad, etc.— lo que le corresponda de participación en aquel bien común (el *ius suum, como* derivado de la *ipsa res iusta*). Pues bien, en ocasiones, lo que le corresponde es una medida de sacrificio. Así, por ejemplo, una política pública de esta última naturaleza es la tributaria, o la que se expresa en el sistema de expropiación forzosa, o en las infracciones administrativas. A su vez, otra política pública próxima, integrada históricamente en el Derecho penal, es la que se manifiesta en la legislación sobre peligrosidad y medidas de seguridad. Sin embargo, la pena es algo distinto. Así, al menos una persistente línea de la doctrina ha pretendido legitimarla no solo en este marco de la filosofía política, sino también en el de la filosofía moral.[213] Ello ha determinado que para el castigo en sentido estricto se requiera precisamente el establecimiento de una relación intrínseca de merecimiento con el delito cometido. En efecto, esta se orienta a que sea posible afirmar que la punición es retributivamente justa.

Como se ha indicado, esto no se da —o se da en medida muy limitada— en **128**
tales grupos de delitos. Así pues, en ellos se opera con una variante de «medida de seguridad». Ciertamente, esta no responde al modelo de medida de seguridad preventivo-especial propuesto por von Liszt —coacción física postdelictiva—, que se impone para que el sujeto condenado no reincida. Tampoco refleja el modelo de coacción física predelictiva, difundido en las legislaciones de peligrosidad de la primera mitad del siglo XX. Por el contrario, a lo que responde esta figura es a la lógica de una medida de seguridad preventivo-general intimidatoria. Es decir, al modelo de pena propuesto por Feuerbach, basado en el recurso a la coacción psicológica predelictiva. Conviene no olvidar que este autor propone el recurso a la coacción psicológica dado que observa que la coacción física, aunque preferible, no siempre es factible. Pues bien, esta «pena» opera *ex ante* mediante la amenaza y se ejecuta *ex post* para confirmar

---

[212] *Morris*, The Monist 52 (1968), 475 ss.; *Hampton*, UCLA L. R. 39 (1992), 1660 ss. Ya, *Aristóteles*, Ética, 1132a.

[213] *Fletcher* (1978), XIX.

la seriedad de la amenaza. Ciertamente, cabe que su medida tenga un límite de proporcionalidad utilitaria. Sin embargo, entonces está claro que al sujeto «condenado» no se le castiga por lo que él ha hecho, sino sencillamente para que otros delincuentes potenciales no lo hagan.

2.3.4. El déficit retributivo

129 Así las cosas, el castigo de los delitos integrados en la periferia de los *mala in se* y en los *mala quia prohibita* muestra un notable déficit de legitimación retributiva deontológica, que se va incrementando a medida que se llega a los límites externos de aquellos grupos. Por tanto, a medida que se aleja del núcleo de los delitos *mala in se,* la pena va perdiendo solidez retributiva para expresar una retribución crecientemente débil, que, al final, no es distinta de la propia de las infracciones administrativas. En los delitos en los que lo relevante es su carácter masivo o su efecto acumulativo —o en los que existe un factor de esta naturaleza que influye en el marco penal abstracto— el sujeto activo no merece realmente la penalidad asociada al tipo.

130 Por tanto, la imposición de la pena establecida para el hecho no puede calificarse de retribución más que en términos formales. En realidad, ya la criminalización —o al menos la penalidad establecida para ellos— responde efectivamente a un fin de prevención general negativa y positiva. En cambio, los límites materiales que la doctrina dice haber construido para compensar la legitimación preventiva no son más que metáforas de una mera limitación formal derivada del carácter democrático de la legislación.[214] Esto vale en particular para el argumento del consentimiento del delincuente condenado, expresado mediante la comisión del delito o a través de su participación en el contrato social. En cuanto a la idea de proporcionalidad, tampoco expresa más que la conformidad constitucional de la ley. En suma, no se añade ningún límite adicional al representado por el marco constitucional.

131 En el caso de los delitos *mala quia prohibita,* resulta aún más compleja la legitimación del recurso al adjetivo «criminal». En efecto, aquí se trata de infracciones administrativas, que no merecen pena de prisión, de modo que su mera previsión ya constituye un exceso. Este exceso se puede demostrar en términos casi lógicos: (i) la prisión es la reacción específicamente criminal; (ii) los *mala quia prohibita* no son ilícitos específicamente criminales; (iii) por lo tanto no se les debería imponer una pena de prisión. En puridad, como se ha indicado, esto vale incluso para buena parte de delitos de la periferia de los *mala in se.* Por tanto, las cosas mejorarían si se sancionaran con penas distintas. Ahora bien, aun así, sería preciso justificar por qué se criminalizan, asignando a su comisión un reproche moral que no se da en las infracciones administrativas. Pues bien, en realidad esto solo se produce porque el Estado

[214] Así, las doctrinas angloamericanas de la «*fair notice*», «*rights forfeiture*», etc.

ha decidido recurrir estratégicamente al estigma penal, a sabiendas de su elevado poder desincentivador de conductas.[215]

En efecto, la criminalización de los *mala quia prohibita* solo se justifica por el recurso a la política de la estigmatización como refuerzo preventivo-regulatorio. Aquí se genera una dinámica muy compleja. Así, en primer lugar, atendido el mínimo de los marcos penales, la pena de prisión prevista en la conminación penal solo se ejecuta realmente en pocos casos. Por lo tanto, el modelo se basa en el miedo al proceso y a la pena. En efecto, es este el que incentiva la adopción de acuerdos negociados, omnipresentes en este ámbito. Además, en tales acuerdos se introducen elementos premiales —como reparaciones y colaboraciones procesales— que también reducen la medida de pena. Como se advierte, todo incentiva que el castigo pase a ser objeto de una política gerencial. Sin embargo, esta también invita a renunciar al juicio oral, con sus especiales garantías. En definitiva, se trata de una pena de prisión virtual, como mecanismo esencial de la administrativización del Derecho penal, puesto al servicio de las políticas públicas. 132

3. LA DIMENSIÓN POSITIVA DEL CASTIGO DE LOS DELITOS *MALA IN SE* NUCLEARES

3.1. Planteamiento

Todo lo anterior se ha referido al papel del castigo en su relación con las víctimas reales y potenciales, así como con los delincuentes potenciales. Asimismo, ha tenido por objeto sus dimensiones de reproche y de daño infligidos al castigado. Sin embargo, es preciso aludir a otra dimensión, que se olvida casi siempre. A saber, la de rehabilitación del condenado por la comisión de delitos *mala in se* nucleares y algunos periféricos, que son los que conllevan las penas de prisión más largas. Sin ella, no se produce la restauración del *statu quo*, con lo que parte de los efectos del delito siguen sin ser superados. 133

3.2. La pena como condición de rehabilitación del penado

La mera declaración —comunicativa y empíricamente inteligible— de que un hecho es un injusto culpable no restaura el orden justo y la paz pública. Desde luego, llamando «asesino» al asesino no se recupera la comunidad perdida, sino que sucede todo lo contrario. Mediante la hetero-negación del delincuente, el Estado le pone de manifiesto a aquel que su autoafirmación al cometer el delito ha redundado, al final, en una autoexclusión. Ciertamente, esta ha tenido lugar a través de la condena estatal —una hetero-exclusión—, pero trae causa de la conducta del reo. Aquí termina el mensaje, que desde luego repara la lesión producida al Derecho, la infligida a la víctima y a la 134

[215] *Silva Sánchez*, LH Lorenzo Salgado, 2021, 1375 ss.

sociedad. Sin embargo, para restaurar la justicia y la paz es preciso igualmente reparar el daño que el delincuente se ha hecho a sí mismo, desvinculándose de la comunidad.

135 A tal efecto, es decisivo recordar que la ejecución de la pena constituye un equivalente funcional del seguimiento del Derecho. Pues bien, si el seguimiento consiste en una autonegación voluntaria, aquella es una hetero-negación coactiva. Sin embargo, esa hetero-negación ha de tener la capacidad no solo de manifestar que la (auto-)afirmación delictiva redundó en una (auto-)exclusión, sino también de producir un efecto de (hetero-)reinclusión.[216] Únicamente así puede recuperarse la comunidad. En realidad, el dolor punitivo que se expresa en la etimología del castigo —*castus agere* significa limpiar—, responde a lo segundo, tanto o más que a lo primero.

136 La producción de un efecto simbólico —en la interacción de seres corpóreos como somos los hombres— requiere una cierta facticidad. Sin embargo, esto no significa que el dolor purifique al penado en términos fácticos, sino que solo lo hace en términos normativos —contrafácticos—. Así pues, lo relevante es que el padecimiento del dolor —como hetero-negación— hace posible su reinclusión jurídica —su rehabilitación—, en la medida en que constituye la condición necesaria y suficiente del perdón. Por lo tanto, el dolor penal tiene que mostrar una doble dimensión comunicativa. En su inicio, ciertamente ha de transmitir el reproche vinculado a la comisión de un injusto culpable. Ahora bien, al final tiene que poder comunicar también el cumplimiento de la condición de la cancelación de dicho reproche, que pone fin a toda reacción lícita contra el sujeto condenado.

137 Esto se puede advertir ya en el Antiguo Testamento. En efecto, la «marca de Caín», además de expresar que este asesinó a Abel, constituye una protección para el propio Caín. Ciertamente, nadie le puede matar, porque «ya ha sido castigado».[217] Pues bien, esto permite advertir dónde radica la dificultad para reducir la dolorosa facticidad del castigo. Tal dificultad no deriva tanto de que, al inicio, sea precisa para manifestar el injusto culpable,[218] como de su necesidad, al final, para comunicar la purificación del reo —es decir, que este ha cumplido la condición del perdón—. En este punto, cabe afirmar que la gravedad de la pena expresa la dureza de las condiciones que establece una comunidad política para otorgar el perdón público.

3.3. La rehabilitación simbólica

138 La pena no se legitima empíricamente, por producir efectos preventivos, ni por restablecer de modo constatable todas las relaciones rotas, sino que lo

---

[216] Próximo, *Duff* (2001), 77-78, en la línea de un castigo inclusivo y no excluyente.

[217] Génesis, 4:5 ss.

[218] Y la necesidad de que este se arrepienta, e intente reformarse y reconciliarse con la comunidad: Duff (2001), 149 ss.; en esa línea, *Bottoms* (2019), 138-139.

hace en términos simbólicos. Como se ha indicado, la facticidad de la pena, que es condición de la rehabilitación del autor del injusto culpable, no tiene que mostrar ningún efecto empírico perceptible. Así pues, la producción de efectos preventivo-generales negativos o preventivo-especiales es una posibilidad, pero no constituye una condición adicional para que dé lugar a su efecto normativo. En efecto, la pena, produzca o no efectos en el mundo empírico, es la condición suficiente del cese del reproche comunitario. Ahora bien, de este modo se muestra que la práctica del castigo no solo es imperfecta en términos empíricos, sino también en el plano moral. Por un lado, no es seguro que, tras el transcurso del tiempo asociado al cumplimiento de la condena, la comisión del delito haya generado arrepentimiento en el penado por el delito cometido. Por el otro, la comunidad tampoco está dispuesta a otorgar un perdón gratuito, es decir, concedido por el mero hecho de que este haya sido solicitado, sino que exige una «satisfacción». Pues bien, satisfacer es «pagar enteramente lo que se debe», o «hacer una obra que merezca el perdón de la pena debida».[219]

El pago de lo que se debe, o la realización de la obra que merece el perdón, tienen que dar pie a una auténtica rehabilitación normativa, es decir, a una reinclusión contrafáctica del sujeto del delito. Es decir, el cumplimiento de la condena por el penado ha de poner fin no solo a la autoafirmación llevada a cabo por este en su día, sino también a su posterior hetero-negación y hetero-exclusión por parte del Estado punitivo. Así pues, tiene que significar que el sujeto queda normativamente rehabilitado, lo que, a su vez, debe ser formulado con la misma intensidad expresiva con que la condena manifestó el reproche. La discutible institución de los antecedentes penales, que prolonga los efectos de la condena, constituye un primer obstáculo para esta pretensión.[220] El otro es la ausencia de teorización jurídica de la rehabilitación. Ciertamente existe un procedimiento administrativo de cancelación de los antecedentes y de rehabilitación del penado. Sin embargo, este tiene una naturaleza parcial, burocrática y clandestina. En realidad, ni la doctrina dominante ni las teorías comunicativas del castigo han considerado este aspecto, o en todo caso no lo han hecho de modo suficiente.[221] Sin embargo, el único cierre posible de la dinámica de un castigo estatal realmente restaurativo tiene que ser la declaración judicial de rehabilitación del penado, tan pública y solemne como en su día lo fue la sentencia condenatoria. Mediante ella, el sujeto rehabilitado debe ser recibido de nuevo en la comunidad interpersonal y política, sin ningún tipo de reserva normativa.

139

---

[219] Tales son la primera y la segunda acepción del Diccionario de la RAE. Ahora bien, existe una última acepción de «satisfacción»: «pagar con obras de penitencia la pena debida por las culpas cometidas» (una de las tres partes del Sacramento católico de la Reconciliación).

[220] *de la Cuesta Arzamendi*, RP 50 (2022), 53 ss.

[221] La excepción es *Duff* (2015), 47-48, 63, en el sentido de que el castigo debe contener una promesa de rehabilitación. Pero no basta con que sea una mera promesa, sino que debe contener una rehabilitación contrafáctica.

3.4. La metáfora contable

140 La interrelación humana, en su imperfección emocional y moral, muestra una dimensión contable, de una especie de cuenta corriente interpersonal. En ella se advierte que las personas se abren recíprocamente una suerte de expediente moral,[222] en el que «llevan cuentas» de lo que hacen y de lo que los demás les hacen, bueno o malo. Pues bien, la institución del Derecho penal público conlleva que la contabilización de algunos de los hechos malos —los «males públicos»— se le asigna al Estado. De este modo, si el delincuente ha quebrado el orden de lo justo, entonces tiene que «rendir cuentas» frente al Estado, para que este le dé lo que le «debía».

141 En este contexto, el delito cometido da lugar a su posterior «anotación en cuenta» de una persona, que llevan a cabo los órganos del poder judicial en el marco del proceso. Precisamente ese acto de «anotar en cuenta» es el que designa la expresión *imputatio* en el latín clásico.[223] Del mismo modo, en español «imputar» significa tanto atribuir una culpa, como anotar una cantidad en la cuenta de alguien. Incluso la *culpa* punible del sujeto culpable y su deuda civil se denominan con frecuencia de la misma manera.[224] Así las cosas, el castigo, con el consiguiente dolor penal, tiene ciertamente la función de hacer inteligible el reproche, mediante un «ajuste de cuentas» con el delincuente. Pues bien, el anclaje de todas estas expresiones en el lenguaje ordinario pone de relieve cuál es la semántica profunda de la práctica del castigo. Sin embargo, las cosas no deben finalizar aquí.

142 En efecto, el propio dolor punitivo tiene que pasar a desempeñar asimismo un papel distinto, que es el de la «redención normativa»[225] o, en otras palabras, el de la constatación de que se ha pagado una deuda. En efecto, solo así es posible afirmar seriamente que el cumplimiento de la obligación punitiva equivale en términos funcionales al seguimiento de la norma de conducta, es decir, al hecho de abstenerse de delinquir. Por tanto, con el paso del tiempo de la condena, esta tiene que producir la rehabilitación normativa del penado y, con ella, el pleno regreso al *statu quo ante*. Expresado de otro modo —y siguiendo con la metáfora contable— en ese momento debe producirse la declaración de «borrón y cuenta nueva». Entonces, para abrir esa cuenta nueva se emplea una página en blanco, dejando atrás el borrón suscitado en la vida de la persona condenada, que tiene que ser olvidado normativamente.

---

[222] *Ricoeur* (1995), 43.

[223] Igual que la alemana «*Zurechnung*» y la inglesa «*accountability*».

[224] La propia expresión «*Schuld*» significa, en alemán, tanto culpabilidad como deuda.

[225] *Binding*, Normen I, 4.ª, 1922, 416-417.

Capítulo 4

LAS GARANTÍAS DEL DERECHO PENAL (I) EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Bibliografía seleccionada: *Alcácer Guirao*, Los fines del derecho penal, ADPCP 1998, 510; *el mismo*, Prevención y garantías: conflicto y síntesis, Doxa 25 (2002), 139; *el mismo*, El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional, en: Mir/Queralt (eds.), Constitución y principios del Derecho Penal, 2010, 15; *el mismo*, Taxatividad, reserva de ley y cláusulas de lesividad en las normas penales en blanco, LL 7922, 2012, 1; *Alexy*, Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal, Doxa 23 (2000), 210; *Álvarez García*, Sobre el principio de legalidad, 2010; *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998; *Arroyo Zapatero*, Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal, REDConst 8 (1983), 9; *el mismo*, Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución, R. J. Castilla-La Mancha 1 (1987), 97; *el mismo*, Derecho penal económico y Constitución, RP 1 (1998), 1; *Ashworth/Zedner/Tomlin* (eds.), Prevention and the Limits of the Criminal Law, 2013; *Atienza*, Constitucionalismo y Derecho penal, en: Mir/Corcoy (eds.), Constitucionalismo y sistema penal, 2012, 19; *Bacigalupo*, Sobre la justicia y la seguridad jurídica en Derecho penal, en: Montiel (ed.), La crisis del principio de legalidad, 2012, 55; *el mismo*, División de poderes, principio de legalidad e interpretación de la ley, LH Luzón Peña, I, 2020, 3; *el mismo*, Delitos de Estado contra la humanidad y principio de legalidad internacional, LH Zugaldía Espinar, 2021, 411; *Baratta* (ed.), Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo, 1986; *el mismo*, Prinzipien des minimalen Strafrechts, en: Kaiser *et al.* (Hrsg.), Kriminologische Forschung in den 80er Jahren, 2, 1988, 513; *Bascuñán Rodríguez*, Derechos fundamentales y Derecho penal, REJ 9 (2007), 47; *el mismo*, La formación de lex tertia: una defensa diferenciada, PolítCrim 14 (2019), 173; *el mismo*, El legislador como destinatario del principio de lex mitior, REJ 36 (2022), 1; *Beguerie*, Ajenos: la inmigración como un dilema para la teoría de Duff sobre la autoridad del castigo, Isonomía 56 (2022), 101; *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, 1, 1894; *Bin/Brunelli/Pugiotto/Veronesi* (eds.), Ai confini del favor rei. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia, 2005; *Binding*, Strafgesetzgebung, Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft in normales Verhältnis zueinander, ZStW 1 (1881), 4; *Böse*, Verweisungen auf das EU-Recht und das Bestimmtheitsgebot, FS Krey, 2010, 7; *Braum*, Europäische Strafgesetzlichkeit, 2003; *Brodowski*, Die Evolution des Strafrechts, 2023; *Brodowski/Jahn*, Krise und Neuaufbau eines strafverfassungsrechtlichen Ultima Ratio-Prinzips, JZ 2016, 969; *Burchard*, Strafverfassungsrecht: Vorüberlegungen zu einem Schlüsselbegriff, en: Tiedemann *et al.* (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, 2016, 27; *el mismo*, Strafrechtslimitation als Motor der Strafrechtsexpansion, en: Kuhli/Asholt (Hrsg.), Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster, 2017, 21; *Cadoppi*, Il valore del precedente nel diritto penale, 1999 (2.ª, 2007); *Carbonell Mateu*, Derecho penal: concepto y principios constitucionales, 1995; *Cardenal Montraveta*, La responsabilidad penal de los menores, 2020 (2.ª, 2022); *Carnevali Rodríguez*, El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno, PolítCrim 3 (2007), 1; *Caruso Fontán/Pedreira González*, Principios y garantías del Derecho penal contemporáneo, 2014; *Chehtman*, Fundamentación filosófica de la justicia penal extraterritorial, 2013; *Cianciardo*, The Right of the Indigenous Peoples to their Own Law, ARSP 98 (2012), 112; *Cid Moliné*, Garantías y sanciones, RAP 140 (1996), 131; *Cigüela Sola*, El ciudadano y el

excluido frente al Derecho penal, InDret 2/2017, 1; *el mismo,* Crimen y castigo del excluido social, 2019; *el mismo,* Injusticia social y Derecho penal, Doxa 42 (2019), 389; *Coca Vila* (ed.), Pena y vínculo político, 2023; *Corcoy Bidasolo,* Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales, RDF 8 (2012), 45; *Cornelius,* Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016; *Correcher Mira,* Principio de legalidad penal: ley formal vs. law in Action, 2018; *Cuerda Arnau,* Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable, RP 31 (2013), 52; *Cuerda Arnau/Vives Antón,* La imprevisibilidad del sistema jurisdiccional español: el caso Parot como paradigma, LH Suárez Montes, 2013, 747; *Cuerda Riezu,* El legislador y el derecho penal, 1991; *el mismo,* La aplicación retroactiva de las leyes favorables, en: Balado/García Reguero (eds.), La Declaración Universal de los derechos humanos, 1998, 275; *el mismo,* El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio, ADPCP 2009, 157; *el mismo,* Garantías constitucionales y garantías legales con respaldo constitucional en derecho penal: consecuencias para la retroactividad favorable, ADPCP 2012, 87; *el mismo,* La doctrina Parot, el Tribunal Europeo de derechos humanos y la separación de poderes, 2014; *el mismo,* Pero ¿en qué quedamos? ¿pueden o no pueden las normas autonómicas completar las leyes penales estatales?, LH Lorenzo Salgado, 2021, 393, *el mismo,* Sobre la ley penal, 2022; *Cupelli,* La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale, 2012; *Cury Urzúa,* La ley penal en blanco, 1988; *Dan-Cohen,* Harmful Thoughts: Essays on Law, Self, and Morality, 2002; *Dannecker,* Das intertemporale Strafrecht, 1993; *el mismo,* Strafrecht in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 1996, 869; *el mismo,* Nullum crimen, nulla poena sine lege und seine Geltung im Allgemeinen Teil des Strafrechts, FS Otto, 2007, 25; *Delitala,* Analogia in bonam partem, RIDPP 1936, 605; *Demetrio Crespo,* El Derecho penal del Estado de Derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la Constitución, 2020; *L. Dias,* Teoría del dominio del hecho y principio de legalidad en la Corte penal Internacional, InDret 4/2018, 1; *Díez Ripollés,* La racionalidad de las leyes penales, 2003; *Donini,* L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali, DPC-RT 2012, 51; *el mismo,* Sistema delle fonti e garanzie giurisdizionali, en: Mir/Corcoy (eds.), Garantías constitucionales y Derecho penal europeo, 2012, 179; *el mismo,* El Derecho jurisprudencial penal, InDret 2/2018, 1; *el mismo,* Garantismo penale oggi, Criminalia 2019, 1; *Dopico Gómez-Aller,* Prisiones de empresa, reformatorios privados, 2011; *Doval Pais,* Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales, 1999; *el mismo,* Las consecuencias jurídicas innominadas, RECPC 20 (2018), 1; *Durán Migliardi,* Constitución y legitimación teórica de la pena, PolítCrim 11 (2011), 142; *Dyson/B. Vogel,* The Limits of Criminal Law, 2018; *Erb,* Die Schutzfunktion von Art. 103 Abs. 2 GG bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 108 (1996), 266; *Esteve Pardo,* El desconcierto del Leviatán, 2009; *Fakhouri Gómez,* Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático, 2009; *Felip i Saborit,* Caso de los tiradores del muro (Mauerschützen), en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011; *Fernández,* El Derecho penal intertemporal, 2015; *Ferrajoli,* El Derecho penal mínimo, Poder y Control 0 (1986), 1; *el mismo,* Derecho y razón, 1995; *el mismo,* Garantías y Derecho penal, Iter criminis 2 (2002), 247; *el mismo,* Democracia y Garantismo, 2008; *Ferreres Comella,* El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia, 2002; *Fiandaca,* Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democracia, en: Stile (ed.), Democrazia e autoritarismo nel diritto penale, 2011, 135; *Fiore,* Il principio di offensività, IP 2 (1994), 275; *Fornasari,* Argomenti per una riserva di legge rafforzata in materia penale, DPC-RT 2018, 1; *Frígols i Brines,* El principio de irretroactividad y la sucesión de leyes penales, 2002; *el mismo,* Fundamentos de la sucesión de leyes en el Derecho penal español, 2004; *Frisch,* An den Grenzen des Strafrechts, FS Stree/Wessels, 1993, 69; *Galante,* Legalità e mutamenti giurisprudenziali nel diritto penale, 2021; *García Amado,* Sobre el principio de legalidad penal y su alcance, en: Pérez Manzano/Lascuraín Sánchez (eds.), La tutela multinivel, 2016, 327; *García Amuchástegui,* Derecho penal internacional y su articulación en los ordenamientos internos, 2021; *García Arán,* Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal, EPC XVI (1993), 63; *García Pérez,* El principio de legalidad y el valor de la jurisprudencia, InDret 4/2018, 1; *García Rivas,* El principio de determinación del hecho

punible, 1992; *el mismo*, El poder punitivo en el Estado democrático, 1996; *Gargarella*, Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal, 2016; *Gatta*, Abolitio criminis e successione di norme integratrici: teoria e prassi, 2008; *Gil Gil*, La excepción al principio de legalidad del número 2 del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ADPCP 2010, 131; *Gimbernat Ordeig*, Concepto y método de la ciencia del Derecho penal (1966), 1999; *Gama de Magalhães Gomes*, Direito penal e interpretação jurisprudencial, 2008; *Gómez Rivero*, Presunciones y Derecho penal, LH Vives Antón, 1, 2009, 765; *González Guerra*, El principio de taxatividad en el Derecho penal administrativo, en: Carnevali (ed.), Derecho, sanción y justicia penal, 2017, 253; *Grandi*, Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?, en: Fiandaca (ed.), Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale, 1997, 129; *el mismo*, Nullum crimen sine lege parlamentaria y Derecho penal europeo, en: Díez-Picazo/Nieto (eds.), Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo, 2010, 183; *Greco*, Ist der Strafgesetzgeber an das Analogieverbot gebunden?, GA 2012, 452; *el mismo*, Das Bestimmtheitsgebot als Verbot gesetzgeberisch in Kauf genommener teleologischer Reduktionen, ZIS 2018, 475; *Grünwald*, Bedeutung und Begründung des Satzes nulla poena sine lege, en: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten, II, 1975, 232; *el mismo*, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Gesetzlichkeitsprinzip, FS Arth. Kaufmann, 1993, 433; *Haffke*, Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat?, KritJ 38 (2005), 17; *Haft*, Generalklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht, JuS 1975, 477; *Hart*, Prolegomenon to the Principles of Punishment, Proceedings of the Aristotelian Society 60 (1959-1960), 1; *Hassemer*, Crítica al Derecho penal de hoy, 1995; *Heine*, Accesoriedad administrativa en el Derecho penal del medio ambiente, ADPCP 1993, 289; *Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit, 1991; *el mismo*, Los límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales, ADPCP 1993, 317; *el mismo*, Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, en: Arroyo *et al.* (eds.), Crítica y justificación del Derecho penal, 2003, 249; *Hillenkamp*, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; *el mismo*, Der Einfluß des Opferverhaltens auf die dogmatische Beurteilung der Tat, 1983; *Hirsch*, Systematik und Grenzen der Gefahrdelikte, FS Tiedemann, 2008, 146; *Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973; *Hoven*, Populismus und Strafrecht, en: la misma/Kubiciel (Hrsg.), Zukunfsperspektiven des Strafrechts, 2019, 101; *Hoyer*, Die Eignungsdelikte, 1987; *Huerta Tocildo*, El derecho fundamental a la legalidad penal, REDConst 39 (1993), 81; *la misma*, El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal, en: García Roca/Santolaya (eds.), La Europa de los derechos, 2005, 455; *Husak*, The Criminal Law as Last Resort, OJLS 24 (2004), 207; *el mismo*, Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal, 2013 (=Overcriminalization, 2007); *Irarrázaval Zaldívar*, El vínculo de ciudadanía como límite a la aplicación extraterritorial del Derecho penal, InDret 1/2021, 228; *Isensee*, El derecho constitucional a la seguridad, 2014; *Jahn*, Wiedergutmachung und Integrationsprävention, Rechtstheorie 1 (1996), 65; *Jakobs*, Crímenes del Estado. Ilegalidad en el Estado, Doxa 17-18 (1995), 445; *Jung*, Rückwirkungsverbot und Maßregel, FS Wassermann, 1985, 875; *Kadelbach/Günther* (Hrsg.), Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtssetzung, 2011; *Kaspar*, Verhältnismässigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014; *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989; *Kirsch*, Zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs, 2014; *Köhler*, Recht und Gerechtigkeit, 2017; *Krause Muñoz*, El principio de taxatividad en el Derecho penal administrativo, en: Carnevali (ed.), Derecho, sanción y justicia penal, 2017, 219; *Krey*, Studien zum Gesetzesvorbehalt, 1977; *Kuhlen*, Zum Verhältnis vom Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot, FS Otto, 2007, 89; *el mismo*, La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales, 2012; *el mismo*, Zum Vertrauensschutz bei belastenden Rechtsprechungsänderungen, HRRS 3 (2012), 114; *el mismo*, Contribuciones al método, la teoría y la dogmática del Derecho penal, 2021; *Künsemüller Loebenfelder*, El Derecho penal liberal, 2018; *Kuhli*, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrechtlichen Rechtsanwendung, 2018; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996; *Lamarca Pérez*, Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española, REDConst 20 (1987), 99; *Landa Gorostiza*, Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH, InDret 4/2012, 1; *Lascuraín Sánchez*, Sobre la retroactividad penal

favorable, 2000; *el mismo*, Por un Derecho penal solo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho administrativo sancionador, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 587; *el mismo*, Solo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional, 2009; *el mismo*, ¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional, InDret 3/2012, 1; *el mismo*, El control constitucional de las leyes penales, en: Nieto Martín *et al.* (eds.), Hacia una evaluación racional de las leyes penales, 2016, 351; *el mismo*, Principos penales democráticos, 2021; *Lee*, The Constitutional Right Against Excessive Punishment, Virginia L. R. 91 (2005), 677; *el mismo*, Why Proportionality Matters, Pennsylvania U. L. R. 160 (2012), 1835; *Leite*, Grund und Grenzen eines Rückwirkungsverbots bei täterbelastenden Rechtsprechungsänderungen, GA 2014, 220; *Lewisch*, Verfassung und Strafrecht, 1993; *von Liszt*, Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts (1893), en: el mismo, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 2, 1905, 75; *Llobet Anglí*, El alcance del principio de jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional, InDret 4/2006, 1; *la misma*, Caso Parot, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 895; *la misma*, No solo imprevisible, también irrazonable: otra vez sobre la Doctrina Parot, InDret 2/2015, 1; *Logan*, The Ex post Facto Clause: Its History and Role in a Punitive Society, 2022; *de Luca*, Leyes penales más benignas, en blanco y Constitución Nacional, 1997; *Lüderssen*, Kollektive Zurechnung — individualisierende Haftung, en: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Vom Nutzen und Nachteil der sozialwissenschaften für das Strafrecht, 2, 1980, 737; *Madrid Conesa*, La legalidad del delito, 1983; *de Maglie*, Los delitos culturalmente motivados, 2012; *Manes*, Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali, 2012; *Manes/Caianiello*, Introduzione al Diritto penale europeo, 2020; *Manrique*, El desafío de la taxatividad, ADPCP 2005, 807; *Martínez Garay*, ¿Seguridad jurídica o seguridad de los bienes jurídicos? Sobre el nuevo papel de los derechos fundamentales en el discurso jurídico-penal, en: Vives/Cuerda/Górriz (eds.), Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal, 2017, 267; *Massaro*, Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica, 2020; *de la Mata Barranco*, El principio de la proporcionalidad penal, 2007; *Chaves de Mendonça*, Lei penal em branco, 2016; *Mendoza Buergo*, El Derecho penal en la sociedad del riesgo, 2001; *la misma*, Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto, 2001 b; *Mestre Delgado*, Límites constitucionales a las remisiones normativas en materia penal, ADPCP 1988, 503; *Mínguez Rosique*, El principio de legalidad penal en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en: Pérez Manzano/Lascuraín (eds.), La tutela multinivel, 2016, 201; *Mir Puig*, Límites del normativismo en Derecho penal, RECPC 7 (2005), 1; *Mir/Queralt* (eds.), Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales, 2010; *Mir/Corcoy* (eds.), Garantías constitucionales y Derecho penal europeo, 2012; *Montaner Fernández*, La autorregulación normativa en el Derecho penal ambiental, en: Montiel (ed.), La crisis del principio de legalidad, 2012, 289; *Montiel Fernández*, La analogía in bonam partem en el Derecho penal, 2009; *el mismo*, Estructuras analíticas del principio de legalidad, InDret 1/2017, 1; *el mismo*, Legalidad e imputación en Derecho Penal. Una aproximación analítica, 2020; *Moreso*, Principio de legalidad y causas de justificación, Doxa 24 (2001), 525; Müller-Dietz, Abschied vom Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht?, FS Lenckner, 1998, 179; *Muñoz de Morales*, El legislador penal europeo, 2011; Müssig, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, 1994; *Nagler*, Die Strafe, 1918; *Naucke*, Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht, 1973; *el mismo*, Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, 1996; *el mismo*, Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik, 1999; *el mismo*, Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2000; *el mismo*, Negatives Strafrecht, 2015; *Navarro Frías*, Mandato de determinación y tipicidad penal, 2010; *Navarro-Dolmestch*, Legalidad penal como limitación al poder punitivo, 2022; *Navarro/Manrique*, El desafío de la taxatividad, ADPCP 2005, 807; *Neumann*, Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?, ZStW 103 (1991), 331; *el mismo*, Die Rechtsprechung im Kontext des verfassungsgerichtlichen Prüfungsprogramms zu Art. 103. 2 GG, FS Beulke, 2015, 197; *Nieto Martín*, La reserva de ley y el control de constitucionalidad de las leyes penales, LH

Arroyo Zapatero, I, 2020, 515; *Oliver Calderón*, Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales, 2007; *Olmedo Cardenete*, ¿Es la lex stricta una garantía efectiva en Derecho penal?, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 583; *Ortiz de Urbina*, ¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente?, en: Montiel (ed.), Principio de legalidad: desafíos actuales, 2012, 173; *el mismo*, ¿Consecuencialismo sin consecuencias?, en: Carnevali (ed.), Derecho, sanción y justicia penal, 2017, 419; *Ossandón Widow*, La formulación de los tipos penales, 2009; *la misma*, El legislador y el principio *ne bis in idem*, PolítCrim. 13 (2018), 952; *Otero González*, La circunstancia atenuante analógica, 2003; *Ovalle Bazán*, La dignidad humana como límite al *ius puniendi*, Díkaion 28 (2019), 35; *Palazzo*, Estado constitucional de Derecho y Derecho penal, RP 2 (1998), 49; *Paliero*, Minima non curatpraetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari, 1985; *el mismo*, Il principio di effettività del diritto penale, RIDPP 1990, 430; *el mismo*, Il principio di effettività nel diritto penale, 2011; *Paredes Castañón*, La justificación de las leyes penales, 2013; *Pariona Arana*, El Derecho penal moderno, RP 20 (2007), 155; *Pastor Muñoz*, ¿Qué queda del principio de legalidad en Derecho penal internacional?, en: Carnevali (ed.), Derecho, sanción y justicia penal, 2017, 283; *la misma*, Riesgo permitido y principio de legalidad, 2019; *la misma*, Why International Criminal Law Can and Should be Conceived With Supra-Positive Law, CL&Phil 17 (2023), 381; *Pawlik*, Strafe oder Gefahrenbekämpfung?, FS Schroeder, 2006, 357; *el mismo*, Ciudadanía y Derecho Penal, 2016; *Pecorella*, Legge intermedia: aspetti problematici e prospettive de lege ferenda, LH Marinucci, I, 2006, 610; *Peralta*, Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico, InDret 2/2008, 1; *Pérez Cepeda* (ed.), El principio de justicia universal: fundamento y límites, 2012; *Pérez Manzano/Lascuraín Sánchez* (eds.), La tutela multinivel del principio de legalidad penal, 2016; *Pérez del Valle*, Derecho penal europeo, principio de legalidad y principio de proporcionalidad, InDret 4/2008, 1; *Perron*, Strafrechtsvereinheitlichung in Europa, en: Dörr/Dreher (Hrsg.), Europa als Rechtsgemeinschaft, 1997, 135; *Perrone*, Nullum crimen sine iure, 2019; *Piña Rochefort*, Rol social y sistema de imputación, 2005; *Prieto Sanchís*, Garantismo y Derecho penal, 2011; *Queralt Jiménez*, Código penal y Ley Orgánica, ADPCP 1992, 49; *Ragués i Vallès*, La prescripción penal, 2004; *el mismo*, La prisión provisional como ultima ratio, 2023; *Ransiek*, Gesetz und Lebenswirklichkeit, 1989; *Rawls*, Two Concepts of Rules, The Philosophical Review 64 (1955), 3; *Renzikowski*, Der Begriff der Zurechnung in der reinen Rechtslehre Hans Kelsens, en: Alexy *et al.* (Hrsg.), Neukantianismus und Rechtsphilosophie, 2002, 253; *el mismo*, Mala per se et delicta mere prohibita — rechtsphilosophische Bemerkungen zum Rückwirkungsverbot (Art. 7 EMRK), FS Krey, 2010, 407; *el mismo*, Rechtsphilosophische Bemerkungen zur Strafbarkeit von Verbänden, GA 2019, 149; *Ripol Carulla*, El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español, 2007; *Robinson*, Fair Notice and Fair Adjudication: Two Kinds of Legality, Pennsylvania U. L. R. 154 (2005), 335; *Robles Planas* (ed.), Límites al Derecho penal, 2013; *Rodríguez Ferrández*, La evaluación de las normas penales, 2016; *Rostalski*, Bestimmtheit der Sanktionsnorm bei bestimmbarer Verhaltensnorm, RphZ 2018, 157; *Ruiz Robledo*, El derecho fundamental a la legalidad punitiva, 2004; *Safferling*, Los procesos de Núremberg, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 161; Sánchez García de Paz, El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal, 1999; Sánchez Lázaro, Mandato de determinación y consecuencia jurídica, RP 28 (2011), 153; *Sánchez-Ostiz*, Fundamentos de política criminal, 2012; *Sánchez Revenga*, La relación entre la Constitución y el Derecho penal: una mirada desde la orilla constitucional, RP 45 (2020), 99; *Santana Vega*, El concepto de ley penal en blanco, 2000; *Satzger*, La internacionalización del Derecho penal como reto para el principio de determinación penal, RP 21 (2008), 139; *el mismo*, Caso Berlusconi, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 871; *A. Schneider*, Die Verhaltensnorm im Internationalen Strafrecht, 2011; *Schünemann*, Nulla poena sine lege?, 1978; *el mismo*, Las reglas de la técnica en Derecho penal, ADPCP 1994, 309; *el mismo*, Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana, ADPCP 1996, 187; *Scoletta*, El principio de legalidad europeo, en: Díez-Picazo/Nieto, Los derechos fundamentales, 2010, 251; *Seelmann*, La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena, en: Robles Planas (ed.), Límites, 2013, 213; *Silva Sánchez*, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, 1992 (2.ª, 2010);

el mismo, Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes en blanco, RJCat 1 (1994), 87 (=EPC XVI —1993—, 424); *el mismo*, ¿Competencia indirecta de las comunidades autónomas en materia de Derecho penal?, LL 1993-3, 964; *el mismo*, Eficiencia y Derecho penal, ADPCP 1996, 93; *el mismo*, Las normas de complemento de las leyes penales en blanco pueden emanar de las comunidades autónomas, RPJ 52 (1998), 483; *el mismo*, La expansión del Derecho penal, 1999 (2.ª, 2001; 3.ª, 2011); *el mismo*, ¿*ex delicto*? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal, InDret 3/2001, 1; *el mismo*, Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica, RP 13 (2004), 138; *el mismo*, Constitución europea, legalidad y Derecho penal económico, en: Bajo Fernández (ed.), Constitución europea y Derecho penal económico, 2006, 253; *el mismo*, Efectos colaterales. Posibilidad y límites de las contradicciones entre sentencias penales, LH Vives Antón, II, 2009, 1793; *el mismo*, Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal, LH Suárez Montes, 2013, 715; *el mismo*, "The Marriage of The Regulatory Process and The Criminal Law" — Eine verfassungsrechtlich kritische Einführung, GS Vogel, 2016; *el mismo*, La voluntad popular como arma arrojadiza, LH Huerta Tocildo, 2020, 141; *el mismo*, ¿Democratización del Derecho penal?, LH Berdugo, II, 2022, 389; *el mismo*, El riesgo permitido en Derecho penal económico, 2022; *Sola Reche*, El principio de legalidad como garantía criminal, LH Mir Puig, 2017, 401; *Sotis*, Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente, 2007; *Sotomayor Acosta*, ¿El Derecho penal garantista en retirada?, RP 21 (2008), 148; *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998; *Stuntz*, The Pathological Politics of Criminal Law, Michigan L. R. 100 (2001), 505; *Tavares*, Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia, ADPCP 1987, 753; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; *el mismo*, Zeitliche Grenzen des Strafrechts, FS Peters, 1974, 193; *el mismo*, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991; *el mismo*, EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts, FS Roxin, 2001, 1401; *Tomás-Valiente*, La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil?, REDConst 34 (2014), 167; *la misma*, Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH, InDret 3/2016, 1; *Torre*, La «privatizzazione» delle fonti di diritto penale, 2014; *Trendelenburg*, Ultima ratio?, 2011; *Valentini*, Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea, 2012; *van Weezel*, La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 2011; *del Vecchio*, Sobre el fundamento de la justicia penal, 1947; *de Vicente Martínez*, El principio de legalidad penal, 2004; *Vidales Rodríguez*, La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales, 2001; *Viganò*, La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales, PolítCrim 9 (2014), 428; *B. Vogel*, Grenzen eines beweisfunktionalen Strafrechts, 2014; *J. Vogel*, Wertpapierhandel strafrecht — vorschein eines neuen strafrecht modells?, FS Jakobs, 2007; *Vormbaum*, Strafgesetze als Verfassungsgesetze, JZ 2018, 53; *Welzel*, Über den substantiellen Begriff des Strafrechts, FS Kohlrausch, 1944, 101; *Westen*, Two Rules of Legality in Criminal Law, L&Ph 2007, 229; *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 2000; *Yacobucci*, El dilema de la legalidad en el Derecho penal de los derechos humanos, en: Cancio/Gómez-Jara (eds.), Derecho penal del enemigo 2006, 2, 1073; *el mismo*, El sentido de los principios penales, 2014; *Zabel*, ¿Del hecho al conflicto? Sobre el cambio de función del Derecho penal de culpabilidad, InDret 1/2018, 1; *Zaccaria*, L'analogia come ragionamento giuridico, RIDPP 1989, 1535.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. EL SENTIDO DE LAS GARANTÍAS EN DERECHO PENAL

1.1. Generalidades

1 Las garantías del Estado de Derecho son reglas y principios jurídico-políticos que constituyen los criterios rectores de la legislación y de la aplicación judicial

de las leyes penales. Por lo tanto, únicamente su respeto en uno y otro ámbito permite afirmar que existe un ejercicio legítimo de la potestad punitiva del Estado —*ius puniendi*— y, en suma, Derecho penal —*ius poenale*—. Es común sostener que tales garantías son límites del poder punitivo del Estado. Sin embargo, esta caracterización deriva de dos precomprensiones —muy distintas entre sí— que ya no es posible mantener. La primera de ellas consiste en partir de que los derechos fundamentales son —solo— límites al poder del Estado. En ese marco, las garantías dan cuenta precisamente de la concepción del Derecho penal como una institución que frena el poder de intervención del Estado para proteger la esfera formal de libertades individuales.[1] Ahora bien, el último tercio del siglo XX dio lugar a la construcción de una teoría de los derechos fundamentales que los concibe, además, como cauces de la protección estatal de la libertad real. A su vez, esto condujo a entender que aquellos derechos generan deberes estatales —obligaciones positivas— de protección de cada persona frente a peligros naturales y riesgos procedentes de terceros.[2] En fin, el alcance del deber estatal de protección se extendió al Derecho penal. De este modo, la protección penal ha pasado a constituir una garantía individual más, incluso una especialmente importante. A su vez, esta puede entrar en colisión con algunas de las garantías clásicas, que pasan a verse como obstáculos a dicha protección.[3]

La segunda precomprensión ya es interna a la doctrina jurídico-penal y se 2
debe a la amplia difusión de las fundamentaciones preventivas del *ius puniendi*. En efecto, las nociones de hecho, legalidad, culpabilidad, proporcionalidad o lesividad, contempladas desde una fundamentación utilitarista-preventiva del castigo, se ven como límites externos de esta. Por eso, es frecuente presentarlas, sencillamente, como «límites del castigo».[4] Sin embargo, desde una perspectiva retributiva ello no puede admitirse. En efecto, algunos de esos principios y reglas se muestran ya como inherentes a la propia noción de retribución —por ejemplo, el de culpabilidad y el de proporcionalidad—. Ciertamente, tampoco lo son todos —por ejemplo, el principio de legalidad o cualquier concepción de la lesividad—. Ahora bien, lo anterior pone de relieve que las garantías no constituyen meros principios limitadores de una potestad punitiva fundamentada de otro modo. Por el contrario, son reglas y principios configuradores de la potestad punitiva como tal. Ello es así incluso si se parte de una perspectiva preventiva, puesto que esta no genera legitimación por sí sola.[5] Desde luego, a esto último cabe replicar que todo lo que limita fundamenta. Sin embargo, ello no obsta a hacer expreso hincapié en

---

[1] *Naucke* (2015), 1 ss., 27 ss.

[2] *Isensee* (2014), 41 ss., 51 ss.

[3] Crítico, *Naucke* (2015), 20.

[4] *Husak* (2013); *Ashworth/ Zedner/ Tomlin* -eds.- (2013); *Robles Planas* -ed.- (2013); *Dyson/ B. Vogel*, (2018).

[5] *Alcácer Guirao*, ADPCP 1998, 510 ss.; *el mismo*, Doxa 25 (2002), 139 ss.; *Silva Sánchez* (2010), 303 ss., 581-583.

que las garantías tienen un carácter constitutivo de la potestad punitiva del Estado como tal.[6]

1.2. El rango de las garantías

1.2.1. Las garantías constitucionales, convencionales y legales

3 Las garantías se contienen en enunciados que adoptan una forma prescriptiva —de deber ser—. De este modo establecen un baremo para medir la corrección tanto de la creación de las leyes como de su aplicación judicial. Algunos de esos enunciados ostentan un rango supralegal —constitucional o convencional— e incluso son expresión de derechos fundamentales. Esto último implica que existe una institución —el Tribunal Constitucional u órganos con funciones similares— que tiene por objeto la comprobación de si las garantías en cuestión son respetadas por los legisladores y por los jueces. A esta propiedad en concreto se refiere la afirmación de que algunas de estas garantías son «justiciables». En efecto, cuando el respeto de una garantía es justiciable, la ley o la sentencia que la vulnere puede ser declarada nula por el correspondiente órgano de control constitucional. En algunos casos, aunque no se anule la ley, ese órgano establece cómo debe ser interpretada para que su aplicación por los jueces no menoscabe la Constitución. Esto último tiene lugar mediante sentencias interpretativas que pretenden cumplir con el «principio de conservación de los preceptos», al tiempo que establecen cuál es su «interpretación conforme» (con la Constitución). Como se puede advertir, se trata de evitar lagunas, no anulando preceptos legales salvo que ello resulte imprescindible.[7] Ciertamente, este proceder se halla sometido a crítica.[8] Así, un sector de la doctrina considera que la figura de la «interpretación conforme» conlleva una ilegítima asunción de potestades legislativas por parte de los tribunales constitucionales. Sin embargo, lo cierto es que constituye una prudente solución intermedia, que evita males mayores (*cfr. infra* capítulo 6/79). Además, en el caso español, esa posibilidad le es atribuida al Tribunal Constitucional, y a los demás tribunales, por la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 5.1. LOPJ).[9]

4 Dejando al margen las que ostentan rango constitucional, deben distinguirse tres bloques adicionales de garantías. Un primer grupo de ellas está integrado por las que tienen un rango supranacional. Estas son las reconocidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (del Consejo de Europa)[10] o en la

---

[6] *Peralta*, InDret 2/2008, 23 ss.; *Ortiz de Urbina* (2017), 430.

[7] *Kuhlen* (2012).

[8] *Alcácer Guirao* (2010), 15 ss.; *Lascuraín Sánchez*, InDret 3/2012, 1 ss.; *el mismo* (2016), 351 ss.

[9] «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

[10] En Iberoamérica, el Pacto Interamericano de Derechos Humanos (Pacto de Costa Rica).

Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (que, junto con el Tratado Constitucional, conforma la Constitución de la Unión Europea). En este marco, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[11] y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea proporcionan, respectivamente, cobertura institucional a las garantías derivadas de cada convenio. Por lo tanto, también estos órganos pueden declarar la nulidad de las sentencias o de las leyes que contravengan los tratados, así como corregir aquellas sentencias estipulando una «interpretación conforme» al correspondiente tratado. Un segundo grupo de garantías es el de aquellas que ostentan rango legal, de modo que en España se contienen básicamente en el Código penal. Estas, a su vez, son justiciables a través de la jurisdicción penal ordinaria. En fin, un tercer grupo de garantías se formula recurriendo a principios que carecen tanto de rango convencional, como constitucional e incluso legal.[12]

1.2.2. El problema de las garantías «doctrinales»

Las garantías doctrinales son principios extralegales que establecen criterios 5
de racionalidad práctica, es decir, de justicia, utilidad o seguridad jurídica. Por tanto, los enunciados que los contienen proporcionan criterios de corrección de las leyes penales y de su aplicación. Sin embargo, situados por debajo del plano constitucional y fuera del marco legal, no está claro qué es lo que les proporciona la naturaleza de enunciados de deber ser. En realidad, no son prescripciones en sentido estricto. Más bien se trata de enunciados valorativos que, como tales, tienen una cierta —pero limitada— vocación prescriptiva. Además, su emisor fundamental es la comunidad académica del Derecho penal —la doctrina—. Por tanto, no poseen otra fuerza vinculante que la de los argumentos racionales que se esgrimen para sostenerlos y, en su caso, el acuerdo que estos argumentos hayan alcanzado en la propia comunidad doctrinal y entre los legisladores y jueces. La autoridad epistémica de la doctrina en relación con las valoraciones es objeto de controversia en el propio mundo académico, como reflejo de un debate más amplio que tiene serias implicaciones filosóficas (*cfr. infra* capítulo 7/99).[13] Ahora bien, en la realidad jurisdiccional este consenso da lugar a lo que se conoce como «doctrina dominante», a la que se apela con frecuencia por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como por los tribunales inferiores.

Es pacífica la existencia, significado y alcance de algunos principios perte- 6
necientes a este grupo. Así pues, a partir de la consideración de su dimensión valorativa, cabe llevar a cabo una crítica tanto de la legislación vigente como de su aplicación por los tribunales. En este sentido, se afirma en ocasiones que una ley o su interpretación judicial «vulneran» una garantía —o un principio

[11] En Iberoamérica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

[12] *Trendelenburg* (2011), 119 ss.

[13] *Silva Sánchez*, LH Berdugo, II, 2022, 389 ss.

limitador— sin rango constitucional ni legal. Con una manifestación así se pretende esgrimir una razón que, en primer lugar, se orienta hacia la futura reforma de las leyes. Ello significa que son básicamente postulados de dogmática *de lege ferenda*, dirigidos a influir sobre el legislador, que decidirá si los acepta o no. Sin embargo, como se ha señalado, tales enunciados de garantía pretenden desempeñar además una función dogmática *de lege lata*, es decir, relativa a la aplicación de las leyes por parte de los jueces.

7 Si el consenso es amplio, cabe que la concepción doctrinal acerca del alcance de una garantía ejerza influencia sobre la aplicación judicial de un determinado tipo de delito o regla legal. Ciertamente, tal influjo es de pura *auctoritas* —autoridad epistémica— y no deriva de *potestas* alguna. En esa medida, si aceptan la tesis doctrinal, los tribunales llevarán a cabo una interpretación de la regla legal de que se trate conforme a la garantía correspondiente. En realidad, eso es lo que hacen constantemente cuando aplican las leyes conforme a la teoría del delito. Ahora bien, dada la inexistencia de una vinculación institucional, la desatención de una garantía de rango no constitucional ni legal por parte de los órganos judiciales carece de todo efecto práctico que trascienda a la posibilidad de sufrir una crítica doctrinal.

8 Es preciso aceptar que la interpretación genéricamente orientada a las garantías —o a una de ellas—, que se denomina con frecuencia «argumentación político-criminal directa», genera espacios de inseguridad. En primer lugar, porque los diferentes tribunales pueden discrepar sobre la procedencia de servirse del correspondiente principio limitador para proceder a una interpretación restrictiva de la ley. Una manifestación muy clara de esto son las divergencias sobre la aceptación o no de la interpretación de los tipos de delito conforme a los principios de «subsidiariedad», de «exclusiva protección de bienes jurídicos», de «intervención mínima», o de «*ultima ratio*». En segundo lugar, porque, aun cuando concuerden en proceder a esta interpretación, cabe que se produzcan diferencias entre ellos a propósito de sus consecuencias concretas sobre la delimitación del alcance de un tipo o de otra regla legal. Por tanto, la pretensión de que las garantías de naturaleza exclusivamente doctrinal influyan sobre la aplicación judicial de la *lex lata* requiere un mayor esfuerzo por parte de la comunidad académica. De entrada, exige que sea la doctrina la que realice la integración de la correspondiente garantía en la interpretación de un tipo o de una regla legal determinados. A continuación, que la propia doctrina, a partir de ahí, ofrezca a la jurisprudencia una propuesta interpretativa elaborada de modo concreto. Ello es lo que tiene lugar en el marco de la denominada interpretación teleológica (*cfr. infra* capítulo 6/86).

1.3. El fundamento de la intensidad de las garantías en el Derecho penal

9 Las garantías del Derecho penal son, por un lado, cualificadas con respecto a las que existen en los demás sectores del ordenamiento jurídico. Por otro lado, se afirma que son —y que tienen que ser— comunes a todo el Derecho

penal. Entonces, cabe preguntarse por qué razón se da en el Derecho penal un sistema de garantías con esa doble peculiaridad. Pues bien, a esa pregunta cabe responder alternativamente que ello se debe: (i) a que en él se imponen penas privativas de libertad; (ii) a que se imponen penas —de la clase que estas sean— a personas físicas que quedan estigmatizadas y, por tanto, afectadas en su dignidad personal; (iii) a que se imponen penas, sin más. Así, la primera respuesta debería conducir a admitir la posibilidad de que, allí donde no se imponen penas privativas de libertad, pudiera cuestionarse la rigidez de las garantías.[14] Por su parte, la segunda respuesta debe conducir a sostener la posibilidad de que el sistema de responsabilidad de las personas jurídicas tenga un nivel inferior de garantías. La tercera, en fin, debe conducir a justificar qué es lo propio de toda pena. Esto la distinguiría, incluso en el caso límite de su imposición a una persona jurídica, con respecto a una sanción administrativa impuesta a esa misma entidad.

10 Al respecto, como se ha indicado, la única solución razonable es admitir que no hay nada monolítico que distinga a todo el Derecho penal —en su estado actual— del resto del ordenamiento jurídico. Por el contrario, existe una gradualidad interna en el propio sistema del Derecho penal, de modo que se da una estrecha conexión entre el Derecho penal de los *mala quia prohibita* y el Derecho administrativo sancionador. A su vez, esta vinculación es mucho más estrecha que la relación existente, a su vez, entre el Derecho penal del núcleo de los delitos *mala in se* y el de los *mala quia prohibita* (*cfr. supra* capítulos 1/64; 2/87; 3/97). Por eso es razonable afirmar que pueden existir grados en cuanto a las garantías y que cabe que estos guarden relación con la gravedad de las sanciones imponibles al agente.[15] En cualquier caso, sobre este punto no reina claridad alguna. En parte, ello se debe a razones históricas, muy visibles en el contexto español. En efecto, en el último tercio del siglo XX una relevante posición iuspublicista sostuvo que todo el Derecho sancionador —penal y administrativo— era expresión del poder punitivo del Estado, de modo que debía contar sustancialmente con las mismas garantías. Sin embargo, ello no reparaba en las diferencias sustanciales existentes entre la sanción penal y la administrativa. Mucho menos, en la especial connotación de la pena de prisión. Desde la perspectiva actual, aquella posición debe considerarse superada.

11 En relación con las garantías del Derecho penal, existe desde hace décadas la expresión «garantismo». Con ella se designa un modelo doctrinal de Derecho fundado sobre la rígida subordinación de todos los poderes a la ley, y de esta al respeto de los derechos fundamentales.[16] Por tanto, el garantismo es una doctrina contramayoritaria que sitúa los derechos fundamentales por encima de la legitimación democrática propia de las leyes. Una cuestión

---

[14] *Silva Sánchez* (1999), 121 ss.

[15] *Cid Moliné*, RAP 140 (1996), 131 ss.; *Silva Sánchez* (1999), 124 ss.

[16] *Ferrajoli* (1995); *el mismo* (2008), 199.

debatida es en qué medida ello aboca necesariamente a la acogida de la tesis del Derecho penal mínimo. Este se presenta como un modelo doctrinal de Derecho orientado a una reconstrucción racional del sistema penal, procesal y penitenciario, dirigida a la minimización de la violencia.[17] En todo caso, las diversas variantes del garantismo se han encontrado en tensión constante con la evolución expansiva de la legislación penal en las últimas décadas. Así, en un contexto inicialmente asociado al garantismo, surgió el neoconstitucionalismo. Este último es un movimiento de activismo judicial, que se da significativamente en las naciones iberoamericanas con sistemas de control de constitucionalidad difuso. Pues bien, de entrada, parece que una orientación (neo-)constitucionalista debería tener un signo de limitación del castigo. Sin embargo, lo cierto es que aquella ha mostrado asimismo una clara dimensión punitivista. En efecto, esta vertiente se ha manifestado en el marco de los delitos contra los derechos humanos, con el argumento de la protección de los derechos de las víctimas (*cfr. infra* capítulo 5/97).

2. LAS GARANTÍAS FORMALES Y MATERIALES

12 Las garantías jurídico-penales pueden ser sustantivas o procesales. A su vez, cabe que las primeras sean de naturaleza formal o material. Como ya se ha indicado, las garantías formales —que se manifiestan en las diversas dimensiones del derecho fundamental a la legalidad— expresan por un lado la llamada moralidad interna del Derecho penal. Por otro, dan cuenta de la pretensión de legitimación política democrática de la acción punitiva del Estado. A su vez, las garantías materiales obtienen un reconocimiento constitucional más o menos directo. Sin embargo, en última instancia se asientan en la dignidad natural e inviolable del ser humano. Así, el art. 10.1 CE señala que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». Como el propio texto constitucional advierte, la dignidad humana tiene un fundamento trascendente al que le pueda proporcionar cualquier orden positivo.[18] De lo contrario, ella, a su vez, no podría ser el «fundamento del orden político y de la paz social» sin caer en circularidad. Por lo tanto, la dignidad no es el resultado de un consenso político, ni de una construcción social, ni tampoco la expresión de un valor cultural.[19] Más allá de todo esto, constituye una cualidad ontológica —metafísica— del ser humano.[20] Esta da cuenta de su condición

---

[17] *Ferrajoli* (2008), 195, 252, 253. Ya, *el mismo*, Poder y Control 0 (1986), 1 ss.; *Baratta* (1988), 513 ss.; *Sotomayor Acosta*, RP 21 (2008), 148 ss.

[18] *Sánchez-Ostiz* (2012).

[19] Distintos, *Tomás-Valiente*, REDConst 34 (2014), 167 ss.; *Lascuraín Sánchez* (2021), 30, representativos de la doctrina mayoritaria.

[20] Como se ha indicado, esto presupone la existencia de un vínculo metafísico entre la condición del «ser humano», el «tener sentido» y el «ostentar valor». A su vez, pone de relieve que el

de *imago Dei,* que se halla en la base de las nociones de Estado de Derecho, de Constitución y de ciudadanía. Si no se reconoce esa cualidad metafísica, la atribución de dignidad a los seres humanos y solo a ellos podría ser calificada como la expresión de un mero «especiesismo» (*cfr. infra* capítulo 23/36). Algo que, en el estado actual de la discusión, conduciría a su aniquilación como fundamento del orden político.

Como se ha anticipado, las garantías pueden contemplarse desde dos puntos de vista, en función de que se integren en una concepción que base la legitimidad del castigo en el merecimiento del sujeto, o bien en la necesidad preventiva. Así, desde la primera perspectiva constituyen, por un lado, vías de concreción de la pena merecida; pero, además, establecen límites adicionales al castigo. En cambio, desde la segunda perspectiva, las garantías materiales conforman exclusivamente límites externos a una fundamentación preventiva del castigo como práctica institucionalizada, en cuya virtud se establecen criterios para su asignación concreta.[21] Pues bien, como se ha señalado, aquí se parte de que el castigo estatal se legitima de entrada con base en el merecimiento del agente. Sin embargo, esta, que es una legitimación moral frente a la persona sobre la que recae, resulta insuficiente. Además, es necesaria una legitimación adicional que afecta al Estado, en tanto que agente punitivo, y tiene una naturaleza político-distributiva. Ciertamente esta segunda vía de legitimación no puede sostener la imposición de una pena no merecida, pero sí cabe que conduzca a la no imposición de una pena merecida o a la reducción del alcance de esta. De conformidad con tal perspectiva, las garantías generalmente admitidas se asignan aquí a la concreción del merecimiento del sujeto —básicamente, las relacionadas con los principios de culpabilidad y de humanidad— o bien al reconocimiento de límites adicionales del castigo —principios de legalidad, de proporcionalidad (en el sentido de subsidiariedad) y de resocialización—. Estos tienen que ver con consideraciones distributivas —derivadas a su vez de los principios de equidad, de utilidad o de oportunidad—, o con otros criterios limitadores relativos al programa político de un Estado que se autocomprenda al servicio de las personas. 13

En nuestros días es posible constatar la existencia de tensiones internas en el sistema de garantías. En efecto, hace tres décadas cabía afirmar que tales conflictos se producían realmente entre las respectivas lógicas de la prevención y de las garantías.[22] De hecho, esa tensión irresuelta ha sido siempre un factor dinamizador de la discusión sobre la legitimación del Derecho penal. Sin embargo, como se ha indicado, el principio de protección a través del Derecho penal ha sido reconstruido como garantía de las víctimas y de la 14

«desencantamiento» del mundo que propone el autodenominado «pensamiento postmetafísico» es sencillamente un reduccionismo. Un reduccionismo de toda la realidad y, en particular, de la realidad del ser humano.

[21] *Rawls,* The Philosophical Review 64 (1955), 3 ss.; *Hart,* Proceedings of the Aristotelian Society 60 (1959-1960), 1 ss. En la terminología difundida por Nozick: «*side-constraints*».

[22] *Silva Sánchez* (2.ª, 2010), 445 ss., 579.

sociedad en su conjunto. De este modo, tal principio, que tiene una dimensión preventiva y otra procesal-represiva, se ha configurado como un deber —de protección positiva— del Estado con rango constitucional y convencional.[23] Ello ha conducido a que el conflicto se haya reconfigurado como una colisión interna al sistema de «garantías».

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL FORMAL

1. INTRODUCCIÓN

1.1. El contenido de la legalidad

1.1.1. Generalidades

15 El art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el art. 49.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, así como el art. 25.1 de la Constitución española establecen el derecho fundamental a la legalidad. Sin embargo, no lo hacen con el alcance que la doctrina suele atribuir al clásico principio de legalidad. En efecto, a partir de la modificación de una formulación de Feuerbach —*nullum crimen, nulla poena sine lege*—, la doctrina actual afirma que el contenido de la garantía representada por el principio de legalidad es el siguiente: *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenale certa, scripta et stricta.*[24] Es decir, sostiene que no es legítimo definir un delito o prever una pena sin una ley penal previa, taxativa, escrita y no aplicada analógicamente. Es más, añade que las exigencias de la legalidad no tienen solo ese alcance —comprensivo de las conocidas como garantía criminal y garantía penal— sino que se extienden a las denominadas garantía jurisdiccional y de ejecución. Es decir, a la regulación del proceso penal y de la ejecución de las penas.

16 En cambio, el derecho fundamental a la legalidad, tal y como lo entienden los tribunales constitucionales y supranacionales, es en parte más limitado y, en parte, más amplio. Así, por un lado, el art. 25.1 CE se limita a declarar que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». En cambio, por otro lado, la práctica de los tribunales constitucionales ha incluido en el derecho fundamental a la legalidad varias garantías ajenas al principio clásico. Por ejemplo, el principio *non bis in idem*, que en realidad guarda relación con el proceso debido, por un lado, y con el principio de proporcionalidad, por el otro (*cfr. infra* capítulo 5/27). Además, ha integrado en aquel derecho la exigencia de que el juez, en la aplicación de la ley, no solo respete el tenor literal de su texto, sino también los valores constitucionales, así como las reglas

[23] *Kaspar* (2014), 73-74; *Viganò*, PolítCrim 9 (2014), 428; *Tomás-Valiente*, InDret 3/2016, 1 ss.

[24] *Schünemann* (1978), 8.

y principios del método jurídico. Como se advierte, estos criterios tienen que ver con una constitucionalización del método de la aplicación judicial de las leyes, que la concibe alejada del mero legalismo.[25]

Con todo, la gestión del derecho fundamental a la legalidad por parte de los tribunales constitucionales no ha impedido que se promulguen leyes no taxativas. Además, estos tribunales, al igual que los supranacionales, han avalado el recurso a la costumbre y a los principios generales, esto es, a disposiciones no escritas, como fundamento del castigo. Esto último responde a dos razones. Por un lado, a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido que armonizar la cultura continental europea con la británica, basada tradicionalmente en el precedente judicial. De este modo, su jurisprudencia ha optado por reconstruir la legalidad en clave de «juridicidad».[26] Ahora bien, por otro lado, también se debe a que los tribunales de muchos países han tenido que enjuiciar delitos contra los derechos humanos. Esto los ha conducido a tener que asumir ciertas limitaciones de la legalidad estricta, de modo que ha ido adquiriendo carta de naturaleza —incluso constitucional— un concepto como el «legalidad flexible» o líquida.[27] 17

1.1.2. La legalidad como emanación de la separación de poderes. Matizaciones

El derecho fundamental a la legalidad es concebido básicamente como un derecho político, cuyo fundamento se encuentra en la separación de poderes.[28] Así, pretende garantizar que la obtención del Derecho por parte de los jueces y su aplicación al caso tengan lugar en el marco fijado por el poder legislativo, depositario directo de la voluntad popular. En el caso de la jurisdicción penal, este vínculo es aún más intenso, pues se trata de que el ejercicio del monopolio estatal del castigo sea delimitado por el poder legislativo. Sin embargo, esta manifestación general tiene que matizarse. En primer lugar, la noción de separación de poderes tiene que complementarse con la de «interpenetración de funciones». En efecto, la ley procede del poder legislativo, pero solo se puede concretar para su aplicación mediante la actividad cooperadora de los otros dos poderes. Así, en las leyes existen múltiples remisiones normativas, que requieren su integración con disposiciones del poder ejecutivo y de la administración pública. En cuanto a la cooperación de los órganos del poder judicial, esta se necesita siempre.[29] En efecto, recurriendo a la terminología 18

[25] *Silva Sánchez*, GS Vogel, 2016, 421; *Correcher Mira* (2018), 131 ss.

[26] *Gil Gil*, ADPCP 2010, 144-145; *Perrone* (2019), 41 ss. Esta es la idea que subyace a la expresión inglesa «*rule of law*».

[27] Así, el art. 2 CP colombiano: «Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código».

[28] *Ransiek* (1989), 44, 55; *Silva Sánchez* (1992), 252-253; *García Pérez*, InDret 4/2018, 8; *Montiel Fernández* (2020), 23 ss.

[29] *Ossandón Widow* (2009), 29.

de la teoría de los sistemas sociales, la legalidad aparece enclavada en el punto de acoplamiento estructural o interpenetración del sistema político —al que pertenecen las leyes— y el sistema jurídico —integrado por las decisiones de los tribunales—.[30]

19 A lo anterior debe añadirse que la fundamentación del principio de legalidad con base exclusiva en la separación de poderes es reduccionista. En efecto, por un lado, pierde de vista que aquel principio también vincula al propio poder legislativo. Este tiene que cumplirlo no aprobando leyes oscuras, ni retroactivamente desfavorables.[31] Además, por otro lado, tampoco considera que, incluso en regímenes sin una clara separación de poderes, la legalidad proporciona una importante garantía de racionalidad. Ciertamente, lo común es caracterizar esta dimensión del principio de legalidad como garantía técnica o de seguridad jurídica.[32] Sin embargo, también se ha aludido a ella como un aspecto de la moralidad inherente a lo jurídico. En este contexto se enmarca la doctrina tradicional de que la ley penal constituye la carta de derechos —*Magna Charta*— del delincuente.[33] De este modo, la exigencia de expresión legal de las conductas punibles, así como de las reacciones que se pueden adoptar contra ellas, integra una determinada idea de lo justo, entendido en el sentido de la limpieza de las reglas del juego.

1.1.3. La naturaleza de las diversas garantías del principio de legalidad

20 Es común afirmar que no todas las garantías del principio de legalidad manifiestan la misma naturaleza deóntica.[34] Así, las garantías de taxatividad y de interpretación estricta tendrían la naturaleza de principios, esto es, de mandatos de optimización que, no obstante, pueden ceder en el marco de su colisión con otros principios. En cambio, las garantías de ley escrita y de irretroactividad constituirían reglas. Pues bien, resulta dudoso que la evolución de las últimas décadas permita sostener esto último. Como se ha indicado, el impacto del Derecho penal internacional ha introducido en el Derecho penal estatal algunas excepciones. Por ejemplo, ha dado pie al castigo de conductas no punibles según la legislación nacional, con base en el *ius cogens* y en la costumbre internacional.[35] Asimismo, ha sentado la posibilidad de aplicación retroactiva de leyes desfavorables posteriores, porque las leyes favorables anteriores se consideraban lesivas de principios generales de las naciones civilizadas.[36] En definitiva, parece que todas las garantías del principio de legalidad están expuestas a experimentar fricciones en su con-

---

[30] *Piña Rochefort* (2005), 312 ss.

[31] *Kuhlen*, FS Otto, 2007, 92; *el mismo* (2021), 140 ss.

[32] *Silva Sánchez* (1992), 252 ss.; *Köhler*, AT, 1997, 73.

[33] *Köhler*, AT, 1997, 76.

[34] *Lascuraín Sánchez* (2021), 32 ss.

[35] *Satzger*, RP 21 (2008), 139 ss.

[36] *Renzikowski*, FS Krey, 2010, 407 ss.

tacto con otros principios, en particular con el ya mencionado principio de protección de bienes jurídicos fundamentales. Esto determina que algunas de ellas cedan terreno.

1.2. La legalidad y la previsibilidad de las interpretaciones

1.2.1. Planteamiento

Existe discusión sobre si la legalidad, y en particular la tipicidad, encuentran su fundamento material último en razones de prevención de delitos. Ciertamente, este debate trae causa de una doctrina histórica favorable a tal vinculación.[37] Sin embargo, el principio de legalidad no se relaciona con ninguna teoría de la pena en concreto.[38] Ciertamente, la dinámica del principio de legalidad plantea la duda de si es prioritaria la relación que las leyes tienen con los ciudadanos o, por el contrario, la que establecen con los órganos judiciales. En el contexto de la primera relación, el principio de legalidad muestra una imagen prospectiva. Esta es, en concreto, la de fijar con claridad cuáles son los espacios de libertad jurídicamente garantizada y cuáles no, antes de que el ciudadano decida si actúa. Desde la segunda perspectiva, en cambio, la ley aparece como el marco que circunscribe la actividad judicial retrospectiva. Para alcanzar una conclusión en este punto es útil examinar el sistema jurídico angloamericano.[39] En este, el modelo clásico de Derecho penal ha venido siendo el de creación judicial,[40] en cuyo marco el equivalente funcional de la legalidad es el principio de *stare decisis*[41] —la vinculación de las resoluciones judiciales por los precedentes—.[42] Pues bien, si se observan conjuntamente ambos modelos, como ha tenido que hacer el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,[43] se advierte que el principio de legalidad constituye ante todo una garantía consistente en fijar el marco en el que se tiene que mover la actividad jurisdiccional penal *ex post*. 21

La función de la legalidad es producir una interacción entre el poder legislativo y el judicial que redunde en interpretaciones judiciales legítimas —previsibles y estables—.[44] Por lo tanto, la función prospectiva de las leyes es indirecta. En efecto, contribuye a hacer previsibles las sentencias judiciales y, solo de este modo, las consecuencias jurídico-penales de las decisiones delictivas. Ahora bien, en este contexto, la comunicación entre el legislador y el órgano judicial 22

---

[37] *Feuerbach*, Lehrbuch, 2.ª, 1803, §§ 14, 19, 20.

[38] *Grünwald* (1975), 239. Sin embargo, *Schünemann* (1978), 16-17.

[39] *Correcher Mira* (2018).

[40] En el original inglés, «*judge-made-law*» o «*common law*».

[41] El principio completo reza: «*stare decisis et quieta non movere*». Es decir, «atenerse a lo decidido y no mover lo que ya está tranquilo».

[42] *Grandi* (1997), 129 ss.

[43] SSTEDH de 26 de abril de 1979 (Sunday Times c. Reino Unido); de 22 de noviembre de 1995 (S.W. c. Reino Unido); de 17 de septiembre de 2009 (Scoppola c. Italia).

[44] *Scoletta* (2010), 258; *Perrone* (2019), 205 ss.

pasa a desempeñar el papel decisivo.[45] Así pues, la garantía real para el acusado —y para el hipotético acusador, en su caso— viene dada por el hecho de que el debate entre la acusación, la defensa y el juez tenga lugar en el marco sustantivo y procesal establecido por la ley.[46] Entonces, puede advertirse que se proyecta en una discusión entre juristas de la que el ciudadano solo es un tercero eventualmente beneficiado, sin participar directamente en ella.

23 Esta misma idea puede explicarse desde la lógica de la teoría de las normas. El principio de legalidad rige las leyes, de las que se derivan en primera instancia las normas de sanción.[47] En cambio, no se refiere a la función de dirección propia de las normas de conducta, a las que se asigna un efecto de protección de bienes. Así pues, el ciudadano no tiene que conocer la ley, sino solo la norma de conducta. Por la misma razón, tampoco es correcto vincular la garantía de legalidad con el principio de culpabilidad. En efecto, la exigencia de anunciar con antelación a su comisión los hechos que son constitutivos de delito y las reglas de imputación de responsabilidad otorga ciertamente una posibilidad teórica —y una razón más— para evitarlos. Así pues, es cierto que la incriminación de un hecho, al reforzar la norma de conducta con la amenaza de pena, produce un efecto preventivo, cuyo concreto alcance puede variar. Sin embargo, el cumplimiento de las normas de conducta no deriva esencialmente de que el agente, en el momento de obrar, tenga presente la precisa definición legal del delito con su específico marco penal. Por lo demás, las leyes no son conocidas de modo directo por los ciudadanos, sino solo a través de canales indirectos, como por ejemplo el proceso educativo, los medios de comunicación y las redes sociales. A su vez, estos canales son ampliamente imprecisos. En realidad, un ciudadano carente de apoyo técnico-jurídico no puede llegar a conocer el sentido y el alcance de la mayor parte de las leyes —o sentencias judiciales, en el caso angloamericano—.

1.2.2. La jurisprudencia como fuente

1.2.2.1. Del legalismo a la juridicidad

24 Todo lo anterior permite afirmar que el principio de legalidad se ha ido reconfigurando, dando lugar al principio ya mencionado, y más complejo, de la «juridicidad».[48] En efecto, la juridicidad de una ley penal —su contenido de garantía— no depende solo de que sea democrática, sino también de que se halle en conformidad con la constitución nacional, los tratados de la Unión Europea, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, otros tratados internacionales y los principios generales de las naciones civilizadas. Ahora bien,

---

[45] *Binding*, ZStW 1 (1881), 15.

[46] *Peralta*, InDret 2/2008, 23 ss.

[47] *Rostalski*, RphZ 2018, 159 ss., 162, 166.

[48] *Gama de Magalhães Gomes* (2008), 40 ss.; *Gil Gil*, ADPCP 2010, 131 ss.; *Navarro-Dolmestch* (2022), 315 ss., 320-321, 329 ss.: «*nullum crimen sine iure*».

esto obliga precisamente a subrayar la importancia de la aplicación judicial de las leyes, en la que tiene que dilucidarse precisamente si se da la mencionada conformidad.[49] Así pues, la concepción actual de la legalidad penal tiene que diferir necesariamente de la que sostuvo el legalismo ideológico del siglo XIX. De entrada, el Estado de leyes y el Estado constitucional —y convencional— de Derecho muestran una estructura radicalmente diferente. Ciertamente, en aquel era decisivo el papel de los órganos de casación —los tribunales supremos entendidos como protectores de la ley—. En cambio, en este lo son los tribunales supremos, constitucionales y supranacionales —protectores de la ley, pero también de los textos supralegales frente a aquella—.

25 La legalidad, tal y como la entienden estos últimos órganos, tiene un significado distinto que, en particular, no se opone de modo frontal a los complementos jurisprudenciales de las leyes.[50] Como se ha indicado, en el caso del TEDH, la difusión de esta posición puede haberse debido a la necesidad de armonizar las tradiciones jurídicas continental y angloamericana. Sin embargo, trasciende a ella. En efecto, dicho tribunal parte de la constatación de que, precisamente por el principio de generalidad de las leyes, su texto no puede presentar una precisión absoluta. Además, asume que numerosas leyes se sirven de términos vagos con el fin de evitar una rigidez excesiva y de poder adaptarse a los cambios de situación.[51] Por ello, entiende que la misión de los tribunales es disipar las dudas que pueden surgir en cuanto al alcance de las leyes. Así las cosas, concluye que la exigencia de determinación legal se cumple cuando el ciudadano, a partir del texto legal y, en su caso, de la interpretación dada por los tribunales, puede conocer razonablemente el ámbito de lo punible.[52]

1.2.2.2. La pluralidad de interpretaciones judiciales

26 El problema de la contribución de los órganos judiciales a la legalidad es que no existe «un juez», sino una pluralidad de personas y órganos, que pueden sostener interpretaciones distintas de un mismo texto. En efecto, todo enunciado legal admite diversas interpretaciones y el Tribunal Constitucional reduce su control a evitar que se den interpretaciones racionalmente imprevisibles. En concreto, el Tribunal Constitucional español considera que, además de constatar el respeto al tenor literal posible de la ley, su misión alcanza (i) a verificar si la interpretación realizada por el órgano judicial era una de las posibles en atención a los valores de la Constitución; y (ii) a supervisar externamente que tal interpretación responde a ciertas reglas mínimas de lógica y argumentación jurídica. En definitiva, se trata de poder afirmar que la decisión

---

[49] *Donini* (2012), 180 ss.; *el mismo*, InDret 2/2018, 1 ss.

[50] Crítico, *Montiel Fernández* (2020), 27. A favor, *Gama de Magalhães Gomes* (2008), 73 ss.; *García Pérez*, InDret 4/2018, 25.

[51] STEDH de 10 de octubre de 2006 (Pessino c. Francia).

[52] SSTEDH de 15 de noviembre de 1996 (Cantoni c. Francia); de 29 de marzo de 2006 (Achour c. Francia).

judicial era un fruto previsible del texto legal.[53] Ahora bien, la reconfiguración de la legalidad como previsibilidad de las interpretaciones plantea el problema de que con ello se produzca una subjetivización de la garantía.[54] En efecto, puede dar lugar a su relativización, de modo que un mismo texto pueda reputarse taxativo o no en función de qué destinatario potencial se tome como referencia. En tal caso, se difumina la dimensión política del principio y se pone en cuestión su naturaleza de límite del poder del Estado. Por lo tanto, y para evitarlo, la previsibilidad de la aplicación judicial del Derecho penal debe entenderse en sentido intersubjetivo.[55] Con todo, ello no se opone a la adopción de un baremo exigente, como el que establece un deber de solicitar asesoramiento experto.[56]

27 En suma, se puede establecer una relación entre las nociones de legalidad y de comunidad interpretativa. Desde esta perspectiva, una ley es taxativa cuando la comunidad de destinatarios alcanza un consenso básico en relación con su significado. En cambio, no lo es cuando provoca desacuerdos importantes en el seno de aquella. Adicionalmente, esto pone de relieve que la taxatividad de la ley y el error de prohibición, aunque se mueven en marcos categoriales distintos, operan en una misma línea en términos pragmáticos. En efecto, cuando las divergencias sobre el alcance de la norma de conducta subyacente a una ley se hallan muy extendidas, cabe afirmar que se produce una vulneración del principio de legalidad o bien alguna otra patología del aparato estatal —invasiones de competencias, vulneraciones de la jerarquía normativa—. Cuestión distinta es que la institución a través de la cual puedan abordarse de forma más eficiente tales vulneraciones sea el error de prohibición. En tal caso, este debe considerarse objetivamente —intersubjetivamente— invencible (*cfr. infra* capítulo 25/79).

1.2.3. La repercusión de la teoría de las normas

28 Las normas de conducta (*cfr. supra* capítulo 1/32) preexisten a la actividad judicial en lo que se refiere al núcleo conceptual de los términos que luego son utilizados en la descripción de la conducta típica. Sin embargo, en lo relativo al campo conceptual de dichos términos, son vagas. Por lo tanto, su concreción depende de la actividad judicial aplicativa de los textos correspondientes. Ahora bien, esta actividad tiene lugar *ex post*, así que es preciso admitir que los contornos de las normas de conducta, de modo previo a la aplicación judicial de las leyes, son imprecisos. Esto significa que, en relación con tales fronteras, solo la actividad judicial va precisando el orden de conductas y creando progresivamente la seguridad jurídica. Con todo, está claro que, cuanto más

---

[53] SSTC 137/1997, de 21 de julio; 129/2008, de 27 de octubre; 34/2009, de 9 de febrero.

[54] SSTEDH de 28 de marzo de 1990 (Groppera Radio AG y otros c. Suiza); de 15 de noviembre de 1996 (Cantoni c. Francia).

[55] Similar, *Köhler*, AT, 1997, 87.

[56] SSTEDH de 13 de julio de 1995 (Tolstoy Miloslavsky c. Reino Unido); de 10 de octubre de 2006 (Pessino c. Francia).

vagos son los textos legales, más depende la concreción de las normas de la actividad judicial.

29 De modo general, conviene tener presente la existencia de un «sistema multinivel» de fuentes,[57] que a menudo se muestra como un laberinto para el propio juez.[58] En efecto, en un sistema legal integrado por disposiciones supranacionales, nacionales, autonómicas e incluso privadas se plantean múltiples problemas de competencia, de jerarquía y de vigencia, que deben ser resueltos antes de determinar la disposición aplicable. En un marco así, la concreción de las leyes, y la correspondiente fijación de los contornos de las normas de conducta, es compleja y requiere tiempo. De este modo, si bien la norma existe en términos ideales antes de la intervención del juez, sus fronteras solo son determinadas en virtud de la actuación de este. Antes de esa concreción, el perfil completo de la norma no se puede identificar. Entre tanto, es posible adoptar dos criterios opuestos de actuación. El primero es el de que en situaciones jurídicas inseguras rige el principio de libertad. Es decir, que si el sujeto decide obrar y resulta que vulnera el contenido de la norma, debe apreciarse un error de prohibición intersubjetivamente invencible. En cambio, el segundo es el de la doctrina del «hielo delgado», a saber, que en las zonas dudosas es necesario abstenerse de actuar (*cfr. infra* capítulo 25/20). Sin embargo, el problema de esta última es que con ella el Estado carga al destinatario con una parte de sus propios déficits de claridad, lo que no se compadece con un sistema de libertades.

2. LA GARANTÍA DE LA LEY ESTATAL

2.1. La estatalidad

2.1.1. La ley estatal y las fuentes infra-estatales

30 La potestad punitiva se halla especialmente vinculada a la soberanía del Estado. En efecto, como se ha indicado, es al Estado a quien le corresponde básicamente proteger a las personas, así como garantizar los derechos de quienes se encuentran en su territorio. Sin embargo, desde el punto de vista de las fuentes del Derecho penal, el principio de estatalidad de la legislación penal cuenta cada vez con más excepciones. Estas se proyectan tanto sobre el plano infra-estatal como en el supraestatal. En cuanto a lo primero, la competencia para dictar leyes penales puede corresponder al Estado o a los entes territoriales que lo integran, en función de cómo esté distribuida internamente la soberanía. Por ejemplo, en los Estados Unidos existen leyes penales de rango federal o de cada uno de los estados integrantes de la Unión.

31 En España, en cambio, la legislación penal es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6 CE). Esto significa que las comunidades autónomas no

[57] *Pérez Manzano/Lascuraín Sánchez* -eds.- (2016).

[58] *Manes* (2012).

pueden dictar leyes penales. Sin embargo, esto no cierra el capítulo de problemas de las fuentes infra-estatales del Derecho penal. En efecto, al menos es preciso considerar dos instituciones más. Por un lado, la relativa a la existencia de jurisdicciones culturales, propias de grupos minoritarios dentro del Estado, y en las que se aplican normas consuetudinarias. Como ya se ha indicado, en este punto deben distinguirse el caso de la jurisdicción cultural no aceptada formalmente por el Estado y el de aquélla que sí está jurídicamente reconocida.[59] Por otro lado, en este ámbito hay que tener en cuenta la incidencia de las fuentes de origen privado a las que, de modo cada vez más frecuente, remiten de modo directo o indirecto las leyes penales.[60]

2.1.2. Las fuentes supraestatales

32 En el plano supraestatal es preciso considerar las disposiciones del Derecho (penal) europeo y del Derecho penal internacional. A este último ya se ha hecho alguna referencia (*cfr. supra* capítulo 1/24). En todo caso, la relevancia de los tratados internacionales es fundamental porque, con independencia de si ostentan rango constitucional en cada país, en todo caso forman parte de su bloque de constitucionalidad. Aparte de esto, no puede obviarse el denominado *soft law* internacional —las recomendaciones de las organizaciones internacionales— cuyo papel es fundamentalmente político, pero que tiene una indudable incidencia en la conformación del Derecho penal de los Estados. En realidad, con el fin de imponer tales recomendaciones, los países son sometidos a inspecciones y controles que determinan que, en particular en múltiples cuestiones de Derecho penal económico, no pueda hablarse de soberanía más que en términos formales.

33 Por su parte, la integración europea ha tenido diversos efectos sobre el Derecho penal estatal, que pueden ubicarse en tres fases históricas. La primera de ellas estuvo marcada por el impacto despenalizador que tuvieron, sobre las legislaciones estatales, las libertades comunitarias relativas a la circulación de personas, capitales y mercancías. La segunda fase, en cambio, estuvo caracterizada por los mandatos europeos de criminalización, así como por las obligaciones de armonización, asimilación y protección de los intereses —no solo económico-financieros— de la Unión Europea. En el marco general de tales mandatos de criminalización deben inscribirse las obligaciones de incriminación en sentido estricto, así como las prohibiciones de exención de responsabilidad, que pueden entrar en colisión con ciertas garantías estata-

---

[59] Art. 9 del Convenio de la OIT n.º 169, de 27 de junio de 1989, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

[60] Un problema distinto es que la privatización del Derecho penal se manifieste también en la existencia de policías privadas, en ciertas propuestas de justicia restaurativa que pretenden canalizarla al margen del Estado y, en última instancia, en las prisiones privadas. En España existen centros juveniles privados, con base en el art. 45 L.O. 5/2000, de 12 de enero: *Dopico Gómez-Aller* (2011), 55 ss.; *Cardenal Montraveta* (2020), 327 ss.

les.[61] Una tercera fase histórica viene marcada por la vigencia de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

La incidencia del Derecho de la Unión Europea viene subrayada por los 34
principios de primacía y efecto directo que rigen la relación de sus disposiciones con las leyes nacionales. Además, este efecto directo no se circunscribe a los reglamentos, sino que alcanza a las directivas claras e incondicionales todavía no traspuestas por el Estado de que se trate, que pueden ser invocadas por los ciudadanos. De este modo, el Derecho penal europeizado se traduce en una especie de sistema de leyes en blanco inversas. En ellas la instancia europea, que ha determinado el núcleo de la prohibición —y la razón justificante de esta—, remite a los parlamentos nacionales la concreción de los detalles de la descripción típica y de la medida de sanción. En otras palabras, se trata de leyes nacionales condicionadas por la normativa europea.[62] Con frecuencia, esto se introduce como un cuerpo extraño en los sistemas penales nacionales, pues su objetivo básico de eliminación de «paraísos penales» es claramente punitivista. En efecto, la armonización tiene lugar sobre la base de la solución más sencilla, laxa y represiva, es decir, siguiendo el criterio del mínimo común denominador de las garantías.[63] Ello, a su vez, determina una profusión de problemas tanto de proporcionalidad como de taxatividad.

2.2. La cuestión del rango: la reserva de ley parlamentaria orgánica

En España tiene rango constitucional el principio de reserva de ley —*lex pro-* 35
pria— en materia penal (art. 25.1 CE). En efecto, en primer lugar, la doctrina y la jurisprudencia constitucional entienden que las disposiciones penales han de ser leyes en sentido estricto. Esto significa que no se admite el procedimiento de la delegación legislativa, que sí es posible en otros países —por ejemplo, en Italia—. Más aún, en segundo lugar, la opinión doctrinal mayoritaria entiende que la legislación penal ha de ser aprobada por mayoría absoluta, según es propio de las denominadas leyes orgánicas, relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas (arts. 81.1 y 149.1.6 CE).[64] Esta exigencia de una mayoría cualificada no se da en muchos países y, en la actualidad, la doctrina de algunos de ellos también la reclama.[65] A este respecto, el criterio rector seguido en la doctrina española fue que toda la legislación penal tiene incidencia en los derechos fundamentales, pues afecta a la libertad (art. 17 CE) y al honor (art. 18 CE) —dado el carácter estigmatizante de la pena—. Sin embargo, el Tribunal Constitucional solo ha considerado necesario el rango de ley orgánica para las leyes penales que prevén penas privativas de

[61] Crítico, *Perron* (1997) 141.

[62] *Tiedemann*, FS Roxin, 2001, 1404.

[63] *Silva Sánchez*, RP 13 (2004), 138 ss.; *el mismo* (2006), 251 ss.

[64] *Queralt Jiménez*, ADPCP 1992, 49 ss.

[65] *Vormbaum*, JZ 2018, 53 ss.; *Fornasari*, DPC-RT 2018, 12 ss.

libertad. Así, lo ha rechazado de modo explícito para las que prevén penas de multa e implícitamente para todas las demás.

36 Cabe discutir hasta qué punto la exigencia de una ley parlamentaria es expresión del principio democrático en Derecho penal. En realidad, todo depende del concepto de democracia que se maneje (*cfr. supra* capítulo 2/79). En efecto, la democracia puede entenderse en términos legalistas-mayoritarios-plebiscitarios o en términos constitucionalistas. Así, la primera es claramente proclive a la prevalencia de la voluntad que en cada momento resuelte ser mayoritaria. En cambio, la segunda concepción sostiene que lo característico de la democracia es que las leyes respeten los derechos fundamentales —la protección del más débil— y otros valores constitucionales sustraídos al principio mayoritario.[66] Pues bien, las dos posiciones mencionadas llevan décadas en tensión, lo que incide en varias divergencias más concretas. Una de ellas es la relativa al papel institucional de los tribunales constitucionales, es decir, si este debe ser activo, deferente con el legislador respectivo o incluso meramente propositivo. Por su parte, el Tribunal Constitucional español ha construido el derecho fundamental a la legalidad integrando en él la interpretación de las leyes a la luz de los valores de la Constitución —y no viceversa, la interpretación de la Constitución conforme a las leyes—. Sin embargo, por otro lado, es muy deferente con el legislador. De este modo, parece adoptar una posición de equilibrio entre ambos polos.

3. EL MANDATO DE DETERMINACIÓN: *LEX CERTA*

3.1. Generalidades

3.1.1. La teoría y la práctica en la determinación de las leyes

37 El (sub-)principio de taxatividad o mandato de determinación es una garantía del principio de legalidad que vincula al legislador. Al respecto, desde la doctrina jurídico-penal del siglo XVIII se ha venido haciendo hincapié en que las leyes penales deben ser claras y taxativas, no ambiguas o indeterminadas. Es más, se ha subrayado que la determinación de las leyes constituye una condición necesaria de la seguridad jurídica en su aplicación, aunque no sea suficiente. Ello plantea, en particular, un dilema al órgano judicial, que en ocasiones tiene que decidir si lleva a cabo una interpretación extensiva del texto claro, o bien opta por una interpretación restrictiva más oscura o ambigua. Ciertamente, cabe una interpretación judicial no taxativa de una ley taxativa.[67] Por otro lado, en la concepción actual de la soberanía estatal, una ley concreta —por determinada que esté— no puede evitar su integración en el ya mencionado contexto multinivel, que relativiza por completo su alcance

[66] Ambas posiciones, respectivamente, en *Gargarella* (2016); y *Ferrajoli*, Iter criminis 2 (2002), 252 ss. Una descripción crítica en: *Silva Sánchez* (2018), 31 ss.

[67] *Moreso*, Doxa 24 (2001), 525 ss.; *Ortiz de Urbina* (2012), 173 ss., más crítico.

literal. Como se ha indicado, en la práctica la ley estatal es una pieza —aunque desde luego muy relevante— de la reconstrucción, por parte del juez, tanto de la norma de conducta como de la norma de sanción.

38 En todo caso, en un contexto de aceleración de las condiciones de vida y de ausencia de consensos básicos, la exigencia ilustrada de plena determinación de las leyes es de difícil cumplimiento. Ello deriva tanto de las dificultades para formar mayorías, como de la pretensión de afrontar realidades cambiantes. Así, de modo creciente la legislación penal —incluso en la definición de los tipos de delito— recurre a términos vagos o indeterminados.[68] Por su parte, la jurisprudencia constitucional de todos los países se ha mostrado tolerante con esta situación —deferente con el legislador—. En efecto, ha subrayado con frecuencia que en el lenguaje ordinario es ineludible un cierto grado de vaguedad y de porosidad. Más aún, ha añadido que el legislador puede potenciar esa labilidad, dentro de ciertos límites, para facilitar la adaptación de la ley a realidades diversas.[69] De esta manera, se ha consolidado la idea de que la exigencia de taxatividad constituye un principio y no una regla, así que se encuentra sujeto al mandato de optimización.[70] En definitiva, no se trata de que las leyes sean absolutamente taxativas, sino de que alcancen la máxima determinación posible.[71] Así, la plena realización del principio aparece como un *desideratum* imposible de alcanzar, dada su fricción con otros principios, como singularmente el de protección.[72]

39 En este punto, un criterio rector puede ser el de exigir un esfuerzo legislativo por la precisión tanto mayor cuanto más grave sea la pena que el tipo prevea.[73] Ello, ciertamente, con el límite de que su mínimo no se reduzca a una mera determinabilidad de la ley o a una determinación meramente interpretativa.[74] Por otro lado, es preciso considerar que la casuística no resulta siempre técnicamente preferible a las cláusulas generales. En efecto, una regulación casuística sin ninguna idea rectora puede incluso impedir su propia aplicación segura y fiable.[75] Así las cosas, es razonable la propuesta de superar la dualidad entre el recurso a las cláusulas generales y el casuismo mediante un sistema integrado, como el «método ejemplificativo». Este consiste en que

---

[68] Ya *Naucke* (1973), 13 ss.

[69] Crítico, *Carbonell Mateu* (1995), 126-127; favorable, *Ferreres Comellas* (2002), 34 ss.

[70] *Manrique*, ADPCP 2005, 807 ss.

[71] Ya la STC 151/1997, de 29 de septiembre: «En efecto, constituye doctrina consolidada de este Tribunal la de que el principio de legalidad en materia sancionadora no veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, aunque su compatibilidad con el art. 25.1 CE se subordina a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever con suficiente seguridad la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada».

[72] *Kuhlen*, FS Otto, 2007, 95-96; *Sánchez-Ostiz* (2012), 162 ss., 168.

[73] En contra, *Müller-Dietz*, FS Lenckner, 1998, 189-190.

[74] *Stächelin* (1998), 207 ss., 227.

[75] *Haft*, JuS 1975, 484; en contra, *Schünemann* (1978), 30.

el legislador define la lesión del bien jurídico propia del tipo, fijando así un marco. A continuación, pone ejemplos que sirvan como punto de partida para ir construyendo los demás supuestos de comisión del delito mediante el método de la «analogía intratípica».[76]

3.1.2. El principio de tipicidad

40 El denominado principio de tipicidad constituye una concreción del mandato de determinación. En efecto, alude a la especial exigencia de taxatividad que debe observarse en la definición de las figuras de delito. Sin embargo, lo cierto es que en la descripción del supuesto de hecho de aquellas no todos los elementos son igual de taxativos. Así, se utilizan elementos descriptivos —de entrada, más determinados—, pero también elementos normativos de sentido y de valoración —tanto jurídicos como sociales— y cláusulas generales. Pues bien, estos, más allá de un núcleo relativamente claro, tienen campos conceptuales bastante difusos. Por su parte, la doctrina ha admitido la inevitabilidad del recurso a enunciados que contienen elementos con poca *intensio* —propiedades definitorias— y amplia *extensio* —referencia en el mundo real—.[77] En fin, en la determinación de la consecuencia jurídica imponible siempre se ha admitido una mayor laxitud. Para advertirlo basta con considerar la extensión de los marcos penales abstractos y la vaguedad de los criterios encaminados a orientar su determinación judicial.[78]

3.1.3. El alcance de la garantía

41 Como ya se ha indicado, el mandato de determinación constituye una garantía indirecta para el ciudadano. En efecto, ninguna persona común es capaz de captar las sutilezas de la descripción típica. En cambio, todo el mundo se beneficia de la precisión en tanto que esta le garantiza igualdad y reducción de la arbitrariedad, al tiempo que orienta el debate entre su abogado, las demás partes procesales y el juez. En definitiva, el mandato de determinación es una garantía refleja, que deriva de la vinculación del juez al texto legal. Al margen de ello, la vulneración del mandato de determinación por parte del legislador abre un posible espacio para el error de prohibición. En este punto se da una especie de ficción: la de que, si el tipo hubiera sido más preciso, habría sido posible conocer el ámbito de lo prohibido y orientar consiguientemente la conducta. Ahora bien, en este punto el único error que se puede tener en cuenta es el relativo a la desvaloración penal abstracta —la desaprobación penalmente relevante— de la conducta. En cambio, en lo que hace a la legalidad de las penas, desde luego la existencia de un determinado marco penal y de sus presupuestos últimos no es una garantía directa para el ciudadano, sino

---

[76] *Haft*, JuS 1975, 481 ss., 483; *Navarro Frías* (2010).

[77] *Haft*, JuS 1975, 479.

[78] *Sánchez Lázaro*, RP 28 (2011), 153 ss.

solo indirecta, en la medida en que constriñe la actuación judicial. Además, la doctrina ampliamente dominante rechaza la relevancia del error sobre la punibilidad. Ciertamente, este tiene que ver con el contenido de la norma de sanción y no con la norma de conducta, que es la que se dirige al ciudadano.

42 El mandato de determinación tiene como destinatarios al legislador, al juez y a la doctrina académica. Al primero le obliga a que promulgue leyes lo más taxativas posible, reduzca las remisiones normativas y no asuma que una aplicación correcta de la ley que promulga va a necesitar el recurso permanente a la reducción teleológica —incluida la interpretación conforme a la Constitución—.[79] Al segundo le impone que no tergiverse leyes taxativas mediante interpretaciones no taxativas, es decir, oscuras o difusas. En efecto, las soluciones interpretativas más favorables al reo pueden ser menos taxativas y, por ello, menos dotadas de seguridad jurídica.[80] En fin, se dirige a la doctrina. A esta última la obliga sobre todo a presentar sus construcciones dogmáticas *de lege lata* y *de lege ferenda* como claramente distintas. Por lo demás, la distinción de estos tres grupos de destinatarios pone de relieve cómo el principio de legalidad tiene importantes proyecciones sobre tres materias interrelacionadas que con frecuencia se estudian sin tener presente su vinculación recíproca. Estas son: (i) los principios de garantía y la técnica legislativa; (ii) los criterios de interpretación y aplicación judicial de la ley; y (iii) la teoría del delito, en concreto, la doctrina del comportamiento desaprobado y de la imputación objetiva del resultado como expresión de una teoría general de la tipicidad.

3.2. La vigencia del principio de legalidad en la Parte General

43 Es objeto de discusión la vigencia del principio de legalidad en relación con las instituciones de la Parte General —y, en particular, con respecto a la llamada «parte dogmática»— de los códigos penales. Ciertamente, la doctrina dominante considera que aquel rige también en tales reglas legales.[81] Sin embargo, es dudoso que extraiga las consecuencias radicales de ello. Por su parte, un sector doctrinal minoritario entiende que dicho principio solo rige en el ámbito de los tipos y de las penalidades abstractas de la Parte Especial. Por consiguiente, considera que en la Parte General es posible recurrir tanto a la analogía como a la reducción teleológica (*cfr. infra* capítulo 6/94), siempre y cuando ello tenga la correspondiente fundamentación dogmática.[82]

44 Al respecto, es necesario sentar algunas distinciones relevantes.[83] En primer lugar, parece claro que en lo relativo a la imputación de responsabilidad no rige el mandato de determinación con la misma intensidad que en la tipicidad

---

[79] Así, *Greco*, ZIS 2018, 475 ss.

[80] *Moreso*, Doxa 24 (2001), 525 ss.

[81] *Krey* (1977), 34; *Dannecker*, FS Otto, 2007, 30-31.

[82] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 4/9 ss. Referencias generales en *Kirsch* (2014), 85 ss.

[83] *Dias*, InDret 4/2018, 10 ss.

objetiva. Basta pensar en el campo conceptual del término «dolo» o, más aún, en el de «imprudencia».[84] Además, en el ámbito de la culpabilidad, los códigos no proceden a una determinación positiva de su contenido, sino que optan justo por el procedimiento contrario. Así, parten de que es culpable aquel sujeto en el que no concurre ninguna causa de exclusión de la culpabilidad (art. 20.1.°, 2.° y 3.° CP español). En definitiva, en este ámbito se admiten cláusulas generales que fundamentan la responsabilidad, algo que no se admitiría en la definición de ningún tipo de delito. Por poner un último ejemplo, basta considerar las reglas que definen las formas de intervención en el delito (arts. 28 y 29 CP español). En segundo lugar, existen instituciones sobre las que el legislador no se ha pronunciado, o lo ha hecho de modo fragmentario en términos relativamente generales.[85] En estos casos, existen pocos límites legales para la reconstrucción doctrinal de la figura correspondiente. Por ejemplo, esto ocurre en la regulación española relativa al concepto de dolo. Ahora bien, en tercer lugar, si el legislador penal adopta una determinada posición de modo claro —por ejemplo, definiendo un término legal o estableciendo determinadas reglas de aplicación de las leyes—, con ello vincula a los órganos judiciales. Esto significa que no es posible que el órgano judicial ignore lo que señala, adoptando un pronunciamiento *contra legem*, o sirviéndose de una analogía *in malam partem*.

45 Más allá de lo relativo al mandato de determinación en las disposiciones favorecedoras —eximentes o atenuantes—,[86] una de las cuestiones más polémicas es la de si en ellas cabe la reducción teleológica.[87] Asimismo se discute si es posible recurrir a la construcción de eximentes o atenuantes supralegales. Estas, a su vez, pueden ser analógicas —y elaborarse con base en la analogía *in bonam partem*— o bien teleológicas. Pues bien, la construcción de eximentes supralegales puede ser valorada de modo distinto en el caso de las causas de justificación y en otras eximentes. En efecto, las causas de justificación determinan la licitud de la conducta del sujeto amparado por ellas. Esto significa que una ampliación de su alcance restringe las posibilidades reactivas de quien se vea afectado por aquella conducta. No obstante, es cierto que existen casos en los que una eventual construcción supralegal de la justificación de la conducta no perjudica a nadie en concreto, pues el sujeto afectado es el Estado. En tales casos, puede debatirse acerca de su posibilidad.

3.3. Las leyes penales en blanco

3.3.1. Generalidades

46 Como se ha expuesto, el derecho fundamental a la legalidad establece límites al legislador, tanto mediante la regla de la reserva de ley orgánica como a través

[84] *Kirsch* (2014), 160 ss.

[85] *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 7/72.

[86] *Moreso*, Doxa 24 (2001), 525 ss.; *Ferreres Comella* (2002).

[87] *Kirsch* (2014), 261 ss.

del mandato de determinación. Además, en tercer lugar, lo hace condicionando la posibilidad de que efectúe remisiones al poder ejecutivo. Esta última limitación se concreta, ante todo, en la doctrina de las leyes penales en blanco conformes con la Constitución,[88] para cuya comprensión es necesario partir del concepto de remisión normativa. En efecto, este último alude a una técnica legislativa en cuya virtud un enunciado legal —la norma de remisión— se abre a la precisión de su contenido mediante el reenvío a enunciados del mismo cuerpo legal o de otros textos —las normas de complemento—, del mismo rango o de rango inferior. Sentado esto, las remisiones pueden ser homogéneas o heterogéneas, expresas o tácitas —implícitas—, estáticas o dinámicas, parciales o totales. Ciertamente, no todas ellas plantean los mismos problemas.[89]

47 Se denomina ley penal en blanco a aquella definición de una figura de delito que contiene una remisión normativa heterogénea —a una disposición externa, normalmente de rango inferior—, dinámica y, además, en bloque. La forma paradigmática de ley en blanco es la descripción de una conducta y un resultado de peligro, añadiendo que, para que el hecho sea punible, debe realizarse «con infracción de leyes u otras disposiciones» del Derecho administrativo. Tales remisiones heterogéneas cumplen la función político-jurídica de protección de bienes mediante la adaptación de las leyes penales al cambio de circunstancias. Por eso, el recurso a ellas es más usual en el Derecho penal económico. Sin embargo, parece claro que tal institución genera riesgos de vulneración de las garantías. Al mismo tiempo, y en términos inversos, puede poner los bienes jurídicos en riesgo de desprotección si la normativa administrativa no se actualiza convenientemente. En este contexto, una posición radicalmente crítica tiende a considerar inconstitucionales las remisiones de leyes penales a disposiciones administrativas de rango inferior a la ley.[90] En cambio, en el polo opuesto se sitúan quienes las admiten de modo general. Aquí se acoge una posición intermedia que las acepta con limitaciones.[91] Esta postura se corresponde con la doctrina más difundida en los tribunales constitucionales, aunque no sea siempre seguida por los legisladores.

3.3.2. Los requisitos de su conformidad con la Constitución

48 En España los requisitos de conformidad de las remisiones normativas con la Constitución fueron formulados ya en la STC 127/1990, de 5 de julio, mediante la doctrina del contenido sustancial o del «complemento indispensable». En efecto, los tres requisitos que establece esta doctrina del Tribunal Constitucional son los siguientes: (i) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; (ii) que la ley penal,

---

[88] *Sánchez-Ostiz* (2012), 175-176.

[89] *Cury Urzúa* (1988); *Doval Pais* (1999); *Santana Vega* (2000); *Fakhouri Gómez* (2009), 91 ss.; *Cornelius* (2016).

[90] *Köhler*, AT, 1997, 89.

[91] Similar, *Ransiek* (1989), 106 ss.; *Doval Pais* (1999), 140-141.

además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y (iii) que sea satisfecha la exigencia de certeza, es decir, «que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada».[92] Estos requisitos se acogen de modo unánime en la jurisprudencia.

49 Ciertamente, las remisiones parciales son la técnica más usada, llegando a acoger como complemento incluso el propio texto constitucional.[93] Con todo, normalmente el objeto de la remisión se halla en disposiciones extrapenales legales y reglamentarias de origen nacional o europeo.[94] A este respecto, algún sector doctrinal ha entendido que las remisiones dinámicas a disposiciones europeas resultan incompatibles con el mandato de determinación. Sin embargo, no debe olvidarse que aquellas forman parte del ordenamiento del Estado y que, además, gozan de un rango superior, dentro de este. Por tanto, no deben regir para ellas criterios distintos de los que rigen para el Derecho de origen interno.[95] Las remisiones —a disposiciones administrativas europeas o nacionales—, además de ser dinámicas, generan una cadena. De este modo —eslabón tras eslabón— acaban comprendiendo toda la pirámide jerárquica de las disposiciones administrativas. Por ello, la pretensión de que las remisiones en cadena sean inconstitucionales[96] resulta ilusoria en términos prácticos. Con frecuencia, incluso sucede que las disposiciones generales de rango inferior acaban remitiendo, en última instancia, a actos administrativos. Así se llega a establecer un sistema denominado de «accesoriedad indirecta de acto». En cambio, la remisión directa de la ley en blanco a actos administrativos —el sistema de «accesoriedad directa de acto»— es menos frecuente en la legislación española que en otras, aunque también existen cláusulas del género «sin autorización».[97]

50 La aplicación de las garantías del Derecho penal a las disposiciones extrapenales de complemento de las leyes penales en blanco ha sido un permanente objeto de discusión. Al respecto, el criterio rector es que estas constituyen «ley penal» a todos los efectos, de modo que aquellas les son aplicables en todos sus extremos. Ahora bien, cuando una ley penal en blanco o un precepto con elementos normativos[98] remiten a un sector del ordenamiento —en particular,

---

[92] También la STEDH de 29 de mayo de 2020 (asunto Kocharyan): la utilización de la técnica de «remisión en blanco» (*«blanket reference»*) o de «legislación por remisión» (*«legislation by reference»*) no es incompatible con los requisitos del art. 7 del CEDH. Es preciso que la integración de la disposición de remisión y la disposición de complemento permitan que la persona afectada pueda prever, si es necesario con ayuda de un asesoramiento jurídico adecuado, qué conducta la haría responsable penalmente.

[93] Por ejemplo, en el art. 194 CP español.

[94] STC 120/1998, de 15 de junio; *Tiedemann*, FS Roxin, 2001, 1404. Crítico, *Perron* (1997), 141.

[95] *Böse*, FS Krey, 2010, 14-15, 25.

[96] STC 283/2006, de 9 de octubre.

[97] Por ejemplo, en la L. O. 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.

[98] *Krey* (1977), 33.

al Derecho privado— en el que se admiten la analogía o las presunciones, surge el problema de si estas instituciones deben ser consideradas en la integración de la norma extrapenal de complemento.[99] Al respecto existen argumentos tanto en sentido favorable como contrario. Por un lado, la disposición extrapenal adquiere, en virtud de la remisión, naturaleza penal, lo que abona la tesis de someterla a las reglas interpretativas jurídico-penales. Sin embargo, por otro lado, sigue estando inserta en un contexto extrapenal en el que la analogía puede ser una forma válida de obtención del Derecho.

3.3.3. Las figuras tradicionalmente problemáticas: las remisiones totales y los reenvíos a normas de las comunidades autónomas

51 Pese a que la remisión parcial constituye la técnica más usual, en la evolución de la legislación penal en blanco cabe advertir un recurso creciente a la técnica de la remisión total.[100] Es decir, a la tipificación de delitos que responden al esquema de la mera desobediencia de disposiciones administrativas. Sin embargo, a pesar de que esta contraviene la tesis del complemento indispensable, el Tribunal Constitucional, siguiendo el principio de conservación de los preceptos, en general ha optado por no anular estas leyes en blanco con remisión total.[101] Así, ha sentado la doctrina de que la condición de su licitud es que el precepto en cuestión admita una interpretación conforme a la Constitución, aunque también admita otras que no lo son. En la práctica, esto significa que los órganos judiciales tienen que efectuar una reducción teleológica (*cfr. infra* capítulo 6/94). Tal restricción, partiendo de la letra de la ley, debe orientarse al bien jurídico protegido en el tipo respectivo y a los principios constitucionales limitadores del *ius puniendi*. Como consecuencia de ello, debe excluir del alcance del tipo las conductas que no sean peligrosas para el respectivo bien. Así, por ejemplo, en el caso del delito de tenencia ilícita de armas se trata de que, además de infringir la normativa administrativa, la tenencia del arma «se produzca en condiciones que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana».[102]

52 En su día existió un debate en España sobre si las leyes penales en blanco pueden integrarse con disposiciones administrativas dictadas por las comunidades autónomas, en las materias para las que estas son competentes. Los argumentos en contra se referían a la igualdad entre los ciudadanos y a la uniformidad de sus condiciones de vida.[103] Frente a ello, los favorables apelaban a la pluralidad

---

[99] Favorables, *Krey* (1977), 227; *Ransiek* (1989),107-109. Para las leyes en blanco, pero no para las definiciones, *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 5/40. En contra, STC 142/1999, de 22 de julio.

[100] Por ejemplo, el art. 304 bis 1. CP español.

[101] Sin embargo, sí lo hizo en la STC 101/2012, de 8 de mayo. *Alcácer Guirao*, LL 7922 (2012), 1 ss.

[102] STC 24/2004, de 24 de febrero, en la que se establece el criterio de una interpretación conforme a la Constitución del art. 563 CP español.

[103] *Mestre Delgado*, ADPCP 1988, 518 ss.; *García Arán*, EPC XVI (1993), 93 ss., salvo para las que denomina «remisiones interpretativas».

legislativa que es propia de un Estado descentralizado.[104] Por su parte, el Tribunal Constitucional se pronunció en sentido favorable a esta posibilidad, partiendo de la premisa de que el núcleo del delito ha de estar contenido en todo caso en la ley penal remitente.[105] Por tanto, la función de la norma autonómica remitida se reduce simplemente a la de conformar un elemento inesencial de la figura delictiva. Sentado esto, por un lado, las normas autonómicas no deben introducir divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido; por otro, deben respetar las competencias del Estado y el orden público internacional.[106]

3.3.4. El problema presente y futuro de las remisiones a disposiciones privadas

3.3.4.1. Generalidades

53 Resulta problemático que, de modo cada vez más frecuente, las remisiones normativas no tengan por objeto solo preceptos estatales o supraestatales, sino también disposiciones de origen privado, técnicas y éticas.[107] En efecto, en el contexto general de un Estado y de un Derecho regulatorios —basados en la colaboración público-privada—, los reguladores —es decir, quienes dictan disposiciones de diversa naturaleza que actúan como pautas de conducta— pueden ser sujetos particulares, de ámbito nacional o supranacional. Seguramente, esto es inevitable, dada la complejidad de las materias objeto de regulación. En efecto, estas ya no resultan abarcables para las burocracias estatales o supraestatales, lo que genera una creciente inadaptación de las normas administrativas a los cambios tecnológicos. Así, la tendencia a la autorregulación se manifiesta en ámbitos no ya marginales, sino centrales de la política del Estado. El mecanismo es la remisión directa o indirecta de ámbitos completos de la legislación penal a lo que determinen reglas técnicas, o bien estándares éticos, elaborados por asociaciones profesionales u otras entidades privadas (por ejemplo, las normas ISO o DIN).[108] De entrada, ello puede generar inseguridad en cuanto al contenido y vigencia de las disposiciones aplicables. Además, conducirá ineluctablemente a que el control de su correcta aplicación también deba ser llevado a cabo por los propios agentes privados.

3.3.4.2. De la estandarización a los algoritmos prescriptivos

54 En este punto se manifiestan fenómenos que, sin duda, debe considerar cualquier teoría contemporánea y futura del Derecho. En primer lugar, la desestatalización, la descentralización y la desformalización de los entes creadores de Derecho. Esta desvinculación de la producción de disposiciones jurídicas

---

[104] *Silva Sánchez*, LL 1993-3, 964 ss.; *el mismo*, PJ 52 (1998), 483 ss.

[105] STC 120/1998, de 15 de junio.

[106] *Cuerda Riezu*, LH Lorenzo Salgado, 2021, 401 ss.

[107] *Schünemann*, ADPCP 1994, 309 ss.; *Esteve Pardo* (2009); *Montaner Fernández* (2012), 289 ss.

[108] ISO = «*International Organization for Standardization*». Por su parte, DIN = «*Deutsches Institut für Normung*».

con respecto a la ostentación de la soberanía da lugar a un nuevo elemento de «soberanía borrosa».[109] En el contexto de esta, cabe advertir una creciente fragmentación de las instancias políticas frente a la concentración de la economía, que determina la prevalencia de los agentes económicos sobre los políticos. En segundo lugar, la consiguiente modificación de la propia posición institucional del órgano judicial penal. Ciertamente, si la norma que este debe aplicar es de naturaleza técnica, la *quaestio iuris* se convierte en una *quaestio facti* adicional.[110] Entonces, la intervención del juez en la práctica se ve sustituida por la de un perito, que actúa como intérprete-aplicador de esa disposición de origen privado. De este modo, el órgano judicial del Estado se convierte en una especie de «árbitro de equidad» entre las partes y sus peritos. En tercer lugar, en la medida en que dichas normas privadas son elaboradas tecnocráticamente por grupos de potenciales sujetos activos del delito, puede pensarse que producirán una ampliación de los espacios de riesgo permitido, en virtud de la fijación de marcos de «adecuación social sectorial» (*cfr. infra* capítulo 10/109). Sin embargo, esto último no es seguro. De hecho, en ocasiones el consenso de las grandes empresas ha llevado a una exigencia muy elevada en cuanto a las normas técnicas de seguridad, precisamente como instrumento competitivo para la exclusión de empresas pequeñas del mercado.

La «estandarización» por fuentes privadas abre la puerta a la automatización 55
de las consecuencias jurídicas. En efecto, es probable que el creciente recurso a la inteligencia artificial dé lugar a que las disposiciones de origen privado vayan adoptando la forma de «algoritmos prescriptivos». Pues bien, es preciso ser consciente de que la adopción de estos conlleva, a su vez, la asunción de una concepción de la regulación todavía más distante de la normatividad jurídica. En efecto, como ya se indicó, mientras que esta última se basa en la libertad de cumplir con el Derecho, los algoritmos prescriptivos tienen una fuerza autoejecutable. Por lo tanto, no establecen una sanción como consecuencia de su infracción, sino que impiden la propia posibilidad de su infracción o bien que quien los infrinja pueda acceder a la prestación que pretende. En definitiva, conforman «estructuras de imposibilidad» (*cfr. supra* capítulo 1/62).

4. EL CARÁCTER ESCRITO: LEX SCRIPTA

4.1. Generalidades

Es común afirmar que el Derecho penal requiere fuentes escritas, lo que supo- 56
ne la exclusión de la costumbre como fuente.[111] Sin embargo, esta afirmación no

---

[109] *Ransiek* (1989), 88 ss., 91-92; *Vogel*, FS Jakobs, 2007, 733 ss.; *Kadelbach/Günther*-Hrsg.- (2011), 9.

[110] *Silva Sánchez* (2022), 164 ss.

[111] La costumbre puede ser, con ciertas limitaciones, fuente en otros ámbitos del Derecho. Art. 1. 3 CC español: «La costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre».

describe ni la realidad actual, ni tampoco la del pasado. En primer lugar, ha sido y es común que las costumbres —repetición de actos con *opinio iuris*— tengan efectos de exención de responsabilidad penal por vía interpretativa. Ciertamente, la vía de intercomunicación del Derecho penal con la costumbre limitadora de responsabilidad es la interpretación denominada sociológica, así como, en la teoría del delito, la institución de la adecuación social (*cfr. infra* capítulos 6/85; 10/102).[112] Además, en las últimas décadas se han empezado a plantear, aunque de modo no exento de discusión, las limitaciones de responsabilidad establecidas en virtud de la adecuación social grupal (o cultural), así como por las remisiones a las normas consuetudinarias indígenas (*cfr. infra* capítulo 10/110).

57 Sin embargo, la costumbre de origen nacional no solo tiene efectos restrictivos sobre la responsabilidad penal, sino que posee asimismo un efecto de fundamentación y extensión de esta. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con las remisiones legales a los usos del comercio o con el recurso a la costumbre sectorial como fuente de exigencias de cuidado a la hora de determinar la concurrencia de una imprudencia (*cfr. infra* capítulo 13/32). En efecto, la denominada *lex artis* es, en buena medida, de naturaleza consuetudinaria. Es cierto que algún autor denominó «derecho consuetudinario impropio» a este mecanismo,[113] subrayando su aceptabilidad frente a lo que debe suceder con el derecho consuetudinario propio. Sin embargo, es discutible que pueda establecerse una distinción radical entre lo uno y lo otro. Por otro lado, no es infrecuente señalar que determinadas reglas dogmáticas son de naturaleza consuetudinaria.

4.2. Las jurisdicciones indígenas

58 Como se ha indicado, existen jurisdicciones culturales, propias de grupos minoritarios dentro del Estado, en las que se aplican habitualmente normas consuetudinarias.[114] Sin embargo, los efectos de esta práctica varían en función de que la jurisdicción cultural en cuestión haya sido reconocida formalmente por el Estado, sobre la base de lo que parecen recomendar los convenios internacionales, o no.[115]

---

[112] *Sánchez-Ostiz* (2012), 171-172.

[113] *M. E. Mayer*, PG, 1915, 31-32.

[114] Artículo 8 del Convenio de la OIT n.º 169, de 27 de junio de 1989, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes: «1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes».

[115] Art. 9 del Convenio 169 de la OIT: «1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros».

Pues bien, si la jurisdicción cultural no es reconocida, entonces la ejecución de las penas impuestas al agente en su marco debe ser reputada delictiva y perseguida como tal. No obstante, el padecimiento de esa sanción grupal informal ha de tener efectos a la hora de imponer y ejecutar la pena estatal, si es que la conducta del agente se reputa delictiva asimismo desde la perspectiva del Derecho penal del Estado. En efecto, debe reputarse un equivalente funcional de la dimensión aflictiva de la pena estatal. Por su parte, el reconocimiento de las jurisdicciones indígenas trae causa de las modificaciones constitucionales llevadas a cabo en diversos países iberoamericanos tras la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Así, por ejemplo, el art. 149 de la Constitución del Perú[116] o el art. 246 de la Constitución de Colombia.[117] Ahora bien, dicho reconocimiento suscita problemas diversos en cuanto a las garantías formales y materiales del Derecho penal (*cfr. supra* capítulo 1/30). Entre ellos, en lo que ahora interesa, el de la sustitución del principio de legalidad formal por la costumbre tribal, así como el relativo a los conflictos entre las leyes culturales personales de sujeto activo y pasivo.

4.3. La costumbre internacional

Mención especial merece la costumbre como fuente del Derecho penal **59**
internacional. En efecto, el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que son fuentes del Derecho internacional público: (a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; (b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; (c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; y (d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho. Esta configuración del sistema de fuentes del Derecho internacional público ha repercutido, como no podía ser de otro modo, en el Derecho penal internacional, también en su aplicación por los órganos judiciales internos.

Existe costumbre internacional en un determinado sentido cuando cabe **60**
advertir al respecto una práctica de los Estados —como sujetos del Derecho internacional— o de las organizaciones internacionales.[118] Esta práctica —es

---

[116] «Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas. Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial».

[117] «Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional».

[118] *Montiel Fernández* (2020), 273 ss.

decir, repetición de actos— debe ser uniforme, prolongada en el tiempo y gozar de consenso, esto es, de una cierta generalización. Si se da todo ello, entonces puede afirmarse que concurre el elemento objetivo de la costumbre. Ahora bien, a este tiene que añadirse el elemento subjetivo —la *opinio iuris sive necessitatis*— representado por la convicción de obligatoriedad.[119] A partir de aquí, el caso del denominado *ius cogens* es singular. Este —como conjunto de normas imperativas, indisponibles e inderogables del Derecho internacional— constituye asimismo un Derecho consuetudinario. Sin embargo, a su aplicación no cabe oponer la objeción unilateral de que un país concreto se ha opuesto persistentemente a su vigencia. Ello se debe a que está integrado por aquel mínimo de normas que la comunidad internacional requiere para su supervivencia.[120] En otras palabras, se refiere a un orden superior de normas jurídicas que las leyes del hombre o de las naciones no pueden contravenir. Así, la idea central es que la violación de esas normas conmueve la conciencia de la humanidad y, a diferencia del Derecho consuetudinario tradicional, obliga a la comunidad internacional como un todo. Esto determina que en el art. 53 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados se señale que «es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general».

61 Cabe discutir si, al aplicar supuestas normas consuetudinarias o de *ius cogens*, los tribunales nacionales las han identificado respetando de modo estricto las exigencias que ello comporta. Más bien parece que, bajo aquellas denominaciones, los órganos judiciales han procedido a crear un Derecho judicial *ex post facto*, cuya legitimidad cabe cuestionar. Por este motivo han sido objeto de polémica, entre otras, las resoluciones judiciales que han declarado de modo sobrevenido la imprescriptibilidad de un delito.[121] Por su parte, la jurisprudencia española en esta materia se ha caracterizado precisamente por rehusar la aplicación de esas supuestas normas consuetudinarias internacionales.[122]

5. LA LEY PENAL EN EL TIEMPO Y LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD: LEX PRAEVIA

5.1. Introducción: la entrada en vigor y el cese de la vigencia

62 A los efectos de su aplicación en el tiempo, es importante distinguir entre la existencia y la aplicabilidad de las leyes.[123] En efecto, las leyes promulgadas

---

[119] *García Amuchástegui* (2021), 81 ss.

[120] *García Amuchástegui* (2021), 165 ss.

[121] *Montiel Fernández* (2020), 283 ss.; *García Amuchástegui* (2021), 227 ss., 266 ss.

[122] STS 798/2007, de 1 de octubre («caso Scilingo»). Esta condenó por delitos comunes de asesinato y detenciones ilegales, en lugar de por delitos de genocidio y de lesa humanidad. Sin embargo, asumió la competencia jurisdiccional y estableció la imprescriptibilidad de los delitos como si se tratara de delitos de lesa humanidad. La concepción de los principios de legalidad y de jurisdicción universal seguida por la mayoría de la Sala halló oposición en varios votos particulares.

[123] *Frígols i Brines* (2004), 483 ss.

y publicadas ya pertenecen al sistema jurídico-legal. Por eso pueden ser derogadas incluso antes de que entren en vigor. Sin embargo, únicamente las leyes vigentes son aplicables. Pues bien, el momento de su entrada en vigor solo se produce, tras la promulgación y la publicación, una vez transcurrido el período de *vacatio legis*. Más tarde, cabe que esa ley salga del ordenamiento, al entrar en vigor otra, que la derogue en todo o en parte. Sin embargo, una forma adicional de expulsión de una ley del ordenamiento legal es la declaración de su nulidad por el Tribunal Constitucional. En este último contexto, la «interpretación conforme» llevada a cabo por este órgano puede entenderse como una derogación parcial de la ley, en tanto que impide algunas de sus posibles interpretaciones. Por su parte, el principio de *lex praevia*, o de irretroactividad de las disposiciones desfavorables, prohíbe la aplicación de las leyes perjudiciales para el acusado a hechos anteriores a su entrada en vigor.[124] Además, esta prohibición constituye una de las garantías nucleares de la legalidad, con rango expreso de derecho fundamental (art. 25.1 CE). Como se observa, su contenido no tiene que ver con el principio democrático, sino que constituye precisamente un límite para el legislador, basado en exigencias de seguridad jurídica.[125]

63 El marco de la incidencia del principio de irretroactividad de las leyes desfavorables —como el de la retroactividad de las favorables— viene dado por el problema de la sucesión de las leyes penales en el tiempo. A su vez, este se entiende mejor en un sentido dinámico.[126] A este respecto hay que distinguir entre la vigencia y la eficacia temporal de la ley. Esta última designa la fracción de tiempo en la que se tienen que producir los hechos a los que se aplica una ley. Por tanto, no cabe afirmar que la eficacia de esta solo incida en el período posterior a su entrada en vigor. Así, una ley puede aplicarse a hechos anteriores a su entrada en vigor cuando sucede a otra ley más gravosa. Por la misma razón, tampoco puede afirmarse que la eficacia de la ley solo cese al ser derogada. En efecto, cabe que cese ya antes, cuando la ley posterior es más favorable al reo.

64 Ahora bien, en este punto la primera cuestión problemática es la relativa a la identificación de una situación de auténtica sucesión de leyes en el tiempo. Ello puede resultar difícil cuando la nueva ley no es formalmente sucesora de la anteriormente vigente —por ejemplo, no es perceptible en el cambio de la redacción de un artículo—. A este respecto, cabe imaginar un hecho que era subsumible en el precepto «A» del texto legal derogado, que carece de sucesor formal en la nueva ley. Sin embargo, el hecho en cuestión resulta ser subsumible en un precepto «B» del nuevo texto, que antes no existía y que incluso está ubicado en un lugar sistemático distinto del Código penal. En situaciones así, cabe discutir sobre si existe una auténtica sucesión de leyes en el tiempo, de modo que haya que optar entre la aplicación de la figura

[124] En el ámbito angloamericano: «*ex post facto laws*», prohibidas por la «*ex post facto clause*».

[125] *Dannecker* (1993), 250 ss.

[126] *Frígols i Brines* (2004), 19 ss.; *Oliver Calderón* (2007), 21 ss.

derogada y de la sobrevenida, o no. Pues bien, a este respecto cabe distinguir entre preceptos idénticos, homogéneos —de una misma clase o naturaleza— y, en fin, homólogos —que cumplen una misma función—. Como se advierte, en última instancia se trata de una cuestión interpretativa no siempre sencilla. Así pues, en la decisión que se adopte debe incidir el grado de similitud textual, sistemática, histórica y teleológica entre ambos preceptos (*cfr. infra* capítulo 6/44 ss.).

65 Los sistemas que regulan la sucesión de leyes penales en el tiempo no son iguales en todas las legislaciones. Así, una legislación concreta puede adoptar como regla general la aplicación de la ley vigente en el momento del enjuiciamiento, lo que es un criterio relativo a la norma de sanción —o de punibilidad—. Por el contrario, es posible que se acoja la regla de la aplicación de la ley vigente en el momento de la realización de la conducta típica —lo que es un criterio relativo a la norma de conducta—. Pues bien, el primer modelo acoge como excepción la ultraactividad de las disposiciones favorables, por inaplicación retroactiva de la ley posterior desfavorable. En cambio, el segundo acoge como excepción la retroactividad de las disposiciones favorables.

5.2. El concepto de disposición desfavorable. Su alcance constitucional

66 Cabe discutir sobre qué debe entenderse por ley penal, a los efectos de apreciar la garantía de irretroactividad. Al respecto, no se discute que el adjetivo «penal» debe alcanzar a todos aquellos enunciados que son presupuestos de la punibilidad, lo que abarca las disposiciones extrapenales de complemento de las leyes penales en blanco. En efecto, en España la garantía constitucional de la irretroactividad de disposiciones desfavorables tiene un alcance expreso limitado a la definición del marco de lo delictivo —la llamada garantía criminal—. Así, el art. 25. 1 CE dispone: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». La cuestión es si ello alcanza a las penas imponibles y a otras posibles modificaciones del estado de las leyes en perjuicio del reo. Es decir, si comprende asimismo su proyección sobre la «garantía penal», relativa a la predeterminación legal del marco de pena imponible al reo. A este respecto, el art. 2.1. CP español señala ciertamente que «No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración». Sin embargo, este artículo no ostenta formalmente un rango constitucional. Con todo, en la práctica se ha impuesto la tesis de que la garantía constitucional de irretroactividad también alcanza a los enunciados relativos al contenido de la pena y a su ejecución.[127]

67 Así pues, todas aquellas reglas que modifican el estatus jurídico-penal del sujeto en cuanto a la aplicación de una norma penal de sanción son subsumi-

[127] STEDH de 21 de octubre de 2013 (del Río Prada c. España).

bles en el concepto de ley penal, a los efectos que aquí interesan. En concreto, este abarca las que inciden sobre la vigencia de la ley española en el tiempo y en el espacio[128] —por ejemplo, una ley que establezca la extraterritorialidad de las leyes españolas—. Igualmente, alcanza a disposiciones que pueden tener formalmente una naturaleza procesal, siempre y cuando estas repercutan en el alcance material del *ius puniendi* del Estado —por ejemplo, la prescripción—.[129] Ciertamente, esto último no deja de ser controvertido.[130] Con todo, si el transcurso del plazo de prescripción se entiende como expresión de un «derecho» a no ser sancionado, entonces un alargamiento de estos o la declaración de imprescriptibilidad *ex post facto* pueden ser estimados restrictivos de derechos, de modo que no cabe su aplicación retroactiva. En fin, la garantía se extiende a las leyes interpretativas, es decir, aquellas en cuya virtud el poder legislativo pretende proporcionar la interpretación auténtica —imperativa— de una ley anterior. En efecto, algunas pretenden excluir la interpretación restrictiva del tenor de una disposición punitiva anterior, mientras que otras tienen la finalidad de impedir la interpretación extensiva de una disposición beneficiosa. En ambos casos, constituyen modificaciones legales en perjuicio del reo, con lo que no pueden aplicarse retroactivamente a hechos anteriores a su entrada en vigor.[131]

68 En cuanto a cuáles son las disposiciones «desfavorables», existe acuerdo en que el adjetivo comprende aquellas que conllevan la ampliación del alcance de los tipos, la restricción de cualquier eximente o la ampliación de las sanciones.[132] En este sentido, el art. 49. 1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea establece que «Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo, no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida».

5.3. Las tensiones entre los tribunales constitucionales nacionales y los supranacionales

69 Como ya se ha indicado, las divergencias interpretativas entre los tribunales nacionales y supranacionales europeos han dado lugar a enfrentamientos

---

[128] En contra, STS 140/2018, de 20 de diciembre.

[129] *Ragués i Vallès* (2004); *el mismo* (2023), 57 ss.: es aplicable también a las reglas de la prisión provisional.

[130] *Dannecker* (1993), 323 ss., 361.

[131] Un supuesto especialmente discutido en la Argentina es el «caso Muiña». Este se relaciona con el contenido del artículo 7 de la Ley 24.390, vigente desde 1994 hasta 2001, y derogada entonces por la Ley 24.430. Aquella norma intermedia disponía que, pasados dos años en prisión preventiva, el cómputo de la pena a aplicar al condenado sería de «dos por uno» —dos días de prisión por uno de prisión preventiva—. Pues bien, la Ley 27.362, de 10 de mayo de 2017, fue promulgada con la pretensión de (re-)interpretar tal disposición.

[132] *Dannecker* (1993), 274 ss.

que, eufemísticamente, se han caracterizado como expresión de un «diálogo entre tribunales».[133] Una muestra paradigmática de todo ello han sido las tensiones habidas entre el TJUE y el Tribunal Constitucional italiano.[134] Así, en materia de irretroactividad, resulta especialmente reseñable el «caso Taricco».[135] En este, el tribunal de Luxemburgo pretendía imponer a Italia la aplicación retroactiva de disposiciones desfavorables, con base en los principios de protección de los intereses financieros de la Unión y de asimilación de las legislaciones nacionales.

5.4. La «excepción» al principio de irretroactividad desfavorable: los crímenes de lesa humanidad

5.4.1. Las resoluciones de los altos tribunales

70 Se ha difundido la tesis de que el principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables tiene como excepción el caso de los crímenes de lesa humanidad. Ciertamente, esta idea surgió con ocasión de los juicios de Núremberg y Tokio, posteriores a la II Guerra Mundial, cuya legalidad sustantiva venía constituida por el acuerdo de Londres y la Carta de 8 de agosto de 1945, hecha por las potencias vencedoras. En aquellos juicios, ambos tribunales internacionales sostuvieron que los acusados, en el momento de cometer los hechos, vulneraron los más elementales dictados de la humanidad y que estos —vigentes en aquel momento— constituían la base de su condena. Con posterioridad, el criterio de los tribunales de Núremberg y Tokio ha sido seguido por el Tribunal constitucional alemán, el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como de los correspondientes tribunales nacionales en varios países de Iberoamérica —por ejemplo, en la Argentina, en Chile, Colombia o Perú—. Así, en particular, un supuesto de hecho muy relevante en el que se planteó este problema fue el de los guardas fronterizos de la extinta República Democrática Alemana —el «caso de los tiradores del muro»—.[136] Pues bien, a propósito de este, tanto los tribunales alemanes como el TEDH sostuvieron que las causas de justificación de la Ley de fronteras de aquel extinto país, que amparaban los homicidios cometidos, eran nulas. A su vez, concluyeron que la razón de la nulidad era su oposición a los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por aquel país.

---

[133] *Bin/Brunelli/Pugiotto/Veronesi* -eds.- (2005); *Perrone* (2019), 151 ss.

[134] STJUE 16 de junio de 2005 (caso Pupino). Pero también en España, en la STC 26/2014, de 13 de febrero (caso Melloni).

[135] STJUE de 8 de septiembre de 2015; requerimiento de la Corte Costituzionale italiana 24/2017; STJUE de 5 de diciembre de 2017; sentencia de la Corte Costituzionale italiana de 10 de abril (depositada el 31 de mayo) de 2018.

[136] El «*Mauerschützen-Fall*» tuvo por objeto el enjuiciamiento de los guardias de la frontera interalemana, que abatían a tiros a quienes pretendían huir de la República Democrática Alemana a occidente. El caso fue abordado en dos sentencias dictadas por el TEDH el 22 de marzo de 2001 (Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania; y K.H.W. c. Alemania), y es comentado por *Felip i Saborit* (2011), 509 ss.

Con todo, hay que subrayar que estas resoluciones estuvieron rodeadas de una intensa polémica doctrinal.[137]

A este respecto, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Euro- 71
pea, tras definir el principio de legalidad con la garantía de irretroactividad, señala, en su art. 49.2: «El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento de su comisión, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones».[138] Así pues, queda consolidada la posibilidad de castigar sin una base legal positiva.[139] Ahora bien, disposiciones como la del art. 49.2 de la Carta pueden entenderse, al menos, desde dos puntos de vista. Por un lado, como una «excepción» al principio de irretroactividad de las leyes desfavorables. Por otro, como expresión de que, en determinados delitos, la «ley» se configura de un modo distinto.

5.4.2. Las dos posibles fundamentaciones

En efecto, una posibilidad es entender que se trata de excepciones a la exi- 72
gencia de que el comportamiento punible esté predeterminado al momento de su comisión. A su vez, la justificación de estas excepciones —carente de una teorización coherente— se hallaría en la existencia de situaciones límite.[140] Sin embargo, la mejor alternativa es concebirlas como expresión de una apertura del sistema positivista a la predeterminación del comportamiento punible a través de disposiciones suprapositivas —de base iusnaturalista—.[141] En efecto, en el núcleo de los delitos *mala in se* —en el que sin duda se integran los crímenes contra la humanidad— las leyes desempeñan un papel puramente declarativo de una realidad sustancialmente superior. Además, en ellos no tiene sentido plantearse el problema de la retroactividad de la definición típica, dada su vigencia permanente.

Si se acepta esto, el problema de retroactividad desfavorable surge con res- 73
pecto a la determinación de la pena imponible por la comisión de los delitos mencionados.[142] En efecto, en la legislación positiva esta pena carece de una determinación previa a la comisión de los hechos. Sin embargo, la objeción puede quedar debilitada incluso aquí, en la medida en que las penas impues-

---

[137] *Jakobs*, Doxa 17-18 (1995), 447 ss.; *Alexy*, Doxa 23 (2000), 210 ss.; *Pastor Muñoz* (2017), 298 ss.

[138] En la misma línea que el art. 7.2 CEDH; el art. 15.2 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos; y los arts. 10 y 22.1 del Estatuto de Roma.

[139] Crítica, *Gil Gil*, ADPCP 2010, 162. De todos modos, existe un cierto consenso en el sentido de que, si en un país existen estándares de legalidad más rigurosos que los acogidos por los tribunales europeos, deben prevalecer aquellos: *Scoletta* (2010), 256, 262.

[140] *Renzikowski*, FS Krey, 2010, 425.

[141] Así, *Naucke* (1996), 23 ss., 26; *Renzikowski*, FS Krey, 2010, 409 ss., 413 ss.; *Pastor Muñoz* (2017), 307 ss., 322 ss. Próximos *Silva Sánchez* (2018), 61 ss.; *Navarro-Dolmestch* (2022), 343. Crítico, *Scoletta* (2010), 267.

[142] *Renzikowski*, FS Krey, 2010, 430.

tas se hallen por debajo de la medida del talión. Con todo, lo decisivo es que se trata de hechos integrados en el núcleo duro de los delitos *mala in se*. Más allá de ese núcleo, una construcción similar no sería sostenible. Por lo tanto, otros aspectos del régimen de tales delitos, distintos de la incriminación y el marco penal abstracto, deberían estar sujetos a la prohibición de retroactividad desfavorable. En particular, esto se refiere a posibles declaraciones de imprescriptibilidad o a otros extremos de su régimen jurídico, cuando se establecen *ex post facto*.

5.5. Las medidas de seguridad

74 La cuestión de si las regulaciones de las medidas de seguridad están sujetas al principio de irretroactividad penal ha sido discutida ante la jurisdicción supranacional. Ciertamente, ello no ha afectado a España, donde es tradicional afirmar su sujeción a este principio en virtud de lo dispuesto en el art. 2.1 CP, sino a Alemania donde el tema había sido tradicionalmente objeto de debate.[143] El punto de partida es si la medida de seguridad constituye una sanción penal, en cuyo caso deben asignársele determinadas garantías; un puro tratamiento de protección social, de modo que no tendría sentido que se le apliquen las mismas garantías; o, en fin, una medida preventivo-policial, en cuyo caso cabe dudar. Sin embargo, lo decisivo es que las medidas de seguridad, en este punto igual que las penas, constituyen restricciones de derechos fundamentales. Siguiendo esta línea, la STEDH de 17 de diciembre de 2009 (M. c. Alemania) concluyó que la aplicación retroactiva de la elevación de la duración máxima de la custodia de seguridad —medida de seguridad para imputables peligrosos— llevada a cabo en Alemania vulneraba el CEDH.

5.6. Los cambios jurisprudenciales desfavorables

75 Una cuestión objeto de creciente debate es la de si los cambios jurisprudenciales deben estar sometidos a la garantía del principio de irretroactividad desfavorable.[144] Por ejemplo, constituyen cambios judiciales desfavorables los que —sin incurrir en analogía— conllevan una interpretación más amplia de un tipo o una interpretación más restrictiva de una eximente. Pues bien, por un lado, ello parece contravenir la concepción tradicional de la jurisprudencia como instancia de aplicación de la ley. Basándose en esto, un sector doctrinal insiste en que la jurisprudencia, por regla general, no tiene un alcance trascendente a la resolución del caso concreto. Sin embargo, otra posición objeta que, en un número cada vez mayor de casos, el papel de la jurisprudencia es decisivo para la determinación del ámbito de lo punible. Así las cosas, la tesis de la irretroactividad es sostenida de modo creciente, tanto por la doctrina

[143] En contra, *Welzel*, FS Kohlrausch, 1944, 107, 112 ss.; a favor *Jung*, FS Wassermann, 1985, 875 ss., 878-879. Con matices, *Dannecker* (1993), 289 ss., 309-310.

[144] STC 37/2018, de 23 de abril.

como por la jurisprudencia.[145] En concreto, el TEDH ha venido sosteniendo que existe una vulneración del principio de legalidad cuando la condena o su extensión se basa en la modificación desfavorable de una doctrina jurisprudencial consolidada.[146] En cambio, la posición de los tribunales nacionales no es tan clara.

En el supuesto —prácticamente generalizable— de las leyes relativamente indeterminadas, la interpretación jurisprudencial debe sujetarse al principio de irretroactividad, por razones de protección de la confianza. En efecto, desde la perspectiva del acusado es igual que su condena se fundamente en un cambio legal que en uno jurisprudencial. Además, en la práctica judicial el papel del precedente es muy relevante. En realidad, si se trata de un precedente sentado por el Tribunal Supremo, su carácter vinculante es casi total. Por su parte, los órganos judiciales inferiores se rigen claramente por el auto-precedente y por el precedente vertical, sentado por el órgano respectivamente superior. A lo anterior se une el hecho de que, cada vez más, la función de orientación de las leyes publicadas, todavía no concretadas por la jurisprudencia, es reducida. **76**

Así las cosas, la pregunta es qué hacer cuando se está ante una situación jurídica insegura derivada de leyes vagas o indeterminadas y la jurisprudencia debe sentar un criterio; o bien, cuando la jurisprudencia pretende establecer un nuevo criterio, perjudicial para el reo. Pues bien, en tales casos lo más razonable es absolver al acusado —o, cuando corresponda, aplicarle el criterio anterior— y, mediante un *obiter dictum* de la sentencia, fijar la interpretación de la ley de cara al futuro. Desde luego, ello es lo más respetuoso con la prohibición de la aplicación retroactiva de «disposiciones» desfavorables. En tales supuestos, la absolución debería fundarse en la vulneración del principio de legalidad por la ley de contenido indeterminado, planteando adicionalmente una cuestión de inconstitucionalidad sobre ella. Sin embargo, como no es muy verosímil que suceda algo así, la segunda mejor opción —ya comentada— es que la absolución se funde en un error de prohibición intersubjetivamente **77**

---

[145] A favor, *Hassemer* (1984), 324 ss.; *Tavares* (1997), 136 ss.; *Vidales Rodríguez* (2001), 112 ss., 130; *Ferreres Comellas* (2002), 153 ss., 182, 186; *Oliver Calderón* (2007), 227 ss.; *Gama de Magalhães Gomes* (2008), 141 ss.; *Llobet Anglí* (2011), 895 ss.; *la misma*, InDret 2/2015, 1 ss.; *Bacigalupo* (2012), 74; *Landa Gorostiza*, InDret 4/2012, 1 ss.; *Cuerda Arnau*, RP 31 (2013), 52 ss.; *García Pérez*, Indret 4/2018, 25 ss.; *Perrone* (2019), 369 ss.; *Galante* (2021), 185 ss. En contra, *Schünemann* (1978), 27 ss.; *Montiel Fernández* (2020), 369 ss. Matizadamente, *Neumann*, ZStW 103 (1991), 331 ss.; *Dannecker* (1993), 364 ss., 390.

[146] SSTEDH de 10 de octubre de 2006 (Pessino c. Francia); y de 14 de abril de 2015 (Contrada c. Italia). Especialmente trascendente para España fue la STEDH de 21 de octubre de 2013 (Del Río Prada c. España). En la STS 197/2006, de 28 de febrero, el Tribunal Supremo modificó su doctrina anterior, pasando a sostener que los beneficios penitenciarios se calculaban sobre la pena global impuesta (en el caso, miles de años) y no sobre el límite de cumplimiento (treinta años). Dicha doctrina —denominada «doctrina Parot»— fue ratificada por el Tribunal Constitucional (STC 39/2012, de 29 de marzo). Con todo, esta última sentencia ya contenía votos particulares que sostenían que se había producido un cambio interpretativo frente a una doctrina consolidada y que se aplicaba retroactivamente, lo que no sería admisible. En la sentencia citada el TEDH estimó que el Tribunal Supremo español había vulnerado el CEDH. El caso es comentado por *Llobet Anglí* (2011), 895 ss.

invencible del sujeto (*cfr. infra* capítulo 25/79).[147] Ello constituye un subterfugio, pues el problema no radica en un déficit del agente, sino del sistema legal. Además, no resuelve el problema en los casos en los que el cambio jurisprudencial no implica la alteración de la frontera de lo prohibido, sino que incide en la medida de la pena.[148] Sin embargo, cuando es viable, resulta comprensible que los tribunales recurran a él porque supone una opción institucionalmente menos traumática.

78 En el ámbito angloamericano está claro que la confianza del ciudadano en la estabilidad de la jurisprudencia constituye un elemento integrado en las garantías (o límites) del Derecho penal. Así, la *ratio decidendi*[149] de las sentencias anteriores constituye un precedente vinculante para las posteriores, que deben atenerse a ella. Ciertamente, de modo previo a la determinación del alcance vinculante o no del precedente, es preciso recurrir a la técnica de la «distinción» entre el caso sobre el que es preciso decidir y los casos resueltos en las sentencias previas supuestamente vinculantes.[150] Es decir, valorar si existe identidad o no entre ellos. Con todo, resulta posible que un órgano judicial se separe del precedente, siempre que lo acuerde por mayoría cualificada y exponiendo las razones que lo justifiquen. Ahora bien, la nueva doctrina sentada por un tribunal que implica un cambio perjudicial para el sujeto enjuiciado no se puede aplicar al caso objeto de enjuiciamiento, sino solo al primer caso que se produce con posterioridad a la modificación de la doctrina jurisprudencial.[151] Aun con todos estos elementos, subsisten no pocos puntos para la duda.[152]

6. LA LEY PENAL EN EL TIEMPO Y LA GARANTÍA DE RETROACTIVIDAD DE LAS DISPOSICIONES FAVORABLES: *LEX MITIOR*

6.1. Cuestiones generales

6.1.1. El fundamento y alcance de la retroactividad de las leyes favorables

79 Una ley es favorable si deroga un tipo o una regla de imputación, reduce su alcance, o bien excluye o disminuye la pena imponible. A su vez, esto último puede venir dado por la introducción de una eximente o de una atenuante antes inexistente, o bien por la eliminación de una agravante existente hasta el

---

147 *Schünemann* (1978), 29; *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 5/61; *Perrone* (2019), 246 ss., 307 ss., 364 ss.

148 *Oliver Calderón* (2007), 245.

149 En la terminología angloamericana: «*holding*».

150 En inglés: «*distinguishing*».

151 En la expresión angloamericana: «*prospective overruling*».

152 El TEDH, en sus sentencias de 25 de mayo de 1993 (Kokkinakis c. Grecia) y de 24 de junio de 1994 (Gragnic c. Francia), entendió simplemente que la existencia de una jurisprudencia constante y publicada hace de esta algo accesible. Por su parte, *Kuhlen*, HRRS 3 (2012), 116, rechaza que un *obiter dictum* pueda «preparar» de modo relevante el cambio jurisprudencial y exige además que este se difunda en medios accesibles a todo el mundo y no solo en la literatura jurídica.

momento. Además, en su regulación legal en España (art. 2.2 CP), el principio de retroactividad de las disposiciones favorables no solo se refiere a hechos pendientes de enjuiciamiento o de recurso. En efecto, su alcance se extiende a los ya enjuiciados, con sentencia firme y en ejecución.[153] Esto significa que la entrada en vigor de una ley favorable constituye un motivo para la revisión de las condenas y, por tanto, una excepción a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes —al efecto de «cosa juzgada»—. En definitiva, su único límite absoluto es el de las condenas ya completamente ejecutadas.

Durante décadas se ha discutido la cuestión de si existe un derecho funda- 80
mental a la retroactividad de las disposiciones favorables. Pues bien, la jurisprudencia constitucional española ha afirmado que la retroactividad favorable tiene anclaje constitucional,[154] pero ha negado su rango de derecho fundamental.[155] Sin embargo, desde la entrada en vigor del art. 49.1, último inciso, de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, lo cierto es que cabe afirmar que la retroactividad de las disposiciones favorables constituye un derecho fundamental también en España. En efecto, este texto, tras establecer la irretroactividad de las disposiciones desfavorables, añade que «si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta». Con todo, la razón de ser de tal derecho no debe identificarse con la del derecho fundamental a la legalidad.[156] Desde luego, no es de naturaleza formal, sino material. Sin embargo, tampoco se basa exactamente en consideraciones de humanidad o de piedad.[157] En realidad, la exigencia de retroactividad de las disposiciones favorables se desprende de la idea de justicia, como valor fundamental del ordenamiento jurídico.[158] En concreto, trae causa del principio de equidad de la sanción o, en otros términos, del respeto al principio de prohibición de exceso —proporcionalidad en sentido amplio—.[159] Así las cosas, si se pretende denunciar su inaplicación judicial mediante el recurso de amparo, debe argumentarse desde la perspectiva del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE), en su relación con la proporcionalidad.

---

[153] Art. 2.2 CP: «Tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo». El TEDH afirma que, en el marco del art. 7 CEDH, la retroactividad favorable no alcanza a las sentencias firmes: SSTEDH de 12 de julio de 2016 (Ruban c. Ucrania); de 18 de febrero de 2020 (Jidic c. Rumanía). Sin embargo, obviamente admite que los Estados puedan establecer un alcance superior.

[154] En el art. 9.3 CE.

[155] SSTC 8/1981, de 30 de marzo; 15/1981, de 7 de mayo; 85/2006, de 27 de marzo; 17/2010, de 27 de abril. A favor de la posición jurisprudencial, *Cuerda Riezu* (1998), 284-286. Críticos, *Huerta Tocildo*, REDConst 39 (1993), 103; *Lascuraín Sánchez* (2000), 55 ss.

[156] *Cuerda Riezu* (1998), 282. Sin embargo, en sentido opuesto, *Huerta Tocildo*, REDConst 39 (1993), 98 ss., 103; *Lascuraín Sánchez* (2000), 62 ss.; ya *Grünwald*, FS Arth. Kaufmann, 1993, 437.

[157] STS 1325/1997, de 31 de octubre.

[158] Próximos, *Dannecker* (1993), 403 ss.; *Lascuraín Sánchez* (2000), 15; *Fernández* (2015), 107 ss.

[159] *Lascuraín Sánchez* (2000), 127; *Frígols i Brines* (2004), 397 ss.; *Oliver Calderón* (2007), 261 ss. Otras posiciones aluden, en cambio, a la relación entre los arts. 9.3 y 25.1 CE.

81 Esta conclusión se puede ilustrar con base en un argumento de dogmática de la teoría del delito. Ciertamente, la ley posterior favorable no tiene la capacidad de borrar ni de rebajar el injusto culpable cometido por el sujeto en el momento de realizar el hecho. Ahora bien, lo que sí puede hacer, en primer lugar, es eliminar o reducir su punibilidad. Así, por ejemplo, la aplicación retroactiva de una causa de justificación generada en virtud de la promulgación de una nueva ley no implica justificar retroactivamente la conducta antijurídica realizada en su día, sino únicamente excluir la punibilidad de esta. En este sentido, la ley posterior favorable constituye un hecho sobrevenido con efecto postdelictivo eximente o atenuante. Además, en segundo lugar, la ley favorable puede impedir la perseguibilidad del hecho. En fin, en tercer lugar, puede afectar a las condiciones de la imposición y ejecución de la pena. Como se verá, en función de a cuál de estos ámbitos afecte, debe ser ubicada en uno de los subconceptos del concepto amplio de punibilidad (*cfr. infra* capítulo 27/61).

6.1.2. Los límites de la retroactividad favorable

82 La fundamentación del principio de retroactividad favorable en consideraciones de equidad hace posible que existan limitaciones a su vigencia.[160] En particular, entre otros, su alcance se ve limitado por la promulgación de leyes temporales, o por la inclusión de disposiciones transitorias en la ley posterior favorable. En efecto, en un sistema como el español, en el que la retroactividad de las leyes favorables alcanza a sentencias firmes, es razonable que su aplicación se armonice con el interés público en la intangibilidad de la cosa jugada. Así, es frecuente que las disposiciones transitorias pongan límites a la revisión de condenas firmes por razón de la entrada en vigor de una ley favorable. Además, por el mismo motivo, la cuestión de si existe una auténtica situación de sucesión de leyes en el tiempo, de modo que la ley promulgada es, efectivamente, «posterior» a otra, admite precisiones interpretativas. En fin, y de nuevo por idéntica razón, debe someterse a un examen distintivo la cuestión de si la ley posterior es realmente «favorable». Al respecto es necesario distinguir dos grupos de casos. Por un lado, aquel en el que se produce un auténtico cambio valorativo. Por otro, aquel en el que la ley posterior no expresa un cambio de percepción acerca de la gravedad del hecho, sino solo una actualización del criterio de su medición. Es decir, un cambio de circunstancias. Con todo, esto no significa que sea siempre sencillo distinguir cuándo nos hallamos ante lo uno o lo otro. Sobre todo, cuando entran en juego disposiciones extrapenales de complemento.

83 También en esta materia se han dado tensiones entre el TJUE y el Tribunal Constitucional italiano, con el debate sobre la primacía del Derecho de la Unión Europea como telón de fondo. En lo que aquí interesa, tuvo especial resonancia el denominado «caso Berlusconi». En efecto, en él se discutía si

[160] *Oliver Calderón* (2007), 323 ss.; *Bascuñán Rodríguez*, REJ 23 (2015), 11 ss.

debía prevalecer la protección de los intereses financieros de la UE o bien el principio de aplicación retroactiva de las disposiciones favorables, propio del Derecho italiano.[161] Finalmente, prevaleció este último.

6.2. La lex tertia y la ley intermedia

84 La jurisprudencia es pacífica en el sentido de que, para valorar si una ley posterior es más favorable que la anterior —o no—, es preciso tomar como referencia las disposiciones completas de ambas leyes.[162] Esto supone excluir la posibilidad de construir una «tercera ley» formada con retazos de la ley derogada y de la derogatoria.[163]. Así pues, un mismo hecho no puede ser enjuiciado acudiendo a un cuerpo legal para determinar la tipicidad y, luego, al otro para proceder a la determinación de la pena. En realidad, la denominada *lex tertia* es una ley inexistente, que resulta de la mezcla de los aspectos más favorables de dos leyes que se suceden en el tiempo. Ahora bien, sí pueden aplicarse leyes distintas a hechos distintos, aunque tales hechos se juzguen en un único procedimiento y sean objeto de una única sentencia. Además, existen opiniones en el sentido de que puede determinarse la pena con arreglo a la ley derogada y luego, para la ejecución de la pena, seguirse los criterios de la nueva ley. El argumento que se esgrime en este punto es la diferencia esencial entre las normas de imposición de penas —normas de sanción— y las normas de ejecución de la pena ya impuesta.

85 Por otro lado, también se discute el caso de la denominada «ley intermedia». Así, la doctrina se manifiesta mayoritariamente en el sentido de que, cuando se dé una situación de sucesión de tres o más leyes y exista una ley intermedia más benigna, el juez debe aplicarla. Además, algunos textos legales en el Derecho comparado prevén explícitamente esta solución que, aparentemente, es también la acogida por la jurisprudencia española. Con todo, una postura minoritaria considera que no hay razones para sostener la aplicación de una ley que no estaba vigente en el momento de cometer el hecho, ni tampoco lo está en el momento de enjuiciarlo.[164] Así, esta posición argumenta que si la pena, o una determinada medida de pena, se consideraba necesaria, proporcionada e idónea en el momento de la comisión del hecho y lo sigue pareciendo en el momento del enjuiciamiento, deberían decaer, por razones materiales, los argumentos que normalmente se esgrimen a favor de la retroactividad favorable. Además, es cierto que, en ocasiones, las situaciones de ley intermedia son el producto tardío de una ley favorable dictada *ad hoc*, que después se ve derogada.[165]

---

[161] STJUE de 3 de mayo de 2005 (c. Berlusconi y otros), comentada por *Oliver Calderón* (2007), 326 ss.; *Satzger* (2011), 871 ss.

[162] STC 131/1986, de 29 de octubre; SSTS 630/2010, de 29 de junio; 107/2018, de 5 de marzo.

[163] Sin embargo, admitiéndola con límites, *Bascuñán Rodríguez*, PolítCrim 14 (2019), 173 ss.

[164] Así *Oliver Calderón* (2007), 422 ss.

[165] *Pecorella*, LH Marinucci, I, 2006, 629 ss.

86 Sin embargo, también existen casos en los que el enjuiciamiento de la conducta conforme a una ley posterior favorable puede ser impedido por la existencia de dilaciones del procedimiento no atribuibles al imputado. En supuestos así, este habría tenido el derecho a ser juzgado conforme a aquella ley y, frente a tal derecho, no parece legítimo esgrimir otra que entrara en vigor con posterioridad, convirtiendo a aquella en intermedia. De modo general, es importante disuadir al legislador de la adopción tanto de leyes favorables *ad hoc* como de leyes perjudiciales *ad hoc*, que aprovechan el lapso que se produce entre la comisión del hecho, su conocimiento y el enjuiciamiento de este. Pues bien, a tal efecto parece necesario garantizar la posibilidad de aplicación de la ley intermedia favorable, aunque esta no deba aplicarse en todo caso.[166] En efecto, es preciso discernir cuál es el fundamento de la aplicación de una ley intermedia. A saber, si se basa en la retroactividad favorable de esta con respecto a la ley vigente en el momento de comisión del delito o, por el contrario, en la irretroactividad de la ley vigente en el momento del enjuiciamiento. En efecto, esto es lo que permite determinar si lo que está en juego es una cuestión de proporcionalidad o, por el contrario, sencillamente de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos.[167] La argumentación seguida aquí conduce a inclinarse por lo primero, lo que permite adoptar soluciones distintivas.

6.3. Las disposiciones transitorias y las leyes temporales

87 Los efectos de la calificación de la retroactividad favorable como objeto de un derecho fundamental repercuten sobre dos cuestiones polémicas. Por un lado, sobre la figura de las disposiciones transitorias integradas en las leyes, que establecen limitaciones a la aplicación retroactiva de los preceptos favorables de la nueva ley en la que se insertan. Por otro, sobre la institución de las leyes temporales, contempladas en el Código penal como excepciones a la garantía legal de retroactividad favorable. En efecto, las disposiciones transitorias suelen comportar la introducción de matices en cuanto a la aplicación retroactiva de disposiciones favorables en relación con sentencias firmes. Pues bien, estas matizaciones son compatibles con el fundamento material de la retroactividad favorable. En efecto, al vincularse este con la noción de equidad, es preciso abrirlo a consideraciones relativas a los diversos grupos de casos y, en particular, a la fuerza que tiene el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. Ello permite alcanzar determinadas fór-

---

[166] Como se ha indicado, un supuesto especialmente discutido en la Argentina es el «caso Muiña», relacionado con el contenido del artículo 7 de la Ley 24.390, vigente desde 1994 hasta 2001, y derogada entonces por la Ley 24.430. Aquella norma intermedia disponía que, pasados dos años en prisión preventiva, el cómputo de la pena a aplicar al condenado sería de «dos por uno» —dos días de prisión por uno de prisión preventiva—. Un aspecto discutido concretamente es si la retroactividad favorable, en particular, en el caso de leyes intermedias, rige en el ámbito de los delitos de lesa humanidad.

[167] *Grünwald*, FS Arth. Kaufmann, 1993, 437.

mulas de equilibrio valorativo entre la garantía material representada por la retroactividad favorable y la garantía de seguridad jurídica derivada del efecto de cosa juzgada.[168]

Por su parte, el art. 2.2 *in fine* CP español dispone que «los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario». Ahora bien, para la aplicación de este texto es necesario decidir si el concepto de ley temporal abarca no solo las leyes temporales formales, sino también las que cabe denominar materiales. Las primeras establecen la fecha en la que expira su plazo de vigencia. En cambio, las segundas, no lo hacen, sino que su naturaleza debe inferirse de la temporalidad de su objeto y de su finalidad de afrontar una situación excepcional determinada. Así las cosas, la cuestión es si debe reputarse temporal aquella ley cuya finalidad es hacer frente a una situación de guerra, o bien de crisis económica, sanitaria o ambiental. Esto último, por su parte, da lugar a la introducción de delitos excepcionales o al incremento de la pena de ciertos delitos ordinarios. Pues bien, la respuesta debe ser positiva.[169] En todos estos casos cabe justificar razonablemente frente al autor por qué a él se le sigue castigando, pese a la pérdida de vigencia o a la derogación de la legislación formal o materialmente temporal. En efecto, la estimación de la retroactividad favorable de la legislación de «normalidad», posterior a la temporal, determinaría que, en la práctica, se perdiera el especial refuerzo que las previsiones de las leyes temporales suelen representar para las normas de conducta. Ello, desde luego, al menos en la última fase de su período de vigencia, en la que ya puede presumirse que el enjuiciamiento del hecho tendrá lugar en un período de normalidad. 88

Como se adelantó, también esto hace necesaria una reconstrucción material-normativa del alcance del derecho a la aplicación retroactiva, esto es, una precisión del sentido en el que una ley posterior es «favorable». Desde luego, si se entendiera que existe un derecho fundamental radicalmente incondicionado a la aplicación retroactiva de las disposiciones favorables, habría que concluir que el legislador no puede configurar leyes con vigencia temporal —formales o materiales—. En efecto, tales leyes, al afectar al contenido esencial del derecho fundamental a la aplicación retroactiva de las disposiciones favorables, serían inconstitucionales. Sin embargo, la irrazonabilidad de esta conclusión obliga precisamente a una interpretación restrictiva-teleológica de lo que debe entenderse como ley favorable.[170] En este sentido, una ley más favorable es solo aquella que, por implicar un evidente cambio de valoración no sujeto a un cambio de circunstancias, permite fundamentar que la imposición del castigo ya no sea equitativa. 89

[168] SSTC 69/2000, de 13 de marzo; 83/2022, de 27 de junio.

[169] En contra, *Dannecker* (1993), 445 ss., 534; *Oliver Calderón* (2007), 431 ss.

[170] *Silva Sánchez*, EPC XVI (1993), 424 ss.

6.4. La retroactividad favorable y las disposiciones de complemento de las leyes en blanco

90 Un aspecto concreto de lo anterior es la discusión sobre la aplicación retroactiva de las disposiciones extrapenales de complemento de las leyes penales en blanco, en el caso de ser favorables. Ciertamente, esta debe ser apreciada pues tales disposiciones son leyes penales a todos los efectos.[171] Sin embargo, ello debe llevarse a cabo teniendo en cuenta que el derecho fundamental a la retroactividad de las disposiciones favorables no es absoluto. En efecto, como ya se ha indicado, su fundamento no se halla en la legalidad, sino en la equidad. Por lo tanto, solo obliga a la aplicación de disposiciones posteriores, supuestamente más favorables, cuando ello es preciso para cumplir el principio de prohibición de exceso. A tal efecto, debe distinguirse entre disposiciones que son solo favorables en sentido formal y aquellas que, además, lo son materialmente.

91 Así pues, no debe aplicarse retroactivamente una nueva disposición aparentemente más favorable para el reo cuando su entrada en vigor no tiene el sentido de una nueva valoración del hecho cometido en su día. Es decir, cuando no conduce a entender que ya no se reputa equitativo sancionar la conducta del sujeto, realizada antes de la entrada en vigor de la nueva ley.[172] Por regla general, ello sucede cuando la nueva disposición, aparentemente más favorable, responde a un cambio de circunstancias. Sin embargo, lo decisivo no es tanto si el cambio es de naturaleza fáctica o valorativa, sino si cabe emitir un juicio acerca de que el castigo del hecho es equitativo o, por el contrario, ya no lo es.[173] Por lo tanto, el órgano judicial debe efectuar una reducción teleológica de lo que debe entenderse como ley penal favorable.[174]

92 Las consideraciones efectuadas a propósito de las leyes penales en blanco permiten afirmar que una ley penal puede ser configurada como ley temporal —y por tanto, quedar blindada frente a la aplicación retroactiva de una ley posterior favorable— por tres vías distintas. Por un lado, mediante su expresa formulación como tal, estableciendo un plazo de vigencia. Por otro, porque materialmente responda a la necesidad de afrontar una situación excepcional. En fin —y esto es lo más frecuente en la práctica—, porque adquieran tal carácter en virtud de su remisión a una disposición extrapenal, que a su vez tenga un carácter temporal expreso o implícito. Así, por ejemplo, el delito de desobediencia adquiere una condición de ley temporal cuando se vincula a disposiciones extrapenales temporales, que se corresponden con una situación de crisis económica o alarma sanitaria. En todo caso, no siempre es fácil determinar si una disposición extrapenal de complemento ha sido modificada por

---

[171] SSTS 1210/2001, de 11 de junio; 571/2006, de 21 de abril. *Frígols i Brines* (2004), 535 ss.; *Oliver Calderón* (2007), 340 ss., 454 ss.

[172] Próximo *Dannecker* (1993), 434 ss., 532.

[173] *Dannecker* (1993), 434 ss., 532.

[174] *Silva Sánchez*, EPC XVI (1993), 424 ss.

un cambio de criterio valorativo o en virtud de la producción de un cambio de circunstancias.[175]

6.5. La retroactividad de las interpretaciones jurisprudenciales favorables

93 Existe discusión sobre si deben ser objeto de aplicación retroactiva las interpretaciones jurisprudenciales favorables posteriores a la comisión del hecho delictivo.[176] Pues bien, si se parte (i) de que la jurisprudencia desempeña una función de complementación de la ley y (ii) del principio general de retroactividad favorable, esta cuestión debe responderse afirmativamente. Por tanto, ante un cambio jurisprudencial favorable es preciso seguir el mismo criterio que con la retroactividad de leyes. Si la modificación interpretativa responde a un cambio de circunstancias, no procede su aplicación retroactiva. Ahora bien, si el cambio es valorativo, entonces sí debe aplicarse retroactivamente, matizando el alcance de la retroactividad. Además, el problema se suscita de modo diverso en los casos en los que el hecho se encuentra todavía pendiente de enjuiciamiento o de recurso, y aquellos en los que ya ha sido objeto de sentencia firme. En efecto, si no se ha dictado sentencia, o esta no es firme, la aplicación retroactiva de interpretaciones favorables puede tener lugar en la propia sentencia de primera instancia, o en la que resuelva la vía de recurso. A este respecto, todo parece indicar que las doctrinas jurisprudenciales favorables al reo son sistemáticamente tomadas en consideración con efectos retroactivos.[177]

94 En cambio, si la sentencia ya es firme y se halla en ejecución, la cuestión es por qué vía procesal cabe canalizar dicha aplicación y con qué límites, dado que afecta al efecto de «cosa juzgada». Pues bien, esta no puede ser otra que el recurso de revisión de sentencias firmes, de modo que es preciso preguntarse si una nueva doctrina jurisprudencial favorable al reo concreto puede ser considerada «hecho nuevo» a los efectos de la interposición de aquel recurso (art. 954 LECrim). Desde luego, el problema afecta a los cambios jurisprudenciales favorables producidos en virtud de sentencias del Tribunal Supremo. Sin embargo, también debe considerarse a propósito de los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional y de las del TEDH, estimatorias de los correspondientes recursos.

95 En este punto procede llevar a cabo un balance diferenciado. Así, en lo que hace a las sentencias del Tribunal Supremo, este mismo ha rechazado que sus cambios doctrinales favorables al reo puedan constituir «hecho nuevo» en el

---

[175] La STS 548/2008, de 17 de septiembre, absuelve de contrabando de leche de Estonia al sobrevenir la adhesión de este país en la UE, lo que interpreta como producción de un cambio valorativo. Sin embargo, el cambio, a los efectos de la normativa sobre contrabando, respondía evidentemente a razones fácticas y el hecho seguía siendo merecedor de pena.

[176] A favor *Tavares* (1997), 136-138; *Gama de Magalhães Gomes* (2008), 154 ss.

[177] *Vidales Rodríguez* (2001), 150 ss.

sentido mencionado.[178] Esto pone de relieve que sería preciso modificar la regulación del recurso de revisión para contemplar específicamente la posibilidad de interponerlo en tales casos. En cambio, las sentencias del Tribunal Constitucional sí han sido consideradas «hecho nuevo». Además, esta calificación no es aplicable solo a las sentencias que anulan preceptos legales, sino también a las sentencias interpretativas y, en general, a los contenidos de las *rationes decidendi* que tienen un efecto favorable al condenado.[179] En fin, las sentencias del TEDH que han condenado a España por considerar que una sentencia española ha vulnerado el CEDH tampoco se reputaron inicialmente como constitutivas de un hecho nuevo. En efecto, el Tribunal Constitucional entendió que la negativa del Tribunal Supremo a admitir el recurso de revisión con base en el dictado de una sentencia condenatoria del TEDH no vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva.[180]

96 Ahora bien, en este último punto, la situación cambió con ocasión de la reforma de la LOPJ en 2015. Con todo, es necesario precisar que el objeto de dicha reforma no fue afrontar la cuestión de la aplicación retroactiva de las interpretaciones jurisprudenciales favorables, sino simplemente establecer el modo de atribuir efectos en España a las sentencias del TEDH. Así, de conformidad con el art. 5 bis LOPJ: «Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión».[181]

7. LA EXIGENCIA DE *LEX STRICTA* Y LA PROHIBICIÓN DE ANALOGÍA

7.1. La analogía *in malam partem*

97 El art. 4.1 del Código civil español establece que la aplicación de las leyes es analógica cuando se extiende a un supuesto específico no contemplado en ellas, pero que guarda «identidad de razón» con uno sí regulado.[182] Por su

---

[178] Así, el Pleno para unificación de doctrina de 30 de abril de 1999 y la STS de 26 de enero de 2000.

[179] Más allá de los efectos directos del art. 40.1 LOTC; así, STC 150/1997, de 29 de septiembre. *Vidales Rodríguez* (2001), 211 ss.

[180] *Ripol Carulla* (2007), 143 ss., 183 ss.

[181] Estos criterios se concretan, para el orden procesal penal, en el art. 954.3 LECrim, que añade que: «En este supuesto, la revisión solo podrá ser solicitada por quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido Tribunal».

[182] En concreto: «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». *Zaccaria*, RIDPP 1989,1535 ss.

parte, el art. 4.1 CP español señala «las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». En términos similares, el art. 4.2 del Código civil español dispone que «las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». Por tanto, la garantía de *lex stricta* implica la proscripción del recurso a la analogía en Derecho penal. Sin embargo, el consenso en este punto solo alcanza a la prohibición de la analogía *in malam partem*, es decir, a la que se produce en perjuicio del reo.[183] En España, tal prohibición se comprende en el contenido del derecho fundamental a la legalidad penal establecido en el art. 25.1 CE. Por lo que respecta a su fundamento, este es el mismo de la reserva de ley, a saber, la expresión del principio mayoritario-democrático y la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad.[184]

98 La analogía prohibida comprende la ampliación, más allá de lo que permite el sentido lingüístico de su texto, del alcance de los tipos básicos y cualificados, de las reglas de la Parte General que fundamentan la responsabilidad, así como de las descripciones de las circunstancias agravantes. En efecto, la doctrina dominante sienta la frontera entre interpretación —extensiva— y analogía en el tenor literal posible del texto legal. Así las cosas, es la aproximación lingüística al texto la que fija el límite de la interpretación lícita.[185] Sin embargo, la realidad es que no resulta fácil distinguir lo uno y lo otro, porque la diferencia es de grado (*cfr. infra* capítulo 6/47). En este punto, basta con pensar en el sentido literal de cláusulas generales como las de «especial gravedad», «cantidad de notoria importancia» o bien «muy cualificada».

99 La prohibición de analogía se dirige, en primer lugar, al juez. Sin embargo, también tiene como destinatario al propio legislador, aunque en este caso se entienda como una manifestación concreta del mandato de determinación.[186] En efecto, la analogía se denomina intratípica —o, en general, interna— cuando el legislador recurre a ella en la redacción de un tipo o de una regla general agravatoria. Ello se puede advertir en el empleo de cláusulas de recogida como las de «u otro medio similar», «o de cualquier otro modo», que se contienen en muchos textos legales.[187] Con todo, existe una opinión razonable, que sostiene que esta técnica no constituye una expresión de analogía, sino que consiste en una mezcla de las técnicas de la cláusula general y el casuismo. Más aún, considera que es exactamente inversa a la analogía y que contribuye a la orientación de los ciudadanos, respetando el principio de legalidad. Así sucede cuando la cláusula en cuestión se combina con un método ejemplificativo

---

[183] Ya *Alfonso de Castro* (1568), lib. I, cap. VII.

[184] *Krey* (1977), 230.

[185] *Krey* (1977), 53.

[186] *Kuhlen*, FS Otto, 2007, 98; *el mismo* (2021), 140 ss.

[187] Crítico, *Krey* (1977), 31-32.

—esto es, con los denominados «ejemplos típicos»—.[188] En concreto, cuando se enumeran algunos de los casos que el legislador reputa similares. En realidad, el razonamiento analógico con base en casos claros siempre puede constituir una vía para la restricción interpretativa de un tenor legal demasiado abierto.

100 Una operación próxima a la analogía *in malam partem*, pero que no está claramente proscrita, es la reducción teleológica de las eximentes o atenuantes. En efecto, la reducción teleológica constituye una modalidad de interpretación restrictiva de un texto que conduce a excluir su aplicación a ciertos casos comprendidos claramente dentro de su sentido literal.[189] Así las cosas, la razón de la no aplicación del texto a casos comprendidos en su núcleo es que en ellos no concurre el fundamento material (el *telos*) de la institución regulada en el texto. La reducción teleológica puede aplicarse a una disposición que fundamenta o agrava la responsabilidad, en cuyo caso plantea menos problemas. En cambio, resulta bastante más problemática su aplicación a disposiciones que favorecen el reo. Pese a ello, la doctrina se ha servido de ella de forma casi constante. Ejemplos de esta forma de proceder son el modelo del delincuente racional en la aplicación de las reglas del desistimiento de la tentativa, la doctrina de las restricciones ético-sociales de la legítima defensa o el principio de primacía de las instituciones en las causas de justificación.

7.2. La analogía *in bonam partem*

101 La analogía se denomina *in bonam partem* cuando el razonamiento analógico se aplica a los tipos privilegiados, a las eximentes y a las atenuantes, extendiéndolos más allá de su tenor literal.[190] Un procedimiento similar a este es el de la reducción teleológica de los tipos penales, así como de las reglas de imputación y agravantes. En efecto, la restricción del alcance de los tipos puede practicarse atendiendo a consideraciones de lesividad, es decir, de si se ha producido o no la lesión del bien jurídico, una vez realizado gramaticalmente su tenor. En cambio, ha sido más discutida la restricción, una vez constatada incluso la lesividad, por criterios vinculados a la relevancia penal del comportamiento. Ahora bien, esta es precisamente la pretensión de la doctrina de la conducta típicamente desaprobada, como teoría de la articulación de la libertad de acción de unos y libertad de no-pasión de otros. En este punto se trata, por un lado, de un conflicto macrosocial, que tiene lugar entre los autores y las víctimas potenciales. Sin embargo, también es intrapersonal, en la medida en que lo experimenta el propio agente, a partir de la contraposición de sus intereses como autor y como víctima potencial.

---

[188] En alemán, «*Regelbeispiele*». Al respecto, *Krey* (1977), 223-225; *Lewisch* (1993), 74-75; *Navarro Frías* (2010).

[189] La introducción de esta figura se debe a *Karl Larenz* (1903-1993).

[190] *Delitala*, RIDPP 1936, 605 ss.; *Montiel Fernández* (2009); *el mismo* (2020), 91 ss.

A todo ello se ha opuesto la concepción positivista-textualista de dichos preceptos, así como, en las últimas décadas, la entrada en juego del papel de la víctima, que obliga a entender los tipos y las eximentes desde una perspectiva de equilibrio. Con todo, la doctrina, aunque lejos de la unanimidad, admite mayoritariamente la reducción de los tipos y la analogía en favor del reo, con base en una visión teleológica-garantista de los textos legales.[191] De hecho, el recurso a la argumentación analógica *in bonam partem* ha sido absolutamente común en el ámbito judicial. Ahora bien, un sector, particularmente relevante en España, la ha considerado también prohibida en virtud de una concepción rígida del principio de legalidad.[192] Esta se pretende apoyar en el tenor del art. 4 CP español,[193] sobre cuya constitucionalidad existen dudas.[194] Como se ha indicado, la entrada del criterio de protección de las víctimas en el análisis de las instituciones jurídico-penales ha modificado el panorama, como mínimo parcialmente. Así, de modo creciente se rechaza la posibilidad de que un intérprete cree espacios de impunidad supuestamente *contra legem* mediante la reducción teleológica de los tipos y de las circunstancias agravantes. Igualmente es discutido que lo haga *praeter legem*, mediante la construcción de eximentes supralegales. Esto puede tener lugar en virtud del recurso a la analogía *in bonam partem*, o bien mediante procedimientos de extensión teleológica. 102

III. LA LEY PENAL EN EL ESPACIO: EL ALCANCE DE LA SOBERANÍA DEL ESTADO

1. LA RELEVANCIA DEL FACTOR TERRITORIAL

1.1. Como determinante de la protección de la libertad negativa

Para comprender plenamente el alcance del principio de legalidad es preciso considerar que la legislación penal tiene, como regla general, una vigencia territorial. En efecto, ello responde precisamente a su especial vinculación con la soberanía estatal y al hecho de que el territorio constituye, junto con la 103

---

[191] *Huerta Tocildo*, REDConst 39 (1993), 105; *Erb*, ZStW 108 (1996), 271; *Gimbernat Ordeig* (1999), 47-48; *Kuhlen*, FS Otto, 2007, 97; *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 4/42-43; *Cerezo Mir*, PG, 2008, 207.

[192] Por todos, *Otero González* (2003), 15 ss. Ya, el art. 65 del Código penal francés de 1810: «*Nul crime ou délit ne peut être excusé, ni la peine mitigée, que dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable, ou permet de lui appliquer une peine moins rigoureuse*».

[193] «1. Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. 2. En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal. 3. Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo».

[194] *Montiel Fernández* (2009), 102 ss.; *Silva Sánchez* (2018), 183 ss.

población y el gobierno, uno de los elementos esenciales del Estado. En este sentido, el art. 8.1 CC español señala que «las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español». Por su parte, el art. 23.1 LOPJ indica que «en el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de los buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte».

104 Dentro del territorio del Estado, las normas de conducta no rigen solo frente a los integrantes de la comunidad política, es decir, frente a los nacionales con derecho a voto. Por el contrario, se aplican a todos «los que se hallen» en el territorio, aunque no sean nacionales. Ello no solo comprende a los extranjeros que tienen la condición jurídica de residentes legales, sino también a cualesquiera otros sujetos que vivan en el territorio o pasen por él de modo temporal —así, los turistas—. Como señala la expresión clásica, «el peregrino en territorio ajeno es un súbdito temporal y se somete a las leyes del lugar».[195] En suma, todos los que se hallan, aun circunstancialmente, en el territorio del Estado y, por tanto, se benefician de la protección de su legislación penal son susceptibles de incurrir en responsabilidad penal si cometen un hecho delictivo. Al menos, eso es lo que señala la doctrina.[196]

105 Sin embargo, esta conclusión puede ser parcialmente discutida. En efecto, la cuestión es si basta con que el Estado dispense protección jurídico-penal a una persona para que aquel pueda exigirle legítimamente a esta el cumplimiento de las normas penales de conducta. Es decir, si cabe aceptar la máxima «protejo, luego obligo».[197] Ciertamente, este concepto de protección plantea el problema de que se refiere solo a la libertad negativa de la persona frente a agresiones de terceros y del propio Estado. Además, la máxima citada no entra ni en el alcance de esa protección, ni en el contenido concreto de la obligación. De este modo, es el Estado quien decide sobre el alcance tanto de la una como de la otra, en los términos de una especie de contrato de adhesión.

106 Con todo, también es cierto que incluso este modelo teórico —el propio del contractualismo autoritario—, que procede del siglo XVII, posee todavía hoy una importante virtualidad crítica. En efecto, la fragilidad ontológica de todas las personas se ve paliada en virtud del cumplimiento por el Estado de su función de protección negativa. Sin embargo, siguen existiendo supuestos dramáticos de desprotección de la libertad negativa de muchas personas, tanto nacionales como extranjeros —inmigrantes, refugiados—. En estos casos, la fragilidad básica no es reducida lo más mínimo. Basta pensar en quienes, de

---

[195] En el original: «*peregrinus in alieno territorio est subditus temporarius* y *subditus temporarius legibus loci subjicitur*». Sobre esta máxima, que procede de Grocio, *Bierling* (1894), 120 ss.

[196] *Chehtman* (2013), 93 ss.

[197] Así, «*protego, ergo obligo*», que, en la interpretación de la obra de Hobbes por parte del constitucionalista y politólogo Carl Schmitt (1888-1985), es el «*cogito, ergo sum*» de la teoría del Estado.

niños, fueron secuestrados por algún grupo guerrillero o alguna organización criminal y, tras el correspondiente lavado de cerebro, pasan a actuar como soldados de la guerrilla o miembros de la organización. Igualmente, hay que tener presentes a las víctimas de la trata de personas, que, a su vez, pasan a cometer delitos por cuenta de la mafia que trafica con ellas. Del mismo modo, puede imaginarse la situación de quienes viven en barrios, villas o favelas, en las que la policía ni siquiera se atreve a entrar. Pues bien, en todos estos casos no se cumple la premisa del «*protego*», de modo que no puede predicarse fácilmente la conclusión «*obligo*». Por eso, en el caso de las víctimas de la trata de personas existen, tanto en el plano nacional como en el internacional, eximentes de responsabilidad, de alcance mayor o menor, mediante las que se trata de afrontar este problema. Otro tanto es preciso construir para el resto de los grupos de personas mencionados (*cfr. infra* capítulo 27/106).

1.2. La cuestión de la libertad formal: la autolegislación

A lo largo del siglo XX se han introducido otros elementos adicionales, tanto 107
formales, como materiales, en la discusión sobre este punto. Así, en las últimas décadas se han desarrollado doctrinas que tratan de limitar el modelo contractualista inicial desde la perspectiva de la democracia deliberativa.[198] Estas posiciones sostienen que, para vincular a una persona, la ley correspondiente tiene que ser expresión de la autolegislación de una comunidad de deliberación política. Ahora bien, esto plantea el problema de la menor vinculación de los menores y de los extranjeros, puesto que ni unos ni otros participan en la formación del consenso a través de las instituciones deliberativas del país del que se trate. La menor vinculación de los menores incide, según es común plantear, en el peculiar régimen jurídico-penal que estos tienen (*cfr. infra* capítulo 23/111). En cuanto a los extranjeros que no padecen ninguna desventaja socioeconómica —así, los turistas—, su condición no ha sido objeto de especial teorización. Por tanto, nadie sostiene una hipotética atenuación de responsabilidad, por no haber formado parte del consenso político. En cambio, lo que sí se ha planteado es la insuficiencia del dato de la participación de un sujeto en los procesos político-deliberativos para sostener que el Estado punitivo se halla plenamente legitimado para castigarle si comete un delito.

1.3. La protección estatal de la libertad positiva

Como ya se ha indicado, progresivamente se ha ido advirtiendo el problema 108
representado por la exclusión socioeconómica y cultural de algunos grupos sociales integrados formalmente, incluso de modo permanente, en el territorio del Estado. De nuevo, se trata aquí del incumplimiento de funciones de corrección de situaciones de fragilidad drástica de las personas. En particular,

---

[198] Sobre ellas, *Cigüela Sola*, InDret 2/2017, 14 ss.; *Silva Sánchez* (2018), 71 ss.

se ha discutido el problema de la extrema pobreza económica, sociocultural y espiritual.[199] En efecto, no puede hablarse de que una comunidad política se oriente al bien común si no se dan las condiciones mínimas de realización plena de las personas que la integran. En concreto, si no se atiende a la satisfacción de las necesidades básicas de todos y cada uno de quienes habitan en el territorio: alimento, vivienda y trabajo; educación, cultura y sanidad.

109 Ciertamente, lo más coherente con su dignidad es que cada persona pueda subvenir a sus necesidades personales y familiares mediante el trabajo. En segundo lugar, que, si ello no es posible, sean las instituciones más cercanas a las personas las que le proporcionen su ayuda. Ahora bien, en la medida en que las diversas instituciones, de naturaleza asociativa o fundacional, no consigan subvenir a las necesidades de las personas y las familias, entonces el Estado —en virtud del principio político de subsidiariedad— debe organizar la solidaridad del conjunto de la comunidad política. Ciertamente, de modo previo, el real ejercicio igualitario de las libertades positivas —en particular, de la libertad de asociación-requiere una actuación de fomento del Estado.

2. LA VIGENCIA EXTRATERRITORIAL

2.1. La vigencia de las leyes y la teoría de las normas de conducta

110 El art. 8.1 CC parece querer decir que las leyes penales españolas no son vinculantes para los ciudadanos españoles que se hallen en el extranjero. Ahora bien, la cuestión es si con ello se refiere a las normas de conducta o únicamente a las normas de sanción. Pues bien, esto abre el debate sobre la naturaleza de una tercera clase de reglas, a saber, las que establecen la vigencia espacial y personal de las leyes penales estatales. Al respecto, un sector de la doctrina entiende, con diversa terminología, que estas no se refieren a las normas de conducta, sino solo a las de sanción, pues aquellas tienen una vigencia universal.[200] Otro sector, en cambio, sostiene que ya delimitan la posición jurídica de los sujetos y, con ello, el círculo de destinatarios de las normas de conducta.[201]

111 En realidad, el problema no se puede resolver de modo uniforme para las tres clases de delitos ya distinguidas (*cfr. supra* capítulos 1/64; 2/87). En efecto, en el caso de los hechos pertenecientes al núcleo de los delitos *mala in se* las reglas de vigencia personal y territorial de las leyes penales solo se refieren al ámbito de aplicación de las normas de sanción, pues sus normas de conducta tienen vigencia y validez universal. Por tanto, las normas de conducta relativas a la protección de la vida, de la integridad física y moral y de la indemnidad sexual rigen en todo el mundo. En cambio, el tema puede verse de modo distinto en los delitos que se integran en la periferia de los delitos *mala in se*, y

---

[199] *Silva Sánchez*, LH Suárez Montes, 2013, 715 ss.

[200] Sobre ello, *Schneider* (2011), 92 ss.

[201] Así, *Schneider* (2011), 102 ss., 167 ss.; *Pawlik* (2012), 120 ss.

en los *mala quia prohibita*. En estos dos últimos grupos, las normas de conducta no tienen vigencia universal. Así, en lo que respecta a los delitos *mala in se* periféricos, aquellas tienen, probablemente, una vigencia vinculada a ámbitos espaciales que muestran una comunidad histórico-cultural. En cuanto a los *mala quia prohibita*, ni siquiera cabe afirmar esto, pues se trata de delitos de progenie estrictamente estatal, más allá de que puedan existir coincidencias derivadas de la ratificación de tratados internacionales de protección de determinados intereses económico-financieros.

112 Una cuestión claramente distinta de la anterior es si las leyes estatales —y las normas de sanción derivables de ellas— relativas a los delitos *mala in se* nucleares pueden entenderse asimismo vigentes en el extranjero. Ciertamente, a finales del siglo XX existía una tendencia ascendente a responder de modo positivo a esta pregunta. Esta tenía por objeto fundamental el caso de los delitos de lesa humanidad. En efecto, pretendía que estos pudieran ser perseguidos en cualquier país, con arreglo a un principio tendencialmente irrestricto de jurisdicción universal o justicia mundial. Sin embargo, la progresiva consolidación de la jurisdicción penal internacional en las últimas décadas ha ido acompañada de restricciones progresivas del alcance de aquel principio en su gestión por los diversos Estados. En el caso español, esto se percibe con claridad en el texto vigente del art. 23.4 LOPJ.[202] En este punto, la pretensión de un Estado concreto de ejercer una jurisdicción universal tiende a armonizarse con los principios del Derecho internacional público; entre ellos, el de respeto a la soberanía y no injerencia. Por eso está sometida a un límite de subsidiariedad. En concreto, su justificación básica se asienta en razones de necesidad, a saber, la evitación de que determinados delitos muy graves queden impunes por la inactividad de los tribunales del Estado del territorio, en principio competentes para perseguirlos. Así pues, el principio universal se ha convertido, en realidad, en una combinación de criterios de personalidad activa, de personalidad pasiva y de protección, adicionalmente matizados por consideraciones de subsidiariedad (art. 23.5 LOPJ).

2.2. El principio de personalidad activa

113 Las normas de conducta vinculan a los ciudadanos de un Estado que se hallan en el extranjero. Estos, por el mero hecho de viajar fuera del territorio, no dejan de haber participado deliberativamente en la conformación de las leyes estatales. Así pues, la conducta del ciudadano que se encuentra en el extranjero puede infringir las normas de conducta derivadas de las leyes de su Estado. Esta circunstancia proporciona una base democrática para sostener el principio de personalidad activa (art. 23.2 LOPJ), que permite castigar hechos cometidos por nacionales en territorio extranjero. De nuevo, una cuestión

[202] Sobre la conformidad de este texto restrictivo con la Constitución, STC 140/2018, de 20 de diciembre.

distinta es la relativa a la aplicación de la correspondiente norma de sanción. En efecto, por un lado, el Estado no puede proteger a sus nacionales cuando estos se hallan fuera del territorio. Por otro, aquí entran en juego conflictos de normas —de soberanías— que pueden hacer razonable la no punibilidad de esas conductas. Así pues, existen razones materiales tanto para cuestionar la fundamentación democrática de aquel principio,[203] como para limitarlo. Esto último tiene lugar en virtud de dos criterios: por un lado, la exigencia de una doble incriminación del hecho cometido por un nacional en el extranjero; por otro, el respeto al principio de *non bis in idem* (*cfr. infra* capítulo 5/27).[204]

114 Por tanto, el principio de personalidad activa se relaciona, en primer lugar, con el hecho de que los nacionales, en su actuación fuera del territorio, pueden mostrarse como fuentes de peligro para bienes jurídicos extranjeros. Ahora bien, en relación con ese riesgo, el Estado aparece ubicado en una posición de garante por injerencia, en cuya virtud debe someterlos a control. Así, la persecución y sanción de ciertas conductas delictivas cometidas por nacionales en el extranjero puede ser vista como expresión del cumplimiento de ese deber de control. Naturalmente, para tener pleno sentido, esta fundamentación debe integrarse con el reconocimiento de un marco común —una cierta comunidad— entre unos y otros Estados.[205]

2.3. Los principios de personalidad pasiva y de protección

115 Un caso distinto es el que se suscita cuando quien comete el delito es un extranjero y lo hace desde un territorio extranjero. Pues bien, si el hecho en cuestión se integra en el núcleo de los delitos *mala in se*—como, por ejemplo, la mutilación genital femenina—, el sujeto extranjero, aunque se halle en territorio extranjero, infringe las normas de conducta del Estado. En efecto, como se ha indicado, tales normas de conducta, vinculadas a la protección de bienes intrínsecos de la persona, tienen vigencia universal. Otra cosa es que se cuente —o no— con una regla de persecución extraterritorial que eventualmente permita aplicar algún día la respectiva norma de sanción.

116 En cambio, si se trata de un hecho integrado en la periferia de los delitos *mala in se* o entre los *mala quia prohibita*, el caso es distinto. En este supuesto, una pretendida vigencia extraterritorial de la correspondiente norma de conducta del Estado no está sostenida ni siquiera por la relación «protejo, luego obligo».[206] En efecto, cuando, más allá del núcleo de los *mala in se*, un Estado pretende prohibir la realización de una conducta a sujetos extranje-

---

[203] *Chehtman* (2013), 96 ss.

[204] El art. 23. 2 LOPJ requiere, a este respecto, la doble incriminación, así como el respeto del efecto de cosa juzgada.

[205] Este puede ser el fundamento de la persecución extraterritorial de los delitos de corrupción internacional en los negocios cometidos por nacionales.

[206] *Gärditz* (2015), 76 ss.

ros que se encuentran en el extranjero —y sancionarles por la infracción de la norma— parece haber optado, más bien, por un medio de protección de bienes públicos frente a peligros.[207] Es decir, como una medida de seguridad de naturaleza preventivo-general intimidatoria —de coacción psicológica en el sentido de Feuerbach—. Un ejemplo de ello es el delito de blanqueo de activos, cuya regulación española contiene una regla de persecución extraterritorial (art. 301.4 CP).

En efecto, las leyes penales con pretensiones de vigencia extraterritorial en relación con los hechos de la periferia de los delitos *mala in se* y de los *mala quia prohibita*, basadas en los principios de personalidad pasiva o de protección, expresan las tensiones inherentes a la voluntad de aplicar Derecho penal en ausencia de una comunidad política.[208] En ellas se trata de amenazar *ex ante* y reaccionar *ex post* contra hechos lesivos con el fin de prevenir hechos futuros. Desde perspectivas de necesidad,[209] esta pretensión no tiene nada de irrazonable. Por lo demás, en realidad esta situación admite variantes. En primer lugar, el caso en el que la conducta se realiza desde el extranjero, pero el resultado tiene lugar en el territorio nacional. Este supuesto, pese a que se suele entender comprendido en el principio territorial de aplicación del Derecho del Estado —en virtud del principio de ubicuidad—, en realidad ya plantea el problema de su similitud con una agresión externa. En segundo lugar, todos aquellos casos en los que todo el hecho delictivo —conducta y resultado— tiene lugar en el extranjero, pero produce efectos en el territorio nacional. En fin, el último grupo de casos es aquel en el que tanto el delito como sus efectos se consuman y agotan en el extranjero. Este es ya el caso del principio universal con las matizaciones establecidas (art. 23.4 LOPJ).

117

[207] *Pawlik*, FS Schroeder, 2006, 379.

[208] El art. 23.3 LOPJ refiere, en este punto, hechos contra los intereses básicos del Estado y su administración pública, así como contra la familia real.

[209] *Bierling* (1894), 123; *Nagler* (1918), 82: mecanismos de «autoayuda», como las represalias, vetos, o bloqueos; *Pawlik*, FS Schroeder, 2006, 380.

Capítulo 5

LAS GARANTÍAS DEL DERECHO PENAL (II)

Bibliografía seleccionada: Además de la citada en el **capítulo 4**, *Acale Sánchez*, Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho, 2010; *Aguado Correa*, El principio de proporcionalidad en Derecho penal, 1999; *Alastuey Dobón*, La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales, 2000; *Alcácer Guirao*, Autonomía, solidaridad y deber de socorro, ADPCP 2000, 361; *el mismo*, Prevención y garantías: conflicto y síntesis, Doxa 25 (2002), 139; *el mismo*, Límites al deber de socorro, RGDP 26 (2016), 1; *Alonso Álamo*, Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género, CPC 95 (2008), 19; *Alonso Rimo*, El fundamento del Derecho penal y la víctima del delito: una perspectiva integradora, LH Vives Antón, I, 2009, 123; *el mismo*, La publicidad de los antecedentes penales como estrategia de prevención del delito, en: Orts Berenguer (ed.), Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia, 2015, 559; *el mismo*, ¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación, InDret 4/2017, 1; *Ambos*, Strafrecht und Verfassung, FS Merkel, I, 2020, 565; *el mismo*, Derecho penal y Constitución: ¿existe una pretensión al establecimiento de leyes penales, persecución penal e imposición de pena?, RECPC 22 (2020), 1; *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998; *Arroyo/Nieto* (eds.), El principio de *ne bis in idem* en el Derecho penal europeo e internacional, 2007; *Arroyo/Nieto/Schabas* (eds.), Pena de muerte: una pena cruel e inhumana y no especialmente disuasoria, 2014; *Arroyo/Lascuraín/Pérez Manzano* (eds.), Contra la cadena perpetua, 2016; *Atria*, La forma del Derecho, 2016; *Balcarce*, Dogmática penal y principios constitucionales, 2014; *Bascuñán Rodríguez*, Derechos fundamentales y Derecho penal, REJ 9 (2007), 47; *Basso*, Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho, 2019; *Baumann*, Bekämpfung oder Verwaltung der Kleinkriminalität?, GS Schröder, 1978, 523; *Baurmann*, Zweckrationalität und Strafrecht. Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht, 1987; *Beck*, La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad, 1998; *Benlloch Petit*, El principio de *non bis in idem* en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario, PJ 51 (1998), 303; *Bennett*, Invisible Punishment is Wrong — But Why? The Normative Basis of Criticism of Collateral Consequences of Criminal Conviction, Howard J. C. J. 56 (2017), 480; *Berdugo Gómez de la Torre*, La pena de muerte en América Latina, RP 50 (2022), 31; *Berman*, Proportionality, Constraint, and Culpability, CL&Phil 15 (2021), 373; *G. Binder*, Victims and the Significance of Causing Harm, Pace L. R. 28 (2008), 713; *Binding*, Strafgesetzgebung, Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft in normales Verhältnis zueinander, ZStW 1 (1881), 4; *Bloy*, Möglichkeiten und Grenzen der Gewährleistung von Sicherheit durch Strafrecht, en: Mommsen/Bloy/Rackow (Hrsg.), Fragmentarisches Strafrecht, 2003, 9; *Borja Jiménez*, Introducción a los fundamentos del Derecho penal indígena, 2001; *el mismo*, Globalización y concepciones del Derecho penal, EPC XXIX (2009), 141; *Braithwaite*, Crime, Shame and Reintegration, 1989; *Brodowski/Jahn*, Krise und Neuaufbau eines strafverfassungsrechtlichen Ultima Ratio-Prinzips, JZ 2016, 969; *Brown*, Criminal Law's Unfortunate Triumph Over Administrative Law, Journal of Law, Economics and Policy 7 (2010-2011), 657; *Brunhöber* (Hrsg.), Strafrecht im Präventionsstaat, 2014; *la misma*, Funktionswandel des Strafrechts in der Sicherheitsgesellschaft, en: Puschke/Singelnstein (Hrsg.), Der Staat in der Sicherheitsgesellschaft, 2018, 193; *Bülow*, The Harms Beyond Imprisonment, Ethical Theory and Moral Practice 17 (2014), 775; *el mismo*, Treating Inmates as Moral Agents: A

Defense for the Right to Privacy in Prison, Criminal Justice Ethics 33 (2014), 1; *Burchard*, Strafverfassungsrecht: Vorüberlegungen zu einem Schlüsselbegriff, in: Tiedemann *et al.* (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, 2016, 27; *el mismo*, Strafrechtslimitation als Motor der Strafrechtsexpansion, en: Kuhli/Asholt (Hrsg.), Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster, 2017, 21; *Bustos Rubio*, Delitos acumulativos, 2017; *Cámara Arroyo/Fernández Bermejo*, La prisión permanente revisable, 2016; *Carbonell Mateu*, Derecho penal: concepto y principios constitucionales, 1995; *Cardenal Montraveta*, La valoración de la situación económica del penado al determinar el importe de la multa, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 503; *Carnevali Rodríguez*, El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno, PolítCrim 2007, 1; *el mismo*, Derecho penal como *ultima ratio*, Ius et Praxis 14 (2008), 13; *Carpio Briz*, Europeización y reconstitución del *non bis in idem*, en: Mir/Corcoy (eds.), Constitución y sistema penal, 2012, 223; *el mismo*, El canon convencional sobre la prohibición de doble persecución, Justicia: Revista de Derecho procesal 1 (2019), 379; *Castiñeira/Ragués*, Three Strikes. El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, RDPC 14 (2004), 59; *Cid Moliné*, Garantías y sanciones, RAP 140 (1996), 131; *Coca Vila*, La pena de multa en serio, InDret 3/2021, 69; *Coca Vila/Pantaleón Díaz*, Lo intransferible y lo asegurable en el sistema de responsabilidad de los administradores societarios, ADC 2021, 113; *Colomo Iraola*, La pena interminable, RDPC 28 (2022), 13; *Corcoy Bidasolo*, Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, 1999; *la misma*, Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales, RDF 8 (2012), 45; *la misma*, Propuesta de conciliación del principio de ultima *ratio* con la política criminal del siglo XXI, LH Luzón Peña, I, 2020, 71; *Cornacchia*, La vittima nel diritto penale contemporaneo tra paternalismo e legittimazione del potere coercitivo, 2012; *el mismo*, Vittime e giustizia criminale, RIDPP 2013, 1760; *Cuerda Arnau*, Aproximación al principio de proporcionalidad, LH Casabó Ruiz, I, 1997, 452; *Cuerda Riezu*, El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio, ADPCP 2009, 157; *el mismo*, La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión, 2011; *el mismo*, El descuento o la compensación como criterio para evitar un *bis in idem*, LH Landrove Díaz, 2011, 239; *el mismo*, El reconocimiento universal del principio *ne bis in idem* en sentido material como fundamento del concurso de delitos, LH Queralt Jiménez, 2021, 169; *de la Cuesta Aguado*, Sociedad tecnológica y Derecho penal del riesgo, RDyPP 4 (2000), 133; *de la Cuesta Arzamendi*, El principio de humanidad en Derecho Penal, Eguzkilore, 23 (2009), 209; *el mismo*, Actualidad del discurso penal ilustrado: el principio de humanidad, DPC 41 (2012), 115; *el mismo*, Vigencia y actualidad del principio de resocialización, LH Mir Puig, 2017, 299; *el mismo*, Hacia la abolición universal de la pena de muerte: desarrollos recientes, LH Arroyo Zapatero, II, 2021, 803; *el mismo*, Consecuencias menos visibles (u ocultas) de la condena en el sistema español, RP 50 (2022), 53; *Dan-Cohen*, Harmful Thoughts: Essays on Law, Self, and Morality, 2002; *Demetrio Crespo*, El principio de culpabilidad: ¿un derecho fundamental en la Unión Europea?, DPC-RI 33 (2010), 5; *el mismo*, Metamorfosis del Derecho penal del Estado de Derecho, LA Terradillos Basoco, 2018, 193; *el mismo*, El Derecho penal del Estado de Derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la Constitución, 2020; *el mismo*, Espíritu del tiempo y Derecho penal, LH Arroyo Zapatero, I, 2021, 125; *Demuro*, Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale, RIDPP 2013, 1654; *Denninger*, Der Präventionsstaat, KritJ 1988, 1; *Díez Ripollés*, La racionalidad de las leyes penales, 2003 (2.ª, 2013); *el mismo*, El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana, RECPC 6 (2004), 1; *el mismo*, De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado, en: Cancio/Gómez-Jara (eds.), El Derecho penal del enemigo, 2006, 1, 553; *el mismo*, El control de constitucionalidad de las leyes penales, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 221; *el mismo*, Sanciones adicionales a delincuentes y exdelincuentes, InDret 4/2014, 1; *Doménech Pascual*, Los derechos fundamentales a la protección penal, REDConst 78 (2006), 333; *Donini*, Il delitto contravvenzionale, 1993; *Dopico Gómez-Aller*, Prisiones de empresa, reformatorios privados, 2011; *Dreher*, Die Behandlung der Bagatellkriminalität, FS Welzel, 1974, 918; *Duff*, A Criminal Law for Citizens, Theoretical Criminology 14 (2010), 293; *Durán Migliar-*

di, Constitución y legitimación teórica de la pena, PolítCrim 11 (2011), 142; *Ellscheid/Hassemer*, Strafe ohne Vorwurf, en: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten, II, 1975, 266; *Eser*, Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal, en: AA.VV., De los delitos y las víctimas, 1992, 16; *Fallet*, ¿Es posible pensar el *non bis in idem* como una garantía unitaria?, 2011; *Faraldo Cabana*, La privación del derecho de sufragio pasivo por delito electoral, REDConst 101 (2014), 159; *Feijóo Sánchez*, Sobre la administrativización del Derecho penal en la sociedad del riesgo, LH González-Cuéllar, 2006, 137; *Feinberg*, The Expressive Function of Punishment, en: el mismo, Doing and Deserving. Essays in the Theory of Responsibility, 1970, 95; *Fernández Bermejo*, El fin constitucional de la reeducación y reinserción social ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador?, ADPCP 2014, 363; *Ferrajoli*, El Derecho penal mínimo, Poder y Control 8 (1986); *el mismo*, Derecho y razón, 1989; *el mismo*, Garantías y Derecho penal, Iter criminis 2 (2002), 247; *el mismo*, Democracia y Garantismo, 2008; *Fiandaca*, Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democracia, en: Stile (ed.), Democrazia e autoritarismo nel diritto penale, 2011, 135; *Fiore*, Il principio di offensività, IP 2 (1994), 275; *Fletcher*, Las víctimas ante el jurado, 1997; *el mismo*, Der Platz des Opfers in einer Vergeltungstheorie, en: Schünemann/Dubber (Hrsg.), Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem, 2000, 75 (=The Place of Victims in the Theory of Retribution, Buffalo C. L. R. 3 -1999/2000-, 57); *el mismo*, Justice and Fairness in The Protection of Crime Victims, Lewis&Clark L. R. 9 (2005), 547; *Fortes Furtado*, ¿Sigue creciendo por todas partes el Derecho penal?, LH Silva Sánchez, 2019, 189; *la misma*, ¿Deben ir los pobres a la cárcel por impago de una multa?, Sistema penal crítico, 2021, 85; *Frisch*, An den Grenzen des Strafrechts, FS Stree/Wessels, 1993, 69; *el mismo*, Sicherheit durch Strafrecht? Erwartungen, Möglichkeiten und Grenzen, GS Schlüchter, 2002, 669; *Fronza*, ¿El delito de negacionismo? El instrumento penal como guardián de la memoria, RDPC 2011, 97; *la misma*, Il negazionismo come reato, 2012; *la misma*, Memory and Punishment, 2018; *Fuentes Osorio*, Formas de anticipación de la tutela penal, 8 (RECPC) 2006, 1; Gärditz, Schuld und Postmoderne, en: Fischer/Hoven (Hrsg.) Schuld, 2017, 269; *García Albero, Non bis in idem* material y concurso de leyes penales, 1995; *el mismo*, La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo, LH Valle Muñiz, 2001, 295; *García Cavero*, El principio del *ne bis in idem* material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa, PolítCrim 11 (2016), 21; *García Magna*, La lógica de la seguridad en la gestión de la delincuencia, 2018; *García-Pablos*, La supuesta función resocializadora del Derecho Penal, ADPCP 1979, 645; *García Pérez*, Delitos de sospecha, ADPCP 1993, 642; *el mismo*, La racionalidad de la proporcionalidad en sistemas orientados a la prevención especial, 9 (RECPC) 2007, 1; *el mismo*, La legitimidad de la prisión permanente revisable a la vista del estándar europeo y nacional, EPC XXXVIII (2018), 409; *García Rivas*, El diálogo entre tribunales en la Unión Europea en materia de *ne bis in idem*, LH Quintero Olivares, 2018, 105; *el mismo*, Alcance y perspectivas del *ne bis in idem* en el espacio jurídico europeo, en: Nieto Martín (ed.), *Ius puniendi* y Global Law, 2019, 443 *Giglioli*, Crítica de la víctima, 2017; *Gil Gil*, Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena, InDret 4/2016, 1; *la misma*, Las teorías de la pena orientadas a la víctima, LH Mir Puig, 2017; *la misma*, El concepto de resocialización en la jurisprudencia española, ADPCP 2021, 73; *la misma*, ¿Son resocializables los delincuentes de motivación ideológica a través de la pena?, en: Alonso Rimo (ed.), Prevención de la radicalización violenta en prisión, 2021, 103; *Gimbernat Ordeig*, Concepto y método de la ciencia del Derecho penal (1966), 1999; *Goldschmidt*, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902; *Gama de Magalhães* Gomes, Direito penal e direitos humanos, 2017; *Gómez Rivero*, Presunciones y derecho penal, LH Vives Antón, I, 2009, 765; *Gómez Tomillo, Non bis in idem* en los casos de dualidad de procedimientos penal y administrativo, InDret 2/2021, 421; *Gómez Tomillo/Sanz Rubiales*, Derecho administrativo sancionador. PG, 5.ª, 2023; *González Collantes*, El mandato resocializador del art. 25.2 de la Constitución, 2017; *Górriz Royo*, Sentido y alcance del *ne bis in idem*, EPC XXIV (2002-2003), 188; *Gracia Martín*, Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, 2003; *el mismo*, ¿Qué es modernización del Derecho penal?, LH Cerezo Mir, 2002, 349;

el mismo, La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho, RDPC 3 (2010), 27; *el mismo*, Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno Derecho penal económico y empresarial de los poderosos, InDret 3/2016, 1; *el mismo*, ¿Tiene el Estado un derecho a castigar?, LH Lorenzo Salgado, 2021, 717; *Gracia/Boldova/Alastuey*, Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, 2006; *Greco*, Von den mala in se zur poena in se, en: Kretschmer/Zabel (Hrsg.), Studien zur Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts, 2018, 175; *el mismo*, ¿Penalista con la conciencia tranquila? Una crítica a la teoría de la pena basada en la víctima, LH Luzón Peña, I, 2020, 192; *el mismo*, Warum es keine absolute Bestrafungspflichten gibt, FS Werle, 2022, 119; *K. Günther*, Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts, en: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), Recht und Moral, 1991, 205; *el mismo*, Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe, FS Lüderssen, 2002, 205; *el mismo*, Demokratische Transformationen des Strafrechts der Moderne?, Rg 28 (2020), 120; *Guzmán Dalbora*, La idea de proporción y sus implicaciones en la dogmática penal, PolítCrim 24 (2017), 1228; *Haffke*, Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat?, KritJ 38 (2005), 17; *B.-Ch. Han*, Vida contemplativa, 2023; *Hassemer*, ¿Alternativas al principio de culpabilidad?, CPC 18 (1982), 473; *el mismo*, Rücksichten auf das Verbrechensopfer, FS Klug, II, 1983, 217; *el mismo*, Crítica al Derecho penal de hoy, 1995; *el mismo*, El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales, en: Robles (ed.), Límites al Derecho penal, 2012, 193; *Hefendehl, ¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?, RECPC* 4 (2002), 1; *Henkel*, Strafempfindlichkeit und Strafempfänglichkeit des Angeklagten als Strafzumessungsgründe, FS Lange, 1970, 179; *Herrera Moreno*, Publicidad y control penal. Nuevas estrategias inocuizadoras en la post-modernidad penal, 2002; *la misma*, El uso punitivo de la publicidad inocuizadora, CPC 82 (2004), 89; *la misma*, Sobre víctimas y victimidad. Aspectos de controversia científica en torno a la condición de víctima, en: AA.VV., Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente, 2009, 75; *Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit, 1991; *el mismo*, Los límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales, ADPCP 1993, 317; *el mismo*, Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, en: Arroyo *et al.* (eds.), Crítica y justificación del Derecho penal, 2003, 249; *Hillenkamp*, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; *el mismo*, Der Einfluß des Opferverhaltens auf die dogmatische Beurteilung der Tat, 1983; *Hirsch*, Systematik und Grenzen der Gefahrdelikte, FS Tiedemann, 2008, 146; *von Hirsch*, Censure and sanction, 1993 (=Censurar y castigar, 1998); *von Hirsch/Ashworth*, Proportionate Sentencing, 2005; Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 2005; *Hoffmann-Riem*, Administrativ induzierte Pönalisierung, FS Jung, 2007, 299; *Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973; *Hoskins*, Criminalization and the Collateral Consequences of Conviction, CL&Phil 12 (2018) 625; *Hoven*, Populismus und Strafrecht, en: Hoven/Kubiciel (Hrsg.), Zukunfsperspektiven des Strafrechts, 2019; *Hoyer*, Die Eignungsdelikte, 1987; *Husak*, The Criminal Law as Last Resort, OJLS 24 (2004), 207; *el mismo*, Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal, 2013; *el mismo*, Kinds of Punishment, FS Alexander, 2019; *Jahn*, Wiedergutmachung und Integrationsprävention, Rechtstheorie 1/1996, 65; *Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976; *el mismo*, Der Kern der Gesellschaft ist getroffen, KritV 1996, 320; *Jareño Leal*, La pena privativa de libertad por impago de multa, 1994; *Jellinek*, Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 1878; *Jiménez-Castellanos*, El derecho al olvido digital del pasado penal, 2021; *Kahan*, What Do Alternative Sanctions Mean? Chicago U. L. R. 63 (1996), 591; *Kaspar*, Verhältnismässigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014; *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989; *Kleinfeld*, Three Principles of Democratic Criminal Justice, Northwestern U. L. R. 111 (2017), 1455; *Kleinfeld et al.*, White Paper of Democratic Criminal Justice, Northwestern U. L. R. 111 (2017), 1693; *Köhler*, Der Begriff der Strafe, 1986; *el mismo*, Strafgesetz, Gnade und Politik nach Rechtsbegriffen, en: AA.VV., Rechtsdogmatik und Rechtspolitik,1990, 57; *el mismo*, Recht und Gerechtigkeit, 2017; *Kolber*, The Subjective Experience of Punishment, Columbia L. R. 109 (2009), 182; *el mismo*, The Comparative Nature of Punishment, Boston U. L. R. 89 (2009), 1565; *el mismo*, The Experiential Future of the Law, Emory L. J. 60 (2011), 585; *el mismo*, Unintentional Punishment, LTh 18 (2012), 1;

Krümpelmann, Die Bagatelldelikte, 1966; *Kubiciel*, Shame Sanctions — Ehrenstrafen im Lichte der Straftheorie, ZStW 118 (2006), 44; *el mismo*, Libertades, instituciones y delitos de peligro abstracto, InDret 3/2017, 1; *Künsemüller Loebenfelder*, El Derecho penal liberal, 2018; *Kuhli*, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrechtlichen Rechtsanwendung, 2018; *Kunz*, Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996; *Landa Gorostiza*, Prisión perpetua y de muy larga duración tras la L.O. 1/2015, RECPC 17 (2015), 1; *el mismo*, Víctimas policiales y derecho a la verdad ante el Tribunal Constitucional, RGDP 38 (2022), 1; *Larrauri Pijoan*, Entwürdigende Strafen, KritV 2000, 97; *la misma*, ¿En qué empleos se exigen los antecedentes penales?, RECPC 15 (2013), 1; *la misma*, Publicidad, solicitud y cancelación de los antecedentes penales en los tribunales españoles, RECPC 23 (2021), 1; *Larrauri/Jacobs*, ¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados?, InDret 4/2010, 1; *los mismos*, Reinserción laboral y antecedentes penales, RECPC 13 (2011), 1; *Lascuraín Sánchez*, Igualdad penal: un esbozo, LH Vives Antón, 2009, II, 1107; *el mismo*, ¿Son discriminatorios los tipos penales de violencia de género?, REDConst 99 (2013), 329; *el mismo*, El control constitucional de las leyes penales, en: Nieto Martín *et al.* (eds.), Hacia una evaluación racional de las leyes penales, 2016, 351; *el mismo*, Proporcionalidad penal, LH Octavio de Toledo, 2016, 175; *el mismo*, ¿Qué principios?, LH Jorge Barreiro, 1, 2019, 181; *el mismo*, El principio de culpabilidad, LH Huerta Tocildo, 2020, 107; *el mismo*, La prohibición de penas inhumanas o degradantes, LH Arroyo Zapatero, II, 2021, 939; *el mismo*, Principios penales democráticos, 2021; *Lascuraín/Rusconi* (eds.), El principio de proporcionalidad penal, 2014; *Lee*, The Constitutional Right Against Excessive Punishment, Virginia L. R. 91 (2005), 677; *el mismo*, Why Proportionality Matters, Pennsylvania U. L. R. 160 (2012), 1835; *de León Villalba*, Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio *ne bis in idem*, 1998; *Letelier*, Garantías penales y sanciones administrativas, PolítCrim 12 (2017), 622; *Lewisch*, Verfassung und Strafrecht, 1993; *von Liszt*, Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts (1893), en: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 2, 1905, 75; *Lopera Mesa*, Principio de proporcionalidad y ley penal, 2006; *López Peregrín*, Más motivos para derogar la prisión permanente revisable, RECPC 20 (2018), 1; *Lüderssen*, Kollektive Zurechnung. Individualisierende Haftung, en: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Vom Nutzen und Nachteil der sozialwissenschaften für das Strafrecht, II, 1980, 737; *el mismo*, Der öffentliche Strafanspruch im demokratischen Zeitalter, en: Prittwitz/Manoledakis (Hrsg.), Strafrechtsprobleme der Jahrtausendwende, 2000, 63; *de Maglie*, Los delitos culturalmente motivados, 2012; *Maihold*, El castigo del pecado y la reprobación ética, en: Cruz Cruz (ed.), Razón práctica y Derecho, 2011, 125; *Malarino*, Las víctimas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos, en: Gil/Maculan (eds.), El papel de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva, 2017, 23; *Manacorda*, Dovere di punire? Gli obblighi di tutela penale nell'era dell'internazionalizzazione del diritto, RIDPP 2012, 1364; *Manes*, Principio di offensività, 2005; *Mañalich*, La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas: ¿protección de los derechos fundamentales mediante el Derecho penal?, Derecho y Humanidades 11 (2005), 245; *el mismo*, El principio *ne bis in idem* frente a la superposición del Derecho penal y el Derecho administrativo sancionatorio, PolítCrim 9 (2014), 543; *Mapelli Caffarena*, Política criminal y prisión permanente revisable, LH Díez Ripollés, 2023, 1087; *Maraver/Pozuelo* (eds.), La crisis del principio del hecho en Derecho Penal, 2020; *Markel*, Are Shaming Punishments Beautifully Retributivist? Vanderbilt L. R. 54 (2001), 2457; *Martínez-Buján*, El principio de culpabilidad y su fundamento, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 713; *Martínez Garay*, ¿Seguridad jurídica o seguridad de los bienes jurídicos? Sobre el nuevo papel de los derechos fundamentales en el discurso jurídico-penal, en: Vives/Cuerda/Górriz (eds.), Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal, 2017, 267; *Martínez Guerra*, Modelos de registros de delincuentes sexuales, EPC XLI (2021), 1077; *de la Mata Barranco*, El principio de la proporcionalidad penal, 2007; *el mismo*, Aspectos nucleares del principio de proporcionalidad de la intervención penal, ADPCP 2007, 166; *Mattes*, Problemas de Derecho

penal administrativo, 1979; *Mayson*, Collateral Consequences and the Preventive State, Notre Dame L.R. 91 (2015), 301; *Meijer*, Rehabilitation as a Positive Obligation, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 25 (2017), 145; *Mendoza Buergo*, El Derecho penal en la sociedad del riesgo, 2001; *la misma*, Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto, 2002; *Mínguez Rosique*, Penas crueles e inusuales, 2020; *Mir Puig*, Límites del normativismo en Derecho penal, RECPC 7 (2005), 1; *el mismo*, El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal, LH Vives Antón, 2009, 1357; *el mismo*, Bases constitucionales del Derecho penal, 2011; *Mir Puig/ Queralt* (eds.), Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales, 2010; *Moccia*, Politica criminale e riforma del sistema penale, 1984; *Montiel Fernández*, Legalidad e imputación en Derecho Penal. Una aproximación analítica, 2020; *Moore*, Opfer und Vergeltung: Eine Erwiderung auf George P. Fletcher, en: Schünemann/Dubber (Hrsg.), Die Stellung des Opfers, 2000, 85; *F. Morgenstern*, Cosa juzgada fraudulenta, 2015; *el mismo/Orce*, Cosa juzgada fraudulenta, 2014; *Chr. Morgenstern*, Der ewige Makel — Straftheorie, Grundrechte und das Strafregister, ZStW 131 (2019), 625; *Müller-Dietz*, Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsgebote, FS Dreher, 1977, 97; *el mismo*, Verfassungsrechtliche Schutz— und Pönalisierungspflichten, GS Zipf, 1999, 123; *el mismo*, Zur sog. Drittwirkung des Freiheitsentzugs, FS Roxin, II, 2011, 1159; *Muñoz Conde*, La resocialización del delincuente, Sistema 1979, 73; *el mismo*, Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella, LH Suárez Montes, 2013, 447; *Muñoz Lorente*, La nueva concepción del principio *non bis in idem*, 2001; *Muñoz Ruiz*, Presente y futuro de la cancelación de los antecedentes delictivos, CPC 112 (2014), 195; *Müssig*, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, 1994; *Naucke*, Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik, 1999; *el mismo*, Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2000; *el mismo*, Negatives Strafrecht, 2012; *Navarro Cardoso*, Infracción administrativa y delito, 2001, *el mismo*, El clásico problema de la relación entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal, LH Lorenzo Salgado, 2021, 1037; *Navarro Frías*, El principio de proporcionalidad en sentido estricto, InDret 2/2010, 1; *Neumann*, El principio de proporcionalidad como principio limitador del Derecho penal material, LH Mir Puig, 2017, 343; *Nieto García*, Derecho administrativo sancionador, 4.ª, 2005; *Nieto Martín*, ¿Americanización o europeización del Derecho penal económico?, RP 19 (2007), 120; *Nino*, The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights, Yale L. J. 100 (1990-1991), 2619; *Núñez Fernández*, Sobre punibilidad, terrorismo, víctimas y pena, 2017; *Ohlin*, The Right to Punishment for International Crimes, en: Jeßberger/Geneuss (eds.), Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities?, 2020, 257; *Ortiz de Urbina*, El renacimiento político-criminal de la víctima: una buena idea con desarrollos problemáticos, PolítCrim 9 (2014), 762; *Ossandón Widow*, El legislador y el principio *ne bis in idem*, PolítCrim 13 (2018), 952; *Otero González*, Control telemático de penados, 2008; *Ottaviano*, La garantía del *ne bis in idem*. La prohibición de doble sanción y de doble enjuiciamiento penal y su tutela en los tratados internacionales de derechos humanos, 2013; *Ovalle Bazán*, La dignidad humana como límite al *ius puniendi*, Díkaion 28 (2019), 35; *Palazzo*, Estado constitucional de Derecho y Derecho penal, RP 1 (1998), 49; *Paliero*, Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari, 1985; *el mismo*, Il principio di effettività del diritto penale, RIDPP 1990, 433; *el mismo*, Il principio di effettività nel diritto penale, 2011; *el mismo*, Pragmatica e paradigmatica della clausola di extrema ratio, RIDPP 2018, 1447; *Paonessa*, Gli obblighi di tutela penale, 2009; *Paredes Castañón*, La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal, Eguzkilore 20 (2006), 129; *el mismo*, La justificación de las leyes penales, 2013; *el mismo*, La impunidad como práctica interpretativa: sobre el desprecio de la jurisdicción penal por el Derecho internacional de los derechos humanos, LH Suárez Montes, 2013, 491; *el mismo*, Discurso político-criminal gerencialista y exclusión social, RP 48 (2021),132; *Pariona Arana*, El Derecho penal moderno, RP 20 (2007), 155; *D. R. Pastor*, El poder penal internacional, 2006; *el mismo*, El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional, en: Cancio/Gómez-Jara (eds.), Derecho penal del enemigo, II, 2006

b, 475; *Pérez Cepeda,* Del Derecho penal como Carta Magna de la víctima al programa social del Derecho penal en el Estado de bienestar, LH Núñez Barbero, 2007, 611; *la misma,* De la sociedad neoliberal del riesgo a la expansión del Derecho penal, LH Díaz Pita, 2008, 163; *Pérez Manzano,* La prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem,* 2002; *la misma,* La prohibición de incurrir en *bis in idem* en España y en Europa, en: Pérez Manzano/Lascuraín (eds.), La tutela multinivel, 2016, 149; *la misma,* Justicia penal y neuroderechos, LH Díez Ripollés, 2023, 331; *Pérez Triviño,* Penas y vergüenza, ADPCP 2000, 343; *el mismo,* La letra escarlata, 2003; *Pérez del Valle,* En torno a la modernización del Derecho penal, CPC 84 (2004), 149; *Piña Rochefort,* Rol social y sistema de imputación, 2005; *Portilla Contreras,* Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos, CPC 39 (1989), 723; *el mismo,* El Derecho penal entre la indiferencia y el desprecio por la diversidad cultural, LH Bajo Fernández, 2016, 417; *Portilla Contreras/Pomares Cintas,* Derecho penal intercultural y el sistema de justicia comunitaria, en: AA.VV., Delitos y minorías en países multiculturales, 2014, 236; *Poveda Moreno,* Jurisdicción indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones, Foro. Revista De Derecho 8 (2017), 179; *Prittwitz,* Strafrecht und Risiko, 1993 (=Derecho penal y riesgo, 2022); *el mismo,* The Resurrection of the Victim in Penal Theory, Buffalo C. L. R. 3 (1999), 109; *el mismo,* Sociedad de riesgo y Derecho penal, en: Arroyo *et al.* (eds.), Crítica y justificación, 2003, 259; *el mismo,* Das Strafrecht: Ultima *ratio,* propria *ratio* oder schlicht strafrechtliche Prohibition, ZStW 129 (2017), 390; *Pulitanò,* Obblighi costituzionali di tutela penale?, RIDPP 1983, 484; *Ragués i Vallès,* La pena de muerte en los Estados Unidos: ¿una lenta agonía?, RECPC 11 (2009), 1; *Ramsay,* The Insecurity State, 2012; *Rando Casermeiro,* La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, 2010; *Ransiek,* Gesetz und Lebenswirklichkeit, 1989; *Reemtsma,* Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters — als Problem, 1999; *Renzikowski,* Der Begriff der Zurechnung in der reinen Rechtslehre Hans Kelsens, en: Alexy *et al.* (Hrsg.), Neukantianismus und Rechtsphilosophie, 2002, 253; *el mismo,* Mala *per se* et delicta mere prohibita — rechtsphilosophische Bemerkungen zum Rückwirkungsverbot (Art. 7 EMRK), FS Krey, 2010, 407; *el mismo,* Rechtsphilosophische Bemerkungen zur Strafbarkeit von Verbänden, GA 2019, 149; *Reyes Alvarado* (ed.), ¿Son compatibles las amnistías y la Corte Penal Internacional?, 2018; *Roberts,* Victims, Right?, Cardozo L. R. 42 (2021), 1455; *Robinson,* Fair Notice and Fair Adjudication: Two Kinds of Legality, Pennsylvania U. L. R. 154 (2005), 335; *el mismo,* Competing Conceptions of Desert: Vengeful, Deontological, and Empirical, Cambridge L. J. 67 (2008); *el mismo,* Criminal Law's Core Principles, Washington U. J. R. 14 (2021), 155; *Robles Planas,* La tiranía de la proporcionalidad, LH Silva Sánchez, 2019, 117; *Roca Agapito,* La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa, 2003; *el mismo,* El hacinamiento carcelario y el principio de humanidad, LH Quintero Olivares, 2018, 693; *Rodríguez Ferrández,* La evaluación de las normas penales, 2016; *Rodríguez Horcajo,* ¿Límites consecuencialistas a una pena consecuencialista? Una introducción, LH Jorge Barreiro, 2019, 291; *Rodríguez Montañés,* Delitos de peligro, 1994; *Roig Torres,* La cancelación de los antecedentes delictivos, 2012; *Roldán Barbero,* El dinero, objeto fundamental de la sanción penal, 1983; *H. Rosa,* Alienación y aceleración, 2016; *el mismo,* Remedios a la aceleración, 2019; *Saboya, Ne bis in idem.* História, teoria e perspectivas, 2014; *Sánchez García de Paz,* El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal, 1999; *Sánchez Lázaro,* El principio de culpabilidad como mandato de optimización, InDret 4/2011, 1; *el mismo,* Una teoría principialista de la pena, 2016; Sánchez-Ostiz, Fundamentos de política criminal, 2012; *el mismo,* Sobre la aspiración a un Derecho penal subsidiario, CPC 111 (2013), 37; *el mismo,* Sobre la proporcionalidad y el principio de proporcionalidad en Derecho penal, en: Lascuraín/Rusconi (eds.), El principio de proporcionalidad penal, 2014, 511; *Santana Vega,* Las obligaciones constitucionales de castigar, LH Valle Muñiz, 2001, 865; *Schünemann,* Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana, ADPCP 1988, 529; *el mismo,* Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana, ADPCP 1996, 187; *Seelmann,* Menschenwürde zwischen Person und Individuum, FS Lampe, 2003, 301; *el mismo,* La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena,

en: Robles (ed.). Límites, 2012, 213; *Seitún*, El Registro Central de Delincuentes Sexuales, InDret 4/2020, 273; *Sieber*, Grenzen des Strafrechts, ZStW 119 (2007), 1; *Silva Sánchez*, Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario, ADPCP 1991, 561; *el mismo*, El SIDA en la cárcel: algunos problemas de responsabilidad penal, LL 1992-4, 1113; *el mismo*, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, 1992 (2.ª, 2010); *el mismo*, Eficiencia y Derecho penal, ADPCP 1996, 93; *el mismo*, Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación, RPJ 45 (1997), 183; *el mismo*, El retorno de la inocuización, LH Barbero Santos, I, 2001, 699; *el mismo*, ¿*ex delicto*? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal, InDret 3/2001, 1; *el mismo*, La expansión del Derecho penal, 1.ª, 1999, 2.ª, 2001, 2.ª, con adic. 2006, 3.ª, 2011.; *el mismo*, Hacia el Derecho penal del Estado de la prevención, en: el mismo (ed.), ¿Libertad económica o fraudes punibles?, 2003, 307; *el mismo*, Delincuencia patrimonial leve, EPC XXV (2005), 331; *el mismo*, Identidad en el tiempo y responsabilidad penal, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 661; *el mismo*, Efectos colaterales. Posibilidad y límites de las contradicciones entre sentencias penales, LH Vives Antón, II, 2009, 1793; *el mismo*, La verdad en las declaraciones sobre pasadas condenas ¿fáctica o normativa?, LH Landrove Díaz, 2011, 1099; *el mismo*, Prevención del delito y reducción de la violencia, en: el mismo, En busca, 2015, 59; *el mismo*, Lucha contra la impunidad y derecho de la víctima al castigo del autor, en: el mismo, En busca, 2015, 83; *el mismo*, The Marriage of the Regulatory Process and the Criminal Law. Eine verfassungsrechtlich kritische Einführung, GS Vogel, 2016, 411; *el mismo*, Malum passionis, 2018; *Sotis*, Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente, 2007; *Sotomayor Acosta*, ¿El Derecho penal garantista en retirada? RP 21 (2008), 148; *Stuntz*, The Pathological Politics of Criminal Law, Michigan L. R. 100 (2001), 505; *Tamarit Sumalla*, Delitos y penas: una dialéctica de sufrimientos, LH Quintero Olivares, 2018, 281; *Tello Mendoza*, Control de convencionalidad y estado constitucional de Derecho, 2024; *Tomás-Valiente*, Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH, InDret 3/2016, 1; *Torío López*, Injusto penal e injusto administrativo, en: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. García de Enterría, III, 1991, 2529; *Trendelenburg*, Ultima ratio?, 2013; *Valerio Jiminián*, Registros de ADN y prevención del delito, 2019; *Valverde Cano*, El principio de proporcionalidad en sentido amplio, LH Zugaldía Espinar, 2021, 387; *del Vecchio*, Sobre el fundamento de la justicia penal, 1947; *Venturoli*, La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?, 2015; *Vervaele*, *Ne bis in idem*: ¿un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?, InDret 1/2014, 1; *de Vicente Martínez*, Culpabilidad, presunción de inocencia y delitos de sospecha PJ 33 (1994), 439; *Viganò*, Obblighi convenzionali di tutela penale?, en: Manes/Zagrebelsky (eds.), La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano, 2011, 243; *el mismo*, Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales, en: Mir/Corcoy (eds.), Garantías constitucionales y Derecho penal europeo, 2012, 311; *el mismo*, La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales. PolítCrim 9 (2014), 428; *el mismo*, La proporzionalità della pena, 2021; *P. Virilio*, La velocidad de liberación, 1997; *Vives Antón*, El principio de culpabilidad, LH Cerezo Mir, 2003, 232; *J. Vogel*, Wertpapierhandelsrecht. Vorschein eines neuen Strafrechtsmodells?, FS Jakobs, 2007, 731; *B. Vogel*, Beweisfunktionales Strafrecht, 2014; *Welzel*, Über den substantiellen Begriff des Strafrechts, FS Kohlrausch, 1944, 101; *el mismo*, Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht, JZ 1956, 238; *Westen*, Two Rules of Legality in Criminal Law, L&Ph 26 (2007), 229; *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 2000; *E. Wolf*, Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, FG Frank, II, 1930, 516; *Yacobucci*, El sentido de los principios penales, 2014; *Zabel*, ¿Del hecho al conflicto? Sobre el cambio de función del Derecho penal de culpabilidad, InDret 1/2018, 1; *el mismo*, Welche Freiheit schützt das Strafrecht?, ZStW 133 (2021), 358; *Zieschang*, Die Gefährdungsdelikte, 1998; *Zugaldía Espinar*, ¿Que queda en pie en el Derecho penal del principio «mínima intervención, máximas garantías»?, CPC 79 (2003), 109; *el mismo*, Seguridad ciudadana y Estado Social de Derecho, LH Ruiz Antón, 2005, 814; *Zúñiga Rodríguez*, Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador, LH Barbero Santos, 2001, 1417.

I. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO —LA PROHIBICIÓN DE EXCESO—

1. PLANTEAMIENTO

El ejercicio del poder punitivo del Estado, en la medida en que afecta de modo intrínseco a los miembros de la comunidad, debe incorporar garantías adicionales a las derivadas de la legalidad: estas son las «garantías materiales» del Derecho penal. Así, de entrada, resulta claro que toda injerencia del Estado en la esfera personal debe respetar el criterio de la proporcionalidad. Sin embargo, el castigo requiere la concurrencia de elementos adicionales de legitimación. Ello se debe a su particular contenido fáctico y simbólico, que afecta a la persona en su corporeidad y en su espiritualidad —libertad ambulatoria y honor—. Sentado esto, las garantías materiales tratan de establecer los términos de la compatibilidad del castigo con el respeto debido a la dignidad de la persona, es decir, a lo que merece el ser humano por el mero hecho de serlo.[1] 1

La existencia de un principio constitucional de proporcionalidad con relevancia concreta en el ámbito del Derecho penal es aceptada de modo general, aunque en la Constitución española no se haga mención expresa a aquel. Sin embargo, en primer lugar, el Tribunal Constitucional español considera que la proporcionalidad no constituye un canon autónomo de examen de la conformidad de un precepto con la Constitución. A su juicio, lo que procede es ponerlo en relación con cada derecho fundamental, con el fin de apreciar si su sacrificio, como consecuencia de la actuación estatal, ha sido desproporcionado. Por otro lado, el Tribunal ha negado que exista un derecho fundamental a la proporcionalidad en relación con el ejercicio del *ius puniendi* del Estado.[2] Ciertamente, reconoce que la legislación penal no es un ámbito constitucionalmente exento. Sin embargo, añade que su control no puede ir más allá de la relevancia constitucional del fin perseguido por la norma, la idoneidad y la necesidad de la medida adoptada por el legislador. Concretando esta idea, concluye que la estimación de la proporcionalidad del castigo es competencia del legislador, en función de sus objetivos de política criminal, «siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la Justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad». A tal efecto, entiende que tal patente desproporción solo puede ser apreciada cuando es claro que no existe necesidad de intervención penal, o bien cuando la medida de la reacción punitiva resulta claramente excesiva. Así pues, únicamente en tales casos extremos la ley de la que se trate debe ser anulada por el Tribunal Constitucional.[3] 2

---

[1] Así, *dignitas* = dignidad; *dignus* = merecedor; o, en alemán, *Würde* = dignidad; *Würdigkeit* = merecimiento.

[2] SSTC 65/1986, de 22 de mayo; 150/1991, de 4 de julio. En la doctrina: *Brodowski/Jahn*, JZ 2016, 969 ss.

[3] STC 136/1999, de 20 de julio: «no es la apertura de la conducta típica de colaboración con banda armada la que resulta constitucionalmente objetable, sino la ausencia en el precepto de la

2. LA NOCIÓN DE PROPORCIONALIDAD

2.1. Generalidades

2.1.1. La proporcionalidad como prohibición de exceso

3 El principio de proporcionalidad se vulnera cuando se incrimina una conducta que no debe serlo —de modo general o en los términos concretos en que ello ha tenido lugar—, o bien cuando se la conmina con una pena excesiva en relación con su gravedad. A este respecto, el art. 49.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea sí señala de modo explícito que «la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción». Esto significa que la vulneración del principio de proporcionalidad puede tener lugar en la definición de una conducta como delito, o bien en el establecimiento del marco penal abstracto en su relación con la descripción de la figura delictiva. Pues bien, cuando sucede algo así, el juez ordinario español dispone de tres posibilidades. La primera es aplicar el correspondiente tipo de delito y recurrir a lo dispuesto en el art. 4.3 CP. En virtud de este, los órganos judiciales pueden «elevar una memoria al Gobierno exponiendo lo conveniente cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada una acción u omisión que a su juicio no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo». Sin embargo, resulta discutible que este texto sea conforme con la Constitución, pues refleja más la lógica de un Estado de leyes que la del Estado constitucional de Derecho.[4] Entonces, la segunda opción es que el órgano judicial suspenda el procedimiento y plantee una cuestión de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional proceda a valorar si la disposición de la que se trata infringe el principio de proporcionalidad y, en su caso, la anule. En fin, una tercera vía por la que puede optar el juez es la restricción del alcance del tipo mediante el recurso a la reducción teleológica como vehículo de una interpretación conforme a la Constitución (*cfr. infra* capítulo 6/97).

4 Es común distinguir entre el principio de proporcionalidad en sentido amplio y en sentido estricto. En su sentido amplio, tal principio se identifica con el de prohibición de exceso y comprende: (i) la idoneidad o adecuación; (ii) la necesidad; y (iii) la proporcionalidad *stricto sensu* de una determinada actuación estatal —legislativa, administrativa o judicial—. En cambio, en su sentido estricto se ciñe a esto último.[5] Ahora bien, dentro del Derecho penal, el

---

correspondiente previsión que hubiera permitido al juzgador, en casos como el presente, imponer una pena inferior a la de prisión mayor en su grado mínimo».

[4] *Silva Sánchez* (2018), 183 ss.

[5] *Cuerda Arnau*, LH Casabó Ruiz, I, 1997, 452 ss.; *Aguado Correa* (1999); *Lopera Mesa* (2006); *de la Mata Barranco*, ADPCP 2007, 166 ss.; *Mir Puig*, LH Vives Antón, 2009, 1357 ss.; *Hassemer* (2012); *Lascuraín/Rusconi* -eds.- (2014); *Lascuraín Sánchez*, LH Octavio de Toledo, 2016, 175 ss.; *Sánchez Lázaro* (2016), 41 ss.; *Valverde Cano*, LH Zugaldía Espinar, 2021, 387 ss.; *Viganò* (2021).

principio de proporcionalidad en sentido amplio desempeña un papel distinto en función de que se enmarque en fundamentaciones preventivas o retributivas de la potestad punitiva del Estado. En el marco de las primeras, las exigencias mencionadas de adecuación y de necesidad —en sentido absoluto— constituyen límites inherentes. En efecto, si no es adecuado ni necesario que el Estado intervenga, entonces no cabe fundamentar esa intervención con base en la «necesidad preventiva». Por su parte, las exigencias de necesidad relativa (subsidiariedad —externa e interna—) y de proporcionalidad en sentido estricto, en cualquiera de sus concepciones, constituyen límites extrínsecos.[6] Por el contrario, en el marco de una fundamentación retributiva de la pena, lo intrínseco es la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto, que debe ser entendida como expresión de la medida del merecimiento del sujeto activo. En este contexto, la proporcionalidad se relaciona con la lesividad del hecho y la culpabilidad del sujeto. En cambio, son límites extrínsecos adicionales los que se refieren a la adecuación, la necesidad absoluta y relativa, así como la proporcionalidad estricta, entendida ahora como saldo de la ponderación de costes y beneficios de una intervención.

2.1.2. La prohibición de infraprotección

La proporcionalidad en sentido amplio se entiende comúnmente como 5
prohibición de exceso, esto es, como el veto de establecer un régimen de sobreprotección de determinados bienes. Como se advierte, esta idea es coherente con el entendimiento de los principios de garantía como criterios rectores de la reacción individual frente a injerencias excesivas del Estado. En efecto, en un marco así no es posible concebir que el Estado peque por defecto. Sin embargo, la consolidación de la atribución al Estado de «deberes de protección positiva» ha ampliado el alcance de la noción de proporcionalidad, contemplando, en concreto, la posibilidad de que el Estado se quede corto en la protección dispensada a determinados bienes. En definitiva, la proporcionalidad ha pasado, de verse solo como un límite, a ser concebida como un fundamento de la criminalización. En este nuevo contexto, el punto de partida es que la protección mínima del núcleo de ciertos bienes exige la incriminación de sus lesiones.[7] Esto ha generado una nueva concepción de la proporcionalidad en el sentido de «prohibición de infraprotección». A ella se vinculan los denominados «mandatos de criminalización», que se examinan más adelante.

---

[6] *García Pérez*, RECPC 9 (2007), 13, 20.

[7] STC 53/1985, de 11 de abril: «establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales». Sin embargo, el Tribunal Constitucional no entendió que el núcleo del derecho a la integridad física se viera afectado por la despenalización de la esterilización de disminuidos psíquicos autorizada por el juez (STC 215/1994, de 14 de julio). Tampoco estimó que la protección de la vida prenatal se lesionara por las leyes de donación y utilización de embriones y fetos humanos (STC 212/1996, de 19 de diciembre).

2.2. Los subprincipios de la proporcionalidad

2.2.1. La idoneidad —o adecuación de medio a fin—

6 La determinación de si la incriminación y el castigo de una conducta son adecuados para prevenirla requiere la realización de investigaciones empíricas. En efecto, en este punto se trata de constatar, en primer lugar, si un medio comunicativo muestra aptitud para prevenir la clase de conductas de la que se trate, en lugar del recurso a medios fácticos de diversa naturaleza. Con todo, el problema puede reformularse en términos distintos, por ejemplo, planteando si una sanción por sí sola puede ser adecuada para reafirmar el orden vulnerado por la infracción. Ciertamente, a propósito de esta cuestión existe una cierta lógica —la sanción como «negación de la negación»— que parece eximir de ulteriores comprobaciones empíricas. Sin embargo, aun así, procede discutir si en el caso concreto es adecuado el recurso a sanciones —las penas— cuya imposición requiere la superación de rígidas exigencias institucionales de persecución y prueba —en última instancia, la garantía del debido proceso—.[8] En efecto, una alternativa podría ser el recurso a mecanismos menos garantistas, como los propios del Derecho administrativo sancionador.

2.2.2. La necesidad

2.2.2.1. Generalidades

7 Al igual que la adecuación, el criterio de la necesidad debe ponerse en relación con una referencia concreta: la protección preventiva de bienes jurídicos, la reafirmación del orden jurídico lesionado, o ambas cosas. En el primer sentido, la necesidad se refiere sobre todo a la criminalización de una conducta, con la asignación a esta de una penalidad abstracta, ratificada luego en la imposición concreta de la pena. En el segundo sentido, en cambio, la noción se centra en la imposición concreta de la pena. En todo caso, la necesidad, como principio de política pública, tiene un contenido consecuencialista. A saber, que las restricciones de derechos solo son legítimas cuando el fin pretendido no pueda obtenerse de otro modo. A esto se alude con la denominación de principio de necesidad, de subsidiariedad o de *ultima ratio*. Así pues, en este punto es preciso llevar a cabo una valoración equilibrada, en la que se trata de determinar si el supuesto plus de protección de bienes que se obtiene mediante la incriminación de una conducta compensa el sacrificio que ello mismo implica respecto al bien personal de la libertad de acción.

8 Lo anterior pone de relieve que el juicio acerca de la necesidad de la intervención penal no es solo empírico sino también valorativo. Para advertirlo basta con tener presente que, por regla general, los instrumentos extrapenales siempre garantizan algún grado de protección de los bienes jurídicos. Así pues, el concepto de protección suficiente es relativo. Desde luego, cabe discutir si

[8] *Aguado Correa* (1999); *de la Mata Barranco* (2007).

esto determina que, salvo en casos muy claros, el principio de necesidad pierda su autonomía a favor del principio de proporcionalidad en sentido estricto. Ahora bien, con independencia de ello, tal constatación conduce a que deba exigirse un esfuerzo especial de argumentación cuando se postula la necesidad de la intervención penal con la pretensión de criminalizar una conducta. Es bastante obvio que ese esfuerzo argumentativo normalmente no tiene lugar.

2.2.2.2. *La necesidad en abstracto y la subsidiariedad externa —el principio de* ultima ratio—

9 Dada una determinada conducta indeseada, si su contención no requiere ninguna intervención estatal restrictiva de derechos individuales, cualquiera de ellas —penal o administrativa— vulnera el subprincipio de necesidad. En cambio, la intervención del Derecho penal vulnera el subprincipio de necesidad en abstracto cuando una intervención menos drástica que la de aquel —por ejemplo, la del Derecho administrativo sancionador— podría producir el mismo efecto pretendido.[9] A este respecto es común aludir a una subsidiariedad externa del Derecho penal, en la medida en que se afirma que este constituye la *ultima ratio* de la política jurídica del Estado.[10] En efecto, si es posible alcanzar los mismos beneficios con los costes —inferiores— de otros medios de prevención, entonces debe renunciarse al Derecho penal. Ahora bien, el problema radica en la determinación del procedimiento para establecer los costes relativos de cada medio de prevención —no solo económicos, sino simbólicos, morales, de garantías, etc.—. Como puede advertirse, este es un principio propio de una concepción regulatoria del Derecho penal, pues en él se hace abstracción del merecimiento del agente.

10 El principio de subsidiariedad dispone que, aunque una clase de conductas merezca una sanción penal, si esta última no es necesaria porque aquella puede ser afrontada sin penas, deba prescindirse de ellas. Además, ello no solo rige la legislación, sino también la imposición del castigo. Sin embargo, no permite invertir el razonamiento, legitimando el recurso al Derecho penal con base únicamente en el fracaso de una opción extrapenal —la jurídico-administrativa—. Así pues, en la justificación de una teoría de la incriminación es necesario empezar por establecer el merecimiento de pena, para valorar a continuación la necesidad de esta. En ocasiones, la jurisprudencia no argumenta siguiendo este orden. Así, por ejemplo, justifica la tipificación de delitos en materia de

---

[9] *Sánchez-Ostiz* (2012), 152 ss.; *Trendelenburg* (2013), 119 ss.

[10] *Carnevali*, Ius et Praxis 14 (2008), 13 ss.; *Demuro*, RIDPP 2013, 1654 ss.; *Brodowski/Jahn*, JZ 2016, 969 ss.; *Corcoy Bidasolo*, LH Luzón Peña, I, 2020, 71 ss. En el ámbito angloamericano, «*last resort*»: *Husak*, OJLS 24 (2004), 235. Con todo, debe tenerse en cuenta que, dado el valor simbólico-comunicativo del Derecho penal, no es infrecuente que este sea definido también como *prima* y *propria ratio*. Así, la STC 199/1996, de 3 de diciembre: «el Derecho penal del medio ambiente constituye la respuesta primaria o básica del ordenamiento jurídico a las más graves vulneraciones del equilibrio de la naturaleza, sin perjuicio del importante papel que en este orden de cosas desempeña el Derecho administrativo sancionador». *Sobre ello, Prittwitz*, ZStW 129 (2017), 390 ss.

ordenación del territorio a partir de un fracaso jurídico-administrativo, que, por acumulación, ha redundado en el surgimiento de un macroproblema.[11]

2.2.2.3. La necesidad en concreto y la subsidiariedad interna —el principio de intervención mínima—

11 Una reacción jurídico-penal no puede reputarse necesaria en concreto —o en sentido estricto— cuando existe otra reacción jurídico-penal capaz de afrontar el supuesto de hecho de modo igualmente eficaz, pero menos drástica o invasiva en la esfera jurídica de las personas afectadas —más eficiente—. A esto se alude cuando se apela a la vigencia en este punto del principio de subsidiariedad interna. Esta noción, que debe regir la relación de cualquier forma de reacción jurídico-penal con otra de la misma especie, se expresa en el principio de intervención mínima del Derecho penal.

2.3. La proporcionalidad en sentido estricto

2.3.1. Precisiones conceptuales

12 La noción de proporcionalidad en sentido estricto puede entenderse en un sentido sustancialista-ontológico, como correlación real existente de modo permanente entre dos magnitudes. Ahora bien, asimismo es posible concebirla en términos histórico-culturales, o sociales-relativos, de modo que tal relación se entienda como algo variable.[12] Al respecto, es cierto que el Derecho, como producto humano que es, está sometido a la historicidad de la condición humana. Sin embargo, esto no debe entenderse como si fuera imposible pronunciarse sobre la desproporción de una reacción estatal al margen de un contexto sociocultural determinado. Por ejemplo, condenar a una pena de diez años de prisión a quien comete un hurto es desproporcionado siempre. Por tanto, pese a que se afirme la relatividad de los juicios de proporcionalidad, también está claro que existen límites absolutos. Ello no plantea especiales problemas en casos de manifiesta desproporción entre las magnitudes, en los que el acuerdo se produce sobre bases emotivas-intuitivas. Por ejemplo, la imposición de una pena de prisión perpetua por una infracción de tráfico. Pero sí, desde luego, en casos menos claros.

13 Por lo demás, tampoco la segunda perspectiva está exenta de problemas. En efecto, si se entiende que el contenido de la proporcionalidad debe determinarse en un contexto de comunicación orientada al consenso, es preciso

---

[11] STS 1127/2009, de 27 de noviembre: «Mas la desastrosa situación a que, a pesar de la normativa legal y administrativa, se ha llegado en España respecto a la ordenación del territorio, incluida la destrucción paisajista, justifica que, ante la inoperancia de la disciplina administrativa, se acude al Derecho Penal, como ultima ratio. Sin que quepa desconocer que la profunda lesión del bien jurídico protegido trae causa en buena parte del efecto acumulativo provocado por transgresiones».

[12] *von Hirsch* (1993), 19.

admitir que éste tiene su máxima expresión, en Estados democráticos, en el procedimiento parlamentario y en las leyes que resultan de este. Ahora bien, ello hace difícil sostener un criterio de proporcionalidad que conduzca a anular el contenido de una ley democrática. Sin embargo, los tribunales constitucionales han declarado que una reacción penal aprobada por el legislador puede ser, pese a todo, desproporcionada. Por lo tanto, esto significa que acogen un concepto menos relativo de proporcionalidad, que se vincula a ciertas percepciones sociales profundas o incluso trasciende a ellas. En última instancia tal posición tampoco es incompatible con la adopción de un concepto real-sustancial de proporcionalidad y el reconocimiento adicional de que solo cabe aproximarse epistemológicamente a aquel de forma cooperativa e históricamente condicionada.

2.3.2. Los conceptos deontológico y consecuencialista de proporcionalidad

2.3.2.1. Las diferencias entre ambos

La proporcionalidad *stricto sensu* en Derecho penal se puede entender desde 14
dos perspectivas distintas: por un lado, como expresión de una relación de merecimiento; por otro lado, como resultado de una ponderación de costes y beneficios.[13] Pues bien, este es exactamente el debate entre su concepción deontológica y la consecuencialista. En efecto, la primera considera que solo es proporcionada la sanción merecida. Por su parte, la segunda conduce a sostener que es proporcionada la solución más adecuada en términos de análisis de coste/beneficio.[14] Esta divergencia pone de relieve que la exigencia constitucional de proporcionalidad de las penas puede reconstruirse desde una u otra perspectiva teórica.[15] Ciertamente, cabe entenderla como exigencia de una concreta relación entre el castigo y el desvalor concreto del hecho que respectivamente retribuye.[16] Si se adopta este punto de partida, la proporcionalidad refleja el fundamento retributivo del castigo. Sin embargo, también es posible concebirla como un límite externo a una conminación penal abstracta y a una imposición de pena fundamentadas en términos preventivos. Entendida en este último sentido, la exigencia de proporcionalidad admite cuatro fundamentaciones diversas: (i) la eficiencia; (ii) una ponderación más amplia de costes y beneficios, en la que se tenga en cuenta el peculiar valor de los derechos fundamentales;[17] (iii) la doctrina del medio adecuado para un fin justo —de modo que se excluya cualquier afectación de tales derechos—; y en fin (iv), la expresión del desvalor del hecho en sí. Solo si se adopta esta última variante puede entenderse que la proporcionalidad, concebida como

---

[13] Próximo, *Neumann*, LH Mir Puig, 2017, 349.

[14] Crítico sobre su efecto instrumentalizador, *Robles Planas*, LH Silva Sánchez, 2019, 117 ss.

[15] *Navarro Frías*, InDret 2/2010, 5-6; *Lee*, Pennsylvania U. L. R. 160 (2012), 1836 ss.

[16] *Navarro Frías*, InDret 2/2010, 27 ss.

[17] *Mir Puig*, RECPC 7 (2005), 13-14; *Lopera Mesa* (2006), 241, 513 n. 305.

límite externo, adquiere un alcance similar al que tiene en la construcción que lo entiende como fundamento retributivo del castigo.[18] Sin embargo, hay que tener presente que la fundamentación más difundida es la segunda (ii). En términos formales-contractualistas, esta se presenta como una pregunta dirigida al conjunto de los ciudadanos para que estos indiquen cuáles serían los bienes para cuya protección estarían dispuestos a sacrificar su libertad de acción bajo amenaza de pena.

2.3.2.2. La proporcionalidad deontológica y su proyección sobre las clases de delitos

2.3.2.2.1. Consideraciones generales

15 Desde una perspectiva deontológica, el carácter proporcionado o desproporcionado de una reacción se determina de otro modo. En concreto, viene dado por la comparación del mal causado por el delito y el mal causado por la pena impuesta. Ahora bien, este criterio plantea problemas. En efecto, como ya se advirtió, un delito no solo causa el daño material, psíquico y moral que se advierte sobre la víctima, sino también un daño social-psicológico —intelectual, para algunos— que se manifiesta en el miedo y la inseguridad generales; y además el daño ideal —intelectual, en sentido estricto— de la negación del Derecho. Por lo tanto, la pena deontológicamente proporcionada no puede medirse solo por referencia al daño material, sino que además tiene que considerar estos daños adicionales. Ello hace difícil impedir que incorpore elementos ajenos a la estricta lógica de la proporcionalidad. Por ejemplo, el miedo derivado de la comisión de un delito, al igual que su daño intelectual, pueden reputarse mayores cuando el delito en cuestión es más frecuente.

2.3.2.2.2. Las penas infra- y desproporcionadas

16 Desde la mencionada perspectiva del merecimiento, se advierten diferencias drásticas entre las clases de delitos. Así, las conductas del núcleo de los delitos *mala in se* dan lugar a la imposición de penas claramente inferiores a las que se derivarían de la aplicación de la ley del talión. En efecto, las penas del homicidio, las lesiones y las de otros delitos contra bienes intrínsecos no son excesivas en términos de proporcionalidad deontológica. Ello, con independencia de que, además, sea posible e incluso obligado reducirlas por otros motivos de equidad, ausencia de necesidad, oportunidad, etcétera. Así pues, en este punto la valoración de su proporcionalidad es claramente positiva (*cfr. supra* capítulo 3/119). En cambio, en los delitos *mala in se* periféricos y en los *mala quia prohibita* las penalidades abstractas son claramente superiores a las que se derivarían de la aplicación de la ley del talión. Ante esta sorprendente evidencia, cabe preguntarse por qué.

---

[18] «*retribution as side constraint*», en el sentido de Nozick. Así, *Lee*, Virginia L. R. 91 (2005), 742.

Pues bien, las respuestas más razonables apuntan a que en estos últimos 17
el criterio acogido para su criminalización o, al menos, para la fijación del marco penal abstracto, se separa del delito concretamente cometido por el sujeto condenado. Así, por un lado, la pena aparece como confirmación de la amenaza dirigida a reforzar un orden regulatorio cuya vigencia se halla poco asentada en la conciencia personal. Además, por otro lado, la magnitud de la pena tiene que compensar los bajos índices de disuasión que resultan de la elevada tasa de cifra negra, debida a déficits de persecución, de enjuiciamiento y de prueba. Ahora bien, así las cosas, resulta que las penas impuestas en los mencionados grupos de delitos manifiestan una legitimación precaria en lo relativo al merecimiento del agente. Tales delitos, con las penalidades abstractas que tienen asignadas en la actualidad, son delitos retributivamente ilegítimos. En consecuencia, su legitimidad debe ser fundada, por quien pretenda sostenerla, con base en una prevención intimidatoria limitada por una proporcionalidad construida sobre bases consecuencialistas.

Expresado de otro modo, sus penalidades abstractas solo pueden ser justifi- 18
cadas como expresión de un mal menor —para el conjunto de la sociedad— que el que resultaría si se sancionaran con penas inferiores, o con sanciones extrapenales. Sin embargo, esta forma de legitimación, que prescinde del merecimiento de pena del hecho concreto y de su agente, tiene al menos dos problemas. Por un lado, se halla bajo la permanente exigencia de revisión de si su presunta base empírica es efectivamente real. Por otro, convierte la institución del castigo penal en una figura mixta entre la pena *stricto sensu* y la contribución «solidaria» a la estabilización social. Es decir, en una especie de medida de seguridad, aunque no de seguridad preventivo-especial —como las que conocemos desde los tiempos de Franz von Liszt—, sino de prevención general.

En el marco de los delitos mencionados, el castigo de hechos de bagate- 19
la[19] —de modo paradigmático, el hurto leve— plantea un serio problema de proporcionalidad. En efecto, se trata de conductas que afectan a un bien individual extrínseco, aparentemente esencial en la autocomprensión de la sociedad actual —la propiedad privada—.[20] Sin embargo, individualmente consideradas, no muestran el merecimiento de una pena de prisión. Por otro lado, constituyen un fenómeno masivo, que da lugar a elevados daños materiales globales e incide en la sensación social de inseguridad. Además, y pese a la elevada cifra oscura existente, sobrecargan a la administración de justicia penal.[21] Ciertamente, se han dado múltiples propuestas para afrontar estos casos mediante la prevención técnica, el Derecho civil o el Derecho adminis-

---

[19] Son delitos de bagatela aquellos hechos que, aun siendo formalmente típicos, dado su limitado contenido delictivo (de desvalor de acción, de desvalor de resultado o de culpabilidad) se consideran no merecedores de pena criminal: *Krümpelmann* (1966), 109-110; *Kunz* (1984), 14.

[20] *Jakobs*, KritV 1996, 320 ss.

[21] *Dreher*, FS Welzel, 1974, 918-919; *Moccia* (1984), 265.

trativo[22] o, sencillamente, a través de las instituciones procesales derivadas del recurso al principio de oportunidad. [23] Sin embargo, ninguna de ellas ha prevalecido.

2.3.2.2.3. De nuevo, los delitos *mala in* se periféricos y los *mala quia prohibita*

20 La reacción penal contra la delincuencia patrimonial y económica debe restablecer la dimensión intelectual del daño del delito sin desbordar el merecimiento de pena del agente concreto. En general, no debe recurrir a la pena de prisión. En el caso de los delitos patrimoniales leves, se debe optar por fórmulas básicamente simbólicas, cuyo eje sea la declaración del injusto culpable y la reparación económica.[24] Ahora bien, en el estado actual de cosas, la cuestión que plantean estos delitos es irresoluble, en la medida en que sobre ellos se proyectan concepciones retrospectivas (de merecimiento) y prospectivas (disuasorias) del fundamento del castigo. En efecto, como se ha venido indicando, el principio de proporcionalidad expresa una relación que puede entenderse de dos modos diversos. Por un lado, como distribución «adecuada» del castigo. Por otro, como expresión de lo «merecido» por el sujeto. La primera es la que —con matices— se sigue para aplicar una medida de seguridad preventiva o, de modo más general, para fundamentar cualquier intervención estatal restrictiva de derechos. En cambio, la que procede acoger para establecer un castigo en abstracto o para determinarlo de modo concreto es la segunda.

21 Los dos criterios no coinciden. Desde el punto de vista de lo adecuado para la prevención, se trata de anunciar un desincentivo superior al incentivo que el sujeto tenga para la comisión del delito. Sin embargo, dicho desincentivo debe multiplicarse por el factor representado por la probabilidad de que efectivamente recaiga sobre el sujeto. Ahora bien, como tal factor es siempre muy inferior a «1» —esto es, al «100%»—, parece claro que el desincentivo anunciado deberá ser muy superior al incentivo perseguido (*cfr. supra* capítulo 3/62). De este modo, cuando al autor condenado por una conducta concreta se le imponga el desincentivo en toda su dimensión, ello superará con creces el límite de proporcionalidad con el injusto de su *conducta delictiva.* En efecto, lo merecido por quienes cometen delitos que lesionan bienes no intrínsecos —sino patrimoniales o económicos— debe ser una pena que no consista en el ingreso en prisión —en un mal intrínseco—. Por lo tanto, la más adecuada en estos casos es la multa, que tiene el mismo contenido económico-patrimonial de la lesión producida. Ciertamente, esto requiere que se mejore la capacidad comunicativa de la multa, para lo que es necesario subrayar su dimensión personal e impedir tanto su aseguramiento como, en

---

[22] Críticamente, *Baumann*, GS Schröder 1978, 524, 527; *Moccia* (1984), 293 ss., 295-296.

[23] Crítico, *Frisch*, FS Stree/Wessels, 1993, 101 ss.

[24] *Dreher*, FS Welzel, 1974, 921, 932; *Baumann*, GS Schröder, 1978, 527.

general, su pago por terceros. Además, es preciso que su importe se calcule mejor, de modo que, por un lado, sea efectivamente aflictiva y, por otro, no dé lugar a una privación de libertad subsidiaria. Para ello es necesario que a lo largo del proceso haya tenido una eficaz investigación del patrimonio del acusado, finalmente condenado.[25]

2.3.3. La proporcionalidad absoluta y relativa —cardinal y ordinal— de las penas

22 A propósito de los marcos penales abstractos, esto es, en la determinación legal de la pena, cabe distinguir una proporcionalidad absoluta o cardinal —esto es, no comparativa— y una relativa u ordinal —interna, comparativa—.[26] La primera plantea el merecimiento de pena de un hecho como tal: esto es, la relación de la penalidad con el mundo real. En cambio, la segunda se refiere al castigo merecido por un hecho en relación con el castigo merecido por otro. Pues bien, en el marco de un ordenamiento dado es relativamente fácil observar si se respeta un criterio de proporcionalidad relativa. En efecto, este tiene que conducir a castigar de modo más severo la infracción más grave que aquella que posee menos entidad.[27] Una vía para obtener esta escala es la fijación de la penalidad más grave —correspondiente al hecho más grave imaginable— y proceder a continuación por comparación entre hechos y penas.

23 Para un importante sector doctrinal, esto es, en realidad, una consecuencia de la lógica de la prevención. Sin embargo, el principio de proporcionalidad ordinal es, ante todo, una exigencia de justicia, con independencia de que además resulte decisivo para evitar el denominado «efecto de escalación». Es decir, para mantener la disuasión marginal, de modo que un delincuente no tenga incentivos para cometer un delito más grave en lugar, o a continuación, de otro menos grave. En todo caso, las dificultades para alcanzar la proporcionalidad ordinal derivan de si existe acuerdo o no acerca de qué delitos son más graves que otros. Por ejemplo, en el Código penal español, las penas de los delitos contra el patrimonio son más graves que las de los delitos contra el honor. Pues bien, esto es discutible en términos ontológicos, pero también, al menos en ocasiones, en términos empíricos.

24 Por su parte, la determinación de la proporcionalidad cardinal de una penalidad abstracta no deriva de la lógica de la retribución por sí sola. En efecto, esta no se halla en condiciones de proporcionar el método para asignar una medida de sufrimiento punitivo a una clase de hechos. Por tanto, en este punto inciden en primer lugar consideraciones histórico-culturales. En segundo lugar, influyen asimismo criterios de humanidad. En efecto, estos conducen a rebajar las penas de los delitos más graves. En fin, en tercer lugar, inciden también factores de eficiencia. En particular, estos llevan, en los

---

[25] *Coca Vila*, InDret 3/2021, 69 ss.; *Cardenal Montraveta*, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 503 ss.

[26] *von Hirsch* (1998), 45 ss.; *Basso* (2019), 244 ss., 301 ss.

[27] *von Hirsch/Ashworth* (2005), 138 ss.

delitos menos graves, a compensar sus bajas probabilidades de aprehensión, enjuiciamiento y castigo. Ahora bien, como ya se ha advertido, de este modo pasan a integrarse en el concepto de proporcionalidad elementos ajenos al hecho concreto cometido por el delincuente. En su lugar, es el macrofenómeno el que se convierte en referente de la proporcionalidad. En definitiva, de este modo el hecho concretamente enjuiciado ha de soportar la carga de otros cometidos y no descubiertos. La ponderación estática, según la cual solo cabría proteger penalmente bienes individuales y, además, de valor superior a la libertad, si es que se trata de imponer penas de prisión, no parece desempeñar ningún papel.[28]

2.3.4. La proporcionalidad de las penas en comparación con la de otras reacciones estatales

25 El sentido y el alcance del principio de proporcionalidad no coinciden en las penas y en las medidas de seguridad. En las primeras, la proporcionalidad se orienta al pasado y se asocia a una idea de merecimiento, de modo que expresa el requisito de cualquier teoría de la legitimación del Derecho penal que incorpore, en alguna medida, el elemento retributivo. No obstante, como se ha indicado reiteradamente, en relación con ellas también existe el derecho a no ser castigado a pesar de merecerlo, cuando por otros motivos hay que prescindir del castigo o, al menos, reducirlo. En efecto, el reconocimiento de un «derecho a no ser castigado en exceso» pretende establecer un límite consecuencialista adicional a una teoría retributiva deontológica del castigo. Así pues, aparece como un criterio de subsidiariedad externa o interna, en función de los casos. Además, de este modo la teoría del castigo adquiere una parte de su dimensión restaurativa que, en el marco de la teoría del delito, se manifiesta sobre todo en la categoría sistemática de la punibilidad —en parte, en la punibilidad en sentido estricto y, en parte, en la punibilidad en sentido amplio—. En virtud de lo uno y de lo otro cabe prescindir del castigo cuando este, aun siendo merecido, no es equitativo, no es necesario o no es oportuno.

26 En cambio, en las medidas de seguridad, tanto para inimputables como para imputables peligrosos, la proporcionalidad se orienta al futuro. Así, tiene que ver con la restricción de derechos de un sujeto con el fin de proteger intereses superiores; y, en el otro plato de la balanza, con la limitación de las intervenciones restrictivas de tales derechos por parte del Estado. En concreto, se relaciona con la medida del sacrificio exigible a un determinado sujeto —de quien procede un riesgo— en bien de los demás. En este contexto, el principio de proporcionalidad adquiere una estructura análoga a la del estado de necesidad —como estado de necesidad preventivo para los bienes jurídicos—.

---

[28] Sin embargo, correctamente, *von Hirsch* (1998), 101: «La prisión, como castigo severo, debería ser prevista solo para delitos de naturaleza grave. Las infracciones de gravedad intermedia o leve deberían recibir normalmente sanciones no privativas de libertad».

Así, adoptando un criterio distributivo que no se identifica solo con la utilidad, pero que en todo caso no tiene que ver con el merecimiento.[29] Un límite adicional de proporcionalidad con el hecho cometido en el pasado viene dado, en algunas legislaciones, por el máximo de la pena que sería imponible en el caso si el sujeto pudiera ser sometido a una pena en lugar de a una medida.[30] A juicio de un sector de la doctrina, la proporcionalidad propia de las penas y la propia de las medidas deben aproximarse más. De hecho, esto es lo que ha propiciado que se sostengan las posiciones denominadas «monistas» en cuanto a la relación entre unas y otras. Igualmente, esa idea se halla en la base del modelo «vicarial» de la relación entre ambas, dominante en la legislación y en la doctrina. Ahora bien, de este modo se disuelve la idea de castigo, inherente a la pena. Por lo tanto, los defensores de este punto de vista deberían abordar de modo directo esta cuestión decisiva, en lugar de permanecer en el marco de lo que ellos mismos denominan un «fraude de etiquetas».

3. EL «PRINCIPIO» DE *NON BIS IN IDEM*

3.1. Generalidades

El principio de *non bis in idem*—también denominado *ne bis in idem*—contiene dos prohibiciones básicas. Por un lado, una de carácter material o sustantivo, que establece que un mismo hecho no debe ser objeto de doble sanción. Más precisamente, que una misma dimensión del hecho no debe ser objeto de una doble valoración, que a su vez conduzca a una doble sanción. Por otro lado, se integra en él una prohibición de carácter procesal, que impide que un mismo hecho conduzca a someter a su autor a dos procedimientos simultáneos o sucesivos, total o parcialmente coincidentes. Expresado de otro modo, que veda que alguien sea expuesto a un doble riesgo de sanción.[31] El contenido de esta segunda prohibición trasciende al de la institución procesal de la «excepción de cosa juzgada». En efecto, excluye de modo general la posibilidad de un doble proceso, con independencia de si uno de los dos procesos ha finalizado ya mediante un acto judicial con efecto de cosa juzgada.[32] 27

Tal doble prohibición carece de reconocimiento expreso en la Constitución española.[33] Con todo, el Tribunal Constitucional ha vinculado su dimensión material al derecho fundamental a la legalidad (art. 25.1 CE).[34] Ello resulta sorprendente por cuanto, pese a que el principio guarda relación con la 28

[29] La proporcionalidad en las penas de las personas jurídicas y en otras intervenciones estatales restrictivas de derechos se determina de modo análogo a las medidas de seguridad.

[30] *García Pérez*, RECPC 2007, 1 ss.

[31] Denominada, en la tradición angloamericana, prohibición de «*double jeopardy*». Al respecto, STEDH de 8 de julio de 2019 (Mihalache c. Rumanía).

[32] *Pérez Manzano* (2002), 75; *Carpio Briz* (2012), 223 ss.; *el mismo*, Justicia: Revista de Derecho procesal 1 (2019), 379 ss.; *Gómez Tomillo*, InDret 2/2021, 421 ss.

[33] Sobre su protección internacional, *Arroyo/Nieto*-eds.- (2007); *Ottaviano* (2013).

[34] STC 2/1981, de 30 de enero.

seguridad jurídica, su fundamento más evidente es el de la proporcionalidad. En cuanto a la dimensión procesal, al alto tribunal la ubica en el marco del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE).[35] Por lo demás, el denominado «principio» de *non bis in idem*, que en realidad es una regla,[36] vincula fundamentalmente al juez, a quien compete la valoración de los hechos probados. Cabe discutir si, asimismo, vincula al legislador.[37] Pues bien, la mera circunstancia de que un hecho resulte de entrada subsumible en dos o más tipos de delito o reglas punitivas no vulnera *per se* ningún precepto constitucional. A este respecto, lo importante es que la legislación correspondiente contenga disposiciones concursales —en particular, de concurso aparente de leyes— que impidan la doble valoración.

29 La finalidad del principio de *non bis in idem* se orienta a evitar la dualidad de sanciones en casos en los que concurra una «triple identidad». Para que esto se dé es preciso que ambas sanciones tengan por objeto: (i) un mismo hecho; (ii) de un mismo sujeto; y (iii) se basen en el mismo fundamento jurídico. Pues bien, los tres elementos plantean problemas, pero en particular los genera el tercero de ellos. Ciertamente, el fundamento es el mismo cuando ambas sanciones han tenido como base la afectación de un mismo bien jurídico, en virtud de la infracción de un mismo deber y mediante los mismos medios comisivos. Sin embargo, con esto no se resuelven todas las dificultades. Para comprobarlas con algo de detalle, es preciso tener en cuenta las cuatro variantes posibles del *bis in idem*: (i) la doble sanción penal/administrativa en el territorio nacional; (ii) la doble sanción penal/penal en el territorio nacional; (iii) la doble sanción penal/administrativa internacional; y (iv) la doble sanción penal/penal internacional.[38]

3.2. La concurrencia de las sanciones penal y administrativa en un territorio nacional

30 La compatibilidad o no de una sanción penal y una administrativa por el mismo hecho ha sido el objeto fundamental de la disputa sobre el alcance del principio *non bis in idem*.[39] En España, el debate decisivo tuvo lugar a propósito de una serie de resoluciones del Tribunal Constitucional dictadas a principios

---

[35] *Pérez Manzano* (2002), 67 ss., 79.

[36] *Ossandón Widow*, PolítCrim 13 (2018), 978.

[37] *Ossandon Widow*, PolítCrim 13 (2018), 996.

[38] Por lo demás, como ya se indicó, los procedimientos de las jurisdicciones indígenas, si están reconocidas, deben producir un efecto de *non bis in idem* procesal con respecto a la jurisdicción estatal. Asimismo, sus resoluciones tienen que producir un efecto de *non bis in idem* material (cosa juzgada) con respecto al Derecho penal del Estado. Así, el art. 16 del Convenio 169 de la OIT, que dispone que los miembros de las comunidades indígenas no pueden ser juzgados ni sancionados por la jurisdicción penal ni administrativa estatal, cuando previamente hayan sido sancionados por las autoridades de la jurisdicción especial.

[39] *García Albero*, LH Valle Muñiz, 2001, 295 ss.; *Mañalich*, PolítCrim 9 (2014), 543 ss.; *García Cavero*, PolítCrim 11 (2016), 21 ss.

de este siglo XXI. El contexto de estas últimas fue la posible imposición de una doble sanción administrativa y penal, derivada del discurrir simultáneo del procedimiento sancionador y el proceso penal, en casos de puesta en peligro del medio ambiente. Así las cosas, la STC 177/1999, de 11 de octubre, consideró que tal doble sanción vulneraba el principio de *non bis in idem* y otorgó el amparo constitucional al demandante.[40] De alguna manera, dicha sentencia partía de que la existencia de un doble procedimiento era imputable al Estado, al no haber tenido lugar la suspensión del procedimiento administrativo con ocasión de la incoación del proceso penal. Sin embargo, la STC 152/2001, de 2 de julio, en un caso relativamente similar, lo denegó. Ciertamente, en dicho supuesto había tenido lugar una provocación fraudulenta de la sanción administrativa para alegar luego el *bis in idem* en el proceso penal. En fin, la STC 2/2003, de 16 de enero, sostuvo que no existe *bis in idem* en virtud de la doble sanción penal y administrativa siempre que en el importe de la pena pecuniaria se tenga en cuenta el monto de la sanción administrativa de multa previamente impuesta, a efectos de proceder a una cierta compensación.[41]

Este criterio es el que ha prevalecido en las últimas décadas. Sin embargo, 31
plantea al menos dos problemas. Por un lado, no incentiva que las autoridades administrativas suspendan los procedimientos tan pronto como les constan indicios de delito o tienen noticia de que existe un proceso penal por los mismos hechos. Por otro lado, sobre todo, el criterio de la compensación en la cuantía de la sanción no elimina la existencia de una doble sanción. Es verdad que la solución opuesta —a saber, la renuncia a la sanción penal, por ser cronológicamente posterior a la administrativa—, aunque formalmente sea correcta, en términos materiales implica la ausencia de sanción de un hecho punible. En efecto, la suficiencia de la sanción administrativa solo puede postularse en casos límite de infracciones penales formales. Con todo, y salvo en los casos de provocación fraudulenta, seguramente la opción menos mala es que, si se ha producido ya la sanción administrativa, no se imponga la sanción penal.[42]

Es frecuente que la sanción administrativa se dirija contra la persona jurídica 32
titular de la empresa económica en la que tiene lugar la infracción. En cambio, la sanción penal se impone a la persona física que administra a aquella persona jurídica. Ello puede tener lugar de modo directo —en los delitos comunes— o a través del cauce de una de las cláusulas de actuar en lugar de otro —en los delitos especiales— (*cfr. infra* capítulo 17/18). Por lo tanto, en estos casos no se da una identidad de sujeto entre una y otra sanción. En realidad, la posibilidad de que se aprecie esa identidad surge a partir del momento en el que las personas jurídicas también responden por algunos de los delitos cometidos

---

[40] Con comentario de *Muñoz Lorente* (2001).

[41] Exposición en *Górriz Royo*, EPC XXIV (2002-2003), 188 ss. Crítico, *Cuerda Riezu*, LH Landrove Díaz, 2011, 239 ss.

[42] Ciertamente, la opción preferible sería la anulación del procedimiento administrativo no suspendido y, como consecuencia de ello, la anulación del acto administrativo que impuso la sanción. Hecho esto, podría imponerse la sanción penal.

por las personas físicas integradas en la empresa de la que *aquellas* son titulares (art. 31 bis CP español). Ahora bien, entonces la que puede llegar a sufrir una doble sanción —penal y administrativa— es la persona jurídica.

33 La jurisprudencia constitucional española ha admitido la doble imposición de penas y sanciones administrativas a una persona física cuando estas últimas son disciplinarias, por estimar que no puede apreciarse una identidad de fundamento entre unas y otras.[43] Sin embargo, lo cierto es que cuando el delito cometido por el funcionario público no es un delito común, sino un delito especial, tanto la condición de funcionario como la vulneración de sus específicos deberes de lealtad con respecto a la administración pública integran el desvalor del delito y la medida de pena. Por tanto, hay razones para entender que existe una identidad, al menos parcial, de fundamento. Además, en otros muchos casos resulta inevitable apreciar entre el delito y la infracción disciplinaria una relación análoga a la del concurso de delitos o de leyes. Por lo tanto, es necesario analizar caso por caso si resulta procedente imponer dos sanciones o no.

3.3. La concurrencia de las sanciones nacionales y extranjeras

34 La posible concurrencia de una sanción nacional y una extranjera —de dos sanciones penales o bien de una penal y otra administrativa— es un fenómeno que se ha empezado a considerar en las últimas décadas. En esta materia empieza a cobrar importancia el art. 50 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Este dispone que: «Nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley».[44] Como se advierte, este último precepto distingue entre la vertiente material del *non bis in idem* y su vertiente procesal. Sin embargo, lo hace con un alcance limitado. En primer lugar, el precepto se refiere a procedimientos de países de la Unión Europea, de modo que no bloquea el *bis in idem* internacional más allá de este ámbito.[45] En segundo lugar, no contempla el caso del sobreseimiento libre del primer procedimiento, ni el supuesto de la mera existencia de dos procedimientos simultáneos, todavía no finalizados. En fin, en tercer lugar, aparentemente solo establece la prohibición de *bis in idem* en el seno del Derecho penal y no en la relación entre este y el Derecho administrativo sancionador. Con todo, el Tribunal Supremo español ha partido de que la jurisprudencia del TJUE «no limita la aplicación del *non bis in idem* a los procesos y sanciones que el Derecho nacional califica de "penales", sino que se extiende —con independencia

---

[43] Por ejemplo, SSTC 154/1990, de 15 de octubre; 234/1991, de 10 de diciembre. Crítico, *Benlloch Petit*, PJ 51 (1998), 348 ss.

[44] También el art. 4 del Protocolo 7 al CEDH.

[45] *Vervaele*, InDret 1/2014, 12 ss.; *García Rivas*, LH Quintero Olivares, 2018, 105 ss.; *el mismo* (2019), 443 ss.

de su calificación en Derecho interno— a procedimientos y sanciones que puedan asimilarse a *aquellas*».[46] Como puede advertirse, en este punto se ha adoptado una solución distinta a la acogida por el Tribunal Constitucional en el caso de la concurrencia de sanciones penales y administrativas nacionales. Ahora bien, ello puede deberse a dos razones: (i) a la especial coincidencia de contenido entre las sanciones aplicadas a las personas jurídicas en vía administrativa y penal, más allá de las etiquetas; o (ii) a la acogida taxativa de la dimensión procesal del *non bis in idem* —la prohibición de *double jeopardy*—. En función de si se ha tratado de lo uno o de lo otro, la tesis puede ser más o menos generalizable.

3.4. La doble sanción penal nacional

El *bis in idem* penal nacional se suscita cuando un hecho es susceptible de 35
subsumirse en dos o más tipos de delito o en un tipo y otra regla general agravatoria. Esto significa que la técnica fundamental para afrontarlo son las reglas del concurso de delitos y, sobre todo, de leyes para los casos del denominado «concurso real impropio».[47] De ahí que pueda hablarse de una dimensión constitucional de la doctrina del concurso de delitos, vinculada con la vigencia del principio de prohibición de exceso.[48] A este respecto, ha sido común discutir el problema representado por los hechos previos y posteriores copenados, el autoencubrimiento y otras figuras próximas. En particular, se ha dado un debate singular sobre la figura del denominado «autoblanqueo posesorio». Es decir, el blanqueo cometido —mediante la mera posesión de los activos delictivos— por parte de quien previamente ha llevado a cabo el delito fuente de aquellos. En este punto, la jurisprudencia ha procedido a una restricción de los casos en los que este es punible mediante una polémica reducción teleológica que se concreta en la introducción de un elemento subjetivo —el ánimo de ocultación del origen de los fondos—.

Otro supuesto de *bis in idem* se suscita cuando se sanciona a las personas 36
físicas y a la persona jurídica en casos en los que esta última no es titular de una organización económica que trascienda a la pura interacción individual de sus integrantes. En este punto es preciso distinguir casos diversos. Por un lado, el de las sociedades unipersonales, en las que la persona física condenada es, al mismo tiempo, socio único de la persona jurídica.[49] Por otro, aquellos en los que se da una «carencia de desarrollo organizativo a nivel empresa-

---

[46] STS 710/2021, de 20 de septiembre (el conocido como «caso Dieselgate»), entendiendo que las multas administrativas a personas jurídicas de la ley alemana de infracciones de orden y las penas de multa a las personas jurídicas del CP español tienen el mismo fundamento. Por tanto, se cumple el requisito de triple identidad, necesario para apreciar un *bis in idem*.

[47] *García Albero* (1995); *León Villalba* (1998); *Mañalich*, PolítCrim 9 (2014), 543 ss.

[48] *Cuerda Riezu*, LH Queralt Jiménez, 2021, 172 ss.

[49] STS 746/2018, de 13 de febrero de 2019.

rial»,[50] esto es, el negocio carece de complejidad organizativa, un indicio de lo cual es que no sea viable la implantación de un modelo de prevención.[51] En la legislación española esto no ha sido resuelto de modo expreso. Es más, los argumentos literales son incluso favorables a la inclusión de pequeñas sociedades en el sistema de responsabilidad de las personas jurídicas. Así, en primer lugar, las sociedades de pequeñas dimensiones son objeto expreso del régimen de responsabilidad del art. 31 bis 3. CP. En segundo lugar, los casos en los que la imposición de la pena de multa tanto a la persona física como a la jurídica puede plantear problemas de proporcionalidad son objeto de una previsión específica (art. 31 ter 1. CP). En efecto, esta situación ha sido entendida como un *bis in idem* parcial, afrontándose mediante una regla de modulación proporcional de las penas de multa.

37 Esto es así porque la literalidad del sistema legal español asocia la responsabilidad a la existencia de personalidad jurídica, sin entrar en mayores disquisiciones. Por tanto, la aplicación de la doctrina del *bis in idem* requiere llevar a cabo una reducción teleológica de la regla legal, con el fin de excluir estos casos. Aquí el *telos* es la existencia de un estado de cosas de organización defectuosa, como fundamento material de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, en los casos en los que no exista una mínima complejidad organizativa, la imposición de penas a las personas físicas intervinientes por acción y omisión y, a la vez, a la persona jurídica, constituye un *bis in idem* material. Este no puede resolverse con el mencionado criterio de modulación de la cuantía de la multa.

3.5. Las tendencias a revisar el efecto de cosa juzgada

38 Existe una clara tendencia internacional a poner en cuestión el carácter absoluto del efecto de cosa juzgada derivado de las sentencias firmes. En parte, ello se debe a la constatación de que ciertas resoluciones judiciales han dado lugar a sobreseimientos o absoluciones indebidas; es decir, a producir la denominada cosa juzgada «fraudulenta» o «írrita».[52] Sin embargo, más allá de estos casos, en los demás se trata de absoluciones correctas, tras las que luego aparecen pruebas de las que no se dispuso en el primer procedimiento. Pues bien, cuando tales absoluciones afectan al núcleo de los delitos *mala in se*, una idea en ascenso es la de que la «realización de la justicia» debe primar sobre la garantía formal de la prohibición de *double jeopardy*—es decir, del principio *non bis in idem* en su dimensión procesal—.[53]

---

[50] STS 108/2019, de 5 de mayo.

[51] STS 264/2022, de 18 de marzo.

[52] *Morgenstern/ Orce* (2014); *Morgenstern* (2015).

[53] Sin embargo, la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 31 de octubre de 2023 ha declarado que el principio *non bis in idem* no conoce excepciones. En consecuencia, ha declarado inconstitucional la ley que preveía la revisión de sentencias firmes por delitos contra bienes intrínsecos en caso de aparición posterior de pruebas incriminatorias.

II. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN SENTIDO AMPLIO

1. LA CULPABILIDAD COMO FUNDAMENTO O COMO LÍMITE DEL CASTIGO

1.1. Generalidades

39 La responsabilidad penal no solo requiere que se haya producido un hecho lesivo, sino también que este haya sido cometido de modo culpable. Sin embargo, la adopción de los contenidos asociados al denominado principio de culpabilidad no es consustancial al castigo estatal. En efecto, si este se fundamentara con base en un criterio de utilidad, podría prescindir de la culpabilidad del agente. Frente a ello, el principio de culpabilidad, desde sus orígenes, expresa una concepción del castigo público vinculada a la posibilidad de dirigir un reproche al sujeto castigado y, por tanto, al merecimiento de pena de este último. Como se indicó, esta concepción es un producto intelectual de la primera Escolástica y, luego, de la Escolástica tardía. Es decir, de los teólogos-juristas de la Escuela de Salamanca en el siglo XVI.[54] Una cuestión distinta es que, con posterioridad, el principio de culpabilidad se haya reconstruido de otro modo. Así, una de sus reinterpretaciones más difundidas lo concibe como una garantía colateral que establece un límite externo a la fundamentación preventiva del castigo.

1.2. El consenso y el disenso sobre su fundamento

40 El principio de culpabilidad, según se conciba como fundamento o como límite del castigo, pasa a tener un contenido distinto. Pese a ello, no existe en la doctrina una discrepancia práctica acerca de su vigencia actual. Ahora bien, ello se debe a que no se profundiza en su ulterior fundamento antropológico. En concreto, su base se suele buscar —y encontrar— en las constituciones nacionales, a partir de lo cual se suele presentar como una mera convención social o como un concepto político-cultural.[55] De este modo, se rechaza, de forma más o menos explícita, que refleje una afirmación de antropología filosófica.[56] Sin embargo, como expresa de forma bastante clara la misma palabra «culpabilidad», el principio tiene naturaleza metafísica, igual que los relativos a la dignidad o la libertad humana (*cfr. infra* capítulo 23/35). No obstante, como es sabido, la relativización de todos estos principios constituye una característica del pensamiento autodenominado moderno (siglos XVIII-XIX), acentuada en los siglos XX y XXI.

41 Este opera del siguiente modo. En primer lugar, omite toda referencia a la sustancia de lo humano o rechaza sin más la existencia de tal sustancia. En segundo lugar, sigue aceptando —en sus efectos— la antropología filosófi-

---

[54] *Maihold* (2011), 129 ss.

[55] *Lascuraín Sánchez* (2021), 30.

[56] Explícitos: *Jakobs* (1976), 31 ss.; *Gärditz* (2017), 276.

ca del pensamiento clásico cristiano, que está profundamente anclada en la sociedad. Sin embargo, esta se reconstruye como un concepto meramente cultural o como una convención sociopolítica. Con ello, se relativiza, no solo por circunscribirla a la civilización occidental, sino más aún por reducirla a un concepto jurídico-constitucional. Ahora bien, esta posición tiene dos consecuencias relevantes. Por un lado, conduce a admitir *nolens volens* que puedan ser ignorados en otras culturas, sistemas políticos o marcos constitucionales. Además, por otro lado, lleva también a su debilitamiento incluso en el marco cultural, político o jurídico propio. En efecto, así se admite de modo abierto la posibilidad de que sean eliminados o reconstruidos de modo distinto en cualquier momento.

1.3. Las garantías del principio de culpabilidad

42 El principio de culpabilidad tiene un anclaje constitucional diverso en cada país. Ciertamente, en algunas naciones se menciona de modo expreso en la Constitución. En cambio, en otras, como es el caso italiano o español, no se alude a él. Así, en Italia el principio de culpabilidad se suele inferir del art. 27, I de la Constitución, que señala que «*la responsabilità penale è personale*». En cambio, en España el Tribunal Constitucional lo considera implícitamente contenido en la Constitución, a partir del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad de la persona y los valores superiores del ordenamiento.[57] En todo caso, el principio de culpabilidad tiene diversas dimensiones que merecen una consideración separada. La primera de ellas es la garantía representada por el derecho fundamental a la presunción de inocencia —el subprincipio del hecho probado—. En virtud de este, se exige que el hecho susceptible de ser castigado haya sido probado más allá de toda duda razonable y que los medios de prueba no vulneren los derechos fundamentales. En el ámbito estrictamente sustantivo, tal subprincipio es como mínimo puesto en cuestión mediante la construcción de tipos delictivos y otras reglas que fundamenten el castigo con base en ficciones o en presunciones *iuris et de iure*,[58] así como sobre presunciones *iuris tantum*.[59]

43 Además de este, pueden distinguirse los siguientes subprincipios: (i) el (sub-)principio del hecho propio y de exclusión de la responsabilidad por hecho de otro; (ii) el (sub-)principio de imputación subjetiva, o de exigencia de dolo o imprudencia; (iii) el (sub-)principio de culpabilidad en sentido estricto, esto es, la exigencia de reprochabilidad; y (iv) el (sub-)principio de personalidad de las penas. Todos estos criterios tienen una dimensión categorial-clasificatoria y otra cuantitativa, que adquiere pleno significado en el ámbito de la individualización judicial de la pena. En efecto, por un lado, no

[57] STC 150/1991, de 4 de julio.

[58] STC 105/1988, de 8 de junio.

[59] *García Pérez*, ADPCP 1993, 642 ss.

puede imponerse pena sin culpabilidad. Por el otro, no puede imponerse una pena que vaya más allá de la medida concreta de la culpabilidad del sujeto. Así pues, por muy grave que haya sido la lesividad del hecho, si la culpabilidad, por la razón que sea, se encuentra disminuida, la pena deberá ajustarse a tal menor culpabilidad sin poder desbordarla.

Así presentadas, se advierte con claridad que estas garantías solo pueden 44
calificarse como «límites» de algo externo a ellas si se parte de una fundamentación instrumentalizadora-preventiva del castigo. Por el contrario, si se abandona esta, en realidad tienen que constituir la base de un castigo que debe legitimarse frente a la persona a quien se impone. Por tanto, únicamente cabe prescindir por completo de ellas si se considera que el delito es un fenómeno colectivo —un producto social— y que no cabe reprochárselo intrínsecamente a ninguna persona en concreto.[60] Esta percepción, que tuvo cierto apogeo en la segunda mitad del siglo XX, ya no goza de reconocimiento doctrinal. En cambio, lo que sí se impone cada vez más es una concepción extrínseca-estandarizadora de la imputación de responsabilidad, que tiende a prescindir de una culpabilidad intrínseca al agente. Ciertamente, la prosecución coherente de este camino tendría que conducir a sustituir el principio de culpabilidad por otros criterios de garantía alternativos.[61] Sin embargo, la doctrina —que advierte esta posibilidad— también es consciente de que, de este modo, el sistema del Derecho penal se reconstruye de un modo radicalmente distinto. En efecto, una vez abandonada la noción de culpabilidad, la consecuencia jurídico-penal, llámese como se quiera, deja de ser un castigo para convertirse en una carga que soporta el reo en beneficio de la comunidad.

2. LA CUALIDAD DEL HECHO COMO PROPIO

El principio de culpabilidad requiere que la responsabilidad se asocie a una 45
acción, es decir, a una conducta humana externa.[62] En efecto, la exigencia de que la responsabilidad penal se base en un hecho propio conlleva poder considerar responsable, únicamente, al sujeto que haya realizado el hecho antijurídico. Esta dimensión del principio establece un límite externo a la doctrina de la prevención de intimidación, cuya lógica podría conducir perfectamente a hacer responsable a un sujeto por el hecho de otro. Así, por ejemplo, a los padres por los actos de terrorismo de sus hijos, partiendo de que esto puede intimidar a los potenciales terroristas mucho más que amenazarlos con sufrir ellos mismos la pena. Del mismo modo en la antigüedad no fueron raros los supuestos de responsabilidad de los hijos por los hechos de los padres —o los de responsabilidad familiar o tribal, por el hecho de uno de los miembros—, aunque ello no respondiera siempre a razones de prevención general. En

[60] *Lüderssen* (1980), 740.

[61] En este sentido ya *Baurmann* (1987), 262 ss., 302.

[62] *Vives Antón* (2.ª, 2011), 325; *Martínez-Buján*, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 715 ss.

realidad, todavía en la actualidad existen en algunos ordenamientos legales modelos excepcionales de responsabilidad penal por hechos ajenos, que se conocen como «vicariales».[63]

46 Desde un punto de vista de teoría del Derecho, el principio del hecho propio se opone a una plena normativización de la imputación, como la que propuso singularmente Kelsen. Según esta última, la persona para el Derecho no existe de modo previo a la imputación jurídica, sino que es precisamente constituida por ella. Así pues, el Derecho, sin restricción alguna, determina normativamente «qué es lo propio de alguien».[64] Pues bien, frente a ello, el principio del hecho propio tiene una dimensión ontológica que limita el posible alcance de una imputación plenamente normativista. En cambio, si se deja de lado la concepción del principio como límite de los modelos preventivistas de atribución de responsabilidad —es decir, tan pronto como se adopta una perspectiva retributiva—, el principio del hecho propio resulta una obviedad. En efecto, solo se puede merecer por lo que se hace.

47 El principio de responsabilidad por el hecho propio conduce asimismo a excluir la responsabilidad personal por hechos colectivos. De este modo entra en colisión con las doctrinas de la prevención general de intimidación —o de la prevención general positiva— que pueden fundar la tipificación y sanción de un hecho a partir de la lesividad general de su comisión masiva o reiterada, o de ciertos efectos de sumación. Así, por ejemplo, su virtualidad se manifiesta cuando se utiliza como argumento contra las figuras de la acumulación de conductas o de los delitos ubicuos. En efecto, en estas últimas, la criminalización toma como base un criterio que tiene en cuenta hechos realizados (o de posible realización) por terceros distintos del agente y, por tanto, opera a partir de estos —*ex iniuria tertii*—.

48 En este punto es preciso aludir también al fundamento de las «penas» que se imponen a las personas jurídicas. En esta materia, la doctrina de la atribución —o de la heterorresponsabilidad— sostiene que a *aquellas* se las responsabiliza por los delitos cometidos por sus integrantes, de modo que se trata de una responsabilidad vicarial. En cambio, la doctrina de la autorresponsabilidad defiende la perspectiva opuesta. Pues bien, si se parte de que la culpabilidad es algo extrínseco, pragmático-convencional, o funcional al modelo de sociedad, desde luego no es irrazonable atribuírsela a las personas jurídicas. En realidad, tampoco lo es atribuírsela a los animales y a las cosas —incluida aquí la inteligencia artificial, mejor, las máquinas de procesamiento artificial de macrodatos—. Ciertamente, la atribución de responsabilidad penal a todos estos entes puede tener lugar de modo convencional o funcional. De hecho, así se hizo en la antigüedad. Sin embargo, esta no es la culpabilidad en sentido propio; en efecto, no es la culpabilidad específica de los seres humanos.

---

[63] En el ámbito jurídico angloamericano: «*vicarious liability*». En Francia se discute todavía la existencia, o no, de una «*résponsabilité pénale du fait d'autrui*».

[64] Expositivo, *Renzikowski* (2002), 262-263.

3. EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA

El siguiente contenido del principio de culpabilidad se identifica concre- 49
tamente como «principio de imputación subjetiva». A su vez, este se conoce también como principio de dolo o imprudencia —o culpa— y prohíbe la imposición de una pena en virtud de la mera producción de un resultado lesivo de un bien jurídico, o de la mera realización objetiva de una conducta. Por tanto, se contrapone a las antiguas nociones de la «mera responsabilidad por el resultado» y, luego, de la «responsabilidad objetiva», que contempla el resultado en su mera relación con la dimensión objetiva de la conducta del sujeto. A todo ello se refiere el Código penal español de modo explícito en varios artículos. Así, cuando declara que no hay pena sin dolo ni imprudencia (art. 5 CP) o cuando define los delitos como «las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley» (art. 10 CP). En la actualidad es común afirmar que el delito doloso debe castigarse de modo más grave que el delito imprudente (o culposo); que este último debe castigarse de modo excepcional, cuando la ley lo establezca expresamente (art. 12 CP); y que, si no concurre siquiera imprudencia, el hecho debe quedar impune.

En nuestra tradición de origen germánico, el principio de imputación sub- 50
jetiva rige de modo formal. Sin embargo, no cabe desconocer que experimenta algunas erosiones. Estas vienen dadas, en unos casos, por la exclusión de algunos elementos típicos del ámbito de lo que tiene que ser abarcado por el dolo del agente. En otros, derivan de la objetivación o estandarización de la imprudencia consciente. En fin, de ciertos modelos de abordaje de la culpa inconsciente (*cfr. infra* capítulo 13/126). Por lo demás, aunque no existan formalmente supuestos de responsabilidad objetiva,[65] sí cabe identificar situaciones en las que se produce una agravación de la pena por factores no imputables a dolo ni a imprudencia. Por ejemplo, en las cualificaciones de la responsabilidad por imprudencia en virtud de la producción de una pluralidad de resultados. Igualmente, en el hecho de que la injerencia fortuita de un sujeto —la mera producción de un accidente— agrave la pena de la omisión de socorro subsiguiente, según la literalidad del art. 195 CP español. Es más, incluso existen posiciones doctrinales que sostienen la concurrencia de una comisión por omisión en situaciones de injerencia fortuita. En fin, quienes admiten un estado de necesidad defensivo contra procesos causales que ni siquiera son imprudentes están constituyendo una forma indirecta de «responsabilidad» del agente sin dolo ni culpa.

4. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Como antes se ha indicado, el principio de culpabilidad en sentido estricto 51
tiene un contenido distinto de todo lo anterior. Sin embargo, existe divergencia sobre cuál es este. Para un sector doctrinal, se basa en la libertad individual

[65] En la terminología angloamericana, «*strict liability*».

del agente y da cuenta del merecimiento intrínseco de pena y de su medida concreta. En cambio, para otras posiciones, expresa una adscripción extrínseca realizada con base en consideraciones de equidad. Estas atienden a la capacidad del agente y a la situación en la que actúa, desde una perspectiva estandarizada, que se estima suficiente para tener en cuenta las desigualdades existentes entre unas y otras personas. A partir de ahí, una posibilidad que se plantea periódicamente la doctrina es la de redefinir la culpabilidad en el sentido de proporcionalidad. Ciertamente, este fue el camino seguido por un sector doctrinal en los años setenta y ochenta del siglo XX, a partir del rechazo de la posibilidad de dirigir un reproche al delincuente.[66] De este modo, el modelo pretendía proponer la sustitución del Derecho penal de la culpabilidad por un «Derecho racional de medidas orientado al hecho».[67] Sin embargo, son patentes las diferencias entre la culpabilidad, entendida como expresión de merecimiento, y su reducción a un límite proporcionalista (de justicia distributiva) de una teoría preventiva. Todo esto debe ser examinado con detenimiento más adelante (*cfr. infra* capítulo 23).

5. EL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD DE LAS PENAS

52 De conformidad con el principio de personalidad de las penas, la pena debe ser impuesta al sujeto considerado responsable del delito, que es quien tiene que soportarla.[68] Por lo tanto, requiere «identidad de sujeto» entre el agente del hecho y el sujeto pasivo del juicio de imputación y de la pena. De este modo, el principio de personalidad de las penas se vulnera si la pena se le impone a un sujeto distinto de aquel a quien se consideró responsable del delito. En este sentido, es común afirmar que la pena se diferencia de la responsabilidad civil en que no es asegurable, ni transmisible *inter vivos*, ni *mortis causa*.[69] En efecto, desde finales del siglo XIX está claro en todo el mundo que la personalidad de las penas impide su transmisión *mortis causa*. Por tanto, la muerte extingue la responsabilidad penal (art. 130.1.° CP) y los causahabientes no responden por los hechos delictivos del finado.

53 El principio según el cual la pena la debe sufrir quien ha cometido el hecho punible, de modo que no se puede sufrir una pena por un hecho de otro, es inherente a su concepción retributiva —esto es, al merecimiento—. En cambio, desde la perspectiva preventiva, constituye un límite externo. En efecto, desde luego puede ser eficaz en términos preventivos castigar a los padres por un hecho que han cometido los hijos. Pese a ello, tanto las fundamentaciones retributivas de la pena, como las preventivas, suelen respetar este criterio. Ahora bien, el principio de personalidad de las penas no impide que

---

[66] *Ellscheid/Hassemer* (1975), 266 ss.; *Baurmann* (1987), 265 ss.

[67] *Baurmann* (1987), 25 ss. —prevención especial—, 179 ss. —prevención general—.

[68] *Silva Sánchez*, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 662; *Cuerda Riezu*, ADPCP 2009, 158 ss.

[69] Ni transigible, o transaccionable, algo que también se ha ido relativizando en los últimos tiempos.

la pena impuesta a un sujeto tenga efectos colaterales sobre terceros no responsables. Por ejemplo, la prisión impuesta a un padre de familia ciertamente produce consecuencias emocionales y económicas sobre su esposa e hijos.[70] Igualmente, la «pena» impuesta a una persona jurídica tiene repercusiones sobre sus administradores, directivos, socios y trabajadores. Sin embargo, éstas no pueden ser calificadas de pena. En efecto, ese daño no es imputable al Estado, sino al delincuente mismo. En efecto, una cosa es sufrir la pena y otra soportar sus costes, directos o indirectos. Con todo, el Estado debe evitar que la ejecución de la pena repercuta de modo innecesario o desproporcionado sobre los familiares del reo.

54 El principio de personalidad puede verse afectado en términos materiales, aunque aparentemente sea respetado. Así, por ejemplo, la pena de multa plantea problemas de conflicto con su contenido material. Estos no derivan de que quien efectúa el ingreso de su importe no sea el culpable condenado. Más bien, tienen que ver con la imposibilidad de controlar que ese importe no le haya sido girado previa o posteriormente por un tercero —la empresa para la que trabaja, un familiar, un grupo de amigos—.[71] Del mismo modo, la responsabilidad penal de las personas jurídicas relativiza la vigencia del principio de personalidad de las penas. Por un lado, porque en este caso se trata básicamente de multas. Además, por otro lado, porque existe un debate sobre la asegurabilidad de las multas impuestas en virtud de la atribución de responsabilidad penal a tales entes.[72] En fin, y sobre todo, porque existe sucesión en tal responsabilidad. En concreto, con ocasión de la producción de modificaciones estructurales en las sociedades, se establecen reglas de traslado de la responsabilidad a una persona jurídica distinta de aquella en la que se cometió en delito (art. 130.2 CP español).[73]

55 El principio de personalidad de las penas experimenta fricciones, asimismo, cuando la pena recae sobre una persona que, aunque sea formal y metafísicamente igual a la que cometió el delito, puede haber experimentado cambios notables en su «identidad moral». Esta posibilidad conduce a plantear los problemas de «identidad de la persona en el tiempo» y a la formulación de un principio relativo a la exigencia de tal identidad que tenga en cuenta también las posibles «crisis de identidad». En la doctrina existen ya formulaciones al respecto, de naturaleza política-distributiva o bien retributiva. Ello debe ser objeto de análisis detallado en otros lugares (*cfr. infra* capítulos 23, 27 y 28).

---

[70] *Del Vecchio* (1947), 12: «Nadie afirma que esto sea justo; de ordinario, se piensa que ello es inevitable; pero, tal vez, lo que hay es que el tema no ha sido debidamente estudiado por los juristas»; *Müller-Dietz*, FS Roxin, II, 2011, 1159 ss.; *Tamarit Sumalla*, LH Quintero Olivares, 2018, 281 ss. Las obligaciones morales «residuales» del Estado punitivo frente a los familiares de los penados son sistematizadas por *Bülow*, Ethical Theory and Moral Practice 17 (2014), 775 ss.

[71] *Coca Vila*, InDret 3/2021, 69 ss.

[72] *Coca/Pantaleón*, ADC 2021, 113 ss.

[73] La considera conforme a la Constitución, en el ámbito de las sanciones administrativas, STC 179/2023, de 11 de diciembre.

III. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD

1. PLANTEAMIENTO

56 El Estado de Derecho se constituye en una comunidad política cuyos miembros son tenidos normativamente por libres e iguales. Pues bien, esta idea rectora aboca a una exigencia de igualdad jurídica tanto en la protección como en las garantías, que incida sobre la ley y asimismo sobre la aplicación judicial del Derecho. En España, el principio de igualdad tiene anclaje constitucional como derecho fundamental (art. 14 CE). Sin embargo, la igualdad es además un «valor superior del ordenamiento jurídico», junto con la libertad, la justicia y el pluralismo político. Por tanto, cualquier disposición jurídico-penal que vulnere el derecho fundamental a la igualdad es susceptible de ser declarada nula por parte del Tribunal Constitucional. Ahora bien, este puede recurrir también aquí al denominado «principio de conservación de los preceptos», dictando una sentencia interpretativa que establezca el marco de la interpretación del texto legal conforme a la Constitución. Esta segunda posibilidad conlleva la reducción teleológico-constitucional de su tenor literal mediante la adición de requisitos supralegales. Con todo, el recurso a este mecanismo ha sido muy debatido en la doctrina, a propósito de los tipos de delito relativos a la violencia doméstica, discutibles desde la perspectiva de la igualdad entre varones y mujeres.[74] En todo caso, está claro que la aplicación de las leyes penales debe basarse en el principio de igualdad.[75]

2. ALGUNAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS

2.1. El complemento administrativo y judicial de las leyes

57 En el caso de los Estados complejos, aunque la competencia exclusiva para la legislación penal la ostente el Estado, lo ordinario es que las regiones, comunidades autónomas o estados federados tengan amplia competencia para el dictado de disposiciones de Derecho público. Pues bien, en un marco así, cuando el legislador penal recurre a la técnica de las leyes penales en blanco, estas se concretan mediante un complemento administrativo diverso. Sin embargo, es obvio que de este modo los habitantes de distintos territorios del mismo Estado quedan sometidos a regímenes jurídico-penales diversos. Así pues, para negar que ello dé lugar a una vulneración relevante del principio de igualdad solo es posible recurrir a dos argumentos. En primer lugar, a que lo impide el requisito de que el núcleo de lo prohibido se halle definido en la legislación penal, mientras que solo se remiten al ámbito del Derecho administrativo cuestiones de detalle (*cfr. supra* capítulo 4/46). Sin embargo, esta objeción no obsta a que en lo concreto una misma conducta sea sancionada

[74] *Lascuraín Sánchez*, InDret 3/2012, 26 ss.; *el mismo*, REDConst 2013, 348 ss.

[75] Así, el art. 10 CP peruano (Principio de igualdad): «La Ley Penal se aplica con igualdad. Las prerrogativas que por razón de la función o cargo se reconocen a ciertas personas habrán de estar taxativamente previstas en las leyes o tratados internacionales».

en un territorio del estado y no en otro. Por ello, no hay más remedio que recurrir, en segundo lugar, al argumento de que la parcial desigualdad debe ser asumida por el criterio de distribución de las competencias legislativas, de modo que no puede afirmarse que carezca de fundamento.

58 También existe una relación tensa entre el principio de igualdad y la independencia judicial. En efecto, aquel principio apunta a una fuerte vinculación tanto fáctica como jurídica entre las sentencias de unos y otros órganos judiciales. En cambio, la independencia judicial apunta en el sentido contrario. Ello determina que los casos de contradicciones entre sentencias no se puedan afrontar, sin más, señalando que vulneran el principio de igualdad y, por tanto, estableciendo su inconstitucionalidad. A este respecto, es preciso distinguir entre las contradicciones fácticas entre las sentencias, y las valorativas.[76] Las primeras sí vulneran el derecho a la igualdad. Así, el Tribunal Constitucional español señaló en su día que «es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado»,[77] aunque luego el alto tribunal no haya desarrollado este punto de partida. Sin embargo, también cabe sostener que lo lesionan dos sentencias que, estimando probados exactamente los mismos hechos, los valoran de modo distinto. Con todo, en este último caso el Tribunal Constitucional español solo estima lesionado el derecho cuando se trata de divergencias internas a cada órgano: es decir, lo limita a la exigencia de una vinculación por el autoprecedente. Además, a estos efectos, ciertamente la Sala Segunda del Tribunal Supremo se considera un único órgano jurisdiccional, pero las diversas secciones de una misma Audiencia Provincial son consideradas órganos distintos. Una vez establecida la identidad de órgano judicial, la divergencia de resoluciones sobre casos sustancialmente iguales —sobre la base del denominado *tertium comparationis*— requiere una motivación suficiente.[78] En su ausencia, debe producirse la anulación de la sentencia inmotivadamente divergente, por vulneración del principio de igualdad.

2.2. La cuestión del sexo masculino o femenino del sujeto activo

59 La diversa sanción de una misma conducta, en función de que quien la cometa sea varón o mujer, plantea un problema de igualdad. Ciertamente, tal desigualdad se ha pretendido fundamentar sobre la base de que la conducta, aun cuando posea la misma dimensión empírica, adquiere un significado distinto si la lleva a cabo un varón contra una mujer. En concreto, sosteniendo que expresa una relación de dominación.[79] Desde luego, no cabe negar que una misma conducta en términos físicos puede tener un contenido de significado discriminatorio o de sometimiento, es decir, lesivo del principio

[76] *Silva Sánchez*, LH Vives Antón, II, 2009, 1793 ss.

[77] Ya en la STC 77/1983, de 3 de octubre.

[78] SSTC 31/2008, de 25 de febrero; 13/2011, de 28 de febrero.

[79] SSTC 59/2008, 45/2009, 127/2009 y 41/2010. Valoración matizada en *Lascuraín Sánchez*, RED-Const 99 (2013), 329; *el mismo* (2021), 140 ss., 149 ss.

de igualdad. Sin embargo, la presunción de que siempre que la realiza un varón se da tal contenido y que este se halla siempre ausente si la realiza una mujer no se puede sostener.[80] Por lo tanto, aquí es posible que algún caso deba llevarse a cabo una reducción teleológica de los preceptos jurídico-penales correspondientes.[81]

60 La jurisprudencia española —tanto la del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional— sostiene que el «enfoque de género» constituye un principio rector del ordenamiento jurídico.[82] Como tal, afirma que este es de obligado cumplimiento, informando tanto la interpretación y aplicación de las leyes como la valoración de la prueba. Sentado esto, procede discernir qué entienden ambos tribunales por «perspectiva de género». Pues bien, ello se concreta, en primer lugar, en el sentido de la corrección de la desigualdad entre mujeres y hombres. En segundo lugar, en el hecho de contemplar la concreta realidad del caso desde la perspectiva femenina, esto es, con los ojos de una mujer. Entendida así, la perspectiva de género —que debería denominarse, sin más, perspectiva femenina— resulta obviamente asumible. En efecto, esta no tiene nada que ver con la «ideología de género» o de la «diversidad de géneros», que pretende eliminar la dualidad antropológica natural de sexo masculino y femenino.

2.3. La atención a la desigualdad

2.3.1. En la teoría del hecho punible

61 El principio de igualdad —la exigencia de tratar igual los casos iguales y de modo desigual los desiguales— tiene una especial proyección en la imputación subjetiva y en la culpabilidad.[83] Además, las exigencias de trato equitativo obligan a considerar en la punibilidad hasta qué punto el Estado goza de toda la legitimidad para castigar a personas cuya protección negativa, positiva-formal y positiva-material por el propio Estado ha sufrido patentes limitaciones. Esto debe examinarse con detenimiento en los capítulos correspondientes (*cfr. infra* capítulos 23, 27 y 28).

2.3.2. El principio de igualdad de impacto de las sanciones

2.3.2.1. En la pena de multa

2.3.2.1.1. Generalidades

62 Una vez sentada la exigencia de igualdad formal ante la ley, merece consideración la cuestión relativa a la igualdad de impacto real de las sanciones.

---

[80] Parcialmente distinta, *Alonso Álamo*, CPC 95 (2008), 19 ss.

[81] En contra, STS 677/2018, de 20 de diciembre.

[82] Por ejemplo, STS 852/2021, de 19 de mayo.

[83] *Mir Puig* (2011), 130-131; *el mismo*, PG, 10.ª, 2016, 20/50.

Esta, que implica entrar en la diversidad de circunstancias personales, sociales y económicas de los reos, ha sido objeto de debate. Así, por ejemplo, en lo relativo a las circunstancias económicas, sigue siendo discutida la institución de la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de multa[84] —el tradicional «arresto sustitutorio»—.[85] En todo caso, la pretensión de una igualdad real de sacrificio en el régimen de las multas dio lugar a la adopción en la legislación española del «sistema de días-multa» para la determinación del importe de las penas pecuniarias —en 1995—. En efecto, este modelo permite atender a la gravedad del hecho en el número de cuotas que se establecen y a la renta del penado, mediante la fijación del concreto importe de la cuota. Ahora bien, aunque la multa se haya determinado conforme a aquel sistema, lo cierto es que cabe que un penado se niegue a pagarla. En tal caso, el órgano judicial tiene que optar por la vía de apremio y, fracasada esta, procede la responsabilidad personal subsidiaria, en forma de privación de libertad o de trabajos en beneficio de la comunidad.

2.3.2.1.2. Las multas proporcionales

Un sistema de multa proporcional con el daño causado o el beneficio obte- **63**
nido, que dé lugar en caso de impago a una privación subsidiaria de libertad, resulta problemático.[86] En efecto, un modelo así incurre en una doble desigualdad. La primera, al no considerar en su importe las diferencias de renta existentes entre los reos, se produce incluso aunque el sujeto condenado consiga pagarla. Por su parte, la segunda deriva del hecho de que el impago redunde en la imposición de penas personales. Así pues, cabe sostener que el importe de la pena de multa proporcional, cuando excede de lo que le correspondería al reo en los términos del sistema de días-multa, constituye una pena excesiva. Ello debe conducir a cuestionar su constitucionalidad. Ahora bien, en el plano interpretativo, y en tanto subsista su regulación actual, debe procederse a una reducción teleológica del alcance de su regulación. Esto significa que, en

---

[84] Art. 53 CP español: «1. Si el condenado no satisficiere, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente. En este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el apartado 1 del artículo 37. También podrá el juez o tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo».

[85] La institución fue declarada inconstitucional por la *Corte Costituzionale* italiana de 16 de noviembre de 1979: *Roldán Barbero* (1983), 93 ss., 96. En España, la STC 19/1988, de 16 de febrero, declaró que el sistema era conforme con la Constitución; y la STC 231/1991, de 10 de diciembre, excluyó que este constituyera una forma de «prisión por deudas». La doctrina es crítica sobre la persistencia de esta institución: *Jareño Leal* (1994); *Roca Agapito* (2003); *Fortes Furtado*, Sistema penal crítico, 2021, 85 ss.

[86] Art. 53.2 CP español: «En los supuestos de multa proporcional los Jueces y Tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder, en ningún caso, de un año de duración. También podrá el Juez o Tribunal acordar, previa conformidad del penado, que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad».

aquello que supere la medida de una multa fijada según el sistema de cuotas, su naturaleza no debe reputarse punitiva, sino solo constitutiva de una deuda de Derecho público. Como tal, no puede servir de base para la imposición de penas personales —relativas a bienes intrínsecos— en caso de impago. En efecto, en tal caso sí podría reputarse constitutiva de una prisión por deudas.

2.3.2.2. Las consecuencias del impago de la responsabilidad civil

64 Es objeto de discusión si la regulación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión en la legislación española resulta compatible con la prohibición de la prisión por deudas.[87] En concreto, se duda sobre la exigencia legal de un compromiso del reo de satisfacer las responsabilidades civiles para suspenderla y sobre su correspondiente revocación en caso de impago. Pues bien, en primer lugar, la interpretación del requisito debe partir de que ni la suspensión ni su revocación pueden relacionarse con la ausencia del pago de la responsabilidad civil cuando este es imposible.[88] Ahora bien, el caso es distinto cuando el pago de la responsabilidad civil resulta posible y, sin embargo, el penado lo omite. Ciertamente, en este punto conviene tener presente que la satisfacción de la responsabilidad civil —al igual que las demás condiciones impuestas— opera como un equivalente funcional de la dimensión aflictiva de la pena (su ejecución). Por lo tanto, parece razonable que su impago —cuando el pago era posible— determine la revocación de la suspensión. Por lo demás, el papel que desempeña la responsabilidad civil en los casos de suspensión de la ejecución de la pena pone de relieve que, pese a que su naturaleza es jurídico-civil, asimismo desempeña una función pseudopunitiva-satisfactiva.[89]

2.3.2.3. En las penas de prisión

65 Es discutible que el principio de igualdad de impacto pueda y deba ser apreciado en la determinación de las penas no pecuniarias. Desde luego, resulta claro que, en función de las características externas e internas de la persona, una misma pena de prisión puede producir más sufrimiento en unos sujetos que en otros. Sin embargo, en contra de su consideración cabe sostener que la experiencia subjetiva del castigo, a diferencia de lo que ocurre con las condiciones carcelarias, no es imputable al Estado. Además, también es cierto que, a un sujeto con nula sensibilidad a la pena, o que incluso se encuentre bien en la cárcel, no se le impone por ello una pena de duración más larga. Por

---

[87] Así, el art. 80 CP español. En el sentido de su constitucionalidad, SSTC 32/2022, de 7 de marzo; 104/2022, de 12 de septiembre; 132/2022, de 24 de octubre.

[88] El art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que nadie puede ser encarcelado «por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual». En este caso, sin embargo, se trata de una obligación extracontractual (*ex damno*).

[89] *Silva Sánchez*, PJ 45 (1997), 183 ss.; *el mismo* (2018), 118.

ello, la doctrina mayoritaria se opone a tomarla en consideración. Con todo, el criterio de individualización de la pena relativo a las circunstancias personales del delincuente (art. 66.1.6.ª CP español) podría comprender también tales situaciones. En efecto, en ciertos casos estas son susceptibles de alguna clase de objetivación. Así, algunos autores sostienen que graves desviaciones respecto del «estándar de sensibilidad a la pena» susceptibles de ser objetivamente probadas —enfermedad, edad— habrían de ser tomadas en consideración en la determinación judicial de la pena (*cfr. infra* capítulo 28/107).[90]

2.4. El Derecho penal multicultural

66 En un contexto de ciudadanía, con base en las nociones de libertad e igualdad, el establecimiento de diferencias entre los ciudadanos, en función de sus identidades grupales, es perturbador. En efecto, el supuesto derecho a la identidad cultural desde luego no puede generar un derecho a la diferencia, cuyos presupuestos y límites sean completamente difusos. Desde luego, el límite absoluto viene dado por el respeto a los bienes intrínsecos de las personas —los derechos fundamentales—. Así, por ejemplo, ya se ha señalado que el reconocimiento de las jurisdicciones indígenas suscita problemas diversos en cuanto a las garantías formales y materiales del Derecho penal (*cfr. supra* capítulos 1/30; 4/58). Aquí interesa el debate generado por la naturaleza de las penas que pueden ser impuestas. En efecto, en la medida en que éstas sean de naturaleza corporal —apaleamientos, latigazos, inmersión en agua helada—, debe estimarse que vulneran los derechos humanos protegidos en la propia Constitución que, en su caso, reconoce a la jurisdicción tribal.[91] Por lo tanto, frente a esta obviedad, no puede incurrirse en relativismos —en la crítica al denominado «eurocentrismo»—.

67 Las mencionadas posiciones relativistas sostienen que en determinados ámbitos indígenas el modelo de persona no se ve afectado por penas corporales no mutiladoras. Sin embargo, el Estado debe exigir que las jurisdicciones grupales no se sirvan de penas que lesionen derechos humanos. Además, igualmente debe eliminar la posibilidad de que tales jurisdicciones admitan, mediante exenciones de responsabilidad, lesiones de bienes intrínsecos de la persona. *A fortiori*, tales exenciones consuetudinarias de responsabilidad no deben ser apreciadas por la jurisdicción estatal.[92] Ciertamente, es posible

---

[90] *Henkel*, FS Lange, 1970, 179 ss.

[91] Esto determina que sea demasiado parcial la perspectiva del Convenio de la OIT n.° 169, de 27 de junio de 1989, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. En concreto, su art. 9.2: «Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia». Asimismo, su art. 10.1: «Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento».

[92] *Cianciardo*, ARSP 98 (2012), 120. Distintos, con una crítica al «eurocentrismo», *Borja Jiménez* (2001); *el mismo*, EPC XXIX (2009), 141 ss.; *Portilla Contreras/Pomares Cintas* (2014), 244 ss.; *Portilla*

que la jurisdicción cultural, sin ser reconocida, sea tolerada por los órganos del Estado. Esto sucede cuando no se persigue a quienes aplican las normas indígenas, aunque tales prácticas puedan ser constitutivas de delito. Ahora bien, el Estado, tanto si reconoce la jurisdicción cultural como si meramente la tolera, se encuentra en una posición de garante. En su virtud, debe impedir prácticas lesivas de derechos fundamentales.

IV. LOS PRINCIPIOS RELACIONALES

1. SU FUNDAMENTO ANTROPOLÓGICO

68 La premisa de que el ser humano es ontológicamente digno y libre, racional y abocado a la relación interpersonal, pero a la vez frágil en términos psico-físicos y morales, tiene múltiples consecuencias. La primera de ellas, ya destacada, es que la medida concreta del merecimiento individual —ineludible correlato de la dignidad y de la libertad— es limitada, además de muy difícilmente discernible en los juicios humanos. La segunda es que existe una corresponsabilidad social —mejor, interpersonal— por el delito. En efecto, en una comunidad que no se conciba como integrada por individuos desvinculados entre sí, afirmar lo contrario es hipócrita, pues implica eliminar de la comprensión del delito las dependencias recíprocas existentes. Pues bien, como se ha señalado, ello obliga a que la teoría del castigo estatal deba incorporar la humildad —que no debe identificarse con la mala conciencia— y la empatía. Es decir, a «ponerse en lugar» del autor.[93] Así, el mensaje expresivo del castigo no puede obviar la inclusión del siguiente contenido: «Has sido tú, pero también habría podido ser yo». En definitiva, la explicación del delito (o de su ausencia) integra siempre lo que en filosofía moral se denomina «suerte moral» —constitutiva o circunstancial—.

69 Una segunda consecuencia de la vulnerabilidad del ser humano y de su naturaleza social es que el castigo debe entenderse en términos «prosociales».[94] Ahora bien, esta idea va algo más allá de la orientación resocializadora de las penas y de las medidas de seguridad, que se prevé en la Constitución española. En efecto, en primer lugar, pretende conducir a excluir del catálogo de penas *aquellas* que son abiertamente desocializadoras —y, por tanto, contrarias a la naturaleza social del ser humano—. Así, por ejemplo, las penas privativas de libertad de excesiva duración, pero también las listas de exdelincuentes y otras «consecuencias colaterales» del castigo no pueden constituir reacciones estatales a la delincuencia, llámense formalmente penas o no. En segundo lugar, intenta limitar las formas de ejecución de penas que tienen como efecto secundario la desocialización. Así, por ejemplo, el arresto domiciliario es preferible a la prisión, como forma de privación de la libertad ambulatoria, y la

---

Contreras, LH Bajo Fernández, 2016, 425; *Poveda Moreno*, Foro. Revista De Derecho 8 (2017), 179 ss.

[93] *K. Günther* (1991), 205 ss., 210, 214.

[94] *Kleinfeld*, Northwestern U. L. R. 111 (2017), 1479.

ejecución de esta última en cárceles cercanas al domicilio familiar es preferible a la que pueda tener lugar lejos.

2. EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD

2.1. Generalidades

70 La dignidad humana es el fundamento básico del orden político y la paz social (art. 10 CE). Por su parte, la persona que ha cometido un delito no pierde con ello su dignidad ni su condición de agente moral, aunque pueda ver limitado el ejercicio de algunos de los derechos inherentes a la condición de ciudadano. Así pues, la vigencia del principio de humanidad en Derecho penal es evidente, aunque sus exigencias disten de haber sido cumplidas.[95] Ciertamente, «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes» (art. 15 CE).[96] Esta prohibición, que se contiene también en el art. 3 del CEDH y en el art. 4 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, tiene que conducir a la abolición de las penas indignas. La cuestión es determinar dónde se encuentra la frontera de lo inhumano y degradante.[97] Por ejemplo, en los Estados Unidos tanto la pena de muerte como las leyes de «a la tercera va la vencida», se han estimado compatibles con el tenor de la VIII Enmienda de la Constitución, que prohíbe toda forma de castigo inhumano y degradante.[98] En realidad, toda pena que afecte a la integridad psico-física y moral de la persona debe reputarse inhumana. A su vez, una pena legal inhumana debe reputarse antijurídica, de modo que cabría reaccionar frente a ella mediante el ejercicio legítimo de derechos de fuga e incluso de defensa.

2.2. Las penas inhumanas

2.2.1. La pena de muerte

71 El segundo inciso del art. 15 CE dispone que en España «queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra». Ciertamente, la pena de muerte es radicalmente inhumana, puesto que nadie —ni siquiera el Estado— puede disponer de la vida de una persona.[99] Pese a ello, la abolición de la pena de muerte sigue siendo una tarea pendiente en muchos países del mundo.[100] Por lo demás, el inciso

---

[95] *de la Cuesta Arzamendi*, Eguzkilore, 23 (2009), 209 ss.; *el mismo*, DPC 41 (2012), 115 ss.

[96] En la tradición constitucional norteamericana: «*cruel and inusual punishment*». Así, *Mínguez Rosique* (2020); *Lascuraín Sánchez*, LH Arroyo Zapatero, II, 2021, 939 ss.

[97] *Sánchez Lázaro* (2016), 165 ss.; *Husak*, FS Alexander, 2019, 28-30; *Lascuraín Sánchez* (2021), 155 ss.

[98] Las denominadas leyes «*three strikes and you're out*»: *Castiñeira/Ragués*, RDPC 14 (2004), 59; *Mínguez Rosique* (2020); *Lascuraín Sánchez*, LH Arroyo Zapatero, II, 2020, 939 ss.

[99] *Arroyo/Nieto/Schabas* -eds.-, 2014.

[100] *Ragués i Vallès*, RECPC 11 (2009), 1 ss.; *de la Cuesta Arzamendi*, LH Arroyo Zapatero, II, 2021, 803 ss.; *Berdugo Gómez de la Torre*, RP 50 (2022), 31 ss.

último del artículo mencionado ya pone de relieve que incluso los países con una cultura de derechos humanos han de contemplar la posibilidad de una previsión excepcional de la pena de muerte. Ello parece poner de relieve que se cuenta con que en determinados contextos —*ius in bello*— sea eficiente. Ciertamente, entre la muerte segura, en virtud de su ejecución por el propio Estado, y la muerte posible ante el enemigo, se opta por afrontar esto último.

2.2.2. Las penas de prisión demasiado largas

72 El mero hecho de la reclusión ya incide sobre la humanidad del reo, que se ve privado del ejercicio de su condición de ser social en amplia medida. Sobre esta base, no extraña el consenso existente acerca de que la prisión de larga duración produce graves efectos psíquicos. Como se ha indicado, «las penas privativas de libertad de larga duración, aunque no se les añadan circunstancias agravantes de humillación, constituyen un problema de dignidad humana, por el riesgo de lesión de la identidad, de fractura de la personalidad individual, que se asocia a ellas».[101] En algunos casos, la inhumanidad de una pena viene dada por su contenido formal explícito, por ejemplo, por su duración. Así, por ejemplo, la pena de prisión de duración perpetua no sujeta a una posible revisión es inconstitucional y contraria al CEDH.[102] En efecto, el que una pena de prisión permanente sea revisable pertenece a la idea pre-positiva de pena justa.[103]

73 La pena de prisión perpetua revisable existe en muchos países de nuestro entorno y se ha declarado su conformidad con las respectivas constituciones.[104] Ciertamente, la existencia de esta pena se fundamenta en la necesidad de disponer de la sanción más grave posible para los delitos más graves imaginables. Es decir, de una reacción proporcional a la diferencia entre, por ejemplo, el genocidio y el asesinato ordinario. Sin embargo, estas consideraciones, que son razonables, no obstan al problema básico de humanidad que plantean sanciones tan largas.[105] En este sentido se ha hablado metafóricamente de la lesión del «derecho a la esperanza», que alude al regreso a la comunidad, lo único compatible con la naturaleza social del ser humano.[106] Así pues, aunque la pena de prisión permanente revisable sea conforme con la Constitución,

---

[101] *Seelmann*, FS Lampe, 2003, 309; *Cuerda Riezu* (2011), 89 ss.

[102] SSTC 91/2000; 162/2000. Además, SSTEDH 9 de julio de 2013 (Vinter y otros c. Reino Unido); 3 de febrero de 2015 (Hutchinson c. Reino Unido).

[103] *Köhler* (1990), 59.

[104] Declarada conforme con la Constitución en virtud de la STC 169/2021, de 6 de octubre, con críticas de la doctrina ampliamente mayoritaria. Así, anteriores: *Cuerda Riezu* (2011); *Muñoz Conde*, LH Suárez Montes, 2013, 447 ss.; *Arroyo/Lascuraín/Pérez Manzano* -eds.- (2016); *Cámara Arroyo/Fernández Bermejo* (2016); *López Peregrín*, RECPC 20 (2018), 1 ss.; *García Pérez*, EPC XXXVIII (2018), 409 ss. Posteriores: *Colomo Iraola*, RDPC 28 (2022), 13 ss.

[105] *Gracia Martín*, en: Gracia/Boldova/Alastuey (2006), 292-293; *Cuerda Riezu* (2011), 59 ss.

[106] *Lascuraín Sánchez* (2021), 163 ss.

desde luego su regulación actual no da cuenta de la mejor política penitenciaria posible. Por ello, su régimen debe ser modificado.[107]

2.2.3. Los efectos de la prisión

La inhumanidad de la prisión, ya derivada de su propio contenido formal, no tiene que ver solo con la privación de la libertad. En efecto, la pena de prisión, en la medida en que se cumple en una «institución total», afecta —lícitamente— a muchos derechos que trascienden a la libertad ambulatoria. Así, por ejemplo, a la intimidad.[108] Por un lado, impide el ejercicio de la intimidad negativa como exclusión de la injerencia de terceros. Por otro lado, veda asimismo el ejercicio de la intimidad positiva, pues priva al penado —interno en un centro penitenciario— del cultivo de las relaciones personales de las que este goza de modo ordinario. En fin, solo por mencionar más ejemplos, afecta al ejercicio de las libertades de expresión, comunicación, asociación, etcétera.[109] **74**

Por eso, un constante reto jurídico-político es el del progresivo desplazamiento de la prisión a favor de otras formas de privación o restricción de la libertad ambulatoria. En ocasiones esto se sostiene desde perspectivas políticas. Así, se apunta que la pena debe disminuir lo menos posible el estatus de ciudadanía del condenado.[110] Sin embargo, sin negar la razón a esta línea de argumentación, lo cierto es que resulta mucho más grave que se le prive de la relación familiar y, con ello, la prisión plantee una cuestión pre-política, relativa a su impacto sobre el núcleo de la naturaleza relacional del ser humano. En efecto, un punto de vista general es el de que la ejecución de la pena privativa de libertad debe ser lo más compatible posible con la vida familiar. Ciertamente, para posibilitar cierta vida de familia, un primer criterio es que la ejecución tenga lugar lo más cerca posible del domicilio familiar.[111] Sin embargo, una profundización en la misma idea debe conducir a la introducción de alternativas a la prisión, que tengan un menor efecto excluyente, por pura aplicación del principio de subsidiariedad interna. **75**

Por lo demás, conviene no olvidar que, en muchos países, la prisión tiene otros efectos secundarios no vinculados consustancialmente —ni tampoco lícitamente— con la privación de libertad. El más relevante de ellos es el hacinamiento de las cárceles,[112] con los consiguientes riesgos para la salud (epidemias) y la integridad física, objetivamente imputable a su gestión deficiente por parte del Estado.[113] Sin embargo, también es muy relevante el hecho de que **76**

---

[107] *Mapelli Caffarena*, LH Díez Ripollés, 2023, 1105 ss.

[108] Una crítica en *Bülow*, Criminal Justice Ethics 33 (2014), 1 ss.

[109] *Kolber*, LTh 18 (2012), 13.

[110] *Duff*, Theoretical Criminology 14 (2010), 301-302.

[111] *Müller-Dietz*, FS Roxin, II, 2011, 1165 ss.

[112] *Roca Agapito*, LH Quintero Olivares, 2018, 693 ss.

[113] *Silva Sánchez*, ADPCP 1991, 561 ss.; *el mismo*, LL 1992-4, 1113 ss.

algunas cárceles estén controladas en la práctica por organizaciones criminales que incluso reclutan a sus miembros en ellas. Todo esto convierte la prisión en un lugar de paradójica desprotección del penado, lo que debe tomarse en consideración ya a la hora de dictar sentencia (*cfr. infra* capítulo 28/118).

2.2.4. Las penas infamantes

77 Existen otras penas que son inhumanas por su propia configuración, como las denominadas «infamantes» o «avergonzantes».[114] Es común señalar que estas se dan en los Estados Unidos y que constituyen una actualización de las clásicas penas infamantes, consistiendo en signos o marcas en el cuerpo, la ropa o los bienes del condenado.[115] Sin embargo, lo cierto es que existen otras consecuencias jurídico-penales que tienen una naturaleza análoga. En particular, las inhabilitaciones —si no se entienden como medidas de seguridad— pertenecen también a esta categoría.[116] De entrada es dudoso que la inhabilitación especial para profesión u oficio sea compatible con la humanidad de las penas, pues privar a alguien del derecho a vivir de su trabajo profesional resulta inicuo. Además, las penas privativas de derechos tienen múltiples dimensiones aflictivas. Por un lado, afectan al honor de un modo incluso superior al de otras penas; por otro, tienen efectos económicos, al privar del medio ordinario de ingresos de la persona; en fin, también privan del mencionado valor personal del trabajo. Desde luego, a esto cabe objetar que poseen asimismo una dimensión de medida de seguridad inocuizadora. Ahora bien, entonces esta debería someterse a los requisitos propios de las medidas —en particular, la no exigencia de un mínimo de cumplimiento—. En todo caso, una sanción así es dudosamente proporcionada en relación con el injusto culpable.

78 Es preciso distinguir entre la pena que produce vergüenza y aquella cuya ejecución adquiere un tinte intencionadamente avergonzante.[117] En realidad, toda condena penal, en tanto que constituye expresión del reproche moral por el injusto cometido —es decir, toda declaración de culpabilidad—, es capaz de generar no solo un sentimiento de culpa, sino también precisamente el de vergüenza. Este último dependerá de la publicidad que alcance la condena y del mayor o menor sentimiento de pertenencia del sujeto a la comunidad en la que se difunde. Por otro lado, también se ha distinguido entre una vergüenza reintegradora y una vergüenza excluyente o desintegradora, esto es, producida con una finalidad específica de estigmatización.[118] En efecto, en la

---

[114] En inglés, «*shaming punishments*».

[115] *Herrera Moreno*, CPC 82 (2004), 89 ss.

[116] Ya el art. 8 del CP francés de 1810 contemplaba como penas infamantes el «yugo», el destierro y la «degradación cívica» (es decir, la inhabilitación).

[117] *Larrauri Pijoan*, KritV 2000, 93 ss.; *Pérez Triviño*, ADPCP 2000, 343 ss.; *el mismo* (2003), 81 ss.; *Kubiciel*, ZStW 118 (2006), 44 ss.

[118] *Braithwaite* (1989), 54 ss., 100-101, 124 ss.

medida en que la provocación del sentimiento de vergüenza vaya acompañada de medios destinados a compensar la tendencia a la autoexclusión inherente a aquel, o más allá, a favorecer la reintegración del avergonzado, puede resultar todavía admisible.[119] En cambio, la pena ejecutada con una finalidad directa de estigmatización conforma un marco de exclusión potencial, que conduce al penado al ámbito de las subculturas criminales. Por ello, debería prescindirse de penas así. Ahora bien, conviene no olvidar que, con frecuencia, las penas infamantes constituyen la alternativa a la prisión, con lo que se suscita la duda de si acaso constituyen un mal menor.[120]

3. EL PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN

3.1. Generalidades

Como se ha indicado de modo reiterado, la dimensión social es consustancial al ser humano. Acogiendo esta premisa ontológica, el art. 25.2 CE establece que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social».[121] Sin embargo, como se advierte, el texto constitucional da una respuesta limitada a las exigencias derivadas de aquella premisa. En efecto, por un lado, ni siquiera alude a las penas no privativas de libertad, cuando está claro que algunas de ellas son desocializadoras. Por otro, solo impone una vaga «orientación» de las privativas de libertad a la resocialización. En su interpretación de este precepto, el Tribunal Constitucional entiende que expresa un principio general inspirador de la política jurídico-penal y penitenciaria.[122] Así pues, añade que el texto no establece cuál es el fin prioritario de la pena, sino que es compatible con todos los que se plantean en la discusión doctrinal.[123] En fin, concluye que solo contiene un mandato dirigido al legislador penal y penitenciario, que no genera un derecho subjetivo del penado.[124] Así, por ejemplo, la inexistencia de los medios disponibles para hacerlo efectivo no afecta a la dimensión del art. 25.2 CE susceptible de protección a través del recurso de amparo consti- 79

[119] Solo se puede avergonzar a quien sigue estando dentro de la comunidad política —una norma compartida— y todavía no se ha convertido en «otro».

[120] *Kahan, Chicago U. L. R.* 63 (1996), 646 n. 226.

[121] A lo que se añade: «El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad». En este sentido, el art. 1 L.O. 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y, con más hincapié, todavía, el art. 55 (principio de resocialización) de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor.

[122] *Sánchez Lázaro* (2016), 96 ss.

[123] STC 160/2012, 20 de septiembre.

[124] ATC 15/1984, de 11 de enero; SSTC 2/1987, de 21 de enero; 19/1988, de 16 de febrero; 75/1998, de 31 de marzo; 81/1997, de 22 de abril; 161/1997, de 2 de octubre. Matizadamente crítico, *Fernández Bermejo*, ADPCP 2014, 363 ss.

tucional.[125] Además, se admite que la orientación a la resocialización puede entrar en conflicto con otros bienes constitucionales, como la garantía de una vida ordenada en prisión, la del cumplimiento de la pena y la protección de terceras personas frente a posibles acciones delictivas de la persona condenada. Por lo tanto, puede experimentar menoscabos por esto último.

80 Así pues, del art. 25.2 CE no cabe derivar un derecho fundamental a la resocialización. Sin embargo, esta conclusión no obsta a sostener que el mandato de orientación a la reeducación y reinserción social puede tener una incidencia mayor de la que se le atribuye. En particular, la vinculación que produce no tiene por qué limitarse a la fase de ejecución de la pena, sino que puede alcanzar también a las de previsión legal e imposición judicial. Igualmente, no debe circunscribirse al legislador penal y penitenciario, sino dirigirse asimismo a otros poderes públicos, en particular a los órganos judiciales.[126] Por lo demás, el compromiso político del Estado con la reinserción del penado —una obligación positiva—[127] no se puede basar solo en la pretensión de minimizar los efectos del castigo por razones de humanidad. Asimismo, debe entenderse como un medio de compensar la corresponsabilidad colectiva, es decir, la incidencia del medio social sobre el sujeto que llevó a cabo el hecho delictivo.[128] Esto es lo único coherente con una antropología realista. Más aún, constituye una tarea ineludible para una comunidad que tiene en cuenta la fragilidad de las personas. En efecto, esta no puede aceptar la exclusión permanente de uno de sus miembros por haber cometido un delito.[129]

3.2. El sentido del deber de cooperación del penado

81 El penado, que continúa siendo un ciudadano, tiene el deber de cooperar a su propia resocialización.[130] Ello conlleva, en primer lugar, la asunción del compromiso de abstenerse de cometer nuevos delitos. Tal deber no difiere del deber común de todos los ciudadanos, es decir, no se refiere a su inserción en una cultura concreta, sino solo en la del cumplimiento de las normas.[131]

---

[125] Así, por ejemplo, en lo relativo al trabajo penitenciario resocializador, STC 172/1989, de 19 de octubre: «la Administración Penitenciaria debe superar gradualmente las situaciones de carencia o de imposibilidad de proporcionar a todos los internos un trabajo retribuido, arbitrando las medidas necesarias a su alcance, y observando mientras tanto no se consiga el pleno empleo de la población reclusa, el orden de prelación que el art. 201 del Reglamento Penitenciario establece para distribuir los puestos de trabajo disponibles. Pero únicamente tendrá relevancia constitucional el amparo del derecho al trabajo del penado si se pretende un puesto de trabajo existente al que se tenga derecho dentro del orden de prelación establecido, que no puede ser objeto de una aplicación arbitraria o discriminatoria».

[126] STS de 18 de mayo de 1995.

[127] Así, la jurisprudencia del TEDH: *Meijer*, European J. C. C. L. & C. J. 25 (2017), 145 ss.

[128] Ya *Jellinek* (1878), 129; *Silva Sánchez* (2018), 236 ss.

[129] Ya críticos, *Muñoz Conde*, Sistema 1979, 73 ss.; *García-Pablos*, ADPCP 1979, 645 ss.

[130] *Pawlik* (2012), 120 n. 665.

[131] *Acale Sánchez* (2010), 324; *Gil Gil*, ADPCP 2021, 105.

Sin embargo, la resocialización, como vía de reintegración en la comunidad sociopolítica, constituye además para el recluso una necesidad personal, derivada de la naturaleza social, frágil y dependiente del ser humano. Así pues, en términos antropológicos la resocialización carece de una alternativa que no sea la pretensión de integrarse de modo permanente en grupos basados en formas de reconocimiento alternativas, en general, violentas. Por su parte, el Estado no tiene la potestad de coaccionar de modo directo a la resocialización. En efecto, tal posibilidad tiene que rechazarse, igual que la coacción directa al cumplimiento del Derecho. Sin embargo, del mismo modo que existen formas de policía preventiva, también cabe que, por razones preventivas, quepa denegar permisos, así como la libertad condicional, a quien se niega a contribuir al propio proceso resocializador.

3.3. Los obstáculos a la resocialización

3.3.1. Los antecedentes penales

82 La dimensión estigmatizadora de la pena se manifiesta de modo especialmente claro en que sus efectos de exclusión persisten una vez cumplida íntegramente la condena. Ello tiene lugar en virtud de la institución de los «antecedentes penales», cuya única función debía ser la de proporcionar la base probatoria para la aplicación de la agravante de reincidencia y bloquear la suspensión de la ejecución de la pena de prisión.[132] Ciertamente, el historial penal pertenece a la vida privada. En consecuencia, las inscripciones de antecedentes penales no son públicas —a diferencia del proceso, el juicio oral y la sentencias (artículo 120 CE)—, sino que el acceso a ellas tiene que ser restringido y justificado (art. 136.4 CP español).[133] Además, no existe la obligación de declarar sobre los antecedentes penales cancelados.[134] Sin embargo, el requisito de la presentación del certificado de antecedentes penales para el acceso a determinadas profesiones dificulta considerablemente la rehabilitación del reo tras el cumplimiento de la condena. En efecto, los antecedentes penales no cancelados no solo producen los efectos jurídico-penales mencionados. Además, despliegan otros de disminución del estatus de ciudadanía del afectado, impidiéndole el acceso a funciones, prestaciones y otros concursos públicos, la obtención de autorizaciones y el ejercicio de ciertas profesiones.[135]

---

[132] Arts. 22. 8.ª, 66 y 80 CP español. Al respecto, *de la Cuesta Arzamendi*, RP 50 (2022), 61.

[133] SSTC 144/1999, de 22 de julio; 46/2002 y 52/2002, de 25 de febrero. *Larrauri/Jacobs*, RECPC 13 (2011), 1 ss.; *Alonso Rimo* (2015), 559 ss.

[134] *Silva Sánchez*, LH Landrove Díaz, 2011, 1099 ss.

[135] Contraviniendo lo dispuesto en el art. 73 de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, que establece que: «1. El condenado que haya cumplido su pena y el que de algún otro modo haya extinguido su responsabilidad penal deben ser plenamente reintegrados en el ejercicio de sus derechos como ciudadanos. 2. Los antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica». Al respecto, *Larrauri*, RECPC 15 (2013), 1 ss.; *la misma*, RECPC 23 (2021), 1 ss.; *de la Cuesta Arzamendi*, RP 50 (2022), 54 ss.

83 Un examen de la conformidad constitucional de esta institución debería conducir, como mínimo, a plantear la reducción de los delitos que los generan, así como a un acortamiento de los plazos de cancelación.[136] Frente a ello, lo cierto es que en los últimos años se ha ampliado de forma indirecta su incidencia. Así, por ejemplo, la derogación de las faltas —infracciones penales leves— y la introducción de ciertos delitos en su lugar, ha producido en la práctica una ampliación de los supuestos en que una condena conlleva la generación de antecedentes penales.

3.3.2. La publicitación de las sentencias y la creación de registros de exdelincuentes

84 Es preciso distinguir el carácter «público» de las sentencias de la posibilidad de publicitarlas, esto es, de darles publicidad masiva. Pues bien, en este último contexto se ubica la estrategia de divulgación de los antecedentes como pena adicional —no en estrictos términos jurídicos— a la impuesta en la condena. En efecto, a lo largo del presente siglo, y siguiendo el ejemplo norteamericano, se ha suscitado en la legislación española el fenómeno de la publicitación de las sentencias[137] y de la creación de «registros administrativos de exdelincuentes».[138] Ciertamente, con ello no se ha alcanzado el nivel de las múltiples «consecuencias colaterales» que tiene la condena en el sistema jurídico de los Estados Unidos. Estas, en efecto, son limitaciones del estatus de ciudadano de los sujetos condenados, que pueden adoptar múltiples variantes, desde la denegación de viviendas sociales o préstamos públicos hasta las más diversas restricciones de derechos.[139] Es verdad que se pretende asociarlas a criterios de exclusiva prevención especial negativa —definiéndolas como medidas de seguridad administrativas—. Sin embargo, su efecto negativo en la rehabilitación del reo es patente. Desde luego, confirman la existencia de tendencias internacionales que dificultan de modo creciente la resocialización del condenado.[140]

3.3.3. Los buscadores de internet y el «derecho al olvido»

85 La permanencia de información digitalizada, aunque esta sea periodística, sobre el hecho delictivo, el enjuiciamiento y la condena compromete la reso-

---

[136] *Roig Torres* (2012); *Muñoz Ruiz*, CPC 112 (2014), 195 ss.; *Chr. Morgenstern*, ZStW 131 (2019), 625 ss.

[137] Por ejemplo, la Ley Orgánica 10/2015, de 10 de septiembre, por la que se regula el acceso y publicidad de determinada información contenida en las sentencias dictadas en materia de fraude fiscal.

[138] *Herrera Moreno* (2002); *la misma*, CPC 82 (2004), 89 ss.; *Seitún*, InDret 4/2020, 273 ss.; *Martínez Guerra*, EPC XLI (2021), 1077 ss.

[139] La crítica es unánime: *Díez Ripollés*, InDret 4/2014, 1 ss.; *Mayson*, Notre Dame L. R. 91 (2015), 302, 308; *Bennett*, Howard J. C. J. 56 (2017), 480 ss.; *Kleinfeld et al.*, Northwestern U. L. R. 111 (2017), 1704; *Hoskins*, CL&Phil 12 (2018) 625; *de la Cuesta Arzamendi*, RP 50 (2022), 53.

[140] El problema de los registros de información genética tiene una naturaleza distinta. A este respecto, existen en España tres disposiciones relativas a la conservación de información genética: la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN; el art. 129 bis del Código Penal (introducido en virtud de la Ley Orgánica 1/2015); y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación al sistema de protección de infancia y adolescencia: *Valerio Jiminián* (2019).

cialización del penado. En efecto, la posibilidad de que dicha información sea hallada con facilidad a través de los buscadores de internet entra en colisión con la pretensión del condenado de que el delito cometido en su día quede de modo definitivo en el pasado. Ciertamente, a esta pretensión de olvido cabe oponer la pretensión de terceros de conocer el pasado delictivo de los demás. Sin embargo, la *res iusta* en la especificación de ambas pretensiones debe asignar la mayor razón a la primera, que se corresponde con el bien común político. Con todo, en cuanto a la configuración de un «derecho al olvido» se dan aproximaciones divergentes. En particular, es llamativa la diversidad de las posiciones existentes sobre este punto en Europa[141] y en los Estados Unidos.[142] En efecto, la doctrina europea se inclina por la prevalencia de la pretensión de olvido sobre un presunto interés público en la pervivencia del pasado y, en particular, sobre la libertad de expresión. En cambio, la norteamericana opta por la supremacía de esta última.

V. LAS GARANTÍAS DEL DERECHO PENAL Y SUS FLANCOS ABIERTOS

1. LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

1.1. Planteamiento

Es común afirmar que, a finales del siglo XX, la política jurídico-penal de los estados occidentales dio un giro desde un relativo garantismo hacia el denominado «securitarismo».[143] En efecto, la transición del modelo del Estado del bienestar al de la sociedad del riesgo y de la inseguridad determinó la progresiva conformación de un Derecho penal centrado en la protección preventiva frente a los riesgos. En este marco, el Estado prestacional de las décadas anteriores se convirtió también en un agente esencial de la prevención,[144] no solo mediante medidas socioeconómicas, sino en particular a través de la criminalización, el enjuiciamiento y el castigo de determinadas conductas. Ello tuvo lugar en medio de generalizadas dudas doctrinales acerca de que el Derecho penal disponga de posibilidades reales de incrementar sustancialmente la seguridad de los ciudadanos.[145] En efecto, el Derecho penal material fracasa cuando se le obliga a afrontar macroproblemas que desbordan su estructura concebida para fenómenos individuales o, en todo caso, individualizables. En cuanto al Derecho procesal penal, también muestra todas sus debilidades cuando se ve expuesto a macroprocesos. 86

---

[141] STJUE de 13 de mayo de 2014 (Google Spain c. AEPD). En esta línea, los arts. 93 (derecho al olvido en búsquedas de internet) y 94 (derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

[142] *Jiménez-Castellanos* (2021).

[143] *Díez Ripollés*, RECPC 6 (2004), 17 ss.; *García Magna* (2018), 27 ss.

[144] *Denninger*, KritJ 1988, 1 ss.; *Brunhöber* -Hrsg.- (2014); *la misma* (2018), 193 ss.

[145] *Frisch*, GS Schlüchter, 2002, 669 ss.; *Bloy* (2003), 11; *Sieber*, ZStW 119 (2007), 26 ss.

87 Lo decisivo es que dicho factor económico-cultural actuó a modo de multiplicador de los efectos de una nueva concepción acerca del papel del Derecho penal en los sistemas jurídicos occidentales. Esta última había venido dada por la construcción del Tribunal Constitucional alemán acerca de la naturaleza de los derechos fundamentales. En efecto, la concepción tradicional los entendía como límites frente a los poderes públicos —derechos reaccionales de los ciudadanos frente al Estado—. En cambio, a partir de la sentencia del «caso Lüth»[146] pasaron a ser concebidos asimismo como expresión de un «sistema objetivo de valores». Es decir, como normas objetivas que irradian a todo el ordenamiento y deben dan lugar a la articulación de medios de protección de la libertad de los ciudadanos. De este modo, se construyó la doctrina del deber de protección —u obligación positiva— del Estado, con alcance a las relaciones horizontales entre las personas. En este contexto, los tribunales constitucionales y los supranacionales dieron un paso más al construir un deber del Estado de proteger a unos ciudadanos frente a los delitos de otros.[147] Así, la correspondiente consideración de la seguridad como un derecho fundamental ha modificado el modo de entender el resto de los principios políticos del Derecho penal.

1.2. La sociedad del riesgo

88 La expansión del Derecho penal se asocia, en parte, al hecho de que el riesgo de procedencia humana se ha convertido en un fenómeno estructural en las sociedades contemporáneas. A este respecto, es notable que el sociólogo Ulrich Beck (1944-2015) publicara en 1986 la obra que difundía la noción de «sociedad del riesgo» y que produjo un enorme impacto en el mundo jurídico.[148] En efecto, el Derecho penal de la sociedad del riesgo se conformó enseguida como un «Derecho penal de la seguridad» o, en otra expresión muy difundida, como un «Derecho penal de la prevención».[149] Desde entonces, ni los riesgos ni su percepción subjetiva —el miedo— han disminuido en las sociedades occidentales. Por un lado, los riesgos tecnológicos, genéticos y ambientales han seguido incrementándose en las últimas décadas. Por otro lado, desde principios del siglo XXI el miedo no se centra únicamente en los peligros para la vida y la salud, sino que los riesgos para otros bienes jurídicos también han pasado a ocupar un lugar central. Así, la crisis económico-financiera de 2007 situó en un primer plano a los riesgos patrimoniales. Desde entonces, y a lo largo de las dos últimas décadas, han adquirido protagonismo tanto las crisis bancarias como, sobre todo, los problemas de sostenibilidad de las prestaciones públicas.

---

[146] Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de enero de 1958.

[147] El *leading case* es el de la STEDH de 28 de octubre de 1998 (Osman c. Reino Unido). Asimismo, por ejemplo, SSTEDH de 17 de enero de 2002 (Calvelli y Ciglio c. Italia); y de 31 de enero de 2019 (Fernandes de Oliveira c. Portugal).

[148] *Beck* (1998).

[149] *Prittwitz* (1993); *Mendoza Buergo* (2001); *Brunhöber* (2018), 193 ss.

En la actualidad, está claro que (i) la relativa neutralización de los riesgos para la capacidad adquisitiva de los pensionistas y de quienes están próximos a la jubilación genera un riesgo económico cada vez más elevado para los jóvenes y los niños. A su vez, esto último plantea el polémico tema del insostenible endeudamiento público y privado como posible supuesto de «robo intergeneracional». Por su parte (ii) el fenómeno del cambio climático suscita dudas relevantes sobre el mantenimiento del sistema industrial-financiero, así como de un modelo económico basado en un consumo desaforado. En fin (iii), nos hallamos en los inicios del debate sobre el riesgo más específico de la evolución tecnológica del siglo XXI: el derivado del procesamiento artificial de macrodatos (la denominada inteligencia artificial).[150] 89

1.3. Las características de la expansión

La ampliación del ámbito de las conductas punibles constituye un fenómeno global desde finales del siglo XX.[151] Así, las características generales del proceso de expansión del Derecho penal son la creación de nuevos tipos delictivos, la ampliación de los ya existentes, la anticipación de la intervención punitiva, la disminución de las garantías sustantivas y procesales, así como el incremento de las penas. Sin embargo, como se ha esbozado, la expansión del Derecho penal responde a causas diversas, no todas irrazonables. Por tanto, al respecto es preciso huir de explicaciones simplistas. De entrada, es demasiado elemental aludir solo a la globalización de la criminalidad, que genera la pretensión de evitar paraísos penales; o a la desconfianza en el Derecho administrativo como mecanismo de gestión de riesgos. Igualmente, la expansión no es únicamente un problema de partidos políticos electoralistas o de gobiernos populistas, como tampoco lo es solo de medios de comunicación sesgados y alarmistas. Por el contrario, es algo inherente a la conformación actual de las comunidades políticas. 90

En el plano antropológico, las sociedades contemporáneas se caracterizan, más que por el riesgo objetivo, por la sensación de inseguridad, que se debe a varias razones. En efecto, el triunfo de la ideología de la emancipación radical ha conducido a un individualismo que tiñe de provisionalidad cualquier relación interpersonal. Además, a aquella se le une la aceleración radical de las condiciones de vida, que es consecuencia del auge de las tecnologías de la información y comunicación. Así, la combinación de lo uno y lo otro genera un marco propicio para que la «emoción instantánea» constituya el criterio rector de la vida.[152] Ahora bien, la ausencia de vínculos fiables quiebra cualesquiera estructuras incondicionales de reconocimiento. Así se produce un 91

[150] En inglés, «*big data*».

[151] El término acuñado en el ámbito angloamericano para designarlo fue el de «sobrecriminalización» («*overcriminalization*»): *Husak* (2013).

[152] Críticos, *P. Virilio* (1997), *H. Rosa* (2016); *el mismo* (2019); *B.-Ch. Han* (2023).

efecto masivo de desvertebración social, con el resultado de una creciente desorientación personal.[153] Una vez perdida la confianza en las pautas morales de la actuación del otro, la orientación se busca en el Estado y en su Derecho. Sin embargo, los Estados contemporáneos tienen serios problemas presupuestarios y de gestión. Así, cada vez se ven más reducidos a la gestión de lo simbólico, lo que prácticamente les aboca a recurrir al Derecho penal. Una consideración de realismo crítico acerca de esta situación es la que subyace a mi libro «La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales».[154]

2. LA IRRUPCIÓN DE LA VÍCTIMA

2.1. Consideraciones previas

2.1.1. Matizaciones a la idea de neutralización de la víctima en el Derecho penal público

92 La consolidación del Derecho penal público —en los siglos XVI, XVII y XVIII— produjo el fenómeno que se ha denominado, de forma inexacta y peyorativa, «neutralización de la víctima».[155] Al respecto, es cierto que, en la mayor parte de los países, ello determinó que la víctima del delito pasara a tener la condición jurídica exclusiva de denunciante y testigo. Sin embargo, en España este panorama siempre ha tenido dos matices importantes. Por un lado, la existencia de un derecho de la presunta víctima al proceso —*ius persequendi* así como *ius ut procedatur*—, integrado ahora en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y que se manifiesta en el ejercicio de la acusación particular y de la acción popular.[156] Ciertamente, este, en los términos en que lo ha concretado la jurisprudencia, es el derecho a un pronunciamiento motivado en fase procesal de instrucción, que no alcanza a constituir un derecho al juicio oral. Por tanto, mucho menos comprende «un pretendido derecho a obtener condenas penales».[157] Sin embargo, impide afirmar que la víctima es un convidado de piedra en el proceso penal público. Por otro lado, al igual que en otros sistemas latinos, el proceso penal se ha constituido como el marco de acumulación de dos acciones —la acción penal pública y particular, así como la acción civil del sujeto perjudicado por el delito—. Así, las víctimas siempre han podido comparecer en el proceso como actores civiles, incluso en los casos

---

[153] Próximo, *Zabel*, ZStW 133 (2021), 379.

[154] *Silva Sánchez* (1.ª, 1999; 2.ª, 2001; 2.ª con adic., 2006; 3.ª, 2011). Crítico, en defensa de una expansión entendida como «modernización» del Derecho penal, para perseguir a los poderosos, *Gracia Martín*, LH Cerezo Mir, 2002, 349 ss.; *el mismo* (2003); *el mismo*, RDPC 3 (2010), 27 ss.; *el mismo*, InDret 3/2016, 1 ss. Una crítica a la posición de Gracia Martín, desde perspectivas de filosofía política, ofrece *Pérez del Valle*, CPC 84 (2004), 149 ss.

[155] *Hassemer* (1984), 92 ss.; *Alastuey Dobón* (2000), 36.

[156] No lo advierte *Fletcher*, Lewis & Clark L. R. 9 (2005), 551.

[157] Constante: SSTC 83/1989, de 10 de mayo; 178/2001, de 17 de septiembre.

excepcionales en los que se daba una prohibición de la acción penal —por ejemplo, entre parientes por delitos contra la propiedad—.

2.1.2. Las razones del redescubrimiento de la víctima

93 En la segunda mitad del siglo XX tuvo lugar el denominado, otra vez de forma simplista, «redescubrimiento de la víctima» en el escenario de la filosofía moral y política del Derecho penal.[158] Ciertamente, las razones de ello pueden ser objeto de discusión. Por un lado, el modelo social ha cambiado, dando lugar a la conformación de una sociedad de sujetos pasivos. En ella, los riesgos objetivos y la inseguridad subjetiva se han convertido en el marco interpretativo de la vida. En efecto, la expansión de la imputación —la lectura de la realidad en términos de víctimas y culpables— ha hecho que la figura de la víctima aparezca como el centro de pretensiones adicionales a la de resarcimiento. Así, se ha integrado en la *praxis* de la desaprobación y el reproche, hasta el punto de que se pretende que estos contribuyan al restablecimiento de su estatus como persona en Derecho.[159] Con todo, seguramente se dan elementos adicionales de análisis, de alcance más amplio. Así, por ejemplo, la aparición de un fenómeno creciente de «victimismo histórico» en amplios grupos sociales, que reivindica padecimientos pasados desde una posición de permanente inocencia.[160] Desde esta última, pretende legitimar el resentimiento, practicándolo como mecanismo de acceso al poder y de conservación de este.[161]

94 Sean cuales fueren las razones profundas del cambio producido, lo cierto es que la teoría del Derecho penal ha dejado de considerar solo la relación entre Estado y delincuente, para pasar a tener en cuenta un esquema de cuatro elementos: Estado, delincuente, sociedad y víctima. A este respecto, un problema básico es el de la determinación de quien es «víctima».[162] Está claro que, en su uso generalizado, este concepto no comprende solo al titular del bien jurídico lesionado —al sujeto pasivo del delito—, sino también a los familiares de este —que se reputan indirectamente agraviados—. Sin embargo, esto último, que resulta relevante a propósito de los delitos de homicidio, determina que el concepto pierda contornos jurídico-penales. Por otro lado, resulta muy discutible el uso de la expresión «víctima» antes de que haya tenido lugar el juicio oral y, con ello, de modo previo a la determinación judicial de que hay un sujeto responsable y una víctima.[163] En efecto, dicho uso comporta un prejuicio y, con él, un riesgo claro de vulneración del principio de presunción de inocencia.

---

[158] *Eser* (1992), 16 ss.; *Fletcher* (1997).

[159] *Viganò*, PolítCrim 9 (2014), 465; *Zabel*, ZStW 133 (2021), 379.

[160] *Giglioli* (2017), 57 ss., 74 ss.

[161] *Giglioli* (2017), 97.

[162] Al respecto, *Herrera Moreno* (2009), 75 ss.

[163] *Silva Sánchez* (2015), 121 ss.; *Roberts*, Cardozo L. R. 42 (2021), 1455 ss.

2.1.3. Los efectos del replanteamiento del papel de la víctima

95 Desde luego, la aparición de la víctima en el escenario de la *praxis* del castigo estatal no tendría por qué haber contribuido al giro punitivista de esta última. Sin embargo, la realidad es que lo ha hecho.[164] Así, por un lado, ha modificado el *statu quo* de las garantías, como por ejemplo lo relativo al derecho a la legalidad. En este punto, un cambio decisivo es el representado por la consideración de que la ley penal no constituye solo la *Magna Charta* del delincuente, sino que puede serlo también la de la víctima.[165] Por otro lado, ha alterado también los términos del principio de proporcionalidad, puesto que —como se ha visto— da pie a considerar que este puede ser vulnerado tanto por exceso como por infraprotección. En definitiva, la protección ha pasado a ser una garantía más. En este último contexto se ha suscitado la cuestión de si las víctimas tienen un derecho al castigo. Esto último hace surgir, como otra cara de la misma moneda, la de si existe un deber del Estado de castigar.

2.2. El entendimiento de la ley penal como *Magna Charta* de la víctima

96 Como se ha indicado, el entendimiento clásico del principio de legalidad había partido de que la ley penal constituye una garantía para el delincuente. Ello había conducido a sostener de forma ampliamente dominante que los tipos de delito son susceptibles de una interpretación restrictiva e incluso de una propia reducción teleológica.[166] Del mismo modo, se había admitido —como correlato natural de lo anterior— la posibilidad del recurso a la analogía *in bonam partem*, en el ámbito de las eximentes y atenuantes. Así las cosas, estas instituciones pasan a ser objeto de una revisión por parte de quien piense que la ley penal es también la *Magna Charta* de la víctima.[167]

2.3. La víctima como presunta titular de *ius puniendi*

97 En las últimas décadas ha sido objeto de intensa discusión la cuestión de si la víctima del delito tiene un derecho al castigo del autor. En efecto, un sector doctrinal ha acogido esta idea, con base en fundamentaciones diversas. En concreto: (i) con base en una posición retribucionista caracterizada por integrar la dimensión «satisfactiva» de la víctima en el merecimiento de pena del autor;[168]

---

[164] *Alonso Rimo*, LH Vives Antón, I, 2009, 123 ss.; *Silva Sánchez* (2010), 72-73; *Ortiz de Urbina*, Polít-Crim 9 (2014), 762 ss.; *K. Günther*, Rg 28 (2020), 122.

[165] *Fletcher* (1978), 573-574; *Ransiek* (1989), 101-102. Crítica, *Pérez Cepeda*, LH Núñez Barbero, 2007, 611 ss.

[166] Crítico, *Hillenkamp* (1981), 134-135.

[167] A favor, *Hillenkamp* (1983), 13-14. Crítico, *Silva Sánchez* (2015), 83 ss. Ya la STS de 3 de octubre de 1997 había señalado que no existe un «principio de legalidad invertido», esto es, «un derecho fundamental de la víctima a obtener la condena penal de otro».

[168] En inglés, «*vengeful desert*»: *Fletcher* (2000), 75 ss.

o bien (ii) partiendo de una tesis «preventivo-especial» o de «reintegración» de la víctima en la comunidad. Esta última hace hincapié en que el delito constituye una experiencia traumática de exclusión para la víctima. Así pues, es necesario favorecer su resocialización mediante la pena impuesta al autor, que expresa la solidaridad de la sociedad con la víctima. En efecto, el castigo pone fin a la dominación del delincuente sobre la víctima, restableciendo la igualdad entre ambos. Por lo demás, el derecho de la víctima genera en el Estado un deber de castigar, que, si es incumplido, hace a este último cómplice de la injusticia del delito.[169] Esta cuestión —relativa al supuesto deber estatal de castigar el delito— requiere considerar elementos adicionales.

3. EL (SUPUESTO) DEBER ABSOLUTO DE CASTIGAR DEL ESTADO

3.1. El deber estatal de protección positiva y el Derecho penal

98 La doctrina —ya mencionada— del deber estatal de protección positiva condujo a entender que esta última no ha de cumplirse solo a través del Derecho administrativo, sino también mediante el Derecho penal. De este modo apareció en escena un derecho de los ciudadanos a ser protegidos mediante el Derecho penal, cuyo reverso fue el establecimiento de un deber estatal de protección punitiva. Por su parte, éste —no ceñido a los bienes intrínsecos, sino comprensivo de todas las libertades— alteraba la visión tradicional del Derecho penal como catálogo de derechos reactivos frente al *ius puniendi* del Estado.[170] La ausencia de protección —o de protección suficiente: la infraprotección—, conllevaría una vulneración por defecto del principio de proporcionalidad.[171]

99 El punto de partida es poco objetable. En efecto, los Estados tienen un deber positivo de protección de las personas frente a los riesgos para su vida y su integridad física y moral. A su vez, este deber deriva de la posición de garante de seguridad que ostenta cada Estado frente a los residentes en su territorio. Sin embargo, el cumplimiento de tal deber debe centrarse, de entrada, en la protección fáctica frente a esos riesgos. Ahora bien, también cabe admitir otros deberes de contenido jurídico. Entre ellos, los más significativos son los propios del Derecho administrativo. En concreto, su cumplimiento tiene lugar mediante la disposición de mecanismos jurídicos de protección y el establecimiento de restricciones en la autorización de conductas peligrosas que puedan afectar a la vida e integridad física.

100 Es más discutible, en cambio, la construcción del deber de protección punitiva. Este aparece, en primer lugar, de la mano de obligaciones constitucionales, europeas o internacionales de tipificar determinadas conductas como

---

[169] *Fletcher* (2000), 75 ss., 83; *Reemtsma* (1999), 20 ss., 27; *G. Binder*, Pace L. R. 28 (2008), 733 ss., 737; *Ohlin* (2020), 257 ss.

[170] *Müller-Dietz*, GS Zipf, 1999, 126-127; *K. Günther*, Rg 28 (2020), 120.

[171] En el original alemán: «*Untermaßverbot*».

delitos —es decir, de la existencia de mandatos de criminalización—.[172] A ello se añade, en segundo lugar, la doctrina de los tribunales internacionales de derechos humanos en el sentido de la existencia de deberes estatales adicionales al referido deber de tipificar. Supuestamente, estos serían los deberes de perseguir tales hechos de forma «eficaz», incluso los de condenar a sus responsables y, todavía más allá, los relativos a ejecutar la pena impuesta.[173] Según los tribunales internacionales, tales deberes, que se refieren fundamentalmente a la protección de bienes personales intrínsecos, derivan de los tratados en materia de protección de los derechos humanos. En resumen, los mandatos de protección penal que dan lugar a los correspondientes deberes estatales, son: (i) los mandatos constitucionales expresos de criminalización; (ii) los mandatos constitucionales tácitos de criminalización; (iii) los mandatos convencionales expresos de criminalización; y (iv) los mandatos de criminalización (y, en su caso, de persecución y castigo) que derivan de la interpretación de los respectivos convenios por parte de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.[174]

3.2. Los mandatos constitucionales y europeos de criminalización

101 Como se ha indicado, los llamados mandatos constitucionales de criminalización pueden ser expresos o tácitos.[175] En ambos, la propia comunidad política que se constituye en Estado decide imponer al poder legislativo la obligación de tipificación de determinadas conductas.[176] Por lo tanto, la potestad punitiva del Estado se ejerce en sentido positivo por el poder constituyente, de modo vinculante para el legislador ordinario. Así las cosas, las leyes penales insuficientemente punitivas pueden ser consideradas inconstitucionales por incurrir en infraprotección.[177] De todos modos, dado que la protección de unos sujetos implica necesariamente una injerencia en la esfera jurídica de otros, sigue quedando abierta la medida necesaria, adecuada y proporcionada de la correspondiente protección penal.[178] Al margen de los mandatos constitucionales de criminalización, y más discutibles que estos, se hallan las obligaciones, impuestas a los Estados por la Unión Europea, de sancionar la afectación de sus intereses —los mandatos europeos de penalización—. Ciertamente, en esta materia lo más razonable sería sostener que el legislador nacional es libre de

---

[172] *Bascuñán Rodríguez*, REJ 9 (2007), 47, 53.

[173] *Doménech Pascual*, REDConst 78 (2006), 367, deriva del deber de protección el deber estatal de castigar. En contra: *Prittwitz*, Buffalo C. L. R. 3 (1999), 128-129; *K. Günther*, FS Lüderssen, 2002, 207, 219; *Tomás-Valiente*, InDret 3/2016, 26 ss., 57 ss.; *Silva Sánchez* (2018), 123-124 y 234-235; *Greco*, LH Luzón Peña, I, 2020, 192 ss.

[174] *Viganò* (2011), 243 ss.; *el mismo* (2012), 311 ss., con una valoración general positiva.

[175] *Santana Vega*, LH Valle Muñiz, 2001, 866 ss., 876 ss.

[176] Entre los mandatos expresos de criminalización, se cuentan sobre todo los relativos a bienes supraindividuales —en España, medio ambiente: art. 45.3 CE, patrimonio histórico: art. 46 CE—.

[177] *Müller-Dietz*, FS Dreher, 1977, 97 ss.; *Tiedemann* (1991), 53; *Lagodny* (1996), 254 ss.

[178] *Müller-Dietz*, GS Zipf, 1999, 133.

optar por la vía criminal o administrativa para la protección de los intereses de la Unión.[179] Sin embargo, en el contexto de la armonización europea, los Estados han optado de modo prácticamente unánime por la vía jurídico-penal.

3.3. La jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos

En las últimas décadas, la jurisprudencia de los tribunales internacionales 102
de derechos humanos —CIDH, TEDH— ha impuesto a los Estados deberes punitivos de intensidad creciente. Así, como se ha anticipado, tales deberes no se refieren solo a la tipificación de determinadas conductas como delitos, sino también: (i) a la persecución efectiva de éstos; (ii) a la obtención de la verdad y de la justicia; y, en fin (iii) al castigo, incluyendo la ejecución efectiva de la pena impuesta. Es cierto que, en principio, estos deberes tienen por objeto el ámbito de los delitos contra los derechos humanos, es decir, las más graves afectaciones de bienes intrínsecos. Además, la imposición de deberes tanto de persecución efectiva, como de alcanzar la verdad y la justicia —en realidad, de investigar y enjuiciar— ha pretendido responder ante todo al problema —ya mencionado— de la cosa juzgada fraudulenta o írrita. Es decir, a la posible existencia de sobreseimientos infundados de los procedimientos en el marco de las investigaciones judiciales de aquellos delitos. Sin embargo, como ya se ha indicado, ello se ha extendido luego también a otros casos.

Ahora bien, los deberes de castigo —es decir, de condenar y de ejecutar efec- 103
tivamente la sentencia— van todavía más allá. Por un lado, determinan que se estimen contrarias a los convenios de derechos humanos las decisiones estatales de indulto o amnistía. Esto no se refiere solo a las polémicas «autoamnistías», sino que alcanza incluso a las amnistías adoptadas mediante referéndum y tendentes a promover la paz y la reconciliación nacionales.[180] Por otro lado, legitiman como conforme a dichos convenios el establecimiento retroactivo de regímenes de imprescriptibilidad —es decir, relativizan la vigencia del principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables—. En fin, sostienen que todo ello procede porque existe un derecho de las víctimas al castigo de los delincuentes. Así, este proceso ha conducido a la difusión de un sentido peyorativo de la expresión «impunidad». Esta, de designar sencillamente la «ausencia de castigo» en términos neutros, ha pasado a significar la «omisión intencionada de castigar lo que debe serlo». Pues bien, como se ha anticipado, esta doctrina debe ser objeto de crítica.[181]

---

[179] Así, *Dannecker*, JZ 1996, 873-874.

[180] Entre otras del mismo tribunal, SSCIDH de 14 de marzo de 2001 (caso Barrios Altos c. Perú); de 18 de septiembre de 2003 (caso Bulacio c. Argentina); de 26 de septiembre de 2006 (caso Almonacid y otros c. Chile), interpretándolas como «autoamnistías». También, STEDH de 17 de enero de 2006 (Kolk y Kislyiy c. Estonia).

[181] Críticos, *Nagler* (1918), 691 ss.; *Lüderssen* (2000), 63 ss.; *Moore* (2000), 87-88; *D. R. Pastor* (2006 b), 475 ss.; *el mismo* (2009), 1162 ss.; *Robinson*, Cambridge L. J. 67 (2008), 147 ss., 150; *Silva Sánchez* (2010),

3.4. La discusión doctrinal sobre el deber estatal de tipificar y castigar

104 En primer lugar, hay que sentar una distinción fundamental entre los mandatos de tipificación e investigación y los deberes de castigo. En efecto, la existencia de deberes procesales de esclarecimiento efectivo ante la existencia de indicios de posibles infracciones jurídico-penales, tanto imprudentes como dolosas, no es cuestionable. En cuanto a los deberes de tipificación, estos no merecen crítica en la medida en que pretendan garantizar una protección suficiente de los bienes intrínsecos de los ciudadanos. Así, en el ámbito particular de las actividades industriales, no es infrecuente que la vida o la integridad física se vean expuestas a riesgos inminentes, concretos y graves que, sin embargo, se reputan «permitidos». Ello debe ser corregido mediante la tipificación correcta de delitos de peligro para la vida como consecuencia de actividades industriales.[182] Por el contrario, los deberes de persecución «eficaz», así como de castigo efectivo, traen causa de las peculiaridades de los delitos de lesa humanidad. Sin embargo, incluso circunscritos a este ámbito —excepcional— deben ser rechazados. En efecto, debe rechazarse ya la idea de que determinados delitos violentos graves tengan que ser categóricamente imprescriptibles, inindultables e inamnistiables.[183] Así pues, *a fortiori* debe serlo su pretendida extensión a otros ámbitos, como el de la corrupción.[184]

105 La construcción doctrinal y jurisprudencial internacional de unos deberes del Estado relativos a la persecución eficaz y al castigo efectivo de determinados delitos entra en conflicto con la soberanía estatal. Ciertamente, en ocasiones se presenta esta colisión como la surgida entre una «razón internacional» y una «voluntad nacional» irracional o forzada.[185] Sin embargo, la voluntad nacional eventualmente contraria a castigar determinadas conductas puede tener tras de sí importantes razones. Aunque estas no sean de justicia, sino relativas al conflicto de esta con la restauración de la paz y de la convivencia nacional, no por ello merecen menos atención. La gestión de los procesos de la justicia transicional lo pone de relieve. En definitiva, no existe un deber estatal de castigar como deber absoluto o incondicionado.[186] Ciertamente, sí existe un

---

74-75; *el mismo* (2015), 85 ss., 112 ss.; *Ramsay* (2012); *Gil Gil*, InDret 4/2016, 3 ss., 12 ss.; *la misma*, LH Mir Puig, 2017, 323 ss.; *de Magalhães Gomes* (2017), 321 ss.; *Malarino* (2017), 42 ss.; *Núñez Fernández* (2017), 33 ss., 37 ss.; *Greco*, LH Luzón Peña, I, 2020, 192 ss.; *el mismo*, FS Werle, 2022, 119 ss., 130.

[182] *Silva Sánchez* (2022), 153 ss.

[183] A ello se añade incluso que cualquier género de retroactividad favorable, reducción de la condena o beneficio penitenciario vulnera asimismo la doctrina de los tribunales supranacionales de derechos humanos. Así, la discusión del «caso Muiña» en la Argentina, que se relaciona con el contenido del artículo 7 de la Ley 24.390, vigente desde 1994 hasta 2001, y derogada entonces por la Ley 24.430. Aquella norma intermedia disponía que, pasados dos años en prisión preventiva, el cómputo de la pena a aplicar al condenado sería de «dos por uno» —dos días de prisión por uno de prisión preventiva—. La cuestión era si debía aplicarse a sujetos condenados por delitos de lesa humanidad.

[184] En esta línea, con matices, *Mañalich*, Derecho y Humanidades 11 (2005), 245 ss.; *Viganò* (2011), 243 ss.

[185] *Viganò*, PolítCrim 9 (2014), 428 ss.

[186] *Ambos*, FS Merkel, I, 2020, 565 ss.; *el mismo*, RECPC 22 (2020), 1 ss.; *Greco*, FS Werle, 2022, 127.

deber de declarar el injusto culpable de los hechos que afecten al núcleo de los *mala in se*. Sin embargo, ni siquiera éste conlleva un deber de castigar. Lo que sí existe es un derecho del autor a no ser castigado en aquellos casos en que el castigo, aunque fuera merecido, pueda ser excesivo por inequitativo o ineficiente. Por lo demás, también existen otras razones de necesidad y oportunidad en cuya virtud el Estado puede renunciar al castigo. Entre ellas, ocupa un lugar preferente la consecución de la paz en la comunidad política.

VI. LA DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN EL SIGLO XXI

1. GENERALIDADES

Una vez examinadas las doctrinas de la criminalización y de la pena, así como las garantías formales y materiales del Derecho penal, procede examinar la cuestión de la distinción entre éste y el Derecho administrativo sancionador. Este problema ha sido siempre difícil de resolver, dado que el Derecho penal nunca se ha ceñido al núcleo de los delitos *mala in se* (*cfr. supra* capítulos 1/64; 2/87; 3/97). Por su parte, tal dificultad se ha ido poniendo de relieve a lo largo de un extenso debate doctrinal que cabe retrotraer, como mínimo, a la distinción de Feuerbach entre el Derecho penal y el Derecho de policía. Ahora bien, desde finales del siglo XIX esa discusión se ha concretado en el enfrentamiento entre las doctrinas cualitativa y cuantitativa, que ha dado lugar también a algunas posiciones mixtas.[187] La primera opción doctrinal —la tesis del *aliud*— entiende el ilícito penal como expresión de un delito natural —éticamente reprochable— y el ilícito administrativo, en cambio, como manifestación de una infracción artificial o de policía —una desobediencia éticamente neutra—.[188] Sin embargo, con posterioridad fueron consolidándose las doctrinas de la diferenciación meramente cuantitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, según las cuales lo característico de este último es un menor contenido de injusto. En esta discusión, con todo, nunca ha quedado del todo claro si las tomas de posición son descriptivas —pretenden explicar cómo son las cosas— o normativas —quieren presentar cómo deberían ser—. **106**

El criterio mayoritario es el mixto o cualitativo-cuantitativo. Este parte de la consideración de que existe un núcleo de lo que es delictivo —aquí, el núcleo de los delitos *mala in se*— y otro núcleo de lo meramente administrativo. En cambio, más allá de los correspondientes ámbitos nucleares, la decisión de recurrir al Derecho penal o a un Derecho sancionador distinto es cuestión de discrecionalidad legislativa, en tanto que su naturaleza es gradual.[189] Como puede advertirse, **107**

---

[187] *Goldschmidt* (1902), 539 ss, 548, 576; *Mattes* (1979).

[188] *E. Wolf*, FG Frank, 1930, II, 525, 565.

[189] *Torío López* (1991), 2536: las diferencias entre injusto penal y administrativo no son ónticas, ni tampoco meramente cuantitativas, sino histórico-culturales, esto es, valorativas; *Rando Casermeiro* (2010), 170-171; *Greco* (2018), 176 ss., 182; *Gómez Tomillo/Sanz Rubiales* (5.ª, 2023).

contemplado desde la perspectiva actual, el debate incide también en el centro de la polémica sobre la «excepcionalidad», o no, del Derecho penal.

2. LAS DIFERENCIAS VARIABLES

2.1. Las conductas infractoras

108 En lo que hace a sus respectivos órdenes de conducta, el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador se distinguen cualitativamente, si se toma como referencia, por un lado, el núcleo de los delitos *mala in se*—por ejemplo, unas lesiones consumadas— y, por otro, una infracción formal de reglamentos de policía. En efecto, contemplados así, están claros los diversos modos de integración de unas y otras normas en el proceso de socialización humana.[190] Así, las relativas a los tipos penales nucleares se integran en la formación moral personal. En cambio, las del Derecho administrativo sancionador se relacionan con la cooperación cívica con las administraciones públicas. Además, buena parte de las normas de este último responden a exigencias de gestión sectorial de macroproblemas. Ello determina que ni la lesividad individual de la conducta ni la imputación subjetiva de ésta a su autor desempeñen un papel relevante. Por el contrario, lo decisivo es el carácter masivo con que se manifiesta una determinada forma de conducta individual y la gravedad de las consecuencias derivadas de su acumulación.

109 Sin embargo, el criterio de distinción cambia si se considera que el Derecho penal ha contenido siempre delitos *mala in se* periféricos y *mala quia prohibita*, es decir, en otra terminología, no solo crímenes, sino también delitos y contravenciones (*cfr. supra* capítulo 1/64).[191] Estas últimas son especialmente visibles en aquellos tipos de delito que comprenden la infracción de normas administrativas como elemento integrante.[192] Pues bien, la distinción entre una infracción administrativa y un delito *malum quia prohibitum* es casi imperceptible, de modo que la ubicación de un determinado ilícito en uno u otro lado de la supuesta frontera parece responder a meras consideraciones estratégicas. En este punto, el ejemplo paradigmático es la criminalización de una infracción administrativa mediante una ley penal en blanco con remisión total —por ejemplo, los arts. 304 bis o 326.2 CP español—.[193] Por otro lado, desde el punto de vista ético-social, la arrogancia cívica —o la vulneración del deber de cooperar con el Estado— es similar en los delitos *mala quia prohibita* y en las infracciones administrativas. Desde luego, no cabe sostener que cualquier delito lesiona la libertad personal y las infracciones administrativas, no.[194] En efecto, tal afirmación implica sos-

---

[190] *Amelung* (1972), 291 ss.

[191] *Welzel*, JZ 1956, 240.

[192] Por muchos, *Hoffmann-Riem*, FS Jung, 2007, 302-303.

[193] La doctrina dominante alemana se inclina por la distinción cuantitativa en cuanto a los ilícitos y cualitativa en cuanto a las sanciones: *Renzikowski*, GA 2019, 150 ss.

[194] En sentido contrario, *Köhler*, AT, 1997, 34.

tener que la «afectación» a un bien jurídico institucional compromete aquella libertad, lo que constituye una petición de principio.

2.2. Los sistemas de sanciones

En lo relativo a sus respectivos sistemas de sanciones, el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador se distinguen cualitativamente, si se piensa en la pena de prisión, por un lado, y en la sanción administrativa de multa, por el otro. Ciertamente, el Derecho penal de la pena de prisión es radicalmente excepcional en el contexto de la coacción estatal. En España, tiene rango constitucional la declaración de que «la administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o indirectamente, impliquen privación de libertad» (art. 25.3 CE). Sin embargo, es cierto que el Derecho penal impone otras penas que también puede imponer la administración pública —paradigmáticamente, la multa, pero asimismo privaciones o restricciones de derechos profesionales y económicos—. En este contexto, la diferencia puede llegar a ser cuantitativa, imperceptible o incluso poner de relieve que, en algunos casos, las sanciones administrativas previstas son más graves que las penales. 110

Es discutible si cabe señalar de modo general que la sanción administrativa no contiene un juicio de desvalor ético-social y, por tanto, no afecta a la reputación del sancionado, mientras que la pena sí.[195] Desde luego, cualquier pena criminal, aunque no sea de prisión, por su asociación en el subconsciente colectivo al homicidio como hecho paradigmáticamente criminal, puede tener una incidencia mayor sobre el honor del penado. Ahora bien, también es verdad que estos efectos son variables para cada segmento social y, asimismo, dependen de la difusión pública que tenga el proceso penal. Con todo, lo que contribuye decisivamente a la carga reputacional de cualquier sanción penal es el hecho de que las condenas tengan la secuela de los antecedentes penales. En efecto, la repercusión de estos sobre la condición ciudadana del condenado es drástica, singularmente en el acceso a determinados trabajos y, más aún, a la función pública. 111

2.3. Las reglas de imputación y las garantías sustantivas

El Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador se diferencian cualitativamente en cuanto a las reglas de imputación y a las garantías sustantivas.[196] En efecto, las reglas estrictamente penales —imputación subjetiva y culpabilidad— sientan la base de la retribución del hecho merecedor de pena, aunque luego la sanción pueda ser rebajada o incluso desaparecer por razones de justicia distributiva (equidad) o de ineficiencia o inoportunidad. De ahí la especial relevancia que se le asigna al principio de culpabilidad. En cambio, 112

[195] En sentido negativo, *Renzikowski*, GA 2019, 152. A favor de la diferencia simbólica: *Feinberg* (1970), 98.

[196] *Cid Moliné*, RAP 140 (1996), 131 ss.

en el Derecho administrativo sancionador, la incidencia de dicho principio, pese a las declaraciones retóricas, es limitada y, desde luego, recurriendo a él no se pretende justificar retributivamente la sanción. A lo sumo, se trata de introducir un correctivo muy limitado de justicia distributiva a un sistema presidido por criterios de eficiencia en la gestión sectorial. Ahora bien, los criterios de imposición de medidas de seguridad penales, así como las de atribución de responsabilidad «penal» a las personas jurídicas son indistinguibles de los propios de la atribución de responsabilidad en el ámbito administrativo. Incluso la tendencia doctrinal a sustituir un principio fuerte de culpabilidad, como fundamento de la sanción penal en personas físicas imputables, por una garantía de proporcionalidad, conduce a desdibujar las diferencias.

2.4. Las garantías procesales

113 En lo que respecta a las garantías procesales, el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador se distinguen por la vigencia en el primero de ciertas reglas del proceso debido, que no rigen en el segundo. Al respecto, es cierto que desde la entrada en vigor de la Constitución se difundió en España la tesis de que el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador se integran en un Derecho punitivo unitario, que supuestamente debería tener las mismas garantías. Sin embargo, la realidad se ha impuesto, así que lo anterior no se puede sostener.[197] El derecho a no declarar contra uno mismo y la presunción de inocencia tienen un alcance muy distinto en uno y otro caso. También es diverso en uno y otro sector el objeto de la prueba y su estándar. En efecto, el objeto de la prueba es más amplio en Derecho penal, pues tiene que extenderse a la lesividad y a la imputación subjetiva. A su vez, el estándar probatorio es el de «más allá de toda duda razonable», frente al administrativo, asentado en la preponderancia de la evidencia. En fin, el Derecho penal se caracteriza por la búsqueda de la verdad y de la justicia, mientras que el Derecho administrativo sancionador se rige por criterios de selectividad y oportunidad.

114 Sin embargo, el Derecho penal de los delitos de peligro, del principio de oportunidad, del sobreseimiento condicionado y de los acuerdos negociados también va haciendo borrosa la frontera. En relación con este último, hay que subrayar que las garantías del proceso penal ven drásticamente reducido su alcance cuando no se accede a la fase del juicio oral. Esto significa que en el Derecho penal de las sentencias de conformidad cada vez existe menos diferencia operativa con respecto al Derecho administrativo sancionador.

2.5. Los órganos competentes

115 En lo que concierne al órgano competente, existe una diferencia sustancial entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. En efecto,

[197] *Cid Moliné*, RAP 140 (1996), 150 ss.

el carácter jurisdiccional del Derecho penal determina que este goce de una capacidad de resistencia frente a los vaivenes políticos muy superior a la del Derecho administrativo. Así pues, aparentemente la diferencia más sólida entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador es la institucional. En primer lugar, la gestión del Derecho administrativo sancionador se halla desjuridificada, hasta el punto de que corresponde ampliamente a economistas o ingenieros. Además, es un Derecho «de parte», en el que no se da la garantía básica del debido proceso, a saber, la de ser juzgado por un tercero imparcial. En fin, el control jurisdiccional de la actividad sancionadora de la Administración por parte de los juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo se ve limitado por su naturaleza de «revisión de actos administrativos». Todo ello determina que el Derecho administrativo sancionador no haya conseguido una suficiente dimensión expresiva, que desvirtúe las denominadas «técnicas de neutralización».

3. UN BALANCE

Como se ha indicado, el Derecho penal ha ido expandiéndose e integrán- 116
dose de modo creciente en el sistema jurídico-público de incentivos positivos y negativos del comportamiento.[198] En ese contexto expansivo, ha ido perdiendo su excepcionalidad, para mostrarse en su periferia como un Derecho (administrativo) sancionador hipercualificado. Es decir, como un Derecho de protección drástica de las políticas públicas, gestionado a través de la administración de justicia penal.[199] Así las cosas, su especificidad radica en su capacidad de estigmatizar como «malo» a quien incumple gravemente una regulación pública. Ciertamente, el mero hecho del etiquetamiento de la sanción como «penal» produce ya efectos colaterales de naturaleza reputacional. A su vez, estos se deben a la asociación, que efectúa la psicología social, entre la sanción «jurídico-penal» y la realización de las conductas más abyectas o reprobables.

Sin embargo, la cuestión es más profunda. En efecto, este Derecho penal 117
no solo califica como delito la infracción de una regulación, sino que tilda de criminal al sujeto que la infringe. De este modo, el Estado transfiere el lenguaje propio de los delitos *mala in se*—aplicable a quien asesina o viola—también a quien infringe las reglas establecidas en materia de subvenciones públicas o de financiación de los partidos políticos. Además, este Derecho penal administrativizado no solo se sirve de la pena, con el efecto reputacional señalado, sino que en particular opta por la pena de prisión. En realidad, la administrativización del «Derecho penal de la prisión», constituye uno de los fenómenos más importantes del último medio siglo.[200] Ahora bien, al tiempo

---

[198] *Vogel*, FS Jakobs, 2007, 735 ss.; *Nieto Martín*, RP 19 (2007), 134; *Silva Sánchez*, GS Vogel, 2016, 411 ss.

[199] *Silva Sánchez* (2.ª, 2001), 121 ss.; *Feijóo Sánchez* (2006), 155 ss.

[200] *Silva Sánchez* (2.ª, 2001), 125 ss. *Brown*, Journal of Law, Economics and Policy 7 (2010-2011), 657 ss.

que se recurre a la pena más allá de la medida del merecimiento, también se crean nuevas causas de exención de pena por razones puramente gerenciales. Así, por ejemplo, se exime de pena a quien regulariza su situación tributaria o a quien confiesa el delito cometido y delata a otros intervinientes en él. Por lo demás, se favorecen las soluciones negociadas y las sentencias de conformidad. Así, en el Derecho penal del siglo XXI tiende a disminuir el significado del juicio oral, por lo que de modo no infrecuente el *ius puniendi* estatal es gestionado por las autoridades administrativas y por el Ministerio Fiscal. Las primeras se sirven del anuncio de remitir las actuaciones al Fiscal para negociar con los infractores el importe de la sanción económica en el marco del procedimiento administrativo. El segundo, por su parte, actúa de modo similar, ya dentro del procedimiento penal, con el anuncio de una petición especialmente grave de pena en el caso de que se acceda al juicio oral.

Capítulo 6

LA APLICACIÓN JUDICIAL

Bibliografía seleccionada: *Alcácer Guirao*, El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional, en: Mir/Queralt (eds.), Constitución y principios del Derecho Penal, 2010, 15; *Alexy*, Teoría de la argumentación jurídica, 1989; *J. P. Alonso*, Interpretación de las normas y Derecho penal, 2006; *Alonso Gallo*, Errores y sesgos cognitivos en la expansión del Derecho penal, en: Díaz-Maroto (ed.), LA González Cuéllar, 2006, 31; *el mismo*, Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el Derecho penal, InDret 4/2011, 1; *Amore*, L'interpretazione praticabile. Appunti verso un'ermeneutica penale spendibile nel processo, ArP 3 (2022), 1; *Arocena*, Reflexiones en torno a la función judicial, InDret 3/2009, 1; *Atienza*, Sobre la analogía en el Derecho, 1986; *Bacigalupo*, La garantía del principio de legalidad y la prohibición de analogía en el Derecho penal, ADH 2 (1983), 13; *el mismo*, La rigurosa aplicación de la ley, ADPCP 1995, 849; *el mismo*, División de poderes, principio de legalidad e interpretación de la ley, LH Luzón Peña, I, 2020, 3; *Bahlmann*, Rechts— oder kriminalpolitische Argumente innerhalb der Strafgesetzesauslegung und —anwendung, 1999; *Baldó Lavilla*, Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito, LH Roxin, 1997, 357; *Barquín/Cano Paños*, El caso de la mesa nacional de Herri Batasuna, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 571; *Baude/Sachs* The Law of Interpretation, Harvard L. R. 130 (2017), 1079; *Beccaria*, Tratado de los delitos y de las penas (1764), 1774; *Beckemper*, Ökonomische Auslegung im Wirtschaftsstraferecht, FS Achenbach, 2011, 29; *Becker/Martenson*, Asche zu Asche, Staub zu Staub — Wortlaut, möglicher Wortsinn und Sprachspielabhängigkeit von Bedeutung, JZ 2016, 779; *Bernardi* (ed.), L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea, 2015; *Binding*, Strafgesetzgebung, Strafjustiz und Strafrechtwissenschaft in normalen Verhältnis zu einander, ZStW 1 (1881); *Bovino/Courtis*, Por una dogmática conscientemente política, AFD 2000, 179; *Brandom*, A Hegelian Model of Legal Concept Determination, en: Hubbs/Lind (eds.), Pragmatism, Law, and Language, 2014, 19; *Braum*, Europäische Strafgesetzlichkeit, 2003; *Bringewat*, Gewohnheitsrecht und Richterrecht im Strafrecht, ZStW 84 (1972), 585; *Brugger*, Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze, AöR 119 (1994), 1; *Bruns*, Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, 1938; *Cadoppi* (ed.), Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale, 1996; *Cadus*, Die faktische Betrachtungsweise, 1984; *Caterini*, In dubio interpretatio pro reo, LH Moccia, 2017, 507; *Christensen*, Gesetzesbindung oder Bindung an das Gesetzbuch der praktischen Vernunft, en: Mellinghoff/Trute (Hrsg.), Die Leistungsfähigkeit des Rechts, 1988, 95; *el mismo*, Was heißt Gesetzesbindung?, 1989; *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001; *los mismos*, Die Auslegungslehre als implizite Sprachtheorie der Juristen, ARSP 88 (2002), 230; *los mismos*, Gesetzesbindung: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis, 2008; *Christensen/Sokolowski*, Neopragmatismus: Brandom, en: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 2006, 239; *Cocco* (ed.), Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale, 2005; *Contento*, Interpretazione estensiva e analogia, en: Stile (ed.), Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in Diritto penale, 1991, 3; *Corcoy Bidasolo*, La interpretación en Derecho penal, LH Mir Puig, 2010, 143; *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016; *Cuerda Riezu*, El legislador y el Derecho penal, 1991; *Dannecker*, Strafrecht in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 1996, 869; *Demko*, Zur Relativität der Rechtsbegriffe in strafrechtlichen Tatbeständen, 2002; *Demu-*

ro, L'interpretazione sistematica in diritto penale, RIDPP 2018, 1088; *Díez Ripollés*, La racionalidad de las leyes penales, 2003; *Donini*, Jueces y democracia, ADPCP 2005, 403; *el mismo*, Poder judicial y ética pública, 2015; *Dopslaff*, Wortbedeutung und Normzweck, 1985; *Duttge*, Zum typologischen Denken im Strafrecht, JRE 11 (2003), 103; *el mismo*, Gesetzesuntreue unter der Maske strafgerichtlicher Auslegung, FS Krey, 2010, 39; *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935; *el mismo*, La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica (1953), 2004; *el mismo*, Introducción al pensamiento jurídico (1956), 2001; *el mismo*, Die Relativität der Rechtsbegriffe, 1958; *el mismo*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3.ª, 1963; *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970; *Ferrajoli*, Derecho y razón, 1995; *el mismo*, Garantías y Derecho penal, Iter criminis 2 (2002), 247; *Ferreres Comella*, El control de las leyes penales por los jueces ordinarios, en: Mir/Corcoy (eds.), Constitución y sistema penal, 2012, 109; *Feuerbach*, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem Peinlichen Gesetzbuch für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten, 1804; *Fiandaca*, Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale, RIDPP 2001, 353; *el mismo*, Il diritto penale tra legge e giudice, 2002; *Th. Fischer*, Über das Strafen. Recht und Sicherheit in der demokratischen Gesellschaft, 2018; *Fornasari*, Diritto giurisprudenziale e cause di giustificazione nell'esperienza tedesca, en: Fiandaca (ed.), Sistema penale in transizione e ruolo del Diritto giurisprudenziale, 1997, 21; *Forti/Varraso/Caputo* (eds.), Verità del precetto e della sanzione penale alla prova del proceso, 2014; *Freund*, Normative Probleme der Tatsachenfeststellung, 1987; *el mismo*, Materiellrechtliche und prozessuale Facetten des gesamten Strafrechtssystems, GA 2005, 321; *el mismo*, Die Definitionen von Vorsatz und Fahrlässigkeit, FS Küper, 2007, 63; *Frister*, La certeza personal como presupuesto de la condena en el proceso penal, InDret 3/2011, 1; *Gadamer*, Verdad y método, I, 1977, II, 1992; *Gaede*, Sanktion durch Verfahren: — Grenzen der Justizpflicht des Beschuldigten insbesondere in Wirtschaftsstrafverfahren, ZStW 129 (2017), 911; *Gärditz*, Staat und Strafrechtspflege, 2015; *García-Huidobro/Herrera*, El hombre y el Derecho viven en la tradición, PyD 47 (2002), 361; *García Máynez*, Lógica del raciocinio jurídico, 1999; *García Rivas*, El derecho fundamental a una interpretación no extensiva en el ámbito penal, R. J. Castilla-La Mancha 17 (1993), 27; *Gascón Abellán*, Los hechos en el Derecho, 1999 (2.ª, 2004; 3.ª, 2010); *Gimbernat Ordeig*, Concepto y método de la ciencia del Derecho penal (1966), 1999; *di Giovine*, L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge, 2006; *Gama de Magalhães Gomes*, Direito penal e interpretação jurisprudencial, 2008; *Gómez Lanz*, La interpretación de la ley penal como actividad dogmática, icade 74 (2008), 37; *el mismo*, La aproximación de la hermenéutica a la dogmática penal, icade 82 (2011), 149; *Gracia Martín*, El actuar en lugar de otro en Derecho penal, I, 1985; *Grasnick*, Methodologisches —oder: Aus gegebenem Anlaß, GA 2000, 153; *Grasso*, Il principio nullum crimen sine lege nella Constituzione Italiana, 1972; *Greco*, Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht?, en: Brunhöber *et al.* (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, 2012, 13; *el mismo*, Das Bestimmtheitsgebot als Verbot gesetzgeberisch in Kauf genommener teleologischer Reduktionen, ZIS 2018, 475; *el mismo*, Die Befreiung des Strafrechts vom Pflichtverletzungsdenken — Zur Kritik an der (nicht nur asymmetrischen) Akzessorietät, GA 2019, 684; *el mismo*, Richterliche Macht ohne richterliche Verantwortung: Warum es den Roboter-Richter nicht geben darf, RW 2020, 29; *Greenberg*, The Moral Impact Theory of Law, Yale L. J. 123 (2014), 1288; *Grosse-Wilde*, Die Unterscheidung von Tat— und Rechtsfrage im Prozessrecht, en: Effer-Uhe *et al.* (Hrsg.), Einheit des Prozessrechts?, 2016, 141; *Grünhut*, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, FG Frank, 1, 1930, 1; *Hart*, The Concept of Law, 3.ª, 2012; *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968; *el mismo*, Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze, FS Coing, 1982, I, 493; *el mismo*, Fundamentos del Derecho penal, 1984; *el mismo*, Crítica al Derecho penal de hoy, 1995; *el mismo*, Prozeduralisierung, Wahrheit und Gerechtigkeit, en: Pieth/Seelmann (Hrsg.), Prozessuales Denken als Innovationsanreiz für das materielle Strafrecht, 2006, 9; *el mismo*, Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik, FS Jung, 2007, 231; *Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914; *Hernández Marín*, Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho, 1999; *el mismo*, Teoría general de las decisiones judiciales, 2021; *Herrmann*, Begriffsrelativi-

tät im Strafrecht und das Grundgesetz, 2015; *Herzberg*, Kritik der teleologischen Gesetzesauslegung, NJW 1990, 2525; *el mismo*, Die *ratio legis* als Schlüssel zum Gesetzesverständnis?, JuS 2005, 1; *Hilgendorf*, Naturalismus im (Straf-)Recht, JRE 11 (2003), 83; *Hilgendorf/ Kuhlen*, Die Wertfreiheit in der Jurisprudenz, 2000; *Hillenkamp*, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; *el mismo*, Der Einfluß des Opferverhaltens auf die dogmatische Beurteilung der Tat, 1983; *Hruschka*, Die Konstitution des Rechtsfalles, 1965; *el mismo*, Das Verstehen von Rechtstexten, 1972; *Huerta Tocildo*, El derecho fundamental a la legalidad penal, REDConst 39 (1993), 81; *Íñigo Corroza/Ruiz de Erenchun*, Los acuerdos de la Sala penal del Tribunal Supremo, 2007; *Jaén Vallejo*, Cuestiones de hecho y cuestiones de derecho en el proceso penal, CPC 134 (2021), 297; *Jahn/Schmitt-Leonardy*, Rechtsphilosophische und straftheoretische Begründungselemente der Verständigung, JRE 27 (2019), 571; *Jahr*, Redaktionsversehen, FS Arth. Kaufmann, 1993, 141; *Jakobs*, Coacciones, 2018; *Jestaedt*, The Constitution Conformant Interpretation — Norm Compatibilisation Through Harmonisation by Way of Interpretation, en: von Hein *et al.* (eds.), Relationship between the Legislature and the Judiciary, 2017, 25; *Joerden*, Logik im Recht, 2.ª, 2010; *Arth. Kaufmann*, Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit, 1990; *el mismo*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung, 1999; *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2.ª, 1960; *Kindhäuser*, Hechos brutos y elementos normativos del tipo, InDret 2/2014, 1; *Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze, 2004; *el mismo*, Semantic Normativity and the Objectivity of Legal Argumentation, ARSP 90 (2004), 51; *el mismo*, El límite del tenor literal, en: Montiel (ed.), La crisis del principio de legalidad, 2012, 225; *el mismo*, Hacer el Derecho explícito, 2017; *Köhler*, Die Judikative zwischen Justizhoheit und Justizstaat, FS Landwehr, 2015, 393; *el mismo*, Recht und Gerechtigkeit, 2017; *Kolbel*, Über die Wirkung außerstrafrechtliche Normen auf die Strafrechtsauslegung, GA 2002, 403; *Kotsoglou*, Strafrechtsdogmatik und Allgemeinverständlichkeit, ZIS 2017, 257; *Krey*, Studien zum Gesetzesvorbehalt, 1977; *Kudlich*, Die strafrahmenorientierte Auslegung im System der strafrechtlichen Rechtsfindung, ZStW 115 (2003), 1; *el mismo*, Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht, JZ 2003, 127; *el mismo*, Gesetzesumgehung, FS Stöckel, 2010, 93; *el mismo*, Regeln der Grammatik, gramatische Auslegung und Wortlautgrenze, FS Puppe, 2011, 123; *el mismo*, Cuestiones fundamentales de la aplicación del Derecho penal, 2018; *Kudlich/ Christensen*, Zum Relevanzhorizont strafgerichtlicher Entscheidungsbegründungen, GA 2002, 337; *los mismos*, Wortlautgrenze: Spekulativ oder pragmatisch?, ARSP 93 (2007), 128; *los mismos*, Die Methodik des BGH in Strafsachen, 2009; *Küpper*, Auslegung und Methode. Ein Versuch, systematisch zu denken, FS Puppe, 2011, 137; *Kuhlen*, Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, 1977; *el mismo*, Zum Verhältnis vom Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot, FS Otto, 2007, 89; *el mismo*, La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales, 2012; *el mismo*, Contribuciones al método, la teoría y la dogmática del Derecho penal, 2021; *Kuhli*, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrechtlichen Rechtsanwendung, 2018; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996; *Lampe*, Acerca de la fundamentación funcional del sistema del delito, en: el mismo, La dogmática, 2003, 211; *Larenz*, Metodología de la ciencia del Derecho, 1994; *Lascuraín Sánchez*, La protección multinivel de la garantía de tipicidad penal, en: Pérez Manzano/Lascuraín (eds.), La tutela multinivel del principio de legalidad penal, 2016, 119; *Lascuraín/ Gascón*, ¿Por qué se conforman los inocentes? InDret 3/2018, 1; *Lenckner*, Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht, JuS 1968, 249; *Lewisch*, Verfassung und Strafrecht, 1993; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996; *Lüderssen*, Die Wiederkehr der Befreiung, FS Hanack, 1999, 487; *Malem et al.* (eds.), La función judicial. Ética y democracia, 2003; *Manes*, Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali, 2012; *el mismo*, Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto proceso, 2022; *Manjón-Cabeza*, ¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?, RECPC 10 (2008), 1; *Manna* (ed.), Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale, 2016; *Mañalich*, Culpabilidad y justicia procedimental, en: Perin (ed.), Imputación penal y culpabilidad, 2020, 77; *Martínez Francisco*, Los Plenos no jurisdiccionales de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, 2012; *Masferrer*, Tradición y reformismo en la codificación penal española, 2003; *Meyer*, Bestimmtheit und Normativität

des Rechts, ARSP Beiheft 114 (2007), 81; *Moccia* (ed.), La giustizia contrattata, 1998; *Montesquieu*, De l'Esprit des lois, 1748; *Montiel Fernández*, La analogía in bonam partem en el Derecho penal, 2009; *el mismo*, Legalidad e imputación en Derecho Penal. Una aproximación analítica, 2020; *Montiel/Ramírez*, De camareros estudiantes de biología a jueces biólogos, InDret 1/2010, 1; *Moore*, A Natural Law Theory of Interpretation, California St. L. R. 58 (1985), 277; *Moreso*, La incorporación de la moral en el razonamiento judicial, en: Vial-Dumas/Martínez (eds.), Pensando el juez, 2019, 95; *F. Müller*, Strukturierende Rechtslehre, 2.ª, 1994; *Mund*, Das Recht auf menschliche Entscheidung, 2022; *Muñoz Aranguren*, La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano, InDret 2/2011, 1; *Muñoz Conde*, La búsqueda de la verdad en el proceso penal, 3.ª, 2007; *Murmann*, Über den Zweck des Straprozesses, GA 2004, 65; *Mylonopoulos*, Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht, 1998; *el mismo*, Sobre la posibilidad de una fundamentación teórica del plea bargaining, en: el mismo, Dogmática penal en un contexto internacional, 2017, 127; *Naucke*, Der Nutzen der subjektiven Auslegung im Strafrecht, en: el mismo, Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik. Abhandlungen zum Strafrecht und zum Strafprozessrecht, 1999, 45; *el mismo*, Versuch über den aktuellen Stil des Rechts, en: el mismo, Gesetzlichkeit, 1999, 196; *el mismo*, Das strafrechtliche Legalitätsprinzip, en: el mismo, Negatives Strafrecht, 2015, 41; *Navarro/Bouzat/Esandi*, Juez y ley penal. Un análisis de la interpretación de las normas penales, 2001; *Neumann*, Juristische Argumentationslehre, 1986; *el mismo*, Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster, ZStW 99 (1987), 567; *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986; *Ollero*, Historicidad del derecho y dogmática legalista, en: el mismo, ¿Tiene razón el derecho?, 1996, 218; *Ostendorf*, Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel, GA 1982, 333; *Palazzo*, Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica, en: Studi in onore di G. Marinucci, I, 2006, 530; *Paredes Castañón*, La accesoriedad administrativa de la tipicidad penal como técnica legislativa: efectos políticos y efectos materiales, LH Prats Canut, 2008, 621; *Pawlik*, Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad, 2019; *Pérez Manzano/Lascuraín Sánchez* (eds.), La tutela multinivel del principio de legalidad penal, 2016; *Philipps*, Eine Theorie der unscharfen Subsumtion. Die Subsumtionsschwelle im Lichte der Fuzzy Logic, ARSP 81 (1995), 405; *Popp*, Zur interpretatio in favorem rei im deutschen, internationalen und europäischen Strafrecht, en: Kuhli/Asholt (Hrsg.), Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster, 2017, 75; *Poscher*, Legal Construction between Legislation and Interpretation, en: von Hein *et al.* (eds.), Relationship between the Legislature and the Judiciary, 2017, 41; *Puppe*, Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz, GS Arm. Kaufmann, 1984, 15; *la misma*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2008 (5.ª, 2023); *Queralt*, El derecho a la legalidad y los acuerdos no jurisdiccionales, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 599; *Ragués i Vallès*, ¿Coacciones sin violencia? Apuntes sobre el difícil encaje de la legalidad en un sistema funcional de derecho penal, LH Jakobs 2003, 481; *el mismo*, El sistema integral del Derecho penal: variaciones en torno a una idea, Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal 5 (2017), 1; *Ramón Ribas*, Interpretación extensiva y analogía en Derecho penal, RDPC 12 (2015), 111; *Ransiek*, Gesetz und Lebenswirklichkeit, 1989; *Ricoeur*, Lo justo, 1995; *Riggi*, Interpretación y ley penal, 2010; *Rodríguez Celada*, La criminalización del fracaso empresarial, InDret 1/2017, 1; *Rodríguez Mourullo*, Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica, 1988; *Roldán Barbero*, Adecuación social y teoría jurídica del delito, 1992; *Rübben*, Bedeutungskampf. Zur Kritik der zeitgenössischen Rechtstheorie, 2015; *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 1968; *el mismo*, La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial, 2020; *Sánchez Lázaro*, Una teoría de la argumentación jurídico-penal, 2009; *Sánchez-Ostiz*, Fundamentos de política criminal, 2012; *el mismo*, Relevancia de las definiciones legales en la aplicación del Derecho penal, en: Montiel (ed.), La crisis del principio de legalidad, 2012 b, 207; *el mismo*, El mito de la mecánica aplicación judicial de la ley, LH Jorge Barreiro, 2019, 325; *Sánchez Tomás*, La violencia en el Derecho penal, 1999; *el mismo*, Interpretación penal en una dogmática abierta, ADPCP 2005, 29; *Sánchez-Vera*, Variaciones sobre la presunción de inocencia, 2012; *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001; *von Savigny*, System des

heutigen Römischen Rechts, I, 1840; *Sax*, Das strafrechtliche Analogieverbot, 1953; *Schauer*, Ponderación, subsunción y el rol restringente del texto jurídico, en: Beade/Clérico (eds.), Desafíos a la ponderación, 2011, 51; *el mismo*, Is Law a Technical Language?, San Diego L. R. 52 (2015), 501; *el mismo*, The Force of Law, 2015; *Scheffler*, Von Pilzen, die keine Pflanzen, FS Puppe, 2011, 21 *K. Schmidt*, Einheit der Rechtsordnung — Realität? Aufgabe? Illusion?, en: el mismo (Hrsg.), Vielfalt des Rechts— Einheit der Rechtsordnung?, 1994, 9; *Schroeder*, Die normative Auslegung, JZ 2011, 187; *Schroth*, Theorie und *Praxis* subjektiver Auslegung im Strafrecht, 1983; *Schünemann*, Nulla poena sine lege?, 1978; *el mismo*, Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts, FS Bockelmann, 1979, 117; *el mismo*, Die Gesetzesinterpretation, FS Klug, I, 1983, 169; *el mismo*, Kognition, Einstellung und Vorurteil bei der Rechtsfindung, ARSP Beiheft 22 (1985), 68; *el mismo*, Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt, FS Arth. Kaufmann, 1993, 299; *el mismo*, El propio sistema de la teoría del delito, InDret 1/2008, 1; *el mismo*, Determinación de la estructura del proceso penal por medio del Derecho penal material, en: Calle Calderón (ed.), El estado actual de las ciencias penales, 2009, 353; *el mismo*, Spirale oder Spiegelei?, FS Hassemer, 2010, 239; *el mismo*, Rechtsfindung im Rechtsstaat und Dogmatik als ihr Fundament, I, 2019; *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930; *Seelmann*, Privatrechtlich begründete Garantenpflichten?, en: K. Schmidt (Hrsg.), Vielfalt des Rechts— Einheit der Rechtsordnung?, 1994, 85; *Seher*, Normativität und Rationalität in der Rechtsdogmatik, ARSP Beiheft 114 (2007), 66; *Sgubbi/Manes* (eds.), L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale, 2007; *Silva Sánchez*, Sobre la interpretación teleológica en Derecho penal, en: Díaz/García Amado (eds.), Estudios de filosofía del Derecho penal, 2006, 366; *el mismo*, La tradición de los juristas y la interpretación de las leyes, LH Ollero, 2015, 1589; *el mismo*, Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal, InDret 4/2019, 1; *el mismo*, La voluntad popular como arma arrojadiza, LH Huerta Tocildo, 2020, 141; *el mismo*, Metodología del Derecho penal. Ensayos, 2023; *Silvela*, El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España, I, 1874; II, 1879; *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005; *Slobogin*, Just Algorithms: Using Science to Reduce Incarceration and Inform a Jurisprudence of Risk, 2021; *Souza*, Del uso alternativo del derecho al garantismo, AFD 1998, 233; *Stübinger*, Das idealisierte Strafrecht. Über Freiheit und Wahrheit in der Straftheorie und Strafprozesslehre, 2008; *Stuckenberg*, Schuldprinzip und Wahrheitserforschung. Bemerkungen zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht, GA 2016, 689; *Tello Mendoza*, Control de convencionalidad y estado constitucional de Derecho, 2024; *Tversky/Kahnemann*, Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, Science 185 (1974), 1124; *Ugartemendia Eceizabarrena*, La interpretación conforme al derecho de la Unión Europea. Especial referencia al intérprete constitucional, 2023; *Velluzzi*, Interpretación sistemática ¿un concepto realmente útil?, Doxa 21 (1998), 65; *Vigo*, Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias, 2015; *Villacorta Mancebo*, El giro hermenéutico desde la teoría estructurante del Derecho, Revista de las Cortes Generales 80 (2010), 7; *Villar*, Los límites del razonamiento: el pensamiento abductivo, AdVersuS V (2008), 119; *Vives Antón*, Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal, en: Díaz/García Amado (eds.), Estudios de filosofía del Derecho penal, 2006, 295; *Vogel*, Juristische Methodik, 1998; *Vogliotti*, Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale, 2011; *Wagner*, Die Akzessorietät des Strafrechts, en: Bock/Harrendorf/Ladiges (Hrsg.), Strafrecht als interdisziplinäre Wissenschaft, 2015, 99; *el mismo*, Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts, 2016; *el mismo*, Zur strafrechtlichen Relevanz außerstrafrechtlicher Fiktionen, en: Kuhli/Asholt (Hrsg.), Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster, 2017, 261; *Waldron*, Vagueness in Law and Language — Some Philosophical Perspectives, California L. R. 82 (1994), 534; *el mismo*, The Core of the Case Against Judicial Review, Yale L. J. 115 (2006), 1346; *Walter*, Der Wille des Gesetzgebers als höhstes Auslegungsziel, en: Rotsch (Hrsg.), Zehn Jahre ZIS, 2018, 83; *Wohlers*, *Nemo tenetur* se ipsum accusare, FS Küper, 2007, 691; *Zaccaria*, Límites y libertad de la interpretación, PyD 47 (2002), 217; *el mismo*, Testo, contesto e linguaggi settoriali nell'interpretazione giuridica, en: Marini (ed.), La lingua, la legge, la professione forense, 2003, 89; *el mismo*, La jurispru-

dencia como fuente de derecho: una perspectiva hermenéutica, Isonomia 32 (2014), 93; *el mismo*, Hermenéutica jurídica, comprensión del derecho, LH Ollero, 2015, 601; *Zagrebelsky*, Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia, 1992; *Zambrano*, La inevitable creatividad en la interpretación jurídica, 2009; *la misma*, Interpretar es conocer. Una defensa de la teoría referencialista de la interpretación, en: AA.VV., Filosofía práctica y Derecho, 2016, 53; *Zippelius*, Auslegung als Legitimationsproblem, FS Larenz, 1983, 739.

I. LA JURISDICCIONALIDAD DEL DERECHO PENAL

1. EL HECHO HISTÓRICO Y EL PROCESO JUDICIAL

1 El delito, en tanto que infracción culpable de una norma —lesión del Derecho—, es un hecho histórico que se produce en unas determinadas coordenadas espaciotemporales. Sin embargo, ese dato no es todavía suficiente para hablar en términos jurídico-institucionales de la concurrencia de un delito en tanto que hecho punible. En efecto, la punibilidad de una conducta tiene que ser declarada en una sentencia dictada por un órgano judicial. Esto, a su vez, significa dos cosas. Por un lado, es preciso que el juez o tribunal competente lleve a cabo una narración de la base fáctica del supuesto delito y que la considere probada más allá de toda duda razonable. Es decir, que redacte un relato de hechos probados. Por otro lado, además, es necesario que tales hechos probados sean calificados como delictivos y punibles, con base en unos fundamentos de Derecho. Ambos juicios tienen lugar en un contexto contradictorio. Así, la narración contenida en la sentencia resulta de la confrontación de los relatos, generalmente contrapuestos —versiones o «teorías del caso»—, de las partes del proceso, a partir de sus respectivos argumentos probatorios. Por su parte, la calificación jurídico-penal que efectúa el juez trae causa de la contraposición de interpretaciones alternativas de las leyes, así como de propuestas divergentes sobre la aplicación de conceptos doctrinales al caso.

2. LAS VISIONES CONTRAPUESTAS DE LA ACTUACIÓN JUDICIAL

2.1. Planteamiento

2 El poder judicial es uno de los tres poderes constitucionales del Estado. Sin embargo, el órgano judicial competente para dictar sentencia sobre un caso concreto no ejerce ningún poder político. Por el contrario, el suyo aparece como un poder jurídico, esto es, como una potestad. Ciertamente, el marco para el ejercicio de esta potestad es objeto de debate.[1] En efecto, la visión ilustrada de la función judicial —acogida luego por el iuspositivismo legalista— concibió al juez como un «autómata de la subsunción».[2] Esta visión sostiene que el órgano judicial, mediante un silogismo, deduce de la ley la solución

[1] *Ogorek* (1986), 48-49.

[2] *Montesquieu* (1748), L. XI, c. VI; *Beccaria* (1774), § 4; *Feuerbach* (1804), II, 20. Crítico, *Silva Sánchez*, LH Ollero, 2015, 1589 ss.

jurídica aplicable al caso concreto que enjuicia. Así pues, considera que en el proceso de aplicación de aquella no cabe ninguna dimensión creativa o constructiva.[3] En cambio, la visión opuesta contempla al juez como una especie de soberano, resaltando la dimensión creadora de la aplicación judicial de la ley.[4] Esta segunda concepción, que era la que pretendían combatir los autores de la Ilustración, ha reaparecido luego en algunas fases de la historia del siglo XX. Sin embargo, el pensamiento contemporáneo dominante no acoge ni una ni otra perspectiva extrema. Más bien, tiende a buscar un punto medio virtuoso y equilibrado entre ambas.[5]

Pese a todo, es cierto que las últimas décadas han conocido varios escenarios 3
de enfrentamiento entre las posiciones legalistas y las judicialistas —o favorables al activismo judicial—. En ocasiones, este enfrentamiento no responde a una controversia teórica, sino que tiene una naturaleza estratégica, derivada de la respectiva simpatía ideológica hacia un concreto legislador o hacia una judicatura determinada. En todo caso, ambos extremos deben ser rechazados. Ahora bien, la persistencia del conflicto a lo largo del tiempo muestra que siguen existiendo tres posiciones distintas sobre la naturaleza de la aplicación de un texto legal a un caso. Para la primera, que acoge una orientación legalista, la aplicación es una operación lingüística de traducción del texto de un enunciado legal. Así, esta perspectiva hace hincapié en la semántica de la ley y en la subsunción del caso en ella. La segunda, en cambio, considera que la aplicación de la ley es una confrontación política de las partes procesales, que a su vez el juez resuelve políticamente. Una tercera, que se mueve en la tradición hermenéutica, no niega ni la dimensión lingüística ni la vertiente política de la confrontación en torno a las posibilidades de aplicación de un texto. Sin embargo, centra su atención en que la aplicación judicial requiere la interpretación de la ley, así como otras operaciones adicionales. En su conjunto, ello no es una mera actividad cognitivo-empírica, sino que posee una dimensión normativa que debe someterse a los parámetros específicos de la razón práctica jurídica. Según esto, la aplicación del Derecho conforma un proceso jurídico-normativo.[6]

2.2. Un balance

La más rechazable de las tres posiciones expuestas es la que contempla 4
la sentencia como la expresión autoritativa de una opinión política.[7] En el seno de esta se encuentran perspectivas pretendidamente descriptivas y otras, claramente normativas, que sostienen que el juez «debe hacer política». La

[3] Crítico, *di Giovine* (2006), 18 ss.

[4] *Grasnick*, GA 2000, 155.

[5] *Hassemer*, FS Jung, 2007, 231.

[6] Similar, *Köhler*, AT, 1997, 91.

[7] La administración de justicia penal muestra el más alto grado de despolitización de un poder público: *Gärditz* (2015), 26.

primera línea es la de Kelsen,[8] para quien en la aplicación de la ley al caso se contiene siempre un elemento valorativo —lo que, en su concepción, quiere decir «político»—. Por su parte, en la segunda línea han militado, con diversos matices, las doctrinas del uso alternativo del Derecho, las del Derecho dúctil,[9] ciertas variantes del garantismo y, asimismo, otras concepciones activistas, entre las que se cuentan algunas versiones del neoconstitucionalismo.[10]

5 En efecto, según las doctrinas del uso alternativo del Derecho, el juez tiene que hacer política con el fin de invertir el sentido de textos legales inspirados en criterios burgueses. De modo paralelo, en la opinión de algunas tesis neoconstitucionalistas, el juez debe llevar a cabo un activismo político para conseguir la más amplia realización de los derechos fundamentales que se entienden comprendidos en ciertas interpretaciones de la Constitución.[11] Frente a ello, hay que tratar de distinguir dos niveles distintos de racionalidad. Por un lado, el nivel de la racionalidad legislativa, marcada por su integración en el subsistema de la política. Por otro lado, el de la racionalidad judicial, integrada en el subsistema del Derecho, que opera de la mano de las reglas y principios jurídicos. Así las cosas, los jueces no han de adoptar decisiones normativas de primer nivel, de modo que no tienen por qué hacer política.

II. EL CONTEXTO DE LA OBTENCIÓN Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO

1. EL CASO ANTE LA JURISDICCIÓN

1.1. La forma y la verdad en el proceso

6 Como se ha advertido, el Derecho penal no opera al margen de la actividad judicial que tiene lugar en el marco de un proceso. Por eso, en él resulta especialmente intenso el alcance de la garantía jurisdiccional,[12] así como el de las demás garantías procesales concretas. En efecto, el proceso constituye el escenario irreal —formalizado— de reconstrucción de una realidad vital pasada. En su dimensión jurídica el proceso es, como el Derecho penal mismo, un medio de servir a la paz pública a través de la justicia conmutativa y la equidad. Ciertamente, se dan situaciones en las que es preciso renunciar a una plena justicia retributiva en aras de conseguir la paz (*cfr. supra* capítulo 3/107; *infra* capítulo 27/80). Sin embargo, hay que hacer hincapié en que no existe paz pública cuando de antemano se excluye la justicia. Igualmente, no cabe hablar de justicia cuando de antemano se descarta la búsqueda de la verdad. Así pues, los acuerdos negociados —que prescinden de la verdad y

[8] *Kelsen* (1960), 347.

[9] *Zagrebelsky* (1992).

[10] *Souza*, AFD 1998, 243 ss.

[11] *Souza*, AFD 1998, 251-252.

[12] *Binding* (1885), 34; *Díez Ripollés* (2003), 155 ss.

de la justicia— seguramente son un medio de gestión eficiente de los asuntos judiciales penales. Incluso cabe que sin ellos el sistema de la administración de justicia penal no funcione, al menos con las limitaciones presupuestarias que los gobiernos le imponen. Dado que las alternativas se califican como «impracticables», el sistema de acuerdos puede ser valorado como socialmente útil.[13] Sin embargo, ello no hace justicia al sujeto concretamente expuesto a él, de modo que tampoco conduce al bien de la paz. En efecto, el creciente recurso a la «justicia negociada» constituye una manifestación más del gerencialismo que aqueja a la jurisdicción penal. Desde luego, este resulta coherente con una concepción de la criminalización y de la pena como mecanismos de refuerzo de políticas públicas. Ahora bien, esto último, a su vez, constituye una degradación de lo propio del Derecho penal.

El proceso tiene limitaciones evidentes. En su dimensión fáctica no es un 7
medio de alcanzar ni la certeza empírica, ni siquiera una plena verdad material sobre los elementos del hecho histórico. A ello se oponen, por un lado, las deficiencias cognitivas propias de la condición humana. Por otro, las limitaciones adicionales de la institución procesal, entre cuyas garantías se encuentran, por ejemplo, el principio acusatorio, el derecho a no declarar contra uno mismo, así como la ilicitud de ciertos medios de prueba.[14] Esto ha conducido a una cierta difusión de la posición que tiende a negar cualquier posible correspondencia de la narración procesal con la realidad extraprocesal, subrayando los aspectos convencionales de aquella.[15] Sin embargo, esta propuesta no es convincente. Con todas las limitaciones que se quiera, la determinación de los hechos no es arbitraria, ni casual, sino racional. En efecto, la verdad procesal, aunque tiene un alcance limitado en relación con la verdad histórica, no es un mero constructo disponible. Así pues, la búsqueda de la verdad material en la medida de lo jurídicamente posible en el marco de un procedimiento —como verdad práctica— constituye el único horizonte de un proceso penal orientado a la justicia. Ello es tanto más importante cuanto más grave sea la imputación delictiva.[16]

1.2. El caso como conflicto y como reto

La actividad jurisdiccional, realizada en el marco de un proceso, tiene por 8
objeto un caso concreto. En este se advierte la tensión derivada de un conflicto de pretensiones que el juez debe resolver precisamente conforme a Derecho. Por eso, el discurso procesal es distinto del debate académico. Este último puede verse, con todos los matices que se quiera, como un ejemplo de la deliberación republicana, esto es, como un diálogo horizontal —sincero,

---

[13] *Mylonopoulos* (2017), 155 ss.; *Jahn/Schmitt-Leonardy*, JRE 27 (2019), 571 ss.

[14] *Hassemer* (1984), 182 ss.; *Schünemann* (2009), 356 ss.

[15] *Gärditz* (2015), 36 ss.; *Stuckenberg*, GA 2016, 700-701.

[16] *Ferrajoli*, Iter criminis 2 (2002), 254; *Stübinger* (2008), 38; *Schünemann* (2009), 354.

transparente y argumentado— de los participantes. En cambio, los abogados que intervienen en representación de las partes tienen la misión de persuadir y convencer al juez de su pretensión. De ahí que abunden en su discurso tanto los elementos de naturaleza retórica y tópica, como los enfoques estratégicos.[17] Ello hace difícil aplicar el modelo comunicativo de diálogo al proceso de partes. Sin embargo, para ejercer la profesión de abogado es preciso algo más que poseer la condición de experto en Derecho, hábil en la oratoria. Obviamente, el abogado tiene que respetar las reglas sustantivas y procesales, así como la deontología profesional. Ahora bien, además es preciso que —como cualquier otro hombre— cultive las virtudes personales en el marco de su actividad profesional cotidiana, teniendo presente que no sólo se debe a su cliente, sino también al Derecho.[18]

9 El caso forense no sólo refleja un conflicto de pretensiones de parte. Asimismo, muestra el reto que la compleja pluralidad de la vida le plantea al Derecho. En efecto, un hecho singular —la llamada *species facti*— se convierte en un «caso» desde el momento en que se lo considera desde la perspectiva de su integración en el supuesto de hecho genérico —y lingüístico— de una regla. Por tanto, el juez no lleva a cabo una interpretación abstracta, que es la propia de la academia. Al contrario, la suya es una interpretación concreta, de la que tiene que extraer de forma definitiva una norma singular de acción.

2. LAS GARANTÍAS PROCESALES

2.1. La legalidad procesal

10 El principio de legalidad procesal establece la obligación de perseguir todos los hechos que puedan ser reputados constitutivos de delito. Por su parte, el principio de oportunidad se opone a aquél. Así, da lugar a que determinados hechos, aun cuando resulten sospechosos de ser constitutivos de delito, puedan no ser perseguidos por la policía. Igualmente, determina que el procedimiento seguido contra ellos pueda ser sobreseído por el Ministerio Fiscal o el Juez competente para la investigación. Por lo tanto, mediante el recurso a este principio cabe bloquear el acceso del hecho al proceso, o al juicio oral. En uno y otro caso, no puede llegar a establecerse si existió un injusto culpable. Pues bien, el principio de oportunidad responde a consideraciones de gestión eficiente, que en realidad son propias del Derecho administrativo sancionador. En efecto, este último se ha regido tradicionalmente por aquel principio, llevando a cabo una persecución selectiva de las infracciones. En

---

[17] *Rodríguez Mourullo* (1988), 23; *Bovino/Courtis*, AFD 2000, 206, 208.

[18] Como señalaba el hispanorromano Marco Fabio *Quintiliano* (35-95 d.C.), en su *Institutio oratoria*, el abogado tiene que ser en primer lugar un «hombre bueno» (*vir bonus*), que practique las virtudes de la prudencia, la justicia, la fortaleza, la templanza y la lealtad. Así anticipaba la visión, más completa, de *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, II-II, c. 71, a. 3.

cambio, el recurso a un principio así en Derecho penal desvirtúa la dimensión pública del delito como injusto especialmente grave que merece una pena. En efecto, su lógica determina que se prescinda del juicio y, con ello, de la prueba de los hechos y de la aplicación del Derecho. Ahora bien, de este modo se deja de lado, incluso formalmente, el horizonte del posible merecimiento de pena. Así, el Derecho penal, que se ha expandido en el plano de las normas de conducta con la creciente tipificación de delitos *mala quia prohibita*, se descarga de ellos en el plano de la norma de sanción. En definitiva, el principio de oportunidad acentúa la creciente administrativización del Derecho penal, entendido como Derecho de gestión punitiva eficiente de macro-problemas sociales.[19]

2.2. El proceso debido

2.2.1. Las funciones del proceso

La actividad jurisdiccional se realiza en el marco de un proceso, que es 11
mucho más que la ordenación de una secuencia temporal de actos, es decir, que un mero procedimiento. Ahora bien, sobre el proceso penal existen dos visiones fundamentales. Una lo contempla como un mecanismo de solución del conflicto jurídico y de reconstrucción de la paz social. A este respecto se considera que, para esta última, es suficiente con que el proceso concluya de una forma en la que estén de acuerdo los intervinientes. Por eso, las propuestas consensualistas, que apoyan la existencia de múltiples vías tanto de sobreseimiento como de condena pactada, acogen este punto de vista. En cambio, la visión alternativa, ya aludida, lo entiende como un mecanismo de obtención de la verdad —una verdad material, matizada por el contexto y las garantías procesales— y de realización de la justicia —a su vez, matizada por las garantías formales y con ulteriores restricciones consecuencialistas—. Ciertamente, la única verdad que se puede obtener al finalizar el proceso es forense y no histórica.[20] Sin embargo, en la medida en que el proceso aspire a la justicia, la pretensión de alcanzar la verdad material no puede ser obviada.[21] Por eso la convicción condenatoria o absolutoria del juez debe basarse en elementos razonablemente contrastados.[22] En fin, el proceso —como expresión del poder punitivo del Estado— sirve realmente al restablecimiento de la paz pública a través de la verdad y de la justicia, es decir, mediante el esclarecimiento de los hechos y el restablecimiento del Derecho.

Ciertamente, el proceso cumple otras funciones. Por un lado, en tanto que 12
expresión de la autolimitación del poder del Estado, desempeña una función de garantía para los ciudadanos. Igualmente, de modo subordinado a todo lo

[19] Una crítica drástica en *Naucke* (2015), 41 ss., 60 ss.

[20] STS 101/2012, de 27 de febrero.

[21] *Th. Fischer* (2018), 78.

[22] En este sentido, *Hassemer* (2006), 10-11.

anterior, el proceso tiene asimismo una misión de aseguramiento de personas y cosas. En todo ello, su contexto viene dado por una situación de incertidumbre.[23] Ahora bien, hay que subrayar que tal falta de certeza —consustancial a la condición humana— en cuanto a los hechos y en cuanto a la aplicación del Derecho tampoco se despeja por completo una vez producida la condena o la absolución. En efecto, ni siquiera la condena requiere certeza, sino sólo una convicción de cierta entidad, de modo tal que la decisión resulte asumible para el ordenamiento jurídico.[24] Así pues, el fin del proceso y de la sentencia es el restablecimiento del Derecho en un contexto de incertidumbre, con el fin de contribuir a la paz pública.[25]

2.2.2. La función punitiva

13 En fin, el proceso cumple una función punitiva.[26] Esta le es inherente, pues escenifica el sometimiento coactivo de un sujeto al poder del Estado. Así, comporta una restricción de libertad básica, a la que pueden añadirse otras cualificadas, en la forma de medidas cautelares personales o patrimoniales. Lamentablemente esta escenificación afecta, en mayor o menor medida, a todo investigado, es decir, también al que finalmente resulta absuelto. Esto significa que el funcionamiento ordinario del Derecho penal genera costes también para los inocentes, cuya compensación, además, excede a la posible responsabilidad patrimonial del Estado. Así, tiene efectos secundarios que constituyen auténticas penas fácticas. Por un lado, existe el riesgo de que en la gestión policial y judicial del proceso se produzcan violaciones de derechos. Por otro, el proceso puede dar lugar a juicios paralelos de los medios de comunicación y a otras reacciones sociales (*cfr. infra* capítulo 28/102).[27]

14 Desde la perspectiva del investigado, luego acusado, el proceso se muestra ante todo como una carga. En efecto, le genera obligaciones cuyo incumplimiento le acarrea, a su vez, determinadas sanciones procesales. Sin embargo, como se indicó más arriba, en un balance global, los derechos procesales prevalecen sobre tales cargas. En definitiva, el criterio rector es el principio según el cual todos tienen el derecho a no autoinculparse —*nemo tenetur se ipsum accusare* (o *se detegere*)—, lo que comprende el derecho de negarse a contribuir a la propia condena (art. 24 CE, art. 6 CEDH).[28] Ciertamente, los contornos de este derecho, sobre todo en lo relativo a su proyección extraprocesal, son difusos. Sin embargo, van siendo reconocidos de modo creciente, no sin altibajos, por los tribunales constitucionales.

---

[23] *Murmann*, GA 2004, 72 ss.; *Freund*, GA 2005, 321 ss.; *Ragués i Vallès* (2017), 1 ss.

[24] *Murmann*, GA 2004, 76.

[25] *Ricoeur* (1995), 25-26, 183 ss.

[26] *Gaede*, ZStW 129 (2017), 911 ss.

[27] *Manes* (2022).

[28] *Wohlers*, FS Küper, 2007, 704-705.

3. LA LEY, LA DOGMÁTICA Y LA *PRAXIS* JUDICIAL

3.1. La aportación de la dogmática: el sistema y el caso

La aplicación judicial del Derecho requiere, en primer lugar, su obtención 15
o construcción. Después, en segundo lugar, es preciso concretarlo —determinarlo—, refiriéndolo a un caso singular. Ahora bien, la primera operación trasciende al hecho de disponer de uno o varios textos legales hipotéticamente aplicables. Por tanto, el juez que pretende limitarse a una operación mecánica de subsunción de los hechos en la ley no puede resolver el caso.[29] En efecto, el Derecho, además del texto legal, comprende reglas de atribución de sentido, de valoración y de imputación que no se contienen, salvo de modo muy general y fragmentario, en las propias leyes. Tales reglas son elaboradas por la jurisprudencia de los altos tribunales y, sobre todo, por la doctrina académica. Así pues, esta última desempeña un papel fundamental de guía de la actividad judicial en busca de una *lex specialis* justa aplicable al caso.[30]

Ahora bien, la doctrina del Derecho penal no ha tenido una evolución 16
uniforme. Ciertamente, procede de una tradición de pensamiento que hunde sus raíces en la filosofía griega. A su vez, esta se integró luego con el Derecho romano y el Derecho canónico. Así, el *ius commune* conformó la primera fase de la tradición doctrinal del Derecho penal, que perduró hasta principios del siglo XVII y se caracterizaba por la búsqueda de «lo justo concreto». Es decir, su pretensión última era la de dar soluciones justas a los casos concretos, mediante reglas generales que, en su caso, eran corregidas luego en virtud de consideraciones de equidad —la *epikeia* de Aristóteles—.[31] En efecto, la equidad es una rectificación de la justicia legal allí donde esta se muestra defectuosa debido a su propia generalidad.

En cambio, la segunda fase de la tradición continental europea —que no se 17
dio del mismo modo en la angloamericana— se vinculó a la pretensión sistematizadora propia del racionalismo de los siglos XVII-XVIII. A diferencia de la línea antes mencionada, esta última se caracterizaba por la búsqueda de lo general, de la coherencia sistemática, de una racionalización casi geométrica (*cfr. infra* capítulo 7/27). Así, el sistema doctrinal racionalista esgrimía una pretensión ante todo «científica» —de conocimiento de las estructuras del Derecho—. Sin embargo, ello generaba una tensión con su vocación fundamental de servir a la práctica, hasta el punto de que dio lugar a la separación —dentro de los penalistas— entre los llamados «filósofos» y los «prácticos». Pues bien, la tensión irresuelta entre las dos fases de la tradición, que resulta clara, es la que da lugar en la actualidad a propuestas de sistemas de teoría del delito más abiertos al caso y otros más cerrados.

---

[29] *Sánchez-Ostiz* (2012), 123 ss.; *el mismo*, LH Jorge Barreiro, 2019, 325 ss.

[30] *Binding* (1885), 34; *Freund*, FS Küper, 2007, 64.

[31] *Aristóteles*, Ética, 1137b; *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, I-II, c. 96, a. 6; II-II, c. 120, a. 1, ad. 2.

3.2. Matizaciones sobre la tópica

18 Ciertamente, la razón jurídica, como la razón práctica en general, tiene que mostrar una intensa orientación al caso. Sin embargo, ello no legitima una aproximación meramente tópica al Derecho, en la línea de la Escuela del Derecho libre, por ejemplo. Por el contrario, en busca de previsibilidad y justicia es preciso volver la mirada a la cultura aplicativa continuada de la comunidad jurídica.[32] Pues bien, el aparato conceptual y sistemático de la dogmática constituye una racionalización de esa cultura. Así, cabe afirmar que entre la ley y el supuesto de hecho del caso concreto se encuentra la teoría del hecho punible.[33] A su vez, esta exige una sistematización de los argumentos, de modo que puedan ser convenientemente identificados y, en su caso, rebatidos.[34] En suma, el recurso por parte del juez a los conceptos y reglas del sistema dogmático resulta decisivo como garantía de seguridad jurídica, imparcialidad e igualdad (*cfr. infra* capítulo 7/102). Ahora bien, cualquier sistema doctrinal es más que una sucesión de razonamientos silogísticos. Por lo tanto, también ha de quedar abierto a su manejo en el ámbito judicial.

19 En definitiva, la sentencia no puede ser ni una deducción del texto legal, ni el resultado de la inferencia de un sistema doctrinal de premisas. El juez, que no puede ser la boca de la ley, tampoco debe serlo del sistema dogmático. Obviamente, la pretensión de justicia de las resoluciones judiciales concretas no puede ser ajena ni al texto legal ni al sistema de conceptos dogmáticos. Sin embargo, ningún sistema ha logrado crear el complejo de enunciados de diverso nivel de abstracción que habría de conducir a la solución concreta de todos y cada uno de los casos. En realidad, ello es imposible, porque no cabe reducir la vida a geometría. Así pues, si se trata verdaderamente de un sistema, este no puede llegar hasta el caso concreto; si, por el contrario, alcanza hasta el caso, entonces es que no es un sistema. Por lo demás, esa configuración casi mecánica tampoco sería deseable. En efecto, en la aplicación judicial del Derecho la justicia del caso concreto resulta fundamental y, por lo demás, no existen dos casos iguales. Al final, la naturaleza de la sentencia es la de un acto de expresión de razón práctica en el marco de la ley y del sistema doctrinal. Por tanto, un ordenamiento legal o un sistema dogmático que, pese a su racionalidad formal, impiden la justicia del caso, incumplen su vocación decisiva.

3.3. El juez como persona

3.3.1. Planteamiento

20 El acto de juzgar —como acción de una persona referida a otra— pertenece al mundo de la *praxis* y no al de la técnica. Pues bien, esto significa que,

---

[32] *Ollero* (1996), 221 ss., 225.

[33] *Freund*, FS Küper, 2007, 64.

[34] *Gimbernat Ordeig* (1999), 44-45.

más allá de donde alcancen los textos legales y las reglas dogmáticas, el juez se ve abocado a una decisión en la que no sólo influyen sus conocimientos técnicos, sino también su experiencia humana y su entendimiento sapiencial. En efecto, y como señaló Pascal, «el corazón tiene razones que la razón no entiende».[35] Así pues, únicamente la individualización de las circunstancias particulares del hecho y su consiguiente valoración conducen a lo que, desde Aristóteles, se conoce como juicio de equidad, que va más allá de la justicia legal. De este modo, la *(iuris-)prudentia*, caracterizada por la comprensión de lo singular, es lo específicamente propio —en el plano epistemológico— de la función jurisdiccional.[36] Como tal, hace posible que entren en el juicio oral las concretas circunstancias humanas y sociales del caso, que lo hacen distinto de todos los demás. Finalmente, toda sentencia es una decisión moral. Por eso, cualquier sistema jurídico sustantivo y procesal —por muy bien diseñado que esté— fracasa si no lo concreta un buen juez, que ha de ser también un juez virtuoso.[37]

3.3.2. Las precomprensiones y los sesgos

En el contexto que se acaba de describir, una cuestión problemática es la de 21
cómo inciden las precomprensiones personales del juez en sus decisiones en tanto que integrante de un órgano judicial.[38] En efecto, las precomprensiones —o prejuicios— contienen la visión del mundo y del hombre que tiene cada persona, y desde la que realiza cualesquiera procesos cognitivos y evaluativos. Pues bien, la incidencia de las precomprensiones del intérprete en los procesos interpretativos ha sido subrayada de forma reiterada en la filosofía,[39] aludiendo a la situación de «circularidad hermenéutica». Es decir, a una relación circular que se produce entre el intérprete, el texto, nuevamente el intérprete y así sucesivamente, y a la que se atribuye un carácter ontológico.[40] Por lo demás, tal círculo —o mejor, «espiral»— no se reputa vicioso, sino, por el contrario, virtuoso o creativo.

Este fenómeno, que es visible en los procesos interpretativos de las obras 22
literarias, musicales o artísticas, no puede tener menor entidad allí donde se trata de cuestiones de justicia.[41] Sin embargo, los planos relativos a la propia visión del mundo, a las pretensiones políticas y a la razón práctica son distintos. Precisamente, esta última muestra el camino que es preciso recorrer desde

---

[35] *Blas Pascal* (1623-1662); *«Le cœur a ses raisons que la raison ne connaît point»*.

[36] *Ferrajoli* (1995).

[37] *Aristóteles*, Ética, 1132a: ***«dirigirse al juez es dirigirse a lo justo, pues el juez pretende ser como la justicia dotada de vida»***.

[38] *Pawlik* (2019), 81 ss.

[39] *Gadamer* (1977).

[40] *Hassemer* (1968), 105 ss., 107-108; *Duttge*, JRE 11 (2003), 106. Crítico, *Schünemann*, FS Arth. Kaufmann, 1993, 300-301.

[41] *Schünemann*, ARSP Beiheft 22 (1985), 68 ss.

la propia visión del mundo hacia la imparcialidad. Además, las tendencias individualistas y subjetivistas propias del proceso de circularidad hermenéutica también se corrigen, aunque de otro modo. En efecto, la estandarización de muchos argumentos, que deriva de su vinculación a una larga tradición histórica, así como de la pertenencia a una comunidad interpretativa, ayudan a minimizar los efectos de los prejuicios.

23 Ello no evita otros problemas. Así, por un lado, no impide los sesgos cognitivos —en los que puede incurrir el juez en tanto que persona—;[42] por otro, tampoco neutraliza los sesgos propios de la profesión jurídica. Los primeros son muy diversos, de modo que no es posible mencionarlos aquí.[43] A algunos de los más frecuentes —como el «sesgo retrospectivo»,[44] el «sesgo del resultado» o el «efecto Knobe»— se hace alusión en los lugares oportunos (*cfr. infra* capítulos 10/44; 12/68; 13/82). Con todo conviene tenerlos muy presentes, pues no sólo inciden en el juicio sobre los hechos, sino también en el relativo al Derecho aplicable. Por su parte, los segundos tienen que ver con la deshumanización burocrática que deriva de la lógica de la gestión eficiente —bien descrita en la imagen de la necesidad de «sacar papel»—. Esta, que goza de múltiples incentivos —incluidos los económicos de la «productividad»— sólo puede combatirse, en la medida de lo posible, mediante la adopción de la perspectiva del participante. Es decir, poniéndose en la piel del otro, que en Derecho penal es el reo, pero también la víctima personal, cuando esta existe.

3.3.3. El derecho a un juez «natural»

24 Lo anterior conforma el marco en el que procede discutir la cuestión relativa a si es necesaria la figura del juez humano; más aún, la de si es preciso plantear la existencia de un derecho a un juez humano.[45] En efecto, muchos juicios de pronóstico en Derecho penal, sobre cuya base se adoptan decisiones limitadoras de derechos, ya son realizados precisamente con base en algoritmos, esto es, con la ayuda de una inteligencia artificial. Naturalmente, cabe plantear la pregunta acerca de quién y cómo programa esos algoritmos, con qué sesgos, cautelas y limitaciones. Ahora bien, en realidad este debate viene ya prefigurado en la discusión clásica acerca de cómo debe ser el juez. Así, en este punto se halla, por un lado, la posición que defiende la figura de un juez lego que, según su íntima convicción probatoria y su intuición acerca de lo justo, dicta sentencia. *Mutatis mutandis*, esta es la posición de los defensores del jurado popular. Por otro lado, se halla la posición de quienes defienden la figura de un autómata de la subsunción que resuelve el caso con base exclusi-

---

[42] *Alonso Gallo* (2006), 31 ss.; *el mismo*, InDret 4/2011, 1 ss.; *Muñoz Aranguren*, InDret 2/2011, 1 ss.; *Rodríguez Celada*, InDret 1/2017, 1 ss.

[43] *Tversky/Kahnemann*, Science 185 (1974), 1124 ss.

[44] En inglés: *«hindsight bias»*.

[45] Esto ya se plantea abiertamente en relación con los actos administrativos, muchos de los cuales se dictan mediante inteligencia artificial: *Mund* (2022), 259 ss.

vamente en rígidos estándares probatorios, así como en estrictas reglas legales y dogmáticas. Este podría ser, con todos los matices que se quiera, el punto de partida de quienes abonarían la cesión de capacidades decisorias a robots.

Pues bien, como siempre, la virtud se halla en el punto medio.[46] Obviamente, es preciso respetar los estándares probatorios, las disposiciones legales y las reglas de la dogmática. En este contexto, el recurso a medios de inteligencia artificial puede ser de gran utilidad.[47] Incluso cabe admitir un modelo de relaciones con los datos aportados por la inteligencia artificial, según el cual, si no concurren los presupuestos establecidos en el programa correspondiente, no pueda adoptarse una resolución condenatoria o, en general, restrictiva de derechos. Sin embargo, la decisión de absolver o condenar no sólo debe adoptarse razonadamente sino también, en última instancia, en conciencia. Así resulta que la convicción moral de un ser humano —el juez profesional— es, junto con su formación jurídica, la última garantía de la justicia del castigo. 25

III. EL MÉTODO DE LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LAS LEYES PENALES

1. EL TEXTO, LA TRADICIÓN Y LA PRETENSIÓN DE JUSTICIA

La realidad aplicativa del Derecho penal se mueve, por tanto, en un marco triangular que viene dado por los siguientes tres elementos. Por un lado (i) un texto legal. Por el otro (ii) una tradición dogmática, así como una jurisprudencia que tiene la autoridad para concretar el texto haciendo uso de la dogmática —al tiempo que contribuye a ella—. El tercer lado, por su parte (iii) expresa la exigencia de hacer justicia en el caso. Estos tres lados del triángulo se conjugan en la resolución del supuesto fáctico dando lugar a la siguiente tríada de respeto: (i) el respeto al tenor literal de la ley; (ii) el cumplimiento de las reglas del método y de la argumentación jurídica; y, en fin (iii) la realización de los valores —la axiología— de la Constitución y, en su núcleo, de la justicia y de la equidad. De este modo, la legalidad, la racionalidad formal-conceptual y la racionalidad material-axiológica deben articularse en la resolución del caso, de modo transparente y motivado.[48] Desde luego, no es casual que el Tribunal Constitucional español haya integrado estos tres elementos en su reconstrucción del derecho fundamental a la legalidad (*cfr. supra* capítulo 4/26). Pues bien, el resultado de todo ello es la sentencia como expresión de la garantía jurisdiccional-institucional, que muestra al juez como el «representante vivo» del legislador.[49] Sin embargo, es importante examinar cómo se llega a esto. 26

[46] Próximo, *Greco*, RW 2020, 29 ss.

[47] *Slobogin* (2021).

[48] *Looschelders/Roth* (1996), 71 ss., 86.

[49] *Binding*, ZStW 1 (1881), 15.

2. LA TRADICIÓN Y LA CODIFICACIÓN

2.1. La pretensión de prohibir la interpretación judicial

27 Durante la Edad Media y el inicio de la Edad Moderna, el Derecho había sido básicamente una cuestión de los jueces y de los juristas en general.[50] En efecto, en un mundo de dispersión de las fuentes escritas, sólo aquellos podían proporcionar soluciones generalizables, sobre la base de la tradición y mediante el recurso a la argumentación racional. Por su parte, en este punto, las recopilaciones legales de la Edad Moderna no modificaron sustancialmente el panorama. Simplemente, introdujeron el texto legal como un argumento más en la resolución del caso, junto con la tradición doctrinal y judicial. Así, la llamada «aplicación de la ley» era entendida claramente como un proceso de obtención del Derecho.[51] Pues bien, este *statu quo* es el que pretendió erradicar el pensamiento ilustrado y, sobre todo, la codificación revolucionaria de cuño francés. En efecto, la pieza clave de su modelo era la sustitución de las recopilaciones de leyes, propias del Antiguo Régimen, por un Código, como sistema ordenado de leyes claras e inteligibles para todos los ciudadanos. En realidad, sin embargo, la codificación no tenía por qué producir un efecto de ruptura con la tradición. Así, la alternativa habría consistido en que, una vez promulgado el texto legal codificado, la concepción tradicional de cada institución regulada en él asumiera la condición de contexto interpretativo. Es decir, que el Código fuera leído a la luz de la tradición de la que, de uno u otro modo, provenía.[52] Sin embargo, la pretensión revolucionaria fue la expulsión de dicho contexto, esto es, la negación de la tradición doctrinal. Así, el positivismo legalista intentó conseguir la seguridad jurídica reduciendo el Derecho a la ley, una ley escrita y que se presumía conocida por todos desde el momento de su publicación (*cfr. infra* capítulo 25/3).[53]

28 Esto condujo a la prohibición de la interpretación.[54] En efecto, si las leyes eran claras, entonces no necesitaban interpretación alguna —*in claris non fit interpretatio*—.[55] Sin embargo, enseguida se hizo patente que los textos legales por sí solos eran inaplicables. Entonces, la inviabilidad de la prohibición de interpretación condujo a la idea de insertar en los Códigos penales un único comentario oficial, excluyendo la posibilidad de cualesquiera otros. Así, por ejemplo, en el Código penal de Baviera de 1813 se incluía un comentario oficial, al tiempo que se prohibía «que, fuera de esta exposición ordenada por Nos, sea llevado a imprenta comentario alguno del Código penal, ni debido a

---

[50] *Silva Sánchez*, LH Ollero, 2015, 1589 ss.

[51] *Zaccaria*, PyD 47 (2002), 219.

[52] *Masferrer* (2003).

[53] Críticos: *García-Huidobro/Herrera*, PyD 47 (2002), 374; *Silva Sánchez*, LH Ollero, 2015, 1592 ss.

[54] *Beccaria* (1774), § 4. Referencias en *Engisch* (2001), 128.

[55] La máxima «*in claris non fit interpretatio*» es circular. En efecto, la determinación de si algo es claro, o no, requiere ya una operación interpretativa.

otro servidor del Estado ni a estudioso privado».[56] La posterior relajación de esta regla, con la permisión de comentarios privados a los códigos, produjo un efecto claro, muy perceptible en la literatura jurídico-penal española del siglo XIX.

En efecto, en Alemania e Italia, países de codificación tardía —respectiva- 29
mente 1871 y 1889—, se advierte una sucesión de obras sistemáticas, debidas en particular respectivamente a los autores de la escuela clásica y de la escuela hegeliana. En cambio, el siglo XIX español se caracteriza por la ausencia de tales obras —tratados o manuales— y la proliferación de comentarios al respectivo código penal —en concreto, a los de 1848-1850 y de 1870—. Los autores más dignos de mención en ese siglo son los comentaristas Joaquín Francisco Pacheco (1808-1865), Alejandro Groizard y Gómez de la Serna (1830-1919) y Salvador Viada y Vilaseca (1843-1904). En realidad, la primera obra con ciertas pretensiones sistemáticas es la de Luis Silvela (1839-1903).[57] Por lo tanto, la tradición decimonónica española se configuró de forma fundamentalmente exegética. A su vez, la adopción de una perspectiva dogmática-sistemática en España es el resultado, nunca alcanzado plenamente, de la vinculación con la tradición de cuño alemán desde principios del siglo XX.

2.2. El sistema multinivel

Lo que sucedió después fue la inevitable inclusión del texto en un contexto 30
hermenéutico determinado por la tradición doctrinal. A ello se le ha añadido, en los últimos cincuenta años, la creciente complejidad del marco legal. En efecto, esta ha venido determinada por la progresiva descentralización de las fuentes de producción de textos normativos, configuradora del llamado «ordenamiento multinivel» (*cfr. supra* capítulo 4/29).[58] De este modo, el plano de la legalidad resulta de la interconexión de tratados internacionales, disposiciones de organismos supranacionales, constituciones, leyes y reglamentos estatales y de las comunidades autónomas, reglas técnicas, etc. Pues bien, la red normativa que resulta de la integración de todos los textos mencionados se hace impenetrable para el ciudadano medio, cuya comunicación con las normas jurídico-penales siempre había sido complicada e indirecta. En las nuevas circunstancias, esta comunicación requiere un factor de intermediación que procese los datos derivados de la red normativa difusa a que se ha hecho referencia y transmita un mensaje integrado e inteligible.

Los efectos del sistema multinivel en la posición del juez son patentes. En 31
efecto, determinan que sea la función judicial la que, cada vez con mayor fuerza, pasa a ocupar el centro del orden jurídico. A su vez, ello da lugar al consiguiente retroceso del significado de la posición del político-legislador y,

---

[56] Crítico, *Binding* (1885), 16, 22 ss., 24.

[57] *Silvela* (I, 1874; II, 1879).

[58] *Pérez Manzano/Lascuraín Sánchez* -eds.- (2016).

por tanto, a la modificación irreversible del paradigma revolucionario-ilustrado.[59] En este contexto el juez queda abocado a una disyuntiva ya apuntada: la de la politización o la de la argumentación práctica. Expresado en los términos de la teoría de sistemas, su (re-)vinculación al subsistema de la política o su persistencia en la diferenciación funcional y, con ella, en el subsistema propio del Derecho. Pues bien, la opción por esto último requiere de él una mayor interacción con las aportaciones de la dogmática jurídica.

3. LA HERMENÉUTICA Y LA JURISPRUDENCIA ANALÍTICA

3.1. La semántica referencial

32 Para interpretar un texto no hace falta aplicarlo, es decir, referirlo a un caso concreto. A este respecto, basta pensar en la interpretación de obras literarias. En cambio, viceversa, para aplicar un texto legal tampoco es siempre necesario interpretarlo. Ciertamente, en muchos casos es preciso recurrir a la interpretación. Sin embargo, existen casos claros de subsunción de un supuesto fáctico en el tenor literal. A partir de aquí, como se ha indicado, un sector doctrinal afirma que la interpretación de un enunciado legal es una operación meramente cognoscitiva de un texto que está vigente con su significado objetivo. Por tanto, está sometida a criterios de verdad o falsedad, conforme a una teoría de la verdad entendida como correspondencia.[60] Este punto de vista es defendido por las concepciones de la denominada semántica realista o referencial, que sostienen la existencia de una interpretación verdadera. En efecto, la misión de esta sería identificar si un supuesto de hecho es subsumible en la referencia —en sentido lingüístico— del término o términos legales de que se trate.[61] Ahora bien, una posición así adopta dos premisas no siempre explicitadas que es preciso poner de relieve. En primer lugar, la de que el objeto de conocimiento del intérprete es la ley. En segundo lugar, la de que el método del intérprete es análogo al de las ciencias experimentales. Es decir, que aquel tiene que adoptar la perspectiva del observador. A partir de ahí, esta doctrina sostiene la posibilidad de conocer objetivamente la ley.

3.2. La opción pragmatista

33 En cambio, la opinión opuesta —de signo pragmatista— señala que no existe una interpretación verdadera. Por el contrario, lo único posible es construir un significado compartido por quienes se comunican entre sí en relación con un texto.[62] A su vez, tal construcción es el resultado del intercambio de una pluralidad de argumentos en relación con ese texto. Pues bien, este punto

---

[59] *Donini*, ADPCP 2005, 403 ss.; *Manes* (2012).

[60] *Meyer*, ARSP Beiheft 114 (2007), 81, 87.

[61] *Moore*, S. California L.R. 58 (1985), 291 ss.

[62] *Christensen* (1989), 86; *Kudlich/Christensen*, ARSP 93 (2007), 138 ss.

de vista es el propio de la tradición hermenéutica y ha sido adoptado por las teorías del discurso,[63] así como, en particular, por el planteamiento «holista» de la denominada «teoría estructurante del Derecho».[64] Esta última ha contado con un desarrollo notable en la doctrina de la aplicación de las leyes penales de las últimas décadas. El razonamiento, llevado hasta el extremo y aplicado a lo que aquí interesa, se traduce en la tesis de que los juristas no se hallan vinculados por la letra de la ley, sino sólo por los significados que producen en su comunicación sobre ella.[65]

3.3. Hacia el equilibrio

Entre los dos extremos existen posiciones que tratan de establecer un cier- 34
to equilibrio. Una de ellas es la que parte de rechazar la perspectiva de la semántica referencial. En efecto, sostiene que los significados no se obtienen aisladamente para los términos legales, sino que su alcance depende del contexto en el que se encuentren —es decir, acoge una semántica inferencial—.[66] Además, tales significados se fijan mediante la pragmática de una determinada comunidad interpretativa. Luego, una vez fijados comunicativamente, desempeñan una función normativa, de modo que cabe afirmar que existen usos correctos e incorrectos de las palabras.[67] En definitiva, una consecuencia relevante de este punto de vista es que el tenor de la ley —determinado mediante las reglas de la semántica inferencial— puede cumplir realmente una función de delimitación. Sin embargo, también esto ha sido rechazado con cierta frecuencia en el marco de la tradición hermenéutica y lo sigue siendo hoy por el pragmatismo más radical.

Otra posición intermedia es la que, sin modificar las premisas de la semán- 35
tica realista, trata de hacerla compatible con un horizonte de comprensión teleológica de los textos. En este caso, el punto de partida filosófico es que el lenguaje tiene un nexo ontológico con la realidad. Desde luego, este no es siempre fuerte, de modo que existe un espacio para su continua reelaboración. Sin embargo —contra las doctrinas de la sofística o del nominalismo medieval— sostiene que los nombres no son el mero producto de un acuerdo. Por lo tanto, no cabe afirmar que la palabra humana tenga una dimensión creadora de lo real. Pues bien, la consecuencia de todo ello es defender la posibilidad de identificar el significado locucionario, literal o estático de los textos. Con todo, también se admite que una orientación teleológica hace posible transitar de aquel a un sentido discursivo, performativo y perlocucio-

---

[63] Crítico, *Meyer*, ARSP Beiheft 114 (2007), 82-83.

[64] *F. Müller* (1994); *Villacorta Mancebo*, Revista de las Cortes Generales 80 (2010), 7 ss.

[65] *Christensen/Kudlich* (2008), 216-217.

[66] *Klatt*, ARSP 90 (2004), 55 ss.

[67] *Klatt* (2004), 122-138, 215; *el mismo*, ARSP 90 (2004), 54. Críticos, *Kudlich/Christensen*, ARSP 93 (2007), 129 ss. Unos y otros, con pretendido apoyo en sendas lecturas del filósofo Robert Brandom.

nario. El resultado de la integración de ambas perspectivas puede imaginarse como un dibujo de dos círculos concéntricos. En efecto, dentro del marco de significados locucionarios establecidos por las reglas semánticas y sintácticas del lenguaje, el horizonte teleológico de comprensión aporta un criterio para elegir aquel significado que mejor realiza el *telos* del sistema correspondiente. Así, los juicios generales producto de la interpretación abstracta son el resultado de una interpretación que es a la vez textual, sistemática y teleológica.[68] Ahora bien, el intérprete no puede desbordar en ningún caso el marco de significado proporcionado por la semántica referencial.

36 Este planteamiento es razonable. Sin embargo, resulta dudoso que su dibujo se adecue a la realidad de los procesos interpretativos. Por eso, se le ha objetado que en la práctica con frecuencia no está claro si un supuesto fáctico se ubica en la referencia de un término legal, o no. Por lo tanto, la perspectiva analítica debe integrarse con la tradición hermenéutica.[69] En el contexto de este debate, se ha hecho común un dibujo que distingue no dos, sino tres círculos concéntricos, delimitados mediante dos circunferencias.[70] Así, el círculo central, enmarcado por la primera circunferencia, comprende una zona de claridad, en la que se integran los supuestos fácticos que son candidatos —positivos— a integrarse en el texto legal. Esto es lo que se conoce como «núcleo conceptual». Por su parte, la segunda circunferencia deja fuera otra zona clara, integrada por los candidatos negativos; es decir, los supuestos que no son susceptibles de integrarse en el texto. Esta se conoce como «resto del mundo». Así, entre las dos circunferencias queda delimitada una zona gris —neutra, o de penumbra— en la que es necesario proceder de forma pragmática. Ciertamente, es la existencia de este «campo conceptual» la que conduce a negar que la semántica referencial pueda ser una herramienta útil de delimitación externa de la interpretación en todos los casos.[71]

3.4. Un modelo equilibrado de interpretación

3.4.1. El realismo semántico y la dinámica aplicativa

37 El punto de partida de la aproximación a un texto legal tiene que venir dado por un razonable realismo semántico con dimensiones no sólo referenciales sino también inferenciales. En efecto, en esta cuestión el contexto resulta decisivo. Así, la palabra «pico» no significa lo mismo para un geógrafo, un

---

[68] *Zambrano* (2016), 73.

[69] *Arth. Kaufmann* (1990), 11, 18: la hermenéutica sin analítica está ciega; la analítica sin hermenéutica, vacía.

[70] El dibujo procede de la tradición alemana —G. Jellinek (1851-1911); Ph. Heck (1858-1943)—, pero se conoce sobre todo por la obra de H. L. A. Hart (1907-1992): *Schünemann*, FS Arth. Kaufmann, 1993, 303-304; *Hart* (2012), 124 ss.

[71] *Schünemann*, FS Arth. Kaufmann, 1993, 306.

ornitólogo, un ferretero, para el integrante de ciertas subculturas o para el habitante de determinadas regiones de habla hispana. Ahora bien, precisamente esto último pone de relieve que en los significados incide la práctica de las comunidades interpretativas. Esto suscita la cuestión problemática de cuál es la comunidad interpretativa relevante en lo que se refiere a los textos de las leyes penales. Puede aceptarse que, de modo general, esta sea la propia de la sociedad en la que esas leyes son aplicadas. Sin embargo, lo cierto es que la comunidad jurídico-penal ha ido generando durante décadas, y hasta siglos, una *praxis* específica de atribución de sentido que en algunos casos puede divergir de la propia del conjunto de la sociedad.

38 En este sentido, puede sostenerse que el lenguaje de las leyes penales es, en amplia medida, el propio de una comunidad profesional.[72] A partir de ahí, los usos establecidos tienen una dimensión normativa que permite afirmar que un cierto uso es correcto y otro erróneo. Con ese fin, existe al respecto una práctica de argumentar, es decir, de dar y pedir razones.[73] Ahora bien, en este punto es necesario introducir algunas matizaciones. Por un lado, en la comunidad doctrinal-jurisprudencial no existen usos establecidos sobre todos y cada uno de los términos legales. Por eso, hay que admitir la existencia de relaciones dinámicas. En concreto, allí donde no existen usos establecidos, cabe afirmar que cada obra doctrinal y cada proceso judicial contribuyen a una construcción incipiente de los significados de los enunciados legales. Por otro lado, y en sentido opuesto, allí donde existen usos establecidos, la doctrina y los participantes en un proceso judicial están vinculados por el sentido que ha sido asignado a los términos en virtud de la *praxis* pasada.[74]

39 No obstante, incluso en este segundo ámbito es asimismo cierto que cada acto aplicativo contribuye a una dinámica de atribución de sentido que puede dar lugar a modificaciones del campo semántico de los enunciados aplicados. Esto es lo que determina que acaben siendo decisivas las tradiciones o culturas interpretativas. En efecto, estas introducen un elemento de continuidad y de normatividad, pero con ello no excluyen los cambios semánticos. Lo que sucede es que estos obligan, en el caso de que se produzcan, a una justificación reforzada.[75] En definitiva, en cuanto a la atribución de sentido a los textos legales existe una dinámica de tradición y cambio.[76] La práctica de los cambios jurisprudenciales en el ámbito angloamericano[77] —aunque tenga como referencia el precedente— constituye un equivalente funcional del fenómeno que aquí se comenta (*cfr. supra* capítulo 4/21).

---

[72] *Schauer*, San Diego L. R. 52 (2015), 512-513.

[73] *Klatt*, ARSP 90 (2004), 60.

[74] *Ransiek* (1989), 70-71; *Klatt* (2004), 235.

[75] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 4/37, 4/39.

[76] *Brandom* (2014), 37-38.

[77] El denominado «*overruling*».

3.4.2. Los elementos de resistencia

3.4.2.1. El texto y la pretensión de verdad

40 Así las cosas, procede recapitular. En efecto, existe acuerdo en que el texto legal ofrece resistencia al juez que tiene que aplicarlo,[78] de modo que la comunicación sobre un texto determinado no puede hacerle decir cualquier cosa. Sin embargo, el problema radica en concretar qué es exactamente lo que ofrece resistencia del texto. En este punto —el problema del tenor literal de la ley como límite en la aplicación del Derecho— reaparece la pugna entre la concepción semántica-referencial y la pragmática.[79] Pues bien, en esta discusión es preciso optar por un camino intermedio. Así, frente al modelo silogístico de la subsunción es necesario subrayar la conexión de la aplicación del texto legal con un determinado contexto de acción —pragmático—. Este, que se da en una situación problemática concreta, pone de relieve hasta qué punto en la «interpretación» tiene lugar una tarea constructora, realmente creativa. Ahora bien, para no caer en el decisionismo es preciso no obviar los límites que vinculan al juez.

41 En efecto, del texto no limitan sólo sus signos lingüísticos, asociados a una pluralidad conflictiva de significados,[80] de modo que su concreción únicamente tenga lugar en el propio proceso interpretativo. En tal caso, las únicas garantías vendrían dadas por el método que se siguiera, es decir, no serían una cuestión de verdad, sino de justificación argumental. Sin embargo, frente a ello lo cierto es que existe un determinado campo de significado objetivo, que viene dado por la asociación de los signos a una práctica más o menos larga de comunicación. Así pues, la capacidad de limitación del texto va asociada a su inserción en una tradición.[81] Ahora bien, esta tradición se ha caracterizado a su vez por la pretensión permanente de hallar la verdad, lo que hace imprescindible adoptar una perspectiva interpersonal. En efecto, la hermenéutica jurídica no es subjetivista-individual, sino cooperativa.[82] De hecho, es fácil percibir cómo los intervinientes en un proceso se mueven en el marco de esa tradición, expresando divergencias internas de esta, pero sin salirse de ella.[83]

3.4.2.2. Los demás límites

42 Sentado esto, los límites adicionales vienen dados por una axiología y una metodología compartidas. En efecto, al proceso de interpretación de la ley —en orden a su aplicación— no le pueden ser ajenas las ideas de lo justo

---

[78] *Silva Sánchez*, InDret 4/2019, 15.

[79] *Silva Sánchez* (1992), 122 ss. (2.ª, 2010, 193 ss.); *Schünemann*, FS Klug, I, 1983, 169; *el mismo*, FS Hassemer, 2010, 239.

[80] Así, sin embargo, *Christensen/Kudlich*, ARSP 88 (2002), 239.

[81] *Christensen/Kudlich*, ARSP 88 (2002), 240; *Silva Sánchez*, InDret 4/2019, 14.

[82] *Pawlik* (2019), 67 ss.

[83] *Christensen/Kudlich*, ARSP 88 (2002), 241.

y lo injusto,[84] sino que en él tiene lugar la integración del enunciado legal en un esquema racional ordenado a la realización de la idea supralegal de Derecho. No en vano, aquel proceso tiende a ser designado con la expresión de «concreción del Derecho», o incluso con la de «obtención del Derecho». En definitiva, la interpretación no es una operación propia de las ciencias teóricas, sino de la razón práctica. Sin embargo, esta consideración, frente a lo que se objeta por la posición contraria,[85] no tiene por qué avalar excesos jurisprudenciales.[86] Eso sí, aunque sólo sea por evitar la crítica de elitismo o de «aristocratismo», deben evitarse afirmaciones como la de que, al final, los juristas se hallan vinculados (sólo) por el marco conceptual que ellos mismos producen.[87]

En realidad, existen muchos más límites. Además de los mencionados, tam- 43
bién ofrece resistencia el problema que suscita el caso —la realidad de la vida— y, con ello, establece una limitación más a la aplicación de la ley. En efecto, la sentencia tiene que ser adecuada para resolver el caso concreto con justicia. Por otro lado, tras su dictado se somete a una vía de control interna a la propia institución judicial. Así, en las vías de recurso cada hipótesis de solución —cada sentencia de primera instancia— accede a una revisión mediante el intercambio de argumentos ante el órgano judicial superior; y así sucesivamente. Es verdad que la resolución de este último órgano, como la del de primera instancia, conlleva un elemento de fuerza, que deriva de lo que llamamos potestad —*potestas*—. Sin embargo, esa potestad sólo habrá sido ejercida con auténtica *auctoritas* cuando sus cimientos se hayan ido conformando sobre la base argumental de la comunidad jurídico-interpretativa. Es decir, sobre razones con pretensión de generalización. Pues bien, en última instancia, la doctrina es la proveedora institucional de la mayor parte del correspondiente arsenal argumental. Por eso puede llevar a cabo, en amplia medida, una labor de control de los resultados. Dado todo ello, la legitimidad de la ley se transfiere a la sentencia.

IV. LOS LLAMADOS «CÁNONES DE LA INTERPRETACIÓN»

1. GENERALIDADES

La interpretación es aquella operación, o conjunto de operaciones, median- 44
te las que se trata de asignar sentido a los enunciados legales, esto es, de determinar su contenido de significado y, con ello, su alcance normativo. Así, interpretación abstracta es la que lleva a cabo la doctrina y se realiza al margen de la aplicación del texto a un caso concreto. En cambio, la interpretación judicial reviste naturaleza concreta y concurre con la aplicación del texto a un

---

[84] *Bringewat*, ZStW 84 (1972), 598, 601; *Baldó Lavilla*, LH Roxin, 1997, 372.

[85] Crítico, *Duttge*, FS Krey, 2010, 39 ss.; radicalmente, *Meyer*, ARSP Beiheft 114 (2007), 81 ss.

[86] *Silva Sánchez* (2.ª, 2010), 190, n. 376.

[87] La afirmación es de *Christensen/Kudlich* (2008), 216-217.

caso. Con todo, la aplicación e interpretación judicial del Derecho no es una operación tasada. Por el contrario, basta con que el método al que se recurre sea uno de los aceptados en la comunidad interpretativa.[88] A este método pertenece, en primer lugar, la observancia de reglas generales de racionalidad del discurso. Ahora bien, a continuación, deben respetarse las reglas específicas de argumentación jurídica. En el marco de estas últimas se ha consolidado el recurso a los denominados «cánones» de la interpretación: el semántico, el lógico-sistemático, el histórico y el teleológico.[89]

45 Los cánones de la interpretación, a excepción del teleológico, fueron formulados por el romanista alemán Friedrich Karl von Savigny (1779-1861).[90] En efecto, este rechazó el criterio teleológico por considerar que, más que interpretación, constituía creación del Derecho. De este modo, la inclusión del último criterio entre los cánones proviene de la noción de «interés» de Rudolph von Jhering (1818-1892), una vez que Phillip Heck (1858-1943) y, luego, la doctrina neokantiana en el primer tercio del siglo XX le dotaron de abstracción y de contenido valorativo. Establecido así el marco, uno de los problemas más relevantes del modelo clásico de los cánones de la interpretación es la inexistencia de un orden entre ellos. Al respecto, es cierto que el argumento semántico y el teleológico tienen un especial significado. Además, junto a ellos es razonable abrigar la pretensión de no-contradicción entre disposiciones legales.[91] Sin embargo, no existe un meta-canon para resolver las posibles colisiones entre los cánones clásicos.[92] Es más, estos tampoco constituyen un marco cerrado, pues junto a ellos cabe identificar algunos *topoi* argumentativos nuevos.[93] Así, no cabe excluir la posibilidad de recurrir a alguna forma de consideración conjunta de los diversos argumentos.[94]

46 En términos actuales puede afirmarse que los cánones son argumentos parciales en el proceso de justificación de una decisión judicial relativa a un texto. Por lo tanto, son más que criterios de interpretación del texto. En realidad, como cabe advertir a propósito del canon teleológico, lo que hacen es insertar el texto en un determinado contexto de sentido.[95] Sin embargo, ello no se opone a entender que, en su conjunto, constituyen la expresión de una teoría compleja del significado de los textos legales.[96] Ello se refleja en el artículo 3 del Código Civil español, que establece que: «1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto,

---

[88] Crítico *Rüthers* (2020), 56.

[89] *Puppe* (5.ª, 2023), 129 ss.

[90] *von Savigny* (1840), I, 213 ss.

[91] *Zippelius*, FS Larenz, 1983, 747.

[92] *Puppe* (5.ª, 2023), 174 ss.

[93] *Zippelius*, FS Larenz, 1983, 747-748; *Arth. Kaufmann* (1999), 37; *Hassemer*, FS Jung, 2007, 248.

[94] *Alexy* (1989); *Sánchez Lázaro* (2009).

[95] *Silva Sánchez* (2023), 183 ss.

[96] *Christensen/Kudlich*, ARSP 88 (2002), 231. Crítico, reprochando un sincretismo metodológico, *Schünemann*, FS Bockelmann, 1979, 119 ss.

los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. 2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita».[97]

2. EL CANON SEMÁNTICO

2.1. El tenor literal del texto y su contexto

2.1.1. Generalidades

47 La aplicación del canon tradicionalmente denominado gramatical se vincula al respeto del tenor literal —también denominado «sentido literal posible»— de las palabras del texto legal. Este respeto, derivado de la vigencia del principio de legalidad, conduce a la pretensión de lograr una interpretación semántica de dichos términos. A continuación, al resultado de esta operación se le atribuye la misión de establecer la frontera entre la interpretación todavía posible —por extensiva que sea— y la analogía prohibida.[98] Formulada así, la posición según la cual la interpretación gramatical fija el límite de las demás operaciones interpretativas es dominante en la doctrina y en la jurisprudencia, incluida la constitucional. Sin embargo, la acogida de esta opinión presupone partir de que las cuestiones lingüísticas son previas e independientes de las propiamente jurídicas.

48 En efecto, tal posición exige asumir que los términos de los textos legales tienen un significado dado y, además, claro. Sin embargo, como ya se ha adelantado, en el debate sobre esta cuestión se han separado las posiciones de la teoría analítica de la interpretación jurídica, por un lado, y las hermenéutico-constructivistas, por el otro.[99] Así, un sector doctrinal —apelando a la pragmática normativa— sostiene que la aplicación del canon gramatical establece un marco que ya no puede desbordarse argumentando con los demás cánones. Por el contrario, las posiciones constructivistas —u holistas— sostienen que lo que llamamos interpretación gramatical es, en realidad, el resultado de la aplicación acumulativa de todos los cánones. Por consiguiente, rechazan que el canon semántico ostente autonomía frente a los demás.

49 Ya se ha señalado que existe acuerdo en que, a la hora de interpretar un texto, el contexto resulta decisivo.[100] En efecto, el texto, sea cual sea la intención del legislador, adquiere un sentido objetivo en virtud de su inserción en un contexto determinado. Este contribuye esencialmente a determinar el

---

[97] Aplicable de modo supletorio a la interpretación en Derecho penal: *Ramón Ribas*, RDPC 12 (2014), 129 ss.

[98] *Krey* (1977), 127 ss., 147; *Dopslaff* (1985), 138 ss., 195; *Klatt* (2004), 40 ss., 103 ss.

[99] *Klatt*, ARSP 90 (2004), 61 ss.

[100] *Kudlich*, FS Puppe, 2011, 129.

significado de cada una de las palabras de la ley. Así pues, cada término debe ser interpretado en relación con el enunciado o conjunto de enunciados en los que se enmarca, teniendo en cuenta la repercusión de las reglas de la sintaxis y de la puntuación. Ahora bien, en el caso de los textos legales el contexto viene dado por consideraciones sistemáticas e incluso teleológicas. Por lo tanto, hay que tener en cuenta que el Derecho constituye una red con pretensiones de unidad. En definitiva, existen razones fundadas para afirmar que, en muchos casos, el tenor «literal» de un texto no es algo previo a la aplicación de los demás cánones, sino precisamente posterior a ellos.[101]

2.1.2. Los problemas de la literalidad

50 La capacidad del sentido literal posible de un término o de un enunciado para fijar un límite claro a las demás operaciones interpretativas es dudosa.[102] Esto significa que lo podrá establecer en algunos casos, pero en otros hallará dificultades derivadas de los usos del lenguaje natural, o de la mencionada dependencia del contexto. Véase un ejemplo de lo primero: en su sentido literal, la expresión «el que», que inicia la mayor parte de las redacciones de los tipos legales de delito, sólo alcanza a los varones. Lo mismo sucede con la expresión «todos», que se refiere a los titulares de los derechos fundamentales. Sin embargo, siempre se han entendido comprensivas de varones y mujeres, igual que otros términos en masculino, como «funcionario». Por su parte, la dependencia del contexto se advierte de modo especial en la interpretación de los términos que tienen un significado común y, además, algún sentido específicamente jurídico. En tal caso, parece que su ubicación en un contexto jurídico debe conducir a optar por este último sentido. Ahora bien, con ello la interpretación pretendidamente gramatical ya se convierte en sistemática.

51 En fin, la vinculación del órgano judicial por el tenor de la ley sufre en los casos de erratas tipográficas —divergencia entre el texto publicado en el Boletín Oficial del Estado y el texto promulgado por las Cortes Generales— y de errores de redacción del legislador. En el caso de las erratas, el juez está vinculado por el texto original y no por el publicado. En cambio, las cosas son distintas en los errores de redacción, que a su vez deben distinguirse de los errores de contenido.[103] En los primeros el legislador quería decir otra cosa y lo expresó mal. Por su parte, los errores de contenido dan cuenta de que el legislador tendría que haber querido decir otra cosa para obtener las finalidades que perseguía, pero, por alguna razón, no quiso o no supo decirla. Pues bien, en el caso de los errores de redacción, su corrección requiere el recurso radical a una teoría subjetiva de la interpretación. En efecto, esta

---

[101] *Kudlich*, FS Puppe, 2011, 130-131.

[102] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 4/35; crítico, *Schünemann* (1978), 18 ss. Una posición intermedia en *Silva Sánchez* (2.ª, 2010), 123-210.

[103] *Binding* (1885), 458 ss.

última pretende obtener la voluntad real del legislador histórico, de modo que su límite no viene dado por el tenor literal de la ley, sino que acepta que es posible rectificarlo.[104] Sin embargo, cualquier interpretación objetiva tenderá a oponerse a ello. En fin, la corrección de los errores de contenido sólo es posible en el marco de la interpretación teleológico-objetiva, y con las limitaciones que esta tiene.

2.2. Los casos claros y los dudosos

2.2.1. Los elementos descriptivos y normativos

La perspectiva dominante tropieza con una primera dificultad, que deriva de 52
la vaguedad y porosidad —es decir, de la denominada «textura abierta»— del lenguaje. Ciertamente, estas características se dan ya en los lenguajes naturales y también en ellos son mucho más patentes cuando se trata de expresiones no descriptivas.[105] Los términos legales no descriptivos —comprendidos en un tipo o en cualquier otra regla legal— se denominan normativos. A su vez, estos pueden ser expresivos de una valoración o de un juicio de sentido, cada uno de los cuales, además, pueden ser jurídicos o sociales. Pues bien, la opinión clásica entiende que los elementos descriptivos son aquellos que resultan accesibles a una percepción sensorial. En cambio, afirma que la aplicación de los normativos requiere realizar un juicio de valor.

Lo primero no es cierto, pues para comprender un elemento descriptivo 53
—mejor, propio de las ciencias lógicas o experimentales: es decir, teórico— se hace necesaria también una actividad intelectual de aplicación de una regla teórica. Normalmente, se trata de las leyes que expresan las regularidades de la naturaleza. Además, en los límites de las expresiones descriptivas existen zonas borrosas que hay que clarificar atendiendo a criterios normativos. Así sucede, por ejemplo, con el elemento típico «otro», que designa a otro hombre en el contexto del delito de homicidio. En efecto, aunque el núcleo de este elemento está claro, los momentos de inicio y fin de la vida humana independiente son discutibles.

En cuanto a la segunda afirmación, tampoco es correcta, pues los elementos 54
normativos —prácticos— requieren ciertamente la aplicación de reglas, pero no necesariamente la emisión de juicios de valor.[106] En realidad, las reglas que se aplican en la interpretación de los elementos normativos de contenido jurídico pueden ser, por un lado, legales o, más comúnmente, supralegales y, por otro lado, tal contenido puede ser de atribución de sentido, de valoración o de imputación (*cfr. infra* capítulo 7/109). Igualmente, las reglas (sociales) empleadas para la interpretación de los elementos normativos de contenido

---

[104] *Jahr*, FS Arth. Kaufmann, 1993, 156. En contra, *Krey* (1977), 171-172.

[105] *Ferrajoli* (1995), 120.

[106] *Kindhäuser*, InDret 2/2014, 3, 5.

social pueden tener un alcance de atribución de sentido, de valoración o de imputación. En todo caso, sí es cierto que el consenso puede ser más fácil de alcanzar a propósito de los términos de las ciencias teóricas, que en materia práctica.

55 Existen términos vagos, es decir, de contornos indeterminados —por ejemplo, «nocturnidad»—.[107] Asimismo, se dan términos porosos —que muestran una vaguedad potencial a lo largo del tiempo—.[108] Un tercer grupo de términos de precisión problemática viene dado por los de disposición —dispositivos o disposicionales—, que expresan una capacidad, tendencia o aptitud.[109] La dificultad de la aplicación de estos últimos se advierte cuando se intenta determinar qué es un objeto «peligroso», una exhibición «obscena», o un engaño «bastante». Además, entre ellos se cuentan los que se refieren a tendencias anímicas de las personas, como es el caso de los denominados elementos subjetivos del injusto —así, el «ánimo de lucro»—. En estos el lenguaje opera en el modo adscriptivo de imputación, así que sólo se pueden aplicar mediante la construcción de reglas jurídicas, asentadas sobre la base de la facticidad de determinados indicadores. En fin, los conceptos cuya precisión requiere introducir un complemento valorativo —por ejemplo, «especial importancia»— son todavía más complejos en su aplicación.[110]

2.2.2. El núcleo y el campo conceptual

56 A la luz de todo lo anterior, el planteamiento más razonable es el siguiente. En primer lugar, la semántica legal ofrece ciertamente alguna limitación. Como ha puesto de relieve la filosofía del lenguaje, y ya se ha indicado aquí, en cuanto a la referencia de los conceptos —su *extensio*— es relativamente fácil determinar un núcleo de casos claros. Estos supuestos, que de forma evidente se hallan dentro del tenor literal, son los «candidatos positivos».[111] Además, también es relativamente fácil determinar un mundo de casos que están claramente fuera del tenor literal —los denominados «candidatos negativos»—. En efecto, estos últimos no pueden incluirse en el texto en perjuicio del reo, con base en consideraciones sistemáticas y teleológicas, pues ello supone precisamente incurrir en analogía. Como ya se anticipó, el problema viene dado por la existencia en todo concepto de un campo difuso, la zona de penumbra o gris. Es en ella en la que se ubican los denominados «candidatos neutros».[112] Pues bien, en estos últimos necesariamente hay que recurrir a los demás cánones de la interpretación. De este modo, un caso literalmente dudoso puede

---

[107] *Hassemer* (1984), 225 ss.; *Naucke* (1999), 216.

[108] *Hassemer* (1984), 225-226.

[109] *Hassemer* (1984), 227 ss.; *Mylonopoulos* (1998), 77 ss.

[110] *Lenckner*, JuS 1968, 249 ss., 304 ss.

[111] *Engisch* (2001), 130.

[112] *Schünemann*, FS Hassemer, 2010, 239 ss.

llegar a ser integrado en el texto sin incurrir en analogía prohibida, mediante el recurso a argumentos sistemáticos y teleológicos.[113]

Así pues, toda interpretación supone llevar a cabo un juicio de analogía 57
entre el caso contemplado de modo seguro en la ley y los supuestos dudosos.[114] Ciertamente, en situaciones relativas a realidades graduables, resultará imposible fijar una frontera clara dentro de la zona gris del respectivo concepto. En este sentido, se alude a una subsunción «borrosa», para indicar que no cabe afirmar que una determinada situación de hecho es subsumible o no en los términos de un texto, sino sólo que es más o menos subsumible. Entonces, en lugar de una relación clasificatoria de alternatividad —en términos de «o/o»—, hay que admitir que se da una relación bipolar con magnitudes fluidas —«más/menos»—. Así pues, existe un procedimiento tipológico de interpretación, igual que puede recurrirse a ese procedimiento en la construcción dogmática conceptual.[115] En este punto es posible incluso construir tablas con los valores límite «0/1» y las diversas posibilidades intermedias.[116]

2.2.3. El alcance del principio de la duda

Un sector de la doctrina se pronuncia en sentido contrario al punto de vista 58
expuesto. Así, ante las dificultades operativas del canon gramatical, propone prescindir no sólo del recurso a la analogía, sino también de la práctica de la interpretación extensiva. En consecuencia, insta a la realización de interpretaciones restrictivas de las disposiciones desfavorables,[117] excluyendo directamente de ellas a los candidatos neutros, es decir, integrados en la zona de penumbra. Esta propuesta es la que expresa el brocardo clásico según el cual es preciso restringir las disposiciones desfavorables y ampliar las favorables —*odiosa sunt restringenda, favorabilia amplianda*—.

Sin embargo, esta consideración del principio de libertad —*pro libertate*—, 59
que proscribe el recurso a la interpretación más desfavorable al reo, no puede admitirse como criterio rector permanente.[118] Es cierto que el legislador, al decidir sobre la prohibición de una conducta —y más si es bajo pena—, se tiene que regir por el principio *in dubio pro libertate*. Ahora bien, una vez producida la tipificación, en los tipos, al igual que en otras reglas legales, cristalizan tensiones entre seguridad y libertad, entre protección y garantías, que deben canalizarse también en la interpretación. Por eso, la interpretación extensiva de un tipo puede ser correcta si el recurso a ella se justifica con base en razo-

---

[113] *Schünemann*, FS Arth. Kaufmann, 1993, 303 ss.

[114] *Bacigalupo*, ADH 2 (1983), 28 ss. Crítico, *Schünemann* (1978), 18 ss.

[115] *Hassemer* (1968), 115 ss., 117 ss.; *Duttge*, JRE 11 (2003), 107.

[116] *Philipps*, ARSP 81 (1995), 413 ss.

[117] *Bacigalupo*, ADH 2 (1983), 28 ss.; *Huerta Tocildo*, REDConst 39 (1993), 104 ss. Referencias en *Fiandaca*, RIDPP 2001, 355.

[118] *Ransiek* (1989), 85; *Lascuraín Sánchez* (2016), 147; *Montiel Fernández* (2020), 81-82.

nes derivadas de los diferentes cánones.[119] Eso sí, debe quedar claro que el adjetivo «extensiva» designa aquí a la interpretación que llega hasta el límite de lo literal, incluida la zona de vaguedad, pero sin incorporar a ninguno de los denominados candidatos negativos.

60 Lo anterior deja abierta la cuestión de qué casos son aquellos en los que sí procede recurrir al brocardo *odiosa sunt restringenda.* Este, ya establecido por el Derecho medieval y la escolástica hispánica,[120] ha sido acogido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español y tiene su correspondencia en la denominada «regla de lenidad»,[121] establecida por el Tribunal Supremo norteamericano. Asimismo, se contiene en el art. 22.2 del Estatuto de Roma. Pues bien, el principio *in dubio mitior* o *in dubio pro libertate* en el ámbito interpretativo sólo puede regir en aquellos casos de candidatos neutros, en los que, tras la aplicación de todos los demás cánones de interpretación, subsiste una duda interpretativa intersubjetivamente fundada.[122] Más allá de esto, es preciso insistir en que el «principio de la duda» no rige en cuanto a las reglas y doctrinas dogmáticas, sino únicamente en el ámbito de la prueba de los hechos. En definitiva, no existe un criterio que obligue a asumir en caso de duda la regla doctrinal más favorable al reo.

2.3. El código de la interpretación

2.3.1. El uso social, la normatividad lingüística o el lenguaje experto

61 Una dificultad adicional a las anteriores viene dada por el hecho de que la aproximación lingüística a un texto requiere optar por un determinado lenguaje, de entre los varios posibles. Así, un amplio sector doctrinal vincula la interpretación gramatical con el sentido que reciben los términos del texto legal conforme a los usos sociales estables, esto es, según las reglas del lenguaje ordinario. Sin embargo, frente a esta opción cabe esgrimir, alternativa o acumulativamente, el criterio gramatical-normativo, esto es, el del diccionario de la Real Academia de la Lengua. Como es sabido, este comprende el conjunto de sentidos posibles de tales términos, reales o figurados, en uso o en desuso, admitidos por aquella institución. Ahora bien, una tercera opción es la de que, frente al lenguaje común, prevalezca un determinado lenguaje experto. Se denomina «experto» al lenguaje que viene regido por las reglas semánticas sectoriales de un determinado ámbito científico-técnico —el de la biología, la química, etc.—.[123] Así, por poner ejemplos reiteradamente aludidos, los hongos no son plantas en sentido botánico, aunque sí lo sean para el lenguaje ordinario; y los tomates no son una verdura, aunque se coman en ensalada, sino una

---

[119] *Contento* (1991), 8; *Popp* (2017), 79-80.

[120] *Alfonso de Castro* (1568), lib. I, cap. VII: «*in poenis benignior est interpretatio facienda*».

[121] En inglés: «*rule of lenity*».

[122] *Popp* (2017), 80-81; *Caterini*, LH Moccia, 2017, 516 ss.

[123] *Montiel/Ramírez*, InDret 1/2010, 1 ss.; *Montiel Fernández* (2020), 78-79, 132 ss.

fruta.[124] Como es obvio, en este punto se plantea en particular la cuestión de la prevalencia o no del lenguaje jurídico cuando este diverge del ordinario. Ello puede conducir a restricciones o a extensiones de un determinado texto.[125]

El sector favorable a optar por el lenguaje ordinario argumenta que este 62
contiene las reglas que determinan la comprensión de los textos legales por los ciudadanos.[126] Sin embargo, como se ha señalado de modo reiterado, lo cierto es que los ciudadanos no acceden directamente a los textos legales, sino sólo a normas de conducta mucho más difusas en su periferia. Por su parte, la posición que se inclina por la prevalencia del uso experto —en particular, por el sentido jurídico— sostiene que la determinación del significado de un precepto legal no es una práctica empírica, sino normativa.[127] En efecto, en esta desempeñan un papel esencial las consideraciones sistemáticas y teleológicas, que fijan el contexto del uso del lenguaje, determinante del significado de cualquier expresión.[128] Por tanto, concluye que debe atribuirse primacía al sentido jurídico y, en general, al científico, por delante del sentido lingüístico ordinario.

Ahora bien, desde esta segunda perspectiva, resulta que buena parte de los 63
términos de las leyes penales deben considerarse elementos normativos de contenido jurídico.[129] Esta es la única consecuencia posible de la afirmación de que el lenguaje de las leyes es el de la comunidad interpretativa a la que se dirigen. Así pues, sólo en la medida en que esta última se abra al lenguaje experto de otras comunidades —por ejemplo, la científico-experimental—, entran en juego los respectivos parámetros de interpretación. En definitiva, la propuesta de interpretar los términos del texto de la ley conforme al lenguaje de la tradición jurídica conlleva la adopción de una perspectiva hermenéutica en sentido estricto.[130] Es decir, supone concebir la interpretación como un proceso dialógico entre el texto legal y la comunidad interpretativa, del que surge el Derecho concreto aplicable al caso. Por lo tanto, las precomprensiones de la comunidad interpretativa y la subsiguiente circularidad —espiral— hermenéutica constituyen datos ontológicos fundamentales. Ciertamente, hay términos que no existen o no tienen ningún significado fuera del Derecho. Sin embargo, otros muchos sí lo tienen, y es aquí donde se pueden plantear los problemas de divergencia entre quien adopta uno u otro código semántico.[131]

---

[124] *Montiel/Ramírez*, InDret 1/2010, 1 ss.; *Scheffler*, FS Puppe, 2011, 221.

[125] STC 123/2001, de 4 de junio (caso Filesa), sobre la interpretación del término «autenticidad» según el lenguaje ordinario o el jurídico, inclinándose por el primero, más amplio.

[126] *Krey* (1977), 154 ss., 162; *Schünemann*, FS Bockelmann, 1979, 126; *el mismo*, FS Hassemer, 2010, 242; *Ransiek* (1989), 84-85; *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 5/28.

[127] *Binding* (1885), 462-463; *Brugger*, AöR 1994, 23; *Vogel* (1998), 114-115; *Kindhäuser*, InDret 2/2014, 16, 18.

[128] *Kotsoglou*, ZIS 2017, 257 ss.; en contra, *Becker/Martenson*, JZ 2016, 779 ss. Las dos posiciones reivindican a su favor el método filosófico de Wittgenstein.

[129] *Montiel Fernández* (2020), 141.

[130] Crítico, *Schünemann*, FS Hassemer, 2010, 244 ss.

[131] *Schauer*, San Diego L. R. 52 (2015), 501-502.

2.3.2. El recurso al lenguaje jurídico

2.3.2.1. La unidad del ordenamiento y la relatividad de los conceptos

64 En todo caso, la pretensión de recurrir al lenguaje ordinario y a su función de fijación del límite de la interpretación carece de apoyo cuando es preciso interpretar elementos normativos que remiten a un sentido o a una valoración jurídica, así como leyes penales en blanco. En efecto, en estos casos, la interpretación semántica se reduce a la interpretación sistemática. Sin embargo, tampoco esto pone fin a las disputas doctrinales. Así, en el ámbito de la interpretación conforme al lenguaje jurídico se dan diferencias fundamentales entre dos formas de entender los términos de las leyes penales. La primera consiste en importar su significado extrapenal con base en el principio de unidad del ordenamiento jurídico.[132] Tal opción conduce a una comprensión general y formalista, que concibe las leyes penales como accesorias con respecto al Derecho privado o al Derecho público. En cambio, la segunda propone la adopción de una perspectiva relativa y autónoma —teleológica— en la interpretación de aquellos elementos.

65 Esta segunda opción se denomina también perspectiva fáctica, económica o social, y conduce a una reconstrucción del texto desde la teleología del Derecho penal.[133] Además, se apoya en la doctrina de la «relatividad de los conceptos jurídicos», que complementa y matiza el principio de unidad del ordenamiento.[134] En efecto, significa que el principio de unidad del ordenamiento no impone necesariamente una interpretación uniforme de términos legales idénticos que se utilicen en diferentes contextos normativos.[135] En el ámbito del Derecho penal económico, pero no sólo en él, puede advertirse todo esto en el debate sobre si el límite de la interpretación gramatical viene dado por el sentido ordinario de las palabras, por el alcance del concepto jurídico extrapenal del que se trate, o bien por los límites de un concepto teleológico jurídico-penal. Así, por ejemplo, en la legislación española, los debates sobre el alcance de la expresión «administrador de hecho» en el art. 31 y en los arts. 290 y ss. CP; o sobre el concepto de «constructor» del art. 319 CP.

2.3.2.2. La autonomía o la accesoriedad del Derecho penal

66 El problema de la contraposición entre las mencionadas perspectiva accesoria y teleológica se manifiesta con intensidad en las leyes penales en blanco (*cfr. supra* capítulo 4/46). En efecto, en estas se discute incluso la posible vinculación de los órganos judiciales penales por la interpretación administrativa

---

[132] Con límites, *Grasso* (1972), 263 ss., 271-272; *K. Schmidt* (1994), 14.

[133] *Gracia Martín* (1985), 208 ss. La STC 185/2000, de 10 de julio, avaló la interpretación fáctica de los tipos de delitos especiales de empresa, con el fin de incluir a los administradores entre los *intranei*, antes de que existieran las cláusulas legales de actuar en lugar de otro.

[134] *Grünhut*, FG Frank, I, 1930, 19; *Engisch* (1958), 70; *Demko* (2002), 21, 179; *Simon* (2005), 453.

[135] *Wagner* (2016), 48 ss.

o mercantil de las disposiciones extrapenales de complemento.[136] Pues bien, lo cierto es que siempre cabe llevar a cabo, alternativamente, una interpretación estructural —lógico-formal— o bien una teleológico-funcional de cualquier término legal. De hecho, esta dualidad de métodos es paralela a la que se da en la construcción de los propios conceptos jurídicos.[137] Sin embargo, de ese modo el límite gramatical del texto desaparece, dando lugar a una discusión exclusivamente dogmática.

En realidad, en cuanto a la relación entre el Derecho penal y el Derecho público y privado, es preciso adoptar una perspectiva mixta. Así, por un lado, si una conducta es lícita conforme al Derecho público y privado, tiene que ser también penalmente lícita —esto puede ser denominado «accesoriedad limitadora» o negativa—. Sentada esta regla, sólo cabe admitir excepciones en aquellos casos en los que la conducta contemplada en el sistema del Derecho penal es, al menos, parcialmente distinta de la observada desde el Derecho público y privado. En cambio, por otro lado, una conducta ilícita para el Derecho privado o público no tiene por qué ser penalmente ilícita, esto es, prohibida bajo pena. Es más, lo razonable es que no lo sea, de modo que hay que rechazar una «accesoriedad fundamentadora» o positiva. El fundamento de esta conclusión se halla en los principios de subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho penal. En efecto, estos explican por qué no resultan convincentes los delitos «consistentes en la infracción de un deber» (*cfr. infra* capítulo 17/9), ni la «teoría formal del deber jurídico» en los delitos de omisión (*cfr. infra* capítulo 11/28),[138] ni tampoco las interpretaciones accesorias, formalistas o sancionatorias de los tipos de delito. Con todo, estas cuestiones siguen siendo muy discutidas en la doctrina.[139] 67

2.3.2.3. Las definiciones legales

La tensión entre la unidad del ordenamiento y la relatividad de los conceptos jurídicos puede aliviarse mediante la formulación de definiciones legales de los términos de los que se trate.[140] Si la definición se contiene en una disposición jurídica extrapenal, no vincula a los órganos de la jurisdicción penal. Así, por ejemplo, la definición civil de «cosa mueble» no vincula en la aplicación del tipo delictivo del hurto. Ahora bien, en ocasiones es el propio legislador penal el que recurre a definiciones legales, como mecanismo para precisar el alcance de términos vagos o para terciar en disputas doctrinales o jurisprudenciales. En efecto, una definición legal es una auto-remisión que efectúa una ley, a los efectos de proporcionar la «interpretación auténtica» 68

[136] *Kolbel*, GA 2002, 407 ss.

[137] En el original alemán: «*teleologische*» o, alternativamente, «*formallogische Begriffsbildung*».

[138] Crítico, *Seelmann* (1994), 85 ss.

[139] A favor de las construcciones jurídico-penales autónomas, *Bruns* (1938), 107 ss.; *Cadus* (1984); *Schünemann* (2019); *Greco*, GA 2019, 686. Crítico, *Lüderssen*, FS Hanack, 1999, 487 ss.

[140] *Puppe* (5.ª, 2023), 74 ss.

de un término contenido en ella o en otras leyes.[141] Así sucede en España, por ejemplo, con las definiciones de tentativa (art. 16.1 CP); de conspiración (art. 17.1 CP); de proposición (art. 17.2 CP); de provocación (art. 18.1 CP); de autoridad y funcionario público (art. 24 CP); de discapacidad (art. 25 CP); o de documento (art. 26 CP), entre otras. Pues bien, la pretensión del legislador que recurre a tales definiciones suele ser bloquear interpretaciones de naturaleza sociológica o fáctica. Por eso, no es infrecuente que una definición legal genere problemas sistemáticos de coherencia o bien problemas teleológicos, dada su inadecuación a los fines perseguidos en un determinado ámbito sectorial.

69 Las definiciones contenidas en el Código o en cualquier otra ley penal sí son vinculantes para el órgano judicial de esta jurisdicción.[142] En efecto, si se interpretan los términos de un texto prescindiendo de la definición jurídico-penal de estos, se puede incurrir en analogía *in malam partem* o restringir demasiado el tenor de la ley. Ciertamente, esto último puede tener una eventual justificación teleológica en el contexto del precepto interpretado. En cambio, lo primero está prohibido. Así pues, el sentido literal posible de un término legal se reconfigura con el alcance que le asigne la definición legal jurídico-penal. Con todo, los debates en esta materia son permanentes. Así, por ejemplo, la jurisprudencia española ha tendido a construir un concepto de «funcionario de hecho», para interpretar los tipos de delitos contra la administración pública, que no se ciñe a lo establecido en la definición del art. 24.2 CP.

70 Las definiciones legales se reputan peligrosas —*omnis definitio in iure civile periculosa est*— con razón. Ciertamente, constituyen un buen medio de alcanzar la taxatividad en la aplicación de las leyes. Sin embargo, generan riesgos de formalismo —y, con ello, de obsolescencia— que en ocasiones obstaculizan la operatividad de la teleología del sector correspondiente del Derecho.[143] Además, tampoco garantizan plenamente una aplicación uniforme de la ley,[144] pues a su vez están sujetas a interpretación, para lo que es inevitable recurrir a los cánones respectivos.[145] En fin, las definiciones legales no siempre son restrictivas con respecto a la *praxis* preexistente de aplicación de un término. Con frecuencia, incorporan la forma de pensamiento «como si» (lat. «*ac si*»).[146] De este modo, sentando que una situación debe «contar como» otra, es decir, que debe ser tratada como si fuera otra —lo que no es cierto—, establecen criterios irrebatibles acerca de la identidad de razón relativa entre ambas. En

---

[141] La «interpretación auténtica» es aquella que efectúa el propio legislador, normalmente mediante el mecanismo de la definición legal. En ocasiones ello tiene lugar a través de las denominadas «leyes interpretativas» (*cfr. supra* capítulo 4/XX).

[142] *Wagner* (2016), 56.

[143] *Cadoppi* (1996), 13-14.

[144] *Simon* (2005), 45.

[145] *Simon* (2005), 46; *Sánchez-Ostiz* (2012 b), 207 ss.

[146] *Arth. Kaufmann* (1999), 69.

definitiva, crean ficciones legales.[147] Un ejemplo de este modo de proceder son las expresiones que se inician así: «a los efectos de esta ley se tiene por...».

En conclusión, una aproximación realista al papel de la ley en la aplicación 71
judicial del Derecho conduce a apreciar que la vinculación del texto legal es menos rígida de lo que se pretende, mientras que la función de la jurisprudencia resulta decisiva.[148] En efecto, el pensamiento humano en general, y en particular al interpretar, opera por analogía. Así las cosas, hay razones para pensar que la diferencia entre interpretación y analogía no es cualitativa, sino de grado.[149] Esto conlleva la dificultad de fijar una frontera exacta, que bloquee de modo radical una determinada solución interpretativa. En definitiva, no se trata ni de sacralizar el principio de legalidad ni de asumir una perspectiva nihilista y tacharlo de pura mixtificación, sino de mostrar, desde la aproximación hermenéutica, cuáles son los límites «realistas» de dicho principio.[150]

2.3.2.4. Las denominadas «lagunas»

2.3.2.4.1. La sobreinclusión y la infrainclusión

En la teoría del Derecho es común distinguir entre las lagunas «de reconocimiento» y las lagunas «axiológicas».[151] Así, las primeras describen un ámbito de duda en cuanto al alcance del texto, en cuyo ámbito se admite comúnmente que es posible recurrir a la analogía. En cambio, las segundas son bastante más controvertidas. Estas últimas se refieren a supuestos en los que la literalidad del texto legal permite una solución no aceptable valorativamente. Pues bien, tales lagunas axiológicas se deben con frecuencia a errores surgidos en el proceso legislativo de normativización y «desnormativización».[152] En efecto, el legislador, a partir de algunos casos —que han despertado su voluntad de legislar en una determinada materia— y de una premisa normativa-valorativa —un criterio de racionalidad práctica— procede mediante un método de abstracción y de posterior concreción. Es decir, primero abstrae tratando de identificar todas las situaciones de hecho análogas a los casos producidos que, a su vez, se corresponden con aquella premisa normativa. Luego, procede a la redacción de un tipo —o, en general, de una regla— de la que se deriva una pauta de orientación de las conductas de los ciudadanos. En este punto, la concreción practicada («desnormativización») puede ser intensa si en la formulación del texto legal se recurre a elementos descriptivos; en cambio, es mucho más limitada si se opta por elementos normativos. 72

---

147 *Gascón Abellán* (3.ª, 2010), 133-134. Las ficciones se caracterizan por no contemplar siquiera una posibilidad de verdad.

148 *Fiandaca*, RIDPP 2001, 354-355.

149 *Vogliotti* (2011).

150 *Fiandaca*, RIDPP 2001, 374-375.

151 *J. P. Alonso* (2006), 125 ss.; *Montiel Fernández* (2020), 83 ss., 222 ss.

152 *Schünemann*, InDret 1/2008, 13.

73 Ahora bien, en ese procedimiento de abstracción y posterior concreción el legislador puede incurrir en errores. Así, cabe que construya reglas que abarquen más supuestos que los que deberían integrarse en ellas de modo valorativamente coherente —*plus dixit quam voluit*—. Viceversa, cabe que deje fuera de la regla situaciones que, coherentemente, deberían haberse incluido —*minus dixit quam voluit*—. Estos dos errores se denominan, respectivamente, «sobreinclusión» e «infrainclusión».[153] Ciertamente, para quien no parta de que en la acción legislativa existe un fin —una idea valorativa rectora— la afirmación relativa a una sobreinclusión o a una infrainclusión puede carecer de sentido. Con todo, estas situaciones de sobre- e infrainclusión acontecen también por el mero transcurso del tiempo, en virtud de los cambios sociales o tecnológicos. Por ejemplo, el invento del automóvil, el descubrimiento de la energía eléctrica, el recurso a los cajeros automáticos o, en fin, las nuevas tecnologías de la comunicación han ido provocando en momentos sucesivos de la historia del siglo XX problemas de infrainclusión. Esto sigue sucediendo obviamente hoy, sobre todo debido a la incidencia del mundo digital y de la inteligencia artificial.

2.3.2.4.2. La infrainclusión y la analogía

74 El órgano judicial que aplica las leyes lleva a cabo casi siempre un proceso inverso al del legislador. Es decir, efectúa una «re-normativización». Esto significa que, en primer lugar, busca el criterio valorativo rector del texto legal. Entonces, si constata que la letra del texto manifiesta una sobreinclusión, procede a practicar una interpretación restrictiva. En cambio, si advierte una infrainclusión, recurre —siempre que ello sea lícito— a la analogía. En efecto, cuando un caso queda claramente fuera del tenor legal, sólo cabe abarcarlo mediante el recurso a la analogía. A su vez, la pretensión de una aplicación analógica de un texto legal parte de la constatación de que en este se ha producido una laguna axiológica. Por su parte, esto último se constata una vez que se ha establecido una «identidad de razón» entre los casos «comprendidos expresamente» en una ley penal y otro caso que no lo está. Como ya se ha expuesto, la analogía *in malam partem* —en perjuicio del reo—, se halla prohibida por lesionar el derecho fundamental a la legalidad. Esto rige también en la Parte General[154] y en el ámbito de las consecuencias jurídicas.[155] En cambio, la analogía *in bonam partem* es admitida mayoritariamente, aunque no sin oposición (*cfr. supra* capítulo 4/101).

75 Sentado esto, el razonamiento analógico admite diversas modalidades. Así, puede atender a una identidad de razón estructural o funcional. Por ejemplo, desde el punto de vista funcional de la limitación de la libertad son casos análo-

---

[153] *Riggi* (2010), 50 ss.

[154] *Lewisch* (1993), 79-80.

[155] *Krey* (1977), 218.

gos atar a una persona sana y quitar las muletas a una que está coja. En cambio, la similitud estructural entre supuestos de hecho requiere mayor proximidad fenomenológica. Por otro lado, la razón con base en la cual se aprecia la identidad entre supuestos puede tener lugar en diversos planos de abstracción. Así pues, es posible establecer analogía entre casos más o menos distantes en su estructura lingüístico-formal. A este respecto, la distinción entre una analogía *legis*, una analogía *institutionis* (o *iuris* impropia) y una analogía *iuris* en sentido estricto pretende distinguir su aplicación a casos más o menos próximos.[156] En efecto, la primera requiere una proximidad estructural-fenomenológica entre ellos; la segunda, la pertenencia de los casos a una misma institución jurídica; la tercera, en fin, su analogía desde el punto de vista general de los principios del ordenamiento jurídico.[157] Dejando aparte cualquier analogía *in malam partem*, la analogía *iuris in bonam partem* es la figura más problemática de todas ellas.[158]

La situación propia del fraude de ley es distinta.[159] En efecto, esta suele **76**
producirse por la existencia en un ordenamiento de una ley favorable que evita la aplicación de una ley perjudicial. Entonces el sujeto activo provoca artificiosamente la entrada en juego de la ley favorable —la ley de cobertura—, con lo que bloquea la aplicación de la ley perjudicial para él —la ley defraudada—. Para impedir el recurso a este mecanismo existen dos vías. Por un lado, la interpretación que sostiene que la provocación de la incidencia de una ley de cobertura impide aplicar esta última. Esto es lo propio de las «técnicas interpretativas antifraude». Sin embargo, estas suelen conllevar una drástica reducción teleológica de disposiciones favorables, que parece difícilmente compatible con el principio de legalidad. Por eso, en términos de legalidad es preferible contar con una «cláusula legal antifraude». Expresado de otro modo, con la previsión legal expresa de que la provocación de la entrada en juego de disposiciones favorables impide la aplicación de estas. Un ejemplo claro en la legislación española es el que establece que la provocación del trastorno mental transitorio impide que este produzca su efecto de inimputabilidad (art. 20.1.° CP) (*cfr. infra* capítulo 24/59).

3. EL CANON LÓGICO-SISTEMÁTICO

3.1. Introducción

Mediante la interpretación sistemática se pretende ubicar un término, una **77**
expresión o un enunciado en su contexto. Por tanto, da cuenta de la importancia de este último para la atribución de sentido, puesta de relieve por la semántica inferencial. El contexto viene dado aquí por el sistema legal, de modo

---

[156] *Montiel Fernández* (2009), 239 ss.; *el mismo* (2020), 93 ss., 235 ss.

[157] *Puppe* (5.ª, 2023), 219.

[158] En contra de su admisión, *Montiel Fernández* (2020), 254.

[159] *Riggi* (2010).

que se toman como punto de partida las exigencias de unidad y coherencia de dicho sistema.[160] A su vez, tales exigencias traen causa del axioma del legislador racional, según el cual este debe servirse de los términos de modo homogéneo. Ahora bien, la interpretación sistemática, como regla de interpretación homogénea o coherente de los términos de las leyes, puede tomar como orientación el texto del enunciado en el que se encuentra el término o realizarse en varios niveles ascendentes de abstracción. Así, el artículo en el que se integre, el capítulo, el título, el cuerpo legal, el sistema legal en su conjunto.[161]

78 Desde una perspectiva lógico-sistemática puede partirse de que un término concreto debe significar siempre lo mismo salvo que haya razones para sostener lo contrario. Por tanto, quien sostiene la hipótesis de un significado distinto, debe soportar la carga de la argumentación del porqué. Por ejemplo, razonar por qué el término «violencia» puede tener un alcance distinto en los delitos de violación, robo, coacciones y rebelión.[162] Tal argumentación versará normalmente sobre la prevalencia del contexto concreto por encima de un significado más general, lo que supone recurrir a consideraciones teleológicas. De hecho, una dimensión concreta de esta discusión es la que viene dada por la ya mencionada doctrina de la relatividad de los conceptos jurídicos. En este caso, la discusión entre las distintas opciones interpretativas de un término empleado por el legislador penal —la accesoria de la legislación jurídico-pública o privada, y la autónoma— deriva de dar prioridad respectivamente a la unidad del ordenamiento jurídico o a la teleología del Derecho penal o de un sector concreto de este.

3.2. La interpretación conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos

79 La interpretación de los textos legales de conformidad con el orden valorativo expresado en la Constitución constituye, por un lado, una exigencia de coherencia sistemática.[163] Sin embargo, por otro lado, añade un elemento de racionalidad teleológica, pues ningún enunciado legal puede perseguir fines ajenos al marco constitucional. El Tribunal Constitucional español ha incluido la obligación de llevar a cabo esta interpretación entre las garantías del derecho fundamental a la legalidad (art. 25.1 CE). En concreto, en la exigencia de que la aplicación judicial de las leyes se ajuste al orden de valores de la Constitución. En el plano estrictamente legal, esta obligación se establece en el art. 5.1. LOPJ. En efecto, este señala que «la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios

---

[160] *Binding*, ZStW 1 (1881), 29.

[161] *Küpper*, FS Puppe, 2011, 140 ss.

[162] *Sánchez Tomás* (1999); *Jakobs* (2018); crítico frente a este último, *Ragués i Vallès* (2003), 481 ss.

[163] Sobre sus limitaciones consustanciales, *Sánchez Tomás*, ADPCP 2005, 49 ss.

constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos». Esta modalidad de interpretación, ya se trate de la que realiza el propio Tribunal Constitucional, ya sea la llevada a cabo por los jueces y tribunales ordinarios, goza de carta de naturaleza en los sistemas jurídicos de nuestro ámbito cultural. Sin embargo, resulta controvertida.[164] En sus efectos prácticos, la interpretación conforme a la Constitución se integra en el canon teleológico —es una forma de reducción teleológica—. Por tanto, se examina más adelante.

En este mismo marco, debe mencionarse la interpretación de las leyes 80
penales conforme a los derechos humanos, tal como estos se reconocen en los convenios internacionales. En España esta figura deriva de lo establecido en el art. 10.2 CE: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Pues bien, en particular, esta disposición impone la interpretación de la legislación penal española conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su interpretación por el Tribunal Europeo. Con todo, tal criterio interpretativo no está exento de tensiones.[165] Al respecto, los tribunales internacionales de derechos humanos —en particular, la Corte Interamericana—, han sido criticados por ejercer un «activismo judicial». Es decir, que en su «control de convencionalidad» recurren a una interpretación evolutiva que resulta ajena a las reglas de interpretación de los tratados internacionales —al fin y al cabo, contratos entre Estados—.[166] Además, se les ha reprochado que tal interpretación pretende imponerse sobre los órganos constitucionales de esos Estados, en no pocas ocasiones desde perspectivas punitivistas.

3.3. La interpretación conforme al Derecho de la Unión Europea

Otro criterio de naturaleza sistemática-teleológica es el de la interpreta- 81
ción conforme al Derecho de la Unión Europea.[167] Este, construido en su día por el Tribunal de Justicia de la UE, y acogido enseguida por los tribunales españoles, se recogió luego de modo explícito en la legislación. Así, el art. 4 bis LOPJ[168] establece: «1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2. Cuando los Tribunales decidan plantear una

[164] *Jestaedt* (2017), 36 ss.

[165] El Tribunal Constitucional alemán, en su sentencia de 4 de mayo de 2011, anuló elementos clave del sistema de medidas de seguridad de aquel país, apelando a esta interpretación conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

[166] *Tello Mendoza* (2024).

[167] *Satzger* (2001), 518 ss.; *Braum* (2003), 27; *Sgubbi/Manes*-eds.- (2007); *Puppe* (5.ª, 2023), 193 ss.; *Ugartemendia Eceizabarrena* (2023).

[168] Introducido por la L.O. 7/2015, de 21 de julio.

cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes». Como se advierte, la regla refleja los principios de primacía y efecto directo del Derecho comunitario. Sin embargo, tiene algunos límites. Por un lado, los derivados de la Constitución: así, el sentido literal posible de los términos de la ley y la prohibición de analogía. Por otro lado, una voluntad del legislador nacional que se reconozca con claridad y que atribuya al término legal un sentido distinto del comunitario.[169] Así las cosas, no extraña que, en este punto, se hayan dado de modo no infrecuente conflictos entre el TJUE y los tribunales constitucionales nacionales. Ya se ha aludido al fenómeno del «diálogo de tribunales» a propósito de las tensiones existentes entre la exigencia de protección comunitaria de ciertos intereses y la prohibición de irretroactividad desfavorable. Tales tensiones se dan incluso entre aquella protección y el mandato de retroactividad favorable.

3.4. Otros posibles criterios de interpretación sistemática

82 Otras formas de interpretación sistemática resultan más discutibles. Ello se debe a las connotaciones políticas que tienen, y a su no reconocimiento expreso en ningún cuerpo legal. Así, por ejemplo, es de naturaleza sistemática la apelación a una interpretación conforme al Derecho comparado, en la medida en que este argumento pretende esgrimir la idea de la integración de varios sistemas legales en una misma tradición jurídico-cultural. En este marco, que evoca una noción suprapositiva de Derecho, aunque esta se circunscriba a un determinado espacio cultural, se deben situar las resoluciones judiciales que mencionan decisiones de Tribunales extranjeros, argumentando que se trata de países de nuestro ámbito de cultura. En cualquier caso, aquí se da también una cierta dimensión emotiva, es decir, la propia de un argumento de autoridad epistémica.

83 En cambio, la llamada interpretación «intercultural» de las leyes pretende recoger la propuesta del art. 9.2 del Convenio de la OIT n.º 169, de 27 de junio de 1989, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Este señala que «las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia».[170] Sin embargo, la cuestión es en qué debe traducirse tal forma de interpretación. Al mismo tiempo, no queda claro cómo neutralizar el riesgo de que mediante esta se consagre un derecho a la diferencia no suficientemente fundamentado.

---

[169] *Dannecker*, JZ 1996, 873; *Satzger* (2001), 551 ss.; *Puppe* (5.ª, 2023), 201 ss.

[170] Esta es la concreción para el Derecho penal de lo previsto de modo general en el art. 8: «1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio».

4. EL CANON HISTÓRICO

El canon histórico pretende contribuir a la determinación de la voluntad del legislador que promulgó el texto de que se trate, algo que, para un sector de la doctrina, es decisivo.[171] Así, la interpretación histórica en sentido estricto toma en consideración la evolución de la historia de las ideas y de las instituciones jurídicas con el fin de establecer cuál era el contexto histórico-jurídico de la institución sobre la que se dicta la ley.[172] El recurso a este argumento tiene la ventaja de que es relativamente fácil la identificación de su contenido. Sin embargo, su inconveniente es que, a medida que el momento interpretativo se aleja del momento histórico-legislativo, el recurso a la historia incurre en el riesgo de petrificación de la ley ante los casos nuevos. Por eso, el argumento tiene fuerza en la primera etapa de aplicación de la ley, mientras que la va perdiendo a medida que el momento aplicativo se distancia del de la promulgación. Por otro lado, aunque en ocasiones se la identifica con la interpretación histórica, debe considerarse la denominada interpretación genética. Esta toma como referencia el proceso de creación de la ley en cuestión, es decir, los trabajos preparatorios, que redundan en los proyectos de leyes, las exposiciones de motivos, los materiales parlamentarios —incluidas las discusiones— y finalmente los preámbulos.[173] En efecto, aunque estos últimos carecen de valor normativo, es común atribuirles un valor interpretativo.[174] **84**

La perspectiva opuesta a la que toma como criterio rector la presunta voluntad del legislador histórico —el originalismo— es la interpretación progresiva —o dinámica— de las leyes. A su vez, esta se presenta como una opción pragmatista, aunque con frecuencia se integra en ella la referencia a una voluntad actual hipotética del legislador histórico que, obviamente, ya no puede incluirse en el mismo apartado. La interpretación dinámica guarda relación con la que el art. 3.1 CC español denomina interpretación sociológica, que recoge de algún modo la idea de la «fuerza normativa de lo fáctico».[175] **85**

5. EL MÉTODO TELEOLÓGICO

5.1. La noción del telos de la ley

El canon teleológico presupone que la ley tiene un fin —*telos*— o, en otros términos, una razón que la justifica. A partir de esta premisa común, la interpretación teleológica muestra dos variantes fundamentales.[176] Por un lado, la representada por las llamadas teorías subjetivas, que toman como fin de la ley la **86**

---

[171] *Cuerda Riezu* (1991), 66 ss.

[172] *von Savigny* (1840), I, 214; *Brugger*, AöR 1994, 30.

[173] *Looschelders/Roth* (1996), 157.

[174] SSTC 36/1981, de 12 de noviembre; 50/1990, de 4 de octubre; 15/2000, de 20 de enero; 193/2004, de 4 de noviembre; 68/2007, de 28 de marzo; STS 340/2021, de 23 de abril.

[175] En la clásica expresión de G. Jellinek (1851-1911).

[176] *Engisch* (2001), 105 ss.; *Krey* (1977), 173 ss.

voluntad del legislador histórico o la que supuestamente sería la voluntad actual de ese legislador —*voluntas legislatoris*—.[177] Por otro lado, las teorías objetivas, que determinan dicho fin a partir de criterios de racionalidad o corrección axiológica de la ley. Esta última es la mal llamada *voluntas legis*, pues no se trata de una voluntad, sino de una teleología.[178] Pues bien, estas variantes se hallan enfrentadas no sólo en Derecho penal, sino de modo general en la interpretación jurídica, porque en realidad parten de dos conceptos distintos de la legitimidad del Derecho. Para la teoría subjetiva, lo determinante es la autoridad de la ley, mientras que, para la objetiva, lo decisivo son las consideraciones de justicia. En los términos acogidos aquí, esta concepción se concreta en la orientación al bien común.

87 Un amplio sector doctrinal critica que la teoría objetiva vulnera la división constitucional de poderes, pues atribuye al juez una potestad casi legislativa, lo que conduce a la arbitrariedad.[179] En términos prácticos, sostiene que una interpretación que, además del tenor de la ley, no respete la voluntad del legislador histórico, incurre en una analogía prohibida.[180] Sin embargo, la voluntad del legislador histórico no es siempre fácil de determinar. Es más, cabe incluso discutir que el legislador —en realidad, una institución: un parlamento— tenga realmente alguna voluntad, más allá de la de cumplir su función institucional. Por eso, algunos planteamientos optan por tomar como criterio el significado de la acción del legislador, reconstruido por el órgano aplicativo.[181] Sí es cierto que el sentido objetivo de la ley no se puede obtener prescindiendo de su proceso de surgimiento y, por tanto, de la acción del legislador histórico.[182] En todo caso, la alternativa tampoco es en absoluto concluyente. Ciertamente, el argumento de la teoría subjetiva no es determinante, como ponen de manifiesto sus propias vacilaciones entre recurrir a la voluntad real del legislador histórico o bien a la que sería su hipotética voluntad actual.

5.2. El método teleológico-objetivo en la interpretación

5.2.1. La discusión básica

88 Los órganos judiciales, una vez que han llevado a cabo la interpretación gramatical, lógico-sistemática e histórica, pueden proceder a una auto-restricción, renunciando a cualquier corrección adicional del resultado interpretativo.[183] En consecuencia, pueden asumir una aplicación defectuosa de la ley, obligando al legislador a intervenir. Este es el modelo de actuación judicial que dibuja

---

[177] *Krey* (1977), 187; *Naucke* (1999), 57.

[178] *Gimbernat Ordeig* (1999), 77 ss. Sincrético, *Cuerda Riezu* (1991), 86 ss.

[179] *Krey* (1977), 185; *Schünemann*, FS Klug, I, 1983, 175; *Arth. Kaufmann* (1999), 82.

[180] *Krey* (1977), 202-204.

[181] *Schroth* (1983), 116-117, prescindiendo de su «voluntad subjetiva».

[182] *Ransiek* (1989), 67.

[183] Sin embargo, *Schünemann*, FS Klug, I, 1983, 184, quien considera que todavía pueden recurrir a otros por consideraciones lógicas, empíricas y a los argumentos jurídicos *estándar*, en un segundo nivel de «concreción científica» de la ley.

el art. 4.3 CP español.[184] En cambio, la alternativa es proseguir la argumentación hasta alcanzar una solución razonable. Esto es lo que se realiza de modo cotidiano en la actuación judicial, que atribuye un alcance muy relevante al método teleológico-objetivo.[185] El estatus de este método interpretativo, que guarda obvia relación con la elaboración teleológica-valorativa de los conceptos jurídicos, es objeto de debate. Como se indicó, una posición —que se remonta al propio Savigny— entiende que constituye desarrollo continuador del Derecho. Para otra, en cambio, constituye una manifestación de la forma de actuación propia de la dogmática jurídica.[186] En todo caso, es necesario distinguir entre la elaboración teleológica de los conceptos dogmáticos y la interpretación teleológica de los preceptos del Derecho positivo. Esta última se puede concretar en la reconstrucción teleológica de un concepto legal —por ejemplo, el de violencia— o en la interpretación de todo un precepto —por ejemplo, la regulación del desistimiento voluntario— o, en particular, de un tipo de delito. La primera, en cambio, abarca no sólo términos legales sino también conceptos exclusivamente doctrinales.

89 La opinión contraria señala que este método conlleva la absolutización de un *telos*, o de una *ratio legis* concreta —una determinada consideración de justicia material—. A continuación, añade que ello conduce a ignorar tanto las limitaciones establecidas por la ley, en aras de la seguridad jurídica, como los otros fines en conflicto.[187] De este modo, elude los contraargumentos, así como la tarea de comparar y ponderar. Ciertamente, la crítica es en parte razonable. Sin embargo, sólo afecta a una interpretación teleológica que pretenda dominar de modo absoluto el proceso aplicativo. En realidad, el mismo argumento se puede dirigir contra una fundamentación teleológica de los enunciados dogmáticos en general que tenga pretensiones de exclusividad.[188] A ambas cabe objetarles que incurren en formas de activismo voluntarista. Sin embargo, nada de ello puede oponerse a la convicción, propia de toda la tradición clásica, de que tras todo texto legal tiene que existir una pretensión de justicia que debe ser identificada. Así: «*scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*» (Dig. 1. 3. 17).[189]

5.2.2. El procedimiento de abstracción con base en el telos *o* ratio legis

90 En efecto, el punto de partida de la interpretación teleológica es que un determinado texto legal tiene un *telos*.[190] Esta premisa es criticada señalando

---

[184] Críticos, *Bacigalupo*, ADPCP 1995, 849 ss.; *Silva Sánchez* (2018), 184-186.

[185] La llamada por algunos «interpretación normativa» profundiza en esta misma línea: parcialmente crítico *Schroeder*, JZ 2011, 194.

[186] En el primer sentido, *Schünemann*, FS Klug, I, 1983, 180 ss.; en el segundo, *Silva Sánchez* (2023), 180 ss.

[187] *Herzberg*, NJW 1990, 2526-2527; *el mismo*, JuS 2005, 6-7. En contra, *Hassemer*, FS Jung 2007, 231 ss., con reservas 246-247.

[188] *Dopslaff* (1985), 221 ss.

[189] «Conocer las leyes no es atenerse meramente a sus palabras, sino a su sentido y fin».

[190] Sobre lo que sigue, *Silva Sánchez* (2023), 184 ss.

que sólo las personas pueden tener fines, de modo que no existe un fin, ni una racionalidad objetiva de la ley —*ratio legis*— distintos de la voluntad del legislador histórico.[191] Sin embargo, con la expresión *ratio legis* se pretende designar aquella razón a la que llegaría hipotéticamente una comunidad interpretativa en busca de la justicia, con base en la argumentación racional.[192] En efecto, el fin regulativo no siempre viene expresado por el texto legal. Pero es posible descubrirlo o construirlo y, a partir de él, reconstruir el sentido de los enunciados jurídico-penales.[193]

91 Es errónea la identificación, relativamente común, del fin regulativo con la noción de bien jurídico.[194] Por un lado, porque los enunciados jurídico-penales que no definen delitos desde luego no tienen bien jurídico. Por otro lado, porque incluso los enunciados que definen delitos no se orientan sólo a la protección del respectivo bien jurídico. Al contrario, lo que hacen es definir el modo de resolver un conflicto preexistente entre bienes y, por tanto, de fines regulativos.[195] Así pues, todos los *teloi* en juego tienen que ser identificados para lograr especificarlos obteniendo un equilibrio reflexivo entre ellos.[196] En este proceso es necesario manejar criterios de priorización que no dejen de lado la posible incidencia del fin desplazado —es decir, criterios de articulación—. Entonces, lo normal es que estos se hallen orientados al cumplimiento de fines situados en un plano superior. A continuación, en este pueden surgir nuevas colisiones de fines o razones, para cuya resolución es necesario recurrir a nuevos criterios, más abstractos.[197] En este proceso de creciente abstracción, es inevitable que se acabe aludiendo a los principios que definen la teleología última, a su vez tensa, del Derecho penal. En todo caso, una vez obtenido un equilibrio reflexivo de fines, cabe reconstruir el sentido de los enunciados de modo que esa atribución de sentido constituya el medio adecuado para la obtención de aquellos fines.[198]

---

[191] *Hilgendorf*, en: Hilgendorf/Kuhlen (2000), 17, 23; *el mismo*, JRE 11 (2003), 98; ya *Rüthers* (1968); *el mismo* (2020), 93-96, 155-156.

[192] *Alexy* (1989), 232, desde la teoría del discurso.

[193] *Schwinge* (1930), 59. La máxima latina ya decía: «*Ratio est legis anima, mutata legis ratione, mutatur et lex*».

[194] Con posible origen en *Schwinge* (1930), 22; *Grünhut*, FG Frank, 1, 1930, 8-9.

[195] *Schünemann*, FS Bockelmann, 1979, 129 ss.

[196] Próximo *Seher*, ARSP Beiheft 114 (2007), 77.

[197] *Larenz* (1994), 331 ss.

[198] STS 484/2015, de 7 de septiembre: «Es una obviedad decir que la función de un Tribunal de Justicia es aplicar la legalidad vigente. Como también lo es advertir que el ordenamiento jurídico presenta una textura abierta por decirlo con feliz expresión de uno de los más conocidos teóricos del derecho del siglo XX. La interpretación de una norma legal es mucho más que una operación mecánica y aséptica. Aparecen implicadas herramientas y factores y criterios (como la realidad social a que se refiere el art. 3 del Código Civil) que pueden derivar, según se combinen, a soluciones no siempre coincidentes. El órgano judicial, sin perder la conciencia de esa ocasional versatilidad y relativa elasticidad de la interpretación, ha de indagar cuál es el sentido de la ley para ajustarse al criterio legislativo rectamente identificado».

5.2.3. La crítica

Desde luego, cabe discutir que esta reconstrucción *secundum legem* se siga denominando interpretación. Así, la opinión contraria sostiene que constituye un «procedimiento racional-decisionista de hallazgo y concreción de valores, que sólo satisface en parte las exigencias científicas». Más aún, afirma que este método, pese a ser distinto de la creación del Derecho *praeter* y *contra legem*, sólo puede justificarse mediante una legitimación democrática mediata del propio juez.[199] Sin embargo, incluso esta posición acaba admitiendo que, en la zona de penumbra de los términos legales, ha de tener lugar una concreción teleológica, tipológica y vinculada al caso.[200] Más aún, reconoce que esta forma de operar es más segura que una teoría de la argumentación de pretensiones meramente retóricas.[201] En fin, asume que ello contribuye a hallar, en el marco de la ley vigente, los resultados más razonables, justos o adecuados dentro de lo posible.[202] 92

Ello es así porque, en el fondo, no existe ninguna alternativa realista al método expuesto. En efecto, en este punto se trata de la especificación de la misión del juez, que debe tratar los enunciados legales como presumiblemente orientados a la justicia y, con ella, al bien común, es decir, como expresivos de auténtico Derecho. Por lo tanto, de lo que se trata es de aproximarse a la *ipsa res iusta*. Esta última es el *telos* definitivo, por mucho que la aproximación a ella resulte polémica y, desde luego, requiera una auténtica sinceridad cooperativa de todos los intervinientes en el proceso aplicativo. 93

5.3. La reducción teleológica

5.3.1. Introducción

Es necesario distinguir entre la interpretación restrictiva en sentido estricto, claramente admisible —y que puede llevarse a cabo conforme a un criterio teleológico—, y la reducción teleológica. Esta última consiste en la restricción del alcance del enunciado legal más allá de lo que permite el tenor literal, prescindiendo incluso del núcleo conceptual de los términos de la ley. Así, la forma más drástica que puede adoptar la reducción teleológica es la interpretación derogatoria —o derogación por vía interpretativa— de una determinada disposición. En efecto, si esta se practica sobre preceptos que fundamentan la punibilidad, la discusión alcanza a si el intérprete puede crear espacios de impunidad no previstos expresamente por la ley. Por ejemplo, cuando la doctrina sostiene que la tentativa en relación con determinados delitos preparatorios, o de peligro abstracto, no es punible. En efecto, en los sistemas de 94

---

[199] *Schünemann*, FS Bockelmann, 1979, 128; *el mismo*, FS Klug, I, 1983, 185.

[200] *Schünemann*, FS Arth. Kaufmann, 1993, 306 ss.

[201] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 4/22.

[202] *Kuhlen*, en: Hilgendorf/Kuhlen (2000), 35-36.

numerus apertus de incriminación de la tentativa, la regla correspondiente es aplicable a todos los delitos. En cambio, su reducción en aplicación del principio de proporcionalidad o de lesividad implica una reducción que prescinde incluso del núcleo del texto.

95 La práctica de una reducción teleológica en las atenuantes y eximentes plantea la cuestión inversa de que por vía interpretativa se está ampliando el ámbito de lo punible. Así, por ejemplo, cuando se afirma que un desistimiento no es voluntario si responde a lo que, en ese caso concreto, haría un delincuente racional. Igualmente, cuando se sostiene la doctrina de las denominadas «restricciones ético-sociales de la legítima defensa» (*cfr. infra* capítulo 19/74). Un sector de la doctrina está en contra de la práctica de la reducción teleológica, en cualquier caso.[203] En cambio, la posición dominante la admite en los tipos y en las disposiciones agravantes, mientras que la rechaza en las eximentes o atenuantes. En efecto, el fundamento de esta posición es la apreciación de que la ley penal constituye una garantía para el delincuente, de modo que nada obsta a la reducción teleológica del ámbito de lo punible.[204] Ahora bien, como ya se ha indicado a propósito de la analogía *in bonam partem* en el caso de las eximentes, la cuestión es si esto puede admitirse desde la concepción de la ley penal también como *Magna Charta* de la víctima (*cfr. supra* capítulo 5/95).[205]

96 En todo caso, el límite de la reducción teleológica es aquella interpretación que tiene efectos derogatorios de un precepto legal determinado —la *interpretatio abrogans*—. En efecto, esta contraviene el principio de conservación de los preceptos que, en definitiva, debe reconducirse precisamente a la racionalidad y a la voluntad de la ley. Si existe un texto legal vigente, este tiene que desempeñar una función en el sistema jurídico, incluidas en este las construcciones dogmáticas. Por lo tanto, una construcción jurídico-dogmática *de lege lata* que conlleva privar de sentido a una disposición legal es incorrecta.

5.3.2. La interpretación conforme a la Constitución como modalidad de reducción teleológica

97 La interpretación conforme a la Constitución es una forma cualificada de interpretación restrictiva de índole sistemático-teleológica. Además, como se ha indicado, su práctica es una obligación legal para todos los órganos judiciales españoles, en virtud de lo establecido en el art. 5.1 LOPJ. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha elevado su rango al incluir tal obligación entre

---

[203] *Krey* (1977), 228 ss., 233 ss. distingue entre las causas de justificación y el resto de las eximentes. En las causas de justificación, ve posible la restricción, por razón del principio de unidad del ordenamiento jurídico, así como porque éstas no son materia estrictamente penal. En cambio, no admite la reducción teleológica, por vulneración de la prohibición de analogía, en el caso de causas de exculpación y causas de exclusión y levantamiento de la pena. Por su parte, limitando su alcance, *Ransiek* (1989), 102-103; *Montiel Fernández* (2020), 265 ss.

[204] *Kuhlen* (2012), 97. Crítico: *Hillenkamp* (1981), 134-135; *el mismo* (1983), 13.

[205] *Hillenkamp* (1983), 13-14.

las garantías del derecho fundamental a la legalidad (art. 25.1 CE). En concreto, la integra en la exigencia de que la aplicación judicial de las leyes se ajuste al orden de valores de la Constitución. Precisamente, y de acuerdo con el principio de conservación de los preceptos, una disposición no es inconstitucional si su tenor literal admite al menos una interpretación conforme a la Constitución, aunque también permita otras contrarias a ella.

98 La doctrina de la «interpretación conforme» ha sido objeto de controversia, no sólo en su realización por los tribunales ordinarios, sino también cuando la lleva a cabo el propio Tribunal Constitucional mediante sentencias interpretativas. Así, un sector doctrinal afirma que este órgano tiene que anular o declarar la conformidad de una ley con la Constitución, mientras que la interpretación conforme supone una asunción de la condición de cuasi-legislador.[206] Sin embargo, lo cierto es que el Tribunal Constitucional sólo dispone de tres opciones: anular preceptos legales, con el consiguiente conflicto institucional; ser absolutamente deferente con el poder legislativo, con lo que se autoanula; o proceder a la interpretación conforme de las leyes. Pues bien, desde un punto de vista de realización de los derechos individuales —y de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico—, es decir, de bien común, las soluciones extremas no son mejores que la intermedia. En realidad, la controversia sobre este punto trae causa de que la doctrina no acaba de tener claro cuál es el papel que debe asumir el Tribunal. En ocasiones le exige una actitud deferente; en otras, en cambio, una actitud crítica. En este contexto, el recurso a la interpretación conforme es el intento de encontrar un difícil punto medio.[207]

99 El segundo sujeto de la interpretación conforme son los tribunales ordinarios. En efecto, estos pueden plantear constantemente cuestiones de inconstitucionalidad o, alternativamente, aplicar el texto legal sin matices proponiendo al gobierno su reforma en los términos del art. 4.3 CP. Ahora bien, tampoco puede afirmarse que cualquiera de ambas opciones sea preferible a la interpretación conforme. De ahí que haya sido esta la opción acogida por la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 5.2. y 5.3 LOPJ).[208] Con todo, es cierto que la posibilidad de que los tribunales ordinarios puedan llevar a cabo tal interpretación dibuja un modelo institucional de «pseudo-control difuso» de constitucionalidad, al que obviamente debe recurrirse con prudencia.

100 Así las cosas, es preciso tener presente cuál es la forma correcta del legislar. En efecto, el poder legislativo debe ser deferente con la Constitución y con la

---

[206] *Alcácer Guirao* (2010), 32-33.

[207] Sólo excepcionalmente se declara la nulidad de un precepto: STC 101/2012, de 8 de mayo.

[208] Art. 5 LOPJ: «2. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica. 3. Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional».

doctrina del Tribunal Constitucional acerca de cómo se ha de legislar en materia penal. Por eso, no debe aprobar leyes forzando los límites de su constitucionalidad, y dando por sentada la necesidad de reducir su alcance mediante la interpretación teleológica —incluida aquí la propia «interpretación conforme»—. Sin embargo, y lamentablemente, esa clase de legislación defectuosa no es infrecuente.[209] Así las cosas, no es posible sostener la innecesaridad ni la inconveniencia de la interpretación de los preceptos legales de modo orientado a la Constitución. Esta, a su vez, tiene dos variantes. Por un lado, la interpretación conforme a la Constitución en sentido estricto; por otro, la interpretación constitucional sistemática.[210] En virtud de la primera, se decide *a posteriori* si, de entre varios resultados interpretativos, alguno concreto debe ser excluido por resultar incompatible con la Constitución. En cambio, la segunda —la «interpretación sistemática orientada a los derechos fundamentales»— aboga, ya en el seno del propio proceso interpretativo, por aquellos resultados que, desde el punto de vista constitucional, resultan más deseables que otros.[211]

5.4. La interpretación orientada a la penalidad típica

101 La interpretación orientada al marco punitivo legal —esto es, a la conminación penal abstracta— tiene una naturaleza sistemática, pero también teleológica. Por un lado, parte de un elemento contextual del tenor literal del tipo, que viene dado por la penalidad típica; por otro lado, su base es una consideración de proporcionalidad en relación con la consecuencia jurídica que dicha penalidad impone. Así, un marco punitivo más elevado, en términos absolutos o en comparación con otros, constituye un argumento para una interpretación más restrictiva del tipo.[212] En concreto, un mínimo de penalidad abstracta relativamente elevado obliga a excluir muchos supuestos de hecho del alcance del ámbito valorativo del tipo, aunque el tenor literal y, con él, la tipicidad significativa del hecho sí puedan ser afirmadas. Pues bien, esta idea constituyó el hilo argumental del Tribunal Constitucional español en el «caso de la mesa nacional de Herri Batasuna».[213] En efecto, el tribunal advirtió que, cuando el mínimo de la penalidad abstracta es muy elevado y el tenor literal del tipo relativamente abierto, cabe la posibilidad de que algunas conductas se sancionen con una pena excesiva.[214] Por razones similares, los

---

[209] Crítico, *Greco*, ZIS 2018, 475 ss.

[210] *Kuhlen* (2012), 25.

[211] *Kudlich*, ZStW 115 (2003), 12 n. 41; *el mismo*, JZ 2003, 129-130. Asimismo, STC 111/1993, de 25 de marzo.

[212] *Lampe* (2003), 226; *Kudlich*, ZStW 115 (2003), 13.

[213] El partido político Herri Batasuna cedió sus espacios electorales en televisión para que la banda terrorista ETA difundiera sus comunicados. Sus dirigentes fueron condenados por colaboración con banda armada, pero el Tribunal Constitucional anuló la sentencia. La sentencia es comentada críticamente por *Barquín/Cano Paños* (2011), 571 ss.

[214] STC 136/1999, de 20 de julio: «no es la apertura de la conducta típica de colaboración con banda armada la que resulta constitucionalmente objetable, sino la ausencia en el precepto de la

mínimos —demasiado elevados— de la penalidad típica de determinados delitos de expresión relativos a símbolos nacionales —el Rey, la bandera— han desempeñado un papel importante en la anulación de sentencias judiciales españolas por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Viceversa, un marco penal más limitado permite una interpretación extensiva del texto. Ciertamente, los marcos penales establecidos en un Código penal no constituyen siempre un sistema coherente, valorativamente convincente, ni libre de contradicciones.[215] Por eso, este es un criterio de interpretativo de segundo orden, que refuerza la fundamentación de una interpretación sistemática, genética-histórica o teleológica.[216]

5.5. La interpretación orientada a las consecuencias empíricas

102 La orientación de la interpretación de un texto a las consecuencias de este puede trascender al ámbito estrictamente jurídico, para abrirse al ámbito de los efectos sociales.[217] Además, esta orientación a las consecuencias empíricas —a las ciencias sociales— puede tener lugar no sólo en el plano interpretativo judicial, sino también en el momento legislativo.[218] Sobre ello será necesario profundizar más adelante (*cfr. infra* capítulo 7/8). Sin embargo, procede adelantar que, en el contexto de la resolución judicial, la orientación de la interpretación de un término —aunque ello tenga lugar solo en el marco de la zona de penumbra— a las consecuencias empíricas de la decisión, se traduce necesariamente en una argumentación político-criminal directa.[219] Así sucede cuando en algunas sentencias se señala que la acogida de una solución distinta conduciría a dar «patente de corso» a determinadas conductas inaceptables; o a que lo contrario produce «impunidad». Pues bien, tanto esto último como la orientación directa a las consecuencias valorativas de la resolución conducen al decisionismo judicial, esto es, a formas de «justicia del cadí». De ahí la importancia de que la aplicación judicial del Derecho penal adopte la teoría del hecho punible y la teoría de la pena como marcos respectivos en los que encuadrar las decisiones que se adopten, tanto cualitativas como cuantitativas.

103 Sin embargo, conviene reiterar que esto no supone sustituir el automatismo legal pretendido por los autores ilustrados mediante un automatismo dogmático-sistemático. Ambas formas de automatismo son expresión de un error del pensamiento de los siglos XVII y XVIII que perdura hasta nuestros días. En concreto, el de creer que los problemas de filosofía práctica, como

---

correspondiente previsión que hubiera permitido al juzgador, en casos como el presente, imponer una pena inferior».

[215] *Kudlich*, ZStW 115 (2003), 18.

[216] *Kudlich*, ZStW 115 (2003), 24-25.

[217] *Hassemer*, FS Coing, I, 1982, 516 ss.; *Puppe* (5.ª, 2023), 170 ss.

[218] *Hassemer* (1984), 35.

[219] *Bahlmann* (1999).

son en particular los relativos a conductas delictivas, se pueden reconstruir en términos geométricos o matemáticos. Ciertamente, esta reducción permitiría lograr, también aquí, la pretensión de dominio y de certeza característica de aquel pensamiento. Sin embargo, todo eso es ajeno a la tensión del caso en la aplicación judicial del Derecho. En efecto, el texto de la ley y el sistema dogmático constituyen marcos, pero jamás garantizarán la solución cierta del caso. En realidad, el caso podrá recibir una solución prudente y razonable, tanto más cuanto mejor sea el juez, pero está excluida la obtención de algo parecido a la certeza lógico-matemática o a la (pseudo-)certeza experimental.

5.6. Los argumentos dogmático-sistemáticos en sentido estricto

104 Los argumentos dogmáticos en sentido estricto pretenden defender la solución del caso que resulta más coherente en el contexto sistemático y teleológico de la teoría general del delito o de la teoría de un delito en particular. Por lo tanto, la diferencia de estos argumentos con el canon interpretativo sistemático radica en que este último parte de la ley como sistema mientras que, en los argumentos dogmáticos, es la construcción doctrinal que llamamos «teoría del delito» la que opera como contexto argumental (*cfr. infra* capítulo 8).[220] Así, el argumento dogmático-sistemático pretende mostrar cómo la resolución del caso en un sentido concreto es la mejor en el marco de un sistema que ha tratado de elaborarse con pretensión de generalidad.[221] Expresado de otro modo, intenta hacer de contrapeso a las intuiciones que suscita el caso en particular —la tópica—. Por lo demás, el argumento dogmático puede apelar a la lógica del sistema en términos generales o, de modo más común, a la lógica de una de las categorías del sistema o de una institución dentro de una categoría determinada. Por ejemplo, la aplicación de las reglas del desistimiento voluntario no puede obviar la ubicación de este en el marco de la teoría de la tentativa, como factor de exclusión de la punibilidad de esta última.

105 En todo caso, no es indiferente afirmar que una determinada regla tiene la naturaleza de una institución dogmática o bien de un criterio de interpretación de los tipos o de otras disposiciones legales. Así, por ejemplo, las figuras de adecuación social o de riesgo permitido se refieren al sentido de la acción. Esto significa que no son meros criterios interpretativos del tipo, sino que constituyen instituciones dogmáticas propias del ámbito de la norma de conducta. Como tales, rigen para ellas las reglas del error vencible e invencible. En cambio, el «principio de insignificancia» se ubica en la norma de sanción y constituye un criterio interpretativo del texto legal, de modo que no se ve afectado por las reglas del error (*cfr. infra* capítulo 14/15).

---

[220] *Küpper*, FS Puppe, 2011, 137 ss.

[221] *Küpper*, FS Puppe, 2011, 144 ss.

V. EL MARCO GENERAL DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICO-PENAL

1. INTRODUCCIÓN

106 Lo anterior permite apreciar que, en el contexto de los denominados cánones de la interpretación, en realidad se da una amplia pluralidad de argumentos con base en los que cabe defender una determinada propuesta aplicativa. Ciertamente, el canon gramatical no debe considerarse un argumento más, dado el peso del principio de legalidad. Sin embargo, en cuanto al resto de los criterios y subcriterios derivados de los cánones, sí hay que afirmar que proporcionan más o menos peso racional a la propuesta aplicativa de que se trate. Ello hace inevitable que sean ponderados entre sí, mediante consideraciones que deben conducir a alcanzar una cierta concordancia práctica entre ellos. Por ejemplo, en la aplicación de una ley reciente la voluntad conocida del legislador histórico tiene fuerza, que va disminuyendo a medida que pasa el tiempo y, sobre todo, si se ha producido un profundo cambio social. Esto se observa, por ejemplo, en el debate entre las posiciones del denominado originalismo, del textualismo y del constitucionalismo vivo en la jurisprudencia y doctrina constitucional norteamericanas. Por lo demás, en la fundamentación de las resoluciones aplicativas de las leyes penales suelen aparecen otros argumentos, de carácter lógico, práctico y estratégico.

2. LOS ARGUMENTOS «LÓGICOS»

107 No existe algo que pueda denominarse una lógica jurídica material. En efecto, cuando los juristas se sirven de argumentos lógicos, éstos no son específicamente jurídicos, sino de aplicación general.[222] Así sucede, por ejemplo, con los tres principios de la lógica binaria: identidad («A es igual a A»); no contradicción («A no es igual a no-A»); y tercero excluido («o A o no-A»). Este último es el conocido como *tertium non datur*. En todo caso, en la argumentación jurídico-penal también es frecuente el recurso a argumentos que no son binarios, sino graduales o borrosos.[223] A este género pertenecen, en particular, los conceptos y los argumentos tipológicos,[224] que se mueven en el proceso de concreción de lo general, con el fin de acercarlo a lo particular.

108 Un argumento lógico en sentido estricto —y cuya utilización por los juristas resulta frecuente— es el «silogismo».[225] Este se estructura sobre la base de una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión, en las que se manejan tres términos. Así, por ejemplo, de la premisa mayor: «Todos los asesinos son homicidas»; y de la premisa menor: «Juan es un asesino»; cabe obtener la conclusión: Por tanto, «Juan es un homicida». Sentado esto, las distintas

---

[222] *García Máynez* (1999), 95 ss.

[223] *Joerden* (2010), 371 ss.

[224] Desarrollados extensamente por una serie de autores a lo largo del siglo XX —Radbruch, Engisch, Arth. Kaufmann, Hassemer—. Así, *Duttge*, JRE 11 (2003), 104 ss.; *Puppe* (5.ª, 2023), 66 ss.

[225] *Joerden* (2010), 327 ss.

modalidades de silogismos tienen que ver con el hecho de que en las premisas se recurra a enunciados generales afirmativos (todos); enunciados particulares afirmativos (algunos); enunciados generales negativos (ningún); y, en fin, particulares negativos (algunos no).[226]

109 El llamado «silogismo jurídico» constituye una variante de lo anterior,[227] en la que se utiliza el operador de «deber ser» —que en el español legal con frecuencia se expresa en futuro imperfecto—. Así, de la premisa mayor: «El que matare[228] a otro será castigado[229] con una pena de prisión de diez a quince años»; y de la premisa menor: «El sujeto S ha matado a otro»; se deriva la conclusión: «El sujeto S debe ser castigado con la referida pena». En este contexto, uno de los vicios más significativos del razonamiento consiste en la utilización de uno de los términos del silogismo en dos sentidos. Ello sucede, por ejemplo, cuando «matar» en la premisa mayor designa al homicidio doloso y, en cambio, en la premisa menor comprende también el matar imprudente. Tal forma de proceder es lo que se denomina *quaternio terminorum.*[230]

110 Los errores de fundamentación en los que puede incurrir una argumentación son múltiples, de modo que no cabe referirse aquí a todos. Ahora bien, sí pueden mencionarse algunos de los ejemplos más frecuentes en la argumentación doctrinal y judicial. Así, por ejemplo, la «petición de principio» —*petitio principii*—, que consiste en dar como prueba de una afirmación la propia afirmación que debe ser probada. Otro supuesto frecuente es el del «círculo vicioso» —*circulus vitiosus*—, que consiste en dar como prueba de una afirmación otra que, a su vez, se remite para su prueba a la primera. En fin, un tercer ejemplo es el de la figura denominada *próton pseudos*, que pone de relieve que cualquier argumentación es atacable, pese a su rigor lógico, cuando parte de una primera premisa falsa. Tan pronto como se advierte que alguien está empleando una argumentación así, es preciso responder con la conocida manifestación: «niego la (premisa) mayor».

111 Los razonamientos en los que la premisa mayor parte de una contradicción, esto es, de una afirmación y de su contraria —convenientemente enmascarada—, conducen a poder mostrar como derivada cualquier posición. Por eso, es común oponer a ellos la manifestación *ex contradictione (sequitur) quodlibet*; en efecto, de una contradicción se puede derivar cualquier cosa. Así, de la premisa «A y no-A» se puede derivar la consecuencia «B» o «Z», o cualquier otra. Ciertamente, si «A y no-A», entonces «A»; ahora bien, si «A», entonces «A o B»; pero, por otro lado, «no-A», de modo que «B».[231]

---

[226] *Joerden* (2010), 331 ss.

[227] *García Máynez* (1999), 126 ss.

[228] Aquí, el futuro imperfecto de subjuntivo expresa la potencialidad: «si alguien mata...».

[229] Es decir, «debe ser castigado».

[230] *Arth. Kaufmann* (1999), 44; *Joerden* (2010), 365-366.

[231] El ejemplo más difundido es de Juan Duns Escoto (1266-1308): La consecuencia «Sócrates corre y Sócrates no corre; luego, tú estás en Roma» es formalmente correcta. De la conjunción «Sócrates

3. LOS ARGUMENTOS PRÁCTICOS

3.1. *¿A simile o a contrario?*

112 A pesar de lo que se ha indicado, la mayoría de las reglas del razonamiento jurídico tienen una naturaleza valorativa.[232] Esto es lo que sucede con los argumentos de analogía (*argumentum a simile)* y *a contrario,* cuyo manejo es bastante delicado.[233] El argumento *a contrario* opera señalando que una determinada regulación legal en la que el efecto jurídico «Z» se vincula a la concurrencia de las situaciones «A», o «B», conlleva que el legislador ha excluido que se asocie a cualquier otra situación «C» o «D». Como se advierte, este argumento se contrapone materialmente al argumento de analogía y a la vaguedad del lenguaje. En efecto, la conclusión mencionada sólo se podría obtener si en la ley se dijera «si y sólo si A o B, entonces Z», pero en la medida en que se indique únicamente «si A o B, entonces Z» también podría entenderse que, «aunque no se dé ni A ni B, puede apreciarse el efecto Z, siempre que el estado de cosas producido sea análogo a A o a B». Expresado de otro modo, dada la redacción de la ley, debe optarse por el argumento de analogía si se entiende que dicha ley ha pretendido expresar un ejemplo. En cambio, debería optarse por la argumentación *a contrario,* si se entiende que lo que la ley ha pretendido es establecer una excepción.

113 En Derecho penal, en el ámbito de la tipicidad y de las reglas de agravación, rige el argumento *a contrario* en virtud de la prohibición de analogía. Ahora bien, en otros ámbitos, y siempre que no se infrinja la prohibición de analogía *in malam partem,* cabe que sea necesario considerar los pros y los contras de la argumentación analógica *in bonam partem* y del argumento *a contrario* y obtener una regla adicional de prioridad. Ciertamente, podría afirmarse que tal regla tiene naturaleza lógica. Es decir, que si el legislador ha mencionado un supuesto de hecho es porque excluye los demás (*inclusio unius, exclusio alterius*). Sin embargo, es más razonable que tal disyuntiva se resuelva a partir de consideraciones teleológico-valorativas.[234]

114 En efecto, la opción por la lógica sólo es correcta en casos de alternatividad —o «A» o «no-A»— (*tertium non datur),* pero no si se dan otras posibilidades. Pues bien, esto último sucede cuando una situación, sin ser exactamente «A», tampoco es «no-A», sino «análoga a A», de modo que *tertium datur.* Por la misma razón, y de modo cualificado, es delicado operar mediante un *argumentum ex nihilo,* por ejemplo, *e silentio,* derivado del silencio del legislador sobre una determinada materia, concluyendo que quiso dejar sin solución un determina-

---

corre y Sócrates no corre» se sigue en consecuencia formal tanto el enunciado «Sócrates corre» como el enunciado «Sócrates no corre». Del enunciado «Sócrates corre» se sigue de nuevo en consecuencia formal la disyunción «Sócrates corre o tú estás en Roma». De esta disyunción y de la negación del primero de sus miembros se infiere «Tú estás en Roma».

[232] *García Máynez* (1999), 155 ss.

[233] *Puppe* (5.ª, 2023), 210 ss.

[234] *Gimbernat Ordeig* (1999), 68 ss.; *Engisch* (2001), 175.

do problema. En fin, por la misma razón deben rechazarse máximas como la de *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* («donde la ley no diferencia, tampoco debemos diferenciar nosotros»).

115 Así, un ejemplo de discrepancia de los dos argumentos mencionados se plantea a la hora del tratamiento del error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación, entre la teoría estricta de la culpabilidad (argumento *a contrario*) y la teoría limitada (argumento *a simile*). En ambos casos, es necesario introducir una premisa adicional de naturaleza axiológica-material, relativa a la equiparación o no de los presupuestos de las causas de justificación con los elementos del tipo. Pero también es necesario considerar argumentos adicionales. Otro ejemplo de este dilema se halla en la discusión sobre el desistimiento de delitos consumados, en supuestos de consumación formal anticipada.

3.2. *A fortiori*

116 Los argumentos *a fortiori*, en sus variantes de *a maiore ad minus* y *a minore ad maius*, son asimismo frecuentes en la forma de razonar de todos los juristas.[235] Así, el argumento *a minore ad maius* permite concluir que, si se prohíbe llevar perros en un tren, se prohibirá también llevar caballos. En efecto, cuando el legislador atribuye una consecuencia jurídica negativa a un estado de cosas, debe concluirse que también asignará esa misma consecuencia a un estado de cosas más grave desde la perspectiva del fin de protección de la disposición legal. Por ejemplo, si las conductas realizadas en fraude de ley tributaria —conflicto en la aplicación de la ley tributaria (art. 15 LGT española)— no dan lugar a la imposición de sanciones administrativas, no deberían dar lugar *ceteris paribus* a sanciones penales. Por tanto, no se deberían subsumir en el art. 305 CP español. Por la misma razón, cuando el legislador atribuye una consecuencia jurídica positiva a un estado de cosas, debe entenderse que también se la otorgará a un estado de cosas menos lesivo (*a maiore ad minus*).

117 Ni uno ni otro criterio constituyen reglas de inferencia, sino procedimientos para extender una determinada regulación a casos que el legislador no ha regulado de modo general. Por ese motivo, es necesario partir de una premisa valorativa que establezca la relación entre el supuesto contemplado y el que regula la ley. Así, por ejemplo, de la prohibición de fumar cigarrillos, se puede concluir la de fumar puros. Sin embargo, esto tampoco constituye una regla de inferencia, pues en realidad depende de la interpretación de los respectivos contenidos semánticos.

3.3. *Ad absurdum*

118 La argumentación a partir de las consecuencias tiene múltiples variantes. Una de ellas es el argumento *ad absurdum*, según el cual la aplicación de

[235] *Puppe* (5.ª, 2023), 221 ss.

una norma o la acogida de un criterio no puede llevar a conclusiones sin sentido o inaceptables.[236] En efecto, el mencionado argumento se basa en poner de relieve que, si el criterio que alguien propone se aplicara coherentemente, conduciría a una solución inaceptable. Con todo, los problemas fundamentales de esta línea argumental son dos: (i) mostrar dónde se hallaría efectivamente lo inaceptable; y (ii) mostrar que la coherencia en el argumento llevaría necesariamente a ello. Lo primero puede consistir en la vulneración de un criterio aceptado de forma no controvertida; o, de modo más discutible, en que las consecuencias alcanzadas en esa secuencia son indeseadas.[237]

4. LOS ARGUMENTOS ESTRATÉGICOS

No todos los argumentos que se emplean en el procedimiento de aplica- 119
ción de la ley tienen naturaleza lógica o axiológica. Así, es común esgrimir la «doctrina dominante» existente sobre una determinada materia, lo que apela a la autoridad derivada del consenso en una comunidad de expertos. Sin embargo, lo cierto es que nada garantiza la persistencia de esa doctrina dominante, ni su mayor adecuación al caso. En realidad, si una de las partes del proceso argumenta con la difusión de la doctrina mayoritaria, a la otra parte no le queda otro remedio que sostener una tesis minoritaria, defendiendo que esta cuenta con mejores argumentos.[238] Además, no es infrecuente el recurso a argumentos retóricos o emotivos. Entre ellos se encuentran, por ejemplo, la apelación a la evidencia de la ley —mediante la máxima *in claris non fit interpretatio*, entre otras— o a la ilegitimidad de la persona que esgrime el argumento del que se discrepa. Esto último es lo que se conoce como argumento *ad hominem*.[239]

La argumentación con el precedente judicial, muy frecuente en la práctica 120
forense del Derecho penal, también puede responder a una consideración estratégica. Eso vale en particular para la argumentación con el auto-precedente del concreto órgano judicial ante quien se esgrime una determinada pretensión, o con el precedente representado por las resoluciones del órgano inmediatamente superior de aquél ante quien dicha pretensión se esgrime. En cambio, el precedente representado por una línea determinada del Tribunal Supremo responde, más bien, al hecho de que este tiene una especial fuerza vinculante. En el caso español, los Acuerdos de un Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo presentan el nivel más alto de vinculación,

---

[236] *Puppe* (5.ª, 2023), 232 ss.

[237] *Looschelders/Roth* (1996), 108-109.

[238] *Cuerda Riezu* (1991), 102 ss.

[239] Una de sus variantes es el argumento de las «manos limpias» (en el original inglés, «*clean hands*»). Este podría traducirse en el sentido de que quien tiene una viga en el ojo propio, no puede llamar la atención sobre «la paja en el ojo ajeno».

en la medida en que rigen en todas las secciones de la Sala y, por añadidura, en toda la pirámide jurisdiccional.[240]

5. LA APLICACIÓN DE LA LEY AL CASO

5.1. Generalidades

121 La determinación del Derecho aplicable al caso concreto puede tener lugar a través de diversos métodos.[241] En concreto, es común aludir a la «subsunción» y, por oposición a esta, a la ponderación de principios y a la especificación. En efecto, la subsunción se pretende oponer a los otros dos métodos arguyendo que se trata de un proceso formal y casi automático. Sin embargo, esta idea —positivista— no da cuenta de la complejidad de cualquier proceso de aplicación de un texto legal a un caso. Ciertamente, no cabe afirmar que se realice mediante un silogismo cuya premisa mayor es el texto legal, la premisa menor, la definición —la interpretación concretada de sus elementos— y la conclusión, la integración del caso en el precepto interpretado. Además, en la mayoría de los casos en los que se dice que el juez procede a efectuar una subsunción, se da una consideración de razones favorables y contrarias. Esto último, a su vez, puede tener lugar conforme a un criterio de ponderación proporcionalista o con arreglo a otros criterios, como la mencionada especificación.

122 De entrada, la subsunción no puede llevarse a cabo partiendo de cada término de la ley, sino que es preciso considerar el contexto en su conjunto. Además, la definición del texto requiere una cierta «desnormativización» de este, es decir, su descenso del plano abstracto de un tipo legal o de una regla general a una determinada situación fáctica. Ahora bien, para ello es necesario, en primer lugar, descubrir cuál fue la regla seguida por el legislador en el proceso de abstracción de casos reales y ulterior concreción intermedia que condujo a la formulación de la regla o del tipo. Este, implícito en el texto legal, debe hacerse explícito. En segundo lugar, es necesario invertir aquella regla. Una vez «desnormativizados» los elementos legales todo lo posible, es preciso aproximar el caso concreto a esos términos. Por lo general, esto requiere llevar a cabo también un proceso de cierta abstracción de los elementos fácticos del caso.

123 Al final siempre es necesario operar por analogía. En efecto, el pensamiento humano no opera por deducción —de lo abstracto a lo concreto—, ni por inducción —de lo concreto a lo abstracto—. Fundamentalmente, opera por analogía entre la nueva situación que tiene que afrontar y aquellas que ya cono-

---

[240] *Íñigo Corroza/Ruiz de Erenchun* (2007); analiza el alcance de la vinculación, *Manjón-Cabeza*, RECPC 10 (2008), 1 ss. Especialmente críticos, *Queralt*, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 599 ss.; *Martínez Francisco* (2012).

[241] *Hruschka* (1965); *Kuhlen* (2021), 39 ss.; *Puppe* (5.ª, 2023), 88 ss.

ce —y que ha resuelto de uno u otro modo—. Sólo más tarde —y más bien en un contexto de fundamentación— plantea las cosas en términos de deducción o de inducción. En todo caso, el carácter analógico del pensamiento humano no se identifica con la figura jurídica de la aplicación analógica de un texto, que se ha construido por oposición a la interpretación de éste.

La dependencia del texto con respecto al caso concreto al que tiene que 124
aplicarse se da, sobre todo, en el «campo conceptual», es decir, en la zona gris de los términos legales. Esto significa que el legislador puede reducir esa dependencia mediante el recurso a conceptos con un núcleo extenso y un campo reducido. En efecto, en el núcleo conceptual puede darse una subsunción prácticamente directa. En cambio, es en el campo conceptual donde se opera mediante la graduación —y, en su caso, la ponderación o la especificación— propias del pensamiento tipológico.[242] A esto se le ha denominado el «ir y venir» del texto al caso y viceversa.[243] En efecto, esta expresión refleja una de las dimensiones de la circularidad hermenéutica, que por otra parte considera la interacción entre el intérprete y el caso concreto.

5.2. Las reglas de aplicación del Derecho y las reglas de prueba de los hechos

En el contexto del tratamiento jurídico de un supuesto de hecho es preciso 125
distinguir entre cuestiones jurídicas y cuestiones fácticas. Las primeras se refieren a la aplicación e interpretación del Derecho, así como a los argumentos que la sostienen. En cambio, las segundas son las relativas a los hechos y su prueba.[244] La distinción entre *quaestio iuris* —cuestión de derecho— y *quaestio facti* —cuestión de hecho— es sencilla en teoría, pero no tanto en la práctica. Sin embargo, no puede eludirse, pues tiene una gran trascendencia. Así, en materia de Derecho rige el principio *iura novit curia* —el Derecho lo conoce el órgano judicial—, de modo que ni la vigencia de un determinado precepto ni su interpretación tienen que ser objeto de prueba. En efecto, aquí no entran en juego las cuestiones de la carga de la prueba, ni de los medios probatorios, ni de las reglas procesales de valoración de la prueba. Además, tampoco rigen la presunción de inocencia, ni el principio *in dubio pro reo*. En cambio, las cuestiones de hecho sí son objeto de prueba. En efecto, la carga de la prueba de los hechos le incumbe a la acusación, que debe aportar alguno de los medios de prueba admitidos: testifical, documental, pericial o de indicios. Además, las cuestiones de hecho sólo admiten su revisión limitada en el marco del recurso de apelación, siempre que exista la posibilidad de reproducir la prueba practicada en la primera instancia. En cambio, las cuestiones de derecho pueden ser objeto de reconsideración incluso por el órgano judicial de casación.

---

[242] *Schünemann*, FS Arth. Kaufmann, 1993, 306-307, 311 ss.

[243] *Engisch* (1963), 13, 15.

[244] *Jaén Vallejo*, CPC 134 (2021), 297 ss.

126 El órgano judicial ha de valorar la prueba teniendo en consideración la presunción de inocencia —con las limitaciones probatorias que este derecho incorpora— y el principio *in dubio pro reo.*[245] En efecto, en Derecho penal son rechazables las presunciones probatorias contra reo, tanto si son *iuris et de iure*, que no admiten prueba en contrario, como si son *iuris tantum*, que se traducen en inversiones de la carga de la prueba.[246] Ahora bien, a este respecto conviene tener en cuenta que, de modo no infrecuente, aquellas quedan encubiertas detrás de tipos delictivos de sospecha, o del recurso a conceptos sustantivos —legales o doctrinales— que establecen ficciones. Ciertamente estas, al modificar el objeto de la prueba, parecen superar todos los obstáculos derivados de la presunción de inocencia. Sin embargo, esto es pura apariencia, porque la prueba plena del sustrato fáctico de la ficción no equivale a la prueba del sustrato de la realidad no fingida. El punto delicado de todas estas consideraciones radica en la determinación de cuáles son los límites de la construcción dogmática de conceptos normativo-adscriptivos. Por poner dos ejemplos muy distintos, este es el caso de los conceptos funcionales de dolo o de violencia.

127 Como se ha indicado ya, y se irá advirtiendo más adelante (*cfr. infra* capítulos 7, 12 y 14), las cuestiones de hecho y de derecho aparecen con frecuencia entremezcladas, de modo que es necesaria cierta sutileza para su diferenciación. Aquí sólo es posible mencionar algunos ejemplos. Así, por ejemplo, la decisión de proceder a una interpretación fáctica o bien a una interpretación jurídica de un elemento del texto legal es cuestión de derecho. Sin embargo, una vez adoptada esta decisión en un sentido o en otro, con la base argumentativa pertinente, los caminos se separan. Así, los procesos de interpretación fáctica constituyen cuestiones de hecho, mientras que la interpretación jurídica es cuestión de derecho. [247] Otro ejemplo viene dado por los casos en los que el legislador remite a disposiciones técnicas o a reglas privadas, o el juez decide integrarlas para aplicar ciertos conceptos jurídicos. En tal proceso aplicativo debe tenerse claro que se abandona el ámbito del Derecho para acceder al mundo de los hechos. En efecto, tanto la existencia y la vigencia, como el contenido y la interpretación de las reglas técnicas y de las *leges artis* son *quaestiones facti*. Esto significa que todo ello debe ser objeto de prueba —normalmente pericial—.

5.3. La motivación de las sentencias

128 La Constitución española, como tantos otros textos constitucionales y legales, establece la exigencia de motivación de las sentencias judiciales (art. 120.3 CE). Además, tal motivación forma parte del contenido del derecho funda-

---

[245] *Sánchez-Vera* (2012), 120 ss., 209 ss.

[246] *Gascón Abellán* (3.ª, 2010), 124 ss. Las presunciones no tienen pretensión de verdad, sino que son normas jurídicas que abren la puerta a una verdad posible —*iuris tantum*— o la cierran por completo —*iuris et de iure*—.

[247] *Schünemann*, FS Arth. Kaufmann, 1993, 314.

mental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En efecto, tanto la prueba de los hechos como la aplicación del Derecho a aquéllos deben ser motivadas. En el primer caso, consiste en exponer las razones con base en las que se alcanza una determinada conclusión probatoria. Es decir, el modo en que se han aplicado las reglas de valoración de la prueba, según criterios de lógica y de experiencia.[248] En el segundo caso, requiere explicitar los argumentos jurídicos sustantivos —exegéticos, conceptuales y valorativos— que sostienen un determinado enunciado de atribución de sentido y de valoración de una conducta, así como de imputación de ésta a un sujeto.

Para satisfacer la mencionada pretensión, el texto de las sentencias se 129
inicia con la exposición de los «antecedentes de hecho» y prosigue con los «fundamentos de derecho». Los Antecedentes contienen una descripción de los hechos que se consideran probados. Por su parte, los Fundamentos de derecho contienen dos clases de argumentos. En primer lugar, en ellos se exponen las razones de valoración de la prueba por las que se considera que los hechos relatados en los antecedentes pueden considerarse efectivamente «hechos probados». En segundo lugar, se desarrollan los argumentos jurídicos sobre cuya base se puede sostener la aplicación de determinados preceptos jurídicos —tanto tipos de delito como reglas generales— a aquellos hechos. Sin embargo, no todos los argumentos jurídicos se refieren al caso concreto, aunque tampoco sea sencillo distinguir cuáles sí y cuáles no. Así, las razones que integran la denominada *ratio decidendi* constituyen la fundamentación específica del fallo, esto es de la resolución del caso concreto. En cambio, los argumentos que se denominan *obiter dicta* no tienen una característica predeterminada. En unas ocasiones, constituyen meras digresiones. En otras, tienen la voluntad de contribuir a ir sentando una doctrina todavía no concretada, de modo que vaya siendo previsible.

[248] *Sánchez-Vera* (2012), 120 ss.

Capítulo 7

LA DOCTRINA DEL DERECHO PENAL

Bibliografía seleccionada: *Alcácer Guirao*, Facticidad y normatividad: notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho Penal, ADPCP 1999, 177; *el mismo*, Cómo cometer delitos con el silencio, LH Ruiz Antón, 2004, 21; *Ambos*, Sobre el futuro de la ciencia jurídico penal alemana, RP 37 (2016) (=Zur Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft: Offenheit und diskursive Methodik statt selbstbewusster Provinzialität, GA 2016), 5; *el mismo*, Estado y futuro del Derecho penal comparado, RP 41 (2018), 5; *el mismo*, Derecho penal nacionalsocialista, 2019; *Amelung*, Rechtsguterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972; *Bacigalupo*, Sobre la dogmática penal y la criminología, RFDUM 66 (1982), 7; *el mismo*, La ciencia del Derecho penal entre el ideal científico de las ciencias naturales y el de las ciencias del espíritu, LH Beristain, 1989, 459; *el mismo*, La ciencia europea del Derecho penal, RCP 2 (1999), 9; *el mismo*, Die Europäisierung der Strafrechtswissenschaft, FS Roxin, 2001, 1361; *el mismo*, El método comparativo en la elaboración del Derecho penal europeo, CPC 83 (2004), 5; *el mismo*, Sobre el Derecho penal y su racionalidad, en: Gómez-Jara (ed.), Teoría de sistemas y derecho penal, 2007, 349; *el mismo*, La recepción de la dogmática alemana en España y Latinoamérica, InDret 2/2019, 1; *Baldó Lavilla*, Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito, LH Roxin, 1997, 357; *Baratta*, Criminología y dogmática penal, en: Mir Puig (ed.), La reforma del Derecho penal, 1980, 25; *el mismo*, Kriminalpolitik und Verfassung, KritV 2003, 210; *Baurmann*, Schuldlose Dogmatik?, en: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten, IV, 1980, 204; *el mismo*, Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit, 1981; *el mismo*, Zweckrationalität und Strafrecht: Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht, 1987; *Beccaria*, Dei delitti e delle pene, 1764 (=Tratado de los delitos y de las penas, 1774); *Becker*, Crime and Punishment: An Economic Approach (1968), en: Becker/ Landes, Essays in the Economics of Crime and Punishment, 1974, 45; *Benito Sánchez*, Evidencia empírica y populismo punitivo. El diseño de la política criminal, 2020; *Bentham*, Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 1789; *Beulke*, Europäische und transnationale Strafrechtspflege für eine moderne Strafrechtsdogmatik, GS Vogel, 2016, 285 ss.; *Birkmeyer* (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts Allgemeiner und Besonderer Teil, I-IX, 1908-1909; *Borja Jiménez*, Sobre el concepto de política criminal, ADPCP 2003, 113; *Bovino/Courtis*, Por una dogmática conscientemente política, AFD 2000, 179; *Bringewat*, Funktionales Denken im Strafrecht, 1974; *Burchard*, Strafrechtslimitation als Motor der Strafrechtsexpansion, en: Kuhli/Asholt (Hrsg.), Strafbegründung und Strafeinschränkung als Argumentationsmuster, 2017, 21; *Burghardt*, (Straf—)Recht als Modus der Politik, en: Albrecht *et al.* (Hrsg.), Strafrecht und Politik, 2018, 13; *Burkhardt*, Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, 111; *Busato*, Crítica a la ciencia del Derecho penal a partir del lenguaje, LH Górriz Royo, 2020, 145; *Calliess*, Theorie der Strafe im demokratischen und soziales Rechtsstaat, 1974; *Canaris*, Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas, 1995; *Cardenal Montraveta*, El tipo penal en Beling y los neokantianos, 2002; *el mismo*, Algunos antecedentes de la discusión actual sobre la orientación y el método de la ciencia del Derecho penal, en: Díaz/García Amado (eds.), Estudios de filosofía, 2006, 185; *Carrara*, Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado de fuerza física del delito, 1877; *el mismo*, Programa del curso de Derecho criminal, 1889; *Cattaneo*, Ilumi-

nismo e legislazione penale, 1993; *Cerezo Mir*, Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta, RDPC 12 (2003), 45; *el mismo*, La influencia de Welzel y del finalismo, en general, ADPCP 2009, 67; *Cigüela Sola*, Compliance más allá de la ciencia penal, InDret 4/2019, 1; *el mismo*, Derecho penal y opinión pública: sobre la reconstrucción normativa del ethos social, en: Miró/Fuentes (eds.), El Derecho penal, 2021, 123; *Coca Vila*, Demokratisierung des Strafrechts? Zur Rolle der Strafrechtswissenschaft in der Gesetzgebung, en: AA.VV. Strafrecht und Demokratie, 2023, 79; *Córdoba Roda*, Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista, 1963; *Cuello Contreras*, La definición de criminalidad. Competencias del Derecho penal y de las ciencias, CPC 15 (1981), 461; *el mismo*, Neofinalismo y normativismo: condenados a entenderse, RDPC 16 (2005), 11; *el mismo*, Teoría del delito. Más allá del naturalismo y normativismo, 2021; *Cuerda Arnau*, La función de la dogmática, LH Mir Puig, 2017, 485; *la misma*, Una aclaración acerca de la acientificidad de la dogmática, LH Lorenzo Salgado, 2021, 383; *Cuerda Riezu*, Tabla genealógico-científica de los profesores españoles de Derecho penal en el siglo XX, ADPCP 1990, 99; *Demetrio Crespo*, Reflexiones sobre filosofía del lenguaje, diversidad cultural, y su influencia en el Derecho penal, LH Vives Antón, II, 2009, 1771; *el mismo*, Crítica al funcionalismo normativista, RDPC 3 (2010), 13; *el mismo* (ed.), Derecho penal y comportamiento humano, 2022; *Figueiredo Dias*, Sobre la crisis del paradigma penal, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 147; *Díaz y García-Conlledo*, Reivindicación de la (buena) dogmática, LH Luzón Peña, I, 2020, 129; *Díez Ripollés*, La racionalidad de las leyes penales, 2003 (2.ª, 2013); *el mismo*, El papel epistémico de la política criminal, RECPC 20 (2018), 1; *el mismo*, La concepción liszteana de la política criminal entre las ciencias penales, LH Quintero Olivares, 2018, 87; *el mismo*, Roxin y la política criminal: un análisis crítico, LH Arroyo Zapatero, I, 2020, 139; *el mismo*, La política criminal en las ciencias penales, RECPC 23 (2021), 1; *el mismo*, Realidad, principios, utilidad y sistema en Roxin, en Miró/Fuentes (eds.), El Derecho penal, 2021, 99; *Donini*, La relación entre Derecho penal y política: método democrático y método científico, RP 13 (2004), 67; *el mismo*, Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte, 2011; *el mismo*, Poder judicial y ética pública, 2015; *el mismo*, An impossible Exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato, RIDPP 2017, 15; *el mismo*, I due paradigmi fondamentali della comparazione penalistica, RIDPP 2020, 465; *Dubber*, Strafrechtsdogmatik als Botanik, FS Schünemann, 2005, 245; *el mismo*, Criminal Law in Comparative Context, Journal of Legal Education 56 (2006), 433; *Dubber/Hörnle*, Criminal Law: a Comparative Approach, 2014; *Duttge*, Zum typologischen Denken im Strafrecht, JRE 11 (2003), 103; *el mismo*, Anliegen und Grundfragen einer Strafrechtswissenschaftstheorie, FS Loos, 2010, 31; *Dworkin*, In Praise of Theory, Arizona L. J. 29 (1997), 353; *Elbert*, Franz von Liszt: teoría y práctica de la política criminal, 2018; *Ellscheid/Hassemer*, Strafe ohne Vorwurf, en: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten, II, 1975, 266; *Engisch*, Zur Natur der Sache im Strafrecht, 1961; *Escher*, Neukantianische Rechtsphilosophie, teleologische Verbrechensdogmatik und modernes Praventionsstrafrecht, 1993; *Eser*, Comparative Criminal Law, 2017; *Feijóo Sánchez*, La normativización del Derecho penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?, en: Gómez-Jara (ed.), Teoría de sistemas y derecho penal, 2007, 469; *el mismo*, El futuro de la dogmática jurídico-penal: del paradigma de la motivación al paradigma de la comunicación, LH Gimbernat Ordeig, 1, 2008, 263; *el mismo*, La influencia de Welzel en la dogmática penal de lengua española, ADPCP 2014, 91; *Feldman*, Law's Misguided Love Affair with Science, Minnesota J. L. Sc. & T. 10 (2009), 95; *Ferré Olivé*, Universidad y guerra civil, 2009; *Fletcher*, Criminal Theory as an Intemational Discipline, en: Eser/Fletcher (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspktiven, 1988, 1595; *el mismo*, The Nature and Function of Criminal Theory, California L. R. 88 (2000), 687; *el mismo*, Deutsche Strafrechtsdogmatik aus ausländischer Sicht, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, 235 (=La ciencia alemana del Derecho penal, en: AA.VV., La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio, 2004, 255); *el mismo*, The Grammar of Criminal Law. American, Comparative and International. Foundations, I, 2007; *el mismo*, New Court, Old

Dogmatik, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 179; *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983; *el mismo*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, 1988; *el mismo*, Franz von Liszt. Obra e influencia, InDret 2/2017, 1; *el mismo*, Welzels Verbrechenslehre seit den siebziger Jahren, en: el mismo *et al.* (Hrsg.), Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels, 2015, 218; *Frisch/Robles*, Desvalorar e imputar, 2004; *Frisch et al.* (eds.), Lo vivo y lo muerto en la teoría del delito de Hans Welzel, 2022; *Gadamer*, Verdad y método, I, 1977, II, 1992; *Gärditz*, Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz, JZ 2016, 641; *Gallas*, La teoría del delito en su momento actual, 1959; *García Amado*, ¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal, Doxa 23 (2000), 233; *el mismo*, Neokantismo y Derecho penal. Sobre el papel y el sentido de la dogmática penal y sobre el papel de los penalistas, LH Luzón Peña, 2020, 153; *García-Pablos*, Pautas y tendencias en la evolución de la dogmática alemana, LH Ruiz Antón, 2004, 379; *Gimbernat Ordeig*, ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?, en: Estudios de Derecho penal, 3.ª, 1970, 140; *Gössel*, Probleme einer rein normativen Begriffs- und Systembildung, insbesondere in ihrem Verhältnis zum Naturalismus in der Handlungslehre, FS Küper, 2007, 83; *Gama de Magalhães Gomes*, Teoría geral da Parte especial do Direito penal, 2014; *Gómez-Jara* (ed.), Teoría de sistemas y Derecho penal, 2005; *Gómez Lanz*, La interpretación de la ley penal como actividad dogmática, icade 74 (2008), 37; *el mismo*, La aproximación de la hermenéutica a la dogmática penal, icade 82 (2011), 149; *el mismo*, La filosofía del Derecho penal como marco para la conexión entre la filosofía política y las disciplinas penales, InDret 3/2018, 1; *Gómez Martín*, Dogmática penal y sociología jurídica: encuentros y desencuentros, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 165; *González Vicén*, Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo, AFD 1961, 47, *el mismo*, Sobre el neokantismo lógico-jurídico, Doxa 2 (1985), 27; *el mismo*, El neokantismo jurídico axiológico, AFD 1986, 249; *Gracia Martín*, El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito, RECPC 6 (2004), 1; *el mismo*, El horizonte del finalismo y el Derecho penal del enemigo, 2005; *el mismo*, Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal, 2006; *el mismo*, Quis custodiet ipsos custodes? El Derecho penal como contrapoder discursivo de la razón, LH Huerta Tocildo, 2020, 459; *Greco*, Dos formas de hacer dogmática jurídico-penal, Discusiones 8 (2008), 177; *Greenberg*, How Facts Make Law, LTh 10 (2004), 157; *Grünhut*, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, FG Frank, 1, 1930, 1; *Günther*, Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts, en: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), Recht und Moral, 1991, 205; *Guzmán Dálbora*, Figuras y pensamientos del Derecho penal contemporáneo, 2014; *Haffke*, Tiefenpsychologie und Generalprävention, 1976; *el mismo*, Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie, GA 1978, 33; *Haft*, Juristische Rhetorik, 1985; *Hassemer*, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974; *el mismo*, Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze, FS Coing, 1982, I, 493; *el mismo*, La ciencia jurídico penal en la República Federal alemana, ADPCP 1993, 35; *el mismo*, Konturen einer gesamten Strafrechtswissenschaft heute, FS Eser, 2005, 115; *el mismo*, Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik, FS Jung, 2007; *Hassemer/Lüderssen/Naucke*, Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?, 1983; *Heck*, El problema de la creación del Derecho, 1961; *Hilgendorf*, Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht, 1998; *el mismo*, Naturalismus im (Straf-)Recht, JRE 11 (2003), 83; *el mismo*, Rechtswissenschaft, Philosophie und Empirie, FS Lampe, 2003, 287; *el mismo*, Was heißt normativ? Zu einigen Bedeutungsnuancen einer Modevokabel, FS Rottleuthner, 2011, 45; *el mismo* (Hrsg.), Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen, 2010; *el mismo* (Hrsg.), Die ausländische Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen. Die internationale Rezeption des deutschen Strafrechts, 2019; *el mismo*, La ciencia internacional del Derecho penal, RECPC 24 (2022), 1; *Hilgendorf/Kuhlen*, Die Wertfreiheit in der Jurisprudenz, 2000; *de Hinojosa*, Influencia que tuvieron en el Derecho público de su patria y singularmente en el Derecho penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo (1890), 2020; *Hirsch*, Gibt es eine national unabhangige Strafrechtwissenschaft?, FS Spendel, 1992, 43; *Hoeflich*, Law & Geometry: Legal Science from Leibniz to Langdell, Am.

J. Legal Hist. 30 (1986), 121; *Hörnle*, Plädoyer für eine transnationale Strafrechtswissenschaft, GS Vogel, 2016, 289 ss.; *la misma*, Criminalización, castigo y dilemas morales, 2022; *Honneth*, La sociedad del desprecio, 2011; *Hoyer*, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann: Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns Normentheorie, 1997; *Hruschka*, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 1983 (2.ª, 1988); *el mismo*, Imputación y Derecho penal, 2005; *Innerarity*, Dialéctica de la modernidad, 1990; Jäger, Strafrecht und psychoanalytische Theorie, FS Henkel, 1974, 125; *Jakobs*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992; *el mismo*, ¿Ciencia del Derecho: técnica o humanística?, 1996; *el mismo*, Sociedad, norma y persona en una teoría de Derecho penal funcional, 2000; *el mismo*, Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal, 2003; *el mismo*, Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad, 2004; *el mismo*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012; *el mismo*, Kritik des Vorsatzbegriffs, 2020; *Janssen*, Rechtsdogmatik, Rechtswissenschaft und juristische *Praxis*, AöR 143 (2018), 623; *Jareborg*, Legal Dogmatics and the Concept of Science, FS Frisch, 2013, 49; *Jellinek*, Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 1878; *Jestaedt*, Wissenschaft im Recht. Rechtsdogmatik im Wissenschaftsvergleich, JZ 2014, 1; *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008; *Joerden*, Dyadische Fallsysteme im Strafrecht, 1986; *el mismo*, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs, 1988; *Jorge Barreiro*, Reflexiones sobre la crisis de la política criminal contemporánea, LH Luzón Peña, I, 2020, 217; *Kargl*, Das Recht der Gesellschaft oder das Recht der Subjekte?, GA 1999, 53; *Arm. Kaufmann*, Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft, GS Tjong, 1985, 100; *Arth. Kaufmann*, Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit, 1990; *el mismo*, Die strafrechtlichen Aussagetheorien auf dem Prüfstand der philosophischen Wahrheitstheorien, FS Baumann, 1992, 119; *el mismo*, Das Menschenbild im Recht, FS Schüler-Springorum, 1993, 415; *Kaufmann/Schnepf* (Hrsg.), Willensfreiheit — Legitimität — Unveräußerliche Rechte. Die Entstehung moderner Rechtskonzeptionen in der spanischen Scholastik, 2007; *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1.ª, 1934; *Kesper-Biermann/Overath* (Hrsg.), Die Internationalisierung von Strafrechtswissenschaft und Kriminalpolitik (1870-1930), 2007; *Kindhäuser*, Hechos brutos y elementos normativos del tipo, InDret 2/2014, 1; *el mismo*, Zu Gegenstand und Aufgabe der Strafrechtswissenschaft, FS Yamanaka, 2017, 443; *el mismo*, Acerca del objeto y la tarea de la ciencia del Derecho penal, DPC 66 (2019), 15; *Kinzig*, Der Einfluss der Kriminologie auf die Strafgesetzgebung, KriPoZ 2020, 8; *Klatt*, Integrative Jurisprudence: Legal Scholarship and the Triadic Nature of Law, Ratio Juris 33 (2020), 380; *Koch/Kubiciel/Löhnig/Pawlik* (Hrsg.), Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch, 2014; *Koch/Löhnig* (Hrsg.), Die Schule Franz von Liszts. Sozialpräventive Kriminalpolitik und die Entstehung des modernen Strafrechts, 2016; *Kubiciel*, Die Strafrechtswissenschaft als kritische Wissenschaft, FS Fischer, 2018, 143; *el mismo*, Kriminalpolitik und Strafrechtswissenschaft, en: Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 2019, 99; *el mismo*, La ciencia de la parte especial del Derecho penal, 2021; *Kubiciel/Pawlik/Seelmann* (Hrsg.), Hegels Erben?, 2017; *Kudlich*, Cuestiones fundamentales de la aplicación del Derecho penal, 2018; *Kühl*, Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht, 2001; *Kuhlen*, Contribuciones al método, la teoría y la dogmática del Derecho penal, 2021; *Küpper*, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990; *el mismo*, Auslegung und Methode. Ein Versuch, systematisch zu denken, FS Puppe, 2011, 137; *Lacey*, Estudios críticos sobre responsabilidad penal y política criminal, 2021; *Lagodny*, Strafrechtsdogmatik und Strafrechtsdidaktik auf der Suche nach dem Wortlaut des Gesetzes, FS Amelung, 2009, 51; *Lamarca Pérez*, Posibilidades y límites de la dogmática penal, CPC 33 (1987), 527; *Lampe*, Strafrechtsdogmatik und Sozialwissenschaften, FS Lüderssen, 2002, 279; *Larenz*, Metodología de la ciencia del Derecho, 1966; *Lask*, Rechtsphilosophie, 1905 (=Filosofía jurídica, 2008); *Lesch*, Der Verbrechensbegriff. Grundlagen einer funktionalen Revision, 1999; *von Liszt*, Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft, ZStW 20 (1900), 161; *el mismo*, Der Zweckgedanke im Strafrecht, en: el mismo, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, I, 1905, 126; *el mismo*, Die Zukunft des Strafrechts, en: el mismo, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, II, 1905, 1; *el mismo*, Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe, en: el mismo, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, II, 1905, 25; *el mismo*, Über den Einfluß

der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, en: el mismo, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, II, 1905, 75; *Lüderssen/Sack* (Hrsg.), Seminar: Abweichendes Verhalten, IV, Kriminalpolitik und Strafrecht, 1980; *los mismos* (Hrsg.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, 1 y 2, 1980; *Maihold*, Strafe für fremde Schuld? Die Systematisierung des Strafbegriffs in der spanischen Spätscholastik und Naturrechtslehre, 2005; *el mismo*, El castigo del pecado y la reprobación ética. La evolución del Derecho penal moderno en la doctrina española del Derecho natural, en: Cruz Cruz (ed.), Razón práctica y derecho. Cuestiones filosófico-jurídicas en el Siglo de Oro español, 2011, 125; *Manrique/Navarro/Peralta*, La relevancia de la dogmática penal, 2011; *los mismos*, La ley penal y la autoridad de la dogmática, Revus 31 (2017), 1; *Mañalich*, El principialismo político-criminal como fetiche, REJ 29 (2018), 59; *Martín Lorenzo*, La exculpación penal, 2009; *Martínez-Buján*, La concepción significativa de la acción de TS Vives, RECPC 1 (1999), 1; *Masferrer*, Der Beitrag der Theologie und der kanonistischen Wissenschaft zum modernen europäischen Strafrecht, ZStW 131 (2019), 219; *Matus Acuña*, Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos, PolítCrim 5 (2008), 1; *el mismo* (ed.), Beccaria. Vigencia de la obra De los delitos y de las penas, 2011; *A. Merkel*, Über das gemeine deutsche Strafrecht von Hälschner und den Idealismus in der Strafrechtswissenschaft, en: el mismo, Gesammelte Abhandlungen, 2, 1899, 429; *Militello*, L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello, RIDPP 2014, 106; *Mir Puig*, Introducción a las bases del Derecho penal, 1976; *el mismo*, Dogmática creadora y política criminal, RJCat 77 (1978), 649; *el mismo*, Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del Derecho penal, en: el mismo (ed.), Derecho penal y ciencias sociales, 1982, 9; *el mismo* (ed.), Derecho penal y ciencias sociales, 1982; *el mismo*, Recensión al libro Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, RDPC 2 (1998), 445; *el mismo*, Límites al normativismo en Derecho penal, RECPC 7 (2005), 1; *Miró Llinares*, Hechos en tierra de normas, LH Morillas Cueva, 2018, 451; *el mismo*, Cientismo, dogmatismo y Derecho penal, LH Luzón Peña, I, 2020, 279; *el mismo*, Aproximación a la evaluación legislativa penal y a sus exigencias metodológicas, LH Lorenzo Salgado, 2021, 933; *el mismo*, El progreso de la dogmática penal (y sus problemas), 2022; *el mismo*, ¿Revoluciones científicas en el Derecho penal?, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 725; *el mismo*, ¿Una ciencia unificada del Derecho Penal?, LH Díez Ripollés, 2023, 693; *Miró/Fuentes* (eds.), El Derecho penal, 2021; *Mittasch*, Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik, 1939; *Moccia*, Función sistemática de la política criminal, LH Roxin, 1995, 73; *el mismo*, El Derecho penal entre ser y valor, 2003; *Moccia/Cavaliere* (eds.), Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali, 2016; *Molina Fernández*, Presupuestos de la responsabilidad jurídica, ADPCP 2000, 169; *el mismo*, Culpabilidad sin libertad, en: Cancio/Feijóo (eds.), Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad, 2008, 207; *Morillas Cueva*, Metodología y ciencia penal, 1991; *Muñoz Conde*, Introducción al Derecho penal, 1975; *el mismo* De lo vivo y de lo muerto en la obra de Armin Kaufmann, ADPCP 1991, 329; *el mismo*, Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar, Doxa 1994, 1025; *el mismo*, Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal, RP 5 (2000), 44; *el mismo*, La herencia de von Liszt, RP 27 (2001), 159; *el mismo*, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, 4.ª, 2003; *el mismo*, Rethinking the Universal Structure of Criminal Law, Tulsa L. R. 39 (2004), 941; *el mismo*, Dogmática jurídico-penal y Política criminal: Una relación conflictiva, pero necesaria, RP 33 (2014), 117; *el mismo*, Dogmática penal y Política criminal en la historia moderna del Derecho penal y en la actualidad penal, RP 36 (2015), 172; *Mylonopoulos*, Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht, 1998; *Nagler*, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, FS Binding, 2, 1911; *Naucke*, Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften, 1972; *el mismo*, Wissenschaftliches Strafrechtssystem und positives Strafrecht, GA 1998, 263; *Neumann*, Vom normativen zum funktionalen Strafrechtsverständnis, en: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), Perspektiven der Strafrechtsentwicklung, 1996, 57; *el mismo*, Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?, en: Prittwitz/Manoledakis (Hrsg.), Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende, 2000, 119; *el mismo*, Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis, FS Kindhäuser, 2019,

335; *Neumann/Schroth*, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980; *Nieto/Muñoz de Morales/Becerra* (eds.), Hacia una evaluación racional de las leyes penales, 2016; *Nino*, Los límites de la responsabilidad penal, 1980; *el mismo*, Consideraciones sobre la dogmática jurídica, 1989; *Niño*, Sobre el futuro de la dogmática jurídico-penal, CPC 55 (1995), 165; *Niño/Matus*, Dogmática jurídica y ejercicio del poder. Riesgos del vasallaje cultural en la doctrina penal latinoamericana, 2017; *Nisco*, Neokantismo e scienza del diritto penale, 2019; *Ortiz de Urbina*, La referencia político-criminal en el Derecho penal contemporáneo, LH Ruiz Antón, 2004, 859; *el mismo*, Análisis económico del Derecho y política criminal, RDPC extr. 2 (2005), 31; *el mismo*, La economía como herramienta en la evaluación legislativa: análisis de costes, coste-eficacia y coste-beneficio, en: Becerra/Nieto *et al.* (eds.), Hacia una evaluación racional de las leyes penales, 2016, 79; *el mismo*, *¿Qué (si es que algo) se puede hacer para evitar la decadencia de la ley penal?*, LH Díez Ripollés, 2023, 317; *Paredes Castañón*, De nuevo sobre el caso de la colza, RDPC 5 (2000), 87 ss.; *el mismo*, La justificación de las leyes penales, 2013; *el mismo*, Vademécum del legislador racional (y decente), LH Octavio de Toledo 2016, 1105; *el mismo*, El papel de los expertos y de la voluntad popular en la política criminal contemporánea, en: Roca (ed.), Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI, 2019, 101; *el mismo*, Dolo y psicología del sentido común, LH Luzón Peña, I, 2020, 875; *el mismo*, La función de las ciencias empíricas en la imputación del injusto penal: el caso de los juicios de valoración, en: Demetrio (ed.), Derecho penal y comportamiento humano, 2022, 55; *el mismo*, Metodología para la imputación del injusto penal, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 799; *Pastor Muñoz*, El legado de G. Radbruch para la dogmática jurídico-penal, InDret 2/2021, 51; *Pawlik*, Strafrechtswissenschaftstheorie, FS Jakobs, 2007, 469; *el mismo*, Das Unrecht des Bürgers, 2012; *el mismo*, Teoría de la ciencia del Derecho penal, CPC 106 (2012), 5; *el mismo*, Vom Nutzen der Philosophie für die Allgemeine Verbrechenslehre, GA 2014, 369; *el mismo*, Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad, 2019; *Pawlik et al.* (eds.), Lo vivo y lo muerto en la teoría del delito de Hans Welzel, 2022; *Pawlik/Stuckenberg/Wohlers* (Hrsg.), Strafrecht und Neukantianismus, 2023; *Peñaranda Ramos*, Sobre la influencia del funcionalismo y de la teoría de sistemas en las actuales concepciones, Doxa 23 (2000), 289; *Pereda*, Covarrubias penalista, 1959; *Pérez Alonso*, Las revoluciones científicas del Derecho penal, ADPCP 1997, 185; *Pérez del Valle*, Sobre las bases del pensamiento de Franz von Liszt, LH Zugaldía Espinar, 2021, 333; *Perron*, Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar? ZStW 109 (1997), 281; *el mismo*, Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft?, FS Lenckner, 1998, 227; *el mismo*, Europäische und transnationale Strafrechtspflege als Herausforderung für eine moderne Strafrechtsdogmatik, GS Vogel, 2016, 307; *von den Pfordten*, Deskription, Evaluation, Präskription, 1993; *Piña Rochefort*, Rol social y sistema de imputación, 2005; *Pisapia*, Introduzione alla Parte Speciale del Diritto penale, 1948; *Plack*, Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts, 1974; *Polaino Navarrete*, Finalismo y postfinalismo: hitos históricos de dogmática penal, LH Suárez Montes, 2013, 505; *Polaino Navarrete/Polaino-Orts*, Cometer delitos con palabras. Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico-penal, 2004; *Polaino Orts*, Funcionalismo penal y autodeterminación personal, 2013; *Portilla Contreras*, Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el derecho penal, LH Cerezo Mir, 2002, 135; *el mismo*, Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 853; *Posner*, An Economic Theory of the Criminal Law, Columbia L. R. 85 (1985), 1193; *Pulitanò*, Il diritto penale tra vincoli di realtà e sapere scientifico, RIDPP 2006, 795; *el mismo*, Dommatica e giurisprudenza, RIDPP 2015, 4277; *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2008 (5.ª, 2023); *la misma*, Naturalismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal moderna, en: la misma, El Derecho penal, 2014, 137; *Quintero Olivares*, Algunas limitaciones de la dogmática, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 623; *el mismo*, El problema penal. La tensión entre teoría y praxis, 2012; *el mismo*, Adónde va el Derecho penal, 2016; *el mismo*, Los métodos y las perspectivas en la interpretación de las leyes penales, LH Luzón Peña, I, 2020, 351; *Radbruch*, Zur Systematik der Verbrechenslehre, FG Frank, I, 1930, 158; *el mismo*, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, Internationale Zeitschrift für die Theorie des Rechts

12 (1938), 46; *Ragués i Vallès*, ¿Coacciones sin violencia?, LH Jakobs, 2003, 481; *el mismo*, La función del proceso en el sistema integral del Derecho penal, LH Octavio de Toledo, 2016, 1203; *el mismo*, El sistema integral del Derecho Penal: variaciones en torno a una idea, Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal 5 (2017), 1; *Recknagel*, Einheit des Denkens trotz konfessioneller Spaltung. Parallelen zwischen den Rechtslehren von Francisco Suárez und Hugo Grotius, 2010; *Rey Sanfiz*, Observación naturalista del Derecho penal, LH Bacigalupo, I, 2004, 749; *Robinson*, Criminal Law's Core Principles, Washington U. J. R. 14 (2021), 153; *Robinson/Darley*, Objectivist vs. Subjectivist Views of Criminality: A Study in the Role of Social Science in Criminal Law Theory, OJLS 18 (1998), 442; *Robles Planas*, La identidad de la dogmática jurídico-penal, ZIS 2010, 134; *el mismo*, Dogmática de los límites al Derecho penal, en: von Hirsch *et al.* (eds.), Límites al Derecho penal, 2012, 19; *el mismo*, La herencia de Karl Binding, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 743; *el mismo*, El relativismo político-criminal como problema, LH Lorenzo Salgado, 2021, 1211; *el mismo*, Sobre política criminal y dogmática, LH Díez Ripollés, 2023, 365; *Rocco*, Il problema e il metodo della scienza del diritto penale, RIDPP 1910, 497; *Rodríguez Horcajo*, Comportamiento humano y pena estatal, 2016; *el mismo*, Retribución y consecuencias: ¿todo en uno?, en: Miró/Fuentes, El Derecho penal, 2021, 73; *Rodríguez Molinero*, Alfonso de Castro y su doctrina penal, 2014; *Ronco*, La dommatica come garanzia di razionalità del diritto penale, IP 2 (2014), 333; *Rossi*, Tratado de Derecho penal, 1839; *Rotsch*, En relación con la hipertrofia del Derecho, en: el mismo, Derecho penal, Derecho penal económico y compliance, 2022, 23; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 1963; *el mismo*, Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts, GS Radbruch, 1968, 260; *el mismo*, Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs, ZStW 81 (1969), 613; *el mismo*, Política criminal y sistema del Derecho penal, 1972; *el mismo*, Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik, FS Lampe, 2003, 423; *Ruiz Antón*, La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla, ADPCP 1998, 5; *Sahm*, Elemente der Dogmatik, 2019; *Sáinz Cantero*, La ciencia del Derecho penal y su evolución, 1970; *Sánchez Lázaro*, Política criminal y técnica legislativa, 2007; *el mismo*, Una teoría de la argumentación jurídico-penal, 2009; *el mismo*, Ciencia como discurso de legitimación racional, InDret 3/2009, 1; *el mismo*, Sobre la argumentación con principios en el discurso jurídico penal, InDret 3/2013, 1; *Sánchez-Ostiz*, Los principios y reglas de las decisiones de la política criminal, PyD 56 (2007), 59; *el mismo*, Imputación y teoría del delito, 2008; *el mismo*, Fundamentos de política criminal, 2012; *el mismo*, La libertad del Derecho penal, 2014; *el mismo*, El Derecho penal entre la filosofía, PyD 75 (2016), 260; *el mismo*, La herencia de un clásico: Beling y la doctrina del Tatbestand, ADPCP 2018, 121; *el mismo*, Contribución a una teoría de la Parte Especial del Derecho Penal, LH Morillas Cueva, 2018, 1647; *el mismo*, Lo normativo y lo fáctico, LH Silva Sánchez, 2019, 25; *el mismo*, Los límites de lo normativo, InDret 3/2022, 147; *el mismo*, El valor de lo empírico, RDPC 29 (2023), 373; *Sánchez Tomás*, La violencia en el Derecho penal, 1999; *Sanz Morán*, Algunas consideraciones sobre la ciencia del Derecho penal y su método, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 639; *el mismo*, Algunas consideraciones en torno a la política criminal, LH Núñez Barbero, 2007, 729; *el mismo*, Sobre la racionalidad de la ley penal, LH Díez Ripollés, 2023, 379; *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen, 1930; *el mismo*, La ciencia europea del Derecho penal en la época del humanismo, 1957; *Schiaffo*, Il diritto penale tra scienza e scientismo, 2012; *el mismo*, Política criminale e falsificabilità, LH Moccia, 2017, 293; *Schmidt-Assmann*, La dogmática del Derecho administrativo, 2021; *Schünemann*, Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana, 1996 (=ADPCP 1996, 187); *el mismo*, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, FS Roxin, 2001, 1; *el mismo*, Ein Gespenst geht um in Europa —Brüsseler Strafrechtspflege intra muros— GA 2002, 501; *el mismo*, Savignys Rechtsbegriff, FS Lothar Philipps, 2005, 163; *el mismo*, La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal, RDP 15 (2005), 127; *el mismo*, Strafrechtssystematisches Manifest, GA 2006, 378; *el mismo*, Aufgaben und Grenzen der Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert, FS Herzberg, 2008, 39; *el mismo*, Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, ZIS 2016, 654; *el mismo*, Wie

Claus Roxin in den 60er Jabren des vorigen Jahrhunderts die Strafrechtsdogmatik pragte, GA 2021, 242; *Schulhofer*, The Mathematician, the Monk, and the Militant: Reflections on the Role of Criminal Law Theory, California L. R. 88 (2000), 705; *Schuhr*, Rechtsdogmatik als Wissenschaft, 2006; *Schweber*, The Science of Legal Science: The Model of the Natural Sciences in Nineteenth-Century American Legal Education, Law & History Review 17 (1999), 421; *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930; *Seher*, Normativität und Rationalität in der Rechtsdogmatik, ARSP Beiheft 114 (2007), 66; *Seminara*, Sul metodo tecnico-giuridico e sull'evoluzione della penalistica italiana nella prima metà del XX secolo, LH Romano, I, 2011, 575; *el mismo*, Das Werk Von den Verbrechen und von den Strafen von Cesare Beccaria zwischen Philosophie, Strafrecht und Kriminalpolitik, JZ 2014, 1121; *Silva Sánchez*, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, 1992 (2.ª, 2010); *el mismo*, Sobre las posibilidades y límites de una dogmática supranacional del Derecho penal, LH Roxin, 1995, 11; *el mismo*, Eficiencia y Derecho penal, ADPCP 1996, 93; *el mismo*, Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites, LH Roxin, 1997, 17; *el mismo*, Reflexiones sobre las bases de la política criminal, LH Torío López, 1999, 209; *el mismo*, Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal, RDPC 9 (2002), 83; *el mismo*, Introducción: dimensiones de la sistematicidad en la teoría del delito, en: Wolter/Freund (eds.), El sistema integral, 2004, 15; *el mismo*, Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäß?, GA 2004, 679; *el mismo*, ¿Crisis del sistema dogmático del delito?, 2007; *el mismo*, Ein kleiner Dialog mit Claus Roxin zum heutigen Strafrecht, GA 2011, 312; *el mismo*, Medio siglo de dogmática penal alemana, 2013; *el mismo*, La tradición de los juristas y la interpretación de las leyes, LH Ollero, 2015, 1589; *el mismo*, Sobre la construcción del hecho punible en la obra de Santiago Mir Puig, LH Mir Puig, 2017, 877; *el mismo*, La influencia de la obra de Günther Jakobs en el espacio jurídico-penal hispanohablante, InDret 1/2019, 1; *el mismo*, Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal, InDret 4/2019, 1; *el mismo*, La voluntad popular como arma arrojadiza, LH Huerta Tocildo, 2020, 141; *el mismo*, Metadogmática jurídico-penal, LH Queralt Jiménez, 2021, 365; *el mismo*, ¿Democratización del Derecho penal?, LH Berdugo Gómez de la Torre, II, 2022, 389; *el mismo*, Metadogmática. Sobre el método de elaboración de las reglas doctrinales, LH Reyes Echandía, 2022, 247; *el mismo*, Metodología del Derecho penal. Ensayos, 2023; *Simón Yarza*, Entre el deseo y la razón, 2017; *el mismo*, Ley natural y realismo clásico, 2022; *Spaemann*, Felicidad y benevolencia, 1991; *Stark*, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, 2020; *Sticht*, Sachlogik als Naturrecht. Zur rechtsphilosophie Hans Welzels, 2000; *Stile/Manacorda/Mongillo* (eds.), Civil Law e Common Law: quale grammatica per il diritto penale, 2018; *Streng*, Schuld, Vergeltung, Generalprävention, ZStW 92 (1980), 637; *Streng/Klett-Straub* (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich, 2012; *Stuckenberg*, Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre, GA 2011, 653; *el mismo*, Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit?, ZStW 129 (2017), 349; *el mismo*, Neukantianismus, en: Kindhäuser *et al.* (Hrsg.), Strafrecht und Gesellschaft, 2019, 125; *el mismo*, Internationalisierung und Strafrecht, en: Hoven/Kubiciel (Hrsg.), Zukunftsperspektiven des Strafrechts. Symposium zum 70. Geburtstag von Thomas Weigend, 2020, 223; *Suárez Montes*, Consideraciones críticas sobre la doctrina de la antijuricidad en el finalismo, 1963; *Tamarit Sumalla*, Política criminal con bases empíricas en España, PolítCrim 3 (2007), 1; *Tiedemann*, Der Allgemeine Teil des Strafrechts im Lichte der europäischen Rechtsvergleichung FS Lenckner, 1998; *Torío López*, Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito, LH Rodríguez Devesa, II, 1989, 387; *Valiente Ivañez*, El cruce de caminos entre la filosofía moral experimental y el estudio del Derecho penal, en: Miró/Fuentes (eds.), El Derecho penal, 2021, 147; *Vives Antón*, Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal, en: Díaz/García Amado (eds.), Estudios de filosofía del Derecho penal, 2006, 295; *el mismo*, Fundamentos del sistema penal, 2.ª, 2011; *Vogel*, Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft — Überlegungen zu einer diskurstheoretischen Strafgesetzgebungslehre, FS Roxin, 2001, 105; *el mismo*, Europäische Kriminalpolitik — europäische Strafrechtsdogmatik, GA 2002, 517 (=Política criminal y dogmática penal europeas, RP 11, 2003, 138); *el mismo*, Legislación penal y ciencia del Derecho penal, RDPC 11 (2003), 249; *el mismo*, Strafrecht und Strafrechtswis-

senschaft im internationalen und europäischen Rechtsraum, JZ 2012, 25; *Volk*, Vom Aussterben bedroht: Die klassische Dogmatik des Allgemeinen Teils, en: Pieth/Seelmann (Hrsg.), Prozessuales Denken als Innovationsanreiz für das materielle Strafrecht. Kolloquium zum 70. Geburtstag von Detlef Krauß, 2006, 89; *Weigend*, Zur Frage eines internationalen Allgemeinen Teils, FS Roxin, 2001, 1375; *el mismo*, Internationale Strafrechtswissenschaft nach deutschem Modell?, GA 2020, 139; *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935; *el mismo*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), 491; *el mismo*, El nuevo sistema del Derecho penal (1964), 2001; *el mismo*, Introducción a la filosofía del Derecho, 2.ª, 1979; *el mismo*, Vom Bleibendem und Verganglichen in der Strafrechtswissenschaft (1964), en: el mismo, Abhandlungen, 1975, 345 ss.; *el mismo*, Zur Dogmatik im Strafrecht, FS Maurach, 1972, 3; *el mismo*, Estudios de Derecho penal, 2002; *el mismo*, Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal, 2004; *el mismo*, Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico, 2013; *Wilenmann*, Contra las prácticas argumentativas de apelación a la teoría de la pena en la dogmática penal, PolítCrim 12 (2017), 754; *Wolf*, Die Typen der Tatbestandsmässigkeit. Vorstudien zur Allgemeinen Lehre vom Besonderen Teil des Strafrechts, 1931; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; *el mismo*, Kriminalpolitik und Strafprozessrechtssystem, FS Roxin, 2001, 1141; *Wolter/Freund* (eds.), El sistema integral del Derecho penal, 2004; *Zabel* (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 2018; *Zaczyk*, Was ist Strafrechtsdogmatik?, FS Küper, 2007, 723 (=¿Qué es la dogmática del Derecho penal, en: Libertad, derecho y fundamentación de la pena, 2010, 195); *Zambrano*, Objetividad en la interpretación, PyD 56 (2007), 288; *la misma*, La interpretación jurídica como co-creación, Problema 3 (2009), 377; *Ziemann*, Neukantianisches Strafrechtsdenken, 2009; *Zipf*, Introducción a la política criminal, 1979; *Zúñiga Rodríguez*, Política criminal, 2001.

I. LA DOCTRINA DEL DERECHO PENAL

1. GENERALIDADES

La expresión «doctrina —o ciencia— del Derecho penal» designa tanto el 1
contenido de un conjunto de textos —libros y artículos de revistas—, como a sus autores. A su vez, estos últimos pueden ser penalistas dedicados profesionalmente a la investigación y a la docencia, o bien prácticos del Derecho penal —jueces, fiscales y abogados—. Por su parte, los mencionados textos comprenden un amplio abanico de temas. Así, por un lado, se refieren a los fundamentos metafísicos, lógicos, morales y políticos del castigo público. Por otro, abordan los presupuestos conceptuales de la atribución de sentido, de la valoración y la imputación de conductas humanas a los efectos de la imposición de una pena por el Estado. Esto último es lo que se conoce como teoría del delito —o del hecho punible—. En fin, se ocupan de la descripción, interpretación y sistematización del marco legal y constitucional en el que tiene lugar el castigo estatal, así como del comentario de su aplicación judicial. La calificación de un texto como doctrinal se halla vinculada al respeto de un método, cuestión esta en la que pueden darse casos dudosos. En realidad, también cabe que existan dudas a propósito de la asignación de una determinada publicación al ámbito temático del Derecho penal o a otras disciplinas jurídicas o empíricas.

Las materias de las que se ocupa la doctrina del Derecho penal guardan 2
relación con las de otras disciplinas, tanto empírico-sociales como jurídico-nor-

mativas. Así, es obvia su vinculación con la criminología, por un lado, y con la doctrina del Derecho procesal, del Derecho administrativo sancionador y del Derecho constitucional, por otro. Esta relación interdisciplinar determina que haya existido de modo constante la pretensión de una mayor integración de todas ellas en el abordaje de los problemas de la criminalidad y de la respuesta jurídica a esta. A finales del siglo XIX ello se concretó en la propuesta de conformar una denominada «ciencia total del Derecho penal».

2. LA CIENCIA TOTAL DEL DERECHO PENAL

2.1. Su formulación en el siglo XIX

3 El promotor de la ciencia total del Derecho penal fue Franz von Liszt.[1] Su pretensión fue que aquella integrara los conocimientos empírico-sociales —psicológicos, sociológicos y criminológicos— relativos tanto al delito como a las respuestas a este.[2] Ciertamente, esa concepción estaba muy influida por el clima intelectual de su época, proclive a una disolución de lo propiamente jurídico-penal para centrarse en las explicaciones empíricas de la criminalidad y en las reacciones causales contra ella. Por eso el resultado fue la construcción de un modelo jurídico-penal que partía de la criminología empírica. Sobre esa base, asumía una visión utilitarista de la denominada «política criminal», que la entendía como la ciencia de la lucha eficaz y eficiente contra el delito.[3] En fin, afirmaba que un Derecho penal orientado a la política criminal debía ir prescindiendo de la formulación de juicios de reproche y de castigos orientados a la retribución del delincuente. En su lugar, debía integrar consecuencias no punitivas —sino terapéuticas, intimidatorias o asegurativas— como respuesta a los diversos estados peligrosos que explicaban la comisión de delitos.

4 Esta idea ha mantenido cierta presencia a lo largo del último siglo y medio. Así, se han dado diversas propuestas de orientación de la legislación, de la jurisprudencia y de la doctrina jurídico-penales a los resultados de las investigaciones empíricas y sociales sobre la conducta humana. En este sentido, la expresión clave ha sido la relativa a la necesidad de acoger una «orientación a las ciencias sociales» y, en consecuencia, de elaborar una «dogmática orientada a las consecuencias» empíricas.[4] Esta línea de opinión, nunca interrumpida del todo, experimentó un desarrollo particular en el segundo tercio del siglo XX. En concreto, su manifestación más clara fue el debate interno que se produjo entre los años sesenta y ochenta en el marco del Instituto de Ciencias Crimina-

---

[1] En el alemán original: «*gesamte Strafrechtswissenschaft*».

[2] *von Liszt*, ZStW 20 (1900), 172; *el mismo* (2, 1905), 80. Sobre ello, *Silva Sánchez*, LH Torío López, 1999, 209 ss.; *Frisch*, InDret 2/2017, 1 ss.; *Elbert* (2018); *Díez Ripollés*, LH Quintero Olivares, 2018, 87 ss.; *Pérez del Valle*, LH Zugaldía Espinar, 2021, 333 ss.

[3] *von Liszt* (2, 1905), 23-24.

[4] *Hassemer*, FS Coing, 1982, I, 493 ss.

les de la Universidad de Frankfurt.[5] Así, en sus formulaciones más radicales, la línea de orientación a las ciencias sociales cristalizó en propuestas de abolición del Derecho penal[6] o de sustitución de las penas por consecuencias jurídicas carentes de reproche y regidas sólo por el principio de proporcionalidad.[7] En cambio, en otras variantes menos extremas, dio lugar a una reconstrucción del Derecho penal —o de ciertas instituciones dogmáticas— desde las perspectivas del psicoanálisis o de la sociología crítica.[8] Con todo, esta corriente no ha gozado de una continuidad clara. Por lo tanto, en realidad, no cabe afirmar que haya tenido lugar una propuesta sólida de orientación de la doctrina del Derecho penal a las ciencias sociales.[9]

2.2. Otras posiciones interdisciplinarias

La orientación de la dogmática jurídico-penal a la «política criminal»,[10] 5
acogida —como mínimo, nominalmente— por amplios sectores de la doctrina durante los últimos cincuenta años, realmente no ha pretendido adoptar un enfoque empírico de la teoría del delito. Más bien, ha tratado de llevar a cabo una reconstrucción de las valoraciones subyacentes a las categorías jurídico-penales sobre la base de un programa de política jurídica acorde con los fines constitucionales del Derecho penal. En efecto, estos se reconstruyeron básicamente en la línea de las teorías preventivas —en concreto, de la prevención general negativa y la prevención especial positiva—. A continuación, estas últimas se sometieron a limitaciones derivadas de los principios de legalidad y de proporcionalidad —culpabilidad y exclusiva protección de bienes jurídicos—. En fin, a ello se añadieron en algunos casos datos psicológicos relativos a la acción humana y a la motivación de las conductas mediante normas.

La asunción, por parte de otro sector coetáneo de la doctrina jurídico-pe- 6
nal, de la teoría de los sistemas sociales en la concreta construcción de Niklas Luhmann (1927-1998) tampoco ha dado lugar a una orientación a las ciencias sociales. Ciertamente, la pretensión inicial de esta corriente era producir una comunicación interdisciplinaria. En concreto, se trataba de tomar como referencia de la construcción jurídico-penal no la facticidad social, sino la normatividad inmanente a una sociedad dada.[11] Además, con ello se quería abrir una vía de interrelación del Derecho penal con la teoría social o la ciencia

---

[5] *Naucke* (1972); *Neumann/Schroth* (1980), 120 ss.; *Lüderssen/Sack*, -eds.- (1980); *Mir Puig*, -ed.- (1982); *Hassemer/Lüderssen/Naucke* (1983).

[6] *Plack* (1974).

[7] *Ellscheid/Hassemer* (1975), 266 ss.; *Baurmann* (1980), 204; *el mismo* (1981); *el mismo* (1987).

[8] *Haffke* (1976); *el mismo*, GA 1978, 33 ss.; *Streng*, ZStW 92 (1980), 637.

[9] Así, *Díez Ripollés*, RECPC 20 (2018), 1 ss.; *el mismo*, LH Arroyo Zapatero, I, 2020, 129 ss.; *el mismo*, RECPC 23 (2021), 1 ss.; *Gómez Martín*, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 165 ss.

[10] *Roxin* (1972); *Mir Puig* (1976; 1982); *Moccia*, LH Roxin, 1995, 73 ss.; *Schünemann*, GA 2021, 242 ss.

[11] *Amelung* (1972); *Calliess* (1974), 143 ss., 155 ss.; *Bringewat* (1974), 21; *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 1/11; *el mismo* (1996), 16; *Lesch* (1999); *Piña Rochefort* (2005).

política.[12] Más aún, en realidad el método daba pie, sobre la base de las teorías del interaccionismo simbólico, a la adopción de un modelo crítico de ciencia del Derecho penal.[13] Sin embargo, el enfoque funcionalista-sistémico no ha traído grandes cambios en la orientación general del Derecho penal. Esto se ha debido a que sus defensores adoptaron mayoritariamente una perspectiva normativa de legitimación, y no una de carácter descriptivo-crítico. En efecto, su propuesta más relevante fue una novedosa teoría del delito. Por lo demás, cabe decir que el recurso al método funcionalista sistémico tampoco se ha prolongado en el tiempo. Por el contrario, aquel método se fue reconstruyendo progresivamente hasta proponer una configuración de la dogmática —y de la teoría general del Derecho penal— basadas en una cierta lectura de la filosofía de Hegel.

7 Otras perspectivas de orientación del Derecho penal a las ciencias empíricas y sociales han carecido también de impacto relevante. Así, por ejemplo, el método del análisis económico del Derecho penal. Es cierto que, a lo largo del último medio siglo, se han escrito obras relevantes en lengua inglesa con este enfoque. Por un lado, en lo relativo a la política jurídico-penal. Por otro, en cuanto al sujeto delincuente y las instituciones de atribución de responsabilidad penal.[14] Sin embargo, esta corriente, si bien se halla consolidada, no ha alcanzado en el Derecho penal —ni siquiera en los Estados Unidos—[15] una presencia comparable a la que tiene en el Derecho privado e incluso en el Derecho público.

3. LA RELEVANCIA DE LAS CIENCIAS EMPÍRICAS Y SOCIALES

3.1. Generalidades

8 En la actualidad no pocos autores postulan un enfoque interdisciplinario de los problemas del Derecho penal. En España, particularmente, son muchos los que abogan por considerar, entre otras, las aportaciones de la criminología, de la ciencia política y económica, de la sociología, la filosofía moral experimental, de la teoría psicológica del comportamiento, de las neurociencias y de la inteligencia artificial.[16] En efecto, en un amplio sector de la doctrina existe un renovado interés por la toma en consideración de los datos fácticos.

---

[12] *Baratta*, KritV 2003, 214 ss.

[13] Desde la perspectiva del llamado, en inglés, «*labeling-approach*» (o doctrinas del etiquetamiento).

[14] *Becker* (1968); *Posner*, Columbia L. R. 85 (1985), 1193 ss. Sobre ello, *Silva Sánchez*, ADPCP 1996, 93 ss.; *Ortiz de Urbina*, RDPC extr. 2 (2005), 34 ss.

[15] Crítico, *Dworkin*, Arizona S. L. J. 29 (1997), 353 ss., desde una perspectiva «moralista».

[16] *Molina Fernández*, ADPCP 2000, 169 ss.; *el mismo* (2008), 220 ss., 228 ss.; *Ortiz de Urbina*, LH Ruiz Antón, 2004, 859 ss.; *el mismo*, RDPC extr. 2 (2005), 31 ss.; *el mismo* (2016), 79 ss.; *Rodríguez Horcajo* (2016); *el mismo* (2021), 73 ss.; *Díez Ripollés*, RECPC 20 (2018), 1 ss.; *el mismo*, RECPC 23 (2021), 1 ss.; *el mismo* (2021), 99 ss.; *Miró Llinares*, LH Morillas Cueva, 2018, 451 ss.; *el mismo*, LH Luzón Peña, I, 2020, 279 ss.; *el mismo* (2022); *Miró/Fuentes* -eds.- (2021); *Cigüela Sola*, InDret 4/2019, 3 ss.; *Paredes Castañón*, LH Luzón Peña, I, 2020, 875 ss.; *Valiente Ivañez* (2021), 147 ss.; *Demetrio Crespo* (2022).

En realidad, esta perspectiva no ha dejado de existir, bajo la denominación de «naturalismo» jurídico.[17] Sin embargo, la expresión no se refiere sólo a los resultados de las investigaciones de las ciencias naturales, sino también a los alcanzados por las ciencias sociales —psicología, sociología, criminología, economía—. A diferencia de lo que sucedió hacia mediados del siglo XX, en la actualidad no se cuestiona el *statu quo* del sistema de consecuencias jurídicas del delito, basado en la pena. En cambio, se hace hincapié en la relevancia de la evaluación de las leyes penales, tanto *ex ante* como, sobre todo, *ex post*, con el fin de racionalizar las decisiones de política legislativa.[18]

3.2. Los datos empíricos en la teoría de la legislación penal

La pretensión de este sector doctrinal es razonable. En efecto, la legislación **9** penal es expresión de una política del Estado y, en esa medida, tiene que considerar los resultados de los estudios de las ciencias empíricas y sociales. A su vez, estas pueden proporcionar, por un lado, datos sobre cuáles son las representaciones sociales de lo justo; por otro lado, sobre cuáles son las emociones y representaciones que desencadena un delito; y, asimismo, sobre qué efectos sociales produce la normatividad, la amenaza de pena y su imposición efectiva. Todos estos datos son necesarios para identificar los problemas y acometer las posibles soluciones. Adicionalmente, las ciencias empíricas y sociales aportan elementos que tienen una cierta fuerza normativa. No en vano, la máxima que alude a una «fuerza normativa de lo fáctico» ha sido aceptada de modo general.[19] Pues bien, sería erróneo ignorar la relevancia normativa que puede tener la constatación (o ausencia de constatación) de determinados datos de hecho.[20]

Con todo, los resultados alcanzados por las ciencias experimentales son, por **10** definición, siempre provisionales. Además, dependen tanto del modelo teórico de partida como del diseño concreto de cada experimento. En el caso de las llamadas ciencias sociales, a lo anterior se añade que estas no sólo describen los hechos institucionales a los que se refieren —conforme a los modelos teóricos respectivos—, sino que también los valoran.[21] En ocasiones, esto tiene lugar presentando de modo explícito o implícito como descripciones lo que, en realidad, son valoraciones. Por tanto, el manejo jurídico de los datos de hecho —y de las valoraciones pre-jurídicas— requiere, en primer lugar, un criterio de

---

[17] *Hilgendorf* (2000), 18 ss.; *el mismo*, JRE 11 (2003), 100. En cambio, escéptico, *Feldman*, Minnesota J. L. Sc. & T. 10 (2009), 95 ss.

[18] *Díez Ripollés* (2003; 2.ª, 2013); *Tamarit Sumalla*, PolítCrim 3 (2007), 1 ss.; *Paredes Castañón* (2013); *Ortiz de Urbina* (2016), 79 ss.; *el mismo*, LH Díez Ripollés, 2023, 317 ss.; *Benito Sánchez* (2020), 160 ss.; *Miró Llinares*, LH Lorenzo Salgado, 2021, 933 ss.; *Miró/Fuentes* -eds.- (2021).

[19] *Jellinek* (1878).

[20] La «*Annual Review of Law and Social Science*», que existe desde 2005, representa esta perspectiva con respecto al Derecho en general.

[21] *Silva Sánchez* (1992), 86 ss.; *Alcácer Guirao*, ADPCP 1999, 183 ss., 188.

selección de los elementos relevantes. En segundo lugar, es preciso disponer de reglas concretas de manejo de los datos seleccionados. Ahora bien, ni aquel criterio ni estas reglas pueden ser fácticos. Por tanto, sin tener presente una idea de justicia —como realidad metafísica o como representación empírica de lo justo— no es posible tomar decisiones. En definitiva, lo fáctico —expresión que comprende tanto los hechos brutos como los institucionales—, no predetermina las decisiones político-jurídicas. Lo que sí hace —y no es poco— es impedir la adopción de decisiones normativas sobre bases fácticas refutadas.

3.3. Los datos empíricos en la dogmática

11 La dogmática de la teoría del delito, y la de los delitos en particular, también tiene que estar abierta a los datos empírico-sociales.[22] Desde luego, no procede acoger el modelo de ciencia jurídica propio de la teoría pura del Derecho. Según esta, la ciencia del Derecho debería centrarse en el estudio formal del Derecho positivo y abstenerse de toda relación con las disciplinas empíricas próximas: la sociología, la ética o la política.[23] Sin embargo, la misión de la dogmática jurídico-penal va más allá y, para su cumplimiento, es preciso considerar los datos extralegales y extrajurídicos. Así, por ejemplo, a los efectos del juicio de culpabilidad, son obviamente relevantes las realidades psico-físicas. Por tanto, la dogmática jurídica debe ser conforme con el sustrato empírico-social, de modo que las bases fácticas de sus reglas no pueden contradecir lo que aquel establezca. Ahora bien, como se ha indicado, de una relación fáctica no se deriva sin más un vínculo jurídico de imputación; viceversa, la ausencia de un vínculo fáctico no cierra la vía del juicio normativo.

12 La relación de la dogmática del Derecho penal con las ciencias empíricas y sociales constituye un problema complejo y constante. Es cierto que en determinadas épocas pierde interés, pero, transcurridas estas, vuelve a aparecer en el centro de la discusión. En los últimos ciento cincuenta años ello ha tenido lugar en tres ocasiones: (i) a finales del siglo XIX, con el auge general de las ciencias experimentales; (ii) en los años sesenta y setenta del siglo XX, con el psicoanálisis y las teorías sociológicas; y (iii) a principios del siglo XXI, de la mano de las neurociencias. Pues bien, la incidencia de la orientación a las ciencias sociales alcanza al método jurídico-penal en general. Sin embargo, tiene proyecciones especiales sobre los contenidos de las diversas categorías. Así, las más afectadas son la imputación subjetiva y la culpabilidad. A su vez, la doctrina adopta dos posiciones básicas al respecto: la de la de franca apertura, que puede calificarse de naturalista, psicologicista o cientificista de modo general; y la de fuerte resistencia, que cabe denominar normativista. Esta última sostiene que los conceptos del Derecho penal se elaboran según su lógica propia —sus propias «psicología» y «moral»—.

---

[22] *Sánchez-Ostiz*, InDret 3/2022, 159; *el mismo*, RDPC 29 (2023), 375 ss.

[23] *Kelsen* (1934), 15-16.

Sin embargo, es difícil sostener que el Derecho penal deba operar al margen 13
de lo que sostienen las investigaciones sobre el comportamiento humano. Por poner sólo un ejemplo, estas ponen de relieve la necesidad de abandonar el paradigma del «sujeto egoísta racional autónomo», que todavía es común mantener rígidamente en Derecho penal. Al respecto, es preciso tener en cuenta lo que ha puesto de relieve la psicología cognitiva acerca de la proclividad a incurrir en errores e irracionalidades, incluso en perjuicio propio. Igualmente, hay que atender a lo advertido por aquella disciplina en relación con la debilidad volitiva del ser humano. En fin, el modelo del sujeto egoísta racional ha sido ya como mínimo parcialmente abandonado tanto en el Derecho privado como en el Derecho público.

3.4. El problema del reduccionismo

Lo positivo de la orientación del Derecho penal a las ciencias empíricas y 14
sociales es una cierta pretensión de realismo. Sin embargo, tal visión padece del reduccionismo de lo real a lo empírico, que es propio de la antropología del empirismo inglés. Frente a ello, es preciso subrayar que lo real trasciende a lo empírico. Por un lado, además de los hechos brutos, son reales los hechos institucionales, investigados por las ciencias sociales. Por otro, más allá de todo lo anterior, existe una realidad antropológica que sólo puede ser abordada con un método de filosofía tanto teórica como práctica. En efecto, la orientación exclusiva del Derecho penal a las ciencias empíricas y sociales olvida con frecuencia que a la dogmática le interesa fundamentalmente el conocimiento práctico. Este es el conocimiento preciso para guiar la acción moral: qué debo hacer.

Las ciencias empíricas y sociales proporcionan un conocimiento teórico. Sin 15
embargo, el objeto del juicio oral en Derecho penal no puede identificarse ni con un diagnóstico psicológico-psiquiátrico sobre el agente, ni con un juicio empírico sobre sus acciones.[24] En el marco de la ideología del control social, el ser humano es contemplado como objeto empírico de observación, igual que su actuar se observa como un mero proceso causal externo e interno. Sin embargo, tal actitud empirista conduce al reduccionismo consistente en la cosificación del sujeto. Tal reduccionismo parte de que no existe otra realidad que la que puede acreditarse conforme al principio de certeza experimental. Ahora bien, esto resulta especialmente inadecuado para abordar los problemas de la atribución de responsabilidad penal, en los que lo decisivo es la razón práctica —la verdad práctica y la justicia— y no cabe regirse por el principio de certeza teórica.[25] Además, este último ha sido puesto en tela de juicio, a lo

[24] Distinto, *Paredes Castañón*, RDPC 5 (2000), 98: certeza sobre una relación de necesidad entre conducta y resultado; *el mismo*, LH Luzón Peña, I, 2020, 884: prueba pericial del dolo con base en la ciencia cognitiva.

[25] *Aristóteles*, Ética, 1094b.

largo del siglo XX, incluso en las ciencias experimentales. Como ya advirtiera Aristóteles, «es propio del sabio obtener demostración sólo de algunas cosas».[26]

16 Desde luego, los datos empíricos no prefiguran el contenido preciso de las reglas de atribución de sentido, valoración e imputación jurídico-penal. Esto determina, por un lado, que haya que huir de acogerlos como dogmas. Por poner sólo un ejemplo, algo así ha sucedido a propósito de las denominadas neurociencias. En efecto, los supuestos resultados de ciertos experimentos neurocientíficos han sido presentados por un sector doctrinal —de forma entre ingenua y pretenciosa— como prueba irrefutable de la ausencia de libertad humana y del final de la noción de culpabilidad. Igualmente, no ha sido infrecuente que la apelación a la relevancia de lo fáctico-empírico —el ya mencionado «naturalismo»— encubra la adopción de modelos jurídicos consecuencialistas y, en concreto, utilitaristas.[27] Sin embargo, el consecuencialismo —sea utilitarista o no—, no es una tesis empírica, sino una doctrina filosófico-moral y filosófico-política.

3.5. El conocimiento jurídico y las disciplinas empíricas

17 Existen varias disciplinas no jurídicas que guardan relación con la doctrina del Derecho penal, en la medida en que se ocupan del fenómeno individual y social del delito, así como del castigo como práctica social. Al respecto, es común afirmar que estas son la criminología —como ciencia empírica— y la teoría de la política criminal —como disciplina empírico-valorativa—.[28] Frente a ellas se situaría la ciencia del Derecho penal en sentido estricto —la dogmática—. Sin embargo, esta distinción resulta cuestionable. En primer lugar, la criminología no es sólo una disciplina empírica, cultivada con métodos cuantitativos. Por el contrario, quienes se dedican a ella realizan también análisis cualitativos, en cuyo marco se formulan enunciados crítico-valorativos. Desde luego, esto no es muy distinto de lo que sucede en la psicología, la sociología y la economía. Además, y como se ha indicado ya, en estas disciplinas los «marcos teóricos» o «mentales» adoptados desempeñan asimismo un papel valorativo decisivo.

18 En segundo lugar, cabe diferenciar diversas concepciones de la teoría de la «política criminal» teórica. Ciertamente, una es la concepción empírica, que dio lugar en su día a la propuesta de una política criminal científica. Sin embargo, junto a ella se encuentra la concepción valorativa, que es mejor denominar política del Derecho penal o política jurídico-penal. A su vez, esta

---

[26] *Aristóteles*, Ética, 1141a, 1142a: «los jóvenes llegan a ser geómetras, matemáticos y sabios en cosas así, pero no parece que sean prudentes. La causa es que la prudencia atañe a las cosas particulares, las cuales se conocen por experiencia, y el joven no tiene experiencia, ya que es la cantidad de tiempo lo que la crea».

[27] Crítico, *Silva Sánchez* (1992), 92-93.

[28] *Silva Sánchez* (2.ª, 2010), 70-71.

comprende una teoría de las formas de conducta razonablemente susceptibles de ser criminalizadas, así como de las reglas de imputación razonablemente aplicables a sus autores. El contrapunto de ambas es la «política criminal» real. Esta última, la que se lleva a cabo en la vida pública de los diversos países, cuenta con una pluralidad de agentes —partidos políticos, asociaciones, medios de comunicación— y un denominador común. Este es el de la extrema contingencia, que deriva de la rápida sucesión de las circunstancias y de la velocidad que se requiere en la reacción frente a estas. Además, cada uno de los agentes implicados en la política criminal real tiene intereses específicos en relación con el modo de afrontar los hechos socialmente lesivos. Así pues, la misión de una teoría de la política jurídico-penal —empírica y valorativa— es aportar a la discusión el resultado de aplicar serenidad, tiempo y trabajo al estudio de los problemas. Ciertamente, ello tiene que traducirse en datos y en construcciones racionales, que reflejen la colaboración interdisciplinaria de penalistas y criminólogos, filósofos, sociólogos, psicólogos y otros especialistas. Por tanto, la concepción interdisciplinaria de la política del Derecho penal es razonable. De entrada, debe considerar los datos empíricos; a continuación, tiene que ocuparse de la valoración de esos datos.

19 En este punto se separan los dos enfoques básicos de la política del Derecho penal, que tienen que ver con la naturaleza que se atribuya a las valoraciones. Así, un sector doctrinal, partiendo de las premisas propias del neopositivismo o del racionalismo crítico —o, en todo caso, asumiendo sus consecuencias—, les asigna una naturaleza estrictamente política.[29] Desde esta perspectiva, la política del Derecho penal se integra de un conjunto de decisiones contingentes, cuyo estudio, en realidad, le debe corresponder a las ciencias sociales, incluida la ciencia política. En cambio, otra posición integra las valoraciones en el ámbito de la filosofía práctica.[30] Por tanto, considera que estas son competencia de la dogmática jurídica entendida como comprensiva de análisis *de lege lata* y *de lege ferenda*. En realidad, como luego se verá, es posible postular una solución de consenso, para lo que se hace necesario distinguir dos planos valorativos distintos.

4. LA DOCTRINA JURÍDICA DEL DERECHO PENAL: LA DOGMÁTICA

4.1. Generalidades

20 La dogmática jurídico-penal constituye la ocupación fundamental de un jurista dedicado al Derecho penal. Sin embargo, esta afirmación es cuestionada

---

[29] *Hilgendorf* (2000), 18 ss.; *el mismo*, JRE 11 (2003), 100; con matices, *Díez Ripollés* (2003); *el mismo*, REDPC 2021, 1 ss.; radical, *Mañalich*, REJ 29 (2018), 59 ss.

[30] *Silva Sánchez*, LH Torío López, 1999, 215-217; *el mismo*, InDret 1/2019, 1 ss.; *el mismo*, LH Huerta Tocildo, 2020, 141 ss.; *Robles Planas* (2012), 19 ss.; *el mismo*, LH Lorenzo Salgado, 2021, 1211 ss.; *el mismo*, LH Díez Ripollés, 2023, 371 ss.; *Sánchez-Ostiz* (2012); *Sanz Morán*, LH Díez Ripollés, 2023, 384 ss.; *Coca Vila* (2023), 79 ss.

por parte de quienes entienden que el penalista académico debe tener por objeto fundamental de atención la conformación de una teoría racional de la legislación penal. Así, se afirma que: «La reflexión jurídico penal se ha visto atrapada en una estrategia equivocada: no hay que asumir el arbitrio irracional del legislador e intentar atemperarlo mediante principios limitadores en el momento de la aplicación del derecho, sino que hay que someter al legislador desde el inicio de su actividad a criterios racionales de legislación, previendo los medios jurídico-políticos para ello».[31] Al respecto hay que señalar, en primer lugar, que la polémica es estéril, por cuanto una tarea no excluye la otra. En segundo lugar, hay que subrayar —y esto es esencial— que la dogmática jurídica no trata sólo, ni siquiera principalmente, de poner límites a leyes arbitrarias. Por el contrario, toda ley, y no sólo la ley más o menos incorrecta, precisa de una aplicación y esta, a su vez, de una dogmática. En definitiva, de lo que se trata es de contribuir a la justicia del caso. Por lo demás, en tercer lugar, a ello debe añadirse que la comunicación entre juristas académicos y forenses —jueces, fiscales y abogados—, con todas sus dificultades, siempre ha sido más fluida que la que tiene lugar entre académicos y legisladores. No en vano, aquella se ubica en lo que Luhmann denominaba el «sistema jurídico», mientras que los legisladores se mueven en el «sistema de la política», más estanco frente a la argumentación jurídica.

4.2. La dogmática de orientación teleológica

21 Existe discusión sobre cuáles tienen que ser las características de la tarea de la dogmática jurídica. Así, como se ha adelantado, para un sector doctrinal de inspiración kelseniana, esta es una disciplina descriptiva, limitada a la exégesis y ordenación lógico-sistemática de los preceptos legales de un Derecho positivo dado.[32] Ahora bien, en tal caso la pretendida ciencia del Derecho se reduce a filología —cuando recurre a los cánones semántico y sistemático— e historia —cuando maneja el genético y el teleológico-subjetivo— (*cfr. supra* capítulo 6/44). En cambio, la otra posición sostiene que la dogmática tiene una dimensión normativa-material —valorativa o prescriptiva—. Pues bien, este debate, propio de la dogmática jurídica en general,[33] ha adquirido una intensidad peculiar en el Derecho penal. Ello se debe al papel singular que desempeñan en la dogmática jurídico-penal, por un lado, el principio de legalidad y, por el otro, la justicia del caso. En virtud del primero, la dogmática *de lege lata* tiene que moverse en el espacio de la respectiva legislación positiva.[34] Esta noción, concretada como principio de tipicidad, marca la reconstrucción doctrinal de los delitos en particular. En cuanto a lo segundo, el instrumento fundamental para contribuir a ella es la teoría del delito.

---

[31] *Díez Ripollés* (2003), 103 n. 136.

[32] *Hilgendorf* (2000), 17 ss.

[33] *Jestaedt/Lepsius* (2008); *Jestaedt*, JZ 2014, 1 ss.; *Schmidt-Assmann* (2021).

[34] *Bringewat* (1974), 15 ss., 160; *Stark* (2020), 39 ss., 92 ss.

La dogmática de la teoría del delito tiene por objeto la permanente reconstrucción de un sistema suprapositivo de conceptos, reglas y principios.[35] La finalidad de tal sistema es la conformación de una teoría de la atribución de significado, de la valoración y de la imputación justa de las conductas humanas. Sin embargo, sería pretencioso afirmar que es posible alcanzar ese fin mediante un sistema cerrado —abstracto y permanente— de conceptos formales. Por ello, el contenido de los conceptos del sistema de la teoría del delito es axiológico-teleológico, pues las mencionadas reglas de atribución de sentido, valoración e imputación justa se construyen a los efectos de la imposición de una pena justa al agente.[36] Ciertamente, esto no significa todavía que deban reconstruirse en atención a una determinada teoría de los fines de la pena,[37] sobre lo que cabe discutir. Sin embargo, sí pone de relieve que los productos conceptuales de la dogmática del Derecho penal tienen una misión de racionalización práctica —y, por ello, también de crítica— de una legislación positiva dada.[38] 22

4.3. La propuesta de un sistema integral del Derecho penal

En este contexto concreto, ha tenido lugar, desde finales del siglo XX, otra propuesta de encuadramiento interdisciplinario del Derecho penal, con pretensiones más modestas que las de la ciencia total de von Liszt. En efecto, la nueva orientación, que pretende la configuración de un «sistema integral del Derecho penal»,[39] se mueve en el marco de la colaboración entre disciplinas estrictamente jurídicas. En concreto, su pretensión es promover la integración del Derecho penal —en particular, de las instituciones de la teoría del delito— con el Derecho procesal penal, el Derecho de la individualización de la pena y el Derecho constitucional.[40] Esta línea de investigación, todavía incipiente, resulta prometedora, pues pretende una mayor proximidad a la aplicación de la ley en cada caso concreto. No obstante, tiene que afrontar un problema descomunal, a saber, la configuración crecientemente gerencial del proceso penal y su orientación a la obtención de «acuerdos negociados» (*cfr. infra* capítulo 28/100).[41] 23

---

[35] *Mir Puig*, RJCat 77 (1978), 649 ss.; *Nino* (1989), 41 ss.; *Silva Sánchez* (1992), 149 ss.; *Sanz Morán*, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 639 ss.

[36] *Silva Sánchez*, LH Mir Puig, 2017, 877 ss. Críticos, *Gomez Lanz*, icade 74 (2008), 37 ss.; *Wilenmann*, PolítCrim 12 (2017), 754 ss.

[37] Sin embargo, algunos autores la pretenden orientar precisamente a la finalidad preventiva: *Roxin* (1972); *Mir Puig*, (2.ª, 1982); *Schünemann*, GA 2021, 242 ss.

[38] Similar, *Binding* (1885), 14-15; *Köhler*, AT, 1997, 8; *Zaczyk*, FS Küper, 2007, 723 ss.; *Kubiciel*, FS Fischer, 2018, 143 ss.

[39] *Wolter/Freund*-eds.- (2004).

[40] *Wolter*, FS Roxin, 2001, 1141 ss.; *Wolter/Freund*-eds.- (2004); *Silva Sánchez* (2.ª, 2010), 76 ss.; *Ragués i Vallès*, LH Octavio de Toledo, 2016, 1203 ss.; *el mismo* (2017), 1 ss.

[41] *Naucke*, GA 1998, 265-266, 272.

II. LA EVOLUCIÓN INTELECTUAL DE LA DOGMÁTICA DEL DERECHO PENAL

1. LA TRADICIÓN CLÁSICA Y MODERNA

1.1. La Escolástica clásica y tardía

1.1.1. Introducción: Atenas, Roma, Jerusalén

24 La tradición continental europea de una aproximación normativa al delito tiene su origen, al igual que la angloamericana, en las tres fuentes de nuestra cultura jurídica. Estas son, por un lado, la filosofía griega y, en particular, la Ética y la Política de Aristóteles (384-322 a.C.); por otro lado, la Teología cristiana; y, en fin, el Derecho romano, finalmente recopilado por el emperador bizantino Justiniano. En los primeros siglos de la era cristiana, la doctrina de los Padres de la Iglesia, singularmente la de Agustín de Hipona (354-430), influido por la filosofía del neoplatonismo, fue la más importante fuente de inspiración. En realidad, es posible que este sea el origen de una primera tradición subjetivista que cabe advertir todavía en el Derecho penal medieval. Sin embargo, al final de la Alta Edad Media se produjo, por un lado, el redescubrimiento del *Corpus iuris civilis* y, por el otro, el surgimiento del Derecho canónico, que daría lugar al *Corpus iuris canonici*. Pues bien, la actividad de los glosadores y posglosadores italianos, así como la integración del Derecho canónico con el Derecho romano y el germánico, constituyeron el marco fundamental del desarrollo de los conceptos del Derecho penal en esa época. Así las cosas, a partir de la Baja Edad Media resultó especialmente importante la influencia de la Suma Teológica de Tomás de Aquino (1225-1274), marcada por la recepción de la obra de Aristóteles y su armonización con la tradición de la Iglesia. Ello supuso la integración de la tradición subjetivista platónica con una perspectiva más realista y social.

25 En particular, la teoría de la ley, de la justicia y del Derecho de Tomás de Aquino, pero también su teoría analítica del acto moral, siguen teniendo plena actualidad en la discusión filosófica y jurídico-penal. De hecho, es en esta época en la que surge la propia noción de una «doctrina del Derecho penal». En efecto, ante las diferencias entre las leyes de los diversos territorios, se trataba de conseguir criterios generales para su aplicación. Pues bien, estos los proporcionaban una doctrina y una praxis comunes, a las que recurrían los tribunales de toda Europa. Por eso, la historiografía alude a esta época como «la era del Derecho penal europeo», de la que proceden buena parte de las instituciones del Derecho penal contemporáneo.[42] Justo entonces, en los inicios de la Edad Moderna, fueron elaboradas las doctrinas normativas del Derecho penal de la Escolástica tardía. Los integrantes de las denominadas Escuelas teológico-jurídicas de Salamanca y Coimbra son conocidos ante todo por sus aportaciones a la doctrina de los derechos humanos, así como

[42] *de Hinojosa* (1890), 128; *Masferrer*, ZStW 131 (2019), 222 ss., 226 ss.

al Derecho internacional público y a la filosofía y teoría jurídicas. Aquí cabe citar, entre otros, a los dominicos Francisco de Vitoria (1483-1546), Domingo de Soto (1494-1560) y Martín de Azpilcueta (1492-1586), así como a los jesuitas Francisco Suárez (1548-1617) y Luis de Molina (1535-1600). Sin embargo, es preciso tener muy presentes sus contribuciones al Derecho penal, en las que también descolló el franciscano Alfonso de Castro (1495-1558).[43] En sus textos se muestra la estrecha relación existente entre las estructuras analíticas propias de la ley moral y de la ley penal, así como entre las propias de los conceptos de pecado y de delito, en tanto que infracciones. Así, las obras de estos autores, construidas en parte como comentarios a la Suma Teológica, integraron tradición y razón en términos que tuvieron trascendencia en toda la Europa de su tiempo y en el siglo posterior.[44] En todo caso, nunca han vuelto a darse juristas de habla hispana con tanta proyección internacional como la que ellos tuvieron.

1.1.2. La crisis del pensamiento clásico

A finales del siglo XVI empezó a producirse un cambio radical en el marco 26
de las doctrinas jurídicas preexistentes.[45] Ciertamente, los acontecimientos relacionados con la Reforma protestante desempeñaron un papel decisivo en ello. Así, el cambio se manifestó en cuatro planos distintos, aunque interrelacionados. En primer lugar, acentuó el subjetivismo. Ello tuvo su origen en el plano exegético, al renunciar los protestantes a la Tradición y al Magisterio de la Iglesia como fuentes de autoridad doctrinal e interpretativa de la Sagrada Escritura. En segundo lugar, la situación europea, inmersa en las guerras de religión, dio lugar a que se teorizara acerca de la posposición de la discusión sobre lo verdadero y lo bueno —la verdad en filosofía práctica— y se buscara una base de legitimación propia a las decisiones políticas. A su vez, ello dio lugar a las teorías contractualistas, que surgieron con un fundamento claramente individualista: las ideas de autonomía y de auto-posesión del individuo. En tercer lugar, y de modo conexo a lo anterior, se produjo una tendencia al formalismo en las aproximaciones teóricas a los problemas éticos y políticos. En efecto, el iusnaturalismo jurídico pasó a autodenominarse racionalista o sencillamente, dejando de lado la naturaleza, asumió el título de teoría del Derecho racional. En cuarto lugar, se difundió una antropología pesimista derivada de una concepción del pecado original como fuente de una naturaleza humana corrompida, que se entendía incapaz tanto de conocer la verdad como de hacer el bien. Como se puede comprobar, el subjetivismo, el individualismo, el formalismo y el pesimismo antropológico propios del protestantismo del siglo XVII perviven en muchas de las construcciones jurídico-penales actuales.

---

[43] *Rodríguez Molinero* (2014). También fue muy influyente la obra de Martín de Azpilcueta y de Diego de Covarrubias (1512-1577).

[44] *de Hinojosa* (1890), 73 ss., 77; *Maihold* (2005); *el mismo* (2011), 125 ss.

[45] *Simón Yarza* (2022), 131 ss.

1.2. El iusracionalismo

1.2.1. El conocimiento jurídico como geometría

27 La decadencia del Imperio hispánico en Europa y la consolidación de la Reforma protestante en los siglos XVII y XVIII determinaron que el núcleo de la producción de las doctrinas jurídicas se desplazara a los países del centro y norte del continente. Ciertamente, la influencia de los conceptos de los juristas-teólogos españoles del siglo XVI es patente en los autores centroeuropeos posteriores. Sin embargo, la orientación de aquellos a la teología fue sustituida en estos últimos por concepciones de filosofía moral, política y jurídica crecientemente materialistas o agnósticas. Estas se vincularon a la ciencia formal —lógica o matemáticas— y a la experimental. Con todo, durante los siglos XVII y XVIII prosiguió la convivencia de los prácticos y los filósofos. Los primeros, cultivadores de la doctrina jurídico-penal orientada al caso, se siguieron moviendo en el marco del *ius commune*, integrando en él los nuevos elementos. En cambio, los filósofos iban conformando una nueva tradición para el Derecho penal.

28 En este último ámbito, destacan sobre todo las obras de tres autores: Hugo Grocio (1583-1645), en cuya obra *De iure belli ac pacis* (1625) se advierte la influencia de Suárez, así como de Covarrubias y Alfonso de Castro; Samuel Pufendorf (1632-1694) y su doctrina de la *imputatio*; y Christian Wolff (1679-1754), que promovió la llamada *philosophia practica universalis*. Esta última constituía un intento de abordar los problemas filosóficos y jurídicos mediante el método formal de las matemáticas. En efecto, el racionalismo centroeuropeo introdujo en la tradición continental del Derecho penal una vocación de sistematización *more geometrico*,[46] así como de búsqueda de espacios de neutralidad moral y de despolitización. Así, en la materia objeto de sistematización procedía con base en el principio metodológico de la certeza lógica, huyendo tanto de las valoraciones como de la casuística. De hecho, la pretensión generalizadora y sistematizadora característica de la dogmática de cuño alemán provienen de esta época.[47] Ahora bien, al mismo tiempo iba desapareciendo paulatinamente la preocupación por la equidad —la epiqueya de Aristóteles—, entendida como justicia del caso concreto, que se fue sustituyendo por una incipiente idea de seguridad jurídica general. Con ello, la doctrina jurídico-penal europea se alejaba de la filosofía práctica clásica.

1.2.2. La variante empirista

29 Casi paralelamente al iusracionalismo deductivista centroeuropeo, tuvo lugar el desarrollo del racionalismo empirista inglés. Este conformó su marco filosófico y jurídico en las obras de Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke

[46] Es decir, siguiendo el modelo de la geometría.

[47] *Hruschka* (2005).

(1632-1704), George Berkeley (1685-1753) y David Hume (1711-1776). Las construcciones de estos autores han influido de forma decisiva tanto en la filosofía política como en la filosofía moral contemporánea. En lo que se refiere en concreto a la doctrina del Derecho penal, su influencia puede apreciarse en el modo de abordar los problemas jurídicos en la tradición angloamericana. La pervivencia de la aproximación tópica —y no sistemática— en el *common law* trae causa de esta orientación. En todo caso, la consolidación del racionalismo, en sus variantes deductiva y empirista, puso fin a la influencia de las antropologías realistas, también en su proyección sobre el Derecho penal. Así, la tradición germánica del racionalismo hace abstracción de las pasiones, emociones y hábitos de conducta sobre cuya base actúan los seres humanos. Como se ha indicado, la influencia principal del iusracionalismo en Derecho penal ha sido la propensión al análisis conceptual y sistemático siguiendo un modelo geométrico.[48] Por su parte, la tradición del empirismo inglés menosprecia la racionalidad moral del sujeto libre. Esto se manifiesta en la frase de Hume de que «la razón es y solo debe ser esclava de las pasiones».

El racionalismo deductivo prosiguió en la filosofía del idealismo alemán, 30
mientras que el empirista lo hacía en la filosofía angloamericana. Tanto en el uno como en el otro se advierte el mencionado desgarro o fractura antropológica, que impide la comprensión total del actuar humano (*cfr. supra* capítulo 1/76 ss.). Pues bien, la tradición racionalista-formalista continental y la empirista inglesa —o ambas a la vez— han sido reivindicadas de forma reiterada en las doctrinas del Derecho penal desde el siglo XIX hasta el presente siglo XXI. En efecto, los modelos antropológicos —y la base de las teorías jurídicas— más influyentes en las doctrinas contemporáneas del Derecho penal surgen de ambas corrientes.

1.2.3. La herencia del racionalismo

Los modelos del racionalismo individualista de Kant y del historicismo holis- 31
ta de Hegel[49] no sólo han servido de base a diversas variantes de la concepción retributiva de la pena, sino también a las teorías idealistas del delito. Por su parte, el modelo empirista de Hobbes, Locke y Hume constituye el sustrato de la visión instrumental-preventiva del Derecho penal. Por tanto, sienta el fundamento de las doctrinas de la prevención general intimidatoria y de la prevención especial, así como de las teorías del delito sostenidas con base en ellas. Para una línea del pensamiento jurídico-penal, y desde Hobbes, el hombre es básicamente una fuente de peligro para los demás hombres —*homo homini lupus*—.[50] Así pues, su condición peligrosa debe ser neutralizada mediante la coacción física y psicológica para preservar la libertad externa de los demás.

---

[48] *Hruschka* (2005); crítico, *Silva Sánchez*, InDret 4/2019, 1 ss.

[49] *Alcácer Guirao*, LH Ruiz Antón, 2004, 54 ss.; *Jakobs* (2012), 16.

[50] Crítico, *Köhler*, AT, 1997, 38 ss.

Ahora bien, sólo en la medida en que ello sea necesario. Inserta en esta tradición, la obra «Sobre los delitos y las penas» de Beccaria (1738-1794)[51] abrió la discusión del siglo XIX. A ella seguirían luego las de Bentham (1748-1832),[52] Feuerbach (1775-1833) y von Liszt (1851-1919). Todas son deudoras de ese pensamiento inglés del siglo XVII y principios del XVIII.

2. LOS ANTECEDENTES DEL NATURALISMO DE LA SEGUNDA MITAD DEL S. XIX

2.1. Feuerbach y el hegelianismo

32 Es común situar la obra de Feuerbach como el punto de partida del Derecho penal moderno. Ciertamente en él confluyen las cuatro líneas de pensamiento que antes se han mencionado. Por un lado, el formalismo conceptualista, heredado del iusnaturalismo racionalista. Por otro lado, el legalismo positivista, que expresa la pretensión de seguridad jurídica. En tercer lugar, una filosofía jurídica de base kantiana, en la que el delito se define desde una base contractualista.[53] En cuarto lugar, una antropología determinista, que entiende que el hombre carece de libertad moral y que enlaza con el modelo empirista de Hobbes, Locke y Hume. Así, el punto de partida de la construcción de Feuerbach es la prioridad de la coacción física frente a quien pretende lesionar la libertad ajena. Sin embargo, constata que aquella, que debería ser capaz de impedir todo delito, tiene limitaciones. Pues bien, al Derecho penal, como mecanismo de coacción psicológica, le corresponde superar esas limitaciones. Ello lo lleva a cabo operando de modo neutro, frente a sujetos que se hallan determinados en su obrar, así que no pretende imponer ningún contenido —ninguna moral—. Sentado esto, la amenaza de pena constituye simplemente un instrumento de regulación —un refuerzo motivacional— para la protección de la libertad jurídica de todos. Por su parte, la pena no se impone porque se reproche la comisión del delito, dado que la retribución moral no es lo propio del Derecho.[54] Por el contrario, el fundamento de su imposición es sólo sostener la eficacia de la amenaza, confirmando su seriedad[55] (*cfr. supra* capítulo 3/56).

33 La obra conceptual y sistemática de Feuerbach no influyó de modo inmediato en la evolución doctrinal del Derecho penal.[56] En efecto, en unos países, como es el caso de España, predominaba la exégesis legal, como consecuencia de la temprana codificación de signo francés. En otros, por el contrario, prevalecieron orientaciones filosóficas de distinto signo. Concretamente en

---

[51] *Beccaria*, Dei delitti e delle pene, 1764. *Matus Acuña* -ed.- (2011); *Seminara*, JZ 2014, 1121 ss.

[52] *Bentham*, Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 1789.

[53] *Feuerbach*, Lehrbuch, 11.ª, 1832, §§ 15 y 17.

[54] *Feuerbach*, Lehrbuch, 11.ª, 1832, § 18.

[55] *Feuerbach*, Lehrbuch, 11.ª, 1832, § 16.

[56] *Koch/Kubiciel/Löhnig/Pawlik* -Hrsg.- (2014).

Alemania, los primeros dos tercios del siglo XIX estuvieron marcados por la influencia de Hegel, que dio lugar a la aparición de la escuela de los denominados «penalistas hegelianos»: Julius F. H. Abegg (1796-1868), Christian R. Köstlin (1813-1856), Hugo Hälschner (1817-1889) y Albert F. Berner (1818-1907).[57] Sin embargo, estos desaparecieron en el último tercio del siglo XIX, en medio de la enemistad tanto del naturalismo como del positivismo jurídico.[58] Así, tendría que pasar un siglo para que, a finales del siglo XX, sus aportaciones fueran reivindicadas de la mano de una corriente muy relevante, aunque minoritaria, del pensamiento jurídico-penal alemán.[59]

2.2. Las variantes del positivismo

La extinción de la escuela hegeliana del Derecho penal fue el resultado 34
del abandono generalizado del método filosófico, fenómeno propiciado por el advenimiento del positivismo. En efecto, en el último tercio del siglo XIX el método en ascenso en el Derecho penal era el orientado a las ciencias experimentales. En este ámbito, el positivismo filosófico-científico redundó en positivismo criminológico. Sin embargo, este se integró con el formalismo. Este último era, en unos casos, el propio del positivismo legal vinculado a la codificación alemana de 1871; en otros, en cambio, el de un positivismo jurídico no legalista.[60] Ello dio lugar a tres líneas fundamentales.

En primer lugar, la orientación metodológica de signo empírico conformó 35
la denominada «dirección» o «escuela» moderna. Con todo, en la obra de su creador, Franz von Liszt, la concepción empirista de la política criminal se vio acompañada, en lo relativo a la dogmática del delito, por el formalismo propio tanto de la jurisprudencia de conceptos como del positivismo legalista. Esta fusión dio lugar a la denominada teoría causalista naturalista del delito, que asumió aspectos del método jurídico-formal de Ernst Beling (1866-1932). En segundo lugar, y frente a lo anterior, la escuela clásica de Karl Binding (1841-1920) representó el intento de construir el Derecho penal desde la perspectiva de un positivismo jurídico no legalista. En fin, es común hablar, en tercer lugar, de la existencia de una «tercera escuela», la de Adolf Merkel (1836-1896).[61] Esta última denominación procede precisamente de la ubicación de la obra de este último autor en una posición intermedia entre las pretensiones puristas de Binding y las doctrinas sociológicas. Pues bien, la obra de Adolf Merkel, poco conocida en nuestro ámbito cultural pese a la temprana traducción de su manual al español, muestra ciertamente un contenido singular. Por un lado, en ella se encuentra precisamente el origen de la teoría general del Derecho

---

[57] *Kubiciel/Pawlik/Seelmann* -Hrsg.- (2017), 95 ss.

[58] *Pawlik* (2012), 4 ss.

[59] *Kubiciel/Pawlik/Seelmann* -Hrsg.- (2017), 247 ss. No sólo Günther Jakobs y sus discípulos, sino también la denominada «escuela de E. A. Wolff».

[60] *Silva Sánchez* (2.ª, 2010), 82 ss.

[61] En alemán, «*dritte Schule*».

como disciplina de análisis formal de los conceptos y enunciados jurídicos. Por otro lado, la crítica de Merkel a los autores hegelianos deriva de su discrepancia con el método idealista de reconstrucción del espíritu del tiempo. Por eso, en su obra la orientación formal convive con una intensa consideración de la dimensión sociocultural del Derecho.[62] Ello permite también distinguir con claridad su *leit motiv* del propio de Binding, a saber, alcanzar una ciencia pura del Derecho penal.

36 En Italia se dieron una confluencia y sucesión de escuelas relativamente análogas a las alemanas. Sin embargo, es preciso sentar algunas diferencias. La escuela clásica italiana, personificada en Francesco Carrara (1805-1888), sostenía una metodología iusnaturalista racionalista, que habría de proporcionar luego los contenidos del Código Zanardelli de 1889. En cambio, la escuela clásica alemana —Binding, Birkmeyer, Nagler— se situaba en el marco del positivismo jurídico (aunque no legal), posterior a la promulgación del Código del imperio de 1871. En este sentido, el fenómeno relativamente paralelo a esta última viene dado en Italia más bien por la denominada «dirección técnico-jurídica», fundada por Arturo Rocco (1876-1942). En efecto, ambas tienen en común el rechazo de la filosofía y del Derecho natural, aunque la italiana tiene una propensión claramente más legalista.

3. EL NATURALISMO

3.1. Las bases de la actitud naturalista

37 El formalismo legalista, por un lado, y una actitud antifilosófica, orientada a las ciencias experimentales y abstractas, por el otro, fueron las características fundamentales del sector emergente en la doctrina del Derecho penal en el último tercio del siglo XIX. En efecto, en la doctrina del Derecho penal de ese momento ejerció una gran influencia la pretensión de orientar su método al propio de las ciencias experimentales —o de la naturaleza— y, en su caso, a la lógica y las matemáticas. La doctrina de los tres estados, que constituye el marco de la «filosofía positiva» del sociólogo francés Auguste Comte (1798-1857), expresa bien la situación. Este sostenía que el conocimiento humano había abandonado ya el estado teológico, pero que todavía tenía que superar el estado filosófico —o metafísico—. Así, el resultado final de tal evolución debía ser el estado positivo, en el que todo conocimiento, incluido el de los problemas sociales y morales, surgiera mediante la aplicación a estos del método de las ciencias experimentales. Pues bien, a partir de mediados del siglo XIX puede constatarse la permanente pretensión doctrinal de que la ciencia del Derecho abandone también la metafísica.

38 El método del positivismo científico no dominó sólo la cultura en la segunda mitad del siglo XIX. En momentos posteriores ha vuelto a aparecer, siempre

[62] *Merkel*, PG, s/f, 12.

para oponerse a las propuestas de un método específico para las ciencias humanas y sociales. Así sucedió, bajo la forma del empirismo lógico —neopositivismo o positivismo lógico— del Círculo de Viena, en los años veinte y treinta del siglo XX. Se sostuvo entonces, en efecto, que sólo poseen naturaleza científica los enunciados empíricos verificables —esto es, los juicios sintéticos: los propios de las ciencias experimentales— o bien los enunciados analíticos —los de la lógica y las matemáticas—. Así, la ciencia del Derecho debería asimilarse a las unas o a las otras. Por lo demás, también cabe observar el planteamiento antifilosófico de esta corriente en ciertas posiciones de finales del siglo XX y principios del siglo XXI. Estas son todas aquellas que pretenden llevar a cabo una reconstrucción de la filosofía moral y del Derecho penal desde las perspectivas reduccionistas —materialistas— de la genética, la neurobiología o la psicología evolutiva.

3.2. La orientación a las ciencias experimentales en Franz von Liszt

La obra de Franz von Liszt constituyó la expresión más relevante de un 39
Derecho penal orientado al método de las ciencias experimentales.[63] Frente a la aproximación filosófica —de filosofía moral y política— al Derecho penal propuesta por los hegelianos, von Liszt pretendía acoger un punto de partida «científico». Así, la concepción científico-experimental del delito propia del planteamiento de von Liszt se manifestó en su libro de 1882 «La idea de fin en Derecho penal», conocido también como programa de Marburgo. Influido por la obra «El fin en el Derecho» de su maestro, el civilista Rudolf von Jhering (1818-1892), von Liszt sostenía que sólo es justa la pena racionalmente necesaria para alcanzar un fin. En efecto, concibiendo el fenómeno social del castigo como una institución evolutiva —en el sentido darwiniano—, von Liszt se propuso su racionalización, con el propósito de mejorar sus prestaciones sociales. Pues bien, el producto de tal racionalización es la denominada pena final,[64] orientada a la protección futura de la sociedad y no a retribuir un hecho ya producido. Ciertamente, von Liszt partía de una antropología materialista, uno de cuyos elementos fundamentales era el determinismo. Esto significa que, en su planteamiento, el delincuente está tan determinado a delinquir como el no-delincuente lo está a no hacerlo.[65] Por tanto, en su concepción carece de sentido manejar un concepto de responsabilidad retrospectiva —el propio de la retribución— como el sostenido por los autores de la Escuela Clásica.

Por el contrario, el delincuente se manifiesta como un foco de peligro. 40
Así, lo único que cabe hacer con él es inhibir su determinación favorable a causar daño a otros o bien impedir que esa determinación se traduzca en la producción de un daño. A su vez, la inhibición de la motivación dañosa tiene

---

[63] Aunque el tema es polémico: *Pérez del Valle*, LH Zugaldía Espinar, 2021, 342 ss.

[64] En el original, «*Zweckstrafe*».

[65] *von Liszt* (1905), 65.

lugar mediante la intimidación individual —dirigida, a su juicio, al delincuente ocasional— y mediante la resocialización[66] del delincuente reiterado, corregible mediante contramotivación. En cambio, frente al delincuente habitual incorregible, no cabría otra actuación que su inocuización: esto es, impedir que la motivación lesiva dé lugar efectivamente a la producción de daño. Como puede advertirse, la llamada pena final no es otra cosa que la medida de seguridad, cuya aplicación generalizada a todos los delincuentes propugnaba von Liszt (*cfr. supra* capítulo 3/76). Por su parte, los integrantes de la *Scuola Positiva* italiana, Cesare Lombroso (1835-1909), Enrico Ferri (1856-1929) y Raffaele Garofalo (1851-1934), desarrollaron el planteamiento preventivo-especial en términos previos e incluso más radicales que los de von Liszt. En fin, la denominada en Italia *Terza Scuola* fue el producto resultante de la tensión surgida entre la escuela clásica y la *Scuola Positiva.*

4. EL POSITIVISMO —LEGAL Y JURÍDICO—

4.1. Las bases del formalismo

41 La superación del hegelianismo, que dio lugar a la orientación del Derecho penal a las ciencias experimentales —al positivismo científico— y al legalismo propios de von Liszt, produjo por otro lado un enfoque positivista distinto —jurídico— del Derecho penal. En efecto, el positivismo jurídico se manifestó en la pretensión de elaborar las categorías e instituciones del Derecho penal desde un punto de vista jurídico, emancipado de la filosofía.[67] Como se ha indicado, en realidad ello no fue sino la nueva manifestación de la tradición de elaboración de los conceptos comunes a todas las leyes. Precisamente esta dio lugar al surgimiento, en esas mismas décadas, de la teoría general del Derecho. Expresado de otro modo, la superación del naturalismo condujo al formalismo jurídico.[68] Por su parte, este no sólo se distinguía del naturalismo, sino también de las premisas filosóficas del hegelianismo jurídico-penal, así como de las posiciones teleológico-valorativas. Estas últimas, a su vez, constituyeron el producto progresivo de la espiritualización neokantiana de las doctrinas del interés de Jhering.

4.2. El pasado y el presente del formalismo jurídico-penal

42 El formalismo clasificatorio en Derecho penal es expresión —algo tardía— de la jurisprudencia de conceptos que había triunfado en el Derecho civil mediante las obras de Savigny, Puchta y del primer Jhering. En efecto, su propuesta optaba por una aproximación de la dogmática a la lógica y a las matemáticas. Así pues, su concepción de la doctrina jurídica era «positiva», es decir, descriptiva, sistematizadora y externa, opuesta a las visiones «filosóficas»,

---

[66] En realidad, una «domesticación».

[67] *Nagler*, FS Binding, 2, 1911, 277.

[68] *González Vicén*, AFD 1961, 47 ss.

esto es, idealistas o constructivas.[69] En suma, rechazaba la existencia de una esencia ideal del Derecho, o de un Derecho en sí, desde el que se pudiera adoptar una perspectiva crítica frente al Derecho positivo, estableciendo hasta qué punto este último es jurídico o «justo».[70] En este marco general cabe ubicar a los mencionados Karl Binding, Ernst Beling y Adolf Merkel, en Alemania; en Italia, al asimismo mencionado Arturo Rocco. Además, el formalismo tuvo gran influencia en Estados Unidos, a lo largo del siglo XIX[71] y de modo previo al predominio del llamado realismo jurídico en aquel país.[72] Al final, toda esta corriente acabó conectando con la escuela neokantiana de Marburgo, en la que se ubica la obra de Hans Kelsen (1881-1973).[73] Sin embargo, el influyente programa del formalismo jurídico propuesto por este último autor —la teoría pura del Derecho— careció por completo de incidencia en la doctrina jurídico-penal del siglo XX. En realidad, sólo a finales del pasado siglo empezó a advertirse un cierto interés de los penalistas por su obra.

El formalismo jurídico ha sido reivindicado por sectores doctrinales contem- 43
poráneos. En efecto, estos lo asocian a la seguridad jurídica, criticando la deriva autoritaria de las orientaciones materiales del Derecho penal de principios del siglo XX. A estas se les reprocha que, desarrolladas durante el neokantismo, luego desembocaron en el pensamiento nacionalsocialista. Pues bien, esta asociación de ideas responde ciertamente a un fenómeno histórico alemán cuyo dramatismo no puede menospreciarse. Sin embargo, resulta arbitrario asociar el garantismo al formalismo, descartando de plano un garantismo fundado en términos materiales-teleológicos. En efecto, no puede obviarse que las doctrinas teleológicas en materia de interpretación y construcción conceptual tenían vocación garantista ya durante el período neokantiano de evolución del Derecho penal. Además, dichas doctrinas han sido el punto de partida de las construcciones garantistas desarrolladas en los años setenta y ochenta del siglo XX. En suma, una orientación teleológica-material del Derecho penal que tome como punto de partida la específica gravedad de la pena como consecuencia jurídica es perfectamente sostenible en términos metodológicos y produce soluciones garantistas en la dogmática del delito.

5. EL NEOKANTISMO

5.1. El dualismo metodológico

El naturalismo y el formalismo constituían ontologías muy insuficientes 44
tanto del obrar humano como del Derecho. Así pues, la reacción contra uno y

---

[69] *Merkel* (1899), 429 ss., 432.

[70] *Merkel* (1899), 433-434.

[71] *Hoeflich*, American Journal of Legal History, 30 (1986), 121 ss.; *Schweber*, Law & History Review 17 (1999), 421 ss.

[72] En inglés, «*legal realism*». *Dubber*, FS Schünemann, 2005, 245 ss.

[73] *González Vicén*, Doxa 2 (1985), 27 ss.

otro partió de constatar la limitación del método de las ciencias formales y de las experimentales para afrontar los fenómenos humanos y sociales. Frente al monismo metodológico de lo generalizador, se había consolidado —al menos desde la obra del filósofo Wilhelm Dilthey (1833-1911)— la idea de que existen ciencias del espíritu (también denominadas de la comprensión o de la cultura). Además, en estas últimas el método debe ser distinto: en concreto, es preciso acoger un método individualizador. Como se podía observar con claridad en el caso de la historiografía, sólo el método de la comprensión permite captar lo específico de los fenómenos sociales y, en particular, de las acciones humanas. Ahora bien, se consideraba que para comprender los fenómenos sociales es necesario adoptar un «punto de vista» (José Ortega y Gasset, 1883-1955).

45 Este venía dado por la noción de cosmovisión[74] que difundió Heinrich Rickert (1863-1936). En concreto, su premisa es que la asignación al obrar humano de un determinado contenido de sentido y su valoración positiva o negativa sólo puede tener lugar en el marco de un determinado contexto cultural. Ahora bien, la necesidad de adoptar a este respecto una perspectiva concreta dio lugar a no inclinarse por ninguna de ellas. De este modo, el relativismo, tanto axiológico como epistemológico, es característico del método del neokantismo.[75] Así puede advertirse en las propuestas de los filósofos del Derecho que se integran en la corriente neokantiana de la escuela sudoccidental alemana: Rudolf Stammler (1856-1938), Emil Lask (1875-1915), Max Ernst Mayer (1875-1925), Gustav Radbruch (1878-1949) y Erik Wolf (1902-1977).[76]

5.2. La noción de valor

46 La abstracción de la idea empirista de fin —entendida inicialmente como interés— condujo a la orientación de la construcción dogmática a la noción de valor. Fue así como surgió la concepción teleológico-valorativa del Derecho penal.[77] En efecto, su premisa mayor fue que la puesta en relación de un elemento del mundo de la realidad con el mundo de los valores da lugar a la idea de bien. Así, un bien es una realidad valorada positivamente. Por su parte, un bien jurídico es aquella realidad valorada positivamente a la luz del concepto y de la idea de Derecho. A partir de estas nociones básicas, la pretensión era elaborar una filosofía crítica del Derecho que cupiera denominar «teoría crítica axiológica». Sin embargo, la clave de bóveda del modelo sería qué método acoger para la construcción de los valores.

47 Pues bien, según los autores neokantianos cabe afirmar la posibilidad de hacerlo desde dos perspectivas: la individualista —que remite a la noción de

---

[74] En el original alemán: «*Weltanschauung*».

[75] *Silva Sánchez* (2010), 89-92.

[76] *González Vicén*, AFD 1986, 249 ss.; *Ziemann* (2009). En Italia hay que tener presente la figura de Giorgio del Vecchio (1878-1970).

[77] *Cardenal Montraveta* (2002), 303 ss.; *el mismo* (2006), 185 ss.

contrato social— y la universalista o transpersonal —que remite a la idea de comunidad—.[78] Más tarde, Radbruch hizo de esta dualidad una opción entre tres perspectivas posibles: la individualista, la supraindividualista (comunitaria) y la transpersonal (representada por el estatismo).[79] Ahora bien, como se ha indicado, los autores neokantianos no indicaron cuál de ellas es la preferible, pues entendían que la teoría de los contenidos del Derecho penal conforma un «Derecho natural de contenido variable».[80] Por tanto, admitieron que la prevalencia de una u otra perspectiva depende sencillamente de una determinación de poder,[81] o bien de la sucesión de estados culturales. En concreto, esta última orientación se puede advertir en la obra de Alexander Graf zu Dohna (1876-1944), en la que adquiere la forma de un «positivismo jurídico deontológico» que pretende situarse en la posición intermedia entre el «positivismo del poder» y el «Derecho natural».[82]

5.3. La influencia posterior

48 El neokantismo jurídico-axiológico ha influido decisivamente en el Derecho penal contemporáneo. Así, son herencia suya la interpretación teleológica de las leyes, la construcción teleológica de los conceptos del sistema, así como la propia concepción de este como un sistema abierto.[83] Sin embargo, también ha sido objeto de críticas en un doble sentido. De modo inmediato, experimentó la crítica del finalismo, que tuvo lugar en las primeras décadas de la segunda postguerra mundial y se centró en el relativismo valorativo propio del método neokantiano.[84] En cambio, la crítica de estas últimas décadas se ha dedicado, sobre todo, a la asociación del neokantismo con el autoritarismo.[85]

49 La primera es una razonable crítica del método. En cambio, la segunda constituye una crítica *ad hominem*, centrada en la vinculación personal de algunos penalistas neokantianos con el nacionalsocialismo. Ciertamente, el neokantismo jurídico-penal alemán entroncó con el Derecho penal autoritario. Sin embargo, otros penalistas neokantianos se exiliaron dentro o fuera de Alemania.[86] Además, la realidad es que la tradición del pensamiento neokantiano ha producido en el Derecho penal contemporáneo dos líneas de investigación muy influyentes, que nada tienen que ver con el autoritarismo.

---

[78] *Lask* (1905).

[79] *Pastor Muñoz*, InDret 2/2021, 51 ss.

[80] La expresión es de Stammler: *Welzel* (1979), 196.

[81] Críticos, *Welzel* (1979), 197; *González Vicén*, AFD 3 (1986), 275.

[82] *Escher* (1993), 86 ss.

[83] *Grünhut*, FG Frank, I, 1930, 1 ss.; *Radbruch*, FG Frank, I, 1930, 159; *Schwinge* (1930).

[84] *Welzel* (1979), 197 ss.

[85] *Muñoz Conde* (2003); *Nisco* (2019), 90 ss.; *García Amado*, LH Luzón Peña, 2020, 153 ss.

[86] Un ejemplo singular es la acogida de Goldschmidt en España (y luego en Sudamérica) por parte de Jiménez de Asúa; otro, el exilio de Honig; etcétera.

Por un lado, una de las más importantes escuelas de filosofía jurídica normativa: la de Gustav Radbruch y, luego, Arthur Kaufmann.[87] Por otro, la escuela jurídico-penal de Claus Roxin.[88]

6. EL FINALISMO

6.1. La reacción al neokantismo

6.1.1. Las oscilaciones de Hans Welzel

50 La propuesta dogmática de Hans Welzel (1904-1977) surgió de advertir lo que, a su juicio, eran las debilidades del neokantismo jurídico-penal. Por un lado, que se trataba de una teoría complementaria del positivismo, tanto en su versión naturalista como en la legalista.[89] Por otro lado, que era incapaz de superar el relativismo.[90] Con todo, lo cierto es que en la primera fase de la obra de Welzel es posible hallar ideas que se enmarcan en una visión social del Derecho penal y, en esa medida, eran expresivas de una concreción posible de ciertas concepciones neokantianas.[91] Ahora bien, enseguida opuso al neokantismo un método distinto, relacionado con la estructura lógico-material de la realidad.[92] Ciertamente, dado el momento cultural en el que escribía, es discutible la naturaleza de ese método.

51 En efecto, por un lado, puede calificarse de metafísico, de tal manera que las estructuras lógico-reales aparecen como pertenecientes al plano del ser. A este respecto, es verdad que la pretensión inicial del propio Welzel era que su planteamiento pusiera fin al proceso surgido con la disolución de la Edad Media. En concreto, hacía alusión a una vuelta al ser, en el sentido de elaborar una nueva metafísica.[93] De hecho, todavía hoy su obra se sigue considerando el último intento de construir el Derecho penal sobre bases metafísicas.[94] Ahora bien, Welzel también declaró que no optaba por un sistema ontológico determinado.[95] Además, su posición también tiene resonancias fenomenológicas, de modo que puede evocar no las categorías del ser como noúmeno, sino del fenómeno humano. De este modo, se aproximaba a los postulados de una

---

[87] *Kühl* (2001), 22 ss. Arthur Kaufmann (1923-2001) fue discípulo directo de Radbruch, aunque también tuvo la influencia de Karl Engisch y de Hans-Georg Gadamer. Por su parte, Winfried Hassemer (1940-2014) y Ulfrid Neumann, entre otros, fueron discípulos de Arth. Kaufmann.

[88] *Silva Sánchez*, LH Roxin, 1997, 18 ss.

[89] *Welzel* (1979), 199.

[90] *Welzel* (1935).

[91] *Welzel*, ZStW 58 (1939), 491 ss.

[92] O «lógica de las cosas» («*Sachlogik*»), por oposición a la lógica formal. Por eso, prefiero traducir «*sachlogisch*» como lógico-material, o lógico-real (de *res*: cosa), en lugar de como lógico-objetiva: *Silva Sánchez* (2010), 93-95.

[93] *Welzel* (1935), VIII.

[94] *Pawlik* (2022), 18.

[95] *Cerezo Mir*, RDPC 12 (2003), 45 ss., para quien «lo ontológico es lo referente al conocimiento del ser y que no puede confundirse con lo fáctico o lo real».

corriente filosófica muy influyente antes y después de la II Guerra Mundial.[96] En fin, Welzel tampoco ocultó su proximidad con ciertas construcciones de la psicología de su tiempo ni, ya tardíamente, su simpatía por la cibernética.[97]

6.1.2. Las variaciones acerca del sentido de lo «ontológico»

Así pues, la doctrina finalista nunca precisó bien qué significaba lo onto- 52
lógico, como característica esencial de su método.[98] Parece claro que ello comprendía nexos empíricos, lógicos y axiológicos. Sin embargo, y de forma especialmente relevante, caracterizaba al propio sujeto responsable. Pues bien, las denominadas estructuras lógico-reales —la finalidad (que comprende la causalidad), la libertad y el dominio del hecho— desde luego eran, en su origen aristotélico-tomista, metafísicas. Sin embargo, en manos de los finalistas fueron progresivamente objeto de una reducción al plano fáctico-empírico (psicofísico).[99] En realidad, en el planteamiento de su influyente discípulo Armin Kaufmann (1922-1985),[100] la pretendida nueva metafísica de Welzel ya había quedado reducida a una tríada de naturaleza distinta.[101] En primer lugar, a la consideración de la lógica de la acción y de las normas; en segundo lugar, a la atención a las referencias culturales; y, en tercer lugar, a la recepción de los datos empírico-reales. En las últimas décadas, cuando los autores finalistas aluden a «lo ontológico», todo parece indicar que se refieren a lo empírico-externo (la causalidad) y a lo empírico-interno (los datos psicológicos). Por tanto, se ha dejado de lado toda pretensión metafísica.

6.2. El método en el finalismo

6.2.1. Las estructuras lógico-reales y la protección de los valores ético-sociales

Sentado lo anterior, parece razonable interpretar el planteamiento de Wel- 53
zel desde dos perspectivas fundamentales. Por un lado (i) a partir del papel desempeñado por las estructuras lógico-materiales; y por otro (ii) tomando como punto de vista la función de protección de los valores ético-sociales de la acción, propia del Derecho penal.[102] En realidad, el subjetivismo propio

---

[96] «*Zu den Sachen selbst!*» (¡a las cosas mismas!), es el lema de la fenomenología. Esta corriente filosófica, fundada por Edmund Husserl (1859-1938), pretende atender a las cosas tal y como estas son, a partir de una lógica del conocimiento. No obstante, su desarrollo (mediante el método de la «reducción fenomenológica») se mantuvo en el marco del idealismo trascendental y, por tanto, del subjetivismo. Sobre ello, *Küpper* (1990).

[97] Otras visiones, parcialmente divergentes, del método de Welzel en *Cerezo Mir*, RDPC 12 (2003), 45 ss.; *Gracia Martín*, RECPC 6 (2004), 1 ss.; *el mismo* (2005); *el mismo* (2006).

[98] Crítico *Schiaffo* (2012), 96 ss.

[99] *Silva Sánchez*, Prólogo a *Cuello Contreras* (2021).

[100] *Muñoz Conde*, ADPCP 1991, 329 ss.; *Hoyer* (1997).

[101] A pesar de que el propio *Arm. Kaufmann* (1959), 17, aludiera a las estructuras lógico-reales como expresivas de una «relación necesaria entre estructuras del ser y valoración».

[102] *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 5.

de su planteamiento tiene que ver con ambos aspectos. Así, las estructuras lógico-materiales son expresión de una antropología filosófica que concibe al ser humano como sujeto de acciones finales. Estas últimas, que expresan su libertad —entendida como poder actuar conforme a Derecho—, constituyen igualmente el medio para ejercer su dominio sobre la causalidad natural. Además, esta realidad del ser humano contiene en sí un sentido independiente de la perspectiva relativa de cualquier observador.

6.2.2. La concreción del método

54 En lo que se refiere concretamente al Derecho penal, esto significa en primer lugar que (i) la finalidad o teleología es la característica de la acción y debe regir la determinación de su contenido de sentido. Así pues, no se trata sólo de que la acción sea final. En realidad, la idea de que el actuar humano es teleológico, es decir, que se anticipa fines y dispone los medios orientados a alcanzarlos, procede de Aristóteles y es comúnmente aceptada, salvo por algunos autores deterministas mecanicistas. Por tanto, lo específico del finalismo es que la finalidad del autor determina, por completo o en amplia medida, el sentido de su acción. En segundo lugar, significa que (ii) el poder actuar de otro modo debe ser tomado como base del juicio de culpabilidad; y, en tercer lugar, que (iii) el dominio final del hecho tiene que constituir el fundamento del juicio sobre la autoría del delito como hecho típico. En todo caso, hay que subrayar que Welzel no era iusnaturalista. Así, a su juicio la consecuencia de que una regulación jurídica ignore las estructuras de la realidad no es que aquélla deje de ser Derecho, sino que no pueda ser eficaz, esto es, que no cumpla con su función social.

55 La tesis de filosofía política que subyace al planteamiento de Welzel es que el Derecho penal protege bienes jurídicos de una forma peculiar. A saber, mediante el fomento de los valores ético-sociales de la acción.[103] De este modo, al atribuir al Derecho penal la tarea de fomento de la lealtad al Derecho como valor fundamental, le confía una misión social-organicista. De hecho, el merecimiento de pena se vincula a esta noción de deslealtad, que constituye asimismo una anticipación de ciertas variantes de las doctrinas de la prevención general positiva. Ahora bien, el planteamiento también guarda cierta relación con las éticas de fomento de disposiciones habituales de acción —las éticas de la virtud—, que proceden de Aristóteles.

56 En todo caso, a partir de la atribución de esa misión específica al Derecho penal, cabe establecer un modelo concreto de relaciones entre persona y sociedad. Este parte de la fe en el Derecho como instrumento de dirección de conductas, mediante la génesis de actitudes sociales positivas. Sus características son el subjetivismo —manifestado en la teoría de la tentativa— y la adicional restricción de esferas de libertad, mediante el establecimiento de

[103] *Frisch* (2015), 218 ss.

deberes ciudadanos de obtención de información. Esto último se manifiesta en la teoría de la culpabilidad del error de prohibición (*cfr. infra* capítulo 25/9) y en la teoría estricta de la culpabilidad, en lo relativo al error sobre los presupuestos de las causas de justificación (*cfr. infra* capítulo 18/112). Toda esta perspectiva, profundizada por otros autores finalistas, influyó de modo decisivo en la reforma de la Parte General del Código penal alemán —que entró en vigor en 1975— y en no pocos Código penales iberomericanos. Ello se advierte, en particular, en las regulaciones de la tentativa, de la participación y del error.

III. EL MÉTODO EN LA ACTUALIDAD

1. INTRODUCCIÓN

57 La doctrina y la jurisprudencia del mundo de habla hispana manejan de modo mayoritario un método ecléctico. A su vez, este puede caracterizarse por la integración de razonamientos propios del neokantismo con otros de progenie finalista.[104] Sin embargo, desde hace décadas ha sido muy perceptible la influencia de la obra de Claus Roxin. En algunos países, por otro lado, ha sido especialmente intensa la de Günther Jakobs. Por eso, en lo que sigue se examinan estas dos propuestas.

2. EL NORMATIVISMO TELEOLÓGICO Y SUS LÍMITES EMPÍRICOS Y CONSTITUCIONALES

58 La comprensión del método de Claus Roxin (n. 1931) requiere fijar las dos fuentes fundamentales de su pensamiento. Por un lado, sus bases ideológicas, que se hallan en el regreso a Feuerbach y a von Liszt. [105] Esta opción conllevaba una despedida tanto de Kant y de Hegel, como del neo-iusnaturalismo de los primeros lustros de la República Federal Alemana. Por eso, el clima antropológico-político en el que se mueven los inicios de su obra son los del denominado Proyecto Alternativo de 1966,[106] al que caracterizaba una visión empirista del ser humano y de los fines del Derecho penal. En definitiva, el fundamento de su construcción es la función de prevención general negativa que atribuye al Derecho penal. Por otro lado, sin embargo, lo anterior no rige sin limitaciones, sino que se somete a tres constricciones fundamentales. La primera de ellas, relativa a la criminalización de conductas, es la doctrina del bien jurídico. La segunda, propia de la imputación de responsabilidad, es el principio de culpabilidad. La tercera, en lo que se refiere a la imposición y ejecución de la pena, viene dada por la prevención especial positiva —es decir, por la resocialización—. En cuanto al contenido concreto de estos límites, al

---

[104] *Gallas* (1959); *Silva Sánchez* (2010), 100-107; *el mismo* (2013).

[105] *Roxin*, ZStW 81 (1969), 616.

[106] Proyecto Alternativo de Código penal alemán, enfrentado al Proyecto Oficial de 1962.

igual que el propio del principio de legalidad, se lo proporciona la Ley Fundamental de Bonn. En el ámbito de la teoría del delito, todo ello conduce a su reconstrucción sobre la base de la teleología de los fines del Derecho penal y, en particular, de la pena.[107]

59 En la dogmática de la teoría del delito, el método de Roxin es ecléctico o mixto —empírico-normativo—.[108] Por un lado, la normativización se aprecia en la apertura del sistema, de sus categorías y sus conceptos a la política criminal. Esta, a su vez, se concibe en los términos fijados por la teoría de los fines de la pena, limitada por determinados valores y principios constitucionales. Por su parte, los límites empíricos derivan básicamente de los datos psicológicos y sociales. La adopción de este modelo determina que en ocasiones se haga más hincapié en los límites que proceden de la «materia». Esta, a su vez, no se concibe siempre como una mera facticidad avalorativa, sino como una realidad con cierta dimensión de sentido. En cambio, en otras ocasiones se subraya intensamente la orientación teleológica.[109] En definitiva, el criterio de corrección de los enunciados normativos de la teoría del delito es teleológico y viene dado por la mejor contribución al logro de aquellos fines preventivos, entendidos como metas programáticas del Derecho positivo —constitucional y legal— de una comunidad política concreta.[110]

60 Su discípulo Bernd Schünemann (n. 1944) se ha distanciado en cierta medida del método de Roxin, asumiendo con mayor intensidad la vinculación de la construcción jurídica por la realidad lingüístico-social. En particular, ello se ha manifestado en tres características singulares de su propuesta. Por un lado, en la intensificación del rechazo del formalismo y de la accesoriedad del Derecho penal frente al ordenamiento jurídico-público y jurídico-privado. Por otro lado, en el distanciamiento de los criterios puramente funcionales-normativos, que critica como tecnocráticos, por un lado, e inconcretos, por otro. Ello le ha conducido a acoger algunas construcciones de Welzel, como en particular la noción de «dominio social», e incluso a definir su perspectiva como un «pensamiento dualista compuesto de lógica material y razón práctica».[111]

3. EL NORMATIVISMO HOLISTA

3.1. Entre la teoría de sistemas y el hegelianismo

61 A partir de su trabajo sobre culpabilidad y prevención (1976), Günther Jakobs (n. 1937) acogió un método filosófico-dogmático supuestamente alejado del ontológico. Efectivamente, para Jakobs la dogmática ontologicista es

---

[107] *Silva Sánchez* (2010), 108 ss.

[108] *Roxin*, GS Radbruch, 1968, 265; *el mismo*, FS Lampe, 2003, 427 ss.; *Schünemann* (1991), 43 ss. Sobre ello, *Silva Sánchez*, LH Roxin, 1997, 17 ss., 22 ss.

[109] *Roxin* (1972), *passim*.

[110] *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 7/72-78. Parcialmente crítico, *Silva Sánchez*, GA 2011, 315-316.

[111] *Schünemann* (1996), 15 ss.

aquella que parte de entender que en la realidad existen, de modo permanente, determinadas estructuras lógico-materiales. Estas, a su vez, imponen la atribución de un determinado contenido a las categorías e instituciones jurídico-penales, en particular a las de la teoría del delito. Pues bien, frente a aquella, su propuesta se autodefine como normativista-constructivista. Sin embargo, esto debe precisarse. En Jakobs —como en Hegel— la filosofía no tiene una misión prescriptiva (normativa), sino que ha de partir de efectuar una descripción verdadera de la realidad. Ahora bien, la realidad relevante para el Derecho penal no es previa a lo social, sino que es manifestación cambiante de un proceso constante de construcción, deconstrucción y reconstrucción social.

62 Así, la realidad de Jakobs no coincide con la realidad empírica del naturalismo, ni tampoco con una realidad metafísica (o de antropología filosófica) permanente como, por ejemplo, la de la filosofía clásica o la de las estructuras lógico-materiales del finalismo. Por el contrario, viene dada por la normatividad inmanente a cada sociedad. Fuera de esa construcción sólo existe un dato empírico sin sentido —en su expresión, naturaleza: cuerpo y psique—, que resulta por completo irrelevante para el Derecho. Con base en esa idea, Jakobs sostiene una ontología —es decir, una teoría del ser (humano en sociedad)— constructivista y de base holista.[112] Por lo demás, la sociedad, que es la que construye la realidad, determina asimismo el papel —funcional— que desempeña cada uno de los elementos que la integran, entre ellos el Derecho.[113] A su juicio, en definitiva, el Derecho penal es Derecho positivo[114] y se encuentra vinculado por una exigencia de funcionalidad con respecto al respectivo modelo de sociedad.

63 En la primera etapa de su obra (1976-1992), las premisas anteriores le condujeron a la asunción de buena parte de los postulados —y de la terminología— de la teoría de sistemas, en su elaboración por parte de Niklas Luhmann (1927-1998). Por eso, durante esos años en sus escritos abundaron las expresiones «sistema», «entorno», «función», «rol» y otras propias del llamado «funcionalismo sistémico». En concreto, lo relevante del ser humano sería ostentar un rol —un papel— y, mediante él, cumplir una función en el sistema social. Sin embargo, con posterioridad,[115] Jakobs tendió a servirse menos de aquella terminología para recurrir de forma más intensa y explícita a la filosofía de Hegel. Así, abandonó la idea (de biología social) de que en las sociedades tuviera lugar una «autopoiesis sistémica». Sin embargo, mantuvo su ontología constructivista-social de la realidad, caracterizada por un historicismo holista, pasando a expresarla de modo distinto. En concreto, su afirmación central es la de que el delito y la pena son cuestiones de la semántica social de las acciones humanas.[116]

---

[112] *Jakobs* (1996), 23-24. Crítico, por todos, *Kargl*, GA 1999, 55, 66.

[113] *Jakobs* (1996), 18: «aquello que puede decirse sólo es correcto de modo relativo, precisamente de modo relativo a esa sociedad que ha tenido una determinada evolución».

[114] *Jakobs* (1996), 30.

[115] *Jakobs* (1992).

[116] *Jakobs* (2000); *el mismo* (2003); *el mismo* (2004); *el mismo* (2012); *el mismo* (2020).

3.2. Materiales para la crítica

64 La idea de una semántica social vinculada al espíritu del tiempo, esto es, a la concreción en el tiempo de la evolución del espíritu absoluto hegeliano, ha sido una constante en la obra de Jakobs. En ella no hay lugar ni para una aproximación empírico-individual, ni, desde luego, para una ontología realista pre-política de la persona. Según su planteamiento, sentado lo anterior, la dogmática de la teoría del delito tiene que partir de una descripción verdadera de cuáles son los significados atribuidos a los hechos en la comunicación social. Asimismo, ha de acoger las reglas de valoración e imputación inmanentes a un modelo social dado,[117] que son hechos institucionales de una sociedad —su eticidad—, en los que tal sociedad manifiesta su identidad normativa. Por tanto, debe adoptar la posición de un observador cuyo objeto viene dado por el lenguaje de la normatividad existente en la sociedad.[118] Sentado esto, considera que es preciso construir una dogmática de la teoría del delito que sea verdaderamente funcional a ese modelo social.

65 Sin embargo, lo cierto es que su teoría no explicita con claridad cómo se alcanza lo uno y lo otro. En primer lugar, no precisa cuál es el método de aprehensión de la semántica social —esto es, del espíritu del tiempo—.[119] En efecto, Jakobs no describe la sociedad de acuerdo con el método empírico de las ciencias sociales, sino que se aproxima a la realidad social partiendo de una concreta teoría de la sociedad —el concepto teórico-social de Hegel—. Por lo tanto, el suyo es un método fundamentalmente hermenéutico. En segundo lugar, es discutible que la única posibilidad de trabajo de un jurista —o de un filósofo— sea la que le atribuye Jakobs, de racionalizar el espíritu del tiempo. En tercer lugar, en fin, no está claro que la única racionalización posible consista en construir una teoría de la responsabilidad penal funcional a esa semántica social. Menos claro resulta que un modelo holista de imputación —y no otro— sea el único funcional con respecto a la semántica social.[120]

66 En todo caso, quien afirma que describe las reglas de imputación objetiva y subjetiva ya existentes en una sociedad determinada puede recibir críticas desde cuatro puntos de vista: (i) el de la inexactitud en la descripción del modelo social y, en concreto, de sus modos de proceder en cuanto a la valoración de conductas y la atribución de responsabilidad; (ii) el relativo a la premisa de que el sistema jurídico tenga que ser funcional y no crítico al modelo social; (iii) el de la incorrección de sus inferencias en cuanto a la determinación de qué instituciones jurídico-penales, y con qué contenidos, son funcionales o disfuncionales a ese modelo social; en fin (iv) el de los errores de traducción de lo anterior al lenguaje de la teoría del delito o la errónea sistematización de esta.

---

[117] Sobre esto, *Stuckenberg* (2019), 152 ss.

[118] Próximo en esto *Kindhäuser*, FS Yamanaka, 2017, 444-445.

[119] *Jakobs* (2012), 30. Crítico, *Silva Sánchez*, LH Roxin, 1997, 24.

[120] Críticos, desde perspectivas parcialmente distintas, *Mir Puig*, RECPC 7 (2005), 11; *Silva Sánchez* (2007), 38 ss.; *el mismo*, InDret 4/2019, 15 ss.

De las cuatro cuestiones, la decisiva en términos valorativos es la segunda, que contiene una premisa fuerte. A saber, la de que tanto el sistema jurídico-penal de asignación de sentido y valoración de conductas, como el de imputación de responsabilidad, deben ser funcionales a tal sistema social real. Ciertamente, no pueden ser radicalmente disfuncionales, pues en tal caso se verían superados por los acontecimientos. Con todo, la conclusión de que necesariamente deben ser específicamente funcionales exige una discutible valoración positiva sobre la legitimidad inherente a ese sistema social practicado.[121]

4. OTRAS TRADICIONES METODOLÓGICAS

67 La tradición de la teoría de las normas de Binding fue reactivada en la obra de 1954 de Armin Kaufmann. Más adelante, fue recogida en el último tercio del siglo XX por parte de Jürgen Wolter, Wolfgang Frisch y, en la doctrina española, por Santiago Mir Puig.[122] Esta es la línea conceptual-formal en la que se inscribe este texto.[123] Sin embargo, como ya se ha advertido, aquí se acoge una antropología y, en consecuencia, también una doctrina material divergente en amplia medida de aquellas. Por su parte, la tradición de las doctrinas de la *imputatio* con sus distinciones analíticas fue recuperada por Joachim Hruschka (1935-2017) y prosigue de la mano de Urs Kindhäuser (n. 1949). A este modelo, en su versión actual, le subyace una concepción formalista de la dogmática, que se basa en la *philosophia practica universalis* de Christian Wolff y en el racionalismo de Kant. Por tanto, los instrumentos fundamentales de una dogmática así concebida son el análisis lógico de las estructuras lingüísticas, así como la filosofía de la acción y del lenguaje. En particular, este modelo pretende separar el análisis dogmático de cualquier consideración «político-criminal» (jurídico-material). En este último terreno sus partidarios oscilan entre dos polos: (i) la defensa de un voluntarismo legalista, basado en una visión contingente de lo político; y (ii) la adopción de los planteamientos de la teoría del discurso, en su caso concretados en la noción de democracia deliberativa.

68 Una corriente doctrinal muy sólida en Alemania —aunque minoritaria y escasamente conocida fuera de sus fronteras, dadas las pocas traducciones existentes— es la denominada «escuela de E. A. Wolff». Esta sostiene la fundamentación del Derecho penal —y de todo el Derecho— en la noción kantiana de libertad. A partir de ahí, elabora sus construcciones en diálogo con los autores del idealismo alemán, en particular, con Kant, Hegel y Fichte.[124] Igualmente minoritaria, aunque con mayor influencia en la doctrina española, es la posición que intenta construir la doctrina del Derecho penal desde la

---

[121] *Mir Puig*, RECPC 7 (2005), 14.

[122] *Wolter* (1981); *Frisch* (1983); *el mismo* (1988); *Mir Puig* (1982).

[123] Ya, *Silva Sánchez* (1992); *el mismo* (2003).

[124] E.A. Wolff (1928-2008); M. Köhler (1945-2022); M. Kahlo; R. Zaczyk (1951-2024); K. Gierhake; R. Harzer; B. Kelker; D. Klescewski; U. Murmann; B. Noltenius; J. Rath; etc.

perspectiva de la teoría del discurso.[125] Esta, por su parte, sigue la relectura de Kant llevada a cabo por Habermas, que sitúa en el centro las nociones de acción comunicativa, ética discursiva y democracia deliberativa.

5. LA INFLUENCIA ALEMANA EN LA DOCTRINA DE HABLA HISPANA DEL SIGLO XX Y XXI

69 Como se ha indicado, desde la decadencia del siglo XVII, la doctrina de habla hispana dejó de ser digna de mención en términos internacionales. Tras el paréntesis del siglo XVIII, el siglo XIX estuvo marcado, por un lado, por el movimiento codificador según el modelo francés; por otro, por la temprana influencia italiana; y, en tercer lugar, por el correccionalismo y el positivismo criminológico, influidos respectivamente por la doctrina alemana e italiana. En efecto, a finales del siglo XVIII fue traducido al español el texto de Beccaria.[126] Además, a lo largo del siglo XIX se tradujeron las obras generales de Pelegrino Rossi (1787-1848)[127] y Francesco Carrara (1805-1888).[128] En fin, a finales de ese siglo y principios del siglo XX fueron vertidas al español igualmente las obras de los autores positivistas. Como se ha señalado en capítulos anteriores, las obras de Lardizábal, Pacheco, Groizard, Silvela y Dorado Montero, entre otros, deben situarse en este contexto (*cfr. supra* capítulo 6/29).

70 La política de becas de la Junta de ampliación de Estudios determinó que, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, algunos penalistas españoles entraran en contacto con la dogmática alemana. En particular, puede aludirse a dos figuras singulares: Luis Jiménez de Asúa (1889-1970)[129] y su discípulo José Antón Oneca (1897-1981). Pues bien, a través de ellos, y de otros becarios que viajaron a Alemania en las primeras décadas del siglo XX,[130] llegaron a las universidades españolas las doctrinas de von Liszt, de Beling y de los autores neokantianos, en particular, de Mezger. En concreto, el discurso inaugural del curso académico 1931-1932 en la Universidad de Madrid, sobre «La teoría jurídica del delito», pronunciado por Jiménez de Asúa es comúnmente aludido como la primera obra auténticamente dogmática de la cultura jurídico-penal española. A partir de entonces, y mucho más tras el exilio de profesores españoles al fin de la guerra civil (1936-1939), tanto las doctrinas del causalismo clásico —y de la dirección técnico-jurídica italiana—, como las del neokantismo

---

[125] Así, particularmente, K. Günther y U. Kindhäuser. En España, por ejemplo, *Alcácer Guirao*, ADPCP 1999, 196 ss., 201; *Martín Lorenzo* (2009).

[126] *Beccaria*, Tratado de los delitos y de las penas, 1774.

[127] *Rossi*, Tratado de Derecho penal, 1839.

[128] *Carrara*, Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado de fuerza física del delito, 1877; *el mismo*, Programa del curso de Derecho criminal, 1889.

[129] Discípulo del ya mencionado Constancio Bernaldo de Quirós (1873-1959).

[130] Quintiliano Saldaña, Faustino Ballvé, Eugenio Cuello Calón, Manuel López-Rey, Tomás Jaso Roldán, José Guallart, Jaime Masaveu y el último, Juan del Rosal. Sobre ello, *Cuerda Riezu*, ADPCP 1990, 99 ss.

se difundieron por todo el mundo hispanohablante. En España, el dominio de la sistemática neoclásica en las décadas centrales del siglo XX dio lugar a las obras de los mencionados Luis Jiménez de Asúa y José Antón Oneca, así como a las de José Arturo Rodríguez Muñoz (1899-1955), Juan del Rosal (1908-1973), José María Rodríguez Devesa (1916-1987), Manuel de Rivacoba y Rivacoba (1925-2000), Ángel Torío López (1927-2016), José Antonio Sáinz Cantero (1927-1985), Manuel Cobo del Rosal (1934-2017) y Gonzalo Rodríguez Mourullo; entre otros. Igualmente, en la Argentina, a las de Sebastián Soler (1899-1980) y Ricardo Núñez (1908-1997). En Chile, a las de Eduardo Novoa Monreal (1916-2006) y Alfredo Etcheberry (1931-2023). En Colombia, a la de Alfonso Reyes Echandía (1932-1985).

71 Por su parte, la influencia del finalismo más ortodoxo se manifestó, en medida distinta, en autores como Juan Córdoba Roda (1934-2020), José Cerezo Mir (1932-2017), Enrique Bacigalupo y Luis Gracia Martín (1955-2020), en España. En Argentina, en Raúl Zaffaroni y Edgardo A. Donna. En Chile, en Juan Bustos Ramírez (1935-2008), Enrique Cury Urzúa (1939-2012) y Sergio Yáñez Pérez (1925-2006). En Colombia, en Nodier Agudelo Betancur. En cambio, la influencia concreta de Armin Kaufmann se produjo sobre todo en autores como R. Fabio Suárez Montes y Marcelo Sancinetti. En fin, la de Eberhard Struensee, en Joaquín Cuello Contreras. De hecho, en múltiples universidades de nuestro ámbito cultural la docencia del Derecho penal tiene lugar con base en el sistema finalista o en uno ecléctico. Ciertamente, el último tercio del siglo XX se caracterizó por la fuerte influencia de Roxin sobre la doctrina de lengua española. Esta incidió, con matices diversos, en Enrique Gimbernat Ordeig, Francisco Muñoz Conde, Santiago Mir Puig (1947-2020)[131] y Diego M. Luzón Peña.

72 La tendencia actual apunta hacia una cierta dispersión de las corrientes jurídico-penales en los países de habla hispana. Por un lado, la influencia de Roxin se mantiene vigente en buena parte de la doctrina y en los tribunales. En cambio, a medida que avanza el siglo XXI se advierte una cierta mengua del impacto de Jakobs, que en algunos países fue intenso en la última década del siglo pasado y primera de este.[132] Además, en las últimas décadas ha surgido en la doctrina española una corriente crítica con respecto a la dogmática, que pretende su sustitución por el recurso a la exégesis legal desde la perspectiva de la filosofía del lenguaje. Esta se halla integrada por los seguidores de Tomás S. Vives Antón (1939-2022) y su «concepto significativo de acción».[133]

---

[131] *Mir Puig*, RECPC 7 (2005), 11: «el sistema normativo jurídico ha de entenderse condicionado por consideraciones valorativas (y, por tanto, también normativas) que el legislador se encuentra y de las que no puede disponer. Estamos distinguiendo dos niveles de normatividad, una representada por valoraciones culturales no jurídicas, y otra por las normas jurídico-positivas. El primer nivel de normatividad limita las posibilidades normativas del segundo nivel». Sobre su modelo dogmático, *Silva Sánchez*, LH Mir Puig, 2017, 877 ss.

[132] *Silva Sánchez*, InDret 1/2019, 1 ss.

[133] *Vives Antón* (2.ª, 2011). Siguiéndole, pero tratando de reconstruir una dogmática, *Martínez-Buján*, RECPC 1 (1999), 1 ss.; más vinculada al pensamiento original de Vives, *Cuerda Arnau*, LH Mir Puig,

IV. EL MÉTODO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

1. LO ESPECÍFICO DEL MÉTODO DOGMÁTICO

1.1. Generalidades

73 Como ya se ha anticipado, es relativamente común calificar de modo genérico a la dogmática del Derecho penal —igual que a la dogmática jurídica en general— como una disciplina hermenéutica, es decir, interpretativa de textos. Ciertamente, la adopción del propio término «dogmática» se debe probablemente a esa acepción, que parte de la concepción del texto o de su interpretación verdadera como dogma, al modo de la Teología. Sin embargo, esta calificación es reduccionista. En efecto, la dogmática jurídica no es solo una disciplina formal, descriptiva y sistematizadora de la legislación positiva de un Estado. Por el contrario, además de llevar a cabo esta tarea, realiza otra que tiene un carácter normativo-material. Esto significa que efectúa propuestas propias para la solución de los problemas jurídicos. En realidad, a lo largo del último siglo, y frente al formalismo, ha prevalecido esta segunda dimensión de la dogmática, que puede calificarse como teleológico-axiológica. Pues bien, esta visión cuadra, con matices, con la concepción clásica de la Jurisprudencia como «conocimiento de lo divino y lo humano, ciencia de lo justo y de lo injusto» —*iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*—.[134] De todos modos, esto muestra acentos distintos en la Parte Especial y en la Parte General del Derecho penal.

74 En la Parte Especial la función esencial que cumple la doctrina es efectivamente la de interpretación y sistematización de los textos legales. Mediante ello se trata de establecer criterios de coherencia —de ausencia de contradicciones— de modo equilibrado con el respeto al principio de legalidad, que tiene en el principio de tipicidad una de sus manifestaciones más rígidas. En este contexto se enmarca la realización de estudios encaminados a la construcción de una teoría general —transversal— de la Parte Especial. Ahora bien, en esta reconstrucción, junto a los mencionados elementos literales y sistemáticos, es decisivo el argumento teleológico-valorativo (*cfr. supra* capítulo 6/86 ss.). En este punto es preciso subrayar el papel que han desempeñado históricamente: (i) las doctrinas de las clases de autor; (ii) las teorías de los bienes jurídicos; (iii) las concepciones de las técnicas de protección (grados de anticipación); y (iv) las de los medios comisivos (distracción, fuerza, violencia, intimidación, engaño, deslealtad).[135] Más reciente es la teoría que trata de construir la dogmática de los delitos en

---

2017, 485 ss.; *la misma*, LH Lorenzo Salgado, 2021, 383 ss. Críticos, *Díaz y García-Conlledo*, LH Luzón Peña, I, 2020, 129 ss.; *Silva Sánchez*, LH Huerta Tocildo, 2020, 141 ss.

[134] Digesto 1.1.10.2. (Ulpiano).

[135] *Wolf* (1931), en la primera línea; *Pisapia* (1948), con un examen general de puntos de partida e inclinándose por los bienes jurídicos (113 ss., 135 ss.); *Sánchez Tomás* (1999); *Gama de Magalhães Gomes* (2014), 167 ss.; *Sánchez-Ostiz*, LH Morillas Cueva, 2018, 1647 ss.

particular mediante la delimitación de las posiciones jurídicas de los sujetos activo y pasivo.[136]

En cambio, en la Parte General, cuya regulación en los diversos ordena- 75
mientos legales es manifiestamente fragmentaria, la actividad dogmática es muy distinta. Desde luego, el sistema de la teoría del delito no se reduce a la interpretación y sistematización de textos legales, sino que tiene una naturaleza suprapositiva.[137] Como tal, consta de un conjunto ordenado de conceptos, reglas y principios de diversa naturaleza que se reconducen a las ideas rectoras de la atribución de sentido, valoración de conductas e imputación de éstas a sus agentes. Si se tiene esto en cuenta, ciertamente puede afirmarse que la dogmática es, en buena parte, una metafísica. En efecto, desde que, en el siglo XVII, la incipiente dogmática jurídico-penal se separó de la antropología teológica —esto es, de la metafísica clásica—, pasó a conformarse como una metafísica secular, cuyas entidades vienen dadas por los conceptos del Derecho. Ahora bien, más allá de esto, existen divergencias sobre el alcance de la metafísica propia de la dogmática jurídico-penal, que se centran, sobre todo, en la cuestión de las valoraciones. Para un sector doctrinal estas constituyen precisamente una cuestión propia de la metafísica del Derecho y no sólo de filosofía moral o política. Sin embargo, este extremo es fuente de intensas críticas que alcanzan no sólo a la dogmática jurídico-penal, sino de modo general a toda construcción de dogmática jurídica.[138]

1.2. El papel de la tradición y del texto legal

La dogmática jurídico-penal es practicada por los integrantes de una comu- 76
nidad hermenéutica, tanto académica como forense. A su vez, esta se halla vinculada, por un lado, a una tradición de pensamiento y, por otro, a un texto legal. En efecto, la tarea de sistematización de las instituciones recibidas del pasado pone de relieve que la autocomprensión de la dogmática tiene una dimensión diacrónica. Esta visión asume que sólo la tradición da vida a los conceptos. Por tanto, si se corta la línea de la tradición, estos se convierten en convenciones —en decorados de cartón piedra— y finalmente perecen. Por tanto, la dogmática se caracteriza por practicar una hermenéutica de la continuidad y no de la ruptura. En esa medida, reconoce a la tradición una autoridad epistémica, asignándole una cierta función de descarga, pues evita que la discusión tenga que empezar cada día desde cero.[139] Sin embargo, al mismo tiempo, no exime a la tradición de ser objeto de crítica racional.[140] En definitiva, en la actividad dogmática de la doctrina se manifiesta una razón

[136] En el original alemán, «*Zuständigkeiten*»: *Pawlik* (2012); *Kubiciel* (2021).

[137] *Silva Sánchez*, GA 2011, 312 ss.

[138] Es especialmente intensa la discusión a propósito de la ciencia del Derecho público: *Schmidt-Assmann* (2021).

[139] *Gadamer* (1977), en la línea del pensamiento republicano romano.

[140] *Spaemann* (1991), 235; *Honneth* (2011), 224.

colectiva, que se desarrolla lentamente mediante la interacción de los argumentos a lo largo de las generaciones.[141]

77 Esa razón dogmática no puede manifestarse únicamente en enunciados teóricos, descriptivos de una normatividad social inmanente contemplada desde la perspectiva del observador —y ajenos a consideraciones de filosofía práctica—. En efecto, la dogmática no se limita a describir su objeto, sino que lo reconstruye en términos racionales-sistemáticos, dándole forma y modificándolo.[142] Esta es una de sus diferencias con respecto al método de la filosofía, la historia, la sociología o el análisis económico del Derecho. Ciertamente, frente a todas estas disciplinas, la dogmática no puede sino adoptar la perspectiva del interviniente. Esto explica que la autocompresión de quien cultiva la ciencia del Derecho penal no sea la de un mero sirviente del Derecho positivo o del espíritu del tiempo. Por el contrario, más bien es la de quien se hace corresponsable del modo en que tiene lugar la administración de justicia penal.[143]

78 La pretensión del sistema dogmático del delito es, en primer lugar, la reducción de la complejidad. En segundo lugar, una relativa completitud, es decir, la comprensión de todos los problemas —no sólo los examinados por la tradición y la jurisprudencia—.[144] En fin, la aceptación de una «lógica» y una «axio-lógica» del conjunto, de modo que ninguna de las soluciones adoptadas debe entrar en conflicto con cualquiera de las demás. Sin embargo, conviene subrayar que todo ello no es un fin en sí mismo, sino que constituye un instrumento al servicio del juez. En esta orientación de servicio, su misión es contribuir a una aplicación segura, igualitaria y justa de las leyes penales a la pluralidad de casos concretos. Por su parte, la ley constituye un límite a la dogmática *de lege lata*, pero la propia dogmática también puede poner de relieve la incorrección de un precepto legal determinado, operando entonces como dogmática *de lege ferenda*. En fin, el espíritu del tiempo —la normatividad inmanente a la sociedad— constituye otro límite de la dogmática, pero la dogmática también podría poner de relieve lo incorrecto de esa normatividad inmanente. En tal caso, desde luego, se convierte en una dogmática al margen del tiempo.[145]

1.3. La necesidad de una dogmática realista

79 De conformidad con la evolución filosófica, el Derecho penal se ha movido entre modelos idealistas y empiristas. En la tradición alemana, ello es perfectamente visible en la contraposición de los modelos de Feuerbach y von Liszt, por un lado, y el de Hegel, por otro. Los primeros constituyen la referencia histó-

---

[141] *Pawlik* (2012), 22, n. 153.

[142] *Pawlik* (2012), 44. Lo que expresa, por cierto, una radical separación metodológica con respecto a Jakobs.

[143] *Pawlik* (2012), 44.

[144] *Silva Sánchez* (1992), 109.

[145] *Silva Sánchez*, LH Roxin, 1997, 28-29.

rica fundamental de la obra de Roxin; el segundo, de la obra de Jakobs. Pues bien, ambos parten de premisas relativistas y reduccionistas, en la medida en que traen causa de la brecha antropológica que generó el dualismo cartesiano. Como se indicó, este, a su vez, fue el origen tanto del racionalismo formalista como del empirismo. Frente a ello, la tradición grecolatina y cristiana, ya desde Aristóteles, integra las diversas dimensiones del ser humano —corporal, espiritual-mental, moral y social— en una unidad. Pues bien, sólo esta unidad es lo real, constituye (parte de) «la verdad». Por el contrario, el individuo como ente sólo psico-físico (corpóreo) no existe.[146] Tampoco existen separados de este, ni separados entre sí, el sujeto de las cogniciones imperfectas —sometido a sesgos—, el agente emocional, el sujeto influido por las dinámicas del grupo social en el que se integra, el razonador práctico con sus propias convicciones morales y el ciudadano de la *polis*. En fin, no existe una persona construida por la eticidad social o por el sistema jurídico —el sujeto convencional, mero «constructo»— distinta y separada del cuerpo de cada ser humano concreto. Así las cosas, una aproximación al delito, a la reacción contra este y a la pena que no tenga en cuenta lo anterior se halla abocada al fracaso antropológico.

En definitiva, la primera premisa de la dogmática es la adopción de una 80
ontología realista. El paso siguiente es el cognoscitivismo —aun imperfecto—. Esto permite advertir que el método consolidado para la aproximación al objeto del Derecho penal es asimismo erróneo. En efecto, el conocimiento no puede ser entendido en el sentido de dominio de algo extraño, esto es, de una naturaleza desprovista de fines. Tal idea del conocimiento como dominio da lugar, por un lado, a abrigar la pretensión irrealizable de la certeza. Sin embargo, la verdad, que debe ser permanentemente buscada, no puede ser conocida plenamente —en el sentido de poseída o dominada—. Ciertamente, no puede ser poseída, porque es ella la que posee a los agentes, en la medida en que estos son igualmente parte de la realidad.

La voluntad de obtener un conocimiento entendido como dominio, ante 81
la evidente frustración de la pretensión anterior, conduce a prescindir de lo real-externo,[147] mediante la defensa de una cualquiera de las variantes del constructivismo.[148] Sin embargo, lo cierto es que la realidad «es» y no sólo es vivida —construida— en términos pragmáticos. Por eso es frecuente experimentar su resistencia.[149] Pues bien, sólo a partir de ahí —de la imposibilidad de la certeza y de la renuncia al constructivismo—, es posible seguir buscando la formulación de enunciados razonablemente orientados a lo verdadero.

---

[146] Distinto, *Mir Puig*, RECPC 7 (2005), 12: «sistemas psíquico-físicos en que los seres humanos consisten».

[147] *Innerarity* (1990), 33, 36: la idea de que lo real es subjetivamente disponible.

[148] *Innerarity* (1990), 20.

[149] *Silva Sánchez*, InDret 4/2019, 20: «quien no ha experimentado personal e íntimamente la resistencia de la cosa, la resistencia del concepto, la resistencia del argumento y la resistencia del texto tampoco ha experimentado lo que es hacer dogmática».

82 Así, una concepción de la verdad como correspondencia —*adaequatio intellectus et rei*— se hace irrenunciable, aunque en su búsqueda sea razonable adoptar la estrategia de las doctrinas de la convergencia.[150] En efecto, una vez que se parte de que la realidad existe, de que puede ser conocida —de modo imperfecto— y de que, por tanto, cabe buscar la verdad, todavía es preciso aceptar algunas premisas adicionales. La primera de ellas es que la búsqueda de la verdad debe tener lugar de forma cooperativa. Esto se corresponde con la condición social del hombre.[151] Por su parte, la segunda es que las aproximaciones resultantes de esa búsqueda cooperativa son históricas, dependientes del medio y del tiempo. Cada persona, obvio es decirlo, vive en un contexto histórico-cultural concreto. Así pues, en cada momento, los espacios de convergencia alcanzados a través de la deliberación, con todas sus imperfecciones, expresan grados de aproximación a la verdad. Sin embargo, no son la verdad. En particular, el consenso proporciona elementos indiciarios en cuanto a la veracidad o corrección de lo afirmado, pero no cabe exigirle lo que no puede dar: una fundamentación última de la verdad.[152] En suma, cada ser humano debe actuar —y la propia *praxis* punitiva estatal tiene que proceder— sin saber a ciencia cierta si su obrar es correcto. Por ello, en este modelo claramente autocrítico es obligada la tolerancia recíproca en mayor medida que en cualesquiera otros.[153]

83 Esto significa, en particular, que la teoría del delito debe abrirse al ser humano real, sin partir de una inexistente racionalidad aséptica. Sin embargo, esto obliga a afrontar problemas que hasta ahora se han descartado sin reflexión suficiente. Así, los errores condicionados, las influencias de grupo, las convicciones, las emociones, el mundo personal, en definitiva, el caso concreto. Al mismo tiempo, una doctrina del delito tiene que ser consciente de su propia realidad. Esto significa que debe autocomprenderse como un instrumento humano y, por tanto, imperfecto. Así pues, tiene que huir de su extraña autopercepción como ciencia teórica paradójicamente capaz de resolver —de modo casi mecánico y con certeza— problemas de filosofía práctica.[154]

2. LAS CRÍTICAS AL MÉTODO DOGMÁTICO

2.1. La cuestión de su cientificidad

2.1.1. La dogmática como conocimiento práctico

84 La dogmática jurídico-penal es un saber (*scientia*), pero también es un arte (*iuris-prudentia*), de modo que su contenido trasciende desde luego al modelo

---

[150] *Arth. Kaufmann*, FS Baumann, 1992, 128.

[151] *Arth. Kaufmann* (1990), 32 ss. Como dijera Don Quijote: «Advertid, hermano Sancho, que esta aventura y las a esta semejantes no son aventuras de ínsulas, sino de encrucijadas» (Don Quijote de la Mancha, Primera Parte, cap. X).

[152] *Arth. Kaufmann*, FS Baumann, 1992, 121, 126; *el mismo*, FS Schüler-Springorum, 1993, 420-421.

[153] *Arth. Kaufmann*, FS Schüler-Springorum, 1993, 422-423.

[154] Próximo, *Quintero Olivares*, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 627 ss.

de la geometría. En efecto, no constituye una ciencia en el sentido en que lo son las disciplinas experimentales, ni tampoco en el que caracteriza a la lógica y a las matemáticas. Por lo tanto, sus soluciones no se basan, ni pueden basarse, en el principio de certeza, que, en realidad, ya no es propio siquiera del mundo de la explicación. Debido a esto, ya a finales del siglo XIX, la contraposición entre las ciencias de la naturaleza y las ciencias del espíritu situó a la llamada ciencia jurídica entre estas últimas, en tanto que ciencias de la comprensión.[155] Ciertamente, con posterioridad, el neopositivismo, que tuvo una significativa influencia sobre la filosofía analítica, volvió a limitar el ámbito de los enunciados con sentido a los propios de las disciplinas experimentales o formales. Sin embargo, con ello negaba las posibilidades de la razón práctica, rechazando que existan juicios razonablemente objetivos en el ámbito de la filosofía moral y política.

A estas últimas posiciones les subyace una ideología empirista-naturalista 85
que es preciso abandonar, en su doble perspectiva ontológica y epistemológica. A saber, ni el método empírico es la única forma de conocer, ni resulta razonable decir que lo que no se puede conocer a través del método empírico no existe. En efecto, el empirismo constituye un reduccionismo insoportable de las posibilidades —y, al mismo tiempo, un desprecio por los límites— del conocimiento humano.[156] A este respecto, la evolución de la física en el siglo XX pone de relieve hasta qué punto las propias ciencias experimentales se han alejado del paradigma de la certeza. Ahora bien, es preciso subrayar que el problema epistemológico de la modernidad tardía no es sólo este, sino también otro. En concreto, sostener que la verdad no existe —o que, si existe, no importa—, de modo que todo es cuestión de opiniones.

Pues bien, frente a ello, es preciso empezar por reconocer con humildad 86
tanto la complejidad de lo real, como los límites de todo conocimiento.[157] En el caso concreto del conocimiento jurídico, ello conlleva su ubicación renovada en el ámbito de la razón práctica, con todas las consecuencias. En efecto, aquí se advierte con claridad que «el conocimiento verdadero es aquél que no alcanza a serlo del todo, el que no anula la alteridad del objeto», de modo que no puede entenderse sin una dimensión de misterio, en «el escaparse de las cosas a las relaciones cognoscitivas».[158] Así, la dogmática se vincula con la retórica clásica —no con una acepción vulgar de la retórica— en cuanto que actúa en el interior de una *praxis* humana. Por lo tanto, su base se halla en la racionalidad de los argumentos que utiliza en el contexto de esa *praxis*, en la que es obligado dar razones.[159] Ciertamente, los enunciados dogmáticos, cuando son esgrimidos por un interviniente directo en la *praxis* del castigo,

---

[155] *Bacigalupo*, LH Beristain, 1989, 459 ss.

[156] *Silva Sánchez* (2.ª, 2010), 246 ss.

[157] Así *Pawlik*, GA 2014, 369 ss.; *el mismo* (2019).

[158] *Innerarity* (1990), 124.

[159] *Silva Sánchez* (2010), 254 ss.; *Jareborg*, FS Frisch, 2013, 55.

reflejan ese punto de vista. En cambio, cuando son formulados por un académico, desde luego proceden de un observador. Sin embargo, este tiene que adoptar la perspectiva del interviniente —el punto de vista interno— sobre el Derecho.[160]

2.1.2. La adopción de la perspectiva del interviniente

87 Lo anterior guarda relación con un debate secular. Este tiene por objeto la cuestión de si la doctrina del Derecho penal es ciencia, en el sentido de que produce conocimiento sobre el Derecho penal, o por el contrario es fuente del Derecho penal, en tanto que crea Derecho penal. Pues bien, la dogmática jurídico-penal se integra en el ámbito de la filosofía práctica, de modo que es posible afirmar las dos cosas.[161] Por un lado, pretende el conocimiento de un objeto. Sin embargo, por otro lado, en el marco de esa actividad, contribuye a la co-creación del propio objeto de conocimiento. Así, la publicación de un libro o de un artículo jurídico-penal hace que su contenido forme parte de lo que futuros operadores tendrán como objeto de conocimiento. De este modo resulta que en la dogmática jurídico-penal concurren las mismas dos dimensiones que se dan en la filosofía práctica, y que no se advierten en la filosofía teórica. Ciertamente, ello da lugar a la perplejidad de quienes la examinan con los ojos de la ciencia positiva —del positivismo jurídico— adoptando para ello el paradigma de las ciencias lógico-matemáticas y experimentales. Sin embargo, tal punto de vista externo sobre el Derecho es ajeno al modo de trabajar de la dogmática. Sea como fuere, en esta obra se contemplan con escepticismo las expresiones «ciencia» y «teoría» en relación con el método de la dogmática jurídica. Ello responde a dos motivos. Por un lado, al rechazo del reduccionismo modernista, que asimila el conocimiento al método científico-formal o experimental. Por otro lado, al abuso del término «teoría» en el lenguaje de la dogmática jurídico-penal. Ciertamente, las denominadas «teorías» son por lo general máximas aplicativas, reglas o, en el mejor de los casos, doctrinas algo más abstractas que, con todo, tampoco cumplen —ni tienen por qué cumplir— los requisitos mínimos de una teoría científica.

2.2. La neutralidad y las valoraciones

2.2.1. Las perspectivas enfrentadas

88 En los años sesenta del siglo XX se abandonó decididamente la abstinencia valorativa de la dogmática jurídica. En efecto, el pensamiento crítico pasó a gozar de un cierto predominio, entre otras, en las disciplinas relativas al Derecho. A partir de aquel momento, una de las objeciones más frecuentemente dirigidas contra la dogmática jurídico-penal de las décadas previas

[160] *Stark* (2020), 60 ss.

[161] *Neumann* (2000), 125.

fue la relativa a su neutralidad o a su despolitización. Según los reproches esgrimidos entonces, la dogmática es idealista en la medida en que se cultiva como «arte por el arte», sin considerar suficientemente las aportaciones de las ciencias sociales.[162] Asimismo, es reaccionaria, pues pretende conformar un espacio ideológicamente neutro, al margen de las dimensiones ética y política del delito. En definitiva, las teorías críticas del Derecho reprochaban a la dogmática jurídico-penal su carácter poco comprometido políticamente, más aún, reaccionario.[163] Desde luego, es más que probable que ello se refiriera en particular a la dogmática propia del finalismo, entonces dominante, pero la crítica puede valer de modo general.

En la actualidad, la objeción común es exactamente la opuesta. En efecto, **89**
ahora parece volver a estar de moda la perspectiva positivista-kelseniana, que arguye que los enunciados de la dogmática jurídico-penal no son suficientemente neutrales. Es decir, que integran contenidos ético-políticos, para cuya emisión la doctrina carece de toda legitimación específica.[164] Pues bien, tanto la objeción antigua como la nueva ponen de relieve el rechazo que genera el hecho de que el método dogmático asuma la perspectiva de la racionalidad práctica. Para unos, esto no es suficientemente «comprometido»; para otros, en cambio, no es todo lo aséptico que debe ser. En realidad, lo cierto es que la razón práctica, propia de la dogmática —y de otras disciplinas normativas— no puede reducirse a la razón teórica del observador, que opera en las ciencias experimentales y empírico-sociales, sino que refleja la perspectiva del interviniente o el participante. Ahora bien, tampoco consiste en la formulación de meras opiniones políticas. En efecto, según su definición menos polémica, la dogmática tiene por objeto la descripción, sistematización y crítica de la legislación positiva. Pues bien, la sistematización de la legislación positiva no es una operación inmanente a esta, sino que tiene lugar mediante su integración en un marco trascendente, el de la reelaboración doctrinal.

2.2.2. La posición media de la dogmática

No hay razones sólidas para que la dogmática jurídico-penal asuma el mode- **90**
lo de la teoría pura del Derecho. Como ya se ha indicado, esta doctrina sostiene que es preciso limitarse al estudio formal del Derecho positivo, tal y como este es,[165] sin atender al Derecho que «debe ser». Es más, en el marco de un determinado Derecho positivo, tampoco se debe indicar cuál de las diversas posibilidades interpretativas es la correcta.[166] En definitiva, no es misión del jurista ocuparse de la política jurídica, ni en el marco de la *lex lata*, ni *de lege*

---

[162] *Baratta* (1980), 25 ss.; *Moccia*, LH Roxin, 1995, 73 ss.; *el mismo* (2003).

[163] Exposición en *Silva Sánchez* (2.ª, 2010), 161 ss.

[164] *Hilgendorf* (1998); *el mismo* (2000); *el mismo*, JRE 11 (2003), 83 ss.; *el mismo*, FS Lampe, 2003, 287; *Manrique/Navarro/Peralta* (2011); *los mismos*, Revus 31 (2017), 1 ss.

[165] *Kelsen* (1934), 15-16.

[166] *Kelsen* (1934), 107-108.

ferenda. Así pues, el recurso a cualesquiera premisas extralegales se considera pura ideología, como lo serían las perspectivas de legitimación y de crítica; una confusión entre el Derecho que es y el que debe ser; o, en fin, una argumentación moral que no puede justificar nunca una conclusión jurídica.

91 Pues bien, todas estas observaciones se entienden mucho mejor si donde dice Derecho se pone «ley». En efecto, aquellas derivan de una ontología reduccionista del Derecho que lo equipara a la ley. Sin embargo, tal posición no sólo asume una ontología defectuosa. Además, no tiene la más mínima capacidad explicativa de cómo opera el Derecho. En definitiva, en ella sí se contiene una teoría fuerte de filosofía normativa que no tiene nada que ver con lo que el Derecho es en la realidad. En cambio, la dogmática jurídica parte de una ontología del Derecho tal y como este opera. Por eso, no se autocomprende como mera exégesis y sistematización formal de los enunciados de una legislación dada, sino como construcción adicional de enunciados de contenido material-valorativo, complementarios de los anteriores. Por su parte, estos enunciados deben sostenerse con base en argumentos sustantivos: en otras palabras, de racionalidad material. En definitiva, las reglas dogmáticas materiales compatibles con el texto de la ley son «Derecho».

92 También la política jurídica, y con ella la crítica externa al sistema legal vigente, es misión de la doctrina del Derecho penal, aunque no sea sólo de ella. En efecto, la crítica que efectúa la dogmática tiene un objeto concreto y va acompañada de una propuesta técnico-jurídica *de lege ferenda*, justificada desde el punto de vista conceptual y sistemático. Por lo tanto, la dogmática *de lege ferenda* no pretende poner en cuestión la legitimidad general de un régimen legal. Ello la distingue radicalmente de la crítica filosófica o política. A este respecto, incluso es preciso distinguir la pretensión de construir una dogmática de la política jurídico-penal[167] de la modesta práctica de la dogmática *de lege ferenda*.

93 En lo relativo a la criminalización de determinadas formas de conducta, o a la adopción de ciertas formas de castigo, la dogmática no dispone de criterios determinantes, sino sólo de líneas argumentales generales. Aquí es preciso aceptar un cierto carácter contingente de las decisiones políticas. En cambio, en el segundo ámbito, en el que se trata de decidir sobre cuestiones concretas que muestran al tiempo implicaciones estructurales y valorativas, la cuestión es distinta. En efecto, aquí la argumentación dogmática *de lege ferenda* tiene un papel determinante e insustituible.[168] Por eso, la posibilidad de una dogmática de la *lex ferenda*, paralela a la de la *lex lata*, no es nueva. En realidad, es lo único coherente con cualquier concepción no legalista del Derecho, incluidas todas las variantes del positivismo jurídico que rechazan el puro legalismo.[169] En suma, la dogmática referida a futuras reformas de la ley no constituye algo sustancialmente distinto

---

[167] *Robles Planas* (2012), 20-21, 28 ss.

[168] *Sánchez Lázaro* (2007).

[169] *Binding* (1885), 15.

de la dogmática *de lege lata*. Ahora bien, la diferencia entre una y otra radica en un aspecto decisivo, como es la vinculación de esta última a la legislación vigente.

2.3. Lo nacional y lo supranacional

94 En la segunda mitad del siglo XX tuvo fuerza una concepción que sostenía no sólo el carácter supranacional de la dogmática, sino incluso su carácter supracultural. Ello se relacionaba con la consideración de que la base de las construcciones dogmáticas viene dada por una ontología supracultural: las denominadas estructuras lógico-reales del finalismo.[170] Por su parte, otro sector doctrinal sostenía asimismo el carácter supracultural de la dogmática, pero sobre un fundamento distinto: el carácter analítico de las reglas de imputación de responsabilidad.[171] Pues bien, a ambas concepciones les asiste la razón en parte. En efecto, existe una sintaxis de reglas de atribución de responsabilidad penal que se sustrae a cuestiones culturales. No en vano se ha apelado para sostenerlo al modelo de la geometría. Además, tal dimensión supracultural no se circunscribe a cuestiones formales, sino que existen criterios materiales de justicia penal que son universales.[172] Sin embargo, hay otras dimensiones que no son supraculturales, aunque sí supranacionales.[173] En concreto, existen ciertos parámetros de la discusión jurídico-penal que son propios de la cultura occidental, en la medida en que requieren lo que se ha denominado «un horizonte valorativo común».[174] Por lo demás, la legislación penal de cada Estado, aunque no constituye el objeto de la dogmática de la teoría del delito, sí es el límite de su construcción *de lege lata*.[175]

95 Las doctrinas de cuño alemán dominan en el espacio de los países de tradición no angloamericana. Sin embargo, ni ese dominio ni la evidente ventaja sistemática de la cultura jurídico-penal alemana han puesto fin a la polémica sobre si el sistema alemán puede constituir la base de una gramática occidental del Derecho penal.[176] De hecho, la tradición sistemática alemana ha sido sometida en las últimas décadas a una intensa crítica, tanto externa, como interna. La primera ha tenido lugar, sobre todo, con ocasión de la progresiva conformación del aparato de la teoría del delito en el Derecho internacional penal y la pugna entre la tradición alemana y la angloamericana.[177] La segunda,

---

[170] *Welzel* (1975), 345 ss.; *Arm. Kaufmann*, GS Tjong, 1985, 100 ss.; *Küpper* (1990), 34 ss.; *Hirsch*, FS Spendel, 1992, 50-51.

[171] *Hruschka* (1983; 2.ª, 1988); *el mismo* (2005).

[172] *Robinson*, Washington U. J. R. 14 (2021), 153 ss.

[173] *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 7/84 n. 76.

[174] *Fletcher* (1988), 1621; *Silva Sánchez*, LH Roxin, 1997, 14-15.

[175] *Silva Sánchez* (1992), 54.

[176] Escépticos, *Muñoz Conde*, RP 5 (2000), 45 ss.; *Donini*, RP 13 (2004), 67 ss.

[177] Así, crítico con la «vieja» dogmática alemana y a favor de una nueva dogmática en Derecho penal internacional, que facilite la imputación de responsabilidad, *Fletcher*, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 179 ss.

en cambio, puede haber tenido su origen en el debate sobre la hipotética parte general del Derecho penal europeo, pero prosigue desde hace dos décadas.[178] Desde una y otra perspectiva se han esgrimido objeciones a la paradójica pretensión del modo alemán de hacer ciencia del Derecho penal. Esta sería, por un lado, nacionalista-provinciana, pues tiende a considerarse sólo a sí misma. Por otro lado, sin embargo, podría ser calificada de imperialista, pues aspira a imponer sus soluciones en todo el mundo. Pues bien, es cierto que en la doctrina alemana existe tal actitud de superioridad.[179] Sin embargo, esta última no justifica la desautorización del método dogmático-sistemático de estudio de las instituciones del Derecho penal. En efecto, este método, aun desvinculado de su origen alemán, sigue siendo la forma más razonable de construir una teoría normativa del delito.

96 De hecho, la propuesta más difundida como alternativa a la dogmática es el recurso al método iuscomparatista.[180] Sin embargo, incluso adoptando este último método, el *tertium comparationis* sólo puede obtenerse de los conceptos dogmáticos, así como de las denominadas «instituciones» de la Parte Especial. Con todo, es cierto que las diferencias entre ambos métodos son claras. En efecto, la dogmática entronca con la tradición del *ius commune* romano-canónico. En cambio, el recurso al método comparado es un reflejo de la preponderancia otorgada a los códigos nacionales tras el movimiento codificador.[181] Así, un jurista iuscomparatista parte de que el Derecho es, de modo absoluto o preferente, la ley positiva. Por tanto, pensando fundamentalmente en las leyes sostiene que existen «Derechos» nacionales, que pueden y deben ser comparados. En cambio, un jurista dogmático parte de que el Derecho es uno, con independencia de que haya que construirlo y concretarlo en el marco fijado por la ley positiva de cada país.

2.4. La dogmática, la «expertocracia» y la democracia

97 Una crítica más al modo de operar de la dogmática es la de que esta pretende condicionar la creación y la aplicación de la ley mediante construcciones conceptuales que la mediatizan. De este modo, se le reprocha que pretende usurpar las prerrogativas del legislador y vincular al juez, más allá del resultado que este alcance en virtud de la aplicación de los cánones de la interpretación literal, sistemática e histórica.[182] Situada en este marco, una opinión sostiene que la doctrina no tiene una mayor capacidad que la ciudadanía para cons-

---

[178] Críticos, *Vogel*, GA 2002, 517 ss.; *el mismo*, JZ 2012, 25 ss.; *Lagodny*, FS Amelung, 2009, 51 ss.; *Stuckenberg*, GA 2011, 653 ss.; *el mismo*, ZStW 129 (2017), 349 ss.; *el mismo* (2020), 223 ss.; *Ambos*, GA 2016, 177; *Weigend*, GA 2020, 144 ss., 146. En contra de la crítica, *Schünemann*, ZIS 2016, 654 ss., 665.

[179] *Roxin/Greco*, AT, I, 5.ª, 2020, 7/85 v.

[180] *Dubber*, Journal of Legal Education 2006, 436; *Bacigalupo*, CPC 83 (2004), 5 ss.; *Matus Acuña*, PolítCrim 5 (2008), 21 ss.; *Donini*, RIDPP 2017, 15 ss.; *Ambos*, RP 41 (2018), 5 ss.

[181] *Perron*, ZStW 109 (1997), 284-285.

[182] *Hilgendorf* (2000), 19-20.

truir un presunto Derecho penal correcto. Es decir, que no cabe afirmar la existencia de una autoridad epistémica de los «expertos» frente a las mayorías democráticas.[183] Pues bien, a esto debe responderse que, en efecto, la sabiduría práctica no está reservada a quienes ejercen una determinada profesión, como, en lo que aquí se refiere, a los profesores de Derecho. Las fuentes del conocimiento de toda persona vienen dadas por la ciencia, por la experiencia personal física y metafísica, así como por la comprensión sapiencial.

98 Sin embargo, debe aceptarse que, en general, los académicos dedican más tiempo, disponen de un instrumental más preciso y sufren menos condicionantes que los partidos políticos, los medios de comunicación o las asociaciones de parte. Por tanto, parece que su intervención en los procesos previos a la deliberación parlamentaria de las leyes, e incluso en el seno de esta, es razonable.[184] Desde luego, tal intervención se halla justificada en la misma medida en que lo está la de los expertos en ciencias experimentales y sociales. En efecto, la suya es la misión de aportar «una contribución propia a la realización del Derecho justo».[185] En lo que hace a su utilidad en el proceso de aplicación de las leyes por los órganos judiciales, las construcciones dogmáticas relativas a la formulación de juicios de atribución de sentido, de valoración y de imputación, constituyen exclusivamente propuestas, que pueden ser aceptadas o no. Su fuerza no deriva de ninguna convención —no es producto de mayorías, ni del discurso—, sino que pretende ser fruto del mejor argumento. Ciertamente, esto da lugar a que un sector doctrinal aluda a la «autoridad epistémica» de la dogmática, algo que es razonable postular de quien ha estudiado más un problema, con mejores instrumentos y con mejor actitud. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta, como mucho, es la débil *auctoritas* de quien propone a quienes ostentan la *potestas*.

99 Lo paradójico es que, en nombre de la democracia, un sector doctrinal asigne a los profesores de Derecho penal el mero papel de mediadores y traductores en el marco de un discurso jurídico peculiar.[186] Según esta opinión, los agentes de tal discurso son, por un lado, las instituciones europeas —es decir, una burocracia— y, por el otro, la opinión pública europea —es decir, los lobbies—.[187] Pues bien, resulta extraño que en el marco de ese discurso de poder, el reproche de hallarse en «una torre de marfil de discursos dogmáticos, inaccesibles a la visión política de la opinión pública» se dirija a modestos profesores de universidad. Ahora bien, todo se entiende si se advierte que tal reproche se halla en la concepción de las valoraciones como puras decisiones —actos de voluntad— que no guardan ninguna relación con los juicios racionales. En efecto, esta premisa

---

[183] *Pawlik*, GA 2014, 369 ss.; *Gärditz*, JZ 2016, 650. Críticos, *Silva Sánchez*, InDret 4/2019, 25; *el mismo*, LH Huerta Tocildo, 2020, 141 ss., 147; *el mismo*, LH Berdugo, 2022, 389 ss.; *Robles Planas*, LH Lorenzo Salgado, 2021, 1211 ss.; *Coca Vila* (2023), 79 ss.

[184] *Hörnle* (2022), 29.

[185] *Zaczyk*, FS Küper, 2007, 726.

[186] *Vogel*, RP 11 (2003), 143 ss., 145; *Volk* (2006), 91.

[187] *Vogel*, GA 2002, 524, 534; *el mismo*, JZ 2012, 27. Crítico, *Schünemann*, GA 2002, 511.

conduce a rechazar la reflexión y la argumentación racional como medios de aproximación a lo bueno y lo malo. En consecuencia, partiendo de ella se critica cualquier pretensión de realizar valoraciones desde la argumentación racional, como contrapunto de las decisiones de poder.

2.5. La sistemática y la tópica

100 Ciertamente, la forma de razonar de la dogmática de tradición alemana es sistemática.[188] En este punto se diferencia de la mayor flexibilidad con la que se argumenta en el espacio jurídico angloamericano. Sin embargo, el pensamiento sistemático ha tenido históricamente un carácter conceptualista, formal y rígido: binario.[189] Pues bien, para adquirir virtualidad de aproximación a los casos, el sistema debe relativizar su base binaria, haciendo hincapié en la gradualidad y en el carácter tipológico de los conceptos. Para eso, debe configurarse de un modo abierto a las valoraciones, admitiendo la existencia de magnitudes graduables y, por tanto, de zonas grises. En suma, tiene que aceptar que la presencia de casos límite no pone en cuestión la sistematicidad, sino que revela la complejidad de la vida, que no puede ser reducida a una lógica binaria. La transición de un concepto a otro mediante el pensamiento tipológico puede favorecer el recurso a triparticiones, mejor que a bipariciones, siempre que ello se entienda como un método de aproximación a la realidad y no como un modo alternativo de clasificar.

101 El recurso al pensamiento tópico como tal ya no es asumible en nuestra tradición.[190] Ahora bien, la apertura al caso, sin abandonar la pretensión sistemática, genera sistemas de una complicación —o de un refinamiento— excesivos.[191] Con base en una crítica a estos último, un sector doctrinal, aludiendo a las necesidades prácticas de la globalización de la economía y de la unidad europea, propugna la acogida de modelos de solución pragmática, más sencillos en cuanto a los presupuestos de la punibilidad.[192] En realidad, lo que procede es reconocer los límites del sistema. Así, la argumentación sistemática debe llegar hasta donde sea posible en su pretensión de proporcionar seguridad jurídica, pero sin convertirse en un fin en sí mismo. Por lo tanto, allí donde las divergencias doctrinales son masivas, o donde la doctrina no llega a ofrecer una solución, la pretensión de salvar el sistema a toda costa no sólo no sirve a la práctica, sino que la perturba. En definitiva, es preciso reconocer que casi siempre hay un salto desde la argumentación sistemática a la justicia del caso, en el que el juez opera en la soledad de los argumentos de razón práctica, que no tienen por qué ser estrictamente sistemáticos.

---

[188] *Silva Sánchez* (2.ª, 2010), 118-122.

[189] Críticos: *Radbruch*, FG Frank, I, 1930, 158 ss.; *Roxin* (1972); *Pastor Muñoz*, InDret 2/2021, 51 ss.

[190] *Silva Sánchez* (2.ª, 2010), 123 ss., 128 ss.; *Robles Planas*, ZIS 2010, 134 ss.

[191] Críticos, *Tiedemann*, FS Lenckner, 1998, 419; *Volk* (2006), 90-91; *Vogel*, JZ 2012, 28; *Rotsch* (2022), 23 ss.

[192] *Perron*, FS Lenckner, 1998, 239.

2.6. La misión práctica y la excesiva originalidad o sofisticación

La elaboración dogmática de conceptos y enunciados, de reglas y prin- **102**
cipios, desempeña una importante función práctica. Esta es la de servir de puente entre las doctrinas jurídicas más abstractas y la aplicación judicial del Derecho.[193] Al proveer de instrumental a los órganos judiciales, contribuye al equilibrio entre la seguridad jurídica y la justicia, en beneficio del conjunto de los ciudadanos. En efecto, la construcción conceptual y sistemática permite una aplicación del Derecho, que lo sustraiga a la irracionalidad, la arbitrariedad y la improvisación.[194] Así, la dogmática es una garantía de igualdad y, por tanto, contribuye a hacer realidad en la aplicación del Derecho penal el derecho fundamental a la igualdad, presente en todas las constituciones. Sin embargo, es cierto que en este punto ha surgido un problema, derivado de dos características de la evolución de la academia en los últimos treinta años.[195] Por un lado, se ha producido un enorme incremento en el número de publicaciones, pues la evaluación de la actividad de los profesores depende de consideraciones también cuantitativas.[196] Por otro lado, ha tenido lugar una búsqueda de originalidad a toda costa, en la medida en que esta puede favorecer el número de citas y, con ello, una mejor evaluación por parte de las agencias de calidad académica. Pues bien, ello pone de relieve la existencia de fricciones entre las exigencias del sistema científico-universitario y las del sistema judicial penal.

Es cierto que las propuestas doctrinales, en tanto que producto académico, **103**
pueden adolecer de esa constante pretensión de originalidad. Además, es verdad que así se genera el riesgo de mostrar más los puntos de desacuerdo que los de acuerdo, cuando resulta que estos son los más numerosos entre unos y otros autores. De este modo puede trasladarse a los operadores forenses una imagen sesgada, que se expresa con la metáfora del «supermercado dogmático».[197] En efecto, la imagen sería que quien desee sostener un punto de vista, no tiene más que buscar, pues siempre encontrará un criterio doctrinal que le dé la razón. Sin embargo, sobre muchos problemas existe una doctrina dominante relativamente estable, posiciones en ascenso y otras que se hallan en claro declive o bien ocupan espacios marginales. Por eso, la doctrina debe hacer un esfuerzo para que el afán de subrayar la propia posición no oscurezca los espacios de acuerdo, sean estos más o menos incompletos en términos teóricos. Además, es preciso ampliar los cauces institucionales de diálogo entre la doctrina y la jurisprudencia. En todo caso, la doctrina ha de aceptar que la asunción judicial de una determinada regla no tiene por qué conllevar la aceptación de todo un modelo sistemático. Esto último no

---

[193] *Hassemer* (1984), 251.

[194] *Gimbernat Ordeig* (1970), 140 ss.; *Welzel*, FS Maurach, 1972, 4-5; *Silva Sánchez* (1992), 50.

[195] *Matus Acuña*, PolítCrim 5 (2008), 11-12.

[196] Ya *Haft* (1985), 12-13; *Pawlik* (2012), 11 ss.

[197] *Schünemann* (1996), 48 ss.

tiene nada que ver con la misión básica de los órganos judiciales, que es la de resolver casos.[198]

V. LA LABOR DE LA DOGMÁTICA

1. EL LENGUAJE DE LA DOGMÁTICA

1.1. Planteamiento

104 Los teóricos del Derecho no están de acuerdo acerca de la clasificación fundamental de los enunciados que se utilizan en el lenguaje jurídico. Así, es posible hallar una tripartición de enunciados descriptivos, prescriptivos y adscriptivos.[199] Otra, en cambio, propone la tripartición de enunciados descriptivos, evaluativos y prescriptivos.[200] En realidad, es necesario, en primer lugar, distinguir entre los enunciados del lenguaje de las leyes penales y los del lenguaje de la dogmática jurídico-penal. Además, la determinación de cuáles sean los enunciados en el marco de este último depende de las funciones que se le atribuyan a la dogmática. En efecto, según la teoría pura del Derecho, la misión de la dogmática se agota en la formulación de enunciados descriptivos acerca de las posibles interpretaciones de un texto legal. En cambio, la valoración de las distintas posibilidades de interpretación del texto ya no es una actividad dogmática, sino jurídico-política. Por el contrario, un concepto más amplio de la tarea de la dogmática incluye en ella esta dimensión valorativa, así como la invitación a los aplicadores del Derecho a decidirse por una u otra opción interpretativa.[201]

1.2. Las clases de enunciados

105 Una clasificación de los enunciados que se formulan en el lenguaje de la dogmática jurídico-penal tiene que considerar, en principio, las siguientes cinco clases: (i) descriptivos, (ii) prescriptivos, (iii) de atribución de sentido, (iv) valorativos y (v) de imputación. Los enunciados de los grupos (iii) (iv) y (v) conforman las tres clases de enunciados normativos —en el sentido de que implican juicios no teóricos, sino prácticos— que utiliza específicamente la dogmática de la teoría del delito.[202] En efecto, en los referidos tres grupos de enunciados se utiliza un lenguaje que no es descriptivo ni prescriptivo. Ciertamente, puede afirmarse que en ellos el lenguaje es adscriptivo; sin

---

[198] Crítico, sin embargo, *Schünemann* (1996), 52.

[199] *Hruschka* (1983), 415 ss.; *Alcácer Guirao*, LH Ruiz Antón, 2004, 25 ss.; *Schuhr* (2006), 50. Otra posición, relativamente próxima, distingue entre enunciados descriptivos, valorativos y adscriptivos: *Puppe* (2008), 21.

[200] *von den Pfordten* (1993), 357 ss.

[201] *Stark* (2020).

[202] En la dogmática de la Parte Especial se emplean ante todo enunciados de sentido y de valoración, como corresponde a una teoría de los tipos de delito.

embargo, el contenido de los grupos de enunciados es distinto. Así, no es lo mismo atribuir significado a un fenómeno que efectuar una valoración sobre un hecho que tiene un determinado sentido o, en fin, imputar a alguien ese hecho desvalorado.

Además de servirse de esas tres clases de enunciados normativos, la dogmá- **106**
ticaformula ciertamente enunciados descriptivos. En cambio, sólo de modo impropio puede afirmarse que utilice enunciados prescriptivos. En efecto, los enunciados descriptivos son los propios de las ciencias formales (lógica y matemáticas) y de las experimentales. Sin embargo, estos enunciados también pueden referirse a hechos institucionales, es decir, resultantes de convenciones humanas.[203] Así, se puede advertir que la doctrina jurídico-penal se sirve de ellos cuando refiere el tenor de un determinado texto legal: en su forma más sencilla, cuando afirma que el artículo «X» del Código penal dice «X».[204] Como se ha indicado, para algunas concepciones de la «ciencia» del Derecho, este debería constituir el cometido esencial de la actividad del jurista académico: describir el Derecho positivo (i).

Existen, sin embargo, otras manifestaciones de uso descriptivo del lenguaje **107**
por parte de la doctrina del Derecho penal. Uno de ellos, casi trivial, es el relativo a la descripción de sentencias judiciales y opiniones doctrinales ajenas (ii). Ahora bien, la mayoría de las descripciones que pretendidamente lleva a cabo la doctrina sí tienen una gran trascendencia. En concreto, aquéllas se deben a la previa selección de un aspecto de la realidad como relevante —más aún, decisivo— para la construcción de un concepto o de una teoría dogmática. El aspecto de la realidad que se selecciona y se describe puede ser: (iii) los datos empíricos, proporcionados por las ciencias experimentales; (iv) las estructuras lógico-reales, u otras realidades metafísicas; (v) las estructuras lógico-analíticas, aportadas por la filosofía del lenguaje, la teoría de la acción o la teoría de la norma; o (vi) los conceptos jurídicos ideales, proporcionados por la teoría del Derecho. Lo decisivo es que tales estructuras previas al Derecho penal, salvo la empírica, proporcionada por las ciencias experimentales, pueden tener ya un contenido adscriptivo. Así, los enunciados dogmáticos-penales descriptivos pueden describir enunciados extrapenales de atribución de sentido, valorativos o de imputación.[205] Contemplados así, todos ellos son enunciados descriptivos metalingüísticos, es decir, que tienen otro lenguaje por objeto. Es común afirmar que, cuando maneja enunciados de esta naturaleza, la doctrina del Derecho penal opera como una disciplina teórica.[206]

Los enunciados prescriptivos son propios del lenguaje de las normas. En **108**
efecto, es común entender que, tras los textos que describen los tipos de delito, existen normas de conducta, que son disposiciones prescriptivas dirigidas a

---

[203] *Puppe* (2008), 21.

[204] *Alcácer Guirao*, LH Ruiz Antón, 2004, 28 n. 29; *Seher*, ARSP Beiheft 114 (2007), 69.

[205] Por ejemplo, los que se dan en la psicología social.

[206] *Kindhäuser*, FS Yamanaka, 2017, 446-447.

los ciudadanos (*cfr. supra* capítulo 1/32 ss.). Por esa misma razón, los enunciados prescriptivos no son propios de la doctrina del Derecho penal. Es verdad que esta se sirve en ocasiones de prescripciones, pero lo hace de un modo impropio. En concreto, las maneja cuando pretende sostener que una determinada solución —que tiene por correcta— debe ser aceptada por el resto de la comunidad académica o por los tribunales. En realidad, en estos casos la doctrina se sirve de enunciados de recomendación más o menos intensa, que pretenden formar convicciones.[207]

1.3. Los juicios prácticos de atribución de sentido, de valoración y de imputación subjetiva

1.3.1. Consideraciones generales

109 Como se ha adelantado, la dogmática jurídico-penal recurre a enunciados descriptivos en cinco contextos.[208] A saber, cuando describe enunciados empíricos, lógico-reales, lógico-analíticos, jurídico-conceptuales o el tenor de la ley. Como se ha indicado, tales enunciados son metalingüísticos.[209] Es decir, tienen por objeto un enunciado preexistente: el formulado respectivamente por científicos experimentales, filósofos de una u otra corriente, por la ciencia jurídica o por el legislador. Son reconocibles cuando se leen afirmaciones como, por ejemplo, que «las investigaciones científicas sobre la mente humana señalan...» o «la ley dispone...», «la teoría analítica de la acción afirma...» o «el concepto jurídico es...».

110 En los últimos años se discute especialmente sobre la función que pueden desempeñar los enunciados dogmáticos descriptivos de enunciados empíricos. En realidad, debe afirmarse que el contenido de tales enunciados empíricos limita la actividad dogmática desde un punto de vista externo. En concreto, la premisa fáctica de una determinada regla dogmática no puede contradecir enunciados empíricos verificados o no falsados. Expresado de otro modo, las reglas doctrinales no pueden basarse en enunciados refutados. Sin embargo, los enunciados empíricos no pueden vincular el contenido jurídico de la regla.[210] Las doctrinas que, en cambio, toman como punto de partida enunciados descriptivos de determinadas estructuras lógico-analíticas[211] o lógico-reales les asignan una función más relevante en el marco del concepto o de la regla dogmática de la que se trate. Así, se ha sostenido que una construcción jurídica que ignore las estructuras lógico-reales se ve abocada al fracaso por no asentarse sobre la realidad.[212] En los últimos

---

[207] *Seher*, ARSP Beiheft 114 (2007), 69-70, 72.

[208] Dejando al margen la descripción de sentencias y de opiniones doctrinales ajenas.

[209] En este sentido, hablan sobre un lenguaje objeto desde un metalenguaje: *Schuhr* (2006), 163.

[210] *Silva Sánchez*, LH Roxin, 1997, 26-27.

[211] *Joerden* (1986), 43 ss., 70 ss.; *el mismo* (1988), 16 ss., 87 ss.

[212] *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 37 ss.

años, el argumento relativo a la estructura lógico-real del ser humano se ha usado, por ejemplo, para argumentar contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

1.3.2. El debate sobre el método y las clases de enunciados

111 El lenguaje verdaderamente propio de la dogmática es el adscriptivo, característico de los conceptos y enunciados doctrinales —prácticos— que es común denominar «normativos». Estos tienen por objeto un enunciado descriptivo de una situación de hecho y lo procesan conforme a un determinado código jurídico. A su vez, este último puede ser jurídico-penal autónomo o mostrar vínculos más o menos intensos con los de otras ramas del Derecho. En función del contenido específico del código que toman como baremo, los enunciados adscriptivos conducen a la asignación de sentido a un acontecimiento, a la valoración de dicho fenómeno una vez se le ha asignado sentido, o bien a la imputación de este a un sujeto.[213] En el marco de la teoría del delito, los enunciados de atribución de sentido y de valoración son propios de la doctrina de la tipicidad y de la justificación.[214] En cambio, los enunciados de imputación son los propios de la doctrina de la acción, del dolo o la imprudencia subjetiva y de la culpabilidad.

112 Así, por ejemplo, en el juicio de tipicidad se determina si una acción humana tiene el sentido de «matar», si un sujeto puede ser tenido por «funcionario público» o si un objeto es una «cosa». Sin embargo, el juicio de tipicidad trasciende a la determinación del sentido de una conducta para el Derecho. Además, contiene juicios de valor acerca de esta. Así, por ejemplo, son enunciados valorativos que se integran en el juicio de tipicidad los relativos a si una conducta es socialmente adecuada o constituye un riesgo permitido. Por lo demás, en todos los tipos legales que contienen elementos normativos de valoración jurídica o social es preciso llevar a cabo juicios valorativos para determinar la tipicidad.

113 En el juicio acerca de la justificación de una conducta típica se realizan básicamente juicios significativos y valorativos. En España es paradigmático a este respecto el requisito primero del estado de necesidad, que requiere que el mal causado por el agente no sea mayor que el que trata de evitar (art. 20.5.° CP). Seguramente no cabe referirse de modo más laxo a un juicio valorativo que aludir al «mal» y a lo «mayor». Sin embargo, ideas omnipresentes en las causas de justificación, como son las de lo «legítimo» y lo «ilegítimo», ponen de relieve esta característica. En los niveles de la acción, del dolo (o de la imprudencia subjetiva) y de la culpabilidad, por su parte, se trata de la imputación de lo acontecido a un sujeto. A este respecto, la idea rectora es la posibilidad —y exigibilidad— de evitación de la conducta realizada.

---

[213] *Silva Sánchez*, InDret 4/2019, 16-17; *Sánchez-Ostiz*, LH Silva Sánchez, 2019, 25 ss., 31 ss.

[214] *Frisch/Robles* (2004), 79 ss.; *Sánchez-Ostiz* (2008), 482 ss., 485-486.

114 Una observación del modo de actuar de la doctrina académica pone de relieve que la primera fuente de discordia en su seno es la determinación de si un concepto debe construirse conforme al método descriptivo o adscriptivo. Esto se expresa, por ejemplo, en la discusión relativa a si el concepto de conocimiento, requerido para la imputación subjetiva dolosa, «es» (descriptivo-) psicológico o normativo, es decir, describe un estado mental o es el producto de una atribución jurídica.[215] Esta misma polémica se da también, aunque con un matiz no irrelevante, cuando se trata de dilucidar si un determinado concepto —por ejemplo, el de acción o el de omisión— es «ontológico» o «normativo». En efecto, entre quien sostiene que un concepto es descriptivo y quien defiende que ese concepto es ontológico pueden existir diferencias. Quienes formulan conceptos descriptivos los pretenden remitir a una realidad empírica —o lógico-analítica, en su caso—. Por ejemplo, los conceptos descriptivos de conocimiento en el dolo sostienen que el concepto refleja —o tiene que reflejar— algo que sucede en la psique del concreto ser humano y cuya existencia, a poder ser, debería determinarse mediante métodos empírico-clínicos. Algo próximo ocurre con los conceptos descriptivos-individualizadores de la culpabilidad. En cambio, quienes construyen un concepto ontológico toman como referencia una estructura profunda del ser, de modo que tales conceptos tienen resonancias metafísicas. Así, por ejemplo, un concepto ontológico de culpabilidad se refiere a una propiedad metafísica del obrar humano.

115 Ahora bien, esta consideración debe tomarse con cautela. En efecto, muchos defensores del recurso a conceptos ontológicos no asumen una ontología metafísica, sino que pretenden sencillamente que se atienda a la realidad empírica. En realidad, esto no es del todo erróneo. El término «ontología» significa «teoría del ser» o de la realidad. En este marco, el naturalismo —cuyo postulado es que no existe más ser que el que se determina mediante la experiencia empírica— constituye una ontología (anti-metafísica). Igualmente, el constructivismo —que postula que la realidad empírica carece de sentido, de modo que sólo tiene sentido lo que producen los seres humanos mediante la comunicación—, es una ontología. Esto conduce a la paradoja de que la obra paradigmática del normativismo jurídico-penal —la de Jakobs— tenga su punto de partida en una tesis ontológica: la constructivista, según la cual toda realidad con sentido para el Derecho es construida.

116 En toda esta materia existe una notable ambigüedad. Por ejemplo, entre quienes afirman que es preciso poner límites al normativismo, se dan posiciones que en absoluto son ontológicas, sino que los límites que ponen al normativismo jurídico los pretenden obtener de una normatividad social-cultural.[216] Así se señala en algunos casos de modo explícito. Por ejemplo, cuando se afirma que el legislador —y, por tanto, el Derecho positivo, nivel de normatividad— se halla limitado por valoraciones culturales no jurídicas —es

[215] *Mylonopoulos* (1998), 167 ss.

[216] Exposición y crítica en *Silva Sánchez* (2.ª, 2010), 280 ss.

decir, por otro nivel de normatividad—.[217] Sin embargo, no siempre se halla tal claridad. En todo caso, las valoraciones se pueden obtener de una cultura determinada,[218] a su vez basada en criterios individualistas, holistas —utilitaristas o no— o diferentes de ambos. Sin embargo, también puede tratar de asentarse en una moral universal.

2. LA ASIGNACIÓN DE CONTENIDO A LOS ENUNCIADOS DE LA DOGMÁTICA

2.1. Planteamiento

117 Cabe afirmar que existen tres ámbitos separados para la actividad intelectual de la dogmática del Derecho penal.[219] A saber: (i) el análisis de las estructuras del sistema de conceptos y reglas del Derecho penal —la denominada protodogmática—; (ii) la realización de estudios ético-normativos y jurídico-políticos sobre el merecimiento de pena; y (iii) los comentarios sobre el Derecho positivo vigente. Pues bien, estos tres ámbitos, que comprenden, respectivamente, el análisis, la valoración y la exégesis, responden a tres conceptos distintos de la actividad dogmática. Por un lado, la dogmática del iusnaturalismo racionalista —mejor: iusracionalismo—;[220] por otro lado, la dogmática teleológico-valorativa; y, en fin, la dogmática del positivismo legal, entendida como exégesis y sistematización de la ley. Por lo demás, en cada uno de esos tres ámbitos la dogmática tiene una vigencia espaciotemporal distinta. Así, el contenido del primer ámbito es universal y atemporal. El del segundo, por su parte, es supranacional y con pretensión de permanencia. En fin, el del tercero es nacional y ampliamente contingente. De este modo queda claro que la dogmática es entendida como disciplina exclusivamente nacional por aquellos que sostienen que su objeto es únicamente la exégesis y sistematización de una legislación estatal dada —un Derecho positivo—.[221]

118 A favor de la rígida separación de tales ámbitos se ha esgrimido el argumento de que permite distinguir radicalmente entre el «Derecho que es» y el que «debe ser». Así, el Derecho «que es» se encontraría en la protodogmática y en la exégesis y sistematización de la ley. En cambio, el método teleológico-axiológico mezclaría el Derecho que es con el que debe ser. Sin embargo, ya se ha señalado que, para admitir la relevancia de esa distinción, hay que asumir la premisa de la identificación del Derecho con la ley. Pues bien, esa ontología positivista legal, más allá de ser muy discutible desde una perspectiva teórico-fi-

---

[217] *Mir Puig*, RECPC 7 (2005), 11.

[218] Este es el Derecho natural de contenido variable, concepción del filósofo neokantiano Rudolf Stammler (1856-1938), asumida luego por Winfried Hassemer (1940-2014). En la actualidad, esta concepción vendría representada por la cultura de los derechos humanos.

[219] *Hruschka* (1983), 235; crítico sobre su separación *Silva Sánchez*, InDret 4/2019, 1 ss.

[220] En el original alemán: «*Vernunftrecht*».

[221] Críticos: *Bacigalupo*, RCP 2 (1999), 12; *Silva Sánchez*, RDPC 9 (2002), 84.

losófica, resulta por completo ajena a la autocomprensión de quienes cultivan la dogmática jurídico-penal. Desde tal autocomprensión, la separación de los tres ámbitos no es razonable, pues hace imposible afrontar la resolución de un problema jurídico-penal concreto, en el que aquellos siempre convergen, en mayor o menor medida.

2.2. Los tres ámbitos de la actividad intelectual jurídico-penal

2.2.1. La protodogmática

119 La denominada «protodogmática» —o dogmática primera— se ocupa del análisis de las estructuras formales que subyacen a los conceptos y reglas jurídico-penales. Así pues, esta es una parte de la actividad dogmática que puede llevarse a cabo *more geométrico*, según la pretensión del iusracionalismo de los siglos XVII y XVIII.[222] Es decir, sigue el método de la geometría y de las disciplinas empíricas que, en su día, le sirvieron de modelo de ciencia teórica al racionalismo formalista y, luego, a la denominada «jurisprudencia de conceptos». Ciertamente, la búsqueda de una orientación de la dogmática jurídico-penal a las bases empíricas (naturalismo) y a las estructuras lógicas de la realidad[223] fue muy propia de la modernidad, obsesionada por el principio de certeza. Pues bien, cabe profundizar en las estructuras lógico-analíticas del lenguaje del Derecho, en tanto que lenguaje de la imputación, siempre que se sea consciente de la rigidez formalista que ello conlleva. Sin embargo, lo decisivo de la dogmática jurídico-penal no pertenece al ámbito de *l'esprit de géométrie*, sino al propio de *l'esprit de finesse*.[224]

120 En efecto, la dogmática, como las disciplinas prácticas en general, posee una dimensión de experiencia personal y, con ella, de *praxis* humana —de interrelación—. A su vez, esta perspectiva interpersonal se sustrae tanto a la lógica de la mera observación —de las ciencias experimentales—, como a la de la abstracción formal —propia de la lógica y de las matemáticas—. Así pues, a diferencia de lo que sucede en estas, la dogmática opera como las demás disciplinas prácticas. En definitiva, acoge la perspectiva del interviniente, que debe dar razones que justifiquen determinadas soluciones en el marco de un diálogo de la responsabilidad.[225]

2.2.2. La interpretación de los textos

121 Un reproche que con frecuencia se le dirige a quienes cultivan la dogmática es la minusvaloración del texto legal. En contra de tal supuesta forma de proceder, se objeta que la ley es la fuente primaria del pensamiento y la

---

[222] *Hruschka* (2005).

[223] *Hilgendorf*, JRE 11 (2003), 101; *Puppe* (2014), 137 ss., 171.

[224] La distinción es de Blaise Pascal (1623-1662).

[225] *Torío López*, LH Rodríguez Devesa, II, 1989, 409.

argumentación jurídicas. Sin embargo, esto no ha sido ignorado prácticamente nunca en las construcciones dogmáticas. Así, parece que lo que se le quiere reprochar a la dogmática es, más bien, su oposición a las aproximaciones meramente exegéticas a los textos legales. En ocasiones, esto se sostiene al tiempo que se subraya la necesidad de una exégesis del texto legal independiente de cualesquiera consideraciones teórico-filosóficas sobre este.[226] De ahí que se indique que la relación con el texto debe dar lugar a «comentarios» de este y no a su sistematización. Sin embargo, esto supone un retroceso incluso con respecto a la dogmática formalista del cambio de siglo XIX-XX.

2.2.3. Los enunciados normativos: teleológicos-axiológicos

Un sector doctrinal sostiene que, más allá de las estructuras lógico-analí- 122
ticas y de la exégesis legal, sólo hay ideología —esto es, opiniones vulgares e interesadas—. Otro, menos negativo, entiende que los enunciados no analíticos ni exegéticos carecen de naturaleza jurídica, de modo que la suya es ética o política. Pues bien, lo cierto es que muchos de los enunciados de la dogmática tienen un alcance creador o crítico. Esto quiere decir que en ellos se realizan valoraciones con la pretensión de contribuir a una solución justa de los casos. En efecto, la mayoría de quienes cultivan la dogmática buscan un camino equilibrado entre el naturalismo y la variante funcionalista-holista del normativismo.[227] Ciertamente, tal búsqueda tiene lugar desde perspectivas distintas. Por un lado, cabe integrar aquí todas las concepciones que proponen la acogida de un método teleológico limitado. Por otro, las que sostienen que es posible elaborar los juicios normativos del Derecho penal no desde una orientación teleológica de uno u otro signo, sino más bien a partir de una determinada representación de lo justo. Esta última se concreta mediante el acuerdo —teoría del discurso— sobre la noción de justicia, a partir del cual deben luego elaborarse los enunciados más concretos.

2.3. Balance

Es posible, desde luego, que un problema jurídico-penal verse únicamente 123
sobre cuestiones protodogmáticas *stricto sensu*; o únicamente sobre cuestiones exegéticas; o, en fin, sólo sobre cuestiones valorativas. Sin embargo, los trabajos ordinarios de la dogmática *de lege lata* suelen integrar todos esos elementos y algunos más, de un modo tal que los hace en realidad indisociables. Así pues, la inmensa mayoría de los problemas jurídico-penales deben ser afrontados precisamente desde la mencionada triple perspectiva de análisis: (i) lógico-conceptual; (ii) axiológica; y (iii) legal-interpretativa.

---

[226] *Lagodny*, FS Amelung, 2009, 52, 59.

[227] *Neumann* (1996), 57 ss.; *el mismo* (2000), 122 ss., 125; *Puppe* (2014), 164; *Cuello Contreras* (2021).

3. EL MÉTODO DE ELABORACIÓN DE LAS REGLAS DOCTRINALES

3.1. Los criterios de construcción

3.1.1. Generalidades

124 Los juicios de atribución de sentido, de valoración y de imputación son el resultado de la aplicación de determinadas reglas. Pues bien, para la elaboración de las reglas de atribución de sentido, valoración e imputación, existen las tres opciones metodológicas básicas ya comentadas. El método conceptual-estructural parte de la premisa de que existen estructuras previas o inherentes al Derecho,[228] que vinculan la elaboración jurídico-doctrinal. Además, sostiene que estas pueden guiar tal elaboración conceptual jurídica hasta el final o hasta muy cerca de este. Cabe que tales estructuras se hallen en la realidad empírica (lo que comprende también la psicológica, económica y social), en la realidad antropológica-metafísica, en la realidad lingüística o bien en el mundo de los conceptos jurídicos ideales. Por su parte, el método exegético-legal parte de que son las disposiciones legales penales o extrapenales (civiles, administrativas) las que vinculan y conducen hasta el final la elaboración jurídica de los conceptos. En fin, el método teleológico-axiológico sostiene que el criterio rector de la elaboración conceptual es el valor que se tome como referencia, muy significativamente el *telos* perseguido. A su vez, este viene dado por la misión general del Derecho penal y, en ese marco, por los fines de las diversas instituciones jurídicas.

3.1.2. El método estructural-conceptual

125 La concepción estructural de la elaboración de los conceptos dogmáticos es designada con frecuencia con la expresión de dogmática ontológica. Sin embargo, esta denominación es inexacta. Como se ha indicado, existen diversas concepciones acerca de cuáles son las estructuras relevantes de la realidad. Así, las empíricas, las metafísicas, las lógico-reales, las lingüísticas (lógico-analíticas) o las jurídico-conceptuales. Por lo tanto, a propósito de algunas de ellas es preferible afirmar sencillamente que proponen y manejan conceptos descriptivos metalingüísticos, de modo que lo que varía es el objeto de la descripción que, respectivamente, se pretende. Por ejemplo, los conceptos causales, finales o negativos de acción son todos ellos estructurales, pero divergen en su concepción de lo relevante de la realidad preexistente «acción». Así, respectivamente consideran que la realidad relevante de la acción se identifica con la causalidad empírica; o con la finalidad, como estructura lógico-material; o, en fin, con la infracción de un deber, como estructura jurídico-conceptual. De modo más general, las doctrinas jurídico-penales basadas en una determinada teoría —clásica o analítica— de la acción, o en una teoría —clásica o analítica— de las

[228] Estas fueron investigadas sobre todo en el pandectismo jurídico-civil del siglo XIX (la jurisprudencia de conceptos), pero también en el formalismo jurídico-penal de finales del siglo XIX y principios del siglo XX.

normas, muestran una intensa dimensión estructural. En efecto, sus construcciones están basadas en una determinada «lógica» de la acción o de la norma.

3.1.3. El método exegético-legal

La dogmática legalista-exegética pretende hallar los conceptos en la ley. Así **126**
pues, su paradigma es el concepto que viene proporcionado por una definición legal o, en todo caso, el que se obtiene mediante una interpretación lógico-sistemática de los preceptos legales relativos a una determinada institución.[229] Por lo demás, el concepto legal lo puede proporcionar una ley penal, pero también una ley extrapenal. En este último caso, la doctrina legalista-formalista procede a la construcción «accesoria» de los conceptos jurídico-penales con base en tales disposiciones extrapenales. El debate sobre la adopción de una perspectiva «jurídica» (o accesoria) o bien de una perspectiva «fáctica» (o económica, autónoma) en la elaboración de conceptos del Derecho penal patrimonial y económico es reflejo precisamente de la oposición entre un método legal-formal y uno teleológico.

3.1.4. El método teleológico-valorativo

La dogmática teleológico-valorativa orienta la elaboración conceptual a los **127**
valores de referencia, o a los fines del Derecho penal —singularmente, al merecimiento de pena de la conducta—. Luego ya, al ir descendiendo en el nivel de abstracción, a los fines de cada figura o institución concreta. El método de la elaboración teleológica de los conceptos jurídicos,[230] desarrollado durante el primer tercio del siglo XX, ha sido acogido, con más o menos matices, por la doctrina mayoritaria en Derecho penal. Los conceptos resultantes de su aplicación suelen denominarse funcionales, aunque el término es ambiguo. Por lo demás, existe una gran variedad de conceptos funcionales, según cuál sea el *telos* de la funcionalización.[231] Así, el juicio sobre el merecimiento de pena de un comportamiento puede basarse en un baremo individual o estandarizado-social. A su vez, este último puede concebirse como el producto de un acuerdo social explícito —discursivo, deliberativo—,[232] o bien de una dinámica social implícita.[233]

3.2. La necesidad de un método integrado

Como se ha indicado, los tres métodos dogmáticos mencionados entran **128**
en liza tan pronto como se trata de construir un concepto, un enunciado,

---

[229] Crítico sobre la posibilidad de construir con base en deducciones lógicas de la ley, *Hassemer*, FS Jung, 2007, 236 ss., 238.

[230] En el original alemán: «*teleologische Begriffsbildung*».

[231] *Neumann* (1996), 57 ss.

[232] *Neumann* (1996), 68.

[233] *Jakobs* (2012), 17-18.

una regla o una doctrina dogmática. A partir de ahí, casi todas las propuestas de solución pasan por asignar un peso mayor a los argumentos derivados de la adopción de una u otra perspectiva. En función de que predomine una u otra de las tres perspectivas mencionadas, es común distinguir en la dogmática jurídica entre: (i) conceptos legales-formales; (ii) conceptos estructurales —en todas sus variantes: lógico-reales, lógico-analíticos, jurídico-abstractos o lingüísticos—; y, en fin (iii) conceptos valorativos o axiológicos —con frecuencia, funcionales o teleológicos—. Así, por ejemplo, un concepto funcional de dolo lo define inicialmente como la forma más grave de imputación subjetiva, y un concepto funcional de autoría la asocia con la forma más grave de intervención en el delito. Es común que los criterios teleológicos y los lógico-reales reivindiquen su condición de «materiales». En cambio, son «formales» los criterios cuya idea rectora viene dada por una disposición legal o por algún criterio conceptual-estructural. Por ejemplo, la contraposición de conceptos objetivo-formales y objetivo-materiales de autor permite advertir esta divergencia metodológica (*cfr. infra* capítulo 16/54).

129 Ahora bien, la opción por una u otra perspectiva no permite identificar todavía a una corriente doctrinal. Por el contrario, conviene recordar que existen divergencias a la hora de acoger una orientación concreta dentro de cada uno de los tres métodos. Por ejemplo, en el marco axiológico-teleológico es preciso determinar cuál es el criterio valorativo o el *telos* rector. Además, aquí se suscita el problema de las distintas formas de entender la ciencia: como expresión de razón práctica, como espíritu del tiempo, como función en el sistema, como integrada con una dimensión crítica, etc. Por otro lado, es común la acogida de aproximaciones mixtas. Así, por ejemplo, cabe adoptar un método ecléctico o mixto —descriptivo-adscriptivo (ontológico-normativo)—.[234] En fin, en la elaboración de reglas dogmáticas *de lege lata*, las regulaciones legales son determinantes.[235] Ciertamente, la medida concreta en que lo sean, incluso para planteamientos no formales-legalistas, viene determinada obviamente por la profusión y rigidez con la que el legislador ha regulado —o dejado de regular— la materia sobre la que se quiere elaborar un concepto.

130 Pues bien, la mejor opción metodológica tiene que ser equilibrada, huyendo de cualquier «-ismo». Desde luego, los argumentos axiológico-teleológicos poseen una gran relevancia. Sin embargo, la dogmática de la *lex lata* no puede recurrir a ellos de forma contraria a la ley o forzando su letra. Como ya se ha indicado, la única diferencia entre la dogmática *de lege lata* y *de lege ferenda* es que en esta última desaparece el marco legal-exegético como exigencia argumental. Por otro lado, tampoco es razonable construir conceptos dogmáticos *ad hoc*, al margen de las estructuras conceptuales consolidadas de modo general en el pensamiento práctico. La construcción más razonable es,

---

[234] *Roxin* (1963); *el mismo*, GS Radbruch, 1968, 265; *el mismo*, FS Lampe, 2003, 437: integración de lo real-ontológico y de lo normativo-funcional.

[235] *Ragués i Vallès*, LH Jakobs, 2003, 481 ss., en crítica a las construcciones meramente «funcionales».

entonces, la que tiende a alcanzar un óptimo «equilibrio reflexivo» entre los requerimientos conceptuales-estructurales, los funcionales-teleológicos y los legales (gramaticales-sistemáticos).[236] Viceversa, la crítica a cualquier posición dogmática debe proceder desde las tres perspectivas mencionadas, distinguiendo su respectivo alcance.

Esta concepción integrada de la actividad dogmática es obviamente paralela 131
a la que se ha expuesto en el ámbito de la aplicación de las leyes. En efecto, ya en este ámbito es preciso argumentar con la semántica legal, con el contexto sistemático del texto y con la teleología (*cfr. supra* capítulo 6/44 ss.). Como puede advertirse, el plano semántico converge aquí con la argumentación exegético-legal; y el plano teleológico con el método axiológico-teleológico. Por su parte, el papel de coherencia que desempeña la sistemática legal en el método de aplicación de las leyes es paralelo al que desempeñan las estructuras conceptuales y sistemáticas —del sistema dogmático— en la elaboración de las construcciones doctrinales.

4. EL CONTENIDO DE LA REGLA DOGMÁTICA

4.1. La premisa jurídica, la base fáctica y la conclusión aplicativa

Las reglas dogmáticas tienen una estructura reconocible. Como ya se ha 132
indicado, cada regla relaciona la constatación de unos determinados supuestos de hecho con la producción de un determinado efecto jurídico. A su vez, este efecto puede consistir en la asignación de sentido a un fenómeno, en la valoración de este o en su imputación a un agente. Por ejemplo, se trata de determinar cuándo una conducta puede tener el significado de «engaño», o cuándo debe valorarse una conducta como «legítima»; o, en fin, cuándo debe imputarse una conducta como «dolosa». En este punto es necesario aportar los argumentos que justifican el paso del nivel del ser —de unos hechos de producción hipotética— al nivel del deber ser —la consecuencia jurídica de atribución de sentido, valoración o imputación—. Sobre tales argumentos (conceptuales-estructurales, jurídico-exegéticos, así como axiológico-teleológicos), que deben apoyar la premisa principal de toda regla dogmática, es sobre los que discuten los integrantes de la comunidad doctrinal del Derecho penal.

El manejo judicial de una regla dogmática presupone, en primer lugar, la 133
acogida de su fundamento argumental. A partir de ahí, es preciso observar si su base fáctica hipotética es compatible con los hechos probados del caso. Entonces, de ser así, cabe aplicar la regla a tales hechos probados, concluyendo con la apreciación del efecto jurídico correspondiente. Normalmente, es necesario construir varias cadenas de reglas dogmáticas hasta alcanzar una base fáctica lo suficientemente precisa como para que sea susceptible de prueba. Además, no siempre está claro si una regla concreta es sustantiva-material o

[236] *Silva Sánchez*, LH Queralt Jiménez, 2021, 365; o bien *el mismo*, LH Reyes Echandía, 2022, 247.

de prueba. Sin embargo, unas y otras se integran en dos mundos diferentes, tanto desde el punto de vista categorial como de la competencia judicial. Esto pone de relieve que la discusión metodológica se proyecta tanto sobre la distinción entre cuestiones sustantivas y procesales, como, a continuación, sobre todos los problemas de competencia de los tribunales y de teoría de los recursos que se derivan de ella.

4.2. La consideración dogmático-sistemática en sentido estricto

134 Cada una de las reglas dogmáticas tiene que ser coherente con las demás. Esto significa que se trata de que ni su construcción ni su aplicación den lugar a contradicciones. Así, el argumento dogmático-sistemático pretende mostrar cómo la solución de un caso concreto es sostenible en el marco de un sistema que ha tratado de elaborarse con pretensión de generalidad. Este puede ser la teoría de un delito en particular o la teoría general del delito.[237] Por lo tanto, el argumento dogmático pretende apelar a la lógica del sistema en términos generales o, de modo más común, a la lógica de una de las categorías del sistema o de una institución dentro de una categoría determinada. Expresado de otro modo, constituye un contrapeso de las intuiciones que suscita el caso en particular —de la tópica—.

[237] *Küpper*, FS Puppe, 2011, 144 ss.

Capítulo 8

EL SISTEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO

Bibliografía seleccionada: *Alcácer Guirao*, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito, 2003; *el mismo*, Diversidad cultural, intolerancia y Derecho penal, RECPC 18 (2016), 1; *Alexander*, Insufficient Concern: A Unified Conception of Criminal Culpability, California L. R. 88 (2000), 931; *el mismo*, Causing the Conditions of One's Defense: A Theoretical Non-Problem, CL&Phil 7 (2013), 623; *Alexander/Ferzan*, Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law, 2009; *los mismos* (eds.), The Palgrave Handbook of Applied Ethics and the Criminal Law, 2019; *Alldridge*, Rules for Courts and Rules for Citizens, OJLS 10 (1990), 487; *Alpaca Pérez*, Consideraciones sobre normas, derechos y deberes en el injusto penal, InDret 1/2022, 266; *el mismo*, Teoría de las normas e injusto penal, 2022; *Altpeter*, Strafwürdigkeit und Straftatsystem, 1990; *Álvarez García*, Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo, 2001; *Ambos*, Cien años de la teoría del delito de Beling, RECPC 9 (2007), 1; *el mismo*, Dogmática jurídico-penal y concepto universal del hecho punible, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 97; *Amelung*, Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin, en: Schünemann (ed.), El sistema moderno, 1991, 94; *da Costa Andrade*, Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal, LH Roxin, 1995, 153; *Ast*, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, 2010; *el mismo*, Handlung und Zurechnung, 2019; *J. L. Austin*, A Plea for Excuses (1956-1957), en: White (ed.), The Philosophy of Action, 1968, 19; *Bacigalupo*, La función del concepto de norma en la dogmática penal, RFDUC, extr. 11 (1986), 61; *el mismo*, El sistema de la teoría del delito en el siglo XXI, en: Mir Puig (ed.), Derecho penal del siglo XXI, 2008, 191; *el mismo*, Sobre la función motivadora de las normas, la noción de injusto (ilícito) no culpable y el concepto personal de lo ilícito, LH Mir Puig, 2017, 447; *Baldó Lavilla* Estado de necesidad y legítima defensa, 1994; *Ballvé*, La teoría jurídica del delito según Beling, 1913; *Ben-Shahar/Porat*, Personalized Law. Different Rules for Different People, 2021; *Bernal del Castillo*, Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental, 2011; *Berster*, Verhaltensnorm und Zeit. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung, 2023; *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, 1, 1894; *el mismo*, Juristische Prinzipienlehre, 3, 1905; *el mismo*, Juristische Prinzipienlehre, 5, 1917; *Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985; *Bringewat*, Funktionales Denken im Strafrecht, 1974; *von Bubnoff*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, 1966; *Burkhardt*, Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez, una aportación contra la confusión entre lo objetivo y lo subjetivo, en: Wolter/Freund (eds.), El sistema integral, 2004, 152; *Busato*, Derecho penal y acción significativa, 2007; *Cantard*, Acerca de la función del disvalor de resultado en Derecho penal, Papeles del Centro 16 (2015), 9; *Cardenal Montraveta*, El tipo penal en Beling y los neokantianos, 2002; *Carnevali*, El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno, PolítCrim 3 (2007), 1; *Cerezo Mir*, El concepto de acción finalista, ADPCP 1959, 561; *el mismo*, La posición de la justificación y de la exculpación, en: Eser/Gimbernat/Perron (eds.), Justificación y exculpación en Derecho penal, 1995, 15; *el mismo*, Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta, RDPC 12 (2003), 45; *el mismo*, La influencia de Welzel y del finalismo, ADPCP 2009, 67; *Coca Vila*, La colisión de deberes en Derecho penal, 2016; *Coleman/Sarch*, Blameworthiness and Time, LTh 18 (2012), 101; *Corcoy Bidasolo*, Teoría del delito y proceso penal, LH Huerta Tocildo, 2020, 399; *F. Córdoba*, Evitabilidad individual y lesividad en la

teoría del ilícito, InDret 3/2015, 1; *Cuello Contreras*, Fundamentos para un sistema lógico-funcional de derecho penal: Más allá del ontologismo y el normativismo, RECPC 8 (2006), 1; *Dan-Cohen*, Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law, Harvard L. R. 97 (1984), 625; *Darley/Carlsmith/Robinson*, The *Ex ante* Function of the Criminal Law, Law and Society Review 2001, 165; *Degener*, Zu den Bedeutungen des Erfolges im Strafrecht, ZStW 103 (1991), 357; *el mismo*, Die Lehre vom Schutzzweck der Norm und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte, 2001; *Delitala*, Il fatto nella teoria generale del reato, 1930; *Demetrio Crespo*, Algunas reflexiones sobre la conexión entre la función/legitimación del Derecho Penal y teoría de la norma, LH Mir Puig, 2017, 55; *Dencker*, Erfolg und Schuldidee, GS Arm. Kaufmann, 1989, 441; el *mismo*, Kausalität und Gesamttat, 1996; *Díez Ripollés*, Realidad, principios, utilidad y sistema en Roxin, LH Zugaldía Espinar, 2021, 187; *Graf zu Dohna*, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen, 1905; *el mismo*, La estructura de la teoría del delito, 1958; *Donini*, Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato, 1991; *el mismo*, Teoria del reato. Una introduzione, 1996; *el mismo*, Nesso di rischio, RIDPP 2022, 25; *Dsouza*, Criminal Culpability after the Act, King's Law Journal 26 (2015), 440; *Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *el mismo*, Sinn und Tragweite juristischer Systematik (1957), en: el mismo, Beiträge zur Rechtstheorie, 1984, 112; *el mismo*, Logische Überlegungen zur Verbrechensdefinition, FS Welzel, 1974, 343; *Escher*, Neukantianische Rechtsphilosophie, teleologische Verbrechensdogmatik und modernes Praventionsstrafrecht, 1993; *Eser*, Reglas de conducta y normas de tratamiento, RDPC 7 (2001), 177; *Feinberg*, Equal Punishment for Failed Attempts: Some Bad But Instructive Arguments Against It, Arizona L. R. 37 (1995), 119 ss.; *G. Fernández*, Bien jurídico y sistema del delito: un ensayo de fundamentación dogmática, 2004; *Ferzan*, The Role of Luck in the Criminal Law, Pennsylvania U. L. R. 142 (1994), 2183; *la misma*, Patty Hearst Reconsidered: Personal Identity in the Criminal Law, Ohio S. J. C. L. 15 (2018), 367; *Figueroa Rubio*, Adscripción y reacción. Responsabilidad jurídica y moral desde una perspectiva interpersonal, 2019; *Fiore*, La teoria generale del reato alla prova del processo, 2007; *Fletcher*, Rethinking Criminal Law, 1978; *el mismo*, The Right and the Reasonable, en: Eser/Fletcher, Rechtfertigung und Entschuldigung, I, 1987, 67 (=Lo justo y lo razonable, 2005); *el mismo*, Criminal Theory as an International Discipline, en: Eser/Fletcher, Rechtfertigung und Entschuldigung, II, 1988, 1595; *el mismo*, Conceptos básicos de Derecho penal, 1997; *Freund/Rostalski*, Normkonkretisierung und Normbefolgung, GA 2018, 264; *los mismos*, Warum Normentheorie?, GA 2020, 617; *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983; *el mismo*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *el mismo*, Delito y sistema de delito, en: Wolter/Freund (eds.), El sistema integral, 2004, 193; *el mismo*, Pena, delito y sistema del delito en transformación, InDret 3/2014, 1; *el mismo*, Straftheorie, Verbrechensbegriff und Straftatsystem im Werk von Günther Jakobs, en: Pawlik *et al.* (Hrsg.), Strafrecht und Gesellschaft, 2019, 647; *el mismo*, Konzepte der Unrechtsbegründung, FS Sancinetti, 2020, 347; *de la Fuente Hulaud*, ¿Qué prohíben las normas de comportamiento?, 2019; *Gallas*, La teoría del delito en su momento actual, 1959; *García Pérez*, Sobre el estado actual del debate en torno a la punibilidad, EPC XXXIX (2019), 709; *García Vitor*, Diversidad cultural y Derecho penal, 1994; *Gardner*, Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal, 2012; *Gierhake*, Kritische Anmerkungen zu einem „normativ funktionalen Straftatbegriff« — Zugleich zum notwendigen Legitimationszusammenhang zwischen Verbrechen und Strafe, JRE 28 (2020), 171; *Gil Gil*, Acción, norma, injusto y delito imprudente, icade 74 (2008), 87; *Gläser*, Zurechnung bei Thomas von Aquin, 2005; *Gracia Martín*, Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal, 2006; *el mismo*, Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica, RECPC 18 (2016), 1; *Greco*, Das subjektive an der objektiven Zurechnung — zum Problem des Sonderwissens, ZStW 117 (2005), 519; *el mismo*, Wider die jüngere Relativierung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld, GA 2009, 636; *el mismo*, Die Befreiung des Strafrechts vom Pflichtverletzungsdenken, GA 2019, 684; *el mismo*, Normentheoretisch fundierte Straftatdogmatik: von oben oder von unten, en: Aichele/Renzikowski/Rostalski (Hrsg.),

Normentheorie, 2022, 195 (=La dogmática del hecho punible con base en la teoría de las normas: ¿desde arriba o desde abajo?, RECPC 25 (2023), 1); *Grosse-Wilde*, Sanktionsnormen als bedingte Verhaltensnormen?, RphZ 2018, 137; *el mismo*, Die Vielheit der Normen (-theorien) im englischsprachigen und deutschsprachigen Rechtsdiskurs, en: Schneider/Wagner (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018, 215; *Grünhut*, Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht, 1926; *el mismo*, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, FG Frank, I, 1930, 1; *Günther*, Demokratische Transformationen des Strafrechts der Moderne? Rg 28 (2020), 120; *Haas*, Der Verbrechensbegriff von Günther Jakobs, en: Kindhäuser *et al.*, Strafrecht und Gesellschaft, 2019, 277; el mismo, Zur Trennung von Unrecht und Schuld im Strafrecht, en: Aichele/Renzikowski/Rostalski (Hrsg.), Normentheorie, 2022, 239; *Haffke*, El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción, LH Roxin, 1995, 129; *Hassemer*, Person, Welt und Verantwortlichkeit, FS Bemmann, 1997, 175; *Heinitz*, Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, 1926; *el mismo*, Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit, FS Eb. Schmidt, 1961, 266; *Henkel*, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, FS Mezger, 1954, 249 (=Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo, 2008); *Herzberg*, El delito comisivo doloso consumado como delito cualificado frente al omisivo, imprudente y en la tentativa, en Luzón/Mir (eds.), Cuestiones, 1999, 41; *el mismo*, Straftat und Verhaltensnormverstoß, GA 2016, 737; *Hirsch*, La posición de la justificación y de la exculpación, en: Eser/Gimbernat/Perron (eds.), Justificación y exculpación en Derecho penal, 1995, 33; *el mismo*, Los conceptos de desvalor de acción y desvalor del resultado o sobre el estado de cosas, LH Cerezo Mir, 2002, 763; *Hohfeld*, Fundamental Legal Conceptions, 1919; *Hörnle*, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 2013; *Hoyer*, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, 1997; *Hruschka*, Strukturen der Zurechnung, 1976; *el mismo*, Der Einfluß des Aristoteles und der Aristoteles-Rezeptionen auf die Bildung heutiger Rechtsbegriffe, FS Link, 2003, 687; *el mismo*, Reglas de comportamiento y reglas de imputación, en: el mismo, Imputación, 2005, 27; *el mismo*, La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf (1984), en: el mismo, Imputación, 2005, 55; *Huerta Tocildo*, Sobre el contenido de la antijuridicidad, 1984; *Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976; *el mismo*, Norm, Person, Gesellschaft, 1997; *el mismo*, Bindings Normen und die Gesellschaft, LH Figueiredo Dias, I, 2009, 387; *el mismo*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012; *Jescheck*, Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ZStW 93 (1981), 3; *Jhering*, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1867; *Jiménez de Asúa*, La teoría jurídica del delito, 1931; *Joerden*, Dyadische Fallsysteme im Strafrecht, 1986; *el mismo*, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs, 1988; *Joshi Jubert*, Normas de conducta y juicios de imputación, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 1075; *Kaspar*, Verhältnismaßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014; *Arm. Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; *el mismo*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *el mismo*, Die Rechtswidrigkeit im Zivil- und Strafrecht (1957), en: el mismo, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982, 35; *Kelker*, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht, 2007; *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2.ª, 1923; *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989; *el mismo*, Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht, JRE 2 (1994), 339; *el mismo*, Zur Logik des Verbrechensaufbaus, en: Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten an neue Fragen?, 1997 (=La lógica de la construcción del delito, Revista de Análisis especializado de Jurisprudencia, 14, 2009, 501); *el mismo*, Acerca de la fundamentación de las exigencias de cuidado, REJ 22 (2015), 15; *el mismo*, Zur Logik der Zurechnung. Anmerkungen zum Straftatmodell Joachim Hruschkas, JRE 27 (2019), 383; *el mismo*, Setzt Unrecht Schuld voraus?, FS Merkel, I, 2020, 351; *el mismo*, Zur Tatbestandslehre Ernst Belings, en: Rostalski (Hrsg.), Grundlagen und Konzepte des Strafrechts, 2021, 85; *el mismo*, Analytische Strafrechtswissenschaft, 2021; *el mismo*, Normen und Direktiven, en: Aichele/Renzikowski/Rostalski (Hrsg.), Normentheorie, 2022, 27 (=Normas y directivas, LH Corcoy Bidasolo, 2022, I, 657); *Köhler*, Der Begriff der Zurechnung, FS Hirsch, 1999, 65; *Kollmann*, Die Stellung des Handlungsbegriffs im Strafrechtssystems, 1908; *el mismo*, Der symptomatische Verbre-

chensbegriff, ZStW 28 (1908), 449; *Koriath*, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994; *Krause Muñoz*, Responsabilidad: lo unitario en los sistemas civil y penal, 2015; *Kubiciel et al.* (Hrsg.), Eine gewaltige Erscheinung des positiven Rechts. Karl Bindings Normen- und Strafrechtstheorie, 2020; *Kühl*, Europäisierung der Strafrechtswissenschaft, ZStW 109 (1997), 777; *el mismo*, Die Unterlassungsdelikte als Problemfall, FS Herzberg, 2008, 180; *Kuhlen*, Contribuciones al método, la teoría y la dogmática del Derecho penal, 2021; *Kuttner*, Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX, 1935; *Lacey*, Estudios críticos sobre responsabilidad penal y política criminal, 2021; *Lampe*, Das personale Unrecht, 1967; *el mismo*, Injusto del sistema y sistemas de injusto, en: el mismo, La dogmática, 2003, 97; *el mismo*, Acerca de la estructura ontológica del injusto punible, en: el mismo, La dogmática, 2003, 181; *el mismo*, Acerca de la fundamentación funcional del sistema del delito, en: el mismo, La dogmática, 2003, 211; *Langer*, Die Entwicklung der teleologischen Straftatsystematik, en: AA.VV. (Hrsg.), Zum Gedenken an Eberhard Schmidhäuser, 2004, 49; *el mismo*, Die tatbestandsmäßige Strafwürdigkeit, FS Otto, 2007, 107; *Larenz*, Hegels Zurechnungslehre, 1927; *Laurenzo Copello*, El enfoque teleológico funcional en el sistema del delito, LH Valle Muñiz, 2001, 437; *Lesch*, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992; *el mismo*, Der Verbrechensbegriff. Grundlagen einer funktionalen Revision, 1999; *Levy*, The Solution to The Problem of Outcome Luck, L&Ph 24 (2005), 263; *von der Linde*, Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht?, 1988; *von Liszt*, Handlung und Rechtsgut im Bindingschen Handbuche, ZStW 6 (1886), 663; *Lüderssen*, Erfolgszurechnung und Kriminalisierung, FS Bockelmann, 1979, 181; *el mismo*, Der Erfolgsunwert, FS Herzberg, 2008, 109; *Luhmann*, Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?, ARSP Beiheft 8 (1974) 31; *Luzón Peña*, La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito, ADPCP 1993, 21 (=LH Roxin, 1995, 115); *el mismo*, Actio illicita in causa y provocación en las causas de justificación, ADPCP 1994, 61; *Maiwald*, An den Anfängen des Finalismus — Hellmuth von Weber, JZ 2016, 401; *Mañalich*, Nötigung und Verantwortung, 2009; *el mismo*, Norma e imputación como categorías del hecho punible, REJ 12 (2010), 165; *el mismo*, La exculpación como categoría del razonamiento práctico, InDret 1/2013, 1; *el mismo*, Norma, causalidad y acción, 2014; *el mismo*, Norma, antinormatividad y azar resultativo, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 701; *el mismo*, La tentativa como delito imperfecto, LH Reyes Echandía, 2022, 671; *Martínez-Buján*, La concepción significativa de la acción de TS Vives, RECPC 1 (1999), 1; *el mismo*, Acción, norma y libertad de acción en un nuevo sistema penal, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 1237; *el mismo*, El contenido de la antijuridicidad, 2013; *el mismo*, La ubicación de la imputabilidad en la teoría jurídica del delito, LH Luzón Peña, I, 2020, 769; *Marxen*, Straftatsystem und Strafprozeß, 1984; *Mazzacuva*, Il disvalore di evento nell´illecito penale, 1983; *Merkel*, Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen, 1867; *Mezger*, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924), 207; *Minas von Savigny*, Negative Tatbestandsmerkmale, 1972; *Mir Puig*, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 1.ª, 1979 (2.ª, 1982); *el mismo*, La perspectiva *ex ante* en Derecho Penal, ADPCP 1983, 5; *el mismo*, Antijuricidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal, ADPCP 1994, 5; *el mismo*, el sistema del Derecho penal en la Europa actual, LH Roxin, 1995, 25; *el mismo*, Valoraciones, normas y antijuridicidad penal, RECPC 6 (2004), 1; *el mismo*, Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal, LH Gimbernat Ordeig, II, 2008, 1313; *Moccia*, Función sistemática de la política criminal, LH Roxin, 1995, 73; *el mismo*, El Derecho penal entre ser y valor, 2003; *Modolell*, Hechos punibles en el ámbito de las prácticas deportivas. A su vez, un ejemplo de la relevancia del resultado lesivo para la configuración del injusto penal, PolítCrim 16 (2021), 408; *Molina Fernández*, El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito, RChD 22 (1995), 265; *el mismo*, Antijuridicidad penal y sistema del delito, 2001; *el mismo*, La cuadratura del dolo, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 691; *el mismo*, El razonable regreso del dolo a la culpabilidad, LH Mir Puig, 2017, 735; *Montiel Fernández*, ¿Existen las Obliegenheiten en el Derecho Penal?, InDret 4/2014, 1; *el mismo*, responsabilidad penal y provocación de eximentes, en: Falcone (ed.), Autores detrás del autor, 2018, 417; *el mismo*, Legalidad e imputación en Derecho penal,

2020; *Moore*, Placing Blame: A Theory of the Criminal Law, 1997; *Morales Prats*, Función y contenido esencial de la norma penal, LH Valle Muñiz, 2001, 537; *Morse*, The Moral Metaphysics of Causation and Results, California L. R. 88 (2000), 879; *M. L. Müller*, Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf— und Schadensersatzrecht, 1912; *Münzberg*, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966; *Mylonopoulos*, Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht, 1998; *Nagler*, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, FS Binding, II, 1911, 273; *Naucke*, Grundlinien einer rechtsstaatlich-praktischen allgemeinen Straftatlehre, 1979; *el mismo*, Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, 1985; *el mismo*, Wissenschaftliches Strafrechtssystem und positives Strafrecht, GA 1998, 263; *Navas Mondaca*, Deberes negativos y positivos en Derecho penal, 2018; *Neumann*, Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung, GA 1985, 389; *el mismo*, Zurechnung und Vorverschulden, 1985; *el mismo*, Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft? en: Prittwitz/Manoledakis (Hrsg.), Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende, 2000, 126; *el mismo*, Obliegenheiten und strafrechtliche Zurechnung, JRE 27 (2019), 455; *Nino*, Los límites de la responsabilidad penal, 1980; *Otto*, Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 (1975), 539; *el mismo*, Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?, GS Schröder, 1978, 53; *Paliero*, Il mercato della penalità. Bisogno e meritevolezza di pena nel rationale della punitività, 2021; *Pantaleón Díaz*, Delito y responsabilidad civil extracontractual, 2022; *D. R. Pastor*, Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales, LH Roxin, 2002, 793; *Pastor Muñoz*, El legado de Gustav Radbruch para la dogmática jurídico-penal, InDret 2/2021, 51; *Pawlik*, ¿El paso más importante de la dogmática de la última generación? Reflexiones para la diferenciación entre injusto y culpabilidad en Derecho penal, en: el mismo, La libertad, 2010, 109; *el mismo*, Das Unrecht des Bürgers, 2012; *el mismo*, Ciudadanía y Derecho penal, 2016; *el mismo*, Rückkehr zu Hegel in der neueren Verbrechenslehre?, en: Kubiciel *et al.* (Hrsg.), Hegels Erben? Strafrechtliche Hegelianer vom 19. bis zum 21. Jahrhundert, 2017, 247; *Peñaranda Ramos*, Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal, RPDyJP 2 (2001), 401; *Peralta*, Motivos reprochables, 2012; *Pérez Barberá* (ed.), Pena, ilícito y culpabilidad. Una discusión con Michael Pawlik, 2022; *Pérez-Sauquillo*, Teorías sobre el contenido y la estructura del injusto penal: Desvalor de acción y de resultado, y algunas reflexiones al hilo de las peculiaridades de la tentativa inidónea, CPC 125 (2018), 71; *Pérez del Valle*, Imputabilitas y teoría de la imputación, InDret 2/2015, 1; *Pessoa*, Injusto penal y tentativa, 2007; *Philipps*, Der Handlungsspielraum, 1974; *Piña Rochefort*, La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del *common law*, 2002; *el mismo*, Rol social y sistema de imputación, 2008; *Radbruch*, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystems, 1903; *el mismo*, Zur Systematik der Verbrechenslehre, FG Frank, I, 1930, 158; *el mismo*, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, RIThD XII (1938), 46; *el mismo*, Der Geist des englischen Rechts, 1956; *Ramos Vázquez*, Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito, 2008; *Renzikowski*, Normentheorie als Brücke zwischen Strafrechtsdogmatik und Allgemeiner Rechtslehre, ARSP 87 (2001), 110; *el mismo*, Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie, FS Gössel, 2002, 3; *el mismo*, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, ARSP Beiheft 104 (2005), 115; *el mismo*, Pflichten und Rechte — Rechtsverhältnis und Zurechnung, GA 2007, 561; *el mismo*, Der Gegenstand der Norm, FS Alexy, 2017, 631; *el mismo*, Normen als Handlungsgründen, FS Neumann, 2017, 335; *Riggi*, Interpretación y ley penal, 2010; *Rinck*, Der zweistufige Deliktsaufbau, 2000; *Robinson*, Imputed Criminal Liability, Yale L. J. 93 (1984), 609; *el mismo*, Causing the Conditions of One's Own Defense, Virginia L. R. 71 (1985), 1; *el mismo*, Rules of Conduct and Principles of Adjudication, Chicago U. L. R. 57 (1990), 729; *el mismo*, The Role of Harm and Evil in Criminal Law: A Study in Legislative Deception? Journal of Contemporary Legal Issues 5 (1994), 304; *el mismo*, Structure and Function in Criminal Law, 1997; *el mismo*, Criminal Law's Core Principles, Washington U. L. R. 14 (2021), 153; *Robles Planas*, La participación en el delito: fundamento y límites, 2003; *el mismo*, La construcción del sistema del delito en la Aproximación al Derecho penal contemporáneo, en: Robles/Sánchez-Os-

tiz (eds.), La crisis del Derecho penal contemporáneo, 2011, 43; *el mismo*, Deberes negativos y positivos en Derecho Penal, InDret 4/2013, 1; *el mismo*, Norma y delito en Binding, Armin Kaufmann y Mir Puig, LH Mir Puig, 2017, 829; *el mismo*, Sobre la construcción de una teoría del delito. Observaciones a la teoría de la imputación de Michael Pawlik, LH Morillas Cueva, I, 2018, 583; *el mismo*, Normas de conducta, InDret 1/2019, 1; *el mismo*, Merecimiento y necesidad de la prohibición penal, LH Luzón Peña, I, 2020, 379; *el mismo*, Teoría de las normas y sistema del delito, 2021; *Rocco*, L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale, 1913; *Rodríguez Muñoz*, La doctrina de la acción finalista, 1953; *Rodríguez Mourullo*, Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica, 1988; *Rodríguez Ramos*, El resultado en la teoría jurídica del delito, CPC 1 (1977), 49; *Rödig*, Zur Systematik des Verbrechensaufbaus, FS Lange, 1976, 39; *Romano*, Meritevolezza di pena, bisogno di pena e teoria del reato, RIDPP 1992, 39 (=Merecimiento de pena, necesidad de pena y teoría del delito, LH Roxin, 1995, 139); *Ronco*, Voluntas ut ratio. Sullo statuto della volontà nel diritto penale, 2023; *Rostalski*, Zur Fahrlässigkeit als Grundform des Verhaltensnorm Verstoßes, GA 2016, 73; *la misma*, Zur objektiven Unmöglichkeit schuldlosen Verhaltensunrechts im Strafrecht, en: Schneider/Wagner (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018, 105; *la misma*, Der Tatbegriff im Strafrecht, 2019; *la misma* (Hrsg.), Grundlagen und Konzepte des Strafrechts: Zur Leistungsfähigkeit von Straftatsystemen, 2021; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 1963; *el mismo*, Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts, GS Radbruch, 1968, 260; *el mismo*, Política criminal y sistema del Derecho penal, 1972; *el mismo*, Teoría del tipo penal, 1979; *el mismo*, La asequibilidad normativa como criterio de culpabilidad, ADPCP 2017, 9; *Roxin/Jakobs/Schünemann/Frisch/Köhler*, Sobre el estado de la teoría del delito, 2000; *Rudolph*, Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht, 2006; *Safferling*, Vorsatz und Schuld, 2008; *Sánchez-Lázaro*, Técnica legislativa y antijuridicidad, ADPCP 2006, 217; *Sánchez-Ostiz*, Imputación y teoría del delito, 2008; *el mismo*, Teoría del delito, imputación extraordinaria e incumbencias, LH Mir Puig, 2010, 535; *el mismo*, La libertad del Derecho penal, 2014; *el mismo*, ¿Incumbencias en Derecho penal?, InDret 1/2015, 1; *el mismo*, Imputación e incumbencias en Derecho penal, PolítCrim 12 (2017), 1211; *el mismo*, Existencia y operatividad de las incumbencias jurídico-penales, en: Carnevali (ed.), Derecho, sanción y justicia penal, 2017, 41; *el mismo*, Valorar no es todavía normar, LH Mir Puig, 2017, 855; *el mismo*, La herencia de un clásico: Beling y la doctrina del Tatbestand, ADPCP 2018, 121; *el mismo*, Víctimas e infractores, cumplidores y héroes, 2018; *el mismo*, La doctrina clásica de la imputación y las teorías del delito, en: Cárdenas/Guzmán/Vargas (eds.), XVI Jornadas Chilenas de Derecho Penal y Ciencias Penales, 2021, 33; *Sánchez-Vera*, Estudio sobre los deberes positivos, el mandato y la figura del consenso en Derecho penal, CPC 68 (1999), 347; *Sancinetti*, Teoría del delito y disvalor de acción, 1991; *el mismo*, Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa, 1995; *el mismo*, Dogmática del hecho punible y ley penal, 2003; *el mismo*, El disvalor de acción como fundamento de una dogmática jurídico-penal racional, InDret 1/2017, 1; *el mismo*, Hacia un Derecho penal más racional, 2022; *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen, 1930/1932; *Schild*, Die Merkmale der Straftat und ihres Begriffs, 1979; *Schladitz*, Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung, 2021; *Schmid*, Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus rechtstheoretischer Sicht, 2002; *Schmidhäuser*, Zur Systematik der Verbrechenslehre, GS Radbruch, 1968, 272; *E. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 1965; *Schneider/ Wagner* (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, 2018;; *Schünemann* (ed.), El sistema moderno del Derecho penal, 1991; *el mismo*, Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal, en: el mismo (ed.), Sistema, 1991, 31; *el mismo*, La política criminal y el sistema de Derecho penal, ADPCP 1991, 693; *el mismo*, Strafrechtssystem und Kriminalpolitik, FS R. Schmitt, 1992, 117; *el mismo*, La función de la delimitación de injusto y culpabilidad, LH Roxin, 1995, 205; *el mismo*, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, FS Roxin, 2001, 5; *el mismo*, Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende, GA 2001, 205; *el mismo*, El propio sistema de la teoría del delito, InDret 1/2008, 1; *Schuhr*, Kann und sollte der Allgemeine Teil noch allgemein sein?, FS Streng,

2017, 151; *el mismo*, Kategorische Sanktionsnormen, kategorische Verhaltensregeln, GS Hruschka, 2019, 685 *Seher*, Bestimmung und Zurechnung von Handlungen und Erfolgen, FS Frisch, 2013, 207; *Silva Olivares*, Normen als Handlungsgründe, RphZ 4 (2018), 115; *Silva Sánchez*, ¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito?, LH Beristain, 1989, 633; *el mismo*, Política criminal en la dogmática, LH Roxin, 1997, 17; *el mismo*, Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal, RDPC 9 (2002); *el mismo*, ¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?, en: Normas y acciones en Derecho penal, 2003, 15; *el mismo*, Introducción: dimensiones de la sistematicidad en la teoría del delito, en: Wolter/Freund (eds.), El sistema integral, 2004, 15; *el mismo*, Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäß?, GA 2004, 679; *el mismo*, *¿Crisis del sistema dogmático del delito?*, 2007; *el mismo*, Medio siglo de dogmática penal alemana, 2013; *el mismo*, ¿Adiós a un concepto unitario de injusto?, InDret 3/2014, 1; *el mismo*, Sobre la construcción del hecho punible en la obra de Santiago Mir Puig, LH Mir Puig, 2017, 877; *el mismo*, Ley y norma en la comisión por omisión, LH Quintero Olivares, 2018, 457; *el mismo*, La influencia de la obra de Günther Jakobs en el espacio jurídico-penal hispanoablante, InDret 1/2019; *el mismo*, El riesgo permitido en Derecho penal económico, 2022; *el mismo*, *¿Genera derechos la buena suerte?*, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 921; *el mismo*, Metadogmática jurídico-penal. Sobre el método de elaboración de las reglas doctrinales, LH Queralt Jiménez, 2022; *Silva/Baldó*, La teoría del delito en la obra de Manuel de Lardizábal, LH Rodríguez Devesa, II, 1989, 345; *Sinn*, Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten, 2007; *Sola Reche*, La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal, ADPCP 1994, 167; *Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988; *Stile et al.* (eds.), Civil Law e Common Law: quale «grammatica» per il diritto penale?, 2018; *Struensee*, El tipo subjetivo del delito imprudente, ADPCP 1987, 424; *Suárez Montes*, Consideraciones críticas sobre la doctrina de la antijuricidad en el finalismo, 1963; *el mismo*, Reflexiones en torno al injusto penal, en Luzón/Mir (eds.), Causas de justificación y causas de atipicidad, 1995, 187; *Tadros*, Criminal Responsibility, 2005; *Tesar*, Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens, 1907; *el mismo*, Der symptomatische Verbrechensbegriff, ZStW 29 (1909), 82; *Timm*, Gesinnung und Straftat, 2012; *Toepel*, Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1992; *Torío López*, Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito, LH Rodríguez Devesa, II, 1989, 387; *el mismo*, Elementos comunes en los sistemas penales, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 1067; *Vacchelli*, Implicaciones de un modelo normativo integrador en el ámbito de la teoría de la intervención delictiva, LH Silva Sánchez, 2019, 551; *Villar*, Suerte penal, 2014; *Vives Antón*, Fundamentos del Derecho penal, 2.ª, 2011; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993; *Volk*, Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus, ZStW 97 (1985), 871; *Wagner*, Die Verhaltensnorm der Geschäftsherrenveerantwortlichkeit, en: Papanathasiou *et al.* (Hrsg.), Kollektivierung als Herausforderung für das Strafrecht, 2021, 93; *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006; *von Weber*, Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935, *el mismo*, Influencia de la literatura jurídica española en el Derecho penal común alemán, AHDE, 1953, 717; *el mismo*, Lineamientos del Derecho penal alemán, 2021; *Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), 35; *el mismo*, El nuevo sistema del Derecho penal (1964), 2001; *el mismo*, Vom Bleibenden und Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft (1964), en: el mismo, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, 345; *el mismo*, La doctrina de la acción finalista, hoy, ADPCP 1968, 221; *el mismo*, Zur Dogmatik im Strafrecht, FS Maurach, 1972, 3; *el mismo*, Introducción a la filosofía del Derecho, 2.ª, 1979; *Westen*, Why Criminal Harms Matter: Plato's Abiding Insight in the Laws, CL&Phil 1 (2007), 307; *Wilenmann*, Contra las prácticas argumentativas de apelación a la teoría de la pena en la dogmática penal, PolítCrim 12 (2017), 754; *G. Williams*, Criminal Law: The General Part, 1953; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; *el mismo*, La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal, en: Gimbernat/Schünemann/Wolter (eds.), Omisión e imputación objetiva en Derecho penal, 1994, 65; *el mismo*, Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo de Derecho penal, LH

Roxin, 1995, 37; *el mismo* (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts, 1995; *el mismo*, Causas constitucionales de exclusión del tipo, en: Mir/Luzón (eds.), Cuestiones, 1999, 1; *el mismo*, Kriminalpolitik und Straprozessrechtssystem, FS Roxin, 2001, 1141; *el mismo*, Wider das systemlose Abwägungs-Strafprozessrecht, FS Roxin, II, 2011, 1245; *Zabel*, Die Ordnung des Strafrechts, 2017; *el mismo*, Del hecho al conflicto, InDret 1/2018, 1; *Zaczyk*, Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm, GA 2014, 73; *Zaffaroni*, En busca de las penas perdidas, 1989; *Zielinski*, Handlungs— und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973.

I. GENERALIDADES

1. EL SISTEMA DEL DELITO DE CUÑO ALEMÁN

1 El sistema del delito, tal como hoy lo conocemos, es un producto intelectual de la doctrina jurídico-penal alemana, que lo elaboró a partir de la segunda mitad del siglo XIX. Ciertamente, en la tradición angloamericana cabe hallar conceptos y enunciados —de reglas y de principios— muy próximos a los que emplea la doctrina de cuño alemán. Ello responde a que ambas provienen, en última instancia, de la tradición clásica y del *ius commune* romano-canónico. Sin embargo, las diferencias radican en el rigor sistematizador que es propio de la academia penalista alemana, heredera tanto del iusracionalismo del siglo XVII-XVIII, como de Kant y de Hegel. Desde luego, no es posible hallar algo similar en el pragmatismo angloamericano, a su vez acuñado en el empirismo filosófico inglés, en el que desempeña un papel muy relevante la orientación al caso o a grupos de casos.[1]

2 Tanto la doctrina española como la iberoamericana se han movido a lo largo del último siglo en la senda marcada por la tradición alemana. En parte, ello responde a contingencias históricas. En primer lugar, a la elección de las universidades alemanas por parte de algunos penalistas españoles de finales del siglo XIX y principios del siglo XX para el disfrute de sus becas de ampliación de estudios en el extranjero. Este fenómeno también se dio en algunos países sudamericanos. En segundo lugar, es preciso considerar el exilio a Iberoamérica de importantes profesores españoles de Derecho penal tras el final de la guerra civil (1936-1939). Esta última circunstancia reforzó notablemente en el plano jurídico el vínculo personal e histórico-cultural entre nuestras naciones, así como entre ellas y Alemania. Ahora bien, la relación entre la comunidad de penalistas hispanohablantes y la academia alemana trae causa sobre todo de una convicción intelectual compartida. A saber, que el sistema de la doctrina del delito de cuño alemán muestra superioridad tanto teórica como práctica sobre el modelo angloamericano.[2] Desde luego, en las últimas décadas se ha insistido en las coincidencias entre ambas aproximaciones, que permiten hablar de una estructura profunda común. Al respecto, se ha afirmado que esta constituye la expresión de una gramática universal de la atribución de

[1] *Radbruch* (1956), 23 ss.

[2] *Schünemann*, FS Roxin, 2001, 8 ss.; *el mismo*, GA 2001, 216 ss.; *Silva Sánchez* (2007), 52.

responsabilidad penal y da pie a una discusión supranacional.[3] Con todo, más allá de este núcleo, el instrumental que proporciona la tradición alemana tiene mayor capacidad de rendimiento, con todos los matices que se quiera y que luego se expondrán.

2. LA PRETENSIÓN DEL SISTEMA

3 La teoría del delito de cuño alemán no surgió como una doctrina descriptiva de las reglas de imputación de responsabilidad contenidas en los textos de las leyes penales. Por el contrario, sus raíces son previas a la existencia de una Alemania unida y dotada de un Código penal común en 1871. En realidad, de acuerdo con la perspectiva metodológica de la teoría jurídica del delito, las disposiciones legales se integran en el contexto ya conformado por una tradición de pensamiento. El resultado de ese proceso es un producto académico, en cuya virtud se pretende establecer un conjunto sistematizado de reglas de atribución de sentido, de valoración y de imputación justa de conductas. En otras palabras, una teoría normativa cuya vocación es la de convencer a través de argumentos, aunque no goce de ninguna potestad de imposición coactiva. En efecto, los interlocutores básicos de la teoría académica del delito son los operadores jurídicos —jueces, fiscales y abogados—, a quienes se propone el método para la adopción de la solución que se considera más justa en el marco de la ley. Desde luego, un sistema de la teoría del delito es tanto mejor cuanto más depurado se muestra su andamiaje conceptual. Sin embargo, las soluciones más racionalmente justas que propone también deben integrarse en las disposiciones de la correspondiente legislación nacional. En este punto, es preciso tener presente que la periferia —no el núcleo— de los conceptos acerca de lo justo puede variar y que, por otro lado, las regulaciones positivas también difieren. Debido a esta circunstancia, el contenido del sistema de la teoría del delito es supranacional en lo general, pero no necesariamente en los detalles.

II. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL SISTEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO

1. LA TRADICIÓN CLÁSICA Y MODERNA DE LA TEORÍA NORMATIVA DEL DELITO

4 Las aproximaciones pre-sistemáticas a la atribución jurídico-penal de responsabilidad, fundadas en la filosofía griega, el Derecho romano y la teología católica, se aprecian ya con claridad en el medioevo italiano y, por extensión, en toda Europa.[4] Las últimas formulaciones de aquellas, muy influidas por la obra de Tomás de Aquino, se dieron en la escolástica hispánica tardía, de los

[3] *Fletcher* (1997), 19.

[4] *Schaffstein* (1930/1932); *E. Schmidt*, (1965).

siglos XVI y XVII. Sin embargo, en realidad estas doctrinas tenían ante todo la pretensión de constituir *topoi* argumentales con destino a ser alegados en el proceso. Por lo tanto, no trataban de construir nada parecido a un sistema. A diferencia de ellas, la primera aplicación de un método lógico-sistemático, impulsada por los autores racionalistas alemanes de los siglos XVII y XVIII, fue la que dio lugar a las doctrinas de la *imputatio*.[5] Estas, asentadas sobre la base de la distinción entre las normas de conducta y las reglas de imputación, contemplaron la atribución de responsabilidad penal como una cuestión perteneciente a ese último nivel. Más tarde, las teorías construidas por los penalistas hegelianos a lo largo del siglo XIX constituyeron también una variante de las doctrinas de la imputación.[6] En efecto, el punto en común de unas y otras radica en que los conceptos que emplean son reglas de imputación. Por su parte, las diferencias entre ellas derivan del diverso punto de partida, racionalista-individualista en las primeras y racionalista-historicista-holista en las segundas.

5 Ello puede advertirse con claridad en el modo de proceder de los seguidores de ambos puntos de vista en el presente. Así, para el sector de la doctrina que trata de recuperar las doctrinas racionalistas-individualistas de la imputación, la constatación de la lesión de la norma de conducta —que es considerada una prohibición de causación— apenas desempeña ningún papel en el sistema. Por lo tanto, casi toda la teoría del hecho punible discurre al margen de aquella. Es el concepto de imputación y, en particular, el de imputación jurídica —*imputatio iuris*— el que concentra la mayoría de los criterios determinantes de la asignación de responsabilidad. En cambio, el sector doctrinal que ha reconstruido el modelo hegeliano ha cristalizado en la conclusión opuesta. Así, identifica la lesión de la norma —entendida como expectativa social institucionalizada— con la concurrencia en la conducta del agente de la totalidad de los presupuestos de la imputación jurídica. Esta es la que, a su vez, da lugar a la plena conformación de una acción. En efecto, la construcción del delito de progenie hegeliana es el paradigma de un modelo sistemático sintético. Como tal, le resultan ajenas las distinciones analíticas, en particular, la existente entre antijuridicidad y culpabilidad.

6 La teoría del delito, que surgió como tal a finales del siglo XIX, a partir de la obra de von Liszt, Beling y del primer Radbruch, tenía obviamente el mismo objeto que las antiguas doctrinas. Sin embargo, mostraba características distintas.[7] Ciertamente, los factores decisivos en su conformación fueron tres novedades doctrinales de signo parcialmente distinto, surgidas entre la segunda mitad del siglo XIX y los inicios del siglo XX. En concreto, estas fueron: (i) la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad; (ii) la aparición en escena de la teoría de las normas; y (iii) la introducción de la categoría de la tipicidad. A

[5] *Hruschka* (2005); *Sánchez-Ostiz* (2008), 409; *el mismo* (2014), 41; *el mismo* (2021), 33 ss.

[6] *Larenz* (1927); *von Bubnoff* (1966); *Jakobs* (2012); *Pawlik* (2017), 247 ss.

[7] *Safferling* (2008), 29 ss.

pesar de las tensiones derivadas del manejo diverso de esas novedades conceptuales, el resultado global era claramente más analítico que el proporcionado por las doctrinas de la imputación. Así, permitía la distinción de tres planos: el de la descripción empírica del hecho delictivo y la asignación de sentido a este —la tipicidad—; el de su valoración por el Derecho —la antijuridicidad—; y, en fin, el de su imputación a un agente —la culpabilidad—. Luego, esa mayor sutileza de la teoría del delito se acentuó en la sistemática neokantiana.

2. LA SISTEMÁTICA CAUSALISTA NATURALISTA

2.1. La integración de las perspectivas naturalista y formalista

En la sistemática del delito dominante desde finales del siglo XIX hasta nuestros días se sigue reconociendo el modelo propuesto por von Liszt. Ya se ha indicado que su planteamiento político-criminal conducía a prescindir de un análisis jurídico del delito cometido. En efecto, por un lado, se centraba en el examen de las características de la motivación delictiva del autor. Por otro, abordaba el modo de proceder a la neutralización de ésta, o de sus efectos, a través de medios empíricos que habían de proporcionar las ciencias del comportamiento (*cfr. supra* capítulo 3/76). Sin embargo, en 1871 se había publicado el Código penal de la Alemania recién unificada, cuyo contenido debía ser expuesto en las Facultades de Derecho de forma ordenada. Pues bien, en la concepción de von Liszt, la teoría del delito —que constituye el núcleo de su tratado de Derecho penal—[8] tenía que cumplir una función básicamente didáctica. Así, se trataba de ofrecer a los estudiantes una exposición sistemática de los elementos comunes a todos los hechos delictivos contenidos en aquel Código. 7

A tal efecto, von Liszt asumió el método formalista propio de la jurisprudencia de conceptos, al que dotó de un contenido cientificista-naturalista.[9] El resultado de su pretensión fue la adopción de un modelo taxonómico de las categorías del delito, con una estructura secuencial. En él es muy perceptible tanto la influencia de su maestro, el civilista Jhering, como una visión determinista de la realidad. Ambos factores dieron lugar al sistema causalista naturalista de delito, que constituía una estructura de carácter tripartito. Así, para concluir con la calificación de un hecho como delictivo, era preciso examinar de modo sucesivo si un determinado fenómeno constituía una acción, si esta era antijurídica y, en fin, si era culpable.[10] Poco después, la identificación por parte de Ernst Beling (1866-1932) de la categoría de la tipicidad determinó la transformación de aquel modelo en un sistema cuatripartito.[11] De este 8

[8] Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1.ª ed., 1881; 26.ª ed., a cargo de E. Schmidt, 1932.

[9] *Welzel* (1975), 66.

[10] *Silva Sánchez* (2.ª, 2010), 590 ss.

[11] *Ballvé* (1913); *Cardenal Montraveta* (2002); *Ambos*, RECPC 9 (2007), 1 ss.; *Sánchez-Ostiz*, ADPCP 2018, 121 ss.; *Kindhäuser* (2021), 85 ss.

modo, el análisis jurídico del hecho tenía que determinar si un determinado fenómeno era, sucesivamente, una acción, típica, antijurídica y culpable.[12]

9 El contenido que von Liszt asignó a las referidas categorías perdió pronto actualidad. En primer lugar, porque el naturalismo se reveló como una ontología muy insuficiente del obrar humano. En segundo lugar, porque la cultura, en todas sus dimensiones, dio un giro hacia lo social y lo subjetivo —basta pensar en el impresionismo y el expresionismo artísticos—. En fin, porque desde un punto de vista meramente técnico-jurídico, un modelo basado en la causación —primero interna, y luego externa— de un daño resultaba deficiente para tratar los problemas de la tentativa, de la omisión o de la culpa inconsciente, entre otros. Sin embargo, pese a todo, la estructura de clasificación secuencial que asignó a la teoría del delito es perfectamente reconocible en la exposición sistemática de cualquier manual o tratado actual.

2.2. Las categorías del sistema del delito

10 En el sistema de von Liszt todo delito tenía que ser, en primer lugar, una acción. A su vez, esta era entendida como un movimiento corporal voluntario que causa una modificación en el mundo exterior perceptible por los sentidos. Ahora bien, eso significaba que el concepto de acción no comprendía la omisión, en la que no se advierte ni movimiento corporal ni causalidad empírica.[13] Además, circunscrito su alcance a los resultados físicos, el concepto de acción no era capaz de aprehender la dimensión social y expresiva de los delitos. Ello determinó que aquel contenido fuera sometido a cambios drásticos con el paso del tiempo. Así, solo a título de ejemplo, a partir de las ediciones 21.ª y 22.ª del Tratado, el concepto de acción pasó a comprender tanto el hacer como el omitir.[14] Con ello, en realidad, se asumía un concepto social de acción.

11 A continuación, el modelo distinguía entre antijuridicidad formal y material. De este modo, ponía de relieve cómo convergían en él el formalismo legalista y la visión materialista de la jurisprudencia de intereses. En concreto, sostenía que una conducta es formalmente antijurídica si produce un estado de cosas contrario a la ley. En cambio, una conducta materialmente antijurídica es la que causa un daño, en el sentido de la lesión de un interés empírico. A diferencia de la antijuridicidad formal, la antijuridicidad material no resulta de una mera subsunción del hecho en la letra del tipo, sino que requiere operaciones valorativas adicionales. En efecto, la idea rectora a finales del siglo XIX era que existe antijuridicidad material cuando tiene lugar la lesión de un interés que no se ve compensada por la salvaguarda de un interés superior, en términos utilitaristas. Ciertamente, el campo priorita-

---

[12] *Beling* (1906), 7.

[13] *Radbruch* (1903).

[14] *von Liszt*, AT, 21-22.ª, 1919, 116, 126. A partir de la edición 23.ª esta perspectiva se acentuó, al hacerse cargo del Tratado su discípulo Eberhard Schmidt.

rio de aplicación de esta noción fue la doctrina de las causas de justificación, entendidas entonces como el ámbito por excelencia de la ponderación de intereses. En cambio, la introducción de estas consideraciones en la aplicación de los propios tipos de delito solo se produjo en el tránsito del modelo causalista-formalista al neokantiano.

12 En el lugar sistemático de la antijuridicidad, la influencia de Jhering sobre von Liszt se advierte en dos extremos. Por un lado, en que acoge el concepto de interés, elemento básico de la doctrina del segundo Jhering. El interés «lo crea la vida» —dice von Liszt—, no el Derecho.[15] Esto constituye el punto de partida de un concepto de bien jurídico opuesto al de Binding, que a su vez lo identificaba con el *telos* de la ley (la *ratio legis*). Por otro lado, el concepto de antijuridicidad es objetivo y resultativo (*ex post*), de modo que responde asimismo a la elaboración llevada a cabo por Jhering. En efecto, la idea rectora del planteamiento civilista de este último había sido la de distinguir entre dos pretensiones: la que puede esgrimir el propietario frente al tercero que posee una cosa suya de buena fe y la que la víctima puede dirigir contra el ladrón.[16] En el primer caso, se trata de un estado de cosas antijurídico; en el segundo, en cambio, de una lesión consciente de su derecho, a la que es inherente el elemento de reproche subjetivo. Con base en ello, se establece la diferencia entre un «injusto objetivo» y un «injusto subjetivo» (culpable).[17] En realidad, si bien se observa, lo propuesto es una tripartición: (a) la lesión de un «bien» —un objeto del derecho del sujeto pasivo— de la que pueden ser causantes incluso agentes naturales; (b) la lesión del Derecho que, aunque no «atribución», sí requiere una voluntad humana y puede dar lugar a la *reivindicatio* —a poner fin al estado de cosas antijurídico— y en fin (c), la lesión del Derecho con «atribución», que debe dar lugar además al resarcimiento del daño.[18] El concepto de antijuridicidad —injusto objetivo— de von Liszt —razonablemente, al provenir de Jhering— es el del Derecho civil de daños, todavía hoy.

13 La culpabilidad fue concebida por von Liszt como el impulso interno de la voluntad —de naturaleza asimismo causal— que da lugar a la acción externa. Así, tenía dos especies: el dolo y la imprudencia (consciente). Es preciso subrayar que en este punto se separaba de su visión determinista del mundo, pues distinguía entre unas personas que pueden ser culpables y otras que no pueden serlo. En efecto, en su exposición jurídico-dogmática, solo lo pueden ser quienes tengan «capacidad de imputación» penal —esto es, imputabilidad—. La inclusión de esta condición previa de la culpabilidad se justificaba por razones de la tradición —en última instancia, de psicología popular—, pero resultaba incoherente con su concepción antropológica.

---

[15] *von Liszt*, ZStW 6 (1886), 663 ss.

[16] *Jhering* (1867), 4.

[17] Crítico, *Binding* (1885), 158-159.

[18] *Jhering* (1867), 6-7, 26-27.

2.3. Las modificaciones de contenido

14 A partir de la 18.ª edición del Tratado tuvieron lugar cambios en la asignación de contenido a las categorías del sistema. Así, el «segundo» von Liszt modificó los conceptos de antijuridicidad y de culpabilidad, tratando de aproximarlos a su propia teoría político-criminal de cuño preventivo-especial. Por un lado, el hecho antijurídico pasó a ser caracterizado como un mero síntoma externo de la peligrosidad del agente. De este modo, se conformaba de modo cercano a las propuestas del llamado «concepto sintomático de acción», que otros autores habían construido como primer nivel de una teoría del delito orientada a la prevención especial.[19] Por su parte, el núcleo de la culpabilidad se situó en la idea de motivación antisocial. Sin embargo, ni siquiera estas variaciones permitieron que el modelo resistiera el paso del tiempo.

15 En realidad, la larga historia de ediciones del tratado de von Liszt hizo posible advertir en él todavía una tercera época. Esta fue la que dio a su obra un enfoque social-neokantiano, debido a la coautoría de su discípulo Eberhard Schmidt. Precisamente esto último merece —de modo marginal— un comentario especial. En efecto, la influencia permanente de von Liszt no se debe solo a la limpieza analítica de su sistema del delito, ni a la fuerza de su construcción preventivo-especial de la política criminal. Además, debe atribuirse al empeño continuado de sus discípulos —a Radbruch, en particular—, que velaron por que la herencia de su maestro se transmitiera, a pesar de los cambios culturales.

3. LAS APORTACIONES DEL FORMALISMO

3.1. Los planteamientos de finales del siglo XIX alemán

16 El formalismo jurídico-penal había surgido con el iusracionalismo de los siglos XVII-XVIII (*cfr. supra* capítulo 7/27), y luego fue parcialmente desplazado. Pues bien, a finales del siglo XIX resurgió, ya no como expresión del iusnaturalismo racionalista, sino precisamente del positivismo jurídico. Así, este nuevo formalismo se caracterizó por practicar un triple alejamiento. Por un lado, con respecto a la orientación filosófica del hegelianismo. Por otro, frente al naturalismo empirista y, con ello, a las ciencias experimentales. En fin, en relación con las doctrinas teleológico-valorativas que constituyeron el producto progresivo de la espiritualización neokantiana de las teorías del interés del segundo Jhering. De este modo, el formalismo clasificatorio en Derecho penal es expresión —algo tardía— de la jurisprudencia de conceptos, que había triunfado en el Derecho civil mediante las obras de Savigny, Puchta y el primer Jhering. Ubicado en este contexto, trataba de descubrir la lógica propia de lo jurídico, libre del empirismo y de la filosofía. En su seno, debe

---

[19] *Tesar* (1907), 198; *el mismo*, ZStW 29 (1909), 84; *Kollmann* (1908), 200 ss.; *el mismo*, ZStW 28 (1908), 449 ss.

distinguirse entre el formalismo juridicista y el formalismo legalista, ejemplificados respectivamente por las figuras de Binding y de Beling.

17 En las décadas siguientes, el formalismo propio de la época del cambio de siglo dio lugar a la teoría general del Derecho —cuyo origen se halla en la obra de Adolf Merkel— y, ya en el marco de la escuela neokantiana de Marburgo —con Hans Kelsen—, a la teoría pura del Derecho. Sin embargo, enseguida perdió influencia en Derecho penal y, de hecho, no tuvo ningún impacto en la evolución de este a lo largo del siglo XX. Frente a aquel, la línea de pensamiento neokantiano que sí influyó en Derecho penal es la denominada escuela sudoccidental alemana —o de Baden—, es decir, la de la filosofía de los valores.

3.2. La teoría de las normas y el concepto de tipicidad

18 Como se ha indicado, las dos aportaciones fundamentales del formalismo de finales del siglo XIX y principios del siglo XX fueron la teoría de las normas y la categoría sistemática de la tipicidad. Así, la distinción de Binding entre ley penal y norma se enmarcaba en un clima general de discusión sobre el concepto de norma, que alcanzó a todas las disciplinas jurídicas (*cfr. supra* capítulo 1/32).[20] Ahora bien, en lo concretamente relativo al sistema del Derecho penal, el debate sobre la teoría de las normas no generó un consenso. A Binding le condujo a negar la posibilidad de que existiera una antijuridicidad no culpable,[21] coincidiendo en este punto con el modelo sistemático de Adolf Merkel.[22] En efecto, en la obra de este último autor, el injusto no se concibe como la lesión de objetos de bienes jurídicos ajenos, sino como portador de un específico contenido comunicativo de «negación» del Derecho. Ello determinaba la imposibilidad de admitir el injusto de un inculpable.

19 Frente a esta línea, la posición opuesta, representada por Beling, concibió la infracción de la norma en términos objetivos.[23] Por su parte, el concepto de tipo se asoció a la descripción de los elementos determinantes del sentido jurídico de una conducta. A su vez, ello conducía a que la tipicidad se entendiera como un juicio normativo-formal de sentido, ajeno a toda dimensión de valoración. Entonces, la primera valoración del hecho típico había de tener lugar con posterioridad, en virtud de un examen sobre su antijuridicidad positiva, previo a la consideración de la concurrencia o no de causas de justificación. A continuación, el modelo sistemático asignaba al dolo y la imprudencia, como elementos de la culpabilidad, la función de fundamentar la responsabilidad por un determinado suceso objetivo. Ambas figuras tenían un doble objeto. Por un lado, las circunstancias fácticas típicamente relevantes —los hechos—.

---

[20] *Binding*, Normen, I, 3.ª, 1890, 99 n. 9, 243-244.

[21] Aunque su propia escuela acogió prontamente la idea de un injusto puramente objetivo: *Nagler*, FS Binding, 1911, II, 367 ss.

[22] *Merkel* (1867). Al respecto, *Lampe* (1967), 111; *Otto*, ZStW 87 (1975), 561 ss.

[23] *Beling* (1906). Sobre ello, *Cardenal Montraveta* (2002).

Por otro lado, su valoración jurídica —el Derecho—. En fin, la ubicación de dolo e imprudencia en la culpabilidad hacía explícita una función adscriptiva —atributiva de responsabilidad—, que no tenía que ver con la valoración del hecho en sí.

4. EL SISTEMA LLAMADO NEOCLÁSICO —O NEOKANTIANO—

4.1. Los elementos del sistema

20 Desde la perspectiva de la escuela neokantiana, el Derecho es, por un lado, un orden de estados de cosas valorados positivamente —bienes jurídicos—. Ahora bien, por otro lado, es asimismo un orden de conductas exigidas por el Estado —en virtud de la imposición de deberes jurídicos—. De este modo, el Derecho solo se puede ver afectado por procesos lesivos de bienes jurídicos. Que, además, estos procesos lesivos deban ser siempre acciones es algo que no fue aceptado por todos los autores neokantianos. Así, unos admitieron que el orden de bienes del Derecho podía ser afectado en términos lesivos incluso por animales o por fenómenos naturales. Otros, en cambio, advirtieron que el significado social de la conducta era relevante para determinar la propia lesividad del hecho.

21 El sistema tendió a reconstruirse como un esquema bipartito. De este modo, el delito aparecía como una lesión del Derecho, entendido como orden de los bienes jurídicos —antijuridicidad—, llevada a cabo por un sujeto que infringe un deber —culpabilidad—. Es decir, consiste en la lesión de una norma de Derecho —o de valoración—, mediante la infracción de una norma de deber —o de determinación—. El primer elemento de la lesión de la norma de valoración era la tipicidad. Al respecto, es cierto que, de entrada, cabría pensar que su estructura era la misma que la que tenía en el modelo naturalista: una acción causante de un resultado. Sin embargo, esos tres elementos típicos —acción, causalidad y resultado— habían adquirido ya un contenido sustancialmente distinto.[24]

22 En primer lugar, a la dimensión causal de la acción se le añadía en algunos casos el «ánimo» con el que el sujeto la realizaba —el elemento subjetivo del injusto—, algo que fue identificado como un factor determinante del significado típico. Además, la causalidad, previamente entendida en términos empíricos o lógicos, se complementó con elementos significativos y valorativos. Ello se advertía de modo expreso en algunos tipos de delito, en virtud de la existencia de los denominados elementos normativos —jurídicos o sociales—, de sentido y de valoración. Sin embargo, en realidad toda la tipicidad pasaba a construirse sobre la base de juicios de significado social. Así, en este contexto surgieron figuras dogmáticas como el concepto social de acción, la causalidad

[24] La sistemática neokantiana se va conformando en las obras generales de *M. E. Mayer* (1915); *Radbruch*, FG Frank, I, 1930, 158 ss.; *Graf zu Dohna*, La estructura de la teoría del delito, 1958; *Mezger*, Tratado de Derecho penal, 1946.

«relevante» o la «perseguibilidad objetiva» (*cfr. infra* capítulos 9/24; 10/3). Más aún, el juicio de tipicidad incluso incorporó un juicio jurídico-valorativo. En este marco aparecieron los conceptos de adecuación social y de riesgo permitido, identificados en la obra del primer Welzel (*cfr. infra* capítulo 10/104). Finalmente, el resultado empírico de daño se complementó con la dimensión de significado y de valoración propia de la idea de lesión del bien jurídico. Dado que el bien jurídico era una realidad valorada, su lesión daba lugar a un «desvalor del resultado».

En definitiva, el alcance del juicio de tipicidad se iba transformando para 23
ser entendido como la *ratio cognoscendi* —es decir, el indicio— de la antijuridicidad. Sin embargo, en algunas concepciones cambió todavía más, en virtud de la acogida de la teoría de los elementos negativos del tipo (*cfr. infra* capítulo 18/46). Esta doctrina, identificada ya por Adolf Merkel, sostenía la existencia de un «tipo total de injusto», de modo que la concurrencia de causas de justificación tendría que excluir la tipicidad. Así, el tipo pasaba a ser visto por algunos como la *ratio essendi* —la razón de ser— de la antijuridicidad. En todo caso, el hecho típico y no justificado lesionaba la norma de valoración —o norma de derecho—, es decir, el orden de realidades valoradas por el Derecho. Ahora bien, solo la conducta del sujeto culpable constituía la infracción de una norma de deber —o de determinación—.

El punto de partida era el de que nadie puede ser obligado más allá de lo 24
que es capaz de hacer —*ultra posse nemo obligatur*—. Por tanto, el concepto normativo de culpabilidad seguía teniendo por objeto una determinada base interna psicológica-fáctica. Sin embargo, no era un juicio descriptivo, sino de reproche. Así, la imputabilidad venía definida por una realidad empírica —biopsicológica— sometida a una valoración normativa. Igualmente, los enunciados acerca de la concurrencia del denominado «dolo malo» y de la imprudencia se entendían como juicios de reproche de la infracción de un deber. En particular, la vinculación de la imprudencia con la infracción de un deber de cuidado condujo a una doble consecuencia. Por un lado, a que la previsibilidad de un resultado lesivo no diera lugar necesariamente a imputarle una imprudencia al agente. Por otro lado, a sostener la posibilidad de una imprudencia —inconsciente— en casos en los que el resultado lesivo no era previsible para él. En fin, el entendimiento de la culpabilidad como juicio de reproche creó las condiciones para el descubrimiento de la institución de la «inexigibilidad». En efecto, esta permitía la exclusión de la culpabilidad del agente, pese poder actuar de otro modo, a partir de la consideración de las «circunstancias concomitantes» que rodeaban su hecho.

4.2. El problema de los valores de referencia

La teoría del delito neokantiana era teleológica-valorativa, de modo que 25
proponía que los conceptos jurídico-penales se construyeran orientándose a

valores y fines.[25] Sin embargo, el problema esencial era acceder a los valores que debían regir los juicios de antijuridicidad y de culpabilidad.[26] En efecto, el relativismo axiológico imperante en la época determinó que no los precisara. Sin embargo, ello dio lugar a que el contenido del sistema se configurara con base en fórmulas regulativas, sin un contenido normativo preciso. Así ha podido afirmarse que el neokantismo jurídico-penal nunca dejó de ser una doctrina complementaria del concepto positivista de Derecho.[27] La contribución del neokantismo fue, efectivamente, la normativización y, con ella, la pretensión de dotar de contenido específicamente jurídico a las categorías del sistema de von Liszt. De este modo hizo posible la continuidad del sistema.[28] Sin embargo, tampoco logró permanecer en el tiempo, sino que fue desplazado por el finalismo. Con todo, el heredero natural de aquel sistema durante los últimos cincuenta años ha sido el modelo dogmático de Roxin, con su propuesta de asociar finalidades político-criminales a las categorías sistemáticas. Esta última propuesta, enmarcada en el orden constitucional de valores —en concreto, en la Ley Fundamental de Bonn, de 1949— ha pretendido la reducción de los espacios de indeterminación que se le achacaban al sistema neokantiano del delito.[29]

5. EL SISTEMA FINALISTA

5.1. Las estructuras lógico-reales y la misión del Derecho penal

26 La reacción al método del neokantismo vino de la mano de Hans Welzel (1904-1977). Este partió de advertir en la realidad ciertas estructuras lógico-materiales —metafísicas o fenomenológicas— que le dan sentido, con independencia del sujeto que la conoce. En concreto, en lo que hace al comportamiento humano, estas son: (i) la finalidad o teleología —como elemento de sobredeterminación de la causalidad real—, característica de la acción; (ii) el poder actuar de otro modo —la capacidad de autodeterminación conforme a sentido—, como característica de la culpabilidad; y (iii) el dominio final del hecho, como lo propio de la autoría. Ciertamente, estas tres estructuras lógico-reales ya se hallan como elementos de la *actio humana* en la obra de Tomás de Aquino.[30] Son, pues, constantes antropológicas, mediante las que se pretendió neutralizar el relativismo de los conceptos neokantianos. Sin embargo, junto a esta base antropológica, en la obra de Welzel se adoptaba también un punto de partida normativo. Además, este último era bastante concreto y se refería a la misión del Derecho penal, especificada en la pre-

[25] *Escher* (1993), 131 ss.

[26] *Silva Sánchez*, LH Roxin, 1997, 24.

[27] *Welzel* (1979), 197-199.

[28] *Welzel*, FS Maurach, 1972, 3.

[29] *Schünemann* (1991), 64; *Amelung* (1991), 94-95.

[30] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, I-II, c. 1, a. 1.

tensión de protección de bienes jurídicos a través del fomento de los «valores ético-sociales elementales de la acción».[31]

Según Welzel, dicha misión se cumple a través de directivas —prohibiciones y mandatos—, a las que subyacen deberes ético-sociales elementales. Ahora bien, estas normas solo pueden tener por objeto acciones humanas, cuya especificidad fenomenológica radica precisamente en que son finales.[32] Así, los tipos necesariamente describen acciones, esto es, realidades empírico-psicológicas dotadas en sí mismas de sentido. Además, su descripción es a-valorativa, porque precisamente constituye el objeto del juicio valorativo de tipicidad. Con todo, ello no obsta a que la descripción típica se considere «cargada de sentido». En efecto, el sentido lo proporciona la acción final del agente, que produce, a su vez, la denominada «función de llamada» del tipo. Esta última es una interpelación dirigida al destinatario de la norma para que se abstenga de realizar la conducta típica de la que se trate. Así, el sistema finalista del delito se volvió a configurar como un modelo cuatripartito: acción, típicamente antijurídica y culpable. 27

5.2. El subjetivismo

Sentado esto, las aportaciones sistemáticas del finalismo discurrieron por la vía de la subjetivización del injusto y la des-psicologización y normativización creciente de la culpabilidad.[33] En efecto, el subjetivismo consiste en atribuir a la representación del sujeto sobre su propia conducta un papel determinante como criterio de atribución de sentido a esta última. Por tanto, lo decisivo no es que sostenga que la acción humana es final. En realidad, que el actuar humano es teleológico, es decir, que el agente se anticipa fines y dispone los medios orientados a alcanzarlos, es algo sabido desde Aristóteles y comúnmente aceptado. Ahora bien, lo que el finalismo jurídico-penal defiende adicionalmente es que la finalidad del agente determina, al menos en amplia medida, el sentido jurídicamente relevante de su acción. Partiendo de ahí, considera que el dolo natural necesariamente tiene que integrarse en el tipo de injusto. En concreto, que el dolo es al tipo lo que la finalidad es a la acción. Con todo, posteriormente se ha afirmado que la incorporación del dolo al tipo de injusto era ya una consecuencia necesaria del descubrimiento, por parte de los autores neokantianos, de los llamados elementos subjetivos del injusto. Así pues, el paso sistemático que dio Welzel ya se hallaría presente en las obras de autores como Hellmuth von Weber (1893-1970) y Alexander Graf zu Dohna (1876-1944). En efecto, estos ya proponían una doctrina del injusto personal, que incorporaba el dolo natural, frente a la concepción tradicional del injusto objetivo.[34] 28

---

[31] *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 4-5. Debe quedar abierta aquí la cuestión de si, con esta expresión, Welzel pretendía aludir a las virtudes humanas, aunque en una terminología propia de la filosofía de los valores.

[32] *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 37.

[33] *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 7/16.

[34] *Maiwald*, JZ 2016, 404-405.

5.3. La influencia del sistema finalista en la legislación

29 Debido al gran impacto de la obra de Welzel en la Alemania de la segunda postguerra mundial, la concepción subjetivista del sistema del delito influyó de modo decisivo en la reforma de la Parte General del Código penal alemán de 1969, que entró en vigor en 1975. También lo hizo en algunos Códigos penales iberoamericanos. En particular, resulta perfectamente perceptible este influjo en la regulación de la tentativa, de la participación y del error. Por un lado, la teoría subjetiva de la tentativa y la atenuación facultativa de esta con respecto a la consumación parten de asumir como núcleo del delito la realización de una conducta expresiva de la negación de los valores de la acción. Por otro lado, la incorporación del dolo al tipo conduce a codificar la distinción entre el error de tipo, excluyente del dolo, y el error de prohibición. Asimismo, lleva a que solo se admita la participación en hechos principales dolosos. En fin, la teoría de la culpabilidad en el error de prohibición manifiesta la acogida de una concepción fuerte de la lealtad al Derecho, que se traduce en un especial deber de examen ante la posibilidad de que la conducta no esté permitida.

5.4. Los epígonos del finalismo

30 El modelo de la teoría del delito de Welzel, basado en la acción final —sobredeterminación final de un proceso causal— se adaptaba mal tanto a los delitos de omisión como a los delitos imprudentes. Ello condujo a que estos fueran estudiados, respectivamente, por sus seguidores Armin Kaufmann (1922-1985),[35] y Eberhard Struensee.[36] Ahora bien, el primero trasladó su objeto de atención de las estructuras lógico-materiales a estructuras lógico-formales. Así, subrayó fundamentalmente las relaciones lógicas de contradicción que existen entre la acción y la omisión, así como entre el mandato y la prohibición, sobre la base del denominado «principio de inversión». Por su parte, el segundo, en la búsqueda del elemento final de la imprudencia, se movió hacia lo psicológico-empírico. Así, procedió a la desnormativización de la infracción del deber de cuidado en el tipo imprudente mediante la noción de «finalidad referida al síndrome de riesgo». Un último representante de la escuela de Welzel —Günther Jakobs— acabó presentando un modelo antagónico al de todos estos autores. Así, la relevancia de la causalidad y de la finalidad fue tachada de «naturalismo». Frente a la tesis de que la omisión constituye un mundo conceptual inverso al de la acción final, pasó a sostener la «superficialidad» de la diferencia entre ambas. En definitiva, la supuesta quiebra de la dogmática de signo «ontológico» —proclamada en su tratado de 1983— daba lugar a una versión radical del normativismo jurídico en la sistemática de la teoría del delito.

---

[35] *Arm. Kaufmann* (1959).

[36] *Struensee*, ADPCP 1987, 424 ss.

6. EL SISTEMA DOMINANTE EN LOS PAÍSES DE HABLA HISPANA

31 La doctrina actualmente dominante en la academia y en los tribunales de las naciones de habla hispana sigue siendo el producto de la convergencia de distintas doctrinas alemanas producidas entre los años cincuenta y los ochenta del siglo XX.[37] Así, en términos generales expresa el resultado ecléctico de la integración del pensamiento teleológico-valorativo propio del sistema neokantiano y de la sistemática finalista. Ciertamente, la influencia creciente de la obra de Roxin ha acentuado lo primero sobre lo segundo. Sin embargo, tres de las manifestaciones decisivas de la sistemática finalista han sido asumidas también en el planteamiento de dicho autor. Estas son, en concreto, la integración del dolo en el tipo de injusto, la equiparación de desvalor de la acción y desvalor del resultado, así como la distinción entre error de tipo y error de prohibición.[38]

32 En este marco general, la opción sistemática patrocinada por Roxin ha consistido en el rechazo del sistema formal-clasificatorio —cerrado— y la defensa de un sistema flexible y abierto.[39] En concreto, su criterio rector es la orientación de las categorías sistemáticas a la teoría de los fines de la pena, fundamentalmente a la prevención general negativa y, en segundo lugar, a la prevención especial positiva. Sin embargo, esta construcción ha tenido desde el principio tres limitaciones decisivas: (i) el principio de protección de bienes jurídicos; (ii) el principio de legalidad; y (iii) el principio de culpabilidad. Además, la obra de Roxin también incorporó luego algunas limitaciones adicionales pre-jurídicas de carácter psicológico. En concreto, la exigencia de que en la acción se dé una exteriorización de personalidad y, en la culpabilidad, la capacidad mínima de ser interpelado por normas.[40] Precisamente fue esto último lo que determinó una modificación de su planteamiento inicial de que la culpabilidad es la categoría en la que se introducen los fines preventivos del Derecho penal.[41] Valorado en su conjunto, el sistema propuesto por Roxin —ecléctico, empírico-normativo— es seguramente el más influyente en la academia iberoamericana y en la práctica de los tribunales. En cambio, el concreto alcance de la influencia de la obra de Jakobs en nuestro espacio lingüístico, bastante intenso por momentos en algunos países, está todavía pendiente de una valoración definitiva.[42]

III. PRESUPUESTOS DE UNA SISTEMÁTICA DE LA TEORÍA DEL DELITO

1. LO PERMANENTE Y LO CULTURAL

33 La teoría del delito pretende proporcionar reglas y principios para la asignación de sentido y la valoración de un hecho que, a su vez, se imputa a un

---

[37] *Gallas* (1959), 64; *Jescheck*, ZStW 93 (1981), 17 ss.; *Silva Sánchez* (2013).

[38] *Gallas* (1959), 46 ss., 54.

[39] En el mismo sentido, *Schünemann* (1991), 35-36, 43.

[40] *Roxin*, ADPCP 2017, 9 ss.

[41] *Roxin* (1972).

[42] *Silva Sánchez*, InDret 1/2019, 1 ss.

agente. Por tanto, en sí misma no tiene naturaleza científico-experimental, ni tampoco científico-social. Desde luego, algunos de los enunciados que la integran muestran un carácter pre-jurídico. Así, en función de las premisas de la construcción doctrinal por la que se opte, tales enunciados pre-jurídicos pueden tener una naturaleza metafísica, lógico-material,[43] lógico-analítica o empírica-experimental (*cfr. supra* capítulo 7/111). En esa medida, son universales y permanentes.[44] Además, algunos de sus restantes presupuestos básicos muestran una relevante supraculturalidad y estabilidad.[45] Esto, a su vez, evoca la existencia de una profunda realidad antropológica tanto en la conducta humana como en la práctica del castigo. En efecto, el ser humano vive inmerso en una cultura determinada; sin embargo, trasciende a ella y, de hecho, la transforma. Con todo, buena parte de la teoría del delito tiene un contenido ético-jurídico y político-jurídico (axiológico-teleológico) que se halla condicionado en términos histórico-culturales. Precisamente en este contexto surge la difícil misión de buscar lo justo-trascendente, sin distanciarse radicalmente de los procesos sociales —inmanentes— de imputación.[46] Además, como se ha indicado, también es determinante el elemento legal-formal de la *lex lata* del país en el que se construye.[47]

2. EL SISTEMA Y EL CASO

34 La afirmación de que la dogmática de la teoría del delito emplea un método sistemático admite cuatro concreciones distintas. Por un lado, ello puede entenderse (i) en el sentido del método filosófico-racional de Kant, que trata de reconstruir las relaciones profundas de lo real. Ahora bien, por otro lado, puede concebirse (ii) como un criterio rector para llevar a cabo la hermenéutica de las leyes —interpretación sistemática— (iii), como una guía para la práctica judicial o, en fin (iv), como un medio para la enseñanza del Derecho.[48] Sobre este punto pueden adoptarse posiciones radicales en uno u otro sentido, o bien otras más moderadas, sincréticas o eclécticas. Ahora bien, una cosa está clara. Si el sistema de la teoría del delito no sirviera para la solución más justa de los casos reales de la jurisdicción penal, entonces su lugar no estaría en las Facultades de Derecho o, al menos, no en sus departamentos de Derecho penal.

35 Es cierto que tanto la legislación como el sistema dogmático tienden a adoptar una perspectiva generalizadora, que pretende garantizar la igualdad y la seguridad jurídica. Ahora bien, con ello corren el riesgo de asumir, a propósito

---

[43] *Welzel* (1975), 345 ss. También *Kühl*, ZStW 109 (1997), 787.

[44] En contra, *Hassemer*, FS Bemmann, 1997, 176-177.

[45] *Robinson*, Washington U. L. R. 14 (2021), 153 ss.

[46] Relativamente próximo, *Hassemer*, FS Bemmann, 1997, 185-186, 190-191.

[47] *Hruschka* (2005), 251 ss.; *Silva Sánchez*, InDret 4/2019, 1 ss.; *el mismo*, LH Queralt Jiménez, 2022, 365 ss.

[48] *Silva/Robles/Pastor*, en: *Pawlik* (2016), 17-18.

de un delito y de un delincuente concreto, la perspectiva del observador, con la consiguiente adopción de una asepsia tecnocrática-burocrática y deshumanizada. Por el contrario, la contribución del Derecho penal a la praxis humana —juridificada— del castigo pasa por asumir la perspectiva interpersonal del interviniente. Esta hace necesario profundizar en la dimensión de concreción del sistema. Por un lado, las causas de justificación, sus eximentes incompletas y las atenuantes relacionadas con ellas permiten concretar el desvalor específico del hecho. Por otro, mediante las causas de exclusión de la culpabilidad, así como de las eximentes incompletas y atenuantes relacionadas con ellas, es posible concretar el reproche que merece el agente. En fin, de acuerdo con las causas de exclusión de la punibilidad y de las atenuantes relacionadas con ellas, cabe profundizar en lo equitativo, lo eficiente o lo oportuno del castigo a ese sujeto concreto por parte de un Estado concreto (*cfr. infra* capítulos 27 y 28).

3. LO ANALÍTICO Y LO SINTÉTICO

Una vez que se la enmarca en un pensamiento sistemático, es posible advertir 36
que la teoría del delito refleja una tensión entre su concepción idealista-sintética y su construcción analítica, en sus variantes empírica y lógica.[49] En efecto, esto se aprecia con claridad si se consideran las teorías de la imputación de los siglos XVII y XVIII y la sistemática de los penalistas hegelianos, que dominó tres cuartas partes del siglo XIX alemán, y todas ellas se comparan con el modelo de von Liszt y Beling.[50] Este último modelo —el paradigma de aproximación analítica al hecho delictivo— pasó a ejercer una fuerte influencia a finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Sin embargo, el modelo sistemático analítico experimentó pronto una nueva tensión, de naturaleza interna, entre sus variantes formalistas-clasificatorias —las de von Liszt, Beling y el primer Radbruch— y las teleológicas —las del segundo Radbruch, el neokantismo y las sistemáticas teleológicas-funcionales contemporáneas—. Estas últimas, a diferencia de las formalistas, reflejan la preocupación por una solución justa del caso y pretenden integrar esta pretensión, de algún modo, en el sistema. En realidad, aunque partiendo de perspectivas claramente distintas, coinciden con la noción de «verdad práctica» —propia de la tradición clásica— en un punto central. A saber, que lo razonable en términos prácticos no es sistematizable hasta el final.

La tensión entre lo analítico y lo sintético en el sistema de la teoría del delito 37
es innegable. La perspectiva analítica, que ofrece la ventaja de la claridad didáctica derivada de su secuencia taxonómica, suele conducir a dar primacía a los aspectos lógico-fácticos. En cambio, el punto de vista sintético, que suele resultar más adecuado para la búsqueda del sentido, comporta el problema de que las fronteras categoriales tienden a desdibujarse. No en vano afirmó Hegel que «la

[49] *Schild* (1979), 6 ss., 26 ss.

[50] *von Liszt*, Lehrbuch, 1881; *Beling* (1906), 8 ss.

verdad es el todo».[51] Así, la concepción sintética más difundida en la actualidad tiende a sostener la imposibilidad, la irrelevancia o el carácter solo pedagógico de la realización de distinciones analíticas dentro del sistema. En particular, afirma la improcedencia de la distinción entre la atipicidad y la justificación, así como entre injusto y culpabilidad.[52] Pues bien, es cierto que la exclusión de la antijuridicidad y la de la culpabilidad son funcionalmente equivalentes, en el sentido de que ambas eliminan la punibilidad de la conducta. Sin embargo, ello no debe conducir a soluciones precipitadas. Ciertamente, si el código binario propio del sistema del delito fuera únicamente «punible/no punible», y no también «jurídico/antijurídico», cabría plantear que aquella distinción carece de sentido. En realidad, esto es lo que acaban sosteniendo muchas de las concepciones radicalmente funcionales de la teoría del delito, que conducen a dar preeminencia a lo sintético. Sin embargo, la combinación de los dos códigos binarios mencionados conduce a una visión distinta. Así, existe: (i) lo conforme a Derecho; (ii) lo antijurídico, pero no punible; y (iii) lo antijurídico y punible.

4. LAS PERSPECTIVAS ESTRUCTURAL Y FUNCIONAL

38 Las cosas contienen un principio de organización que asegura la unidad de sus partes y rige las relaciones entre estas. Este, que se ha denominado desde Aristóteles «naturaleza», se identifica ahora de modo frecuente como «estructura». A su vez, las cosas tienen funciones, esto es, capacidad para producir efectos en un determinado sistema. Pues bien, cuando se trata de formular reglas relativas a las instituciones jurídicas, cabe adoptar puntos de vista estructurales —es decir, relativos a su naturaleza (jurídica o pre-jurídica)— o bien funcionales (*cfr. supra* capítulo 7/124).[53] A lo largo de la historia, los enfoques denominados ontologicistas se han caracterizado por construir los conceptos sobre la base de la naturaleza, la estructura o el «ser» de las cosas —metafísico, empírico, lingüístico—. En cambio, las orientaciones funcionalistas construyen los conceptos en clave de una determinada teleología. Ahora bien, esto significa que la referencia de la funcionalización de los conceptos puede ser muy distinta. Ciertamente, no es lo mismo adoptar como *telos* la maximización de la libertad individual —que da lugar a teorías críticas—, que la estabilización de un orden colectivo determinado, sea cual sea el contenido de este —que da lugar a teorías legitimadoras—. En general, la expresión «funcionalismo» designa esto segundo, no lo primero.

39 Como se ha indicado ya, la dogmática de la teoría del delito, en la elaboración de sus reglas, tiene que intentar hacer compatibles las siguientes tres clases de consideraciones: (i) las estructurales-conceptuales; (ii) las axiológicas (por regla general, funcionales o teleológicas en sentido diverso); y (iii) las de legalidad

---

[51] «*Das Wahre ist das Ganze*», en el prólogo de la Fenomenología del Espíritu (1807).

[52] *Jakobs* (2012); *Lesch* (1999), 207; *Pawlik* (2012), 52 ss. También, desde el entendimiento del delito como «abuso de poder», *Sinn* (2007), 254, 271 ss., 287.

[53] *Robinson* (1997), 12 ss.

positiva (*cfr. supra* capítulo 7/125 ss.). Así, una propuesta dogmática que resulte incompatible con la estructura de un concepto o de una relación, o que se muestre disfuncional en sentido amplio —es decir, disconforme con el fin de la institución de la que se trata—, o incompatible con el texto de la ley, no puede ser defendida como dogmática *de lege lata*. Ahora bien, si carece de conformidad con la estructura de la cosa en sí o carece de base teleológica-axiológica, tampoco es defendible ni siquiera como dogmática *de lege ferenda*. En particular, la defensa de conceptos (en sentido amplio) funcionales —de violencia, o de voluntariedad del desistimiento, de autoría, o de comisión por omisión—, no debe conducir a anular las otras perspectivas. Por el contrario, es necesario perseguir un equilibrio reflexivo entre los tres puntos de partida de la construcción jurídica.

5. EL SISTEMA DEL DELITO COMO CONSTRUCCIÓN TELEOLÓGICA LIMITADA

5.1. Los criterios rectores del sistema

Un sistema se caracteriza por aprehender un conjunto de instituciones 40
bajo criterios de unidad, coherencia y reducción de la complejidad. De este modo, su complejidad tiene que ser la mínima posible, pero asimismo tanta como sea necesaria, pues ello constituye una exigencia de su contribución a la resolución de casos.[54] En este contexto, se le ha reprochado a la doctrina de cuño alemán el conceptualismo derivado de una excesiva vocación sistematizadora.[55] Así, a esta opción metodológica se le suele oponer el intuicionismo angloamericano, centrado en la solución equitativa del caso,[56] sobre la base de la idea de «razonabilidad».[57] En efecto, en esta última cultura jurídica no es posible advertir ningún sistema estructurado de la dogmática del delito,[58] sino que los conceptos y reglas son, más bien, componentes de un contexto de referencia dinámico y abierto. Desde luego, el sistema es la opción preferible. Ahora bien, el sistema de la teoría del delito ha de mostrar una impronta teleológica.[59] Esto último significa que su dimensión estructural-formal —de infracción de una norma jurídica de conducta— no puede conducir al olvido de cuál es su *telos*. A su vez, este viene dado por la fundamentación de la decisión acerca de si se impone una pena o no.[60]

---

[54] «*Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*» (Guillermo de Ockham, 1280-1349). *Bringewat* (1974), 19-20.

[55] *Nino* (1980), 64 ss.

[56] *Nino* (1980), 193; *Rodríguez Mourullo* (1988), 69.

[57] En el original inglés: «*reasonableness*».

[58] *Fletcher* (1987), 70 ss., 75; *el mismo* (1988), 1615 ss.: es un «razonamiento plano» («*flat*»). Al respecto, *Piña Rochefort* (2002), 19-20.

[59] *Grünhut*, FG Frank, I, 1930, 7 ss., 10, 19; *Radbruch*, FG Frank, I, 1930, 163; *Schmidhäuser*, GS Radbruch, 1968, 272 ss.; *Roxin* (1972), 67 ss.; *Bloy* (1985), 21 ss.; *Hassemer*, FS Bemmann, 1997, 175; *Lampe* (2003), 215 ss.; *Rostalski* (2019), 15 ss.; *García Pérez*, EPC 2019, 732 ss.

[60] *Grünhut*, FG Frank, I, 1930, 7 y 9.

41 En efecto, no es lo mismo prohibir que prohibir bajo pena. Del mismo modo, no es igual declarar a alguien responsable a efectos de que soporte el pago de una indemnización, que con el fin de que sufra una sanción y, en particular, la pena estatal. Como se podrá advertir más adelante, todas las categorías del sistema de la teoría del delito tienen carácter teleológico, salvo el nivel de la antijuridicidad general que tiene su envés en la teoría de la justificación. En efecto, esta última no es una categoría teleológica, sino deontológica, puesto que se basa en las nociones de derecho y deber, que en última instancia se reconducen al bien común (*cfr. infra* capítulo 18/61 ss.).

5.2. El sentido teleológico del sistema

5.2.1. Generalidades

42 El carácter teleológico de la teoría del delito puede entenderse todavía en un doble sentido. Por un lado, en términos limitados a la consideración de que la consecuencia de la calificación de una conducta como delictiva es la imposición de una pena. Por otro lado, orientado incluso al concreto fin que se persiga mediante la pena.[61] Si se entiende que este fin es preventivo, la teoría del delito tiene que contener un contrapeso de proporcionalidad *lato sensu*. Si, por el contrario, se considera como aquí que la pena retribuye, aunque con limitaciones, la teoría del delito tiene que servir a la concreción del merecimiento del agente (*cfr. supra* capítulo 3/110). Por un lado, ello implica la prohibición de imponer penas inmerecidas. Sin embargo, permite, asimismo, dejar de imponer una pena merecida cuando puede afirmarse que su imposición no es equitativa, necesaria u oportuna. Pues bien, la teoría del delito debe asumir la tarea de sistematizar las razones de lo uno y de lo otro.

5.2.2. La orientación al caso

43 Un sistema que no contribuya a una solución más justa de los casos resulta estéril.[62] Ciertamente, en el Derecho penal, como en la filosofía práctica, la mejor solución es siempre concreta y consiste en la respuesta a la pregunta acerca de «qué debe hacer» un agente, en el momento y en el lugar de la acción. Por ello, los sistemas cerrados —pretendidamente deductivo-axiomáticos—, que no dejan espacio a la equidad, acaban fracasando. Así pues, la base clasificatoria del sistema[63] debe hacerse compatible con una configuración que permita su reapertura y su reconfiguración.[64] El modelo analítico-clasificatorio del delito, desarrollado por la dogmática del siglo XX, se asienta en soluciones

---

[61] *Pawlik* (2012), 17 n. 116, 57.

[62] *Roxin* (1972).

[63] *Bringewat* (1974), 30 ss.

[64] *Bringewat* (1974), 41; *Schünemann* (1991), 34 ss.; *Silva Sánchez* (2.ª, 2010), 289; *Pastor Muñoz*, InDret 2/2021, 51 ss.

binarias. Por eso, es importante no ignorar que tras tales pares de conceptos se encuentra una realidad graduable, que conforma un plano inclinado de gravedad ascendente o descendente, sin cesuras radicales. En efecto, la vida real no admite fácilmente las soluciones binarias. Por eso, ya en el sistema del delito existen múltiples ámbitos en los que la cuestión es de grado.

A tal efecto, además de los conceptos clasificatorios —que conducen a una respuesta en términos de «sí o no»— es importante disponer de «conceptos ordenadores». A su vez, estos se hallan integrados por elementos que se dan en mayor o menor medida en un supuesto de hecho determinado. De este modo, admiten responder en términos de «más» y de «menos», permitiendo la comparación y la consiguiente ordenación de fenómenos en escalas graduales.[65] Pues bien, la necesidad de recurrir a estos últimos, también denominados conceptos «tipológicos», pone de relieve que la única solución para evitar que en la solución del caso se tienda a abandonar el concepto es que este último se abra a la vida.[66] De entrada, lo más conforme con la realidad es la sustitución del pensamiento binario por triparticiones conceptuales, en las que la categoría intermedia sea lo suficientemente flexible como para permitir el tránsito de la más grave a la más leve. En definitiva, procede alcanzar un cierto equilibrio entre la dogmática sistemática de cuño alemán y el método angloamericano, más caracterizado por la argumentación de razón práctica con respecto al caso concreto.[67] Por cierto, este equilibrio es precisamente lo propio de la cultura grecolatina. 44

6. LA TEORÍA DEL DELITO Y LA DEL HECHO PUNIBLE

El sistema del delito tiene un alcance sustancialmente distinto en función de que se lo defina como el «conjunto de presupuestos de la infracción de la norma de conducta» (delito) o bien como el «conjunto de presupuestos de la aplicación de la norma de sanción» (hecho punible).[68] Esta distinción, que tiene su origen en Binding,[69] permite entender el delito en sentido estricto como el injusto culpable cometido en un momento determinado por el destinatario de una norma de conducta. En cambio, el concepto de hecho punible abarca más elementos determinantes de la punibilidad del hecho. Sin embargo, la distinción entre ambos conceptos de delito no se reduce a una diferencia de extensión. En realidad, implica de entrada una diferencia de naturaleza. En efecto, el concepto de delito como injusto culpable tiene una naturaleza estrictamente sustantiva. Por su parte, el delito como conjunto de presupuestos 45

---

[65] *Radbruch*, RIThD XII (1938), 46 ss.; *Mylonopoulos* (1998), 34 ss., 52 ss.; *Silva Sánchez* (2004), 17-18 n. 12; *el mismo* (2.ª, 2010), 289; *Molina Fernández*, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 691 ss.; *Gracia Martín*, RECPC 18 (2016), 36-37; *Pastor Muñoz*, InDret 2/2021, 51 ss.

[66] *Grünhut* (1926).

[67] *Silva Sánchez*, RDPC 9 (2002), 83 ss.

[68] *Silva Sánchez* (2003), 15 ss.

[69] *Binding*, Normen, I, 1879, 189 ss., 196.

de la aplicación de la norma de sanción tiene una naturaleza «juris-diccional» (en sentido etimológico) y, por tanto, dependiente de la declaración judicial. Así pues, constituye un concepto sustantivo-procesal.[70] Además, esto implica que en ambos conceptos el hecho muestra un distinto alcance temporal. Ciertamente, el delito como infracción de la norma de conducta concurre ya en el momento histórico en el que se realiza la conducta. En cambio, el hecho punible como conjunto de presupuestos de aplicación de la norma de sanción solo se da de modo completo en el momento de dictar sentencia sobre aquel hecho. Es decir, la punibilidad del hecho que infringe la norma de conducta puede variar con el tiempo, incluso mucho más allá de la consumación. En cambio, su condición de injusto culpable queda consolidada desde el momento en que se realiza la conducta.[71]

46 Los conceptos de delito y de hecho punible constituyen, a su vez, las referencias respectivas del juicio ético-político de retribución y del juicio sobre la procedencia política (distributiva) del castigo. Así, la punibilidad, presupuesta la concurrencia de un injusto culpable, conforma el ámbito sistemático en el que se manifiesta con plenitud la soberanía política del Estado. En su marco, se abordan cuestiones de equidad, de eficiencia y de oportunidad del castigo, que son expresión de esa soberanía. En cambio, en los planos de la ilicitud *prima facie*, la justificación y la culpabilidad, existen razones estructurales (categóricas) que impiden afirmar que algo es un injusto penal culpable o bien que obligan a declararlo. Ciertamente, la naturaleza teleológica del sistema de la teoría del delito determina que casi todos los niveles del sistema tengan una connotación relativa a la imposición de pena. La única excepción a este carácter teleológico del sistema viene dada por las categorías de la antijuridicidad y de la justificación generales (*cfr. infra* capítulo 18/12).

47 En efecto, la tipicidad, la antijuridicidad teleológica —prohibición bajo pena— y la culpabilidad han de ser también «penales», lo que significa «punibles». Sentado esto, el injusto penal culpable suele ser *eo ipso* punible. Sin embargo, la categoría de la punibilidad, abiertamente teleológica, sigue teniendo sentido como nivel autónomo y debe ser objeto de una sistematización todavía no llevada a cabo.[72] Como luego se verá, una propuesta de sistematización tiene lugar en el capítulo 27 de esta obra, en el que se trata de distinguir dos grandes ámbitos dentro de la punibilidad. Por un lado (i) la punibilidad en sentido estricto, como propiedad del hecho delictivo. Por otro lado, la punibilidad en sentido amplio, que incorpora la consideración de dos cuestiones más: (ii) la relativa a la procedencia de renunciar al castigo o disminuir su alcance por razones relativas al sujeto y distintas del hecho; y

---

[70] *D. R. Pastor* (2002), 798, 801.

[71] Una distinción diversa entre delito y hecho punible es la que sostiene que existen hechos punibles que no son constitutivos de delito, puesto que no infringen ninguna norma: *Kindhäuser* (1989; 1997); *Mañalich*, LH Reyes Echandía, 2022, 671 ss.

[72] *Silva Sánchez* (2004), 15; *el mismo* (2007), 52, 55 ss.

(iii) la que se refiere a la procedencia de renunciar al castigo o a su alcance concreto por razones concernientes a la legitimidad de la punición estatal. Estos dos últimos ámbitos de la punibilidad ya no se integran en la dogmática del hecho punible, sino en la teoría de la pena.

7. LOS PUNTOS DE PARTIDA DE LA CONSTRUCCIÓN: LA LESIVIDAD Y LA VOLUNTAD MALA

7.1. Planteamiento

48 La teoría del hecho punible pretende establecer criterios para distinguir, de modo general, los hechos a los que debe imponerse una pena de aquellos a los que no se les debe imponer esta sanción. En efecto, esta es la dimensión cualitativa de sus categorías, que muestra una configuración binaria: típico/atípico; antijurídico/justificado; prohibido bajo pena/no prohibido bajo pena; culpable/inculpable. Así, descritos los tipos de delito en las leyes penales, la teoría del delito —con apoyo tanto en reglas legales como, sobre todo, en criterios supralegales— permite distinguir entre hechos que los realizan y los que no los realizan. A continuación, dada una realización típica, la teoría del delito permite distinguir si aquella es conforme o contraria a Derecho, prohibida bajo pena o no, así como si es culpable o inculpable. Por su parte, la teoría del hecho punible pretende distinguir entre delitos punibles y no punibles. Ahora bien, de modo derivado con respecto a lo anterior, es preciso proporcionar razones para distinguir diferentes medidas de realización de cada una de esas categorías. Tales medidas constituyen su dimensión cuantitativa o graduable, que se traduce en reglas para la individualización judicial de la pena (*cfr. infra* capítulo 28).

49 De entrada, el problema mencionado no existe en la teoría de la responsabilidad civil extracontractual —del Derecho civil de daños—. En efecto, las conductas que dan lugar a la condena a reparar son las que producen un daño y porque producen un daño. Con todo, existen límites derivados de la no vulneración del cuidado objetivamente exigible en el tráfico, así como de la imprevisibilidad o inevitabilidad objetiva del daño. Es decir, de la no desaprobación de la conducta o de la no imputación objetiva del resultado.[73] Ciertamente, incluso esto admite matizaciones en los casos de responsabilidad civil «por riesgo». Ahora bien, puede mantenerse la idea de que no toda conducta que causa un daño a un tercero debe dar lugar a su reparación. Por su parte, la doctrina del ilícito administrativo, propia del Derecho administrativo de policía —o de la seguridad—, se centra en la infracción objetiva de un deber de obediencia. Así, su objetivo es proceder a una regulación de conductas orientada a la prevención de peligros, de modo que no tenga lugar la producción de un daño. Esa pretensión de evitar la propia aparición

[73] *Arm. Kaufmann* (1982), 35 ss.; *Pantaleón Díaz* (2022).

de peligros conduce a la consideración de conductas de mera desobediencia formal como infracciones. Por su parte, la obediencia a las normas tiene como finalidad la evitación del peligro de lesión, de modo que la referencia —por indirecta que sea— al peligro constituye el único límite en la configuración de la norma. En todo caso, se sanciona para reforzar la regulación preventiva.

7.2. Las dos posibles lógicas del sistema del Derecho penal: resultado lesivo e infracción subjetiva de la norma de conducta

50 A diferencia de lo que sucede en las doctrinas del ilícito en esos sectores —cuyo núcleo es la desvaloración del resultado lesivo o de la vulneración de una norma orientada a evitar un estado de peligro— en el Derecho penal es decisiva la (des-)valoración moral de la conducta en sí. Así, la teoría general del delito —construida sobre la base de los hechos integrados en el núcleo y la periferia de los delitos *mala in se* (*cfr. supra* capítulos 1/64; 2/87)— está atravesada por dos lógicas distintas. Estas son, por un lado, la lógica de la lesividad, que se advierte en la categoría de la tipicidad; y, por otro, la lógica de la voluntad mala (*voluntas*) —contraria a Derecho— que desprecia a la norma y, en caso de haberla, a la víctima concreta.[74] Esta segunda lógica, que se expresa en la doctrina de la norma de conducta, es tendencialmente subjetivista, mientras que la primera, en cambio, tiende a ser objetivista y resultatista. Como es fácil advertir, ambas dimensiones se hallan en tensión.

51 Los intentos de resolver la tensión existente entre ambas perspectivas han sido diversos.[75] Así, cabe prescindir del resultatismo y construir una teoría subjetiva del delito. Un modelo así incorpora con claridad el elemento moral,[76] dando un fundamento sólido a la noción de reproche. Sin embargo, manifiesta una excesiva eticización del Derecho penal, lo que plantea problemas tanto de legalidad como de proporcionalidad. En cambio, desde la perspectiva opuesta, es posible prescindir del subjetivismo y construir toda la teoría del delito en clave «resultatista», es decir, en términos de lesividad. Esta última solución, en su variante individualista, acoge un criterio rector de la tradición liberal. En cambio, en su variante social refleja concepciones holistas o, en general, funcionalistas-sistémicas. Sin embargo, su problema es que tiende a una estandarización del injusto culpable. Ello crea el riesgo de una desvinculación de lo subjetivo-individual y, con ello, de una desnaturalización de la idea rectora de la culpabilidad.[77]

---

[74] La doctrina de la *voluntas mala* proviene de la *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis* (81 a.C.) y su fundamento teórico se sitúa en el contacto del Derecho romano con la filosofía griega, en particular, con la de Aristóteles. Mil quinientos años después, la concreción de la doctrina de la *voluntas* constituye una aportación de los clásicos españoles del siglo XVI a la evolución del Derecho penal en Europa: *von Weber*, AHDE 1953, 732.

[75] *Fletcher* (1978), 388-390; *Molina Fernández* (2001).

[76] *Merkel*, PG, s/f, 27.

[77] *Merkel*, PG, s/f, 27.

Desde luego, cabe asimismo separar ambas lógicas, asignándolas respectiva- 52
mente a partes distintas de la teoría del delito: el lado objetivo y el lado subjetivo del hecho; en otras palabras, la antijuridicidad y la culpabilidad. De hecho, así operó en primer lugar la doctrina del concepto causalista naturalista de delito, que distinguía entre una antijuridicidad basada en la lesividad fáctica y una culpabilidad de cuño psicológico-motivacional.[78] Más tarde, procedió de un modo similar la doctrina neokantiana. En efecto, esta construyó una teoría preferentemente objetivista de la antijuridicidad basada en la vulneración de una norma de valoración —desvalor del resultado lesivo— y una teoría preferentemente subjetivista de la culpabilidad basada en el reproche por la infracción de la norma de determinación. *Mutatis mutandis*, responden a la misma estructura —en versión no empirista ni valorativa, sino formalista— quienes actualmente construyen una teoría de la norma de conducta con un contenido objetivista-resultatista y, luego, un sistema de reglas de imputación subjetivista.

7.3. En busca del equilibrio: la conducta *ex ante* desaprobada

Un modelo equilibrado de relajación de estas tensiones es el que construye 53
la teoría del delito como una cruz de dos brazos —o ejes—, cada uno de los cuales da lugar a un juicio distinto, que se halla regido por la lógica respectiva. Por un lado, el eje de la infracción culpable de la norma. En efecto, el baremo de este juicio es subjetivo *ex ante* y su núcleo se encuentra en el desvalor de la intención enfrentada al Derecho. Por otro lado, el eje de la realización del tipo, que se manifiesta en un juicio objetivo *ex post*, cuyo núcleo es el desvalor del resultado lesivo del bien jurídico. Así, el centro de esa cruz está constituido por la infracción, condicionada o incondicionadamente típica, de la norma de conducta (*cfr. infra* capítulo 15/15).

La síntesis de la lógica propia del enfrentamiento subjetivo *ex ante* con la 54
lógica de la lesividad *ex post* debe determinar que en el momento *ex ante* se exija una representación intersubjetiva de lesividad.[79] Por tanto, en primer lugar, debe entenderse que aquel comportamiento que no tiene la capacidad intersubjetiva *ex ante* de producir una lesión de un bien jurídico *ex post*, no infringe la norma de conducta de modo típicamente relevante. A continuación, debe añadírsele a ese núcleo la dimensión *ex post* representada por la plena realización típica —consumada; o intentada, en los casos en los que esto es posible—. De este modo se acoge con claridad la premisa de que la mera voluntad mala no es relevante para el Derecho, ni siquiera a título de tentativa. En efecto, para que el Derecho intervenga es necesario que se dé una exteriorización suficiente, porque, a diferencia de la moral, aquel no se ocupa del fuero interno de las personas —*cogitationis poenam nemo patitur*—.

---

[78] Relativamente próximo, *Molina Fernández* (2001), 564 ss.; al respecto, *Martínez-Buján* (2013), 21 ss.

[79] *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 6/52.

Ahora bien, por otro lado, esa exteriorización contraria al Derecho tiene que producirse bajo el control del sujeto, porque nadie está obligado a hacer lo que no puede —*ad impossibilia nemo tenetur*; *ultra posse nemo obligatur*—. Así, solo una exteriorización intersubjetivamente relevante y evitable de la voluntad antijurídica del agente merece pena. Más aún, ya merece pena por sí sola.

55 Es importante hacer hincapié en que, en algunos casos, la exteriorización producida no es suficiente para afirmar el merecimiento de pena. Ello sucede en la llamada tentativa irreal, a la que le falta esa dimensión intersubjetiva *ex ante* que permita pronosticar una lesividad *ex post*. En cambio, en otros casos la exteriorización es suficiente para el merecimiento de pena, al menos en relación con bienes jurídicos de entidad media o elevada. Sin embargo, es discutible que el título por el que se impone la pena sea correcto. Esto es lo que sucede tanto en las tentativas imperfectas como en las tentativas perfectas inidóneas (*cfr. infra* capítulo 15/92). En fin, en otros casos cabe prescindir de la pena siempre que, aunque haya existido una exteriorización suficiente, no se haya producido ninguna clase de concreción lesiva. Por ejemplo, en los supuestos de conducta imprudente no seguida de resultado lesivo. De este modo se pone de relieve que en el Derecho penal la dimensión subjetiva es trascendental. En efecto, solo la comprensión de lo relevante de esta dimensión permite entender cuestiones decisivas de la teoría del delito. Así, por ejemplo, el castigo de la tentativa imperfecta, o de la tentativa perfecta inidónea; la diferencia de pena entre la culpa consciente y el dolo eventual; o la impunidad de quien obra en error invencible de tipo o de prohibición.

IV. LA NORMA DE CONDUCTA Y LA NORMA DE SANCIÓN

1. LA NECESIDAD DE RECURRIR A LA TEORÍA DE LA NORMA DE CONDUCTA

56 La teoría de las normas es la herencia más importante atribuida a la obra de Binding, aunque se haya advertido que ya fue tratada de modo previo en los textos de Bentham.[80] Sea como fuere, dicha teoría se caracteriza de modo general por partir de una primera distinción entre la ley penal —las descripciones de clases de hechos que se contienen en los tipos legales— y la correspondiente norma de conducta.[81] Esta correspondencia es, en todo caso, relativa, pues cabe que de una ley penal deriven distintas normas de conducta y, viceversa, la conformación de una norma de conducta suele requerir el recurso a varias reglas legales. Una vez distinguida la norma de la ley penal, es preciso proceder a la distinción adicional entre norma de conducta y norma de sanción.[82] En este punto, está claro que la norma de sanción tiene natu-

[80] *Renzikowski*, FS Gössel, 2002, 7 ss.

[81] *Robles Planas*, LH Mir Puig, 2017, 829 ss.; *el mismo* (2021).

[82] *Rödig*, FS Lange, 1976, 56 ss.; *Mir Puig* (1.ª, 1979; 2.ª, 1982); *Wolter* (1981); *Frisch* (1983); *Freund* (1992); *Silva Sánchez* (1992, 2003); *Molina Fernández* (2001); *Robles Planas*, InDret 1/2019, 1 ss.; *el mismo*

raleza jurídico-penal. En cambio, se ha discutido si la norma de conducta es genéricamente jurídico-pública o bien jurídico-penal.

Desde luego, la amenaza de pena no forma parte de la norma de conducta, 57
sino que deriva de una anticipación psicológica del contenido de la norma de sanción. Por tanto, la norma de conducta no es jurídico-penal. Sin embargo, su vínculo con la norma de sanción —que se advierte en la teoría de la criminalización de conductas— determina obviamente que no cualquier norma de conducta pueda dar lugar a infracciones punibles. Así pues, la norma de sanción determina el ámbito de la infracción penalmente relevante de la norma de conducta, de modo que el propio juicio de tipicidad es teleológico —no puede ser desvinculado de la consecuencia jurídica pena—.

La sistemática de la teoría del hecho punible no tiene por qué ser construi- 58
da sobre la base de la teoría de las normas. En efecto, por un lado, la doctrina dominante elabora el sistema sin referirlo explícitamente a tal teoría. Es más, algún autor, que la menciona, tampoco se adhiere a una determinada concepción de ella.[83] Por otro lado, un sector de la doctrina alemana construye el sistema, de forma explícita, sobre la base de la teoría de la norma de sanción, prescindiendo de la norma de conducta.[84] Con todo, como ya se ha adelantado, aquí se opta por recurrir a la teoría de las normas de conducta y de las normas de sanción como uno de los ejes del sistema de la teoría del hecho punible. Así, se acude a ella para construir la doctrina general de la conducta penalmente relevante y, luego, las doctrinas de la tentativa y de la intervención —manifestaciones de conductas penalmente relevantes—, así como la de las causas de justificación. Las cuestiones de teoría del Estado y de filosofía jurídica que subyacen a la discusión sobre las normas ya fueron tratadas en su momento (*cfr. supra* capítulo 1/32 ss.). Ahora procede examinar la repercusión que tiene la teoría de las normas en la construcción del sistema.

2. LOS ANTECEDENTES DEL DEBATE ACTUAL

2.1. La dualidad de normas en el neokantismo

Como se ha indicado, el modelo neokantiano de delito se asentaba sobre 59
dos normas, la de valoración —o de Derecho— y la de determinación —o de deber—. En efecto, la primera de ellas daba cuenta de un orden de bienes jurídicos, susceptibles de ser negados por procesos lesivos de determinadas características. Entonces, la negación de ese orden de bienes —constitutivo de un deber ser objetivo-impersonal— constituía la antijuridicidad del hecho —en su significado de juicio de desvalor objetivo *ex post*—. Ahora bien, tal

(2021); *Timm* (2012), 45 ss.; *Rostalski* (2019). En el ámbito angloamericano: *Dan-Cohen*, Harvard L. R. 97 (1984), 625 ss.; *Alldridge*, OJLS 10 (1990), 489-490, 499; *Robinson* (1997), 143 ss.

[83] *Haffke*, LH Roxin, 1995, 133 ss.; *Neumann*, GA 1985, 389 ss.

[84] Así, con perspectivas distintas, por un lado, *Schmidhäuser*, GS Radbruch, 1968, 272 ss.; *Langer* (2004), 49 ss.; *el mismo*, FS Otto, 2007, 107 ss. Por otro lado, *Hoyer* (1997); *Rinck* (2000); *Schmid* (2002).

orden objetivo se concretaba luego en la configuración de un deber personal. En efecto, este derivaba de una norma de determinación cuya infracción presuponía que las razones de la norma pudieran haber accedido al proceso deliberativo del destinatario. Así, la infracción del deber constituía el núcleo de la culpabilidad.[85]

2.2. El planteamiento de Armin Kaufmann

60 Armin Kaufmann, al reconstruir en 1954 la tradición de la teoría de las normas de Binding, planteó las cosas de modo distinto.[86] En efecto, concibió el hecho antijurídico no solo como la producción de un resultado lesivo de una norma de valoración de bienes jurídicos —desvalor del resultado *ex post*—, sino también como la realización de una conducta contraria a una norma entendida como directiva —desvalor subjetivo de acción *ex ante*—. Desde esta perspectiva dual, las normas de conducta se entienden como directivas de conducta que operan *ex ante*. A su vez, estas tienen por objeto la conducta de sus destinatarios y no el proceso de producción del resultado. Esta novedad dio lugar, sobre todo en la doctrina española, a un debate que duró décadas acerca de si «la norma» debe ser entendida como norma de valoración o como norma de determinación.[87] En cierta medida, esta discusión reabría la polémica acerca del imperativismo, que se había suscitado a finales del siglo XIX y principios del siglo XX en Alemania y Austria. Sin embargo, en la segunda mitad del siglo XX tal discusión ya podía considerarse superada. En efecto, estaba bastante claro que las normas, entendidas como directivas, no constituyen órdenes vacías de contenido, sino que integran una previa (des-)valoración de la conducta prohibida o mandada.[88] Ahora bien, la valoración en sí no es una norma,[89] sino una clase de prescripción débil subyacente, de la que en su caso cabe derivar una norma.[90] Esta dimensión interna de valoración, que se halla en la base de los enunciados impersonales de deber ser, es la que da lugar a la determinación de las conductas cuya realización se reputa *ex ante* jurídicamente desaprobada y, en consecuencia, prohibida.

3. VARIANTES DE LAS TEORÍAS DE LAS NORMAS

3.1. Generalidades

61 La exposición del debate actual sobre las teorías de las normas de conducta obliga a dar cuenta de una situación compleja. En efecto, cabe distin-

---

[85] *Mezger*, GS 89 (1924), 244.

[86] *Robles Planas*, LH Mir Puig, 2017, 830 ss.

[87] *Álvarez García* (2001).

[88] *Binding* (1885), 155 ss.; *Arm. Kaufmann* (1954), 67; *Münzberg* (1966), 64; *Wolter* (1981), 46 ss.

[89] *Arm. Kaufmann* (1954), 75-76, 102 ss., 281.

[90] *Renzikowski*, FS Alexy, 2017, 641 ss.; *Sánchez-Ostiz*, LH Mir Puig, 2017, 855 ss.

guir como mínimo tres concepciones distintas,[91] dentro de las que existen ulteriores variantes. Tales construcciones son, por un lado (i) la que las entiende como expectativas de conducta protegidas penalmente, de modo que su lesión tiene lugar mediante la realización antijurídica y culpable del tipo (perspectiva objetiva sintética *ex post*).[92] Por otro lado (ii), la que las considera prohibiciones de causación de estados de cosas, de modo que su lesión se produce por la causación del resultado típico mediante una acción (perspectiva objetiva *ex post*). En fin (iii), la que las concibe como directivas de conducta *ex ante*. Esta última, en concreto, tiene al menos dos variantes. Aquella que afirma que la formulación de la directiva se ajusta ya a la capacidad del destinatario (perspectiva subjetiva *ex ante*).[93] Y la que entiende que su contenido viene dado por una representación intersubjetiva, aunque su vulneración deba ser luego subjetivamente imputable (perspectiva intersubjetiva *ex ante*).[94]

3.2. Las normas como expectativas institucionalizadas

62 En el último tercio del siglo XX, Jakobs adoptó un concepto de norma ajeno a la tradición de Binding y de Arm. Kaufmann. Según su concepción, la norma es una expectativa contrafáctica de conducta —resistente a su vulneración—, institucionalizada en una sociedad dada.[95] A su juicio, la existencia de normas, entendidas como pautas de conducta, constituye una realidad inmanente a toda sociedad. Ahora bien, la supervivencia de sistemas sociales complejos requiere que determinados estándares de comportamiento se aseguren de modo vinculante. Eso es lo que sucede con la institucionalización adicional de las normas a través del Derecho. La norma jurídica, pues, acoge los estándares de conducta fundamentales que se reputan necesarios para la vida en común en una sociedad,[96] esto es, que reflejan lo esencial de su eticidad. Entendida así, la expectativa de conducta no se corresponde con una norma en el sentido clásico, pues no pretende influir sobre el comportamiento de los ciudadanos, sino únicamente orientarlo en términos contrafácticos.[97] Ello, con todo, no quiere decir que se prescinda absolutamente de la dimensión de determinación. Lo que sucede es que esta se contempla como un efecto secundario, bien recibido, pero ajeno a la lógica del Derecho penal.[98]

63 Algunas de esas normas son fundamentales hasta el punto de expresar el núcleo de la identidad social. Estas son aseguradas mediante el Derecho

---

[91] *Silva Sánchez*, InDret 3/2014, 5.

[92] *Silva Sánchez* (2003), 22.

[93] *Arm. Kaufmann* (1954), *Frisch* (1983); *Freund/Rostalski*, GA 2018, 264 ss.

[94] *Mir Puig* (1979; 1982); *Silva Sánchez* (1992; 2003; 2.ª, 2010).

[95] *Jakobs* (1997), 32 ss., 39, 52.

[96] *Jakobs* (1997), 112.

[97] *Luhmann*, ARSP Beiheft 8 (1974), 42-43; *Lesch* (1992), 251-252.

[98] *Jakobs* (1997), 54.

penal. Su defraudación o desestabilización —la «defraudación de expectativas» nucleares— constituye la infracción punible. Esta última es una acción —una comunicación— que defrauda una expectativa normativa garantizada por una norma jurídico-penal de sanción. A su vez, tal defraudación se determina *ex post* y la producción del resultado lesivo, en la medida en que acentúa la vulneración de la norma (la desestabiliza más), determina la concurrencia de una mayor antijuridicidad en el hecho. En fin, la comunicación contenida en la conducta, para producir el efecto de defraudación de expectativas normativas que constituye el injusto, tiene que mostrar dos características. Por un lado, tiene que ser contraria a lo debido según el propio rol o competencia del sujeto. Por otro lado, no puede proceder de cualquiera, sino solo de un sujeto de imputación, que es el sujeto culpable.[99]

64 De este modo, la infracción de la norma de conducta, la plena imputación y el conjunto de presupuestos de aplicación de la norma de sanción coinciden en su referencia. En efecto, la estabilización de una expectativa a través de la sanción penal solo debe tener lugar en los casos en que ello se espera y es necesario para mantener la expectativa. Por su parte, tal necesidad únicamente surge cuando, producida la defraudación, no se da una estabilización automática. Expresado de otro modo, cuando un sujeto actúa de modo contrario a la norma «y no pasa nada». Por el contrario, si al sujeto que defrauda una expectativa normativa le sucede algo negativo, ya no se da tal necesidad. De conformidad con esto, la teoría del delito es una doctrina de la imputación objetivo-subjetiva *ex post*, en la que la lesión de la norma se identifica con el injusto punible. En definitiva, no existe un injusto —una negación de una norma— cometido por un inculpable, pues a este último le falta la capacidad de poner en cuestión dicha norma. En caso de lesión de la norma por parte de inculpables, no se imponen sanciones contrafácticas —penas—, sino, si procede, medidas de seguridad —reacciones cognitivas—, lo cual quiere decir que lo acontecido ha tenido lugar —para el Derecho penal— en el plano de la naturaleza y no en el de la sociedad y el sentido.[100]

65 Lo anterior no significa que Jakobs haya podido prescindir de la norma entendida como directiva. Por un lado, en no pocos pasajes de su obra —por ejemplo, en la doctrina de la tentativa— se argumenta implícitamente con un concepto de norma entendida así. Además, las insuficiencias del modelo basado en la expectativa le han conducido a tener que recurrir finalmente a una entidad deóntica distinta, la incumbencia.[101] Por ejemplo, en la doctrina de la intervención en el delito; pero no solo en ella. En definitiva, se le ha hecho imposible reconstruir el sistema sin un elemento directivo.

---

[99] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991; *Lesch* (1992), 260-261; *Pawlik* (2010), 109 ss.; *el mismo* (2012).

[100] *Jakobs* (1997), 116 ss., 121 ss.

[101] *Jakobs* (2012); *Pawlik* (2012).

3.3. Las normas como prohibiciones de causación

3.3.1. Generalidades

A lo largo del último cuarto del siglo XX, y en lo que va del siglo XXI, **66**
otro sector doctrinal ha tratado de construir el sistema de la teoría del delito sobre la base de la distinción analítica entre normas de conducta y reglas de imputación. Esta distinción, rescatada del iusracionalismo del siglo XVII y XVIII en la obra de Joachim Hruschka (1935-2017),[102] se toma como base de un «programa analítico dirigido a liberar la metodología ofrecida por la teoría de las normas del error categorial fundamental que le impregnara el finalismo».[103] Así, el modelo propuesto se enmarca en una concepción formalista de la dogmática, entendida como método de análisis y sistematización del Derecho positivo. En particular, pretende separar el análisis dogmático de cualquier consideración teleológico-material. Su premisa de partida es que la «lógica de las normas» de conducta hace preciso distinguir en ellas un operador deóntico —prescriptivo— y un contenido proposicional —descriptivo—. Por poner un ejemplo, la norma reza «(está) prohibido matar a otro». Por su parte, las reglas de imputación se construyen sobre la base de una «lógica de la acción», es decir, con base en criterios conceptuales-estructurales procedentes de la filosofía de la acción.

3.3.2. La norma (atemporal) de conducta

La estructura de la norma de conducta —prohibido matar a otro— se **67**
concibe como la formulación contradictoria del respectivo tipo de delito, en concreto, como la prohibición *ex post* de causación de estados de cosas.[104] Ahora bien, su función es de orientación de conductas, indicando «qué comportamiento (expresado axiológicamente) es jurídicamente bueno (valioso) o malo (contrario al valor), o (expresado deontológicamente) está prohibido, mandado, permitido o libre».[105] Por tanto, su estructura no obsta a que, en términos pragmáticos, se entienda como la expresión de una razón para obligar. En efecto, aunque la norma no sea conceptualmente (semánticamente) una directiva, sí se acepta que desempeña una función pragmática de dirección de conductas. De hecho, se le atribuye una función de protección de bienes jurídicos,[106] algo que no cabe más que mediante el intento de influir en el comportamiento individual. En fin, la norma de conducta es común a todo el ordenamiento jurídico, de modo que la acción de matar en senti-

---

[102] *Hruschka* (1976); *el mismo* (2005), 27 ss.

[103] *Mañalich*, REJ 12 (2010), 166.

[104] *Kindhäuser* (1989), 13, 16-17, 29 ss.; *el mismo* (1997), 77 ss.; *el mismo*, Normas y directivas, LH Corcoy Bidasolo, 2022, I, 657 ss.; *Toepel* (1992), 17 ss., 19; *Vogel* (1993), 23 ss.; *Mañalich* (2009), 23 ss.; *el mismo* (2014), 18 ss.; *el mismo*, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 702 ss. Críticos, *de la Fuente Hulaud*, (2019); *Robles Planas*, InDret 1/2019, 1 ss.; *el mismo* (2021).

[105] *Vogel* (1993), 28.

[106] *Kindhäuser*, REJ 22 (2015), 16.

do jurídico-penal y jurídico-civil coincide, tratándose en ambos casos de una infracción de la prohibición de matar. Lo que cambia en función del sector del ordenamiento jurídico son los criterios sobre cuya base se imputa al autor la infracción de la norma.

68 El alcance semántico de las normas de conducta solo exige para su infracción la causación del resultado típico. De este modo, por ejemplo, lo prohibido por la norma de conducta del homicidio es la causación de la muerte de otro. La exigencia adicional de que esa causación tenga lugar mediante una acción humana ya no deriva de la lógica de la norma de conducta, sino del hecho de que una norma solo puede ser cumplida —y, por tanto, infringida— mediante una acción. Las que determinan en qué condiciones responde una persona por la lesión de las normas de conducta son las normas de sanción.[107] Al conjunto de condiciones de esa responsabilidad —establecidas mediante reglas de imputación— se le denomina teoría de la imputación.

3.3.3. La teoría de la imputación

69 La teoría de la imputación determina los criterios de atribución de responsabilidad a título de infracción de un deber —como desautorización de la norma de conducta—. Así, por ejemplo, el criterio de que solo cabe hacer responsable de la infracción de una norma a quien podía haberla cumplido, para lo que es necesario tener en cuenta las representaciones del agente. A este respecto, los dos criterios fundamentales son la capacidad de acción intencional —que da pie a la imputación de primer nivel o *imputatio facti*— y la capacidad de motivación —el conocimiento de la antijuridicidad, los presupuestos de la culpabilidad y de la exigibilidad—, que constituye la base de la imputación de segundo nivel o *imputatio iuris*. Sin embargo, además de estas formas ordinarias de imputación, existe lo que se denomina imputación extraordinaria. Esta última se refiere al conjunto de estructuras mediante las que se establece la imputación a pesar de no darse los requisitos que ordinariamente la fundamentarían (autocontrol, imputabilidad, conocimiento). Así, se dice que son formas de imputación extraordinaria: (i) la imprudencia, en el marco de la *imputatio facti*; e igualmente (ii) la *actio libera in causa* y el error de prohibición vencible, en el de la *imputatio iuris* (*cfr. infra* capítulos 24/63; 25/58).[108]

3.3.4. La desautorización de la norma

70 Para esta posición doctrinal, es preciso distinguir entre la infracción de una norma y su no reconocimiento. En efecto, no toda infracción implica un no reconocimiento; viceversa, cabe un no reconocimiento sin infracción. En

---

[107] *Kindhäuser* (1989), 13; *Vogel* (1993), 24.

[108] *Hruschka* (1976); *el mismo* (2005), 55 ss.; *Kindhäuser* (1989), 17; *Sánchez-Ostiz* (2008), 532 ss.; *el mismo* (2014), 36-37, 137 ss., 139 ss.; *Mañalich*, REJ 12 (2010), 175-176.

los casos en que la infracción no expresa el no reconocimiento de la norma, no es necesaria la imposición de la pena para restaurar simbólicamente la vigencia de la norma lesionada. Ello sucede cuando se trata de una infracción no imputable. Por su parte, el no reconocimiento de la norma de conducta como fundamento vinculante para la acción —su desautorización— puede expresarse mediante la infracción de la norma, pero también sin infringirla. Lo primero tiene lugar en el delito doloso consumado. En cambio, lo segundo se produce en el caso de las acciones que no llegan a dar lugar a la causación del estado de cosas descrito en el tipo.

71 Estas últimas no se hallan comprendidas en el alcance semántico de la norma, de modo que no se encuentran prohibidas.[109] Así pues, las tentativas no están prohibidas, aunque existe la obligación de no realizarlas, que se deriva en términos pragmáticos de aquel contenido semántico de la norma.[110] En ellas concurre una infracción de un deber —un no reconocimiento, una desautorización de la norma— sin infracción de esta o, expresado de otro modo, un hecho punible que no es un delito (*cfr. infra* capítulo 15/45). Otro tanto sucede con las conductas de participación. En efecto, este punto de vista sostiene que no todo hecho punible es antinormativo. Por tanto, el concepto de antinormatividad no desempeña una función distintiva del ámbito de lo criminal. Un hecho punible —antinormativo o no— es el que puede imputarse de modo ordinario o extraordinario como infracción de un deber. Esto, a su vez, pone de relieve que, en este modelo, la categoría que acumula todos los problemas de la responsabilidad penal es la imputación de segundo nivel (*imputatio iuris*).

3.3.5. Observaciones críticas

72 Sentado lo anterior, resulta, paradójicamente, que el primer problema que plantea esta concepción —que se conoce como «analítica»— es que resulta más bien poco analítica. En efecto, tiende a concentrar en la *imputatio iuris* distintos juicios que, en el marco general la teoría del delito, tienen una ubicación separada y distintiva. Ahora bien, un segundo problema es que requiere la incorporación de varias entidades deónticas distintas de la propia norma. En primer lugar (i), el «deber» cuya infracción es la lesión de una pretensión derivada pragmáticamente de la norma, que no coincide con la norma misma. Este «deber», en efecto, significa algo distinto de aquel «deber» cuya infracción viene dada por la lesión culpable de una norma, pues no requiere infringir ninguna norma. En segundo lugar (ii), la «incumbencia», cuya infracción permite sostener la imputación extraordinaria. En fin, en tercer lugar, otra entidad deóntica (iii), no identificada, que es la supuestamente infringida por todos los intervinientes en el hecho que no son autores y que permite

[109] *Toepel* (1992), 19; *Vogel* (1993), 23, n. 21, 24.

[110] *Mañalich*, LH Reyes Echandía, 2022, 671 ss. Crítico, *de la Fuente Hulaud* (2019).

imputarles —como imputación de un hecho ajeno— el hecho propio del autor (*cfr. infra* capítulo 16/22).

73 Un tercer problema de esta construcción es que la simultánea definición de la norma como prohibición de causación y como formulación contradictoria del tipo legal plantea dificultades insalvables. En efecto, la mayoría de los tipos legales no describen procesos causales puros de lesión de bienes jurídicos. Por el contrario, y en virtud del principio de fragmentariedad, proceden a la delimitación de la conducta típica a través del recurso a medios comisivos, modalidades de acción y elementos negativos. Por tanto, la doctrina de la norma como prohibición de causación no es compatible siquiera con el tenor literal de la ley, salvo en los delitos puros de resultado de lesión. Además, su pretensión de excluir del alcance de la norma toda consideración de sentido y, sobre todo, de valoración resulta incompatible con el tenor literal de la mayoría de los tipos legales. Estos comprenden, a todas luces, cuestiones problemáticas de sentido y de valoración. Para afrontar este problema, la única solución de la doctrina de la norma como prohibición de causación es dejar de proclamar su condición de formulación contradictoria de los tipos legales. En tal caso, buena parte de los elementos integrantes de tales tipos legales pasarán a ser elementos de las reglas de imputación, en particular, de la *imputatio iuris*, con lo que la acumulación de criterios en esta se hace aún más evidente.[111]

3.4. Las normas como directivas de conducta

3.4.1. La diversidad de perspectivas sobre el contenido de la norma directiva

3.4.1.1. Generalidades

74 La tradición de la teoría de las normas de Binding, en su reformulación por M. L. Müller y, luego, por Arm. Kaufmann, ha sido recibida —con matices— por diversos autores contemporáneos.[112] Como se ha adelantado, desde esta perspectiva, las normas de conducta se entienden como directivas que operan *ex ante*. Así, lo decisivo en ellas es su dimensión de determinación, en cuya virtud instan a la abstención de realizar la conducta desvalorada. Ahora bien, sentado esto, se plantea la cuestión de cuál es su contenido. Al respecto, una posibilidad es entender que este tiene por objeto una representación del destinatario, de modo que aparece como una microdirectiva personal-indi-

---

[111] Un cuarto problema viene dado por la necesidad de construir una teoría de las normas de permisión para conductas que no vulneran normas prescriptivas. Esto es, una que no solo sea aplicable a los delitos dolosos consumados, sino también a las tentativas y a las conductas de participación. Estas últimas, que se sostiene que no infringen normas de conducta —prohibitivas—, sí tienen que ser justificables. Luego tienen que poder ser amparadas por normas permisivas.

[112] *M. L. Müller* (1912), 22 ss., 26-27; *Arm. Kaufmann* (1954), 102 ss., 138 ss.; *Welzel* (1964), 32; *Münzberg* (1966), 64 ss.; *Mir Puig* (1979; 1982); *Wolter* (1981), 46 ss.; *Frisch* (1983), 59-60, 505; *Stein* (1988); *Sancinetti* (1991); *Silva Sánchez* (1992), 589 ss.; *el mismo* (2003); *Renzikowski*, FS Alexy, 2017, 641 ss.; *Robles Planas* (2021).

vidualizada.[113] Sin embargo, aquí se opta por una construcción distinta. Esta obliga a distinguir, por un lado, entre el contenido valorativo de la norma y su círculo de destinatarios —es decir, los sujetos a quienes se prescribe una conducta conforme a ese contenido—. Por otro lado, entre las conductas que lesionan el contenido de la norma y el círculo de sujetos que la pueden infringir de forma penalmente relevante.

3.4.1.2. El contenido y el círculo de destinatarios

75 En cuanto a los destinatarios de la norma de conducta, se discute si estos son todos los capaces de acción o exclusivamente los capaces de culpabilidad. La posición clásica de Binding era que solo puede dirigirse a los imputables.[114] En cambio, la de Arm. Kaufmann es que puede dirigirse a todos los sujetos, pero que se concreta en deber únicamente frente al sujeto que tiene la capacidad de realización de la acción concreta que es objeto de aquella. Sin embargo, incluso tal capacidad de realización debe entenderse referida a una acción (final) concreta, sin que sea precisa la imputabilidad.[115] Pues bien, una perspectiva alternativa tiene que partir de que la función directiva de la norma no solo alcanza al destinatario en su calidad de delincuente potencial. En efecto, le alcanza también en su condición de afectado directo —víctima potencial— y en su calidad de tercero no directamente implicado, pero siempre afectado en su esfera de libertad. Por tanto, el contenido de la norma directiva pretende orientar la conducta de todos los sujetos que se ven implicados en la interacción de esferas de libertad.[116] De este modo, las normas de conducta cumplen de entrada una función de delimitación de espacios de libertad de acción. Sin embargo, para ello su contenido tiene que establecer un orden intersubjetivo de conductas que dibuja el marco de interacción entre esferas de bienes. Con ello, además, se pretende la no realización de conductas que crean un riesgo de lesión del bien jurídico del que se trate.

76 Ciertamente, la norma de conducta, que establece un orden intersubjetivo, solo puede pretender que sus destinatarios la cumplan según sus propias representaciones —*ultra posse nemo obligatur*—. Por eso son relevantes los errores que estos puedan sufrir, en particular si incurrir en ellos ha sido razonable. Sin embargo, una cosa es que las normas solo puedan cumplirse según las representaciones que tienen los destinatarios acerca de su contenido y otra,

---

[113] *Freund/Rostalski*, GA 2018, 266 ss., 270 ss.; *los mismos*, GA 2020, 620. Ese no es el modelo actual, sino seguramente uno de futuro, que debería apoyarse en un esquema de macrodatos e inteligencia artificial: *Ben-Shahar/Porat* (2021).

[114] *Binding*, Normen, I, 3.ª, 1890, 99 n. 9, 243-244; *Rostalski* (2019).

[115] *Arm. Kaufmann* (1954), 139-140.

[116] *Kühl*, AT, 1994, 16/5 y 6; *el mismo*, FS Herzberg, 2008, 180 ss. Muy claro, *Peñaranda Ramos* (2001), 434-435: «establecer una red de expectativas recíprocas». Además: «La clásica distinción entre antijuridicidad y culpabilidad podría encontrar su base en esa distinción entre el significado social, intersubjetivo, referido al valor de los bienes en juego, y los presupuestos para una imputación personal a su autor»; *Silva Sánchez* (2003), 18 ss.; *Alpaca Pérez*, InDret 1/2022, 299.

bien distinta, que la lesión de su contenido sea subjetiva.[117] En efecto, la lesión penalmente relevante del contenido de la norma de conducta —a diferencia de la lesión moralmente relevante— requiere que el obrar del destinatario se manifieste como peligroso en términos intersubjetivos *ex ante*. Únicamente esto es objeto de desaprobación jurídico-penal. La exigencia de esta dimensión intersubjetiva *ex ante* se debe a que únicamente así es posible establecer un pronóstico de lesividad típica. Como se ha indicado, con ello se fija un límite claro a la posibilidad de castigar el enfrentamiento subjetivo *ex ante* con la norma —en definitiva, las tentativas irreales—.

77 Una cuestión distinta de la anterior es la relativa a quiénes pueden infringir la norma de modo plenamente relevante. Es decir, dada su vulneración —la lesión de su contenido—, la determinación de a qué sujetos se les puede imputar aquella de modo completo. Pues bien, la imputación plena de la realización de la conducta típicamente desaprobada —y no justificada— solo tiene lugar tras la apreciación de que concurre, en primer lugar, dolo o imprudencia y, luego, culpabilidad. En efecto, únicamente quienes infringen la directiva realizan una conducta antinormativa. A su vez, esto implica que quienes obran sin dolo ni imprudencia personal ciertamente pueden realizar una conducta *ex ante* antijurídica, siempre que esta cumpla los requisitos de la doctrina del comportamiento desaprobado y no esté justificada. Con ello lesionan el contenido valorativo de la norma de conducta. Sin embargo, la actuación antinormativa requiere, en primer lugar, obrar con dolo o imprudencia. Ahora bien, ni siquiera así se llega a infringir plenamente la norma. Para esto último es preciso, en segundo lugar, conocer la antijuridicidad del propio comportamiento —es decir, la desvaloración jurídico-penal intersubjetiva de este— y tener capacidad de adecuar la propia conducta a tal comprensión.[118]

78 En este contexto adquieren su fundamento algunas distinciones más sutiles, pero que poseen trascendencia dogmática. En primer lugar, la que tiene lugar entre un error intersubjetivamente invencible —que determina la ausencia de desaprobación *ex ante* de la conducta—[119] y un error personalmente invencible —que determina la no imputación de la conducta desaprobada al sujeto—. Y, viceversa, entre la suposición errónea intersubjetivamente invencible —tentativa inidónea todavía punible con matices— y solo personalmente invencible —tentativa irreal—. En segundo lugar, la que se da entre el grupo de casos de sujetos con capacidades o conocimientos inferiores a la media intersubjetiva, y el de sujetos cuyas capacidades y conocimientos son superiores. En el primero de ellos, el sujeto realiza la conducta intersubjetivamente desvalorada por la norma, aunque no se le impute su vulneración y, por tanto,

---

[117] En la misma línea, *Wagner* (2021), 104-105.

[118] *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 6/57 ss., parte de una distinción entre la antijuridicidad penal y la «imputación personal», integrada por la antinormatividad y la responsabilidad penal. Sobre ello, *Silva Sánchez*, LH Mir Puig, 2017, 880 ss.; *Alpaca Pérez*, InDret 1/2022, 292.

[119] *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 20/28 ss.; *Robles Planas* (2003), 224; *Martínez-Buján* (2013), 47-48, 59.

no infrinja la norma. En el segundo, en cambio, cabe que tales capacidades y conocimientos desempeñen un papel ya en la concreción intersubjetiva del sentido de la conducta del sujeto. Por tanto, pueden influir en la determinación de si su significado es desvalorado o no.[120] Ahora bien, aquí es preciso subrayar que los conocimientos y capacidades especiales no coinciden con el dolo. En efecto, este último tiene precisamente por objeto el significado intersubjetivamente establecido de la conducta del agente. Por lo tanto, presupone la previa realización del juicio acerca del significado del hecho, a la luz de los conocimientos y capacidades de aquel. En definitiva, al dolo le es ajena la dimensión significativa y valorativa de los conocimientos especiales del sujeto, pues, como luego se verá, aquel desempeña la función exclusiva de criterio de imputación.

3.4.2. Las normas y las valoraciones

A la norma de conducta le subyacen valoraciones, cuya consideración da **79**
lugar a que, cuando aquellas son lesionadas, se emitan los correspondientes juicios de desvaloración. Como ya se indicó, las valoraciones se refieren a los bienes de las personas y a las conductas necesarias para la conservación de su indemnidad. Ahora bien, esto significa que la realización de una conducta *ex ante* penalmente desaprobada —desvalorada— por la norma, aunque no vaya acompañada todavía de la infracción de la propia directiva, tiene consecuencias jurídicas. Por un lado, modifica el estatuto jurídico del agente —sujeto activo—. En efecto, le coloca en una posición de deber distinta de la que puede tener el que no ha lesionado el contenido valorativo de ninguna norma —por tanto, no se ha injerido en la esfera jurídica de tercero, no ha vulnerado el orden social intersubjetivo de conductas—. Sin embargo, por otro lado, también modifica el estatuto jurídico del sujeto pasivo. Así, a este le confiere derechos que no tendría si no se hubiera producido la injerencia del otro. Y otro tanto sucede con el estatuto jurídico de los terceros. Por lo tanto, es absolutamente relevante determinar cuándo se produce tal injerencia en términos intersubjetivos *ex ante*, es decir, la afectación del contenido valorativo de la norma de conducta.

En realidad, el punto de partida de la configuración del contenido valo- **80**
rativo de la norma de conducta es la valoración de ciertas realidades como bienes y, por tanto, de ciertos procesos causales como lesivos. De este modo, la realización de ese juicio de valoración objetiva *ex post* sienta las bases de la pretensión de neutralización del proceso lesivo, ya sea mediante su evitación, ya mediante la compensación del daño que produce. De modo adicional, cabe advertir que esa pretensión puede llevar a tener que afrontar procesos humanos o no humanos. En el ámbito de los procesos humanos, conduce a la desvaloración jurídica *ex ante* de ciertas conductas y a su prohibición. En

---

[120] *Mir Puig* (2.ª, 1982), 65.

cambio, en el caso de los no humanos la valoración negativa conduce a las vías de la prevención fáctica y del seguro.

81 Como ya se ha anticipado, la realización de la conducta *ex ante* desvalorada —desaprobada— en virtud de la norma de conducta no coincide con la infracción de la norma misma. En efecto, la infracción de la norma —entendida como enfrentamiento con el orden prescriptivo del Estado— por parte de un agente solo es posible cuando este precisamente conoce que está lesionando la valoración subyacente a esta. Por eso, tal infracción requiere imputación subjetiva y culpabilidad. En cambio, los hechos que realizan dicha conducta desaprobada sin infringir las normas no pueden reputarse culpables. Por otro lado, cabe que la infracción de la norma de conducta no sea penalmente relevante. Ello puede suceder porque la conducta que se realiza no sea *ex ante* típica —es posible lesionar los bienes subyacentes sin realizar la conducta típicamente desaprobada—. También, porque, aun siendo *ex ante* típica, no produzca un resultado lesivo, cuando este es condición de la tipicidad *ex post* —por ejemplo, allí donde existe un sistema de *numerus clausus* de sanción de la imprudencia o de la tentativa—.

3.4.3. La norma de conducta y el tipo de delito

3.4.3.1. La antijuridicidad atípica y la condicionadamente típica

82 El punto de partida para la individualización de las normas de conducta se encuentra en los tipos, pero aquellas no constituyen formulaciones contradictorias de estos. En efecto, en primer lugar, existen comportamientos infractores de normas de conducta que no son típicos; este es el caso de los ilícitos civiles o administrativos. Entre ellos se cuentan incluso las conductas imprudentes lesivas de bienes jurídico-penales que el legislador ha decidido no tipificar en el marco de un modelo de *numerus clausus*. Es decir, de modo general, las imprudencias no graves; e incluso las graves en relación con muchos delitos. En segundo lugar, existen otros comportamientos lesivos de normas de conducta que solo llegan a ser típicos *ex post* si se dan algunas condiciones. Así, por ejemplo, las conductas imprudentes punibles en el marco de un sistema de *numerus clausus*. Estas solo llegan a ser típicas si se produce el resultado lesivo de modo objetivamente imputable a la conducta del autor. Igualmente lo son las conductas de tentativa no punible en aquellos ordenamientos en los que el castigo de los intentos se somete a un sistema de *numerus clausus*. Aquellas únicamente llegarán a ser típicas como consumaciones si se produce el resultado típico. En fin, a esta misma categoría pertenecen las conductas de participación llevadas a cabo en fase previa a la decisión delictiva del autor, o tras esta decisión, en fase preparatoria. Unas y otras llegarán a ser típicas tan solo si se produce el inicio de la tentativa del autor. En cambio, son conductas penalmente antijurídicas ya incondicionadamente típicas los delitos consumados y las tentativas puni-

bles. En definitiva: la norma de conducta abarca un ámbito mayor que el que comprende el tipo.[121]

Ello es así por lo que se indicó en su momento. La norma de conducta opera *ex ante*, en cambio, la tipicidad, que da cuenta de un juicio de lesividad, lo hace *ex post*. En realidad, esta última es una categoría propia del ámbito de la norma de sanción penal.[122] Sin embargo, se proyecta ya *ex ante* sobre la infracción de la norma de conducta. Por ese motivo tiene sentido distinguir entre la infracción condicionadamente típica de una norma —desde la perspectiva intersubjetiva *ex ante* en relación con la realización del tipo— y la conducta contraria a la norma que resulta típica *ex post*. 83

3.4.3.2. La coincidencia y la congruencia

La doctrina de la norma como directiva de conducta fundamenta una exigencia especialmente rígida —y, con ello, garantista— en cuanto a la construcción de una teoría de la responsabilidad penal.[123] En efecto, requiere que el comportamiento intersubjetivamente desaprobado *ex ante*, el dolo o la imprudencia personales —como criterios de imputación subjetiva de aquel— y las condiciones de la culpabilidad coincidan en un momento determinado. De este modo asegura automáticamente la vigencia del principio de coincidencia,[124] sin tener que formularlo —de modo asistemático— como un requisito adicional de imputación. En efecto, en el marco que define la teoría de la norma de conducta *ex ante*, se hace ineludible fundamentar la existencia de una infracción —y, por tanto, de una razón para la sanción— en casos de culpa inconsciente y, luego, en supuestos en los que no concurren plenamente *in actu* los presupuestos de la culpabilidad. Todo ello la diferencia de las doctrinas que consideran la norma como prohibición de causación. Estas, en efecto, construyen primero la lesión de la norma y luego —de forma menos exigente sistemáticamente— las reglas de imputación subjetiva, que admiten «excepciones». Igualmente, es más garantista que la construcción basada en las expectativas institucionalizadas o en las competencias. 84

3.4.3.3. Las normas principales y las derivadas

Las normas de conducta pueden ser principales o derivadas.[125] En efecto, las primeras se identifican directamente a partir de los tipos de la Parte Especial. En cambio, las derivadas son aquellas normas que se obtienen a partir de la integración de los tipos de la Parte Especial con cláusulas legales ubicadas en la Parte 85

---

[121] *Engisch* (1930), 342-343; distinto, *Herzberg*, GA 2016, 749-750.

[122] *Robles Planas* (2021).

[123] En realidad, las teorías de las normas conducen a sistemas cerrados: *Arm. Kaufmann* (1954), 290.

[124] Así, *Greco* (2022), 202. Próximo, *Donini*, RIDPP 2022, 31.

[125] Instructivo, pero distinto en la visión global, *Ast* (2010), 32 ss.

General. Estas son, por ejemplo, las propias de la tentativa imperfecta (art. 16 CP español), las relativas a las formas de intervención (arts. 28 y 29 CP español) y otras, como, por ejemplo, la cláusula del actuar en lugar de otro (art. 31 CP español). La norma de conducta principal prohíbe las conductas irreversiblemente aptas para la producción del resultado. Este es el caso de la norma propia de la tentativa perfecta y de la consumación, dos figuras que coinciden en el plano de la infracción de la norma de conducta y se distinguen entre sí en el ámbito de la norma de sanción, es decir, en la tipicidad *ex post*. Quienes la infringen son el autor o los coautores de un delito consumado o de una tentativa perfecta. Sin embargo, junto a dicha norma principal debe distinguirse una norma derivada que prohíbe la tentativa imperfecta, asimismo infringida por el autor o coautores que se encuentran en esa fase del *iter criminis*. Además, existen normas derivadas adicionales que prohíben las formas de intervención en el delito distintas de la autoría.[126] La conexión entre una norma principal y las derivadas que la flanquean se examina en los capítulos 15 y 16. Con todo, además existen otras normas derivadas distintas, a las que se hará alusión más adelante.

3.4.4. Las clases de normas: prohibiciones y mandatos en sentido formal y material

86 Las normas de conducta pueden ser de prohibición o de mandato. Un modo de distinguirlas es el que atiende a si su objeto es, respectivamente, la prohibición de acciones o de omisiones, que se entienden como categorías previas a las normas. En cambio, otro criterio parte de que las prohibiciones vedan acciones, mientras que los mandatos ordenan que se realicen. Ahora bien, en un contexto de acción determinado —caracterizado, por ejemplo, por tres alternativas: las conductas (a) (b) y (c)— el mismo contenido normativo «prohibido (a)» puede formularse mediante el «mandato de (b) o de (c)». Es decir, existe una recíproca convertibilidad entre mandatos y prohibiciones. Con todo, tales consideraciones se mueven en un plano lógico-formal. Más allá de éste, en las prohibiciones y en los mandatos se da una dimensión material, que deriva precisamente de la dimensión relacional que es consustancial al ser humano. En efecto, en una interrelación se suscita el deber negativo de evitar las acciones que puedan dañar o impedir la actividad y desarrollo personal de otra persona. En cambio, como deber positivo surge el de facilitar a otra persona lo que necesita para subsistir y alcanzar su perfección. Como se advierte, ambas clases de deberes tienen su fundamento pre-político, que es la naturaleza social-relacional del ser humano, la igualdad fundamental de todos y el destino universal de los bienes.

87 Efectivamente, la teoría clásica de los contenidos normativos —como teoría ético-política— ha distinguido entre deberes negativos y deberes positivos (*cfr. infra* capítulo 11/18). Así, con base en ella puede advertirse que no existe coincidencia entre el recurso a la forma prescriptiva de prohibición o de mandato

[126] Próximo, *Robinson* (1997), 134 n. 16.

y la pretensión material de establecer un deber negativo o un deber positivo. En efecto, la infracción de deberes negativos —de no empeoramiento, o de respeto— lesiona lo que el liberalismo jurídico-penal llamó el principio básico de delimitación de esferas jurídicas (*neminem laede*). Ahora bien, los deberes negativos pueden ser lesionados tanto en virtud de la infracción de prohibiciones —la denominada comisión activa—, como con base en la infracción de mandatos —la denominada comisión por omisión—. Por su parte, los deberes positivos son deberes de mejora o de fomento, y su contenido es la realización de prestaciones positivas de salvaguarda. A su vez, estos últimos deberes pueden ser generales o especiales. Como su propio nombre indica, los deberes positivos generales conciernen al común de las personas. Son ejemplos de estos el deber de socorro o el deber de impedir determinados delitos (arts. 195 y 450 CP español). En cambio, los deberes positivos especiales afectan a sujetos vinculados por determinados lazos institucionales, más o menos densos.[127] Así, por ejemplo, los deberes conyugales y paternofiliales, o los deberes funcionariales. Un sector doctrinal denomina cuasi-institucionales a algunos deberes que surgen en la periferia de instituciones densas como la función pública. Por ejemplo, los clásicos deberes de testificar o los crecientes deberes de colaboración con las administraciones reguladoras que tienen los particulares que ejercen su actividad en sectores regulados.[128]

88 Una mejor comprensión del alcance de la distinción efectuada requiere integrar las referidas clases de deberes con las diversas formas de ejercicio de la libertad de vinculación.[129] Estas son la organización fuerte de la propia esfera de libertad (que genera la denominada «competencia plena»), la organización débil de dicha esfera (que da lugar a una «competencia preferente») y, en fin, la organización derivada de la pertenencia a la comunidad (determinante de una «competencia mínima»). La distinción de deberes y la de formas de vinculación no coinciden. Ciertamente, las infracciones de deberes negativos tienen que ver con formas de organización fuerte de la propia libertad: así, el que dispara a otro; o quien, habiéndose comprometido a cuidar a un niño, lo deja abandonado. Sin embargo, también cabe una autovinculación con terceras personas mediante una organización fuerte de la propia esfera de libertad que tenga por objeto cumplir deberes positivos con respecto a ellas. Este es el caso del médico que asume la reanimación de un paciente en situación crítica; o el del socorrista que se arroja a salvar a quien se está ahogando. La infracción de deberes positivos en este contexto es tan grave como la de deberes negativos o, en todo caso, la diferencia con respecto a ellos no es cualitativa, sino cuantitativa.

89 Así pues, es preciso concluir que el factor decisivo no se halla en el contenido del deber, sino en el grado de libertad de organización implicado. Más allá del caso límite mencionado —la organización de la propia libertad para la asunción

---

[127] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 29/26 ss.; *Pawlik* (2012); *Robles Planas*, InDret 4/2013, 3.

[128] *Robles Planas*, InDret 4/2013, 16.

[129] *Baldó Lavilla* (1994); *Coca Vila* (2016), 288 ss.

de deberes positivos— las demás lesiones de deberes positivos las llevan a cabo sujetos que, a su vez, se han vinculado con otros en términos de organización débil. Así, ello sucede cuando alguien ha puesto imprudentemente en peligro a otra persona y luego dolosamente no la socorre; o bien cuando un sujeto ha accedido a una determinada institución pública e incumple deberes que le vinculan a esta. Como se ha indicado, también hay deberes positivos asociados a la mera condición de miembro de la comunidad, como la omisión del deber de socorro. Ahora bien, existen deberes jurídicos de intensidad mínima, media y máxima que no requieren ninguna forma de autovinculación —ejercicio de libertad positiva— previa. En efecto, los deberes con respecto a la familia y a la nación, por ejemplo, surgen con independencia de cualquier acto de organización. En realidad, sucede justo al revés, esto es, que tales deberes concurren salvo que se realice un acto explícito —propio o ajeno— de desvinculación.

90 En relación con las clases de deberes en sentido material, la realidad sociopolítica del último siglo se ha hecho muy compleja. Por un lado, hace décadas que se están produciendo fenómenos de desinstitucionalización o, en todo caso, de cambios institucionales. Por ejemplo, la administración pública se está ampliando a conductas realizadas por particulares, que son considerados funcionarios de hecho o cuasi-funcionarios. Por su parte, la libertad de organización se halla cada vez más condicionada por mecanismos que reflejan la intervención pública. En concreto, en el otorgamiento de los contratos no se refleja solo la autonomía privada, dado que estos tienen que respetar en muchos casos disposiciones de Derecho imperativo, sustraídas a aquella. Igualmente, el ejercicio de la libertad de organización constituyendo una empresa, que es concebida como una libertad peligrosa, está condicionado al cumplimiento de disposiciones de permisión del riesgo.

91 En fin, la operatividad de las prohibiciones y de los mandatos, en tanto que directivas de conducta, requiere resolver la aparente colisión existente entre el tenor de los tipos de delito y el de las reglas que contienen disposiciones permisivas, esto es, las relativas a las causas de justificación. Para ello es preciso proceder a la especificación de las pretensiones derivadas de unas y otras. Con esa finalidad, las reglas legales relativas a las causas de justificación no solo contienen el permiso en sí, sino también la «metanorma» en cuya virtud debe procederse a la respectiva especificación. En lo restante, esta última es labor de la jurisprudencia y de la doctrina.

4. LAS NORMAS DE SANCIÓN

4.1. Generalidades

92 Las normas jurídico-penales de sanción rigen la reacción contra la infracción culpable de la norma de conducta.[130] Al hacerlo se diferencian de la norma

[130] *Haffke*, LH Roxin, 1995, 134; *Neumann* (2000), 126 ss.

de sanción del Derecho civil y de la del Derecho administrativo sancionador. En efecto, la norma de sanción civil solo pretende satisfacer el interés material del sujeto pasivo, esto es, compensarle.[131] Por su parte, la norma de sanción policial tiene como finalidad fomentar la observancia futura de la norma de conducta policial por parte de terceros.[132] Es decir, no mira al pasado, sino al futuro, como la propia norma de conducta. En efecto, un Derecho sancionador regulatorio, a diferencia de un Derecho retributivo, concibe la norma de sanción en términos preventivos. Por tanto, esta sirve para confirmar la seriedad de la amenaza frente a potenciales infractores futuros de la norma de conducta y no para retribuir a sus infractores reales pasados. Tal forma de operar relativiza radicalmente el papel de las reglas de imputación de la infracción de la norma de conducta en el seno de tales sistemas.

93 El supuesto de hecho de la norma de sanción penal aparece integrado por las dos dimensiones de referencia de la conducta desaprobada. Por un lado, la lesividad. En este primer ámbito se sitúan: (i) la plena tipicidad objetiva *ex post*, en su caso con el resultado correspondiente, objetivamente imputado a la conducta (*cfr. infra* capítulo 14); y (ii) la dimensión *ex post* de las causas de justificación y de las causas «objetivas» de exclusión de la prohibición bajo pena (*cfr. infra* capítulo 18). Por otro lado, la infracción —lesión plenamente imputada en términos subjetivos— de la norma de conducta, que aquí se ha denominado antinormatividad. Así, en este segundo ámbito se ubican: (i) las reglas de imputación a título de dolo o imprudencia (*cfr. infra* capítulos 12 y 13); (ii) las reglas de imputación a título de culpabilidad (*cfr. infra* capítulo 23); y (iii) las causas «personales» de exclusión de la prohibición bajo pena —causas de exculpación—, que integran la denominada «culpabilidad penal» y en las que se anticipa una parte del juicio de punibilidad (*cfr. infra* capítulo 26). En fin, la integración del supuesto de hecho de la norma de sanción requiere constatar la concurrencia de otros elementos que deben determinarse en virtud de las reglas relativas a la punibilidad. A este respecto, es preciso considerar que, además de sus presupuestos sustantivos, esta tiene requisitos procesales, tanto de competencia como de procedimiento. En efecto, todos ellos condicionan el deber de castigar, o de absolver, por parte del órgano judicial.

4.2. La articulación de las normas de sanción con normas de equidad, premiales y de oportunidad dirigidas a los órganos judiciales

94 En el ámbito sistemático de la norma de sanción, deben identificarse otras entidades que, eventualmente, llegan a bloquear la aplicación de aquella: así, las «normas de trato equitativo»; las «normas premiales»; y las «normas de conveniencia» u oportunidad. Las normas de trato equitativo (i) se dirigen a los órganos judiciales con ocasión de diversos escenarios. Por un lado, ante la

[131] *Bierling* (1894), 136.

[132] *Bierling* (1894), 137.

necesidad de afrontar la situación de quienes han cometido un injusto culpable en condiciones de grave dificultad —cognitiva o volitiva— de regirse por las razones de la norma. Por otro lado, ante la situación de quien, una vez cometido el injusto culpable, lleva a cabo una conducta supererogatoria todavía capaz de modificar el sentido comunicativo del injusto cometido. En tercer lugar, por la promulgación de leyes con efecto retroactivo favorable. Una subespecie de las normas de trato equitativo son las «normas de compensación», que se dirigen al órgano judicial en relación con dos grupos de situaciones: para considerar daños sufridos por el delincuente como consecuencia de su delito, procedentes de una fuente no estatal; y para afrontar los daños provenientes de una fuente estatal. Estos últimos pueden derivar de déficits de protección estatal, tanto en su dimensión negativa, como positiva-formal y positiva-material. Sin embargo, el caso más relevante es el que responde al intento de remediar las vulneraciones de garantías llevadas a cabo por los órganos estatales en el contexto del procedimiento penal —fuerzas y cuerpos de seguridad, administración de justicia—. Así, por ejemplo, las conductas de provocación policial del delito, las dilaciones indebidas en el procedimiento u otras lesiones de derechos procesales.

95 Las normas premiales (ii) dan cuenta de la interferencia del sistema del Derecho penal con un sistema distinto de normas de conducta y normas de sanción —a saber, el sistema de premios—. En efecto, las normas premiales de conducta se dirigen a las personas que ya han cometido un injusto culpable y contienen incentivos —normalmente, en forma de rebajas o incluso exenciones de pena— para la realización de determinadas conductas. Su estructura es hipotética: «Si regularizas tu situación tributaria...», o bien «si colaboras en la identificación de los codelincuentes y en la prueba de los hechos...». Por su parte, las normas de asignación de premios se dirigen a los órganos judiciales imponiéndoles la concesión de tales consecuencias premiales en las circunstancias que se establecen. En fin, las normas de oportunidad (iii) son el resultado de una colisión entre la razón punitiva y otras razones político-jurídicas en sentido amplio. Estas últimas tienen que ver con el cumplimiento de otros fines del Estado, que trascienden al punitivo. Por ejemplo, la protección de ciertas instituciones, las relaciones internacionales o la gestión presupuestaria. De todos modos, tales normas de conveniencia u oportunidad no deben confundirse con el principio procesal de oportunidad (*cfr. infra* capítulo 27/47).

V. LA SISTEMÁTICA DE LA TEORÍA DEL HECHO PUNIBLE

1. GENERALIDADES

96 La sistemática de los hechos relevantes para el Derecho penal no es única para todos ellos. Así, por un lado, es preciso distinguir (i) el sistema del hecho punible, es decir, del delito a los efectos de la imposición de la consecuencia jurídica pena. Por otro lado (ii), el sistema del delito no punible, a los efectos de la imposición de una medida de seguridad. En fin (iii), el sistema de los presupuestos de la imposición a las personas jurídicas de la consecuencia jurí-

dica legalmente denominada «pena». En lo que sigue, solo se trata el sistema del hecho punible *stricto sensu*, es decir, el de los delitos de las personas físicas a los que se les impone la consecuencia jurídica pena.

2. LAS CLASES DE SISTEMÁTICAS

2.1. Las sistemáticas en la historia dogmática

97 Como se ha expuesto, a lo largo del último siglo y medio han existido sistemáticas cuatripartitas, es decir, construidas sobre la base de las categorías de la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Un ejemplo de estas fue la sistemática causalista tras integrar los planteamientos de Beling; otro, la sistemática finalista. Sin embargo, se han propuesto, asimismo, sistemáticas tripartitas, asentadas sobre la distinción de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Estas, que cabe identificar con algunos de los modelos neokantianos —e incluso con una variante del modelo finalista—, partían del escepticismo acerca de que la categoría de la acción pudiera desempeñar una función autónoma en el sistema. En cualquier caso, y con independencia de que luego se lleven a cabo ulteriores distinciones, cada vez predominan más las sistemáticas bipartitas. Así son, por ejemplo, las que distinguen entre una antijuridicidad objetiva y una culpabilidad subjetiva —regidas respectivamente por la norma de valoración y la norma de determinación—, neokantiana, o las que sostienen que el delito es la lesión de una norma imputable a un agente, o la lesión de una competencia de forma contraria a deber. Como se advierte es común a todos los modelos anteriores el cuestionamiento de la relevancia categorial a la punibilidad.

2.2. Los posibles sistemas teóricos

98 En realidad, existen tres modelos posibles de construcción de la teoría del delito, aunque estos, a su vez, admitan luego variantes diversas. El primero da lugar a una sistemática cuyo *leit motiv* es la culpabilidad. En efecto, esta parte de la consideración de que solo el sujeto culpable actúa a los efectos del Derecho penal «de la pena».[133] A partir de esa premisa, tal modelo —acogido en la sistemática de los penalistas hegelianos— conduce un enfoque teleológico extremo pues sostiene que solo los culpables obran de modo antijurídico. Sin embargo, esta construcción plantea problemas, pues el concepto de sujeto culpable no puede establecerse de modo general, sino que se refiere a un injusto. En efecto, un sujeto puede obrar en error de prohibición con respecto a un ilícito y no a otro; y lo mismo sucede con la inimputabilidad. Igualmente, el examen posterior de si el sujeto culpable lesiona el Derecho o no, plantea un nuevo problema. En efecto, la actuación conforme a Derecho no se determina de modo absoluto, sino que depende del bien jurídico que se lesione. Por ejemplo, quien agrede a la propiedad ajena no puede reputar-

[133] *Lesch* (1999); *Jakobs* (2012); *Pérez del Valle*, InDret 2/2015, 1 ss.

se «competente» de su muerte si el agredido le mata. Esto permite advertir la deficiencia que aqueja a este sistema y que le afecta en su propio núcleo. Tal déficit radica en que no parte de la persona y de sus bienes, ni del bien común, sino de la relación abstracta con el Estado (del deber) y de la relación formal entre esferas de libertad (o de competencia). Sin embargo, la única realidad que puede establecer el punto de partida del sistema es el bien de las personas. Entonces, a partir de ahí, los conceptos de bien, de pretensión y de deber/derecho constituyen los tres niveles del sistema basado en el eje «Derecho/injusto», que a su vez deben articularse de alguna manera con los de un sistema basado en el eje «culpable/no culpable».

99 Un segundo modelo sistemático posible adopta como punto de partida la causación de un daño o, expresado de otro modo, la lesividad empírica. Así, cabe incluso que la antijuridicidad, entendida como lesividad no compensada, no requiera ni la concurrencia de una acción. Es decir, la realización de una acción puede pasar a ser un primer elemento del juicio de culpabilidad. Con todo, el inconveniente radica aquí en que se acoge un concepto empírico —vacío de sentido— en cuanto al contenido de la antijuridicidad.[134] En efecto, se adopta el modelo exactamente opuesto al anterior, que pretendía mostrar un carácter intensamente simbólico-comunicativo.

100 El tercer modelo no se orienta ni a la culpabilidad, ni a la lesividad empírica, y comprende varias de las sistemáticas teleológicas. Entre ellas, se puede contar una sistemática teleológica pura, que tome como niveles sistemáticos la tipicidad penal, el injusto penal y la culpabilidad penal. Sin embargo, también es posible ubicar aquí una sistemática teleológica que asuma, además, una teoría de las normas de conducta. En esta obra se adopta una variante de este tercer modelo, con el fin de alcanzar un equilibrio reflexivo. Para ello se parte de un concepto unitario de antijuridicidad y justificación *ex ante*, con base en la norma de conducta. Ahora bien, a continuación, se incorpora a esta lógica la propia de la norma de sanción, que acoge la teleología de la pena.[135]

3. UNA SISTEMÁTICA BIPARTITA DEL HECHO PUNIBLE: INJUSTO CULPABLE Y PUNIBILIDAD

3.1. Generalidades

101 Las consideraciones efectuadas en materia de teoría de las normas dan lugar a efectuar una primera bipartición en la teoría del hecho punible. En

---

[134] Una variante de este modelo en *Molina Fernández* (2001), 564 ss., 611, 707.

[135] En la cultura jurídica angloamericana una cierta sistemática es la que diferencia entre: (i) definiciones de delito («*offenses*»); (ii) reglas de imputación («*doctrines of imputation*»); y (iii) eximentes («*defenses*»). Esta es una distinción estructural. En efecto, *Robinson* (1997), 12 ss., la describe oponiéndole una distinción funcional basada en normas de conducta y reglas de imputación (127 ss.). También acoge una forma de imputación, pese al defecto en cuanto a la «*offense*», el propio *Robinson* (1997), 57 ss.; ya antes, *el mismo*, Yale L. J. 93 (1984), 609 ss.

efecto, el primer ámbito viene dado por el delito, es decir, por la infracción plena de la norma de conducta. El segundo nivel, por su parte, está constituido por el conjunto de presupuestos adicionales de la aplicación de la norma de sanción.[136] A continuación, en el marco del delito como injusto culpable —infracción penalmente relevante de la norma de conducta (antinormatividad)— es preciso distinguir entre la antijuridicidad típica *ex ante*, y la imputación subjetiva a título de dolo o imprudencia y a título de culpabilidad. En el ámbito sistemático de la antijuridicidad típica, a su vez, procede efectuar la distinción de los niveles de la acción, la conducta penalmente desaprobada *ex ante* y la conducta no justificada *ex ante*. Este juicio acerca de la conducta típicamente desaprobada y no justificada *ex ante* refleja una perspectiva intersubjetiva.

Sin embargo, el significado y valoración intersubjetivos *ex ante* de la conduc- **102**
ta luego tienen que poder ser imputados subjetivamente al agente a título de dolo o, en su caso, de imprudencia. Igualmente, debe ser posible imputarla a título de culpabilidad. En la imputación a título de dolo o imprudencia, lo imputado es la conducta del sujeto en tanto que típica y no justificada. A continuación, en la imputación a título de culpabilidad, lo imputado es la conducta antijurídica, en tanto que lesiva del contenido de una norma de conducta. Como se advierte, los juicios de imputación subjetiva y de culpabilidad en relación con la conducta desaprobada y no justificada permiten establecer un nexo pleno entre esta y el agente. Ahora bien, tales criterios de infracción de la norma se rigen por la lógica de norma penal de sanción, que parte del merecimiento de pena de la conducta realizada. Esto determina, fundamentalmente en la culpabilidad, que se realicen consideraciones teleológicas, cuyo efecto se sitúa entre la culpabilidad *stricto sensu* y la punibilidad (*cfr. infra* capítulo 27/14).

En el marco de la norma de sanción se examinan las cuestiones de lesivi- **103**
dad, en las que entran en juego la tipicidad y la ausencia de justificación *ex post* de la conducta. Así, el juicio acerca de la producción del resultado típico es un juicio significativo-valorativo, ajeno a la infracción de la norma de conducta, que se ubica en el marco de la norma de sanción y, en concreto, en la constatación de la tipicidad (objetiva) *ex post*.[137] En efecto, la relevancia de la tipicidad y de la justificación *ex post* de la conducta no responde a un juicio de merecimiento conmutativo de pena, sino a consideraciones de equidad —justicia distributiva—. Su distinción con respecto al resto de cuestiones de punibilidad radica en el especial vínculo que tiene que existir entre aquellas y la conducta desaprobada *ex ante* —el nexo de imputación objetiva—. Por lo demás, en el ámbito de la punibilidad se examinan dimensiones adicionales de equidad, de necesidad y de conveniencia u oportunidad del castigo.

---

[136] *Silva Sánchez* (1992); *Wolter/Freund* (2004); *Robles Planas*, LH Mir Puig, 2017, 829 ss.; *el mismo*, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 857 ss.

[137] *Münzberg* (1966), 67 ss.; *Wolter* (1981), 48 ss.

3.2. El merecimiento y la «necesidad» de pena

104 La doctrina teleológica del hecho punible constituye el cauce a través del cual enjuiciar el merecimiento y la necesidad de pena de la conducta.[138] Por tanto, estos dos juicios no pueden dar lugar a categorías sistemáticas adicionales a las existentes.[139] Al respecto, existe una línea de opinión que entiende que ambos conceptos manifiestan la vigencia del principio de proporcionalidad, sin que sea posible distinguir entre ellos.[140] Además, añade que tampoco es razonable establecer una concreta ubicación sistemática de uno y otro.[141] Sin embargo, en primer lugar, debe afirmarse que el de merecimiento y el de necesidad son juicios distintos. Se suele indicar que el primero es expresión de racionalidad valorativa, mientras que el segundo acoge una racionalidad instrumental.[142] Sin embargo, resulta preferible señalar que el primero tiene que ver con una justicia conmutativa, mientras que el segundo se ubica en un grupo de consideraciones distintas del merecimiento conmutativo de pena, pero que no se pueden reducir a una cuestión instrumental —comprenden la equidad, la eficiencia y la oportunidad—.

105 En lo que respecta a su ubicación concreta, existe asimismo discrepancia. No es infrecuente señalar que el injusto culpable constituye el ámbito en el que se discute el merecimiento de pena.[143] Sin embargo, ello tampoco es exactamente así. En primer lugar, en los procesos de criminalización no solo debe argüirse sobre el merecimiento de pena de una clase de hechos, sino también sobre la necesidad de pena que esta muestra. Ahora bien, la necesidad preventiva de pena no debe conducir a la tipificación de conductas que no merecen pena, ni a sancionarlas con una pena mayor que la que merecen. Por lo tanto, el problema es que en la práctica legislativa se tipifican clases de conductas que no muestran un merecimiento intrínseco de pena o, si lo tienen, no merecen la pena que se les asigna. Así pues, se criminalizan —o se les impone un marco penal superior— por razones de supuesta necesidad preventiva, tanto intimidatoria como de prevención general positiva. Frente a ello, la ausencia de necesidad de pena sí debe constituir un argumento contrario a la tipificación de conductas, aunque estas sean merecedoras de pena. Por tanto, el ámbito concreto de los tipos de delito atiende ya —o debe atender— a consideraciones de merecimiento y de necesidad de pena de clases de conductas.

---

[138] *Bloy* (1985), 28: el merecimiento de pena es el elemento decisivo de una teoría teleológica del delito; *Volk*, ZStW 97 (1985), 871 ss.; *Romano*, RIDPP 1992, 39 ss.; *Luzón Peña*, ADPCP 1993, 21 ss.; *da Costa Andrade*, LH Roxin, 1995, 153; *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 23/34 ss.; *Robles Planas*, LH Luzón Peña, 2020, 379 ss.

[139] *Otto*, GS Schröder, 1978, 53 ss.

[140] *Altpeter* (1990), 43-45.

[141] *Altpeter* (1990), 49 ss., 90 ss., 284.

[142] *Bloy* (1985), 35.

[143] *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 23/34 ss.: el merecimiento es una cuestión de culpabilidad, la necesidad político-criminal es cuestión de la responsabilidad y la necesidad político-jurídica es lo propio de las causas de exclusión y levantamiento de la pena.

Las causas de justificación carecen de connotación teleológica alguna, pues- 106
to que su función es establecer la conformidad de la conducta con el conjunto del ordenamiento jurídico.[144] Así pues, en el sistema del delito tal preciso papel «teleológico» lo asumen las causas de exclusión de la prohibición bajo pena por razones objetivas (*cfr. infra* capítulo 18/142). Por lo demás, las reglas de imputación subjetiva y de imputación a título de culpabilidad acogen tanto consideraciones de merecimiento como de necesidad de pena de clases de sujetos. Esto se advierte sobre todo en la exclusión de la prohibición bajo pena por razones personales o, en otras palabras, en la ausencia de culpabilidad «penal» —exculpación—. En este punto, lo decisivo es la falta de equidad de la imposición de pena por razones de gran dificultad de orientación de la propia conducta a las normas del Derecho. Como se advierte, en todas las categorías del sistema que dependen de la norma de sanción (penal), las consideraciones de merecimiento y de necesidad de pena, o de equidad de su imposición —de mayor o menor nivel de abstracción, o con uno u otro punto de referencia— son constantes. Ello se advierte con claridad en la punibilidad, en la que las consideraciones fundamentales son de equidad, necesidad o conveniencia de la pena.

3.3. El delito como injusto culpable

3.3.1. La norma de conducta y la antijuridicidad ex ante

3.3.1.1. Generalidades

El primer macro-concepto de la teoría del delito es el de antijuridicidad. 107
Ahora bien, buena parte de los malentendidos que le han rodeado radican en que la doctrina utiliza el concepto de antijuridicidad al menos en tres sentidos distintos. Estos proceden de la discusión de finales del siglo XIX, ya expuesta. Así, en la actualidad se utiliza el término antijuridicidad en un sentido intersubjetivo *ex ante*, para aludir a la desaprobación de la conducta típica y no justificada; en un sentido objetivo *ex post*, para designar al resultado lesivo, típico y no justificado; y, en fin, en un sentido subjetivo *ex ante*, para designar a la infracción dolosa (y culpable) de la norma de conducta. En este texto, si no se indica otra cosa, la antijuridicidad se utiliza en el primer sentido mencionado. Es decir, en el sentido intersubjetivo *ex ante*, para designar la desaprobación jurídica del comportamiento que lesiona el contenido de la norma de conducta.

En efecto, la antijuridicidad *ex ante* de la conducta es su propiedad de incu- 108
rrir en la desvaloración derivada del contenido de la norma de conducta. Como se ha indicado, a lo largo de varias décadas del siglo XX se consideró que existía una «norma de valoración», y que esta tenía por objeto la valoración negativa de los procesos de producción del estado de cosas lesivo del bien jurídico —el

[144] Ya, *Amelung* (1991), 101-102.

denominado desvalor del resultado—.[145] Sin embargo, en realidad la desvaloración del resultado lesivo no deriva de norma alguna, sino que, al revés, constituye el presupuesto de la emisión de normas de conducta. En efecto, la antijuridicidad de un resultado —la antijuridicidad *ex post*— es la propiedad de este consistente en realizar alguno de los estados de cosas que la norma de conducta pretende evitar. De este modo, y a diferencia de la desvaloración de la conducta, la desvaloración del resultado se integra en el sistema solo como uno de los presupuestos de la aplicación de la norma de penal de sanción.

3.3.1.2. La perspectiva intersubjetiva ex ante

3.3.1.2.1. La delimitación de esferas y la orientación de conductas

109 El concepto de «conducta antijurídica» expresa la adopción de una perspectiva intersubjetiva *ex ante*. Sin embargo, esto es criticado por un sector doctrinal, que señala que así se introduce un observador ficticio, de forma antieconómica para el sistema. A su juicio solo son relevantes la perspectiva objetiva *ex post* y la perspectiva subjetiva del autor *ex ante*.[146] En cambio, la desvaloración y la consiguiente prohibición de una conducta peligrosa *ex ante* sería incompatible con la posterior constatación de la ausencia de peligro objetivo *ex post*. Pues bien, a esta crítica cabe responder que la perspectiva intersubjetiva *ex ante* es la que pueden compartir los participantes en una *praxis* social determinada —sujeto activo, sujeto pasivo, tercero—. Únicamente ella puede orientarlos marcando la pauta de las relaciones interpersonales, que se producen siempre en contextos de relativa incertidumbre.[147]

110 La norma de conducta, al desvalorar y prohibir unas conductas y permitir otras, establece deberes de abstención, así como derechos y deberes de injerencia en una determinada situación. De este modo, la perspectiva intersubjetiva *ex ante* no solo tiene relevancia en cuanto al castigo individual, sino de modo muy relevante en cuanto a la delimitación de las posiciones jurídicas en la interrelación personal. Ciertamente, simultáneamente conforma el punto de vista del juicio de desaprobación de la conducta del sujeto.[148] A su vez, este es decisivo para su responsabilidad junto a la perspectiva *ex post*, que es la propia de la lesividad fijada en las descripciones típicas y la perspectiva subjetiva *ex ante*, determinante de la imputación subjetiva.

111 La referencia a una perspectiva *ex ante* puede resultar chocante para quien tenga una concepción del Derecho penal como Derecho únicamente represivo, es decir, como un orden de normas de sanción. En efecto, un orden normativo integrado únicamente por estas contempla la realidad exclusivamente

---

[145] *Mazzacuva* (1983); *Huerta Tocildo* (1984).

[146] *Molina Fernández* (2001), 418; *Burkhardt* (2004), 165 ss., 167.

[147] *Frisch* (1988); *Rostalski*, GA 2016, 76 ss.

[148] *Mir Puig* (2.ª, 1982), 59 ss.; *el mismo*, ADPCP 1983, 5 ss.; *el mismo*, PG, 10.ª, 2016, 6/52.

desde la perspectiva *ex post*. Sin embargo, el Derecho penal cumple de entrada una misión de ordenación y protección de esferas de bienes necesarios para el desarrollo de cada persona. Tal función de ordenación y orientación —de garantía de espacios de libertad— se cumple *ex ante* mediante las normas de conducta. Así pues, todas aquellas formas de comportamiento que no vulneran *ex ante* las normas de conducta están permitidas, aunque *ex post* suceda que producen un resultado lesivo. Por este motivo, las autoridades del Estado no pueden impedir su realización, sino que tienen que impedir las conductas que interfieren con las permitidas *ex ante*. En efecto, tales conductas se hallan a su vez desvaloradas y prohibidas. Un ordenamiento que no las prohibiera, ni estableciera que las autoridades tienen que impedirlas, estaría contradiciéndose y, además, admitiendo una absurda ley del más fuerte. En fin, frente a las conductas que se oponen a las permitidas existe un derecho a reaccionar en legítima defensa o en estado de necesidad defensivo, con los límites que luego se establecerán (*cfr. infra* capítulos 18, 19 y 20). Mediante las normas de sanción, el Derecho penal ejerce su pretensión punitiva frente a quienes han vulnerado las normas de conducta en las condiciones correspondientes de imputación subjetiva.

3.3.1.2.2. El medio de evitar resultados lesivos

La referida misión de ordenación se integra con la tarea de evitación de **112**
resultados lesivos. En efecto, el Derecho solo puede llevar a cabo esto último mediante la dirección de conductas, algo que en el caso de las normas de mandato se advierte de forma todavía más clara que en las prohibiciones. Así, resulta imposible mandar que tengan lugar procesos de causación de resultados positivos para el Derecho, sin mandar a su vez la realización de las conductas que los pueden activar. Por tanto, la norma de conducta incide en un contexto concreto de acción de un sujeto. En ese preciso contexto circunstancial, le prohíbe o le manda ciertas opciones de conducta. Ello integra dos niveles de análisis. En virtud del primero, se desvaloran y prohíben aquellas conductas que, según leyes de experiencia causal, o según ciertos criterios convencionales, darán lugar razonablemente a la producción del resultado típico. Así pues, la determinación de la conducta prohibida resulta de la combinación de la norma jurídica abstracta con una regla (de base causal o convencional) que refleja criterios compartidos de atribución de sentido. En virtud del segundo nivel de análisis, y pese a lo anterior, no se desvaloran ni prohíben conductas que, aunque hagan razonablemente previsible la producción del resultado típico, se mueven en un espacio de libertad protegida por el Derecho. Es decir, su ejecución no merece una valoración jurídica negativa. Tanto la atribución de sentido como la valoración tienen lugar *ex ante* con base en criterios de razonabilidad compartida. En fin, la conjunción de las dos clases de criterios da lugar a la doctrina de la conducta desaprobada (*cfr. infra* capítulo 10).

3.3.1.2.3. Las críticas de «imperativismo» y «enfoque policial»

113 Otras críticas de la función *ex ante* del Derecho penal la han vinculado al imperativismo y, con ello, a una concepción policial-preventiva del Derecho penal. Adicionalmente, señalan que esta concepción pretende una uniformización de la sociedad, en lugar de limitarse a estabilizar las expectativas sociales mediante la imposición de sanciones a quien las defrauda.[149] Lo primero es directamente erróneo. En efecto, ya se ha señalado que tras las normas de conducta —aun cuando estas se conciban como directivas— existen valoraciones de estados de cosas lesivos y, derivadamente, de conductas aptas para producirlos, así como de los conflictos de libertades que ello genera. Así pues, no constituyen órdenes vacías de contenido, como pretendió la teoría positivista-formalista de los imperativos.[150] Por su parte, la segunda crítica cuestiona tanto el carácter directivo de la norma de conducta[151] como, más aún, la forma categórica en que esta pretende imponer su contenido. Es decir, el hecho de que su alcance no se reduzca a plantear al destinatario la disyuntiva entre cumplirla o recibir, en caso contrario, la imposición de la sanción. Sin embargo, esta es una cuestión que afecta, más que a la perspectiva *ex ante*, al concepto de norma que se acoja y la vinculación que esta ha de ejercer sobre sus destinatarios. Pues bien, una norma que se orienta al bien común político puede efectivamente pretender una vinculación fuerte sobre sus destinatarios.

3.3.1.2.4. La utilidad dogmática de la adopción de la perspectiva *ex ante*

114 Por lo demás, incluso quienes reducen la dimensión *ex ante* del Derecho penal a una función pragmática sin relevancia constructiva, no pueden obviar el recurso a juicios intersubjetivos *ex ante* en el seno de la teoría del delito. Con frecuencia ello se pretende negar, afirmando que las únicas perspectivas relevantes son la objetiva *ex post* y la subjetiva *ex ante*. Sin embargo, lo cierto es que para un espectador omnisciente el riesgo no existe, de modo que llamamos riesgo a una representación intersubjetiva. Así, resulta fácil poner de relieve cómo la perspectiva intersubjetiva *ex ante* se acoge con claridad tanto en el abordaje de los intentos relevantes para el Derecho penal —y, por tanto, en la figura de la tentativa punible—, así como en la imprudencia. Esta perspectiva intersubjetiva *ex ante* es la determina que, pese a la representación subjetiva y a la voluntad del sujeto, no se castiguen las tentativas irreales. Asimismo, ella es la que establece que no se castiguen como imprudentes todas las conductas mediante las que un sujeto produce un resultado lesivo de modo previsible y evitable para él. Sentado esto, se advierte que las doctrinas que critican la adopción de la perspectiva intersubjetiva *ex ante* —como, por ejemplo, la concepción objetivo-resultativa de la norma— se ven obligadas a construir la

[149] *Lesch* (1992), 200-202.

[150] *Köhler*, AT, 1997, 13, 18-19.

[151] *Jakobs* (1997), 54.

tentativa y la imprudencia como «excepciones». Así, la tentativa resulta ser una excepción porque constituye un caso de infracción de deber sin infracción de la norma. A su vez, la imprudencia también es algo excepcional, porque describe un supuesto de imputación extraordinaria, basado en la vulneración de una incumbencia.

Por lo demás, el recurso a la perspectiva intersubjetiva *ex ante* permite dis- **115**
tinguir entre diversas clases de representación errada del autor, diferenciando también sus efectos. En efecto, es común distinguir entre un error invencible y uno vencible. Sin embargo, un error intersubjetivamente invencible y uno solo personalmente invencible son distintos, y se ha ido difundiendo la consideración de tratarlos precisamente de modo diverso (*cfr. infra* capítulos 12/134; 18/92; 25/79). En fin, debe tenerse en cuenta que ni siquiera la perspectiva *ex post* ofrece un juicio objetivo —real y seguro— sobre el hecho, sino que expresa de nuevo otra perspectiva intersubjetiva con conocimientos incrementados. En efecto, el juicio *ex post*, como juicio sobre la consumación —la producción del resultado— es, de nuevo, un juicio intersubjetivo. Tal intersubjetividad —y no objetividad— del juicio *ex post* se muestra con claridad en los juicios sobre la consumación de la mayor parte de los delitos, pero es manifiesta en la tentativa perfecta y, mucho más, en la imperfecta de todos ellos.

3.3.1.3. La relación entre la antijuridicidad (general) ex ante y la desaprobación típica (penal) ex ante

Existen comportamientos infractores de normas de conducta que no son **116**
típicos —son hechos antijurídicos no penalmente típicos—. A su vez, estos «ilícitos atípicos» se dividen en tres grupos distintos. Por un lado, obviamente hay conductas contrarias al orden del Derecho administrativo o del Derecho civil que no tienen suficiente entidad para ser penalmente relevantes, porque no lesionan ni afectan a bienes jurídico-penales, sino solo a bienes de aquellos sectores del ordenamiento. Son, pues, ilícitos civiles o administrativos. Por otro lado, existen conductas que, aunque lesionen o afecten a bienes jurídico-penales, no reúnen los requisitos cualitativos adicionales que puede requerir la tipicidad. Esto sucede, en algunos casos, porque la conducta no se realiza de un modo o a través de un medio suficientemente graves. En el plano de la política jurídico-penal se alude a esto con el denominado principio de fragmentariedad en la protección de bienes jurídicos (*cfr. supra* capítulo 2/60). Aquí, la atipicidad penal tampoco obsta a apreciar una eventual ilicitud civil o administrativa subyacente.

Existe todavía un tercer grupo de casos en el que la atipicidad de la con- **117**
ducta muestra una connotación temporal relacionada con su —provisional— ausencia de lesividad de bienes jurídico-penales. En realidad, esto sucede en la generalidad de conductas de intervinientes en la fase preparatoria del delito, o en un buen número de casos de tentativa de delito en algunos sistemas legales, o en fin en las conductas imprudentes. En efecto, en todos estos casos

la tipicidad de la conducta está condicionada, respectivamente, al inicio de la ejecución del delito o a la producción del resultado de consumación. Ciertamente, en estos tres grupos de ilícitos atípicos, el afectado no tiene por qué soportar la injerencia ilícita del otro sujeto. Más aún, el sujeto que se injiere en la esfera ajena, en la medida en que obra de modo contrario a Derecho, debe soportar la reacción del afectado. En cambio, la denominada «tentativa irreal» no es solo penalmente atípica, sino que tampoco es ilícita. En efecto, en ella el enfrentamiento subjetivo con el Derecho no se manifiesta del modo mínimamente relevante como para ser reputada ilícita. Ahora bien, la medida de exteriorización que se repute suficiente puede variar en las diversas legislaciones.

118 La tipicidad es la primera (sub-)categoría teleológica del sistema del Derecho penal. Esto significa que en ella se realiza el primer juicio en el que se hallan presentes consideraciones de merecimiento de pena, así como de equidad, y de necesidad del recurso en abstracto a ella. Así pues, la conducta que no resulta idónea para lesionar los bienes del Derecho —que carece de antijuridicidad material— no puede ser típica. Si el legislador llega a tipificarla, incurriendo en una práctica de sobreinclusión, se hará preciso corregir su tipificación formal en el momento de la aplicación judicial de las leyes. Incluso, adicionalmente, la tipificación de una conducta materialmente ilícita, pero que no muestre el contenido de injusto agravado propio de la tipicidad penal, deberá ser corregida en el momento aplicativo. En uno y otro caso, el instrumento es la interpretación (reducción) teleológica de los tipos de la Parte Especial (*cfr. supra* capítulo 6/94).

3.3.1.4. La relación entre la desaprobación típica ex ante y la justificación ex ante

119 Ahora bien, existen conductas típicas que, pese a serlo —y constituir por ello la expresión *prima facie* de un injusto merecedor de pena—, no pueden reputarse antijurídicas, porque concurre en ellas una causa de justificación. Ciertamente, la relación entre tipicidad penal y justificación fue uno de los problemas más discutidos en la evolución histórica de la teoría del delito a lo largo de la primera mitad del siglo XX. Además, a medida que la categoría de la tipicidad ha ido ganando en contenido valorativo, ha sido necesario reformular su relación con la justificación. En realidad, la relación entre ambas categorías tiene que ser necesariamente tortuosa, pues pertenecen a dos sistemas distintos. En efecto, como se ha indicado, la tipicidad es una categoría teleológica-penal. Por el contrario, la antijuridicidad es una categoría que pertenece a la teoría general del Derecho y del ilícito. En estas últimas, las categorías centrales son la ilicitud general *prima facie* y la antijuridicidad —que se ve excluida por la justificación—. Ciertamente, los hechos que resultan *prima facie* ilícitos, una vez concretados en su respectivo contexto, pueden estar justificados o ser antijurídicos. Por su parte, la categoría paralela a la antijuridicidad que responde a la misma lógica que la tipicidad (penal) es la prohibición bajo

pena —que tiene su contrapunto en la exclusión de la prohibición penal— (*cfr. infra* capítulo 18/18). En definitiva, desde una perspectiva estrictamente teleológica, las conductas típicas pueden estar prohibidas bajo pena o no.

120 La integración —en el sistema teleológico del delito— de la categoría general de la antijuridicidad y, con ella, de las causas de justificación genera ciertamente tensiones. Sin embargo, a cambio permite expresar una idea central desde la perspectiva de la teoría general del Derecho. Esta idea es la de la accesoriedad negativa —no positiva— de la teoría jurídico-penal del delito con respecto a la teoría general del Derecho y del ilícito. En efecto, un hecho que en concreto se halla permitido por el Derecho público y privado no puede ser prohibido bajo pena —por el Derecho penal—. Ahora bien, cabe obviamente que un hecho en concreto prohibido por el Derecho público o privado no esté prohibido bajo pena —por el Derecho penal—. En realidad, la función de conexión del sistema de la teoría del delito con la teoría general del ilícito no la cumplen únicamente las causas de justificación. Ya en el plano previo, la desempeña también la institución del riesgo permitido, dado que, una conducta permitida por el Derecho público y privado no puede ser penalmente típica (*cfr. infra* capítulo 10/85 ss.). En cambio, de nuevo, cabe que una conducta prohibida por el Derecho privado y el Derecho público sea penalmente atípica. En fin, esto pone de relieve la conexión que existe entre el riesgo permitido y las causas de justificación. Como luego se verá, esta vinculación —que se integra en la teoría general del Derecho— es la que existe entre lo general y lo particular, o entre lo abstracto y lo concreto.[152]

121 Las conductas típicas, pero justificadas —que dan cuenta de una intersección entre el sistema teleológico del Derecho penal y el sistema general del ilícito—constituyen, por un lado, el ejercicio de derechos, lo que no sucede con las conductas atípicas. Sin embargo, por otro lado, no puede dejarse de lado que son penalmente típicas, lo que de entrada apunta hacia el merecimiento de pena de la clase general de conducta. Pues bien, esta dualidad pone de relieve que no es lo mismo justificar un ilícito administrativo o civil, que justificar un comportamiento penalmente típico. Por el contrario, las causas de justificación, cuando aparecen concretamente para amparar un hecho penalmente típico, tienen que ser examinadas de un modo más estricto que si justifican un ilícito no penal.

3.3.2. El ámbito de la norma penal de sanción

3.3.2.1. Generalidades

122 Como se ha indicado, los dos ejes de la teoría del delito son la voluntad mala —en el sentido de antinormativa— y el resultado malo —en el sentido de

---

[152] *Silva Sánchez* (2022), 56 ss., 108 ss. Una perspectiva diferente, con una conclusión cercana, en *Pawlik* (2012), 212 n. 382.

lesivo—. También se ha señalado que, en la intersección de los ejes de antinormatividad y lesividad, se ubica el juicio sobre la antijuridicidad intersubjetiva de la conducta —*ex ante*—. En efecto, este constituye el medio de dotar de lesividad probable a la conducta antinormativa. Así se evita que la mera exteriorización del enfrentamiento subjetivo con la norma pueda caracterizarse como una conducta antinormativa en virtud del mero desvalor de la intención del agente. Sin embargo, de lo anterior se deriva igualmente que la antijuridicidad típica *ex ante* de la conducta no coincide ni con la antijuridicidad típica *ex post* —lesividad típica—, ni con la antinormatividad, es decir, con la infracción plena de la norma de conducta. La antijuridicidad, como juicio de desvalor *ex post* —de lesividad jurídica— sobre el hecho, deriva de la constatación de su tipicidad y de su no justificación *ex post*. En realidad, la conducta típicamente desaprobada y *ex ante* no justificada que no puede ser objeto de ningún juicio de lesividad *ex post* plantea problemas de punibilidad.[153] Esto pone de relieve la dificultad de la tentativa imperfecta y de la tentativa perfecta inidónea para integrarse en el modelo general de la teoría de delito, al menos cuando no se trata de delitos contra bienes jurídicos fundamentales. En ambos casos, por tanto, la adopción de un sistema de incriminación abierta, como el acogido en la legislación española, resulta discutible (*cfr. infra* capítulo 15/71).

123 La apreciación de una infracción de la norma de conducta —la antinormatividad, la infracción de un deber— requiere en primer lugar la imputación subjetiva del comportamiento desaprobado a título de dolo o de imprudencia. En segundo lugar, su imputación a título de culpabilidad. De este modo, se advierte que el injusto personal pleno se identifica con el injusto culpable. Sin embargo, este modelo del injusto personal no coincide con el de los autores finalistas. Para estos, por un lado, el injusto personal no requería la culpabilidad; por otro lado, comprendía el dolo y la imprudencia en tanto que integrantes de la materia de prohibición. En cambio, en el modelo sistemático que se adopta aquí, el dolo y la imprudencia personal no son objeto de prohibición, sino criterios de imputación al agente de la lesión del contenido de la norma de conducta. En virtud de ellos y de los criterios de imputación a título de culpabilidad puede afirmarse la infracción de dicha norma. En suma, solo el injusto culpable es antinormativo, aunque la norma como directiva se dirija también a los inimputables y a los inculpables.

3.3.2.2. La lesividad de la conducta —el resultado— como presupuesto de la desvaloración —tipicidad— ex post

3.3.2.2.1. Los términos del debate

124 En la evolución doctrinal del Derecho penal de tradición alemana, las sistemáticas causalista y neokantiana no generaban ningún problema para

[153] *Silva Sánchez*, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 921 ss.

la ubicación del resultado. En efecto, el hecho de que la antijuridicidad se construyera *ex post* —sobre la base de la lesión de un interés o de una norma de valoración— daba lugar a que aquel se situara en el núcleo del juicio de antijuridicidad. De este modo, el problema se suscitó como consecuencia del auge de la sistemática finalista, que situaba el desvalor de acción —entendido como desvalor de la intención— en el núcleo del injusto. Ciertamente, un sector de la doctrina finalista nunca se separó de una concepción dualista de la antijuridicidad, integrada por el desvalor preferentemente subjetivo de la conducta y el desvalor objetivo del resultado.[154] Sin embargo, otro sector acogió la denominada concepción monista subjetiva del injusto, centrada en el desvalor de acción entendido de modo básicamente subjetivo, aunque con mayores o menores correctivos.[155] Este grupo de autores viene sosteniendo hasta hoy la tesis de que el resultado es una condición objetiva de punibilidad.[156]

Una perspectiva distinta fue la seguida en España por Mir Puig en los años **125**
ochenta del siglo XX. En efecto, este adoptó ciertamente una concepción monista del injusto, centrada en el peligro intersubjetivo *ex ante* de la conducta. Sin embargo, sus premisas eran parcialmente distintas de las de los autores finalistas. En particular, se basaban en la acogida de una teoría directiva de la norma vinculada a la función de prevención general intimidatoria del Derecho penal. Por tanto, en su planteamiento el peligro intersubjetivo de la conducta adquiría un papel prioritario frente al enfrentamiento subjetivo del sujeto con la norma. No en vano, la suya era una teoría preventiva y no retributiva.[157] Sin embargo, su posición fue objeto de críticas en las que se le atribuía el subjetivismo propio del finalismo radical.[158] En la década siguiente, Mir Puig modificó su posición para pasar a situar el desvalor del resultado en el centro de una antijuridicidad concebida en términos objetivos, separada de la antinormatividad.[159]

En la actualidad, la intensidad del debate jurídico-penal sobre la relevancia **126**
y la ubicación sistemática del resultado ha disminuido notablemente. En realidad, existe consenso en que el resultado forma parte del tipo y que, en cambio, no puede formar parte del objeto de una norma de conducta entendida como directiva. Por ello, las dificultades para el acuerdo derivan sobre todo de los diversos conceptos de norma de conducta —y de antijuridicidad— que se manejan. Así las cosas, la relativa estabilidad existente en nuestro ámbito

---

[154] *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 62; *Hirsch*, LH Cerezo Mir, 2002, 766 ss.; *Cerezo Mir*, PG, 2008, 463 ss., 497 ss.

[155] *Arm. Kaufmann* (1954); *Suárez Montes* (1963); *el mismo* (1995), 187; *Zielinski* (1973), 130 ss.; *Sancinetti* (1991), 79 ss.; *Pessoa* (2007), 35.

[156] *Sancinetti* (1991), 79 ss., 86; *el mismo*, InDret 3/2017, 9 ss.; *el mismo* (2022), 283 ss.

[157] *Mir Puig* (1.ª, 1979; 2.ª, 1982). El mismo modelo fue el adoptado en las ediciones 1.ª (1984), 2.ª (1985) y 3.ª (1990) de su Derecho penal. Parte General.

[158] *Huerta Tocildo* (1984).

[159] *Mir Puig*, PG, 4.ª, 1996, XIII-XIV. Una valoración en *Silva Sánchez*, LH Mir Puig, 2017, 877 ss.

contrasta con la continuidad y la intensidad de la discusión sobre el resultado entre los filósofos morales y jurídico-penales del ámbito angloamericano. Ahora bien, ese debate no versa sobre cuestiones sistemáticas, sino tan solo sobre la relevancia de los resultados en el castigo del agente.

3.3.2.2.2. La incidencia de la teoría de las normas

127 El Derecho penal, en la medida en que cumple una finalidad de orientación social, conforma un orden de conductas. En efecto, la conducta es lo único que puede controlar el sujeto, de modo que solo aquella puede fundar el merecimiento de pena del sujeto.[160] Ahora bien, infringido el orden de conductas por el obrar de una persona, cabe la posibilidad de que no se produzca ningún resultado que trascienda a la conducta en sí y a su significado. En tal caso, el merecimiento de pena se mantiene constante. Así, el merecimiento de pena de la tentativa perfecta y el del delito consumado es el mismo *ceteris paribus*, pues desde un punto de vista ético-jurídico deontológico, ambos hechos son iguales. Ahora bien, desde una perspectiva ético-jurídica consecuencialista, al igual que desde la jurídico-social y jurídico-política, son claramente distintos.[161] En efecto, la lesividad de la tentativa y su efecto desestabilizador son menores que los del delito consumado. Esto ya fue advertido con claridad por Platón, quizá el primer autor conocido que afrontó el problema.[162]

128 El resultado da cuenta de la medida de lesividad del hecho para la comunidad y para la víctima concreta. La diversidad de emociones sociales reactivas, en función de que se produzca el resultado o no, es patente. Ciertamente, ello puede reputarse irracional,[163] pero es muy humano y también absolutamente real en la comunidad política.[164] A partir de ahí, la diversidad de reacciones del Derecho penal, en función de si se produce o no el resultado, muestra plena racionalidad en sentido político. Si el resultado no se produce, la pena no deja de merecerse.[165] Ahora bien, la menor lesividad del hecho determina que no sea necesario (o equitativo) imponerla o, al menos, imponerla en la misma medida, para restaurar la paz. Así pues, la producción del resultado solo activa la necesidad de imponer la pena que el sujeto merece deontológicamente.

3.3.2.2.3. La cuestión sistemática

129 El resultado no afecta a la mayor o menor infracción de la norma de conducta. Ahora bien, la pretensión de evitarlo constituye el criterio rector

---

[160] Con matices: *Villar* (2014), 37 ss., 63.

[161] *Degener*, ZStW 103 (1991), 376 ss.; *el mismo* (2001), 127 ss., 429 ss.

[162] *Westen*, CL&Phil 1 (2007), 307 ss., 315 ss.

[163] *Lüderssen*, FS Bockelmann, 1979, 199; *el mismo*, FS Herzberg, 2008, 121.

[164] *Dencker*, GS Arm. Kaufmann, 1989, 451-452.

[165] Relativamente próximo *Frisch*, FS Sancinetti, 2020, 362-363.

de las normas de conducta. En efecto, estas se establecen para contribuir a la evitación de estados de cosas lesivos de bienes para el ser humano —prohibiciones— o bien a la producción de estados de cosas beneficiosos para esos bienes —mandatos—.[166] Así pues, la valoración del hecho se halla, en Derecho penal, tanto en el trasfondo de la norma de conducta (como valoración de la conducta) como en el de la norma de sanción (como valoración el resultado imputado objetivamente a aquella conducta).[167] Por ello, solo cabe mandar conductas que, *ex ante*, se reputan aptas para evitar el resultado, del mismo modo que únicamente cabe prohibir conductas que *ex ante* se consideran idóneas para producir el resultado.[168] Si efectivamente se produce el resultado, el sujeto no puede afirmar que ello ha sido fruto de la mala suerte que ha tenido, puesto que su conducta ya entraña todo lo que se le puede reprochar en relación con el hecho.[169] Entonces, se trata de reconstruir la relación teleológica entre el resultado y la conducta prohibida en una secuencia inversa a la que dio lugar a la constitución de la norma de conducta. Como se verá en su momento, la doctrina del «fin de protección de la norma» expresa esta idea con claridad, al tiempo que pone de manifiesto que el resultado no es una mera condición objetiva de punibilidad (*cfr. infra* capítulos 14/105; 27/18).

Desde una perspectiva sistemática, cabe discutir si el resultado lesivo **130**
—en el sentido amplio expuesto— debe contemplarse en la categoría de la punibilidad o ya en la del injusto. Pues bien, si el injusto se entiende como la dimensión de afectación de la paz social que tiene el hecho (lesividad material y simbólica-comunicativa), entonces debe comprender el resultado. En cambio, si el injusto se entiende como la infracción de la norma de conducta por el comportamiento, entonces esto no varía con o sin la producción del resultado.[170] Aquí se ha optado por esta segunda opción, que resulta perfectamente compatible con que la no producción del resultado produzca una disminución de la pena imponible al sujeto, que quede por debajo de la que este merece. Esto es lo que se quiere indicar cuando se señala que, al menos en muchos casos, la ausencia de resultado disminuye o incluso excluye la necesidad de pena para restaurar el *statu quo* perturbado por el delito.[171]

---

[166] *Münzberg* (1966), 61-62.

[167] *Wolter* (1994), 73-75; *Frisch*, FS Sancinetti, 2020, 358-359.

[168] El debate norteamericano es muy vivo. Por un lado, *Ferzan*, Pennsylvania U. L. R. 142 (1994), 2183 ss.; *Alexander*, California L. R. 88 (2000), 936, 946-947; *Levy*, L&Ph 24 (2005), 263 ss. Por otro lado, *Robinson*, Journal of Contemporary Legal Issues 5 (1994), 304 ss.; *Feinberg*, Arizona L. R. 37 (1995), 119 ss.; *Morse*, California L. R. 88 (2000), 879 ss.

[169] *Villar* (2014), 122 ss.

[170] *Silva Sánchez* (2.ª, 2010), 418 ss.

[171] Esto vale, *mutatis mutandis*, para los casos en los que una conducta no está justificada desde una perspectiva intersubjetiva *ex ante* y, luego, *ex post* se produce el resultado propio de la causa de justificación (*cfr. infra* capítulo 18/94).

3.3.3. La antinormatividad como infracción plena de la norma de conducta

3.3.3.1. Preliminar: la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad

131 La distinción entre antijuridicidad y culpabilidad se encuentra sometida a cuestionamiento desde hace décadas.[172] Ello se debe a dos líneas argumentales. Por un lado, a las orientaciones radicalmente teleológicas, para las que el código binario central de la teoría del delito es el que distingue lo «punible» de lo «no punible». Por otro lado, a las orientaciones simbólico-comunicativas. Estas, que son tendencialmente sintéticas, relativizan las separaciones taxonómicas de la teoría del delito hasta el punto de suprimirlas. En efecto, desde sus premisas la concurrencia de una causa de justificación determina que el hecho no sea típico, en cuanto que no es un comportamiento jurídicamente desaprobado. Con una lógica similar, la distinción de antijuridicidad y culpabilidad se relativiza, arguyendo que el hecho del inculpable no niega el Derecho —no cuestiona la vigencia del Derecho—, de modo que no es antijurídico.[173]

132 La tendencia de las teorías comunicativas del delito a producir sistemáticas de carácter sintético —sin distinción de categorías— es problemática. En efecto, conduce a dejar de lado las ventajas analíticas —de orden didáctico y de aplicación en la práctica forense— asociadas a la concepción clasificatoria-secuencial. Además, ignora que tales ventajas no son únicamente didácticas o pragmáticas. En realidad, la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad debe ser mantenida por una razón tanto lógica como axiológica.[174] Esta es que el contenido de la conducta justificada, aunque sea típica, se corresponde con el orden del Derecho. En efecto, en el juicio acerca de la desaprobación de la conducta *ex ante* —tipicidad y no justificación *ex ante*— se trata de constatar la lesión por el sujeto del contenido de la norma de conducta, de probabilidad *ex ante* vinculada a la lesividad *ex post*. A su vez, en los juicios de tipicidad y de antijuridicidad *ex post* de la conducta se trata de dilucidar si mediante ella se lesiona de forma relevante la valoración subyacente a la norma de conducta.

133 En cambio, el contenido de una conducta antijurídica, aunque esta no sea culpable, no se corresponde con el Derecho. En efecto, en los juicios de imputación subjetiva y de culpabilidad se trata de examinar la dimensión de antinormatividad del hecho, esto es, de enfrentamiento con la norma de conducta. Ahora bien, esta es una cuestión distinta —y lógicamente posterior— a la antijuridicidad del contenido del hecho, relativa a si el sujeto merece pena o no.[175] En efecto, el que desconoce de modo invencible la antijuridicidad de

---

[172] Críticos, desde perspectivas diversas, *Jakobs* (1992), 42 ss.; *Lesch* (1999), 205 ss.; *Walter* (2006), 80 ss., 383 ss.; *Sinn* (2007), 294; *Pawlik* (2010), 109 ss.; *Rostalski* (2018), 113 ss.; *Freund/Rostalski*, GA 2020, 618 ss.

[173] *Pawlik* (2012), 360.

[174] *Schünemann*, LH Roxin, 1995, 205 ss.; *el mismo*, FS Roxin, 2001, 12; *Molina Fernández*, RChD 1995, 265 ss.; *Greco*, GA 2009, 636 ss.; *Silva Sánchez* (2.ª, 2010), 606 ss.; *el mismo*, InDret 3/2014, 1 ss.; *Haas* (2019), 293 ss.; *el mismo* (2022), 239 ss.; *Frisch* (2019), 692 ss.; *Kindhäuser*, FS Merkel, I, 2020, 351 ss.

[175] *J. L. Austin* (1968), 20.

su conducta, igual que el que carece absolutamente de la posibilidad de adecuar su conducta al conocimiento de la antijuridicidad, no niega el Derecho como imperativo de conducta. Ahora bien, aunque no infringe la norma como norma —no obra de modo antinormativo—, el contenido de su conducta es plenamente desvalorado a la luz de aquella.

134 En definitiva, en aquel que se abstiene de realizar una conducta antijurídica —incluido quien realiza una conducta justificada— ha triunfado la motivación jurídica o bien otra distinta, pero en todo caso compatible con el Derecho.[176] En cambio, en quien realiza una conducta antijurídica, pero inculpable, ha triunfado la motivación contraria al Derecho, aunque el fracaso de la motivación jurídica no sea imputable plenamente al agente. Incluso es posible que tal fracaso sea imputable al agente, pero existan razones que el ordenamiento jurídico-penal considera relevantes para prescindir de la pena. Cuando esto es así, se excluye la punibilidad. De este modo queda clara la diferencia existente entre la ausencia de antijuridicidad, la antijuridicidad no culpable y la antijuridicidad culpable pero no punible (no penalmente culpable).

3.3.3.2. La distinción entre imputación subjetiva e imputación a título de culpabilidad

135 El último medio siglo ha venido marcado por la contraposición de dos tendencias opuestas en la construcción de las relaciones entre antijuridicidad y culpabilidad.[177] Con todo, ambas se caracterizan por el rechazo del *statu quo* marcado por la sistemática finalista, que, como se ha indicado, se había convertido en dominante en el último tercio del siglo XX. Así, la primera de ellas entiende el hecho antijurídico como la plena infracción de un deber y, en consecuencia, no concibe la posibilidad de un injusto no culpable. La segunda de las corrientes aludidas procede de modo opuesto. Así, pretende aislar el concepto objetivo o intersubjetivo de antijuridicidad, entendido de modo formal (tipicidad) o material (lesividad). En efecto, este es un concepto objetivo *ex post* o, alternativamente, intersubjetivo *ex ante* de antijuridicidad. Desde esta última perspectiva todavía se dan dos opciones distintas. Por un lado, la acogida de dos niveles de imputación subjetiva, manteniendo en particular la separación entre dolo y conocimiento de la antijuridicidad como categorías de la imputación.[178] Por otro lado, el retorno a un modelo sistemático análogo *mutatis mutandis* al neokantiano, en particular, procediendo a una reunificación del dolo malo en la culpabilidad.[179]

136 Pues bien, una conducta realizada sin dolo ni imprudencia personal es antijurídica, en la medida en que puede ser objeto de un juicio de desvalor

---

[176] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 11/1.

[177] *Silva Sánchez* (2003), 15 ss.; *el mismo*, InDret 3/2014, 1 ss.

[178] *Kindhäuser* (1997); *el mismo*, FS Merkel, I, 2020, 351 ss.

[179] *Molina Fernández*, LH Mir Puig, 2017, 735 ss.

intersubjetivo *ex ante*, que califica su contenido como opuesto a la valoración contenida en la norma de conducta. Ciertamente, este juicio tiene una dimensión personal pues considera aquellos conocimientos, intenciones y motivos del sujeto que influyen en el significado intersubjetivo de la conducta (*cfr. infra* capítulo 10/57). Ahora bien, aun así, el injusto intersubjetivo de la conducta no es penalmente relevante si no se puede imputar a dolo o a imprudencia. Así, cabe afirmar que el injusto penalmente relevante es personal, en parte por su contenido y, en parte, por el criterio de imputación. En efecto, una vez que el dolo y la imprudencia se conciben separados de aquellos conocimientos, intenciones y motivos que influyen sobre la valoración intersubjetiva de la conducta, aparecen como puros criterios de imputación (*cfr. infra* capítulos 12 y 13). Ello ciertamente permitiría (re-)ubicarlos en la culpabilidad.

137 Esto plantea el problema de si el juicio sobre la imputabilidad del sujeto activo debe examinarse antes del propio juicio relativo al dolo y a la imprudencia. Desde luego, esta pregunta carece de sentido en el marco de la sistemática finalista, para la que el dolo y la imprudencia se integran ya en la materia de prohibición. Sin embargo, en esta obra se opta por separar la dimensión significativa y valorativa de los elementos «subjetivos» —que se integra en el tipo— del dolo y la imprudencia como criterios de imputación subjetiva. Por lo tanto, tiene sentido plantearla. Pues bien, el abordaje de esta cuestión requiere distinguir, por un lado, el fenómeno de las anomalías o alteraciones psíquicas y, por otro, el juicio jurídico-penal de imputabilidad. Ciertamente, las patologías o alteraciones mentales pueden dar lugar a efectos jurídicos de modo previo al análisis de la capacidad de culpabilidad del sujeto. En concreto, a la ausencia de acción, así como a la exclusión del dolo e incluso de la imprudencia o a la suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación —en virtud de un «error condicionado por enfermedad mental»— (*cfr. infra* capítulo 12/139). De hecho, ello sucede de modo no infrecuente en el caso de déficits cognitivos como los propios de las oligofrenias, o bien en el de algunas modalidades de psicosis, como las esquizofrenias. En efecto, estas últimas producen representaciones aberrantes de leyes causales, alucinaciones —ver u oír cosas que no existen— o delirios —representarse algo que no sucede—. En particular, las patologías mentales pueden afectar a errores sobre sentidos o valoraciones sociales o jurídicas. Todos estos casos dan lugar a efectos jurídicos que, sin embargo, solo de modo indirecto tienen que ver con la capacidad de culpabilidad. En efecto, el que no sabe lo que hace, tampoco puede saber que eso, concretamente, está prohibido ni actuar con arreglo a dicho conocimiento.

138 También es cierto que la idea de «imputación subjetiva del delito a un sujeto inimputable» tiene algo de paradójico. Ahora bien, las expresiones «dolo del inimputable» o «imprudencia del inimputable» son usuales y dan cuenta de una realidad constatable. Por lo tanto, incluso separando el juicio sobre el dolo y la imprudencia personal del juicio de tipicidad, tiene sentido distinguir entre la imputación subjetiva de la conducta típica y la imputación a título de

culpabilidad. Esta cuenta con una base conceptual. En efecto, responde a una diferencia analítica razonable, a saber, la distinción entre «capacidad de acción (o de evitación)» y «capacidad de motivación», que responde a la dualidad clásica de la *imputatio facti* y la *imputatio iuris*.[180] Ciertamente, en esta obra no se siguen tales distinciones de modo rígido. Con todo, el manejo de dos niveles de imputación tiene una base legal clara en el sistema español que, como la mayoría de los sistemas comparados, distingue entre el error excluyente del dolo y error sobre la licitud de la conducta, que no excluye el dolo. Dicha base legal determina asimismo que exista una diferencia axiológica-punitiva entre ambas clases de error. Es más, con el sistema español relativo a la proporcionalidad de las medidas de seguridad, resulta decisivo saber si el delito cometido por un inimputable se le imputa a título de dolo o de imprudencia. En efecto, el marco de pena que constituye, a su vez, el marco máximo de duración de la medida de seguridad depende de si el delito ha sido doloso o culposo. Todo ello apunta en el sentido de ubicar el juicio de imputabilidad con posterioridad a la imputación subjetiva parcial —a título de dolo o imprudencia— y de modo previo a la imputación subjetiva plena de la conducta en tanto que ilícita —a título de culpabilidad—.[181]

3.3.3.3. La antinormatividad plena: la culpabilidad

3.3.3.3.1. Lo intrínseco y lo extrínseco

139 La ideología dominante en las ciencias humanas y sociales parte de la existencia de tres niveles en la realidad. Estos son (i) el mundo empírico natural, integrado por hechos brutos; (ii) el mundo social, en el que se dan los significados, las valoraciones y las imputaciones —entendidos como hechos institucionales—; y, finalmente (iii), el mundo del Derecho, como subsistema dentro del mundo social, en el que se realizan de modo particular juicios de atribución de sentido, de valoración y de imputación jurídica. Ahora bien, este modelo, que ignora la dimensión metafísica de la realidad, produce un reduccionismo y una fragmentación artificial del ser humano y sus acciones, cuya unidad trasciende a todo lo anterior. Esto se advierte con claridad al abordar la cuestión del enfrentamiento del sujeto con el Derecho —a la que es común aludir con términos como culpabilidad o imputación plena del hecho—.

140 En la base de tal juicio se halla la noción metafísica de *voluntas* mala, o *culpa* —a la que se ha hecho referencia constante y que no debe confundirse con la «culpa» en el sentido de imprudencia (*cfr. infra* capítulo 13)—. Aquella noción metafísica, sin embargo, fue abandonada ya por las doctrinas de la *imputatio* en los siglos XVII y XVIII (*cfr. supra* capítulo 7/28). En efecto, estas últimas procedieron a sustituir el abordaje de la dimensión metafísica-interna

---

[180] *Mañalich*, InDret 1/2013, 9.

[181] Distintos, *Molina Fernández*, LH Mir Puig, 2017, 736 ss.; *Martínez-Buján*, LH Luzón Peña, I, 2020, 769 ss.

del delito por la emisión de un juicio adscriptivo externo. Desde entonces, abandonada tal orientación metafísica, la doctrina ha oscilado entre dos enfoques. En determinadas fases históricas se ha identificado la culpabilidad con un fenómeno psicológico-empírico, abordable con los instrumentos de las ciencias experimentales. Esto sucedió, por ejemplo, en el marco del concepto psicológico de culpabilidad, propio del sistema causalista naturalista; pero también sucede en las corrientes actuales que buscan la culpabilidad humana en el cerebro (*cfr. supra* capítulo 7/37; *infra* capítulo 23/78). Como se advierte, esto supone ubicar todo el problema de la culpabilidad en el plano empírico de la realidad.

141 En otras épocas, en cambio, se ha procedido a la reconstrucción del método de adscripción externa ya propio de la doctrina de la *imputatio*. Así, por ejemplo, en el marco del concepto normativo de culpabilidad, integrado en el sistema causalista valorativo; pero ello también sucede en un amplio sector de la doctrina actual (*cfr. supra* capítulo 7/44; *infra* capítulo 23/52). La lógica de este segundo punto de vista se resume bien en dos frases bastante conocidas: por un lado, que la culpabilidad es una «ficción necesaria para el Estado»;[182] por otro, que la culpabilidad del agente se halla en la «cabeza del juez».[183] En todo caso, está claro que la adopción de esta perspectiva conlleva la ubicación del problema en el plano lingüístico-social o lingüístico-jurídico.

142 En realidad, el pensamiento post-metafísico no ha logrado resolver el dilema mencionado. Ello es así porque la culpabilidad no puede ser objeto de una descripción, puesto que no constituye un fenómeno empírico, susceptible de constatación experimental. Sin embargo, tampoco «es» una adscripción. En efecto, la culpabilidad es una realidad metafísica, que da cuenta del misterio del mal moral. Ahora bien, esto significa que la racionalidad humana puede aproximarse a él con bastantes limitaciones y que la justicia humana jamás podrá aprehenderlo plenamente. En realidad, si la culpabilidad fuera un fenómeno psicológico-empírico, desde luego no podría dar lugar al castigo, sino únicamente a formas de corrección igualmente propias del mismo ámbito psicológico-empírico. Con todo, una vez que se ha optado mayoritariamente por la aproximación adscriptiva a ella, lo honrado es subrayar que el recurso a tales mecanismos de adscripción —un método de estandarización normativa de lo subjetivo— no constituye más que una aproximación. Ciertamente, es la única humanamente posible. Sin embargo, dadas sus limitaciones epistemológicas, debe ser utilizada con la máxima autocontención. En efecto, la noción de castigo pertenece al mismo ámbito que las de mal, culpabilidad y reproche: en este sentido, es básicamente metafísica y ética. Por tanto, su reducción al plano de la «administración» de una política público-estatal no deja de ser una tergiversación.

---

[182] De Eduard Kohlrausch (1974-1948).

[183] De Edmund Mezger (1883-1962).

3.3.3.3.2. El significado transcategorial de la noción de *culpa*

Sentado todo lo anterior, la perspectiva adscriptiva es, ciertamente, la 143
«segunda mejor opción».[184] Ahora bien, para llevarla a cabo es necesario construir reglas jurídico-penales de imputación basadas en indicadores que, a su vez, tienen que ser objeto de prueba. En efecto, como se ha expuesto (*cfr. supra* capítulo 7/132), en una regla de imputación pueden identificarse tres elementos: (i) un conjunto de datos fácticos, que denominamos indicadores y son objeto de prueba; (ii) un criterio de adscripción —que proporciona las razones jurídicas para determinar qué datos son relevantes, por qué, y en qué medida—; y, en fin (iii), una consecuencia normativa —o normativizadora—, que consiste en la adscripción de un hecho a un agente, a título de acción, de dolo, de imputabilidad, etcétera. A su vez, la elaboración del criterio de adscripción tiene lugar en el marco de reglas legales que son bastante más laxas que las contenidas en las leyes en relación con la norma de conducta —las descripciones de los tipos de delito—. En fin, la consecuencia de la aplicación de unas y otras a un supuesto de hecho es la apreciación en él de una vulneración plenamente imputable de la norma de conducta. Es decir, de una infracción —un delito—.

La relevancia de la imputación subjetiva, en sentido amplio, en la teoría 144
del delito tiene que ver con la necesidad de justificar un reproche, que a su vez constituya la base de la retribución propia de la pena. Por eso, la imputación subjetiva no desempeña un papel relevante de individualización ni en el Derecho civil ni en el Derecho administrativo. Sin retribución, la imputación subjetiva se queda sin justificación sólida, y de hecho los desarrollos más coherentes la acaban objetivando, la estandarizan o la sustituyen por la proporcionalidad. Ahora bien, un Derecho penal que pretende regirse por la medida del merecimiento del agente no puede estandarizar los criterios de imputación. Por el contrario, debe tener presentes la falibilidad humana y los límites de las capacidades individuales. Igualmente, tiene que considerar que el ejercicio de la libertad humana está afectado por la estructura social en la que vive, por la educación que ha recibido en la infancia y por el entorno cotidiano. En efecto, el sujeto de toda acción moral —entre las que se cuentan los delitos— es el ser humano real que, en medio de los límites de las circunstancias que le rodean, todavía mantiene libertad en cuanto a cómo vivir su vida.

3.3.3.3.3. La «incapacidad» y la «dificultad» de autodeterminación conforme a las normas

El sujeto al que le es imposible conocer el Derecho, o ajustar su conducta 145
a los requerimientos de éste, obra sin culpabilidad. En cambio, aquel a quien le es difícil conocer el Derecho, o ajustar su conducta a las razones del Derecho, dispone de la posibilidad de autodeterminarse conforme a sentido. Por

[184] Un «*second best*».

lo tanto, si comete un hecho antijurídico, es culpable de él. Ahora bien, una cuestión distinta es que el Derecho, atendiendo a la mencionada dificultad, prescinda de imponerle una pena. A esta cuestión pretendió responder la polémica institución de la «inexigibilidad». En efecto, tal figura pretendía poner de relieve que en situaciones excepcionales no se exige el cumplimiento de la norma de conducta bajo amenaza de pena. Ciertamente, los sujetos que se consideran «exculpados» —exentos de «culpabilidad penal»— tienen alguna posibilidad de conocer la antijuridicidad de su comportamiento y de actuar en consecuencia. Por tanto, infringen las normas de conducta, aunque, dadas sus dificultades cognitivas o volitivas, no se les exija responsabilidad bajo pena.

146 Esto significa que, pese a su formulación original, la inexigibilidad realmente no constituye un problema de culpabilidad, sino que plantea una cuestión transcategorial en un sistema teleológico cuyo referente es la pena.[185] En lo que aquí interesa, se ubica en la «culpabilidad penal» o «punible». En realidad, las consideraciones teleológicas de «punibilidad» —exigibilidad bajo pena— se hallan en el ámbito de la tipicidad de la conducta, de la prohibición bajo pena de dicha conducta y de la culpabilidad penal del sujeto que la realiza. Por tanto, la categoría de la punibilidad —como categoría asimismo teleológica— comprende aquellos factores de equidad, necesidad y oportunidad que operan al margen de todo lo anterior y conducen a prescindir de la condena.

3.3.4. La punibilidad como propiedad del delito en tanto que «penado por la ley»

147 Un injusto culpable da lugar a un hecho punible cuando concurre el conjunto de presupuestos sustantivos de la norma de sanción. En la mayor parte de los casos, el hecho punible se identifica con la propia realización típica del injusto culpable. Sin embargo, en algunos contextos, la punibilidad del injusto culpable típico requiere que a la conducta infractora de la norma y al resultado imputable a aquella se le añadan otros elementos. Ya se ha aludido reiteradamente a la existencia de criterios que pueden conducir a excluir la prohibición bajo pena de la conducta, por razones objetivas de la conducta o personales de su autor (*cfr. infra* capítulos 18/142; 26/40). Adicionalmente, en el ámbito sistemático de la punibilidad entran en juego tres clases de criterios distributivos: (i) de equidad; (ii) de utilidad de la no imposición de pena; y (iii) de inconveniencia o inoportunidad del castigo a personas determinadas por hechos concretos. Tales criterios no deben ser menospreciados. En efecto, existe un derecho fundamental a no ser castigado más de lo necesario, pese a la realización culpable de hechos típicamente antijurídicos. Por tanto, las penas que, aunque sean merecidas, no satisfacen criterios de equidad —que es una dimensión de la proporcionalidad y de la igualdad— o de necesidad, son excesivas e inconstitucionalmente ilegítimas. Sea como fuere, es cierto que la

[185] A esto es a lo que aludía su comprensión como un «principio regulativo»: *Henkel*, FS Mezger, 1954, 249 ss.

sistematización del conjunto de problemas que se suscitan una vez cruzado «el Rubicón de la culpabilidad» —y de las soluciones que se propongan— es una tarea todavía pendiente.[186] En esta obra ello se afronta en los capítulos 27 y 28.

VI. EL SIGNIFICADO DE LA PROVOCACIÓN EN LA TEORÍA DEL DELITO

1. LA PROVOCACIÓN DE PERSONAS

148 La noción de provocación tiene sentidos diversos en la teoría del delito, de modo que resulta difícil llevar a cabo una reconstrucción general de su alcance. Esto justifica su análisis en este capítulo, con independencia del que tenga lugar en capítulos sucesivos. En particular, hay que distinguir su significado interpersonal —«El sujeto A ha sido provocado por el sujeto B» — y el de creación o generación de situaciones eximentes —«A ha provocado una situación de peligro»—. Con todo, incluso el primer sentido admite diversas variantes. Así, una primera, en la que ser objeto de una provocación tiene efectos eximentes, viene dada por el caso de la agresión ilegítima que da lugar a una reacción justificada en legítima defensa. Además, en algunos países existe una eximente de exceso en la legítima defensa por miedo, terror o pánico. En esta última, la agresión antijurídica se interpreta como conducta provocadora del miedo que conduce al exceso del agredido. Por otro lado, la provocación al delito por parte de órganos del Estado —el caso del agente provocador— puede dar lugar a una exención de pena para el autor del delito o a un óbice procesal en el procedimiento en el que se le enjuicie (*cfr. supra* capítulos 15/124; 16/188; *infra* capítulo 27/110).

149 En una segunda variante, el hecho de ser objeto de una provocación puede llegar a tener virtualidad atenuante, cuando aquella procede de quien resulta ser sujeto pasivo del delito. En efecto, esto es claro si provoca un arrebato del sujeto activo u otro estado pasional en este. Sin embargo, también puede tener dicho efecto, aunque no genere un estado pasional en el sujeto provocado. El argumento para sostenerlo es que, en todo caso, introduce en el esquema ordinario de razonamiento del sujeto activo un motivo antijurídico. En algunos países, diversas variantes de esta situación se contemplan en la propia legislación positiva, que ha incorporado la atenuante de provocación. Por lo demás, la realización de una conducta provocadora impide que el provocador pueda defenderse de forma plenamente legítima frente al sujeto al que ha provocado de modo suficiente, cuando este último le agrede ilegítimamente (art. 20.4° CP español, requisito tercero).

150 En fin,en la tercera variante, el término «provocación» también designa el acto preparatorio de quien incita a otros a cometer un delito (art. 18 CP español). Ciertamente, esto genera responsabilidad para el que incita, aunque

[186] *Naucke*, GA 1998, 266 ss.; *Silva Sánchez* (2004), 19 ss.

el incitado no haya cometido el delito. En cambio, el hecho de haber sido incitado no tiene efecto atenuante sobre la responsabilidad del sujeto incitado que comete el delito correspondiente. Esto puede ser discutido. En efecto, un sector doctrinal sostiene que la sanción del incitador debe dar lugar a la atenuación de los autores o partícipes influidos en su motivación, al menos en algunos casos de especial intensidad. El fundamento de tales propuestas es que, en ciertos contextos, se dan influjos que producen un efecto de bloqueo de los frenos inhibitorios del sujeto activo. Frente a ello, la razón fundamental para rechazar las propuestas de atenuación es la existencia de un deber genérico de resistir provocaciones delictivas ajenas.

2. LA PROVOCACIÓN DE SITUACIONES EXIMENTES

151 La provocación de situaciones de exención de responsabilidad en beneficio propio tiene el efecto de una «excepción inculpatoria».[187] En este sentido, son muy expresivas las denominaciones angloamericana o francesa, que aluden a la concurrencia de una «falta anterior» en quien las provoca.[188] Así, por ejemplo, se suele afirmar que el que provoca una agresión ilegítima, una situación de necesidad,[189] un error propio, o una situación de trastorno mental transitorio, no puede beneficiarse de la apreciación de la respectiva exención. Las variantes que puede alcanzar esta estructura más amplia de la «falta previa», definida por la vulneración de una prescripción (prohibición o mandato) en relación con las condiciones de la propia responsabilidad, son muchas.[190] En cambio, la provocación por alguien de la concurrencia de una situación de exención de responsabilidad para otro es una de las formas que puede adoptar la autoría mediata o la figura del autor tras el autor.

3. EL DEBATE SOBRE LAS DENOMINADAS «INCUMBENCIAS»

3.1. Las incumbencias como entidades deónticas

3.1.1. La imputación «anómala» y la «extraordinaria»

152 Un sector de la doctrina sostiene que la imputación ordinaria de responsabilidad tan solo se produce en el caso del delito doloso consumado, coincidentemente antijurídico y culpable, del autor único directo y activo. En cambio, todos los demás casos de atribución de responsabilidad penal constituyen una imputación «anómala» *lato sensu*. Así, se afirma que en ellos la imputación tiene lugar pese a la existencia de un déficit en relación con los presupuestos

---

[187] Sobre esta «*inculpatory exception*», *Robinson*, Yale L. J. 93 (1984), 609 ss.; *el mismo*, Virginia L. R. 71 (1985), 1 ss.; *Alexander*, CL&Phil 7 (2013), 623 ss.

[188] Respectivamente, «*prior fault*» y «*faute antérieure*».

[189] Igual que el que, de modo contrario a deber, no impide su surgimiento o el que interrumpe la conducta de terceros encaminada a impedirlo.

[190] *Riggi* (2010), 187 ss.

del modelo ordinario de atribución de responsabilidad.[191] En este sentido, habría imputación «anómala», por faltar la realización típica activa, en los casos de tentativa, como también en los casos de autoría no directa y en los de participación. Igualmente, en la comisión por omisión; y en la actuación en lugar de otro. Asimismo, en los casos de provocación de la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación. Por otro lado, habría imputación «extraordinaria», dada la ausencia de dolo, en la imprudencia; y también, dada la ausencia de culpabilidad *in actu*, en la *actio libera in causa* y en el error de prohibición vencible. Una corriente doctrinal angloamericana agrupa todos estos casos bajo la denominación de «doctrinas de la imputación».[192] En efecto, esta expresión, «imputación» significa precisamente atribución anómala o irregular de responsabilidad. En cambio, en la doctrina de cuño alemán que entronca con el iusracionalismo del siglo XVII, la expresión de imputación extraordinaria se reserva para los casos irregulares de imputación en sentido estricto —es decir, subjetiva—, en los que se aprecia un déficit con respecto a la ordinaria. Esto sucede, en concreto, en la *actio libera in causa*, la imprudencia personal y el error de prohibición vencible.[193]

Los casos de imputación extraordinaria se caracterizan, en el planteamiento 153
de algunos autores, por el hecho de que en ellos no se infringe una norma, sino una incumbencia.[194] Así pues, las incumbencias aparecen como entidades ceñidas al ámbito de la imputación subjetiva y, en concreto, como una forma de designar las exigencias (o deberes) de conocer «hechos» y «normas», así como de mantener una disposición favorable al cumplimiento de estas.[195] Ahora bien, también es cierto que en la doctrina alemana ha proliferado en las últimas décadas el recurso a la expresión «regla de imputación» para designar las cláusulas legales relativas a la tentativa, la comisión por omisión, o el actuar en lugar de otro. Asimismo, la expresión «incumbencia» se utiliza por otros autores para designar exigencias que se vulneran en ciertas conductas de participación, o por parte de los sujetos imputables peligrosos, etcétera. Por lo tanto, ambas expresiones tienden a ser cada vez más confundentes.[196]

3.1.2. La discusión sobre la naturaleza de las incumbencias

De lo anterior se desprende que la naturaleza de las incumbencias es 154
discutida. La corriente doctrinal que las ha teorizado con mayor precisión afirma que son entidades deónticas —proposiciones de deber ser— distintas de las normas de conducta. A continuación, añade que no constituyen

---

[191] *Hruschka* (1983), 269 ss.; *Neumann*, GA 1985, 389 ss.; *el mismo*, JRE 27 (2019), 455 ss.

[192] Así, «*doctrines of imputation*»: *Robinson*, Yale L. J. 93 (1984), 609 ss.

[193] *Hruschka* (2005); *Sánchez-Ostiz* (2008).

[194] En el original alemán, «*Obliegenheit*».

[195] *Hruschka* (2005); *Sánchez-Ostiz* (2008), 536 ss.; *el mismo* (2014), 150 ss.; *el mismo*, InDret 1/2015, 1 ss.; *el mismo*, PolítCrim 12 (2017), 1211 ss.

[196] Crítico, *Montiel Fernández*, InDret 4/2014, 6 ss.; *el mismo* (2020), 432 ss.

disposiciones categóricas, sino imperativos hipotéticos que se derivan —aunque no analíticamente, sino sintéticamente (o teleológicamente)— de las normas de conducta.[197] Lo más importante, para la doctrina que recurre a ellas, es que las incumbencias se diferencian de las normas en que su infracción no comporta *per se* una sanción directa, sino solo una disminución o privación de posibilidades futuras de exención.[198] En efecto, tal infracción constituye el presupuesto de la posterior denegación de una exención a un sujeto que ha infringido una norma sin capacidad de evitar su infracción. Esto es lo que sucede con la provocación del desconocimiento de la realización típica, de un estado de alteración mental, o del desconocimiento de la prohibición. Así, la infracción de incumbencias se halla en la base de los juicios de imputación extraordinaria que procede realizar cuando no es posible llevar a cabo un juicio de imputación ordinaria a un sujeto. Ahora bien, dado ese efecto de posterior bloqueo de una exención, se discute si las incumbencias son fuente de deberes del sujeto solo con respecto a sí mismo o también frente a los demás —terceros concretos o la comunidad política—.[199]

155 De todos modos, resulta oscura la cuestión de si la infracción de una incumbencia conlleva que la conducta esté prohibida o sigue estando permitida. En efecto, tanto una como otra conclusión resultan problemáticas. Como se ha indicado, la doctrina que las ha teorizado sostiene que su infracción no conlleva que la conducta que las infringe esté prohibida. Sin embargo, tal infracción elimina o, al menos, mengua sus posibilidades de exención en el caso de producirse un resultado lesivo penalmente relevante. Ahora bien, no es fácil hallar la razón por la cual la realización de algo jurídicamente permitido puede empeorar la situación jurídico-penal del sujeto. Dicho esto, hay razones para pensar que la infracción de incumbencias no es plenamente lícita. Ciertamente, es innegable, en primer lugar, que muchas incumbencias fueron y son en primer lugar normas morales. En segundo lugar, que dan cuenta de normas jurídicas extrapenales —estándares jurídico-privados de conducta, como los de la diligencia del padre de familia, del buen comerciante o del administrador diligente y fiel—. En tercer lugar, que cada vez más frecuentemente coinciden con disposiciones del Derecho de policía, regulatorio y administrativo-sancionador. Así pues, más bien parece que, en tales casos, la conducta se halla prohibida, aunque no lo sea por el Derecho penal. Por lo demás, tan pronto como el legislador decide tipificar penalmente la infracción de una incumbencia, esta «asciende» a la condición de norma (penal). Ahora bien, si las incumbencias son ético-(socio-)jurídicas no parece que puedan ser calificadas solo como deberes para con uno mismo.

---

[197] «Cargas»: *Hruschka* (1983), 280 ss., 289, 389-390. Crítico, *Neumann*, GA 1985, 395.

[198] *Kindhäuser*, REJ 22 (2015), 25.

[199] En el primer sentido, *Hruschka* (2.ª, 1988), 295; asimismo, con matices críticos del planteamiento de Hruschka, *Neumann*, JRE 27 (2019), 461, 463. Sobre esta discusión, *Sánchez-Ostiz* (2008), 535 ss.; *Montiel Fernández* (2020), 458 ss.

3.1.3. Los problemas abiertos de la doctrina de las incumbencias

Lo anterior suscita, al menos, cuatro cuestiones que todavía están pendientes de investigación suficiente. En primer lugar (i), la del contenido concreto de las incumbencias: físico, psíquico-cognitivo y psíquico-volitivo. Por otro lado (ii), la de en qué casos puede estar justificada su «vulneración», de modo que carezcan de cualesquiera efectos negativos sobre el sujeto.[200] A continuación (iii), la de cuáles son los presupuestos de la imputación de su vulneración a un sujeto. En fin (iv), la de las consecuencias de tal imputación de su vulneración.[201] **156**

3.2. Las normas de conducta —principales y derivadas—

3.2.1. Las clases de normas derivadas

Una doctrina distinta a la de las incumbencias —y que es la asumida aquí— parte de que el sistema de normas de conducta establecido para la protección de un bien jurídico se conforma en virtud de una red de normas principales y otra de normas derivadas de ellas.[202] Por su parte, las normas derivadas no están vinculadas a las principales en virtud de consideraciones lógicas, sino también mediante una conexión teleológica. Así, por ejemplo, la prohibición de matar dirigida a un sujeto conlleva, por un lado, que existan tres normas derivadas que se le dirigen también a él mismo: (i) la prohibición de intentar matar e incluso de preparar un homicidio; (ii) el mandato de desistir, una vez iniciado un intento de matar; y (iii) la prohibición de ponerse en una situación en la que no se pueda cumplir la prohibición de matar («si bebes, no conduzcas»). Por otro lado, de la prohibición de matar se derivan: (i) la prohibición de ayudar (a uno mismo o a otro) a matar; y (ii) la de hacer surgir en otro la decisión de matar. En fin, los mandatos de neutralizar riesgos conllevan normas derivadas adicionales a las anteriores. En concreto, prohibiciones derivadas de ese mandato.[203] En su comprensión más generalizada, de todos los mandatos se desprende, como norma derivada teleológicamente de ellos, la prohibición de realizar cualquier acción que impida el cumplimiento de aquellos o la producción del resultado positivo derivado de aquel cumplimiento.[204] Tal prohibición, por su propio carácter derivado, se dirige solo a los destinatarios **157**

---

[200] La posibilidad de justificación de la vulneración de incumbencias se sostiene por *Hruschka* (2.ª, 1988), 295; *Kindhäuser*, JRE 2 (1994), 339 ss. Crítico, *Neumann*, JRE 27 (2019), 461: la ausencia de infracción debe determinarse según el conjunto de las circunstancias del caso.

[201] Para *Neumann*, JRE 27 (2019), 464-465, las incumbencias son «reglas de segundo nivel», cuyos problemas aplicativos deben resolverse en el marco de un «diálogo de responsabilidad», con arreglo a una «argumentación de moral cotidiana». Sin embargo, esto es muy poco explícito, por más que evoque el «argumento de las manos limpias».

[202] *Binding* (1885), 167; *Ast* (2010).

[203] *Binding*, Normen, I, 4.ª, 1922, 111; *Philipps* (1974), 61-62, 65; *Roxin* (1976), 228.

[204] *Binding*, Normen, I, 4.ª, 1922, 111 «No hacer nada para evitar que se produzca el éxito deseado»; *el mismo*, Normen, II, 1, 2.ª, 1914, 238 ss.

del mandato, y es ella la que resulta infringida por la conducta activa de un sujeto consistente en hacer imposible su posterior cumplimiento del mandato.

158 Las normas derivadas operan en el propio entorno del hecho típico, es decir, en la fase de su preparación. Además, como normas en sentido estricto, afectan directamente a la relación interpersonal. Esto se observa con claridad en las normas derivadas que se refieren a conductas de tentativa, o a conductas de preparación y de participación —tanto en la fase previa, como en la fase ejecutiva del hecho—. Entre ellas se encuentran también las que prohíben la conducta del sujeto que provoca o no impide su posterior ausencia de acción, es decir, la «incapacidad instrumental» de cumplir la norma, previa a la «incapacidad o disminución de la capacidad de motivación». Así, algunas variantes de las figuras de *omissio libera in agendo* u *omissio libera in omittendo*; igualmente, algunas variantes de *actio libera in agendo* o bien *in omittendo*. Todas estas estructuras deberían quedar al margen de la doctrina de la *actio libera in causa*, por una razón sencilla. En efecto, si falta la capacidad de acción, o la capacidad específica de realizar la acción indicada para evitar el resultado lesivo, ya no hay una acción —*actio*— ni una omisión —*omissio*—. Por tanto, no se trata de que haya una acción u omisión no libres —*liberae*— y haya que buscar su libertad en la causa —*in causa*— (*cfr. infra* capítulos 9/53; 11/154; 13/97; 24/59).

159 En estos supuestos el sujeto no podría cumplir la norma principal, aunque tuviera la «motivación dominante» de hacerlo. Sin embargo, debe comprobarse si en la fase previa su conducta infringió alguna norma derivada. En su caso, la infracción de tales normas derivadas da lugar a un injusto que puede ser penalmente relevante de modo incondicionado (en el caso de la tentativa), o bien de modo condicionado (en el caso de la preparación, incluida la participación preparatoria). Por tanto, los actos preparatorios no son la infracción de deberes para con uno mismo, sino que son punibles como actos de participación.

160 Un análisis parcialmente distinto es el relativo a los casos de *actio libera in causa* en sentido estricto, es decir, de provocación o no impedimento del advenimiento de una situación de inimputabilidad. Aquí sí se trata de una *actio non libera in se*, cuya libertad debe buscarse en la causa —*in causa sua*— (*cfr. infra* capítulo 24/60). Sin embargo, estos supuestos deben ser tratados asimismo como conductas de participación —en la fase preparatoria— en el hecho posterior realizado por el mismo sujeto. Es decir, como supuestos de autoayuda a delinquir que no tienen lugar mediante cooperación material sino mediante un autofavorecimiento motivacional (*cfr. infra* capítulo 15/15). Ahora bien, en todo caso, y según se ha anticipado ya, las normas derivadas inciden, como pronto, en la fase preparatoria del delito. En conclusión, cabe afirmar que buena parte de los comportamientos que las doctrinas de las incumbencias estiman infractoras de estas últimas, en realidad infringen ya normas de conducta, aunque estas no son principales, sino derivadas. En efec-

to, aparecen como conductas de favorecimiento material de otras conductas ejecutivas propias o ajenas —de hetero— o autofavorecimiento—, o bien de favorecimiento motivacional de otras conductas propias o ajenas (mediante auto-desinhibición —*actio libera in causa*— o hetero-desinhibición). Esto significa que ya están prohibidas por el Derecho, aunque solo sean condicionadamente típicas.

3.2.2. El posible espacio de las incumbencias: la conducción de la vida

3.2.2.1. Planteamiento

161 En el modelo que se acoge aquí, la mayor parte de las conductas que la doctrina de las incumbencias sostiene que infringen estas entidades deónticas, en realidad infringen normas de conducta; en concreto normas derivadas. Sin embargo, es cierto que existen conductas de provocación activa —o de no evitación— de determinados estados de cosas internos del sujeto —cognitivos o volitivo-emocionales— que pueden ser relevantes en cuanto a la comisión de hechos delictivos en un futuro no inmediato. Pues bien, tales comportamientos no pueden reputarse típicamente desaprobados, ni en tanto que infractores de normas de conducta principales, ni tampoco como infractores de normas de conducta derivadas. A este respecto, algunos ejemplos vienen dados por la progresiva adquisición de adicciones —al sexo, al juego, al alcohol u otras drogas, a la pornografía— en virtud de conductas reiteradas de consumo. Estas pueden tener lugar en semanas, meses o años anteriores a la comisión del hecho delictivo. Sin embargo, también existen otros ejemplos relativos a conductas de ausencia de obtención de informaciones necesarias para la realización de una profesión específica —o para la vida, en general— que tienen lugar con mucha anterioridad a la realización del hecho penalmente antijurídico. Todo esto redunda en que el sujeto, en el momento de realizar la conducta *ex ante* intersubjetivamente desaprobada, obre de modo no doloso ni imprudente; o sin conocimiento de la antijuridicidad, o sin poder ajustar su conducta a los requerimientos del Derecho. Es decir, que tenga un defecto cognitivo o volitivo-emocional.

162 Tales comportamientos anteriores no infringen normas de conducta. Así pues, a propósito de ellos se da una disyuntiva: (i) o no infringen ninguna entidad deóntica con relevancia para el Derecho, sino en su caso tan solo una norma moral; o bien (ii) infringen alguna entidad deóntica jurídica. En este segundo caso, parece que tal entidad tendría que ser una incumbencia, como las que ha identificado la doctrina. Pues bien, si se sigue este segundo camino, cabrá afirmar que existen efectivamente entidades deónticas jurídicas, diferentes de las normas de conducta. Estas interpelan al sujeto en etapas anteriores de su vida, en puridad a lo largo de su vida adulta y, en todo caso, antes de que se plantee la propia posibilidad concreta de cometer un delito.

3.2.2.2. El sentido diacrónico del actuar humano

163 El Derecho penal como orden de reconocimiento opera bajo el presupuesto de que la mayoría de la población practica de forma continuada las virtudes cívicas —virtudes republicanas—.[205] De lo contrario, tendría que ir acompañado, en amplia medida, de un orden de coacción preventivo (*cfr. supra* capítulo 1/55). Así pues, su punto de partida es el compromiso ciudadano por hacer lo necesario para cumplir las normas del Derecho. Este deber político básico se especifica, por un lado, en llevar a cabo en cada momento concreto aquellas conductas que puedan contribuir al cumplimiento futuro de las normas jurídico-penales. Por otro lado, se concreta en omitir en cada momento todo aquello que puede dificultar el cumplimiento futuro de las normas jurídico-penales. Ahora bien, a la luz de esta idea, las incumbencias no deben estudiarse solo desde una perspectiva lógico-analítica. Desde luego, en este plano es cierto que toda norma de conducta pretende ser cumplida por su destinatario, lo que presupone como condición necesaria, aunque no suficiente, la posibilidad de ser cumplida.[206] Por lo tanto, al destinatario de la norma le incumbe mantenerse en situación tal que la norma pueda interpelarlo a su cumplimiento. Sin embargo, es obvio que de este modo el tema no se cierra, sino que precisamente se abre a una discusión que ya no es jurídico-formal, sino material, es decir, ético-jurídica y político-jurídica.

164 El deber de estar en condiciones de cumplir las normas tiene como fundamento tanto la relación política vertical con el Estado como la relación ético-política horizontal, que vincula a un posible sujeto activo con el posible sujeto pasivo de sus actos delictivos.[207] Ahora bien, tanto en uno como en otro caso cabe sostener que es un deber derivado de las exigencias del bien común. A su vez, opera de modo previo a la incidencia de las normas de conducta, de modo que su identificación requiere una sólida fundamentación política.[208] Ello es decisivo porque, en los Estados occidentales, junto a esa pretensión aparece otra contrapuesta. A saber, la de que a todo sujeto le es lícito realizar conductas de las que se deriva la posibilidad de que acabe no estando en condiciones de cumplir con las normas —de que hay «derecho» a ello—. Por tanto, es preciso hallar un equilibrio entre ambas pretensiones, cuya concreción no tiene por qué coincidir en todos los modelos jurídico-políticos.

165 Redefinida así, la doctrina de las incumbencias se relaciona con la naturaleza diacrónica del actuar humano. En concreto, parte del hecho de que las acciones y las omisiones tienen un efecto creativo de la propia biografía del sujeto que las realiza. Así, el ejercicio de la libertad individual está vinculado

---

[205] *Pawlik* (2012), 371 n. 661.

[206] *Sánchez-Ostiz* (2014), 150.

[207] Lo primero, en *Pawlik* (2012); lo segundo en *Hörnle* (2013), 51.

[208] En este sentido *Günther*, Rg 28 (2020), 129 ss. Críticas de *Neumann*, GA 1985, 389 ss.; *el mismo*, JRE 27 (2019), 455 ss.

de modo indisoluble a la posición de garante por uno mismo,[209] que se identifica con el hecho de que cada persona es administradora de sus capacidades y facultades. En efecto, esto último constituye el presupuesto fundamental de la confianza recíproca y, por tanto, de la vida en comunidad. Además, da lugar al surgimiento de deberes con respecto a uno mismo, tanto físicos —de mantener las propias capacidades físicas—, como cognitivo-volitivos —de mantener los conocimientos y la capacidad de razonar y decidir— y morales. Así pues, las incumbencias, aparte de físicas, pueden ser cognitivas o volitivas. Las primeras consisten en no provocar el desconocimiento y en obtener el conocimiento que no se tiene. Las segundas, por su parte, en procurarse una voluntad fiel al Derecho, de modo que se esté en condiciones de actuar conforme a sus razones. Esto último implica una incumbencia de no construirse motivos antijurídicos, así como de neutralizar los motivos antijurídicos proporcionados por terceros.[210] Ahora bien, tales deberes no solo se imponen en atención a uno mismo («sé el que debes ser»), sino también teniendo presentes a las demás personas.

Esto obliga a establecer el significado de las conductas realizadas en la esfera privada cuya repetición puede acabar conformando un déficit cognitivo o volitivo de cierta permanencia —una personalidad adictiva—. Por ejemplo, como se ha anticipado, las conductas de consumo de alcohol, de drogas, de pornografía o de la práctica de apuestas a través de internet. Ciertamente, todas ellas, salvo la posesión de pornografía infantil, son penalmente atípicas. Además, están permitidas por el Derecho público, excepto el consumo de alcohol en los menores de dieciocho años y el consumo de drogas en público;[211] en algunos países existen más excepciones. Por eso puede resultar llamativo afirmar, por ejemplo, que consumir alcohol constituye la infracción de una incumbencia, cuyo contenido es evitar convertirse en adicto, pudiendo llegar en ese estado a la comisión de delitos. Es común afirmar que estas son conductas que se realizan en la propia esfera de libertad, o de privacidad, de modo que resultan irrelevantes para el Derecho penal. Sin embargo, una cosa es que no puedan ser conductas en sí mismas típicas —por falta de lesividad— y otra que carezcan de relevancia jurídico-penal indirecta. En concreto, a través de una incumbencia del género: «Si tomas drogas, no lo hagas hasta el punto de convertirte en un adicto». **166**

---

[209] Ya *Hruschka* (1976), 50.

[210] Al margen de todo lo anterior, el término «incumbencia» se usa para designar ciertas cargas de autoprotección que tiene un sujeto, cuya infracción puede incidir en la medida en que los terceros —o el Estado— pueden ser hechos responsables por la lesión de bienes de aquel. Estas incumbencias de autoprotección pueden ser negativas —evitar la contribución a la lesión de los propios bienes— y positivas —mejorar los propios bienes—. *Montiel Fernández* (2020), 468 ss.

[211] Así, el art. 36.16 de la Ley española 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana dispone que es una infracción administrativa grave: «El consumo o la tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aunque no estuvieran destinadas al tráfico, en lugares, vías, establecimientos públicos o transportes colectivos, así como el abandono de los instrumentos u otros efectos empleados para ello en los citados lugares».

VII. EL SISTEMA DEL DELITO EN LA EXPOSICIÓN DE LA OBRA (UNA GUÍA)

167 Como se ha indicado reiteradamente, la sistemática dominante de la teoría del delito mezcla dos lógicas distintas. Por un lado, la lógica general de la teoría del ilícito; por otro, la teleología del delito como ilícito penal —merecedor y precisado de pena—. Las categorías del «ilícito general» que aparecen en el sistema del delito son la ilicitud *prima facie*, la antijuridicidad (con su envés, que es la justificación) y la culpabilidad. En cambio, las categorías específicas del «ilícito penal» son la tipicidad, la antijuridicidad penal o prohibición bajo pena por razones objetivas (cuyo envés es la exclusión de la prohibición bajo pena), la culpabilidad penal (que se excluye por las causas de exclusión de la prohibición bajo pena por razones personales) y la punibilidad. Así pues, la teleología del Derecho penal incide limitadamente en el ámbito de la norma de conducta y se centra ante todo en la norma de sanción. Asimismo, se ha indicado que los dos ejes del sistema de la teoría del delito son la «lesividad» y la «antinormatividad». Como consecuencia de la síntesis de ambas dimensiones, las normas de conducta vedan la realización conductas *ex ante* adecuadas para producir el resultado típico. Ello, siempre y cuando no sea posible formular un juicio *ex ante* de permisión.

168 La dimensión específica de «lesividad» de la conducta, que se integra en el conjunto de los presupuestos de la norma de sanción, se determina en virtud del juicio *ex post* de tipicidad —consumación, tentativa— y de ausencia *ex post* de justificación. Por lo demás, la lesividad punible requiere que no exista ninguna causa objetiva de exclusión de la prohibición bajo pena de la conducta, así como ninguna causa de exención de punibilidad. A su vez, para poder afirmar la «antinormatividad» de la conducta es preciso que ésta pueda se imputada al sujeto a título de dolo o imprudencia (imputación subjetiva) y, además a título de culpabilidad. Así, la norma principal es infringida por la conducta del autor constitutiva de un intento perfecto, doloso y culpable; o bien, por la conducta de imprudencia perfecta, individualmente imprudente y culpable. De modo paralelo, las conductas antinormativas de los partícipes requieren que la vulneración del contenido de la norma de conducta derivada se les pueda imputar a título de dolo o imprudencia (imputación subjetiva) y, además, a título de culpabilidad. Como puede advertirse, la imputación subjetiva y la culpabilidad se mueven en el ámbito de la norma de sanción. Ahora bien, para aplicar la norma de sanción penal es preciso que la culpabilidad sea penal, o punible, es decir, que no existan causas de exclusión de la prohibición bajo pena por razones personales (causas de exculpación). En definitiva, la aplicación de la norma de sanción penal requiere, por un lado, culpabilidad punible; por otro lado, lesividad punible.

169 De conformidad con estas premisas, el sistema se expone partiendo de la acción intersubjetivamente desaprobada *ex ante*, comisiva (capítulos 9 y 10) y omisiva (capítulo 11). A continuación, se expone la imputación subjetiva de la

conducta a título de dolo o e imprudencia (capítulos 12 y 13). La exposición prosigue con la imputación objetiva del resultado a las conductas desaprobadas comisivas u omisivas (capítulo 14) y la doctrina del *iter criminis*—preparación, ejecución, tentativa y desistimiento, consumación— (capítulo 15). Los capítulos 16 y 17 se ocupan de las formas de autoría y participación en el delito. Por su parte, los capítulos 18 al 22 comprenden las causas de justificación. Los capítulos 23 al 26 exponen la teoría general de la culpabilidad, así como las causas de su exclusión y las de exculpación. El capítulo 27, la punibilidad. En fin, el capítulo 28 se ocupa de la concreción del contenido delictivo del hecho y de la individualización de la pena.

Capítulo 9

LA CONDUCTA HUMANA TÍPICA

Bibliografía seleccionada: Además de la que se cita en el **capítulo 10**, *Abbott/Sarch*, Punishing Artificial Intelligence: Legal Fiction or Science Fiction, University of California, Davis L. R. 53 (2019), 323; *Aichele*, Persona naturalis und persona moralis: Die Zurechnungsfähigkeit juristischer Personen nach Kant, JRE 2008, 1; *Alexander*, Reconsidering the Relationship Among Voluntary Acts, Strict Liability, and Negligence in Criminal Law, en: Paul *et al.* (eds.), Crime, Culpability, and Remedy 1990, 84; *Alonso Álamo*, Acción, capacidad de acción y capacidad de culpabilidad: problemas de delimitación, CPC 131 (2020), 5; *Alschuler*, Two Ways to Think About the Punishment of Corporations, American Crim. L. R. 46 (2009), 1359; *Ast*, Handlung und Zurechnung, 2019; *Atienza*, Para una teoría general de la acción penal, ADPCP 1987, 5; *Bacigalupo Zapater*, Sobre la teoría de la acción finalista y su significación en el Derecho Penal, CPC 79 (2003), 5; *Baumann*, Hat oder hatte der Handlungsbegriff eine Funktion?, GS Arm. Kaufmann, 1989, 181; *Beling*, Grundzüge des Strafrechts, 9.ª, 1925; *Borja Jiménez*, Funcionalismo y acción, EPC XVII (1994), 7; *Brudner*, Punishment and Freedom, 2009; *von Bubnoff*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs, 1966; *Burkhardt*, La teoría final de la acción de Welzel y la teoría filosófica de la acción, en: Frisch *et al.* (eds.), Lo vivo, 2022, 49; *Busato*, Derecho penal y acción significativa, 2007; *Cardenal Montraveta*, El tipo penal en Beling y los neokantianos, 2002; *Cavaliere*, Schizzo di un concetto costituzionalmente orientato di condotta, LH Moccia, 2017, 521; *Cerezo Mir*, El concepto de acción finalista, ADPCP 1959, 561; *Cigüela Sola*, La culpabilidad colectiva en el Derecho penal, 2015; *Delitala*, Il fatto nella teoria generale del reato, 1930; *Denno*, Crime and Consciousness: Science and Involuntary Acts, Minnesota L. R. 87 (2002), 269; *Duff*, Intention, Agency & Criminal Liability, 1990; *Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1930; *el mismo*, Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, FS Mezger, 1954, 127; *Ferzan*, On Jeffrie Murphy's Involuntary Acts and Criminal Liability, Ethics 125 (2015), 1119; *Finkelstein*, Involuntary Crimes, Voluntarily Committed, en: Shute/Simester (eds.), Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part, 2002, 143; *Fletcher*, Conceptos básicos de Derecho penal, 1997; *el mismo*, Aproximación intersubjetiva al concepto de acción, LH Vives Antón, I, 2009, 641; *H. Frankfurt*, Freedom of the Will and the Concept of a Person, en: el mismo, The Importance of What We Care About, 1988, 12; *Freeland*, Acción en sentido penal y movimientos anormales, RDPyPP 1 (2006), 45; *French*, The Corporation as a Moral Person, American Ph. Q. 16 (1979), 207; *Frommel*, Los orígenes ideológicos de la teoría de la acción de Welzel, ADPCP 1989, 621; *Gallas*, La teoría del delito en su momento actual, 1959; *Gargani*, Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale, 1997; *Gimbernat Ordeig*, Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento, ADPCP 1987, 579; *Goldschmidt*, Die Typentheorie, GA 1907, 20; *Gómez-Jara*, La culpabilidad penal de la empresa, 2005; *Gómez Martín*, Concepto de acción y función clasificatoria: una retrospectiva metodológica, LH Mir Puig, 2017, 595; *el mismo*, Concepto de acción y función clasificatoria: estado de la cuestión y perspectivas de futuro, LH Morillas Cueva, 1, 2018, 293; *González Cussac*, La capacidad de acción de la persona jurídica, LH Górriz Royo, 2020, 429; *González Lagier*, Las paradojas de la acción, 2.ª, 2013; *Górriz Royo*, ¿Es el sonambulismo un caso de ausencia de acción o de trastorno mental transitorio?, en: Vives/Cuerda, Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal, 2017, 34; *Gracia Martín*, Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa

y reforma penal, AP 39 (1993), 213; *el mismo*, Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica, RECPC 2016, 1; *Grünhut*, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, FG Frank, I, 1930, 1; *K. Günther*, Nulla poena sine culpa and Corporate Personhood, KritV 2015, 360; *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002; *el mismo*, Organisierte Unverantwortlichkeit, en: Kaufmann/Renzikowski (Hrsg.), Zurechnung und Verantwortung, 2012, 127; *K. A. Hall*, Die Lehre vom Corpus delicti, 1933; *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968; *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *el mismo*, Consideraciones acerca del concepto jurídico-penal de acción, en: Luzón/Mir (eds.), Cuestiones, 1999, 21; *Hilgendorf*, Können Roboter schuldhaft handeln?, en: Beck (Hrsg.), Jenseits von Mensch und Maschine, 2012, 119; *Hoyer*, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, 1997; *Hruschka*, Strukturen der Zurechnung, 1976; *Husak*, Does Criminal Liability Require an Act?, en: el mismo, Essays, 2010, 47; *Jaén Vallejo*, El concepto de acción en la dogmática penal, 1994; *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *el mismo*, El concepto jurídico-penal de acción, en: el mismo, Estudios, 1997, 101; *el mismo*, El lado subjetivo del hecho, en: el mismo, Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal, 2003, 75; *el mismo*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012; *Jiménez Díaz*, Los trastornos del sueño como causa de ausencia de acción, LL 1998, 1609; *Joerden*, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs, 1998; *Kahnemann*, Thinking, Fast and Slow, 2011 (= Pensar rápido, pensar despacio, 2020); *Arm. Kaufmann*, Die Funktion des Handlungsbegriffs im Strafrecht (1962), en: el mismo, Strafrechtsdogmatik, 1982, 21; *el mismo*, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, FS Welzel, 1974, 393; *Kelsen*, Teoría pura del Derecho, 1993; *Kindhäuser*, Intentionale Handlung, 1980; *el mismo*, Análisis causal y adscripciones de acción (1982), DPyC 6 (2015), 17; *el mismo*, Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff, FS Puppe, 2011, 39; *el mismo*, El error sobre las circunstancias del hecho frente al error de prohibición, REJ 31 (2019), 127; *Kindhäuser/ García Cavero/ Pastor Muñoz*, Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial, 2005; *Kollmann*, Die Stellung des Handlungsbegriffs im Strafrechtssystems, 1908; *el mismo*, Der symptomatische Verbrechensbegriff, ZStW 28 (1908), 449; *Koriath*, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994; *Kühl*, Naturrechtliche Grenzen strafwürdigen Verhaltens, FS Spendel, 1992, 75; *List/Pettit*, Group Agency: The Possibility, Design, and Status of Corporate Agents, 2011; *Luzón Peña*, La acción o conducta como fundamento del delito, LH Casabó Ruiz, II, 1997, 143; *Maihofer*, Der soziale Handlungsbegriff, FS Schmidt, 1961, 136; *Maihold*, Strafe für fremde Schuld?, 2005; *el mismo*, El castigo del pecado y la reprobación ética, en: Cruz Cruz (ed.), Razón práctica y Derecho, 2011, 125; *Mañalich*, El concepto de acción y el lenguaje de la imputación, Doxa 35 (2012), 663; *Marinucci*, El delito como acción. Crítica de un dogma, 1998; *Martínez-Buján*, La concepción significativa de la acción de TS Vives, RECPC 1 (1999), 1; *el mismo*, El postulado de la libertad de acción y la incapacidad de acción de las personas jurídicas, LH Queralt Jiménez, 2021, 293; *Molina Fernández*, Societas peccare non potest...nec delinquere, LH Bajo Fernández, 2016, 403; *Moore*, Responsibility and the Unconscious, S. California L. R. 53 (1980), 1561; *el mismo*, Act and Crime, 1993; *Morillas Cueva*, La eximente penal de fuerza irresistible, 1987; *el mismo*, Construcción y demolición de la teoría de la acción, LH Gimbernat Ordeig, II, 2008, 1365; *Muñoz Conde*, Algunas consideraciones en torno a la teoría de la acción significativa, LH Vives Antón, II, 2009, 1449; *Muñoz Conde/ Chiesa*, The Act Requirement as a Basic Concept of the Criminal Law, Cardozo L. R. 28 (2006-2007), 2462; *Pawlik*, Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad, 2019; *Philipps*, Der Handlungsspielraum, 1974; *Polaino/Polaino-Orts*, Cometer delitos con palabras. Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico-penal, 2004; *Puente Rodríguez*, La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso, 2021; *Radbruch*, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1903; *el mismo*, Zur Systematik der Verbrechenslehre, FG Frank, I, 1930, 158; *Ramos Vázquez*, Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito, 2008; *Renzikowski*, Observaciones iusfilosóficas sobre la responsabilidad penal de las organizaciones, REJ 33 (2020), 1; *Reyes Alvarado*, El concepto social-comunicativo de acción, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 729; *Rodríguez Muñoz*, La doctrina de la acción finalista, 2.ª,

1978; *Ronco,* Voluntas ut ratio. Sullo statuto della volontà nel diritto penale, 2023; *Roxin,* Contribución a la crítica de la teoría final de la acción, en: el mismo, Problemas, 1976, 84; *el mismo,* Il concetto di azione, en: Studi in memoria di G. Delitala, III, 1984, 2085; *Rudolphi,* Affekt und Schuld, FS Henkel, 1974, 199; *Ruiz Antón,* La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla, ADPCP 1998, 5; *Salvadori,* I reati di possesso, 2016; *Sánchez-Ostiz,* La herencia de un clásico: Beling y la doctrina del «Tatbestand», ADPCP 2018, 121; *el mismo,* Las normas de las personas jurídicas, LH Bajo Fernández, 2016, 621; *el mismo,* La acción de las personas jurídicas: límites de una ficción, LLC 3 (2020), 1; *Sarch,* Who Cares What You Think? Irrelevance of Unmanifested Mental States, L&Ph 36 (6) 2017, 707; *Schewe,* Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz, 1972; *Schild,* Strafrechtsdogmatik als Handlungslehre ohne Handlungsbegriff, GA 1995, 101; *E. Schmidt,* Soziale Handlungslehre, FS Engisch,1969, 339; *Schroeder et al.* (eds.), Delitos de posesión o tenencia, 2016; *Searle,* Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío, 2000; *Schweikert,* Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957; *Seelmann,* Zurechnung zu künstlicher Intelligenz, FS Merkel, I, 2020, 695; *Seher,* Intelligente Agente als Personen im Strafrecht?, en: Gless/Seelmann (Hrsg.), Intelligente Agenten und das Recht, 2016, 45; *Silva Sánchez,* El delito de omisión. Concepto y sistema, 1986; *el mismo,* La función negativa del concepto de acción, ADPCP 1986, 905; *el mismo,* Sobre los movimientos impulsivos, ADPCP 1991, 1; *el mismo,* ¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?, LH Cerezo Mir, 2002, 977; *el mismo,* Normas y acciones en Derecho penal, 2003; *Spaemann,* Teleología natural y acción, AF 24 (1991), 273; *Stratenwerth,* Unbewußte Finalität?, FS Welzel, 1974, 289; *Tavares,* Algunas reflexiones sobre un concepto comunicativo de conducta, LH Bacigalupo, I, 2004, 901; *Tesar,* Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens, 1907; *el mismo,* Der symptomatische Verbrechensbegriff, ZStW 29 (1909), 82; *Urruela Mora,* Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica, 2004; *Viveiros,* Wider die Zustandsdeliktsauffassung der Besitzdelikte, ZStW 133 (2021), 35; *Vives Antón,* Fundamentos del sistema penal, 2.ª, 2011; *Walter/Schwabenbauer,* Alegato a favor de un concepto natural de acción, LH Cury, 2013, 523; *Welzel,* La doctrina de la acción finalista, hoy, ADPCP 1968, 221; *el mismo,* Studien zum System des Strafrechts (1939), en: el mismo, Abhandlungen, 1975, 120; *Williams,* Voluntary Acts and Responsible Agents, OJLS 10 (1990), 1; *E.A. Wolff,* Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen, 1964; *Yaffe,* In Defense of Criminal Possession, CL&Phil 10 (2016), 441; *Zugaldía Espinar,* Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, CPC 53 (1994), 613.

I. LA ACCIÓN COMO EXPRESIÓN DE SENTIDO IMPUTADA A UN AGENTE MORAL

1. GENERALIDADES

El Derecho penal solo puede calificar como punible una conducta que merezca pena. A su vez, únicamente puede merecer pena aquella conducta que constituya un delito, es decir, que sea típicamente antijurídica y culpable. Sin embargo, para cometer un delito es necesaria una concreta manifestación exterior de un agente moral —de un razonador práctico—, a la que se denomina «acción». Pues bien, el **único** agente moral que existe en el mundo natural es el ser humano. Esta realidad básica constituye un primer sustrato ontológico de la acción —la condición humana—. Con todo, no cabe afirmar que todo movimiento humano sea una acción —es decir, una *causa moralis*—. Por el contrario, solo pueden recibir esta calificación aquellos actos del hombre que no constituyen fenómenos meramente causales —*causae physicae*—, sino 1

que son teleológicos, esto es, intencionales.[1] Los actos propiamente humanos manifiestan la elección del agente en el marco de las alternativas de comportamiento de las que dispone en un momento concreto.[2] De este modo, la elegibilidad constituye la segunda base óntica de la concurrencia de una acción, puesto que la elección es la que dota al actuar humano de capacidad de sentido. Así pues, puede afirmarse que una acción es un comportamiento humano con capacidad de sentido.

2 Cada elección concreta —y, con ella, cada acción— responde a una opción de sentido desde la perspectiva del proyecto personal de quien la realiza. De este modo, en toda acción se expresa la identidad presente, la libertad actual y, en fin, la apuesta del agente por una identidad futura. En efecto, las acciones dan cuenta del proyecto de vida real —no teórico— del agente, pues cada obrar, al tiempo que produce efectos externos, continúa (re-) haciendo —no sin incoherencias— la identidad personal de su autor.[3] Esta idea es la que permite afirmar que toda acción es moral y que, por lo tanto, no existe ninguna acción humana moralmente neutra. Ciertamente, cualquier elección es mejor que alguna de sus alternativas y peor que otras. De este modo, se advierte que la acción no pertenece al mundo biológico —como el movimiento—, sino al mundo biográfico.[4] Cada agente escribe su vida mediante sus acciones, pues en cada una de ellas tiene lugar una auto-atribución de sentido y de valor.[5] Más aún, además de ser movimientos corporales con un contenido significativo biográfico, las acciones «hacen» al agente en sentido no solo moral sino propiamente biológico. En efecto, en virtud de la plasticidad del cerebro, modifican no solo las funciones —su fisiología— sino incluso la propia anatomía de aquel —su estructura—. Así, las propias redes neuronales de quien obra de un modo y la de quien obra de otro pasan a ser visiblemente distintas.

3 Toda acción contiene un sentido desde la perspectiva de la primera persona, esto es, la de su agente. Ahora bien, ese no es el único sentido de cada obrar humano concreto, delimitado en términos espaciotemporales. En efecto, el ser humano, en tanto que agente moral, es un ser social que se define por los vínculos interpersonales (*cfr. supra* capítulo 1/97). De este modo, su actuación tiene lugar en el marco de la relación entre la primera persona (yo), la segunda (tú) y la tercera (él), tanto del singular como del plural (nosotros/vosotros/ellos). Por eso cualquier comportamiento humano capaz de sentido admite una pluralidad de posibles significados,[6] cada uno de los cuales surge de su

---

[1] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, I-II, c. 1, a. 1.

[2] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, I, c. 83 a. 3; *Kindhäuser* (1980), 16.

[3] *Aristóteles*, Ética, 1103b, 1105b; *Pawlik* (2019), 82 ss.

[4] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, I-II, c. 57 a. 4: «*agere est actio permanens in ipso agente*».

[5] Como le dice D. Quijote a Sancho, «cada uno de nosotros somos hijos de nuestras obras y por ende artífices de nuestra propia ventura». Aunque esto debe matizarse en el capítulo 23.

[6] *Kindhäuser* (1980), 27, 151-152; *el mismo*, DPyC 6 (2015), 17; *Koriath* (1994), 402 ss.; *Vives Antón* (2.ª, 2011), 325 ss.

inserción en un contexto determinado.[7] Ciertamente, un mismo movimiento corporal puede tener el sentido de una llamada o de un insulto; sin embargo, también cabe que tenga el sentido de la omisión de un saludo. En definitiva, que signifique lo uno o lo otro depende de quién se pronuncie al respecto y de las reglas de atribución de sentido que este aplique.[8] Con todo, aunque las reglas de atribución de sentido vienen establecidas por cada sistema de referencia, estas no pueden atribuir sentido a lo que carece de capacidad para ello. En concreto, quien entiende que la realidad natural es un hecho bruto no le puede atribuir ningún sentido a lo que sucede.

2. LA CONDICIÓN HUMANA

La acción es capaz de sentido en la medida en que constituye la expresión 4
de un «yo» personal, que es previo a ella y se abre a terceros. En efecto, el sujeto que obra ha de tener determinadas propiedades cognitivo-volitivas, emocionales y expresivas que hagan de él un razonador práctico y no meramente teórico. En definitiva, tiene que ser un agente moral. Así pues, las reglas de cada juego linguístico codeterminan no solo qué movimientos tienen capacidad de sentido sino también qué sentido concreto expresan; pero no pueden construir a su agente. Por ejemplo, las reglas del ajedrez determinan qué es un «movimiento» del juego y también qué significa cada movimiento. Sin embargo, para que haya una partida de ajedrez es preciso un ser humano que mueva las piezas conforme a las reglas. Ciertamente, ello puede tener lugar de modo directo o bien programando a una máquina para que lo haga. Por tanto, incluso en un sistema de juego tan rígido como el ajedrez, el «modo de jugar» es, a su vez, expresión personal —en su caso, genial— del jugador.

El ejemplo del ajedrez pone de relieve que el concepto de acción no es 5
descriptivo. Al respecto es común indicar que la afirmación de que un proceso constituye una acción requiere un sustrato real, pero expresa una adscripción.[9] Ciertamente, el concepto de acción es adscriptivo en un doble sentido: por un lado, porque contiene un (primer) juicio de imputación a un agente; por otro lado, porque expresa un juicio de asignación de sentido a aquello que el agente hace. Ambos juicios responden a reglas distintas, pero conducen a la conclusión de que una acción es una expresión de sentido imputada a un agente. Ahora bien, como ya se ha indicado, los sentidos que se pueden atribuir a un movimiento o conjunto de movimientos que realiza un agente en un momento dado pueden ser distintos. Así pues, cabe afirmar que un agente realiza una u otra acción (u omisión) en función de en qué campo de sentido se inserte su movimiento corporal. Es decir, en función de qué participante en el campo de sentido, al contemplarlo, hable de dicho movimiento.

---

[7] *Welzel* (1975), 124; *Pawlik* (2019), 27.

[8] *Hruschka* (1976), 11-12; *Kindhäuser* (1980), 53 ss.; *Vives Antón* (2.ª, 2011), 327 ss.

[9] *Hruschka* (1976), 13-14; *Kindhäuser* (1980), 16, 156 ss.; *Silva Sánchez*, LH Cerezo Mir, 2002, 990 ss.

3. LOS ENTES CARENTES DE ACCIÓN

3.1. Los animales

6 De entrada, cabe hablar de una teleología inmanente a todo el universo, si este se entiende como cosmos. Esto sugiere la presencia en él de un agente trascendente.[10] Ahora bien, una vez que se desciende de esto a lo concreto, cabe hallar una orientación elemental a fines en todo ser vivo, que pasa por la autoconservación y la reproducción. Más aún, es cierto que en el comportamiento de algunos animales se puede advertir también la proyección de una estructura final propia que comprende una incidencia instrumental sobre objetos externos.[11] En efecto, los animales superiores no solo participan de la finalidad de todo el cosmos, sino que tienen sensibilidad propia —sufren— y además conocen y quieren. Sin embargo, carecen de conocimiento de segundo orden, es decir, no saben que conocen y que quieren.[12] Por eso mismo, tampoco tienen motivos de segundo orden, ni prudenciales ni, mucho menos, morales. Esto es, no atienden a motivos distintos de los primarios y los derivados de su amaestramiento, en su caso. Esta constatación conlleva la exclusión del ámbito de las acciones de aquellos procesos cuyo origen se halla en cosas y animales. En efecto, solo la errónea atribución a estos seres de inexistentes propiedades de agencia moral propia determinó que sus movimientos fueran considerados relevantes, en cierta medida, en el Derecho penal primitivo. Posteriormente, su castigo se debió en muchos casos a la desconexión de las nociones de pena y de merecimiento. En concreto, a la pretensión de producir efectos de prevención general sobre determinadas personas, por ejemplo, sus propietarios.

3.2. Las inteligencias artificiales

7 Por la misma razón, también tienen que excluirse del ámbito de las acciones los procesos que surgen de máquinas provistas de inteligencia artificial —de procesamiento artificial de macrodatos—. Este es el caso, por ejemplo, de los coches autopilotados o de los sistemas de armamento inteligente; pero también el de los procesadores que establecen los precios de las mercancías. En efecto, en ellos no existe una teleología propia, de modo que, aun en el caso de que sean razonadores teóricos, carecen de razón práctica —capacidad de acción y de autodeterminación conforme a sentido—. En realidad, lo que llevan a cabo es expresión de la teleología de sus programadores, esto es, una acción de estos. Ahora bien, ciertamente existe una variante operativa de las inteligencias artificiales que resulta más problemática. Se trata del caso de aquella máquina que puede modificar «autónomamente» el algoritmo que la rige y operar según esa modificación.[13] En esos supuestos, según se señala, el com-

---

[10] *Spaemann*, AF 24 (1991), 273 ss.

[11] *Searle* (2000), 3-4.

[12] *Searle* (2000), 193.

[13] En inglés: «*machine learning*».

portamiento del robot resulta imprevisible incluso para sus programadores. Sin embargo, aun aquí debe apreciarse una pura finalidad instrumental, por compleja que esta sea.[14] En definitiva, las máquinas no son agentes morales y, por tanto, no realizan acciones. Ahora bien, quien opte por un concepto jurídico-formal-convencional de persona,[15] según el cual esta es un centro de imputación de derechos y obligaciones, puede entender que un conjunto de algoritmos lo es y, en fin, atribuirle acciones.

3.3. Las personas jurídicas

8 Asimismo, aunque el tema es discutido, debe excluirse del ámbito de los agentes morales —y, por tanto, de las acciones— a las personas jurídicas.[16] En efecto, a estas últimas se les imputan, en términos de Derecho privado o de Derecho público, los hechos llevados a cabo lícitamente por sus representantes, o por sus directivos y empleados. Sin embargo, ellas mismas no son preexistentes al Derecho. Como puede advertirse, requieren una regla jurídica que establezca su modo de constitución y que, luego, les transfiera la responsabilidad derivada de la acción de otro, que es siempre una persona física. Por eso cabe que a una persona jurídica se le atribuyan «acciones» en el campo de sentido de la economía, de la sociedad, incluso del Derecho privado o público y, sin embargo, no en el campo de sentido del Derecho penal. Es cierto que en el propio lenguaje ordinario las personas jurídicas son frecuente objeto de personificación. Sin embargo, también lo son algunos animales, cosas o fenómenos atmosféricos. En realidad, ello es expresión de la tendencia —que los seres humanos mostramos constantemente— a humanizar a todo lo que nos rodea. Las personas jurídicas son fenómenos artificiales —ni naturales ni humanos— carentes de agencia moral y de ciudadanía política. Por ello, no realizan acciones que puedan merecer reproche; igualmente, tampoco ostentan la dignidad que presuponen las garantías de un sistema de responsabilidad personal.[17]

9 Cabe aceptar, desde luego, la posibilidad de que la interacción de muchas personas en el seno de una organización genere, con el paso del tiempo, estados de cosas duraderos —culturas, formas de operar—. Estas, a su vez, pueden favorecer la virtud o el vicio de sus integrantes, es decir, hábitos operativos orientados al bien o al mal.[18] En concreto, pueden constituir el caldo

---

[14] *Seher* (2016), 58; *Seelmann*, FS Merkel, I, 2020, 695 ss., 706. Matizadamente diferentes *Abbott/Sarch*, U. California, Davis L. R. 53 (2019), 353, 357 ss.

[15] *Kelsen* (1993), 182 ss.

[16] En este sentido, *Gracia Martín*, AP 39 (1993), 589-590; *Cigüela Sola* (2015); *Molina Fernández*, LH Bajo Fernández, 2016, 403 ss.; *Sánchez-Ostiz*, LH Bajo Fernández, 2016, 621 ss.; *el mismo*, LLC 3 (2020), 9; *Martínez-Buján*, LH Queralt Jiménez, 2021, 297 ss. En contra, *Zugaldía Espinar*, CPC 53 (1994), 621 ss.; *Gómez-Jara* (2005); *González Cussac*, LH Górriz Royo, 2020, 438.

[17] *K. Günther*, KritV 2015, 370, 376.

[18] *Cigüela Sola* (2015), 381 ss.

de cultivo de la comisión de delitos por parte de personas físicas. En efecto, esto sucede tanto en organizaciones de Derecho privado o público, como en grupos sin personalidad jurídica y en estructuras sociales y políticas. Pues bien, tales estados de cosas pueden denominarse estructuras de pecado o de injusto, en función de que se examinen desde la Teología moral o desde el Derecho. Además, el examen de sus efectos conduce en ocasiones a hablar metafóricamente de una culpabilidad colectiva. Sin embargo, ellos no son acciones en sí, sino solo el producto de un número indeterminado de acciones de muchas personas, más o menos determinadas, a lo largo del tiempo. Si se quiere, cabe denominarlos hechos colectivos, pero no acciones colectivas.

10 Contempladas en sí mismas, las estructuras de injusto son estados de cosas peligrosos, en el concreto sentido de que, a su vez, favorecen —de modo psíquico, o mejor, moral— la comisión individual de delitos. De este modo, constituyen el fenómeno inverso al de las denominadas estructuras de virtud, que favorecen el obrar virtuoso de quienes se integran en ellas. Tampoco en estas últimas puede hablarse de que exista un «mérito social». Por el contrario, el mérito es de cuantas personas individuales dieron lugar, con sus acciones, a ese estado de cosas positivo. Así pues, el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es que ellas mismas —como entes formales que son— no realizan algo que pueda dar lugar a responsabilidad. Por tanto, es preciso razonar por qué se les debe imputar el fenómeno diacrónico y colectivo que denominamos estado de cosas favorecedor de la comisión de delitos. Pues bien, ello tiene lugar únicamente en virtud de una regla legal que vincula tal estado de cosas, existente en una organización económica, con el ente formal que es su titular.

3.4. Los Estados

11 Tampoco los Estados realizan acciones que conlleven una responsabilidad merecida. Ciertamente, se les imputan las acciones de sus dirigentes y representantes a los efectos del Derecho internacional, pues son sujetos de este.[19] Sin embargo, el Derecho internacional no es un orden basado en el merecimiento. De hecho, el Derecho internacional penal, que sí se basa en el merecimiento, no ha establecido una responsabilidad penal de los Estados y, desde luego , esta no se acoge en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Con todo, el eventual establecimiento legal de tal responsabilidad «penal» constituiría, de nuevo, el mecanismo para imputarles de modo separado o agregado los resultados de las acciones de personas físicas, básicamente, de sus dirigentes. En definitiva, la hipotética responsabilidad penal de los Estados se derivaría de su soberanía —formal— sobre hechos acontecidos en su territorio. A su vez, estos podrían proceder de actuaciones singulares por sí mismas relevantes o bien de estados de cosas —estructuras de pecado o de injusto— derivados de una sucesión de conductas indeterminadas acontecidas a lo largo del tiempo.

---

[19] *Jakobs* (1997), 105.

3.5. El problema de la actuación colectiva o compartida

Otro caso distinto es el de la denominada actuación colectiva, conjunta o compartida.[20] Sin embargo, en ella tampoco cabe hablar de la acción de un colectivo más que en sentido metafórico. En realidad, se trata de casos en los que las acciones de varias personas adquieren un sentido conjunto. A este respecto, el ejemplo más significativo para el Derecho penal es el que viene dado por la existencia de situaciones de coautoría, de co-inducción y de cooperación conjunta (*cfr. infra* capítulo 16). En términos más amplios, el supuesto problemático puede llegar a comprender los casos de codelincuencia o de intervención de varios sujetos en un único delito. Esta, además de las figuras antes mencionadas, abarca, por un lado, la cooperación a la autoría, a la inducción, así como a la propia cooperación; y, por otro lado, la inducción a la autoría, a la inducción y a la cooperación (*cfr. infra* capítulo 16). Ciertamente, en los casos de codelincuencia es posible hablar de la existencia de un hecho conjunto. Sin embargo, en ellos cada agente responde por su conducta —por su respectiva acción— en los términos de su personal merecimiento. Por tanto, no hay algo que pueda denominarse merecimiento colectivo ni, por tanto, responsabilidad penal colectiva. El término «culpabilidad colectiva» solo puede usarse para designar algunas formas de corresponsabilidad social en el delito (*cfr. infra* capítulo 23/102). 12

De todos modos, los problemas de la actuación en grupo son diferentes de la cuestión de si las personas jurídicas actúan. En efecto, aquella da cuenta de un fenómeno complejo consistente en la actuación conjunta de distintas personas físicas. Así, estas últimas realizan acciones individuales, pero su integración permite advertir una unidad de sentido desde una determinada perspectiva. En definitiva, lo relevante es que el sentido de la articulación de las acciones individuales trasciende a la mera suma de estas. Sin embargo, una cosa es una agencia compartida y otra cosa que pueda hablarse de un injusto y de una culpabilidad colectiva.[21] Los mecanismos que conducen a apreciar este fenómeno colectivo en personas jurídicas no son distintos a los que se aplicaron a agrupaciones de personas sin personalidad jurídica a las que en el pasado se atribuyó responsabilidad penal. En efecto, ello siempre tuvo lugar sin consideración de la acción, ni del merecimiento. 13

3.6. Un balance

La exigencia de que la acción como «proceso capaz de sentido» sea precisamente una «acción humana» es obligada si se construye la teoría del delito 14

---

[20] En inglés se utilizan expresiones matizadamente distintas: «*collective agency*», «*group agency*», «*shared agency*».

[21] En inglés: «*collective wrongdoing*», «*collective guilt*». En contra de la posición del texto, aunque desde perspectivas parcialmente diversas, *Joerden* (1998), 78 ss.; *Reyes Alvarado*, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 729 ss.; *Renzikowski*, REJ 33 (2020), 1 ss.

sobre la base de la teoría de las normas que se ha acogido aquí. En efecto, si la norma de conducta se entiende como una directiva con base en razones, entonces sus destinatarios tienen que ser sujetos dotados de autoconciencia y libertad. Por el contrario, no pueden realizar conductas capaces de sentido quienes no atienden a razones. En cambio, la concepción del sistema del delito sobre la base de «normas» de descripción y valoración de procesos lesivos o bien de expectativas de conducta institucionalizadas puede llevar a concepciones diversas. Ciertamente, la expectativa es una construcción social, de modo que también su destinatario puede ser socialmente construido. Así, los procesos surgidos de centros de imputación socialmente construidos —como las personas jurídicas— pueden ser calificados como acciones, recibir una valoración negativa y asimismo ser interpretados como una defraudación de expectativas.

4. LA ACCIÓN HUMANA, EL PRINCIPIO DEL HECHO Y LA LESIVIDAD

15 Algunos fenómenos internos —las cogniciones y las voliciones— son hechos humanos capaces de sentido. En efecto, en ellos se expresa un sentido de adaptación del agente al mundo —en la cognición—, o de adaptación del mundo al agente —en la volición—. En cambio, no constituyen acciones las emociones, aunque estas influyan en aquellas. Ahora bien, la intensidad de determinadas emociones e incluso la forma de ser actual de un sujeto pueden ser en parte consecuencia de acciones u omisiones previas. Por eso, en la vida interpersonal es común el reproche dirigido a una determinada forma de ser. Con todo, los pensamientos, que pueden ser expresiones de sentido —y por tanto acciones—, carecen *per se* de exterioridad. En efecto, de momento los pensamientos no pueden ser considerados como una toma de posición frente al mundo precisamente por su falta de exterioridad. Es esto lo que conduce a negar que, por sí solos, constituyan acciones para el Derecho penal o incluso para el Derecho en general, puesto que este se ocupa únicamente del fuero externo.[22] Así, los malos pensamientos y los deseos ilícitos son acciones que infringen la ley moral, pero no acciones para el Derecho, puesto que todavía no afectan de modo suficiente a las esferas ajenas de bienes. Ahora bien, tal exclusión es, en realidad, contingente, pues los pensamientos no son consustancialmente interiores.

16 Si se puede acceder a los pensamientos ajenos y estos pasan a configurar las relaciones interpersonales, será preciso considerar su integración en un fuero externo. En realidad, ello es posible ya ahora, mediante el recurso a una «interfaz cerebro-ordenador».[23] En casos así, en efecto, tendrán que ser

[22] *Kühl*, FS Spendel, 1992, 80; *Renzikowski*, FS Alexy, 2017, 642.

[23] En inglés, «*brain-computer interface*». Esta permite la interactuación del cerebro con la tecnología, transformando los pensamientos en acciones externas.

considerados acciones. Ahora bien, ello tampoco conducirá necesariamente a que sean relevantes para el Derecho penal. En efecto, el aforismo clásico y vigente según el cual no se responde penalmente por los pensamientos —*cogitationis poenam nemo patitur*— puede explicarse por tres razones divergentes. Por un lado, porque castigarlos supone entrar en el fuero interno, entendido como un espacio general de libertad. Por otro lado, porque se trata de fenómenos no susceptibles de persecución penal en la medida en que todavía no constituyen un riesgo relevante de lesión —o no poseen todavía un suficiente contenido expresivo-simbólico—. O, en fin, porque no se puede probar cuál es su contenido exacto. Pues bien, una hipotética consideración futura de los pensamientos como conductas exteriorizadas, pero no punibles, tendría que apoyarse en la segunda o en la tercera de las razones mencionadas (*cfr. infra* capítulo 15/7). Por tanto, la exigencia de que la acción, para dar lugar a responsabilidad penal, tenga que ser exterior no se vincula al concepto de acción, sino que se establece en virtud del denominado principio del hecho (*cfr. supra* capítulo 2/126).[24] En efecto, este únicamente se cumple si la tipicidad penal se vincula a la realización de una acción exteriorizada.

Un criterio distinto del principio del hecho es el que establece el principio 17
de lesividad (*cfr. supra* capítulo 2/133). En efecto, este trata de determinar cuál tiene que ser el contenido mínimo de lesividad que ha de mostrar un hecho para ser legítimamente tipificado. Sin embargo, esta cuestión ya no pertenece al ámbito sistemático de la acción, sino a la teoría de la tipicidad. El problema se plantea en particular a propósito de la tipificación de actos cuyo significado se reduce a expresar la mala intención del agente. También, con respecto al mayor castigo de determinados actos, en virtud de las malas intenciones, motivos o pensamientos de quien los realiza. En realidad, debe recordarse que la acción es expresión de sentido, de modo que los motivos del agente, en tanto que trascienden al exterior, pueden (re-)configurar el sentido de lo que hace. Entonces, el objeto del debate pasa a ser la determinación de si en la pena se ha considerado únicamente la contribución del motivo a la aportación de significado al hecho, o por el contrario ha tenido lugar un incremento de pena con base exclusivamente en la existencia del motivo.

II. EL CONCEPTO DE ACCIÓN Y EL SUBNIVEL SISTEMÁTICO DE LA ACCIÓN

1. GENERALIDADES

1.1. Precisiones conceptuales

En la discusión actual de la teoría del delito, el término acción se usa en tres 18
sentidos diversos. Así, un sector doctrinal lo maneja en el sentido filosófico de toma de posición libre frente al mundo, que fue acogido en el siglo XIX por

[24] En la tradición angloamericana, «*act requirement*»: *Robinson* (1997), 31 ss.

Hegel y por los penalistas hegelianos.[25] En realidad, este punto de vista, que considera que no existe una acción sin la imputación plena del hecho a un agente, es muy anterior al siglo XIX. En efecto, ya la filosofía clásica entendía que el concepto de acción humana —*actio humana*, y no mera *actio hominis*— requiere la concurrencia en el agente de los elementos de intencionalidad, dominio del hecho y libertad.[26] En todo caso, la consecuencia de la adopción de dicha doctrina es que la única toma de posición de un agente que interesa en términos jurídico-penales es el injusto típico y culpable. Por tanto, para esta posición el Derecho penal no reconoce otra acción que no sea el propio delito. Ciertamente, tal uso clásico ya fue rehabilitado en el concepto de acción del finalismo, que pretendía conformar una auténtica «teoría de la acción», en el sentido de teoría completa del delito (*cfr. supra* capítulo 8/50).[27] Sin embargo, este modelo fragmentó luego sus elementos para adaptarse relativamente a la sistemática causalista preexistente.

19 En los últimos cuarenta años, este uso ha sido recuperado por un sector doctrinal.[28] En efecto, esta posición —en su formulación neohegeliana— entiende que los dos elementos constitutivos de la acción son, por un lado, la culpabilidad,[29] y, por el otro, la objetivización del no reconocimiento de la vigencia de la norma.[30] En definitiva, la acción es la negación del Derecho imputada a un sujeto. Ahora bien, con independencia del interés filosófico que tiene esta perspectiva, resulta dudosa su utilidad práctica para el manejo de la teoría del delito. En primer lugar, puede incluso discutirse que un concepto de acción que la entiende como injusto culpable comprenda todas las acciones relevantes para el Derecho penal. En efecto, si este se concibe como un orden de normas de conducta, es claro que el seguimiento de las normas ya constituye la primera forma de acción relevante (*cfr. supra* capítulo 1/60). Además, el desistimiento voluntario de una infracción normativa constituye asimismo una acción, cuyo sentido es el de reconocimiento del orden (*cfr. infra* capítulo 15/130).[31] En definitiva, las tomas de posición frente al Derecho no son solo las de desautorización, sino también las de seguimiento o reafirmación de las normas. Por lo tanto, ya de entrada puede afirmarse que la libertad es un elemento necesario de cualquier concepto filosófico de acción relevante para el Derecho penal, pero no la antijuridicidad.[32]

---

[25] *von Bubnoff* (1966), 36 ss.

[26] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, I-II, c. 1, a. 1.

[27] *Welzel* (1975), 120 ss., 125. Sobre ello, *Schild*, GA 1995, 104-105.

[28] *Jakobs* (1997), 101 ss.; *Pawlik* (2019), 31 ss. Desde un idealismo subjetivista, *Wolff* (1964), 19 ss., 21; *Köhler*, AT, 1997, 125. También, desde ópticas distintas, *Schild*, GA 1995, 115; *Hoyer* (1997), 372, 375.

[29] *Jakobs* (1997), 113.

[30] *Jakobs* (1997), 116 ss., 121 ss.; *Pawlik* (2012), 290-291.

[31] *Silva Sánchez*, LH Cerezo Mir, 2002, 986 ss.

[32] El concepto analítico de acción también lo identifica con la imputación y, por lo tanto, no lo concibe de modo previo a la tipicidad ni al resto de categorías del delito.

1.2. El uso ordinario del concepto de acción en Derecho penal

En todo caso, al margen del uso filosófico mencionado, el término acción, 20
en su manejo más extendido en la tradición del Derecho penal, designa únicamente a un primer subnivel de la teoría del delito, que desempeña una precisa función sistemática dentro del juicio de antijuridicidad de la conducta. En efecto, tal función consiste en la determinación de qué elementos deben concurrir para que un fenómeno pueda imputarse mínimamente a un agente como un hecho con alguna capacidad de sentido. Luego, en el plano de la tipicidad, se examina si contiene una expresión de sentido precisamente relevante para el Derecho penal. En fin, en planos posteriores, se examina si esa concreta expresión de sentido penalmente típico puede estar justificada o no, imputarse al agente a título de dolo o de imprudencia, y a título de culpabilidad. De este modo, en el plano de la acción se lleva a cabo una primera función de filtro de los comportamientos que pueden dar lugar a la responsabilidad penal de un sujeto. Solo superan el filtro aquellos fenómenos que pueden atribuirse a un agente como alguna mínima expresión de sentido propia —esto es, como alguna obra suya—. Ciertamente el alcance de esta misión es modesto. Es más, puede tildarse de instrumental o didáctico[33] o, al revés, de confundente y prescindible. Sin embargo, las razones que en su día se esgrimieron para abordar directamente el análisis de la tipicidad de un hecho[34] no han prevalecido en la doctrina. Por el contrario, el plano sistemático de la acción ha seguido siendo el lugar habitual de discusión de toda una serie de problemas que no tienen fácil ubicación ordenada en otros niveles posteriores.

1.3. La función del concepto de acción en el sistema del delito

En el contexto de este uso más extendido, la discusión doctrinal acerca 21
de si en un caso concreto existe una acción tiene una doble dimensión: por un lado, de imputación subjetiva mínima; por otro, de asignación de sentido. En suma, el concepto de acción —en su acepción alusiva al «carácter de acción» de un movimiento humano— puede cumplir una primera función de delimitación del conjunto de procesos susceptibles de sentido. Además, dicho concepto —en su acepción alusiva al «contenido de acción»— puede prefigurar, en cierta medida, el debate sobre la estructura de la conducta típica. Así pues, las llamadas teorías de la acción no han sido únicamente doctrinas sobre cuál es el mínimo de imputabilidad de un agente necesario para poder hablar de la concurrencia de una acción en el movimiento que realiza. Esta es su función negativa, sobre la que además existe una amplia coincidencia. Ahora bien, además, han pretendido contener una dimensión positiva, alusiva a la «madera» de la que están hechos los tipos.[35] El problema es que, de este

---

[33] *Jakobs* (1997), 102.

[34] *Radbruch*, FG Frank, I, 1930, 161-162; *Gallas* (1959), 22-23; *Arm. Kaufmann*, FS Welzel, 1974, 394-396; *el mismo* (1982), 21 ss.; *Roxin* (1976), 95, 115.

[35] *Arm. Kaufmann* (1982), 32-33.

modo, han aspirado a identificar la «propiedad decisiva» de las acciones, es decir, cuál es el criterio en cuya virtud se atribuye sentido para el Derecho penal. Pues bien, esto, aunque se quiera abordar antes de la tipicidad, tiene que ver con la teoría de las normas y de la tipicidad que se acoja y no con una doctrina de la acción.[36]

2. LA DISCUSIÓN SOBRE EL CONCEPTO DE ACCIÓN EN LA HISTORIA DE LA DOGMÁTICA

2.1. Un debate del siglo XX

22 Durante casi todo el pasado siglo XX la doctrina discutió larga e intensamente sobre el concepto de acción. Sin embargo, esta discusión apenas afectó a los presupuestos de la imputación de un hecho a un agente a título de acción. En realidad, el debate no versaba sobre estos —la elegibilidad, con la consiguiente evitabilidad—, sino acerca de cómo determinar aquello que debe regir la atribución de sentido a un proceso de origen humano y, a continuación, fijar el objeto de la valoración del Derecho. Por tanto, los términos de la denominada «función negativa» del concepto de acción se han mantenido constantes. En cambio, entre los años treinta y setenta del siglo pasado tuvo lugar un largo debate sobre la «dimensión positiva» de la acción. A saber, sobre si es preferible (i) un concepto causal; (ii) un concepto normativo-social; (iii) un concepto final; (iv) un concepto negativo-normativo; o, en fin (v), un concepto personal de acción.[37] Como se ha indicado, la polémica tenía por objeto la determinación de qué dimensión de las acciones es la relevante en la formulación del juicio de tipicidad, como juicio jurídico-penal de asignación de sentido concreto a una conducta.[38]

2.2. El sentido del debate entre las diversas «doctrinas» de la acción

23 El concepto «causal (o causalista) naturalista» defendía que la dimensión decisiva de la asignación de sentido tenía que ser la de causación empírica, es decir, que debía adoptarse la perspectiva epistemológica de una tercera persona caracterizada como observador científico externo. Desde este punto de vista, la acción es un movimiento corporal voluntario —impulsado por una causalidad interna— que causa una modificación en el mundo exterior perceptible por los sentidos (*cfr. supra* capítulo 8/10). Por tanto, el sentido de una acción vendría dado por los efectos que esta causa.[39] Este concepto constituiría la base del juicio de tipicidad como juicio *ex post* sobre el resulta-

---

[36] *Silva Sánchez* (1986), 123 ss.

[37] *Roxin*, AT, 4.ª, 2006, 8/7 ss.; *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 7/7 ss.; *Gómez Martín*, LH Mir Puig, 2017, 595 ss.; *el mismo*, LH Morillas Cueva, I, 2018, 293 ss.

[38] *Arm. Kaufmann* (1982), 30-31; *el mismo*, FS Welzel, 1974, 395.

[39] *Radbruch* (1903).

do y su relación con la conducta causal del agente. Sin embargo, muy pronto otras variantes del concepto causalista de acción empezaron a matizar esa idea empirista con correctivos sociales.[40]

Así, las diversas propuestas del «concepto social de acción», por su parte, **24** sostenían que la decisiva era la perspectiva de una tercera persona integrada como participante en el contexto de una sociedad dada. Desde este punto de vista, el sentido de una acción viene dado por lo que esta causa, pero no con base en una mera relación empírica, sino solo en la medida en que se entienda que existe un vínculo socialmente inteligible entre el resultado causado y la conducta del agente.[41] Se trataba, pues, de un concepto que constituía la base del juicio de tipicidad entendido como juicio normativo-social *ex post* sobre el proceso de causación del resultado.[42] Como puede advertirse, tanto con base en esta concepción como sobre la base de la anterior, la tipicidad se construye como un juicio sobre la lesividad —empírica o social— del hecho.

En cambio, el «concepto finalista de acción» adoptaba la perspectiva de la **25** primera persona, esto es, del agente. Su creador, Hans Welzel, quien inicialmente parecía tender a una visión al menos potencialmente distinta,[43] consagró luego tal punto de vista de modo categórico. A su juicio, la especificidad ontológica de las acciones humanas radica en que son finales.[44] De este modo, concebía la acción como ejercicio de actividad final y la finalidad, a su vez, como sobredeterminación del proceso causal (*cfr. supra* capítulo 8/26).[45] En efecto, la concepción de la acción como ejercicio de actividad final acogía una dualidad de dimensiones: la causal y la final. Así pues, el sentido de una acción viene dado por lo que esta causa y por la finalidad pretendida por su agente. De nuevo, este concepto sentaba la base de un juicio de tipicidad, que pasaba a tener dos partes: un juicio de desvalor del resultado de base sustancialmente causal; y un juicio de desvalor de acción basado en el punto de vista de la primera persona, es decir, en la representación del agente acerca de los fines perseguidos con su conducta —el desvalor de la intención—. De este modo, la dimensión de enfrentamiento con la norma pasaba a adquirir un papel relevante.

En fin, los denominados «conceptos negativos de acción» —que no deben **26** confundirse con la «función negativa» del concepto de acción— adoptan la perspectiva de un ordenamiento determinado y de sus expectativas. Así, centran su visión de la acción en la contraposición entre lo realizado por el agente

---

[40] *von Liszt/E. Schmidt*, Lehrbuch, 26.ª, 1932.

[41] En algunas propuestas doctrinales, esto condujo a que el concepto de acción pasara a desaparecer como concepto autónomo, quedando inserto en la propia noción de tipicidad. Crítico, *Luzón Peña*, LH Casabó Ruiz, 1997, 154.

[42] *Maihofer*, FS Schmidt, 1961, 136 ss.; *E. Schmidt*, FS Engisch, 1969, 339 ss.

[43] *Welzel* (1975), 124: «fenómeno relevante en términos ético-sociales», «cargado de sentido».

[44] *Cerezo Mir*, PG, 2008, 324 ss.

[45] *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 33 ss.

y un sistema dado de normas sociales o jurídicas. En suma, el contenido de sentido de la acción viene establecido por los deberes que incumple su agente, pudiendo haberlos cumplido. De este modo, la acción fue definida como la «evitable no evitación de un resultado en posición de garante».[46] Ciertamente, los resultados causados a partir de un comportamiento inicial voluntario no se integran sin más en la dimensión de sentido del comportamiento. Igualmente, la ausencia de causalidad no impide la atribución de sentido —así, en la omisión—. Por otro lado, no hay duda de que la intencionalidad del agente pueda ser un elemento de la dimensión de sentido de sus actos. En efecto, en la atribución de sentido social a un hecho se asigna relevancia a la intención de su agente. Sin embargo, se entiende que lo decisivo es el sentido social. Como se advierte, el llamado concepto social de acción fue el que marcó la pauta a este respecto.

27 A finales del siglo XX, un sector de la doctrina buscó en el concepto de acción el establecimiento de un límite a la imputación normativa de significado, mediante la concreción y descripción de las bases empíricas-psicológicas de la atribución de sentido social a un fenómeno. Así, por ejemplo, un sector doctrinal pasó a exigir que la atribución de sentido se vincule a un hecho que constituya «exteriorización de la personalidad del sujeto»;[47] o que pueda relacionarse con el «yo consciente y físicamente libre».[48] En efecto, estas propuestas pretenden acoger un criterio externo-absoluto para determinar el objeto posible del juicio de tipicidad en Derecho penal.[49] Sin embargo, la mayoría de las posiciones de las últimas décadas han optado por recurrir al método adscriptivo, lo que ha dado lugar a los conceptos «analíticos» de acción. Estos parten de que la intención se le imputa al agente. Además, tal imputación se enmarca en un contexto en el que lo determinante es la interacción humana en la comunicación social. Por tanto, la determinación de si algo tiene sentido o no, y, en su caso, qué sentido tiene, depende de las reglas de un campo social de comunicación.[50] En esta línea, ha sido especialmente influyente en España la variante representada por el denominado «concepto significativo» de acción.[51]

3. LA FUNCIÓN DEL CONCEPTO DE ACCIÓN EN EL SISTEMA

28 La doctrina ha atribuido al concepto de acción el cumplimiento de determinadas «funciones». Estas son tres: una función fundamental, clasificatoria, en virtud de la cual la acción se constituye en factor común de todos los tipos de delito, capaz de englobarlos; una función sistemática, o de enlace, *que*

---

[46] *Herzberg* (1972), 169 ss.; próximo, *Jakobs* (1992), 30, n. 31.

[47] *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 8/44 ss.

[48] En el sentido del psicoanálisis, *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 1987, 587.

[49] *Luzón Peña*, LH Casabó Ruiz, 1997, 145.

[50] Así, *Hruschka* (1976), 13 ss., 59 ss.; *Kindhäuser* (1980), 53 ss.; *Jakobs* (1997), 112.

[51] *Vives Antón* (2.ª, 2011), 219 ss., 503 ss.; *Martínez-Buján*, RECPC 1 (1999), 1 ss.

requiere que la acción, sin adelantar los posteriores juicios de valor, posea un contenido material tal que dichos juicios se le añadan a modo de concreciones; y, en fin, una función negativa, o de delimitación, mediante la cual queden excluidos *a priori* aquellos «procesos» que en ningún caso pueden llegar a alcanzar relevancia penal.[52] En realidad, lo decisivo en la acción es que esta tenga capacidad de sentido típico, lo que, a su vez, requiere que en ella se dé una imputación mínima. Ahora bien, en la práctica forense solo tiene sentido que se examine el carácter de «acción» con respecto a procesos de los que se suscita la hipótesis de que hayan lesionado o puesto en peligro un bien jurídico. Así pues, la cualidad de acción no puede predicarse de modo absoluto, sino solo de modo relativo a una determinada realización típica.

Ante todo, el concepto de acción cumple una función general negativa o **29**
de delimitación.[53] Esta hace razonable mantener la separación entre el examen de las causas de ausencia de acción —que se refieren al «mínimo de imputabilidad» exigible—, y el de las causas de exclusión de la tipicidad —que derivan del manejo de criterios de atribución de sentido y de valoración—. Por lo demás, aquella «imputabilidad mínima» tiene que especificarse luego en la imputación subjetiva dolosa o imprudente de la realización del tipo, así como en la imputación a título de culpabilidad. En efecto, el plano de la acción no constituye sino el primero de los «filtros» con que la teoría del delito contempla cualquier proceso pretendidamente lesivo de bienes jurídicos; de modo que los inconvenientes derivados de una supuesta «ampliación» en este primer nivel pueden corregirse en los sucesivos.[54]

III. LA ATRIBUCIÓN DE SENTIDO Y LA IMPUTACIÓN EN LA ACCIÓN

1. GENERALIDADES

Como se ha indicado, el término acción se utiliza en dos acepciones. En **30**
primer lugar, se usa para designar un sustrato —un movimiento corporal capaz de sentido, un proceso interpretable—. En segundo lugar, se emplea para designar a cada uno de los respectivos contenidos de sentido que se atribuyan a aquel, esto es, a cada una de las interpretaciones. Ahora bien, tanto la individualización de una acción, como la atribución a esta de un significado concreto, solo son posibles en virtud de las reglas de un determinado sistema de atribución de sentido. Así, por ejemplo, la acción de beber vino requiere una sucesión de movimientos. Sin embargo, cada uno de ellos, a su vez, puede describirse también como una acción: por ejemplo, insertar el sacacorchos en el tapón de la botella; extraer el tapón; verter el líquido en la copa; aproximar esta a los labios; sorber; e ingerir.

---

[52] Críticos, *Arm. Kaufmann* (1982), 23 ss.; *Baumann*, GS Arm. Kaufmann, 1989, 186.

[53] *Beling* (1906), 17; *Gallas* (1959), 23-24; *Arm. Kaufmann* (1982), 27-28; *el mismo*, FS Welzel, 1974, 393.

[54] *Schewe* (1972), 76.

31 En el lenguaje del Derecho penal, la acción interesa ante todo como expresión de un sentido concreto activo u omisivo. En efecto, las acciones pertenecen *per se* al mundo de la comprensión, o del sentido,[55] que se halla separado del mero acontecer. Ahora bien, existe una relación directa entre requerir que el delito sea una acción, y no un mero proceso causante de daño, y concebir la pena como algo que, a su vez, expresa sentido y no se limita a causar a su vez un efecto (dañoso o terapéutico) en el sujeto que causó el daño inicial. En efecto, un sistema basado estrictamente en reacciones empíricas —medidas estrictamente intimidatorias, terapéuticas o aseguративas— no tiene por qué requerir como presupuesto la constatación de un proceso que pertenezca al mundo del sentido. Por el contrario, el presupuesto de la reacción puede ser sencillamente la constatación de un daño ya producido o de producción predecible en términos asimismo empíricos. Como puede advertirse, este y no otro era el núcleo del modelo positivista que entendía el delito como una patología y la pena como intervención terapéutica o aseguративa. Este es el concepto de acción propio de un sistema de medidas coactivas, pero no del Derecho penal de la pena.

2. LA ATRIBUCIÓN DE SENTIDO

32 En el Derecho penal no es posible llevar a cabo la individualización de una acción ni la atribución a esta de un significado concreto antes de tener presente la noción de tipicidad. Es decir, solo la contemplación «desde cada una de las descripciones típicas» permite concluir si un comportamiento constituye una acción o una omisión determinada para el Derecho penal —determinar qué sentido jurídico-penal concreto tiene—. Por lo tanto, el sustrato ontológico «acción» no tiene *per se* capacidad de individuación, no puede proporcionar información acerca de qué acción concreta se trata. Del mismo modo, las individuaciones de acciones realizadas desde perspectivas ajenas al Derecho penal —la propia del sujeto agente, o la de otros sistemas de atribución de sentido— tampoco tienen una capacidad de vinculación rígida con respecto a la individualización jurídico-penal. Desde luego, la dirección de la intención no es el único criterio a la hora de asignar un contenido de sentido concreto a una conducta. Todo indica que lo decisivo es la atribución social de significado. Por su parte, las reglas conforme a las que se determina qué tiene sentido pueden variar en términos histórico-culturales y en función de los contextos.[56] Lo permanente es que la asignación de sentido requiere, a su vez, una imputación mínima. Lo que ocurre es que, de modo no infrecuente, ambas cosas aparecen entremezcladas. Así, no se distingue entre la dirección de la intención —como elemento que debe ser tenido en cuenta para la atribución de un sentido concreto— y la intencionalidad en sí —que conforma el elemento mínimo de imputación necesario para que proceda la atribución de sentido concreto—.

---

[55] *Silva Sánchez* (1986), 125-126; *Fletcher* (1997), 90.

[56] *Herzberg* (1999), 29 n. 14; *Silva Sánchez* (2003), 56.

3. LA DIMENSIÓN DE IMPUTACIÓN MÍNIMA

3.1. La intuición y la reflexión

La realización de una acción, en tanto que proceso evitable, requiere tres 33
elementos: uno cognitivo-emocional, otro volitivo-emocional y, en fin, un tercer factor de naturaleza física —de capacidad de realización—. Así, el agente se representa un posible curso de acción sobre el mundo exterior, decide llevarlo a cabo, y lo ejecuta, si es que puede. Pues bien, a propósito de la relación entre lo cognitivo y lo volitivo, y la incidencia en estos de la dimensión emocional, hace décadas que se ha puesto de relieve que en el ser humano concurren dos sistemas de acción. Estos son el intuitivo —o rápido— y el reflexivo —o lento—.[57] En efecto, el sistema intuitivo, aun siendo un sistema consciente, opera sin detenerse en el procesamiento de la información. Así pues, la acción intuitiva da cuenta sobre todo de los motivos de primer orden del agente. En concreto, tal sistema de acción suele ser egoísta salvo que, mediante una práctica reiterada en el tiempo, el sujeto haya generado hábitos altruistas de conducta. Por su parte, la acción reflexiva expresa el resultado de la deliberación del agente entre sus motivos de primer orden y sus razones —motivos de segundo orden—. Por tanto, en esta última inciden razones tanto prudenciales, como morales.

3.2. Los motivos de primer orden y las razones

En realidad, los términos de tal distinción psicológica coinciden sustancial- 34
mente con los de la aproximación filosófica clásica y contemporánea. Para esta, los motivos de segundo orden son las razones prudenciales —instrumentales— o estrictamente morales (*voluntas ut ratio*) por las que un agente puede «decidir querer» no hacer aquello que, de entrada, desea conforme a sus motivos de primer orden (*voluntas ut natura*). Solo esto hace posible distinguir lo que un sujeto «quiere hacer» de aquello que «le apetece hacer».[58] Ahora bien, en ocasiones la velocidad del proceso de decisión determina que la acción concreta no constituya el producto de una plena elección razonable. Por el contrario, expresa únicamente el temperamento innato o el carácter adquirido del agente, derivados respectivamente de sus motivos de primer orden o de la integración de estos con sus hábitos de conducta.

La realización de una acción no requiere una reflexión explícita, sino mera- 35
mente una posibilidad de acceso, por elemental y defectuoso que este sea, al mundo de las razones. Pues bien, el modo en el que operan los motivos elementales, integrado con los hábitos adquiridos en un momento dado de la vida, ya es un reflejo de su interacción con las razones de segundo orden del agente en momentos anteriores. Por tanto, en el marco del sistema intuitivo o

---

[57] *Kahnemann* (2011), 20-21.

[58] Partiendo del pensamiento clásico, *H. Frankfurt* (1988), 20.

impulsivo de acción pueden generarse acciones típicas, algunas de las cuales serán dolosas y otras no imputables a título de dolo. Por lo común, las primeras tienen lugar a propósito de cogniciones relativamente simples —como, por ejemplo, unas lesiones corporales—. En cambio, el actuar impulsivo puede determinar que se excluya el dolo en el contexto de cogniciones más complejas, como las que tienen lugar en relación con elementos normativos del tipo.

36 En efecto, en estas últimas se requiere, además de la percepción, la actualización de determinadas reglas sociales o jurídicas de atribución de sentido —como, por ejemplo, en unas injurias—. Ahora bien, aunque no quepa la imputación a título de dolo, cabe discutir sobre si estas pueden imputarse a título de imprudencia. En Derecho penal los ejemplos paradigmáticos de acciones irreflexivas vienen dados por los llamados actos impulsivos y actos pasionales. Cuestión distinta es que tales hechos típicos dolosos sean culpables o que, por el contrario, se pueda apreciar en ellos la concurrencia de un trastorno mental transitorio. Frente a todo lo anterior, en el marco del sistema reflexivo de acción se dan paradigmáticamente las conductas dolosas —o imprudentes— y culpables, aunque excepcionalmente pueda faltar la culpabilidad o, en todo caso, ser atenuada por razones volitivas o emocionales. El caso límite de esta posibilidad excepcional viene dado por las situaciones de falta de fuerza de voluntad o «acrasia».[59]

4. LOS JUICIOS DE TIPICIDAD OBJETIVA, DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA Y DE CULPABILIDAD

37 Una vez que puede afirmarse que el sentido de la conducta realizada coincide con el sentido asignado a una clase de conductas tipificada, y que la valoración que aquella merece responde a su vez al criterio valorativo que subyace al tipo de delito, se concluye que aquella es (objetivamente) típica. A continuación, el paso siguiente es determinar si cabe imputar (subjetivamente) al agente ese sentido típico. Para ello es preciso que el sujeto, que controla la realización de la acción, conozca su sentido. Con todo, se discute sobre si existen algunos casos de imputación subjetiva sin conocimiento. Estos se plantean, en el ámbito del dolo, a propósito de las figuras de la ignorancia deliberada y de la co-consciencia; y, en el de la imprudencia, a propósito de la culpa inconsciente (*cfr. infra* capítulos 12/94; 12/98; 13/114).

38 La ausencia de culpabilidad constituye una situación distinta de la de la ausencia de acción. En efecto, las acciones de los inimputables tienen sentido no solo de modo general, sino también para el Derecho penal. Por eso, no se puede afirmar que sean «naturaleza». Así, la conducta de un inimputable puede estar justificada —tiene sentido decir que ha obrado en legítima defensa—, de modo que no quepa imponerle penas ni medidas de seguridad. Del mismo modo, se puede afirmar que un inimputable ha desistido de su intento

[59] *Williams*, OJLS 1990, 3 ss.

lesivo. Así pues, los inimputables no solo realizan constantemente acciones con sentido fuera del Derecho penal, sino que su conducta tiene sentido dentro del sistema de la teoría del delito.

IV. LAS LLAMADAS CAUSAS DE AUSENCIA DE ACCIÓN

1. GENERALIDADES

39 Como se ha indicado, tanto el sistema de acción reflexivo como el intuitivo dan lugar a acciones, también para el Derecho penal. Por lo tanto, los casos de ausencia de acción se sitúan por debajo del sistema intuitivo. A este respecto, resulta común la afirmación de que son tres las causas que determinan que un proceso humano externo no constituya una acción.[60] En concreto, las conocidas como «causas de ausencia de acción» son (i) la fuerza irresistible (ii) los actos reflejos y (iii) la inconsciencia.[61] Así, la plena inconsciencia excluye la presencia de cualquier acción en el sujeto que la sufre. En cambio, tanto la situación de fuerza irresistible como los actos reflejos no excluyen toda dimensión de acción. Por el contrario, el sujeto que los sufre pierde la capacidad de acción en cuanto al preciso movimiento corporal condicionado por la fuerza o el reflejo, pero puede realizar simultáneamente otros movimientos susceptibles de ser calificados como acciones. Por ejemplo, el proceso de caída al agua del cuerpo de un sujeto que ha sido empujado desde el trampolín de la piscina no constituye una acción. Sin embargo, sí lo son las manifestaciones verbales —por ejemplo, insultos— que profiere o los gestos que realiza mientras cae. Estos últimos pueden ser actos impulsivos, pero no traen causa de una fuerza irresistible. Así pues, los actos reflejos y la fuerza irresistible son causas de ausencia de acción «relativas».[62] En efecto, ponen de relieve que cabe que un comportamiento tenga una dimensión de sentido —evitable— y, en esa medida, sea una acción y que, simultáneamente, posea otra dimensión no evitable, y por tanto no elegible. Ciertamente, en lo que respecta a esta segunda perspectiva, carece de sentido y por lo tanto no constituye una acción.

2. LA FUERZA IRRESISTIBLE

40 La fuerza irresistible designa fundamentalmente el caso en el que un tercero utiliza a un ser humano en su pura dimensión corporal, ya sea como instrumento o no de quien ejerce la fuerza.[63] Su auténtica naturaleza se percibe con claridad si se tiene presente su denominación por parte de la doctrina clásica, que se refería a estos casos con la expresión de *vis physica absoluta*. En efecto, en estos casos la acción puede faltar debido a la ausencia total de alternativas

---

[60] *Silva Sánchez*, ADPCP 1986, 905 ss.

[61] Por todos, *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 1987, 585-593.

[62] *Engisch* (1930), 5; *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 6/34, 6/39, n. 88.

[63] *Aristóteles*, Ética, 1110a.

(fuerza mayor); por la imposibilidad de elegir alguna de esas alternativas; y, en fin, por la imposibilidad de elegir la concreta alternativa que pide el Derecho. Esta última situación es la que se refiere a la incapacidad de realizar la acción debida en los delitos de omisión, que excluye la tipicidad. En los casos de fuerza irresistible, tanto si esta tiene lugar mediante violencia externa o interna —inoculación o provocación de la ingesta de drogas—, el cuerpo del sujeto deviene inaccesible por completo a su sistema de motivos de primer orden, así como —mucho más— de razones de segundo orden.

41 Es común afirmar que esta causa de ausencia de acción requiere la aplicación de fuerza irresistible por parte de un tercero. Sin embargo, ello es reduccionista. En efecto, la fuerza irresistible la puede ejercer un factor natural, como el viento o el agua, o sencillamente la fuerza de gravedad o la inercia. Además, no toda fuerza ejercida por un agente humano es fuerza irresistible. Así, no constituyen fuerza irresistible ni la *vis physica compulsiva*, ni la *vis moralis*. La primera es definida en el diccionario como «aplicación de la fuerza física sobre una persona a la vez que se amenaza con seguir utilizándola, con el fin de doblegar su voluntad». La segunda es, sencillamente, una amenaza. Tampoco constituye fuerza irresistible el denominado «lavado de cerebro». [64] Por lo tanto, todas estas situaciones deben examinarse en el ámbito sistemático de la culpabilidad o incluso con posterioridad a este. [65]

3. LOS ACTOS REFLEJOS

42 Un acto reflejo se caracteriza, por un lado, por su reproducibilidad y provocabilidad; por otro, por su independencia de la afectividad humana. [66] En efecto, lo primero deriva de su carácter mecánico —fisiológico— de respuesta a un determinado estímulo, dada la vinculación subcortical entre ambos (en virtud del denominado «arco reflejo»). Por su parte, lo segundo se refiere a que en el acto reflejo está ausente toda manifestación caracterológica. Ciertamente, la reacción fisiológica tiene lugar con independencia de la constitución de la personalidad, de modo que ante el mismo estímulo personas con caracteres distintos responden del mismo modo. Así pues, en estas situaciones el agente es absolutamente inaccesible a su sistema intuitivo y, *a fortiori*, a su propio sistema de razones de segundo orden. Un claro ejemplo de acto reflejo es el estornudo. En cambio, no son actos reflejos las conductas pasionales o impulsivas, ni tampoco las reacciones primitivas o explosivas. Así, por ejemplo, los ataques de ira, las reacciones de pánico o las manifestaciones explosivas de la sexualidad. En todos estos casos puede advertirse la exteriorización de una determinada personalidad. [67]

---

[64] En este sentido, *Moore* (1993), 259-260.

[65] *Aristóteles*, Ética, 1110a; *Morillas Cueva* (1987).

[66] *Schewe* (1972), 26; *Silva Sánchez*, ADPCP 1986, 910; *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 1987, 588.

[67] *Silva Sánchez*, ADPCP 1986, 914 ss.

4. LA INCONSCIENCIA

El ejemplo práctico más frecuente de ausencia de acción es el de la incons- 43
ciencia, que puede ser debida a múltiples factores. Así, la situación más común de inconsciencia viene dada por el sueño nocturno derivado del cansancio diario. Sin embargo, en realidad el sueño puede sobrevenir a cualquier hora del día o de la noche, como consecuencia del cansancio tras un exceso de horas de trabajo, paradigmáticamente, de conducción de un automóvil. Además, la inconsciencia también puede ser causada por la aplicación de sustancias sedantes o anestésicas, por la ingesta masiva de drogas o, de modo más frecuente, por el efecto sinergético derivado de la ingesta moderada de alcohol combinada con medicamentos. Por otro lado, algunas patologías cerebrales, así como dolencias neurológicas crónicas, pueden producir también estados agudos de inconsciencia en momentos de crisis. Un ejemplo muy presente en la tradición del Derecho penal es el de la epilepsia. En efecto, la crisis epiléptica que se suscita durante la conducción de automóviles, o mientras se maneja maquinaria peligrosa, da lugar a una inconsciencia que excluye el carácter de acción del proceso lesivo. Igualmente, cualquier lipotimia produce el mismo efecto. En cambio, se suscitan dudas a propósito de los efectos de otras patologías que se prolongan en el tiempo: así, los de una encefalitis, de un quiste aracnoideo o, en general, de tumores o traumatismos.[68] Por lo demás, también hay que tener presentes los accidentes cardiovasculares —el infarto de miocardio, o el ictus cerebral— que producen un efecto neurológico de inconsciencia o de incapacidad física. En fin, las personas que padecen diabetes pueden sufrir una crisis hipoglucémica que dé lugar a un shock y, con él, a una pérdida de conciencia.

Ciertamente, es preciso considerar la diversa intensidad con la que pueden 44
tener lugar todos estos trastornos. Un ejemplo claro es el de la ingesta de alcohol. En cuanto a sus efectos jurídico-penales, ha sido común considerar que la embriaguez puede alcanzar tres grados. Estos son el de la mera atenuación por imputabilidad disminuida; el de exención de pena por inimputabilidad en virtud del padecimiento de un transtorno mental transitorio completo; y, en fin, el de ausencia de acción en los casos de máxima intensidad. A este respecto, la doctrina tradicional hablaba de la existencia de situaciones de «embriaguez letárgica». Ello puede ser un ejemplo de lo que sucede, asimismo, con los efectos de los trastornos del sueño. En efecto, también estos muestran una fenomenología muy compleja,[69] de modo que la única conclusión posible es que en los casos de máxima intensidad se produce la ausencia de acción. Sin embargo, existen otros supuestos en los que lo razonable es ubicar la discusión en el nivel sistemático de la imputabilidad y, en concreto, en el trastorno mental transitorio. Como puede advertirse, el problema de estos casos es la dificultad de su abordaje binario. En efecto, entre la plena consciencia y la

---

[68] *Denno*, Minnesota L. R. 87 (2002), 344 ss.

[69] *Jiménez Díaz* (1998), 1609 ss.; *Górriz Royo* (2017), 63 ss.

absoluta inconsciencia se da una zona gris, que viene dada por la incidencia tanto de la coconsciencia como, en fin, del subconsciente.

45 En este contexto es preciso tener en cuenta la posible relevancia jurídico-penal de la conducta llevada a cabo por el sujeto en los momentos previos a la crisis que desencadena un estado de ausencia de acción. En particular, existe debate sobre la relevancia de la omisión de medidas precautorias o del inicio de una actividad peligrosa cuando no es imprevisible que pueda sobrevenir el estado de inconsciencia. A este respecto es necesario distinguir dos situaciones distintas. Por un lado, el caso de la infracción de normas de conducta derivadas —mandatos o prohibiciones— que determina la apreciación de una autoayuda (o autofavorecimiento), sin que luego pueda hablarse de un hecho imputable a título de autor, dada la ausencia de acción. Por otro lado, el caso de la infracción de incumbencias de información o de autocontrol en momentos previos a aquellos en los que tiene lugar la infracción de una norma de conducta derivada.

V. LOS GRUPOS DE CASOS OBJETO DE DISCUSIÓN

1. LOS MOVIMIENTOS IMPULSIVOS

46 El problema de si los actos que se realizan por ira o deseo son voluntarios o no ocupa a la doctrina desde la antigüedad.[70] En la teoría del delito se discute desde hace décadas si las reacciones primitivas y explosivas —en ocasiones denominadas «actos en cortocircuito»— pueden considerarse acciones.[71] Del mismo modo, se debate sobre las llamadas conductas pasionales e impulsivas. Unas y otras, de difícil delimitación —cuantitativa, no cualitativa—, se caracterizan por la rapidez con la que tienen lugar, que limita la incidencia del sistema reflexivo del agente, hasta el punto de neutralizarla. Desde luego, en ellas no se trata de meras reacciones causales-fisiológicas. Así las cosas, en la doctrina se tiende a imponer la idea de que son acciones, porque en ellas se da una conducción del movimiento externo, aunque esta no sea plenamente consciente o reflexiva. En este sentido, se habla de que concurre una «finalidad inconsciente».[72] Sin embargo, no solo existe una teleología, sino que cabe advertir también una expresión de la personalidad del sujeto.[73] Así, un agente más agresivo, o más miedoso, obra en tales contextos de forma distinta. Ahora bien, en la medida en que son exteriorización de su personalidad, también dan cuenta de la ausencia de esfuerzo del agente por reconducir sus pasiones en términos no lesivos de terceros.

47 Es verdad que, por la propia rapidez de la reacción, y la consiguiente reducción del nivel de consciencia, resulta difícil que entren en juego las razones de

---

[70] *Aristóteles*, Ética, 1111b.

[71] *Schewe* (1972), 140; *Silva Sánchez*, ADPCP 1991, 1 ss.

[72] Ya *Stratenwerth*, FS Welzel, 1974, 301-302.

[73] *Schewe* (1972), 47.

segundo orden del agente, pero ello no es imposible. En efecto, el presupuesto de la atribución del carácter de acción a los comportamientos pasionales e impulsivos radica, precisamente, en la existencia de una posibilidad de inhibición por razones —por remota que esta sea—. En efecto, allí donde hay una posibilidad de que influyan las razones de segundo orden —de motivabilidad mínima, hablaban los autores empiristas— cabe afirmar la existencia de una acción. Incidencia simultánea y anterior. En cualquier caso, hay que tener presente que los de voluntariedad y consciencia no son conceptos binarios, sino tipológicos.[74] Así pues, no existe un umbral rígido a partir del cual pueda afirmarse su concurrencia, negándola para los supuestos situados más abajo. Por el contrario, se da una línea continua ascendente. A este respecto, se afirma que una finalidad incipiente existe incluso en los actos reflejos, en los que en ocasiones se constatan fenómenos de «adaptación regulativa».[75]

Por tanto, la cuestión no es cuándo hay voluntariedad y consciencia, sino 48
más bien qué grado de estas se precisa para afirmar la concurrencia de una acción en sentido jurídico-penal. En este punto, la decisión varía según que se tome como punto de partida el modelo reflexivo de acción o se acoja también el modelo espontáneo.[76] En definitiva, como se ha indicado, la determinación de qué es una acción no se expresa mediante un juicio empírico-descriptivo, sino normativo-adscriptivo —de imputación—.[77] Ahora bien, para imputar la concurrencia de una acción es preciso identificar indicadores —susceptibles de prueba— sobre esa posible incidencia de razones. Si la posibilidad de incidencia de razones es real, la conducta se reputará normalmente dolosa, aunque quepa sostener la exclusión o atenuación de la culpabilidad por ese hecho.[78] En cambio, si la posibilidad de incidencia de razones no es actual, sino previa, entonces la acción debe buscarse en un momento anterior al hecho. Ello da lugar a una estructura próxima a la *actio libera in causa*, pero no coincidente con ella. De todos modos, así no se convierte al proceso impulsivo en acción, sino que, simplemente, se afirma la existencia de una acción en un momento anterior. A esta acción, en su caso, podría conectarse (dados los demás requisitos) un hecho antijurídico y culpable.

La consecuencia práctica de negar el carácter de acción al hecho pasional 49
en sí es que, normalmente, ello da lugar a la imputación de una conducta imprudente en el momento anterior —como autofavorecimiento imprudente—. Por otro lado, si la inhibición no pudiera tener lugar por vía interna, sino solo por vía externa —desarrollando un movimiento corporal de signo contrario al impulso—, la no realización de ese otro movimiento corporal

---

[74] *Schewe* (1972), 59, 146; *Denno*, Minnesota L. R. 87 (2002), 314 ss.

[75] *Schewe* (1972), 68.

[76] Sobre ambas posturas, *Schewe* (1972), 68 ss.

[77] *Hruschka* (1976), 5 ss.; *Silva Sánchez* (1986), 124 ss. Distinto, *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 1987, 583 ss., 604 ss.

[78] *Rudolphi*, FS Henkel, 1974, 199 ss.

de contención podría ser constitutiva —dados los demás requisitos— de una realización típica omisiva, aunque en general igualmente imprudente. Así, por ejemplo, el caso de quien, habiendo entrado en una habitación polvorienta, no previene el previsible estornudo.

2. LOS AUTOMATISMOS

50 En los automatismos —actos aprendidos— resulta fácil advertir una intencionalidad o, expresado de otro modo, voluntariedad.[79] En efecto, los actos automatizados, como el montar en bicicleta o conducir un automóvil, fueron aprendidos en su día por el agente de modo más o menos trabajoso. Otro tanto sucede con el manejo de máquinas, así como, en general, con las acciones básicas que realizamos en contextos conocidos —activación de interruptores, apertura de puertas, etc.—.[80] El proceso de adquisición de automatismos muestra, en una primera fase, una secuencia de momentos de decisión. Luego, con el paso del tiempo, el producto de esas decisiones va mecanizándose en virtud del aprendizaje.[81] Así llega un momento en que puede afirmarse que opera en ellas una intención inconsciente, subconsciente o «preconsciente».[82] A este respecto, puede resultar clarificadora la comparación de los automatismos con los actos impulsivos. En estos últimos, lo esencial es un factor innato que crea un programa de reacciones en el nivel básico, aunque tal ese factor puede haber sido modificado en virtud de hábitos adquiridos por el sujeto. Así, como se ha indicado, el ámbito de las reacciones impulsivas de un agente puede reducirse mediante el ejercicio en el autocontrol o, por el contrario, incrementarse —por ejemplo, en casos de consumo de drogas—. Pues bien, frente a todo ello los automatismos nunca son innatos.

51 Ahora bien, también aquí la cuestión es dónde se halla el momento de imputación en los casos de realización de actos voluntarios-finales, pero inconscientes. En primer lugar, es posible que el proceso de automatización haya incorporado algunos errores —más o menos selectivos— sistematizados como consecuencia de la habituación.[83] En segundo lugar, es posible que el error se halle en la aplicación del acto automatizado a un contexto concreto. Esto se advierte, por ejemplo, en los errores relativos al cambio de marchas cuando se maneja un automóvil distinto del habitual; o en los relativos a los interruptores, cuando se vive en una casa nueva o se maneja una máquina parecida a la ya conocida, pero distinta en ciertos detalles. En este segundo caso, a diferencia del primero, no cabe descartar la ubicación de una conducta que dé lugar a responsabilidad en un momento anterior a aquel en el

---

[79] *Silva Sánchez*, ADPCP 1986, 925 ss.

[80] *Jakobs* (1972), 76 ss.

[81] *Silva Sánchez*, ADPCP 1986, 925 n. 77; *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 1987, 585-586.

[82] *Moore*, S. California L. R. 53 (1980), 1561 ss.

[83] El uso selectivo del cuidado convierte la imprudencia en dolo eventual: *Jakobs* (2003), 85 ss.

que se da el automatismo. En concreto, en la omisión de un examen previo de la nueva situación.

3. LOS TRASTORNOS DEL SUEÑO

52 En los hechos cometidos en estados de sonambulismo o bajo hipnosis, es posible que el movimiento corporal se corresponda con los deseos del sujeto. De hecho, los movimientos del sonámbulo y del hipnotizado permiten percibir una estructura de medio a fin. Eso sucede también en los denominados actos fallidos —o lapsus—. En todos estos casos, la realización del hecho no es inconsciente, sino parcialmente consciente —o subconsciente—. El problema es que ciertos estados de sueño —en su caso afectados por la ingesta de medicamentos— o la influencia hipnótica producen una reducción de las inhibiciones propias del sistema de razones de segundo orden que tiene ordinariamente un agente. Por tanto, en los hechos subconscientes se expresa solo una parte de la personalidad del sujeto. Entonces, la cuestión decisiva es si, en el caso concreto, se ha producido una eliminación total de inhibiciones, o no. En efecto, la acción es la expresión de una personalidad potencialmente plena y esta no concurre cuando el sujeto sufre una desinhibición total. Si se alcanza una situación así, no se dan los mínimos para una imputación del acto al sujeto, de modo que lo realizado en sonambulismo o bajo influencia hipnótica no constituye una acción.[84] En cambio, en los casos en los que solo se alcance una desinhibición parcial puede afirmarse la concurrencia de una acción y el supuesto de hecho debe examinarse desde la perspectiva de la imputabilidad.[85]

4. LA *ACTIO «LIBERA» IN CAUSA* Y LA AUSENCIA DE ACCIÓN

4.1. Precisiones

53 La expresión *actio libera in causa* —*actio non libera in se, sed libera in causa sua*— alude a la provocación por el sujeto de situaciones de ausencia de imputabilidad (*cfr. infra* capítulo 24/59). Es decir, tiene por objeto casos en los que un sujeto actúa, pero de modo no libre, en el momento típicamente relevante. Por este motivo, la estructura de la *actio libera in causa* no debe ser utilizada en el ámbito sistemático de la acción, pese a que sea usual hacerlo. En efecto, en los casos en que el sujeto provoca —de forma intencional o no—, o no impide el advenimiento de una situación de ausencia de acción, cuando tiene lugar el movimiento corporal susceptible de realizar el tipo, no concurre una acción. Esto sucede, por ejemplo, cuando, manejando un automóvil o maquinaria peligrosa, sobreviene un ataque de epilepsia, la inconsciencia por sueño sobrevenido, o bien un incidente cerebral, cardíaco o renal con

---

[84] *Moore* (1993), 257-258.

[85] *Urruela Mora* (2004), 298; *Górriz Royo* (2017), 70, 74 ss.

pérdida de consciencia. Ahora bien, si no se da una *actio*, carece de sentido discutir si esta era libre o no, o bien si pudo haber sido libre en su «causa».[86] En definitiva, en los casos de epilepsia o inconsciencia dolosa o imprudentemente provocada no es posible entrar a discutir si existe una *actio libera in causa*. Sin embargo, es preciso analizar si puede ser típica —en el sentido de los tipos de comisión o de omisión— alguna acción realizada en un lapso temporal anterior a la pérdida de conciencia.[87] De entrada, esto es lo que sucede en el último momento consciente previo al advenimiento de la crisis, en el que debe ser posible identificar una conducta activa u omisiva imprudente. Ahora bien, cabe que esa conducta inmediatamente previa a la crisis de consciencia —intersubjetivamente desaprobada— no le pueda ser imputada al sujeto, por carecer este de la información necesaria para advertirla como tal. En tal caso, es preciso remontarse a momentos anteriores.

4.2. Las infracciones de normas derivadas y de incumbencias

54 Esa práctica de conectar, sin más, el resultado con una conducta a veces bastante anterior al último momento de consciencia tiene que ver con el hecho de que en la doctrina de la imprudencia no ha sido usual la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos. Asimismo, se relaciona con las dudas existentes en cuanto a la distinción entre autoría y participación por imprudencia. En efecto, con independencia de las construcciones teóricas sobre este punto, en la práctica parece como si todos los intervinientes imprudentes respondieran de forma unitaria a partir de la infracción de un deber de cuidado. Sin embargo, una teoría que distinga entre autoría y participación imprudente debe afrontar específicamente los casos de provocación imprudente de una situación de ausencia de acción.

55 Sentado esto, la segunda parte del problema se refiere a cómo hay que entender el principio de accesoriedad de la participación. Pues bien, como se expone más adelante, la accesoriedad (o dependencia) de la conducta de participación con respecto a la conducta del autor ha de ser entendida en un sentido mínimo y objetivo (*cfr. infra* capítulo 16/45). Sobre esta base es posible sostener que el que provoca imprudentemente —por falta de adquisición de información— su propia conducta desaprobada —pero no imputable subjetivamente a imprudencia— realizada en el momento previo a la inconsciencia no es un autor imprudente (desde luego, no realiza en aquel primer momento el tipo), sino un cooperador necesario (imprudente) de la lesión, que infringe una norma derivada —de participación—. Con todo, existen casos límite en los que ni siquiera se puede hablar de que se infrinja una norma derivada, sino sencillamente de la vulneración de una incumbencia, días, semanas o meses anterior a los hechos. En tales casos, el sujeto no debe incurrir en responsa-

---

[86] *Joerden* (1998), 42-43.

[87] Esta búsqueda se denomina, en la tradición filosófica angloamericana, «*tracing*».

bilidad, salvo que se acepte una construcción de las causas de ausencia de acción limitada por una culpabilidad imprudente en la conducción de la vida.

VI. LA ACCIÓN COMO CONDUCTA TÍPICA

1. PRECISIONES CONCEPTUALES

1.1. El tipo legal y el tipo de injusto

56 Es común afirmar que una conducta es típica cuando reúne el conjunto de elementos que caracterizan a una figura de delito. A este conjunto de elementos la doctrina clásica le había denominado «*corpus delicti*».[88] Sin embargo, esta noción de «cuerpo del delito» no debe confundirse con el concepto criminalístico que utilizaba esa denominación para referirse a la «prueba del delito» (en concreto, su objeto —paradigmáticamente, el cadáver— o sus instrumentos). En todo caso, el concepto de tipicidad, desde su identificación por Ernst Beling (1866-1932), sucedió a la mencionada doctrina clásica.[89] Además, ello puso en relación la teoría del delito con el principio político-jurídico de legalidad. Ahora bien, el manejo de los conceptos de «tipo» y de «tipicidad» hace necesario, en primer lugar, distinguir entre el tipo legal de un delito —o tipo de garantía— y su tipo de injusto —que también puede denominarse tipo sistemático o tipo del error—.[90] En efecto, el tipo legal es la definición de un delito contenida en la ley. Por tanto, comprende elementos relativos a la conducta, a su desaprobación, al resultado, así como al título de imputación subjetiva del hecho al agente. A propósito de este concepto de tipo legal —o de garantía— algunos sectores doctrinales contraponen un «tipo literal» y un «tipo de interpretación». Este último, según algunas opiniones, podría incluso desbordar el tipo literal. Sin embargo, estas distinciones apenas se han difundido entre nosotros y, además, no añaden nada relevante a lo indicado *supra* en el capítulo 6.

57 En cambio, el significado y el alcance de la expresión «tipo de injusto», que tiene una gran relevancia sistemática, dependen del concepto dogmático de tipicidad y de antijuridicidad que defiende cada sector doctrinal. Así, puede aludir (i) a un concepto débil de tipo, esto es, a una descripción valorativamente neutra —el objeto del juicio de antijuridicidad— (un tipo en sentido lógico). Sin embargo, también puede designar (ii) un concepto con un contenido más amplio, que comprende elementos propios de juicios de valoración (axiológico). Pues bien, la acogida de la primera opción obliga a desplazar determinados elementos contenidos en el tipo legal del delito al ámbito de la antijuridicidad, como sucedió mediante la calificación de estos como «elementos positivos de la antijuridicidad» —en la obra de Ernst Beling— o como

---

[88] *K. A. Hall* (1933), 143 ss.

[89] *Gargani* (1997), 157 ss., 273 ss.

[90] *Engisch*, FS Mezger, 1954, 129 ss.

«elementos del deber jurídico» —en la obra de Hans Welzel—. Por su parte, la opción por lo segundo puede conducir al fenómeno inverso, hasta el punto de extender el tipo de injusto más allá del tipo legal del delito, comprendiendo la ausencia de causas de justificación y conformando el denominado «tipo total de injusto». Esto último es lo que ha propuesto la centenaria «teoría de los elementos negativos del tipo» (*cfr. infra* capítulo 18/46). Como se observará luego, en esta obra se acoge una concepción axiológica del tipo sistemático, aunque sin adoptar la doctrina del tipo total de injusto.

58 Asimismo, en función del concepto de antijuridicidad que se sostenga, el tipo de injusto puede comprender (i) solo aquel contenido del tipo legal que es abarcado por la norma de conducta o bien (ii) tanto este como, además, el resultado típico. Pues bien, dadas las premisas del planteamiento que se acoge aquí, en este texto el tipo del error solo contiene aquellos elementos del tipo de delito que determinan la lesión del contenido de la norma de conducta. Por tanto, se ciñe a la conducta típicamente desaprobada, como unidad significativa y valorativa. El resultado y el nexo de imputación objetiva, que integran el tipo legal, quedan al margen del tipo sistemático a los efectos de imputación subjetiva y error. En todo caso, el tipo legal de un delito comprende elementos que no pertenecen al tipo de injusto en ninguna de las concepciones antes mencionadas. Como se verá más adelante, estos se denominan «condiciones objetivas de punibilidad» (*cfr. infra* capítulo 27). Ahora bien, tampoco existe consenso doctrinal acerca de si un concreto elemento típico de un delito determinado pertenece a su tipo de injusto, de modo que tiene que ser abarcado por el dolo, o bien es una mera condición de punibilidad del hecho. Un ejemplo reiteradamente discutido es el de las cuantías en los delitos patrimoniales y económicos.

1.2. La relevancia procesal de la tipicidad de la conducta

59 En fin, además de todo lo anterior, la tipicidad legal de una conducta ha desempeñado una importante función procesal. En concreto, la ausencia de alguno de los elementos de la definición legal de un determinado delito da lugar a que el procedimiento no se inicie o sea sobreseído. En cambio, ello no sucede con la ausencia de los demás elementos del delito, por ejemplo, la justificación de la conducta o la exclusión de la culpabilidad del agente. Esto significa que en términos prácticos en absoluto es irrelevante que el legislador introduzca en la definición legal de un delito determinado una mención expresa a la concurrencia de alguno de los denominados «elementos de la antijuridicidad» o bien una referencia a la ausencia de causas de justificación.

2. EL TIPO DE INJUSTO COMO CATEGORÍA SISTEMÁTICA

2.1. Generalidades

60 La atribución de responsabilidad penal se asienta sobre tres clases de juicios normativo-adscriptivos. En primer lugar, sobre juicios de atribución de

sentido, en cuya virtud se asigna un concreto significado jurídico-penal a una conducta. En segundo lugar, sobre juicios evaluativos, mediante los que se valora —positiva o negativamente— el significado de esa conducta. En fin, sobre juicios de imputación subjetiva. Con base en estos últimos se establece un determinado nexo entre la conducta (des-)valorada y un agente (*cfr. supra* capítulo 7/124). Los dos primeros juicios —de sentido y de valoración— son los propios del ámbito de la tipicidad objetiva y, como luego se verá, también de la justificación objetiva de la conducta. La tercera clase, en cambio, es la propia de la imputación subjetiva, que a su vez se proyecta tanto sobre la realización típica, como sobre el contenido de las causas de justificación.[91]

61 Ciertamente, sería posible efectuar un único juicio de imputación subjetiva completa de un hecho a un sujeto —como obra suya—. En efecto, los juristas medievales denominaban *culpa* (culpabilidad) a este juicio de imputación completa. Igualmente, los penalistas hegelianos lo denominaron indistintamente acción o culpabilidad. Sin embargo, también se ha indicado que, en la tradición de la teoría dogmática del delito, se advierte de modo constante una tensión dialéctica entre el pensamiento idealista-sintético y el pensamiento analítico-clasificatorio (*cfr. supra* capítulo 8/37). En realidad, no es posible prescindir de la dimensión analítica, ya sea por razones estrictamente sistemáticas, o bien didácticas, expositivas o práctico-forenses. Pues bien, en ese marco, se producen distinciones en cuya virtud, en lo que ahora interesa, se descompone el juicio de imputación subjetiva en tres niveles. Estos son los propios de la imputación a título de acción (objeto de este capítulo); la imputación a título de dolo o de imprudencia, que es la que se conoce como imputación subjetiva en sentido estricto (técnico-instrumental); y la imputación a título de culpabilidad (ético-jurídica).

2.2. El contenido del juicio de tipicidad

2.2.1. Precisiones

62 Una conducta humana es objetivamente típica cuando realiza el sentido de alguno de los supuestos de hecho de delito —de alguno de los tipos—[92] contenidos en la Parte Especial del Código penal o en las leyes penales especiales. En efecto, en los tipos de delito se caracterizan las figuras o clases específicas de injusto relevantes para el Derecho penal, esto es, el homicidio, las lesiones, la violación, la estafa, etc. Entonces el juez, partiendo de la redacción de estos, por un lado, y del contenido de la conducta —expresión de sentido— de un agente, por el otro, tiene que determinar la tipicidad de esta última. Se suele afirmar que, para calificar una conducta como un hecho perteneciente a una determinada clase típica, es preciso recurrir al método jurídico denominado

[91] *Kindhäuser* (2005), 41.

[92] Del griego, *týpos*: figura, modelo, clase, rasgo general.

subsunción.[93] Este proceso de «subsunción», que nunca tiene lugar de modo automático, es relativamente sencillo cuando se trata de alguno de los «casos claros». Por ejemplo, si «A» clava un cuchillo en el pecho de «B», que se desangra y muere inmediatamente, es muy probable que nos hallemos ante un caso de homicidio. Sin embargo, en la mayoría de las situaciones la integración de una conducta en un tipo no se basa en una mera subsunción. Por el contrario, requiere la realización previa de complejas operaciones intelectuales.

63 Estas se refieren, por un lado, a la interpretación del tenor de la respectiva definición de delito —con su parcial concreción desnormativizadora—.[94] Por el otro, a la asignación de un sentido social a la acción concreta realizada por el agente, para conseguir una relativa abstracción de esta. En efecto, la finalidad de este doble proceso es aproximar la definición legal y el caso concreto, situándolos en un nivel medio de abstracción que haga posible una decisión más fácil acerca de la pertenencia —o no— del caso al tipo.[95] En realidad, lo que se hace aquí, no muy diferente de otros supuestos de aplicación de cualquier regla legal a un caso de la vida,[96] no puede denominarse subsunción sin incurrir en un manifiesto reduccionismo. Por el contrario, casi siempre tiene lugar mediante un proceso de consideración de razones contrapuestas entre sí, con el fin de alcanzar su concordancia práctica.

64 Puede afirmarse que la determinación de la tipicidad de una conducta constituye un problema de la Parte Especial del Derecho penal, es decir, del estudio específico de cada una de las figuras de delito. Sin embargo, en este punto es preciso efectuar dos matizaciones. Por un lado, es preciso distinguir entre conductas directamente típicas y otras derivadamente típicas. Las primeras son los delitos consumados cometidos por un autor directo. En cambio, en el caso de las segundas, la determinación de su tipicidad deriva de la puesta en relación de los tipos de la Parte Especial con reglas que se encuentran en la Parte General. Esto es lo que sucede con la tentativa (art. 16 CP español), con las formas de intervención en el delito distintas de la autoría directa (arts. 28 ss. CP) y con la figura denominada «actuar en lugar de otro» (art. 31 CP).

65 Por otro lado, hay que subrayar que, al menos desde el siglo XVII, la doctrina centroeuropea fue procediendo a la abstracción de ciertas características generales que deben concurrir en cualquier conducta para que esta sea estimada penalmente relevante. Ello se intensificó a lo largo del siglo XIX, antes y después de la codificación. En fin, cuando, a principios del siglo XX, Beling identificó la tipicidad como categoría de la teoría del delito,[97] la doctrina

---

[93] *Beling* (1906), 30.

[94] *Hassemer* (1968), 65 ss., 96 ss., 109 ss. En cambio, demasiado mecánico: *Kindhäuser*, REJ 31 (2019), 133-134.

[95] Ya *M.E. Mayer*, PG, 1915, 4.

[96] *Engisch* (2001), 47 ss., 63.

[97] *Beling* (1906), V ss., 3. Sobre la evolución de la tipicidad en Beling, *Cardenal Montraveta* (2002), 33 ss., 207 ss., 237 ss.; *Sánchez-Ostiz*, ADPCP 2018, 121 ss.

prosiguió con la tarea de determinar cuáles son las exigencias generales de la tipicidad de una conducta. En efecto, estas pueden separarse de las particularidades de la redacción literal de cada tipo específico, así como de la concreta teleología de este. De este modo, ciertamente la doctrina de la realización típica constituye efectivamente un intento de generalizar lo especial. En ella se trata de determinar —y aplicar— los criterios generales sobre cuya base el Derecho penal atribuye significado a una conducta y lo valora como relevante a la luz de un tipo de delito.

2.2.2. *Las concepciones formal y axiológico-material de la tipicidad*

2.2.2.1. *La comprensión formalista-significativa*

66 En su primera concepción, el juicio acerca de la concurrencia de la tipicidad como categoría sistemática tenía por objeto una «materia», esto es, una realidad aprehendida sin ser valorada.[98] Así, a tal categoría se le asignó únicamente la función jurídico-política de carácter formal-lingüístico consistente en integrar el principio de legalidad en la teoría del delito.[99] Las divergencias relativas a cómo entender esa «materia» aprehendida en el tipo se suscitaron ya en las primeras décadas del siglo XX, cuando se identificaron los denominados elementos normativos de sentido social o jurídico —por ejemplo, «cosa ajena»— y los elementos subjetivos —por ejemplo, «ánimo de lucro»— (*infra* capítulo 10/54; 10/72).[100] Pues bien, el debate dio lugar a que se integraran en el juicio de tipicidad cuestiones que trascendían al significado jurídico-penal de la conducta y, por tanto, a su subsunción gramatical en un tipo entendido en términos lógico-formales.[101]

2.2.2.2. *La comprensión axiológica*

67 En los años veinte del siglo XX, se asignó al juicio de tipicidad una función jurídico-política adicional a las mencionadas función formal y significativa. A saber, concretamente, una función axiológico-material.[102] Mediante ella se le atribuía la función de determinar si el hecho objeto de análisis contiene un injusto específico penalmente desaprobado. De este modo, la evolución doctrinal hizo posible la distinción de dos planos en el juicio de tipicidad. Por un lado, un juicio significativo, que tenía como sub-elementos un juicio causal (lógico-empírico) y otro directamente significativo. Por otro lado, un

---

[98] *Schweikert* (1957), 28; *Cardenal Montraveta* (2002), 115 ss.

[99] *Beling* (1906), 21, 112 ss.; *el mismo* (9.ª, 1925), 25, para quien la tipicidad es una cuestión de «uso del lenguaje». Ya, crítico, *Goldschmidt*, GA 1907, 27 ss.

[100] Por parte de Hegler, Mezger y Zimmerl: *Schweikert* (1957), 42 ss.; *Cardenal Montraveta* (2002), 357 ss.

[101] Crítico, *Haas* (2002), 304.

[102] *Grünhut*, FG Frank, I, 1930, 21.

juicio valorativo-material, adicional a lo anterior.[103] Este último, más restrictivo, requería constatar la concurrencia de una conducta que, de modo penalmente relevante, lesionara o pusiera en peligro el bien jurídico protegido en el tipo correspondiente. Evidentemente, para realizar todo esto no bastaba con llevar a cabo una operación —supuestamente lógica— de subsunción, sino que era preciso añadir operaciones jurídicas distintas, pertenecientes al género de la ponderación o de la especificación.[104]

68 El desarrollo de las doctrinas teleológico-valorativas acerca del juicio de tipicidad fue paralelo al auge de la doctrina de la interpretación teleológico-objetiva. En efecto, esta última constituye el vehículo interpretativo de la concepción material-axiológica del juicio de tipicidad. Así pues, el destino de una y otra doctrina va unido. En realidad, lo coherente es que quien defiende una concepción valorativa de la tipicidad como categoría sistemática acepte asimismo la posibilidad de recurrir a una interpretación teleológica-objetiva de los tipos legales de la Parte Especial y de otras reglas legales. En cambio, quien entiende que la tipicidad sistemática constituye únicamente un juicio de sentido, consecuentemente debe limitar el método de interpretación de los tipos legales a los cánones literal y sistemático. En su caso, estos pueden ser complementados con el relativo a la voluntad del legislador histórico —el canon genético o teleológico-subjetivo—.

69 Desde la perspectiva axiológica-teleológica (material) que se acoge aquí, para la determinación de la tipicidad sistemática de una conducta es preciso tanto un juicio de sentido como un juicio de valoración sobre la relevancia de esta. Este último juicio expresa la declaración material de que la conducta abstractamente considerada ha desbordado la frontera de la esfera de libertad garantizada a un agente.[105] En efecto, cabe que una conducta, pese a lesionar los bienes jurídico-penales ajenos, o las condiciones de mantenimiento de estos, no afecte a los presupuestos penalmente garantizados de una esfera ajena de libertad. Ello puede suceder, por un lado, porque la lesión sea solo formal y carezca de relevancia material. Sin embargo, también puede producirse porque, por ejemplo, el tipo de delito requiera la afectación de los bienes ajenos a través de determinados medios o de un modo concreto. A ello hace alusión el principio de fragmentariedad en la protección penal de los bienes jurídicos. En fin, cabe que una conducta comporte un riesgo de lesión de bienes de terceros, pero que no se halle penalmente desaprobada, por ser socialmente adecuada o constituir un riesgo permitido.

70 De este modo, el juicio de tipicidad valorativa (o material), que comprende todos estos juicios parciales, muestra la conducta típica como un supuesto de injusto agravado. Ahora bien, aun así, sigue constituyendo un juicio provisional. En efecto, el hecho realizado por el agente requiere todavía una especifica-

[103] *Schweikert* (1957), 48 ss.

[104] *Neumann/Schroth* (1980), 48.

[105] *Jakobs* (2012), 24.

ción definitiva. En virtud de esta se mostrará como lesión del Derecho (lesión no permitida de la libertad ajena jurídicamente garantizada), o bien como actuación conforme a Derecho (lesión permitida —justificada— de la esfera de libertad ajena). Esta concreción o especificación es el objeto del juicio de antijuridicidad y de su reverso, la justificación de la conducta.

2.2.2.3. El proceso histórico de configuración de la dimensión axiológica de la tipicidad

2.2.2.3.1. La tipicidad en el sistema neokantiano del delito

71 La consideración de elementos axiológicos en el análisis de la tipicidad sistemática se manifestó inicialmente mediante la inclusión en aquel de un juicio material acerca del llamado desvalor del resultado, como lesión efectiva de un bien jurídico.[106] Asimismo, se incorporaron a él los denominados elementos normativos de valoración social o jurídica. De este modo, el tipo aparecía como el espacio de valoración de la lesión del bien jurídico al igual que de algunos aspectos adicionales relativos a la conducta del agente. En este mismo contexto, el tipo de los delitos imprudentes pasó a comprender la infracción, por parte de la conducta del agente, del denominado deber objetivo de cuidado.[107] En resumen, la tipicidad contenía un conjunto de valoraciones parciales que redundaban en un juicio general de valoración, al que se vinculaba una prohibición (o mandato) *prima facie* de la conducta. Dentro de este planteamiento, dominante ya antes de la II Guerra Mundial, existían dos variantes. La primera de ellas sostenía que la tipicidad constituye el indicio de la antijuridicidad.[108] En cambio, la segunda apreciaba que ya constituía la razón de ser de la antijuridicidad.[109] Como ya se ha indicado, el final de la evolución de esta línea doctrinal se produjo con la difusión de la doctrina del «tipo total de injusto» (*cfr. infra* capítulo 18/51). En cualquier caso, todos estos juicios acerca de la tipicidad se caracterizaban por tener lugar desde la perspectiva *ex post*. Para quienes procedían de conformidad con la teoría de las normas de valoración, esto era coherente con el hecho de que estas operaban *ex post*, teniendo por objeto el proceso de producción del resultado lesivo.

2.2.2.3.2. La tipicidad en el sistema finalista del delito

72 La evolución doctrinal experimentó un cambio relevante inmediatamente después, poco antes y después de la II Guerra Mundial. Entonces, la doctrina

---

[106] Crítico, *Beling* (1906), 32, señalando que quien introduce la perspectiva de la dañosidad social mezcla el ideal con el producto legislativo.

[107] *Engisch* (1931), 67 ss.

[108] La doctrina de la tipicidad como *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad.

[109] La doctrina de la tipicidad como *ratio essendi* de la antijuridicidad. Sobre ello: *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 6/59 n. 128; *Roxin*, AT I, 4.ª, 2006, 10/23.

finalista sostuvo una concepción de la tipicidad como descripción de la materia objetivo-subjetiva de la prohibición. Expresado de otro modo, como un objeto de valoración que, por su parte, no contiene valoración alguna. La materia de la prohibición venía dada por la descripción de un comportamiento dotado del sentido (objetivo-subjetivo) que le atribuye su agente mediante su finalidad. Es decir, por un juicio *ex ante* derivado de la adopción, como criterio rector, de una norma directiva de conducta. Así, ese comportamiento sería objeto de un juicio provisional de desvalor *ex ante* (desvalor de la acción) y, luego, *ex post* (desvalor del resultado). Ambos, a su vez, eran previos a la decisión sobre la antijuridicidad o la conformidad a Derecho de la correspondiente conducta.

73 Ahora bien, el fundador del finalismo —Hans Welzel— mantuvo dudas reiteradas en torno al contenido de la categoría sistemática de la tipicidad. En concreto, estas se referían a la inclusión en ella de un juicio de valoración prejurídico-penal acerca de si la conducta del agente era socialmente adecuada. Pues bien, la inclusión de este elemento solo era coherente con una visión compleja de la tipicidad. Esta tenía que pasar a entenderse, por un lado, como un juicio de significado —que para Welzel debía ser realizado conforme a la perspectiva subjetiva de agente—; y, por otro, como un juicio de valoración social, que condicionaría la valoración jurídico-penal. Por un lado, el modelo finalista del delito reducía el ámbito de la tipicidad, ubicando algunos de sus elementos —los de contenido jurídico— en la antijuridicidad. Sin embargo, por otro lado, ampliaba dicho ámbito, mediante lo que fue su aportación fundamental. En efecto, propuso la inclusión del dolo y de la imprudencia en el tipo de injusto, con lo que dio lugar a la aparición en él de un «tipo subjetivo» junto al tipo objetivo.

74 A partir de entonces, el tipo objetivo integraría la relación de causalidad con el resultado —con algunas restricciones— fijando el marco del juicio sobre el desvalor del resultado. Solo en algunos tipos se añadirían los elementos normativos de sentido social y jurídico. Por su parte, el tipo subjetivo doloso comprendería los elementos psíquicos del agente —dolo y otros elementos subjetivos— y en su marco tendría lugar el juicio sobre el desvalor (subjetivo, con matices) de la conducta. Uno de los grandes problemas de la sistemática finalista fue el de la ubicación y el consiguiente manejo dogmático de los juicios de valoración intersubjetiva. Esta cuestión afectaba a los elementos normativos de valoración social y jurídica, a la adecuación social y el riesgo permitido, así como a la infracción del deber objetivo de cuidado. Finalmente, en los delitos imprudentes, el desvalor de la acción fue entendido en sentido objetivo-normativo (infracción del deber de cuidado) [110] y el desvalor del resultado pasó a requerir una relación normativa (relación de antijuridicidad) entre la producción del resultado y la infracción de cuidado.

[110] *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 129.

Capítulo 10

LA TIPICIDAD *EX ANTE* (I)
LA CONDUCTA DESAPROBADA DE COMISIÓN ACTIVA

Bibliografía seleccionada: *Alonso Álamo*, ¿Riesgos no permitidos? Observaciones sobre la incidencia del principio de precaución en el Derecho Penal, LH Suárez Montes, 2013, 19; *la misma*, ¿Gestión del riesgo o gestión del miedo? Riesgo, peligro y bien jurídico penal, en: Gómez Tomillo (ed.), Principio de precaución y Derecho punitivo del Estado, 2014, 123; *Alcácer Guirao*, El juicio de adecuación de la conducta, ADPCP 1996, 473; *el mismo*, Autonomía, solidaridad y deber de socorro (un apunte histórico), ADPCP 2000, 361; *el mismo*, La protección del futuro y los daños cumulativos, RECPC 4 (2002), 1; *Amelung*, Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin, en: Schünemann (ed.), El sistema moderno, 1991, 94; *Armaza Galdós*, El condicionamiento cultural en el Derecho penal peruano, LH Cerezo Mir, 2002, 545; *Ast*, Handlung und Zurechnung, 2019; *von Bar*, Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte, 1871; *Basile*, El Derecho penal en las sociedades multiculturales europeas, LH Gimbernat Ordeig, II, 2008, 1836; *el mismo*, Immigrazione e reati culturalmente motivati, 2010; *Bautista Pizarro*, Das erlaubte Vertrauen im Strafrecht, 2017; *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, 1906; *Binder*, The Rhetoric of Motive and Intent, Buffalo C. L. R. 6 (2002), 1; *Blanco Cordero*, Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales, ADPCP 1997, 264; *el mismo*, El encubrimiento personal, RDPC 2 (1998), 11; *el mismo*, Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado, en: Sánchez-Ostiz, Casos, 2011, 855; *Bosch*, Die Hypothese rechtmäßigen Verhaltens bei psychisch vermittelter Kausalität, FS Puppe, 2011, 373; *Bunge*, Causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna, 3.ª, 1972; *Buteler*, El problema de la función de sentido de los elementos subjetivos del injusto, LH Silva Sánchez, 2019, 323; *Calliess*, Rechtsstaat und Vorsorgestaat, JRE 21 (2013), 3; *Cancio Meliá*, La teoría de la adecuación social en Welzel, ADPCP 1993, 697; *el mismo*, Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva, LH Jakobs, 2003, 211; *Cardenal Montraveta*, El tipo penal en Beling y los neokantianos, 2002; *Caro John*, Das erlaubte Kausieren verbotener Taten, 2007; *Caro John/Polaino-Orts*, Neutralidad de la conducta e imputación normativa, LH Morillas Cueva, I, 2018, 99; *Castaldo*, La concretizzazione del rischio giuridicamente rilevante, RIDPP 1995, 1096 (= La concreción del riesgo jurídicamente relevante, LH Roxin, 1997, 233); *Castronuovo*, Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato, 2012; *Cerezo Mir*, La regulación del error de prohibición culturalmente condicionado en el Código penal peruano, LH Núñez Barbero, 2007, 101; *Chiesa*, El caso del camarero malvado, EnL 2016, 154; *Cisneros Ávila*, Derecho penal y diversidad cultural, 2018; *Contesse*, Cambios de estatus del objeto de la acción en el tiempo y lesiones al feto, en: Mañalich (ed.), La ciencia penal en la Universidad de Chile, 2013, 379; *Contreras Chaimovich*, La responsabilidad penal del fabricante por la infracción de sus deberes de vigilancia, advertencia y retirada, PolítCrim 10 (2015), 266; *el mismo*, Reglas extrajurídicas y creaciones de riesgos toleradas o desaprobadas en los delitos culposos de homicidio y lesiones, PolítCrim 13 (2018), 387; *el mismo*, La autorización administrativa como pauta para determinar la conducta típica en los delitos culposos, PolítCrim 28 (2019), 411; *Corcoy Bidasolo*, El delito imprudente, 1989; *Cornacchia*, Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio, 2004; *Cox Leixelard*, Delitos de posesión, 2012; *Cuello Contreras*, Ámbito y límites de la doctrina de la imputación obje-

tiva, CPC 89 (2006), 5; *el mismo*, Fundamentos para un sistema lógico-funcional de Derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo, RECPC 8 (2006), 1; *el mismo*, Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto, RDPC 2 (2009), 37; *el mismo*, Riesgo e imputación, LH Suárez Montes, 2013, 147; *el mismo*, *¿Tipicidad sin tipo subjetivo? Sobre lo inescindible del tipo objetivo y el tipo subjetivo en teoría del delito*, CPC 132 (2020), 26; *de la Cuerda Martín*, Responsabilidad penal y negocios estándar, 2023; *de la Cuesta Aguado*, Tipicidad e imputación objetiva, 1996; *Dannecker*, Die Dynamik des materiellen Strafrechts unter dem Einfluss europäischer und internationaler Entwicklungen, ZStW 117 (2005), 697; *Degener*, Die Lehre vom Schutzzweck der Norm und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte, 2001; *Dencker*, Kausalität und Gesamttat, 1996; *Derksen*, Handeln auf eigene Gefahr, 1992; *Silva Dias*, ¿Y si todos lo hiciéramos? Consideraciones a cerca de la (in)capacidad de resonancia del Derecho penal con la figura de la acumulación, ADPCP 2003, 433; *Díez Ripollés*, Los elementos subjetivos del delito, 1990; *Dölling*, Soziale Adäquanz und soziale Systeme, FS Otto, 2007, 219; *Doménech Pascual*, Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos: el derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos, 2006; *Donini*, Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato, 1991; *el mismo*, Teoria del reato, 1996; *el mismo*, Nesso di rischio, RIDPP 2022, 25; *Dopico*, Delitos cometidos por motivos discriminatorios, ADPCP 2004, 143; *el mismo*, Transmisiones atípicas de drogas, 2014; *Eldar/Laist*, The Irrelevance of Motive and the Rule of Law, NCLR 20 (2017), 433; *Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *el mismo*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931 (=La causalidad como elemento de los tipos penales, 2008); *el mismo*, Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, FS Mezger, 1954, 127; *el mismo*, Introducción al pensamiento jurídico (1956), 2001; *Esquinas Valverde*, *Conditio sine qua non* y concreción del riesgo en el resultado, RP 40 (2017), 43; *Exner*, Sozialadäquanz im Strafrecht. Zur Knabenbeschneidung, 2011; *Fakhouri Gómez*, Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático, 2009; *Falcone*, El concepto normativo de conducta jurídico-penal, en: Schroeder *et al.* (eds.), Delitos de posesión o tenencia, 2016, 269; *Faria*, A adequação social da conduta no direito penal, ou, o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal, 2005; *Fateh-Moghadan*, Innovationsverantwortung im Strafrecht: Zwischen strict liability, Fahrlässigkeit und erlaubtem Risiko – Zugleich ein Beitrag zur Digitalisierung des Strafrechts, ZStW 131 (2019), 863; *Feijóo Sánchez*, Límites de la participación criminal, 1999; *el mismo*, El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal, RDPC extra 1 (2000), 93; *el mismo*, Resultado lesivo e imprudencia, 2001; *Feinberg*, The Moral Limits of the Criminal Law. Volume One. Harm to Others, 1984; *Fischer*, Anmerkungen zum Beweis subjektiver Tatsachen, en: Fischer (Hrsg.), Beweis, 2019, 219; *Forero Ramírez*, Principio de precaución, 2018; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1988; *el mismo*, Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung, FS Müller-Dietz, 2001, 237; *el mismo*, Die Conditio-Formel: Anweisung zur Tatsachenfeststellung oder normative Aussage, FS Gössel, 2002, 51; *el mismo*, Defizite empirischen Wissens und ihre Bewältigung im Strafrecht, FS Maiwald, 2010, 239; *el mismo*, Estudios sobre imputación objetiva, 2012; *el mismo*, La imputación objetiva del resultado, 2015; *Frisch/Robles*, Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal, 2004; *de la Fuente Hulaud*, El error sobre los elementos típicos de antinormatividad. Tesis doctoral UPF, 2015; *García Cavero*, La imputación objetiva en el Derecho penal económico, DPC 6 (2004), 153; *el mismo*, La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la Jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú, LH Jakobs, 2005, 308; *el mismo*, La prohibición de regreso en las labores de asesoramiento: el caso del salvataje financiero del Banco Wiese Ltdo, LH Jakobs, 2008, 381; *el mismo*, El caso Global Engines: consecuencias mortales de la omisión de retiro de un producto defectuoso, en: Couso/Werle (eds.), Intervención delictiva en contextos organizados, 2017, 237; *García Rivas*, Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria, RGDP 2004, 1; *García Vitor*, Diversidad cultural y Derecho penal, 1994; *el mismo*, La insignificancia en el Derecho penal, 2000; *Gil Gil*, Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto, RDPC 15 (2005), 95; *Gimbernat Ordeig*, Delitos cualificados

por el resultado y causalidad, 1966; *el mismo*, ¿Qué es la imputación objetiva?, EPC X (1985-1986), 169; *el mismo*, Los orígenes de la teoría de la imputación objetiva, LH Rodríguez Ramos, 2013, 95; *el mismo*, Comportamiento típico e imputación del resultado, LH Mir Puig, 2017, 581; *el mismo*, En defensa de la teoría de la imputación objetiva, ADPCP 2020, 9; *Goeckenjan*, Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung, 2017; *Goldschmidt*, Die Typentheorie. Eine kritische Besprechung von Beling, GA 1907, 20; *González Lagier*, Emociones, responsabilidad y Derecho, 2009; *Gracia Martín*, El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito, RECPC 6 (2004), 1; *el mismo*, Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal, 2006; *el mismo*, Zur Struktur von sozialadäquaten Handlungen und ihre sachlogische Eingliederung im Verbrechensaufbau, FS Tiedemann, 2008, 205; *Greco*, Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum Problem des Sonderwissens, ZStW 117 (2005), 519; *Grünhut*, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, FG Frank, I, 1930, 1; *Guardiola García*, Especiales elementos subjetivos del tipo en Derecho penal, RDyPP 6 (2001), 40; *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002; *el mismo*, Die Bedeutung hypothetischer Kausalverläufe für die Tat und ihre strafrechtliche Würdigung, GA 2015, 86; *el mismo*, Zur Bedeutung hypothetischer Geschehensverläufe für den Ausschluss und die Minderung des Tatunrechts, GA 2015, 147; *el mismo*, La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental, InDret 1/2016, 1; *Hart/Honoré*, Causation in the Law (1959), 2.ª, 1985; *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968; *el mismo*, Professionelle Adäquanz, wistra 1995, 41, 81; *Hegler*, Die Merkmake des Verbrechens, ZStW 36 (1915), 19, 184; *el mismo*, Subjektive Rechtwidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, FG Frank, I, 1930, 251; *Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechlliche Daseinsvorsorge, 1991; *Hilgendorf*, Relación de causalidad e imputación objetiva, ADPCP 2002, 91; *el mismo*, Wozu brauchen wir die objektive Zurechnung?, FS Weber, 2004, 33; *el mismo*, Unrechtshandlung und kausale Zurechnung, FS Sancinetti, 2020, 451; *Hirsch*, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962), 132; *Honig*, Kausalität und objektive Zurechnung, FG Frank, I, 1930, 174; *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, 2004; *Honoré*, Condiciones necesarias y suficientes en la responsabilidad extracontractual, RChD 40 (2013), 1073; *Horder*, Intention in the Criminal Law, MLR 58 (1995), 678; *el mismo*, Crimes of Ulterior Intent, en: Simester/Smith (eds.), Harm and Culpability, 1996, 153; *el mismo*, On the Irrelevance of Motive in Criminal Law, en: Horder (ed.), Oxford Essays in Jurisprudence, 2000, 177; *Horta*, Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo, 2016; *Hoyer*, Erlaubtes Risiko und technologische Entwicklung, ZStW 121 (2009), 860 (=Riesgo permitido y desarrollo tecnológico, en: Romeo (ed.), La adaptación del Derecho penal al desarrollo científico y tecnológico, 2010, 223); *Hurd*, Why Liberals Should Hate "Hate Crime Legislation", L&Ph 20 (2001), 215; *Hurd/Moore*, Punishing Hatred and Prejudice, Stanford L. R. 56 (2003), 1081; *Husak*, The But Every One Does That! Defense, en: el mismo, The Philosophy of Criminal law, 2010, 338; *Jahn/Ziemann*, Das Problem des wirtschaftstypischen neutralen Handlung, FS Prittwitz, 2023, 239; *Jakobs*, Representación del autor e imputación objetiva, ADPCP 1991, 493; *el mismo*, La imputación objetiva en Derecho penal, 1996; *el mismo*, Der Kern der Gesellschaft ist getroffen, KritV 1996, 320; *el mismo*, La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del "riesgo permitido", la "prohibición de regreso" y el "principio de confianza", en: Estudios, 1997, 209; *el mismo*, Bindings Normen und die Gesellschaft, LH Figueiredo Dias, I, 2009, 387; *Jonas*, El principio de responsabilidad, 1994; *Kahan/Nussbaum*, Two Conceptions of Emotion in Criminal Law, Columbia L. R. 96 (1996), 269; *Kahlo*, Überlegungen zum gegenwärtigen Stand der objektiven Zurechnungslehre im Strafrecht, FS Küper, 2007, 249; *Kahrs*, Das Vermeidbarkeitsprinzip, 1968; *Arm. Kaufmann*, ¿Atribución objetiva en el delito doloso?, ADPCP 1985, 807; *Kelker*, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht, 2007; *Kindhäuser*, Kausalanalyse und Handlungszuschreibung, GA 1982, 477; *el mismo*, Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit, GA 1994, 197; *el mismo*, Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso, ADPCP 2006, 63; *el mismo*, Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo

subjetivo, 2007; *el mismo,* El denominado riesgo no permitido, en: el mismo, Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo, 2007, 49; *el mismo,* Risikoerhöhung und Risikoverringerung, ZStW 120 (2008), 481; *el mismo,* Zum sog. erlaubten Risiko, FS Maiwald, 2010, 397; *el mismo,* Hechos brutos y elementos normativos del tipo, InDret 2/2014, 1; *el mismo,* Welzels Konzeption sozialer Adäquanz, FS Rengier, 2018, 49; *Kirchhof,* Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung, 1978; *Knauer,* Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz im Strafrecht, ZStW 126 (2014), 844; *Köhler,* Der Begriff der Zurechnung, FS Hirsch, 1999, 65; *Koriath,* Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994; *Krümpelmann,* Die Bagatelldelikte, 1966; *Küpper* Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990; *Kuhlen,* Zur Problematik der nachträglichen *ex ante*-Beurteilung im Strafrecht und in der Moral, en: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), Recht und Moral, 1991, 356; *el mismo,* Umweltstrafrecht. Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW 105 (1993), 697; *Kuhli,* Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung, 2021; *Kunz,* Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984; *Kusche,* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber von Netzwerke, FS Sancinetti, 2020, 529; *Landa Gorostiza,* La complicidad delictiva en la actividad laboral cotidiana, 2002; *Larenz,* Hegel Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1927; *Leite,* Prozeduralisierung oder Rechtsgüterschutz bei der Untreue?, GA 2018, 580; *Lesch,* Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision, 1999; *Lübbe,* Die Theorie der adäquaten Verursachung: Zum Verhältnis von philosophischem und juristischem Kausalitätsbegriff, ZAW 24 (1993), 87; *la misma,* "Erlaubtes Risiko" — Zur Legitimationsstruktur eines Zurechnungsausschließungsgrunds, DZPhil 43 (1995), 951; *Luhmann,* Soziologie des Risikos, 1991; *Luzón Peña,* Causas de atipicidad y causas de justificación, en: Mir/Luzón (eds.), Causas, 1995, 21; *el mismo,* Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto como causas de justificación o exclusión de la tipicidad penal, LH Vives Antón, II, 2009, 1189; *de Maglie,* Multiculturalismo e diritto penale: il caso americano, RIDPP 2005, 189; *la misma,* Los delitos culturalmente motivados, 2012; *Maiwald,* Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs erlaubtes Risiko für die Strafrechtssystematik, FS Jescheck, I, 1985, 405 (=De la capacidad de rendimiento del concepto riesgo permitido para la sistemática del Derecho penal, 1998); *el mismo,* Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung, FS Miyazawa, 1995, 465; *Manrique,* Delitos de odio y motivos emocionales, Análisis Filosófico XXXIX (2019), 191; *Mantovani,* Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo, 1997; *Mañalich,* Norma e imputación como categorías del hecho punible, REJ 12 (2010), 165; *Maraver Gómez,* Riesgo permitido por legitimación histórica, LH Jakobs, 2003, 207; *el mismo,* El principio de confianza en Derecho penal, 2009; *el mismo,* El principio de confianza en el Derecho penal, LH Mir Puig, 2010, 381; *el mismo,* La doctrina del consumo compartido, InDret 2/2019, 1; *Marinucci,* Non c'è dolo senza colpa. Morte della imputazione oggettiva dell'evento e trasfigurazione nella colpevolezza, RIDPP 1991, 3; *el mismo,* Agire lecito in base a un giudizio *ex ante,* RIDPP 2011, 393; *Martínez-Buján,* Los elementos subjetivos del tipo de acción, T&D 13 (2013), 235; *el mismo,* Los elementos subjetivos de la antijuridicidad, 2021; *el mismo,* ¿Existe un especial elemento subjetivo del tipo en los delitos contra el honor?, LH Berdugo, II, 2022, 679; *Martínez Escamilla,* La imputación objetiva del resultado, 1992; *Sousa Mendes,* Was dürfen wir vom Kriterium der Risikoverringerung erwarten?, GA 2011, 557; *Mendoza Buergo,* Principio de precaución, Derecho penal de riesgo y delitos de peligro, en: Romeo (ed.), Principio de precaución, biotecnología y Derecho, 2004; *Mezger,* Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1923/1924), 207; *el mismo,* Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950; *Mezzetti,* Autore del reato e divieto di regresso nella società del rischio, 2021; *Militello,* Rischio e responsabilità penale, 1988; *Mir Puig,* Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2.ª, 1982; *el mismo,* La perspectiva *ex ante* en Derecho Penal, ADPCP 1983, 5; *el mismo,* Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto, ADPCP 1988, 661; *el mismo,* Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal, RECPC 5 (2003), 1; *Miró Llinares,* Imputación ¿objetiva?, conocimientos ¿especiales? y conductas ¿neutrales?, en: el mismo, ¿Casos difíciles o irresolubles?, 2010, 257; *el mismo,* Caso Motas-

sadeq y los atentados del 11-S, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 747; *Modolell*, Hechos punibles en el ámbito de las prácticas deportivas. A su vez, un ejemplo de la relevancia del resultado lesivo para la configuración del injusto penal, PolítCrim 16 (2021), 408; *Molina Fernández*, Antijuridicidad penal y sistema del delito, 2001; *Moore*, La intención como marcador de la culpabilidad moral y la punibilidad jurídica, en: Duff/Green (eds.) Fundamentos filosóficos del Derecho penal, 2020, 197; *Morales Prats*, Adecuación social y tutela penal del honor, CPC 36 (1988), 663; *Münzberg*, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966; *Muñoz Conde*, La difícil objetivación de los elementos subjetivos del delito, LH Boix Reig, 2021, 363; *Murmann*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005; *Murphy*, Punishment and the Moral Emotions: Essays in Law, Morality, and Religion, 2012; *Mylonopoulos*, Über das Verhältnis von *Handlungs- und Erfolgsunrecht* im Strafrecht, 1981; *Naucke*, Über das Regreßverbot im Strafrecht, ZStW 76 (1964), 409; *Neumann/Schroth*, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, 1980; *Ossandón Widow*, La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa, 2009; *Ostendorf*, Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel, GA 1982, 333; *Otto*, Soziale Adäquanz als Auslegungsprinzip, FS Amelung, 2009, 225; *de Pablo Serrano*, Entre la tipicidad del hecho y la antijuridicidad: Los elementos de valoración global del hecho, CPC 117 (2016), 115; *Paliero*, Minima non curat praetor: ipertrofia deldiritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari, 1985; *Pantaleón Díaz*, Delito y responsabilidad civil extracontractual, 2022; *Paredes Castañón*, El riesgo permitido en Derecho penal, 1995; *el mismo*, El límite entre imprudencia y riesgo permitido en el Derecho Penal: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?, ADPCP 1996, 909; *el mismo*, Riesgos normales y riesgos excepcionales. Observaciones sobre la exclusión de la tipicidad de las conductas peligrosas, LH Casabó Ruiz, II, 1998, 56; *el mismo*, El desprecio como elemento subjetivo de los tipos penales y el principio de responsabilidad por el hecho, RP 11 (2003), 94; *el mismo*, Riesgo y política criminal, en: da Agra *et al.* (eds.), La seguridad en la sociedad del riesgo, 2003, 91; *el mismo*, La determinación del nivel de riesgo permitido: un caso de Derecho penal económico, RDyPP 12 (2004), 139; *Pastor Muñoz*, Los delitos de posesión y los delitos de estatus, 2005; *la misma*, Riesgo permitido y principio de legalidad, 2019; *Peralta*, Motivos reprochables, 2012; *Pérez Manzano*, Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y la doctrina de las conductas neutras, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 789; *Perin*, Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio, 2020; *Perini*, Il concetto di rischio nel diritto penale moderno, 2010; *Philipps*, Der Handlungsspielraum, 1974; *Piña Rochefort/Cox Vial*, Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa, en: Silva/Miró (eds.), Teoría del delito, 2013, 185; *Polaino Navarrete/Polaino-Orts*, Cometer delitos con palabras. Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico-penal, 2004; *los mismos*, Silencio delictivo, LH Mir Puig, 2017, 787; *Porciúncula*, Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal. Hacia la exteriorización de lo interno, 2014; *Prittwitz*, Strafrecht und Risiko, 1993; *Puppe*, La imputación del resultado en Derecho penal, 2003; *la misma*, Vom Naturalismus zum Normativismus, von der Systematik zur Topik, ZIS 2020, 143; *Ragués i Vallès*, Blanqueo de capitales y negocios standard, en: Silva Sánchez (ed.), ¿Libertad económica o fraudes punibles?, 2003, 127; *el mismo*, Los elementos subjetivos no escritos, LH Mir Puig, 2017, 815; *Ramón Ribas*, La inexigibilidad y los conflictos de intereses como causas de exclusión de la tipicidad, en: Carbonell (ed.), La justificación penal, 2008, 175; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997; *Reyes Alvarado*, Fundamentos teóricos de la imputación objetiva, ADPCP 1992, 933; *Reyes Echandía*, Tipicidad, 6.ª, 1997; *Reyes Romero*, Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva, Ius et Praxis 1 (2015), 137; *Risicato*, Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi, 2004; *Robles Planas*, Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos, en: Silva (ed.), Libertades económicas, 2003, 17; *el mismo*, La participación en el delito: fundamento y límites, 2003 b; *el mismo*, Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal, en: Frisch/Robles, Desvalorar e imputar, 2004, 102; *el mismo*, Las conductas neutrales en Derecho penal, Revista Brasileira de Ciências

Criminais 70 (2008), 190; *el mismo*, Deberes negativos y positivos en Derecho Penal, InDret 4/2013, 1; *el mismo*, Teoría de las normas y sistema del delito, 2021; *Rödig*, Zur Systematik des Verbrechensaufbaus, FS Lange, 1976, 39; *Rojas*, Lo subjetivo en el juicio de imputación objetiva, RD XXIII (2010), 233; *Romeo Casabona*, Aportaciones del principio de precaución al Derecho penal, en: el mismo (ed.), Principio de precaución, biotecnología y Derecho, 2004, 403; *Ronco*, Alle origini dell'imputazione oggettiva, LH Moccia, 2017, 487; *Roxin*, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1959 (=Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico, 1979); *el mismo*, Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes, en: el mismo, Problemas, 1976, 84; *el mismo*, Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal, en: el mismo, Problemas, 1976, 128; *el mismo*, El fin de protección de la norma en los delitos imprudentes, en: el mismo, Problemas, 1976, 181; *el mismo*, Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht, FS Klug, I, 1983, 303; *el mismo*, Was ist Beihilfe?, FS Miyazawa, 1995, 501; *el mismo*, Streitfragen bei der objektiven Zurechnung, FS Maiwald, 2010, 715; *el mismo*, Probleme psychisch vermittelter Kausalität, FS Achenbach, 2011, 409; *Roxin/Jakobs/Schünemann/Frisch/Köhler*, Sobre el estado de la teoría del delito, 2000; *Rueda Martín*, La teoría de la imputación objetiva en el delito doloso de acción, 2001; *la misma*, Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso, RP 9 (2002), 122; *la misma*, De nuevo sobre la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso, CPC 115 (2015), 35; *Ruga Riva*, Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica, en: Dolcini/Paliero (eds.), Studi in onore di Giorgio Marinucci, 2006, 1743; *Ruppert*, Die Sozialadäquanz im Strafrecht, 2020; *Sacher*, Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand, 2006; *la misma*, Systemtheorie und Strafrecht: Kritik der rollenbezogenen Zurechnungslehre, ZStW 118 (2006), 574; *Salvadori*, I reati di possesso, 2016; **Sánchez Lázaro**, Hacia la superación de la teoría de la imputación objetiva del resultado, ADPCP 2005, 421; *el mismo*, Deconstruyendo el riesgo permitido, RP 25 (2010), 136; *Sánchez-Ostiz*, Imputación y teoría del delito, 2008; *el mismo*, La libertad del Derecho penal, 2014; *Sánchez-Vera*, Blanqueo de capitales y abogacía, InDret 1/2008, 1; *el mismo*, Caso Vinader, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 259; *Sancinetti*, Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal, 1996; *el mismo*, Principio de disminución del riesgo versus relevancia del disvalor del resultado, InDret 3/2008, 1; *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen, 1930/1932; *el mismo*, Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW 72 (1960), 378; *Schild*, Sportadäquanz. Zur Begründung eines Strafbarkeitsfreiraums, FS Paeffgen, 2015, 153; *Schladitz*, Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung, 2021; *Schroeder*, Principio de precaución, Derecho penal y riesgo, en: Romeo (ed.), Principio de precaución, biotecnología y Derecho, 2004, 423; *Schroeder et al.* (eds.), Delitos de posesión o tenencia, 2016; *H. Schumann/A. Schumann*, Objektive Zurechung auf der Grundlage der personalen Unrechtslehre?, FS Küper, 2007, 543; *Schurmann Opazo*, Una aproximación crítica a la denominación de acciones de colaboración como neutrales, RChD 47 (2020), 261; *Schweikert*, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957; *Seelmann*, Kollektive Verantwortung im Strafrecht, 2002; *Seher*, Zurechnung im Straftatbestand, 2007; *Serrano González de Murillo*, Teoría del delito imprudente, 1991; *Silva Sánchez*, La dimensión temporal del delito y los cambios de estatus jurídico-penal del objeto de la acción, LH Valle Muñiz, 2001, 759; *el mismo*, Sobre la construcción del hecho punible en la obra de Santiago Mir Puig, LH Mir Puig, 2017, 877; *el mismo*, El riesgo permitido en Derecho penal económico, 2022; *Silveira*, Fundamentos da adequação social em Direito penal, 2010; *el mismo*, Crimen, cultura y multiculturalismo, LH Silva Sánchez, 2019, 203; *Sola Reche*, La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal, ADPCP 1994, 167; *Stella*, Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime, 3.ª, 2003; *Struensee*, El tipo subjetivo del delito imprudente, ADPCP 1987, 424; *el mismo*, Acerca de la legitimación de la imputación objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo, en: Avances del pensamiento penal y procesal penal, 2005, 69; *Stübinger*, Subjektiv-objektive Tatbestandsmerkmale, FS Puppe, 2011, 263; *Suárez/Cancio*, Estudio preliminar a Jakobs, La imputación objetiva, 1996;

Tadros, Ilícito y motivación, en: Duff/Green (eds.), Fundamentos filosóficos, 2020, 227; *Thyrén*, Abhandlungen aus dem Strafrecht, I, 1894; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969; *Timm*, Gesinnung und Straftat, 2012; *Toepel*, Legal Proof and Scientific Explanation, ARSP Beiheft 69 (1998), 80; *el mismo*, Hinreichende Mindestbedingung, FS Puppe, 2011, 289; *Torío López*, Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva, ADPCP 1986, 33; *el mismo*, Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma, EPC X (1987), 383; *el mismo*, Elementos teleológicos y científicos en el tipo de injusto, LH Valle Muñiz, 2001, 817; *Vacchelli*, En los límites del rol, InDret 4/2017, 1; *Valentine*, Defense Categories and the De Minimis Defense, CL&Phil 11 (2017), 545; *Vásquez Shimajuko*, Teoría de los roles e imputación objetiva, LH Silva Sánchez, 2019, 389; *de Vicente Remesal*, Fundamento y límites de la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales del autor, RECPC 22 (2020), 1; *Villar*, Las acciones neutrales, FS Sancinetti, 2020, 719; *Viveiros*, Delitos de posesión, 2023; *Vives Antón*, Fundamentos del Derecho penal, 2.ª, 2011; *Voßgätter*, Concepto social de acción e imputación objetiva, CPC 86 (2005), 93; *Welzel*, Naturalismus und Wertphilosophie, 1935; *el mismo*, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), 491; *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts — zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte, 2000; *Wolf*, Las categorías de la tipicidad (1931), 2005; *E.A. Wolff*, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965; *Wolter*, Adäquanz und Relevanztheorie, GA 1977, 257; *el mismo*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; *el mismo*, La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal, LH Roxin, 1994, 65; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973; *Zieschang*, Die Gefährdungsdelikte, 1998; *el mismo*, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit eines Host-Providers für rechtswidrige Inhalte, GA 2020, 57; *Zimmerl*, Die Lehre vom Tatbestand, 1928.

I. EL CONTENIDO DEL JUICIO DE TIPICIDAD OBJETIVA EN LA COMISIÓN ACTIVA

1. GENERALIDADES

La atribución de responsabilidad penal se lleva a cabo con base en tres clases de juicios normativo-adscriptivos. En primer lugar, mediante juicios de atribución de sentido, en cuya virtud se asigna un concreto significado jurídico-penal a una conducta. En segundo lugar, a través de juicios evaluativos, en los que se valora —positiva o negativamente— el contenido de significado de aquella. En fin, mediante juicios de imputación subjetiva, que establecen un determinado nexo entre la conducta (des-)valorada y un agente (*cfr. supra* capítulo 7/109). Pues bien, los dos primeros juicios —de sentido y de valoración— son los propios de la tipicidad y, como luego se verá, también de la categoría de la antijuridicidad (excluida por la justificación) de la conducta. 1

2. LA DETERMINACIÓN DE LA TIPICIDAD DE LA CONDUCTA COMO JUICIO DE «IMPUTACIÓN OBJETIVA»

2.1. La historia dogmática

A principios del siglo XX el juicio de tipicidad era entendido como un juicio de sentido *ex post*. A su vez, esta asignación de sentido se pretendía vincular a la constatación de una relación de causalidad —entendida de distintas 2

maneras— entre la conducta del agente y el resultado producido por esta. En realidad, ello solo era razonable si se acogía un concepto jurídico de causalidad, como proponían las denominadas «doctrinas individualizadoras». Sin embargo, la concepción causal que acabó prevaleciendo fue una de carácter lógico-generalizador, a saber, la teoría de la equivalencia de las condiciones (*cfr. infra* capítulo 14/29). En ese marco se advirtió que no cabía formular un juicio jurídico-penal de sentido *ex post* en relación con una conducta sobre la única base de la relación de causalidad entre ella y un resultado típico. Ahora bien, esto no condujo al abandono de la noción generalizadora de la causalidad, sino a la introducción adicional de diversos correctivos. Estos se buscaron primero en el propio ámbito empírico; luego, en el plano significativo; y, en fin, más tarde, en el nivel valorativo. Las construcciones doctrinales de finales del siglo XIX y principios del siglo XX reflejan los diversos intentos de restringir el alcance de la causalidad generalizadora, llevados a cabo con base en métodos muy distintos.

3 Así, una primera opción fue la representada por la «doctrina de la adecuación» —o de la «causalidad adecuada»—, de contenido empírico.[1] Esta, propuesta por el fisiólogo von Kries (1853-1928),[2] sostenía que no realizan el tipo aquellas conductas que, aunque *ex post* se advierta que han causado el resultado típico, *ex ante* no era objetivamente previsible —probable— que lo fueran a causar.[3] Desde entonces, la imprevisibilidad *ex ante* del resultado lesivo ha constituido un argumento para la exclusión de la tipicidad de la conducta. En cambio, la segunda opción fue asumir una perspectiva explícitamente social-significativa. Con base en ella se argumentó que solo pueden ser penalmente típicos aquellos procesos causados por una acción que ponen de relieve que el resultado era *ex ante* «objetivamente perseguible» por parte del agente.[4] En realidad, esta extraña expresión constituyó el embrión de lo que luego se denominaría doctrina de la «imputación objetiva del resultado».[5] En fin, una tercera línea de restricciones se relacionaba con la orientación social-valorativa del Derecho penal en el primer tercio del siglo XX. Desde esta perspectiva, se advertía que cabe que algunas conductas que *ex post* resultan ser causales, y en las que incluso es previsible *ex ante* la producción del resultado —es decir, que constituyen riesgos—, no sean materialmente típicas. En concreto, esto último tuvo dos manifestaciones sistemáticas muy relevantes. La primera de ellas fue el reconocimiento de la «adecuación social» y del «riesgo permitido» como límites de la tipicidad de la conducta en todos los delitos.[6] La segunda, por su parte, consistió en la pro-

---

[1] Esta no debe ser confundida con la de la «adecuación social».

[2] *M.E. Mayer*, PG, 1915, 185. Sobre la historia: *Lübbe*, ZAW 24 (1993), 96 ss.

[3] Crítico, *Engisch* (2008), 102 ss., subrayando con razón que esta no es una doctrina causal, sino normativa.

[4] *Honig*, FG Frank, I, 1930, 179-180. Sobre el contexto, *Frisch* (1988), 17; *Kindhäuser*, InDret 4/2008, 12-13; *Ronco*, LH Moccia, 2017, 487 ss.

[5] *Gimbernat Ordeig* (1966); *Roxin* (1976), 84 ss., 128 ss., 181 ss.

[6] *Welzel*, ZStW 58 (1939), 528-529, 557 ss.

gresiva ubicación de la infracción del «deber objetivo de cuidado» *ex ante* en el tipo de los delitos imprudentes (*cfr. infra* capítulo 13/62).[7]

Las dos últimas líneas restrictivas mencionadas —la significativa, por un lado, y la valorativa, por el otro— han convivido entre sí —y también con la línea empírica inicial— de forma muy inestable. Tal coexistencia no siempre armónica ha tenido lugar en el seno de la macrodoctrina que ha dominado la teoría de la tipicidad en los últimos tres cuartos de siglo. A saber, la que, en la segunda mitad del siglo XX, fue denominada «moderna doctrina de la imputación objetiva» del resultado típico.[8] A su vez, esta fue asumida relativamente pronto, tanto en España como en Iberoamérica, por la doctrina e igualmente por la jurisprudencia. Así, las sentencias de 20 de mayo de 1981, de 5 de abril y de 29 de mayo de 1983 del Tribunal Supremo español distinguieron, por primera vez, entre causalidad e imputación objetiva, utilizando como criterio para esta última la noción de la adecuación.[9] No obstante, es preciso insistir en la denominación de «macrodoctrina», que se debe a que los criterios de imputación objetiva no han dado lugar a una doctrina plenamente unificada.[10] Así, como se expone a continuación, cabe plantear al menos cuatro polémicas básicas acerca de cómo entender su contenido. 4

2.2. El debate en el seno de la doctrina de la imputación objetiva

2.2.1. Las cuatro cuestiones fundamentales

En el debate actual, en primer lugar, existe desacuerdo sobre si la doctrina de la imputación objetiva constituye una teoría general de la tipicidad o simplemente acoge un conjunto de correctivos de una relación de causalidad generalizadora entre conducta y resultado. En segundo lugar, cabe discutir si la doctrina de la imputación objetiva es una teoría del significado de la conducta o comprende, además, la valoración de esta última. En tercer lugar, es preciso tomar posición sobre si el contenido de la doctrina de la imputación objetiva es absolutamente objetivo —intersubjetivo— o, por el contrario, admite ciertos correctivos subjetivo-personales. En fin, en cuarto lugar, procede optar entre identificar la totalidad de la realización típica como una cuestión de imputación objetiva *ex post*, o distinguir dos cuestiones diferentes en el seno del juicio de tipicidad. Por un lado, la relativa a la teoría de la conducta desaprobada *ex ante;* por otro, la propia de la teoría de la imputación objetiva del resultado *ex post.* Como se advierte, en esta última posición se limita el alcance del juicio de «imputación objetiva» a la determinación *ex post* de la relación entre la conducta penalmente desaprobada y el resultado, a su vez penalmente desaprobado. 5

[7] *Engisch* (1930), 344; *Welzel,* ZStW 58 (1939), 557 ss.

[8] *Gimbernat Ordeig,* LH Rodríguez Ramos, 2013, 97 ss.

[9] *Suárez/Cancio* (1996), 45.

[10] Ya *Suárez/Cancio* (1996), 21.

6 La primera de las cuatro cuestiones planteadas suscita el problema de si la doctrina de la imputación objetiva constituye una auténtica teoría[11] o es, más bien, un conjunto de *topoi*,[12] esto es, una «tópica». Así, lo primero conduce a construirla como un sistema de requisitos comunes a todas las conductas típicas. En cambio, lo segundo lleva a reducirla a un conjunto, más o menos ordenado, de criterios normativos. A su vez, estos pueden entenderse como restrictivos del alcance del juicio de causalidad lógico o empírico propio de los delitos puros de resultado de lesión o, incluso, como la mera generalización de criterios interpretativos de los diversos tipos de delito contenidos en la Parte Especial. Pues bien, en la doctrina española es mayoritaria su concepción como un conjunto de criterios de restricción de la causalidad, a la que se sigue considerando el fundamento básico de imputación del resultado.[13] En cambio, es minoritaria la posición que sostiene la aplicabilidad de la doctrina de la imputación objetiva a todos los tipos de delito.[14]

7 La segunda cuestión se relaciona con la polémica ya descrita acerca de si la tipicidad constituye el ámbito de la realización de juicios tanto significativos como valorativos o, por el contrario, solo de los primeros. Este debate también es objeto de posiciones encontradas. En efecto, en su formulación inicial, el juicio jurídico de «imputación objetiva» —perseguibilidad objetiva— se concebía carente de contenido valorativo. Con él únicamente se pretendía definir el criterio de atribución de un proceso resultativo a un agente, como hecho propio en sentido objetivo. Es decir, establecer el criterio de determinación del significado objetivo —para el Derecho penal— de un hecho.[15] En su virtud, se dotaba de sentido a la conducta poniendo el resultado típico no solo en una relación causal con aquella, sino fundamentalmente en una relación teleológica-objetiva —lo que se denominaba su «dominabilidad orientada a fines»—.[16] En cambio, dicho juicio no se pronunciaba todavía sobre la relación entre el hecho objetivamente imputado y la norma —en aquel momento, la norma de valoración de resultados—, porque esto último se consideraba una cuestión propia de la antijuridicidad.

8 Sin embargo, tal línea se ensambló más adelante con otras —de origen claramente distinto: finalista— que pretendían una restricción valorativa del ámbito de la tipicidad.[17] En concreto, con las doctrinas de la adecuación social y del riesgo permitido; y con las que introdujeron la noción de infracción del deber objetivo de cuidado en el tipo de los delitos imprudentes. Así, lo que en los años sesenta y setenta del siglo XX pasó a denominarse «moderna teoría de la

---

[11] *Torío López*, ADPCP 1986, 35; *Frisch* (1988), 72 ss.; *Jakobs* (1996), 101.

[12] *Arm. Kaufmann*, ADPCP 1985, 807 ss.; *Gimbernat Ordeig*, EPC X (1987), 169 ss.; *Maiwald*, FS Miyazawa, 1995, 465 ss.; *Suárez/Cancio* (1996), 69.

[13] *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 2020, 9 ss.

[14] *Torío López*, ADPCP 1986, 43.

[15] *Larenz* (1927), VII ss., 51, 68; *Honig*, FG Frank, I, 1930, 179-180, 183; *Maiwald*, FS Miyazawa, 1995, 465 ss.

[16] *Honig*, FG Frank, I, 1930, 185.

[17] *Pantaleón Díaz* (2022), 97 ss.

imputación objetiva» integraba ya ambas líneas, la primera, significativa, y esta segunda, valorativa. Ahora bien, es perfectamente posible acoger la primera tradición sin asumir la segunda. Esto se ha advertido, por ejemplo, en las concepciones objetivo-significativas de la tipicidad, enfrentadas con el finalismo. Viceversa, es posible optar por la segunda tradición, sin adoptar la primera. Esto ha venido siendo lo propio de una comprensión subjetivo-significativa y, adicionalmente, valorativa de la tipicidad, que precisamente caracterizaba a la concepción finalista. Así, la separación de estas dos tradiciones, luego ensambladas, es lo que permite entender que un sector de la doctrina finalista haya criticado la doctrina de la imputación objetiva, adoptando sin embargo perspectivas sobre la tipicidad que no renuncian al elemento valorativo.[18]

La tercera cuestión suscitada trae causa del hecho de que la teoría de la imputación objetiva fue en su origen —obviamente— una doctrina «objetiva» de la tipicidad. De hecho, surgió en el momento de apogeo de la concepción objetiva *ex post* del juicio de antijuridicidad como lesión de una norma de valoración de resultados. Sin embargo, en los años setenta del siglo XX esa doctrina experimentó una cierta fusión con la aportación sistemática fundamental del finalismo. Como se ha indicado, esta consistió en la incorporación del dolo y de la imprudencia a la tipicidad —en la denominada «tipicidad subjetiva»—. Pues bien, a partir de entonces, se observó una discrepancia esencial entre las visiones más objetivistas acerca del sustrato del juicio de imputación objetiva[19] y otras que integraban en dicho sustrato, en mayor o menor medida, los conocimientos y fines del agente. Este debate se ha centrado sustancialmente en el problema de si los conocimientos y capacidades especiales superiores del sujeto son relevantes en el juicio de imputación objetiva del resultado.[20] Sin embargo, trasciende a esta cuestión, para sentar la diferencia entre posiciones radicalmente normativistas y otras que lo son matizadamente. La obra de Jakobs, que asocia la tipicidad de la conducta típica a la infracción del deber de garante —esto es, al incumplimiento de la propia competencia o a la lesión del rol que ostenta el sujeto—, constituye probablemente la manifestación más clara de las doctrinas objetivistas-normativistas contemporáneas. Así, rechaza la relevancia de los conocimientos especiales ajenos al rol del sujeto, sostiene el carácter superficial de la distinción entre acción y omisión, y defiende un concepto fuerte de «neutralidad» de la conducta. En cambio, la doctrina mayoritaria ha integrado la cuestión de los conocimientos y capacidades superiores del agente —no sin dificultad— como un aspecto de la doctrina del comportamiento penalmente relevante.[21] Por lo demás, acoge posiciones matizadas en todos los demás ámbitos mencionados.

9

---

[18] *Rueda Martín* (2001); *Gil Gil*, RDPC 15 (2005), 95 ss.; *Gracia Martín*, FS Tiedemann, 2008, 205 ss.

[19] *Jakobs* (1996), 60.

[20] *Struensee*, ADPCP 1987, 424 ss.; *Torío López*, EPC X (1987), 388-389; *Mir Puig*, ADPCP 1988, 661 ss.; *Serrano González de Murillo* (1991), 118 ss.; *Cuello Contreras*, CPC 89 (2006), 5 ss.

[21] Ya *Roxin* (1976), 126; *Sancinetti* (1996), 153, 182-183; *Cancio Meliá*, LH Jakobs, 2003, 211 ss.; *Greco*, ZStW 117 (2005), 519 ss.; *Sacher* (2006).

10 En fin, la cuarta cuestión mencionada trae causa de un problema de teoría de las normas. En efecto, el uso lingüístico que asociaba la realización típica con la causación relevante del resultado fue difundido en la época anterior a la II Guerra Mundial en el marco de un concepto de tipicidad *ex post*. A su vez, este se relacionaba con la doctrina de la antijuridicidad entendida como lesión *ex post* de la (norma de) valoración. Pues bien, este uso fue desarrollado en la segunda mitad del siglo XX por parte de la doctrina alemana, al identificar la realización típica con la imputación objetiva del resultado. Ello se percibe con claridad en las obras de Roxin y de Jakobs. Sin embargo, el planteamiento del primero, aunque renuncia a una toma de posición acerca de la teoría de las normas, acoge la distinción entre un desvalor de la conducta —vinculado al riesgo inherente a esta— y un desvalor del resultado. Por su parte, Jakobs, si bien concibe las normas como expectativas de conducta, que operan *ex post*, ha utilizado de modo constante la noción de riesgo, que solo tiene sentido *ex ante* (*cfr. supra* capítulo 8/62).

11 Frente a esta línea, una posición distinta ha intentado articular la teoría de la imputación objetiva con el entendimiento de las normas de conducta como directivas de comportamiento *ex ante* (*cfr. supra* capítulo 8/74). Siguiéndola, se ha pasado a distinguir con mayor claridad y coherencia, en el seno del juicio de tipicidad, entre la doctrina de la conducta penalmente desaprobada —o del riesgo intersubjetivo *ex ante* penalmente relevante— y la doctrina de la realización del riesgo en el resultado —o imputación objetiva del resultado *ex post*—.[22]

2.2.2. El modelo acogido

12 En esta obra se adopta un modelo dogmático que se basa en la integración de la teoría de la tipicidad *ex post* —entendida como juicio sobre la lesividad jurídica del hecho—, con la teoría de las normas de conducta, que da pie a realizar un juicio intersubjetivo *ex ante* sobre el enfrentamiento del comportamiento del agente con el Derecho (*cfr. supra* capítulo 8/101). Pues bien, desde esta perspectiva, en el marco concreto de la tipicidad es preciso examinar en primer lugar si concurre un comportamiento penalmente desaprobado *ex ante*, que vulnera el contenido de la norma de conducta. Esto es lo que se lleva a cabo en el presente capítulo 10. En cambio, en segundo lugar, y por separado, debe examinarse si procede la imputación objetiva del resultado —tipicidad efectiva *ex post*— a aquella conducta, lo que se ubica en el conjunto de presupuestos adicionales de aplicación de la norma penal de sanción. Esto último se examina en el capítulo 14. De este modo, la antijuridicidad penalmente típica se entiende como una categoría

---

[22] *Rödig*, FS Lange, 1976, 39 ss.; *Wolter*, GA 1977, 257; *el mismo* (1981); *Mir Puig* (1982), 60 ss.; *Frisch* (1983; 1988); *Silva Sánchez* (1992); *el mismo*, LH Mir Puig, 2017, 877 ss.; *Frisch/Robles* (2004); *Freund/Rostalski* (2.ª, 2019); *Robles Planas* (2021). Parcialmente crítico, *Gimbernat Ordeig*, LH Mir Puig, 2017, 586 ss.

transversal, pues comprende tanto un juicio intersubjetivo *ex ante* como un juicio *ex post*.[23]

En definitiva, la determinación de la tipicidad de un hecho requiere, en primer lugar, un juicio de atribución de significado a una conducta y un juicio de (des)valoración de esa conducta como riesgo penalmente desaprobado desde una perspectiva intersubjetiva *ex ante*. En segundo lugar, deben efectuarse sendos juicios de atribución de significado *ex post* al resultado y de (des) valoración de ese resultado *ex post* como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. En fin, en tercer lugar, es preciso llevar a cabo un juicio normativo *ex post* que expresa la relación de sentido entre el comportamiento penalmente desaprobado y la lesión del bien jurídico. Sentado lo anterior, se advierte que la denominación de «imputación objetiva» —o de «realización del riesgo desaprobado en el resultado»— debe reservarse para este tercer juicio.[24] En efecto, en la doctrina del comportamiento desaprobado *ex ante*, que tiene una dimensión significativa y otra valorativa, existen supuestos de relevancia de los conocimientos especiales, de los fines y de los motivos del agente.[25] En cambio, la doctrina de la imputación objetiva del resultado únicamente expresa un juicio objetivo-significativo *ex post*. A saber, el que establece la relación que tiene que existir entre una conducta y un resultado, ambos desvalorados, para que pueda afirmarse la realización del tipo. 13

3. LAS CRÍTICAS EXTERNAS A LA DOCTRINA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

La doctrina de la imputación objetiva, entendida en sentido amplio, ha sufrido objeciones constantes en los últimos cincuenta años. Estas, a su vez, pueden ordenarse del siguiente modo. Por un lado, se han dado críticas externas de muy diverso signo, que proceden de todo el espectro doctrinal, desde el planteamiento finalista —valorativo y no objetivista— hasta el analítico —significativo y objetivista—. Sin embargo, por otro lado, también se han producido críticas internas, derivadas de las diferentes perspectivas acerca de cómo entenderla, que se han esbozado más arriba. Así, una primera crítica externa es la analítica, que se dirige ya contra la propia denominación «imputación objetiva», sosteniendo que esta doctrina no expresa realmente un juicio de imputación, sino que en ella se trata sustancialmente de una valoración.[26] Pues bien, es cierto que el término «imputación» (*imputatio*), a partir del siglo XVII, tuvo el significado de atribución de un hecho a la libertad de un sujeto y, con ello, un contenido subjetivo. Igualmente, es verdad que tanto el juicio de desaprobación de la conducta como el de desvaloración del resultado no 14

[23] *Silva Sánchez*, LH Mir Puig, 2017, 886 ss.

[24] *Frisch* (1988).

[25] En función del rol de que se trate, *Vacchelli*, InDret 4/2017, 1 ss.

[26] *Sánchez-Ostiz* (2008), 482 ss., 524 ss.; *el mismo* (2014), 68 ss., 105 ss.

constituyen juicios de imputación, sino de asignación de significado y de valoración.[27] Sin embargo, el juicio que establece el nexo de sentido entre una conducta desaprobada y un resultado típico no es valorativo. Por el contrario, expresa un vínculo distinto, de naturaleza significativa, que no es irrazonable denominar imputación «objetiva» en el sentido de Larenz y Honig. Por esta razón, aquí se opta por mantener la terminología de imputación objetiva —o de realización del riesgo en el resultado— para designar el contenido de ese segundo juicio. Ahora bien, lo que está claro es que la relación de imputación objetiva entre conducta y resultado no forma parte del objeto de la imputación subjetiva, que se circunscribe a la conducta desvalorada del agente.

15 Una segunda crítica externa, efectuada por la doctrina finalista, le reprocha a la doctrina de la imputación objetiva un «objetivismo normativista», que le hace desconocer la relevancia de los datos psíquicos-reales. Adicionalmente, se indica que esto la conduce a obviar la dimensión subjetiva del obrar o bien a incorporar esta última al tipo objetivo de modo subrepticio, bajo apariencia de objetividad. Por oposición a ello, se sostiene que, para formular un juicio correcto acerca de la peligrosidad de la conducta, es preciso tener en cuenta tanto los conocimientos del autor sobre las circunstancias del hecho, como también la dirección de la voluntad de la acción.[28] Pues bien, esta objeción también tiene parte de razón. En efecto, cualquier juicio de significado y de valoración sobre una conducta ha de tener presentes los conocimientos, las intenciones y los motivos del agente. Por lo tanto, estos deben formar parte del objeto del juicio de tipicidad. Sin embargo, ello no tiene por qué conducir a la creación de un «tipo subjetivo». Por el contrario, debe llevar a concluir que determinados factores internos, en la medida en que se exteriorizan de modo intersubjetivamente comprensible y valorable, conforman también el objeto del juicio de tipicidad. Con todo, este, por su parte, no deja en ningún momento de ser un juicio de significado intersubjetivo.

16 Una tercera crítica, esgrimida tanto por autores finalistas como por defensores de las concepciones analíticas del delito, reprocha a la doctrina de la imputación objetiva su carácter meramente tópico y no sistemático. En efecto, se afirma que mezcla problemas que pertenecen a categorías distintas de la teoría del delito: en concreto, a la determinación de la relación de causalidad, a la doctrina del dolo y a la de las causas de justificación.[29] Esto se concreta, a su vez, en diversas tesis. Así, por ejemplo, se sostiene que aquella doctrina, guiada

---

[27] *Robles Planas* (2004), 79 ss.

[28] *Arm. Kaufmann*, ADPCP 1985, 807 ss.; *Samson*, ZStW 99 (1987), 633; *el mismo*, FS Lüderssen, 2002, 587; *Küpper* (1990), 83, 115; *Rueda Martín* (2001), 193 ss., 338 ss.; *Gracia Martín*, RECPC 6 (2004), 14; *el mismo* (2006), 395 ss.; *Struensee* (2005), 72-73; *Sánchez Lázaro*, ADPCP 2005, 442 ss.; *Cuello Contreras*, CPC 89 (2006), 5; *el mismo*, CPC 132 (2020), 26 ss.; *H. Schumann/A. Schumann*, FS Küper, 2007, 551. Con matices, *Hirsch*, FS Lenckner, 1998, 119.

[29] *Marinucci*, RIDPP 1991, 3; *Maiwald*, FS Miyazawa, 1995, 465 ss.; *Hilgendorf*, ADPCP 2002, 102 ss., 106; *el mismo*, FS Sancinetti, 2020, 454 ss.; *Kindhäuser*, ADPCP 2006, 63 ss.; *el mismo* (2007), 49 ss.; *Haas*, InDret 1/2016, 1 ss.; *Goeckenjan* (2017); *Puppe*, ZIS 2020, 157.

por la pretensión de construir la tipicidad de modo común para los delitos dolosos e imprudentes, ha trasladado acríticamente la estructura típica de los delitos imprudentes a los delitos dolosos. O, por aludir a otra cuestión, que su enfoque valorativo impide una correcta separación del juicio de tipicidad y de justificación de la conducta.[30] Pues bien, ciertamente estas críticas ponen de relieve debilidades de la sistematización de esta materia. Sin embargo, las alternativas propuestas tampoco ofrecen modelos sistemáticamente más ventajosos, sino que suelen redundar en una concentración de elementos en la categoría de la imputación subjetiva. Esto explica que, al menos de momento, no hayan comprometido seriamente el mantenimiento de la doctrina de la imputación objetiva, que no ha sido desplazada por ninguna otra construcción posterior. Así pues, aquí se parte de que lo razonable es mantenerse en esta tradición e introducir en su marco las correcciones pertinentes.

II. LA CONDUCTA PENALMENTE DESAPROBADA *EX ANTE* COMO CONDUCTA TÍPICAMENTE RELEVANTE

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Los juicios de tipicidad *ex ante* y *ex post*

17 La integración de la teoría de las normas, entendidas como directivas de conducta, y de la teoría de la tipicidad, como relativa a la lesividad del hecho, conduce al siguiente esquema de análisis. En primer lugar, la conducta típicamente desaprobada es la que contiene un riesgo penalmente relevante, es decir, la que se muestra idónea para realizar el tipo de delito desde una perspectiva intersubjetiva *ex ante*. A su vez, el comportamiento que muestra tales características vulnera típicamente el contenido de la norma de conducta, salvo que se halle justificado. De este modo, el paradigma de conducta penalmente desaprobada es, en los delitos dolosos, la tentativa perfecta (*cfr. infra* 15/64). Por su parte, en los delitos culposos ese lugar lo ocupa la conducta «imprudente perfecta». Una y otra se producen tan pronto como el sujeto pierde el control del riesgo asociado a su conducta desde una perspectiva intersubjetiva *ex ante*. Sentado esto, hay que concluir que la tentativa imperfecta no constituye un riesgo en sentido estricto, sino que solo conforma la probabilidad de que el agente, cumpliendo su propósito, obre de modo efectivamente peligroso en un futuro inmediato. Por su parte, las conductas de participación dolosas o imprudentes contribuyen a la probabilidad de un ejercicio peligroso de la libertad por parte de otro. Sin embargo, en sí mismas no puede afirmarse que constituyan un peligro *stricto sensu*.

18 El resultado típicamente desaprobado y el metajuicio en virtud del cual se establece el nexo de sentido entre la conducta típicamente desaprobada y ese resultado se integran en el ámbito sistemático de la norma de sanción. Sin embargo, esto no implica que pertenezcan únicamente a la teoría de la

[30] *Hilgendorf*, FS Weber, 2004, 33; *Kahlo*, FS Küper, 2007, 249 ss.

consumación. En efecto, la doctrina de la imputación objetiva del resultado es aplicable principalmente a la realización por el autor del tipo de delito consumado. Sin embargo, también es aplicable a la tentativa idónea perfecta, así como *mutatis mutandis* a las conductas que constituyen formas de participación. Por tanto, se integra de modo general en la teoría de la realización del tipo, que adopta una perspectiva *ex post*. Como se ha adelantado, el objeto último de esta doctrina es la posibilidad de confirmación *ex post* del juicio intersubjetivo realizado *ex ante* sobre la conducta típicamente relevante. Ahora bien, es cierto que la doctrina de la realización típica *ex post* muestra una especial complejidad en el caso específico de los delitos de resultado material —en los que este aparece separado de la conducta—. En realidad, esto fue precisamente lo que dio lugar a la progresiva elaboración de la doctrina de la imputación objetiva.

1.2. El juicio *ex ante*

1.2.1. El contenido del juicio acerca de la conducta desaprobada

19 Las normas de conducta cumplen una función tanto de orientación como de dirección de conductas. Así, su vulneración típicamente relevante ya produce, por sí misma, efectos para el Derecho penal. Ciertamente, la vulneración del contenido de una norma mediante una conducta —que se determina *ex ante*— todavía no da lugar a un juicio de tipicidad penal *ex post*. Sin embargo, modifica las relaciones entre el agente, los terceros y el Estado. El ejemplo del homicidio, dada su fuerza plástica, puede servir para mostrarlo. En efecto, la norma de conducta que prohíbe matar es vulnerada por todo aquel comportamiento que, en términos intersubjetivos *ex ante*, empeora el *statu quo* relativo a la vida de otro. Pues bien, la que empeora tal estatus de forma típicamente relevante es la conducta penalmente desaprobada de homicidio.

20 A su vez, esta puede ser: (i) la de quien crea o incrementa un riesgo jurídico-penalmente desaprobado de producir un resultado de muerte; (ii) la de quien elimina las barreras naturales o humanas —cursos de aseguramiento o salvadores— preexistentes que pueden neutralizar o disminuir riesgos de muerte; y (iii) la de quien, una vez incorporado un riesgo de producción de un resultado a su esfera de organización, no lo neutraliza ni lo disminuye. En lo que sigue, la expresión «creación de un riesgo» se refiere a cualquiera de estas modalidades, salvo que se indique lo contrario. Estas reciben respectivamente el nombre de (i) comisión activa (ii) interrupción de cursos salvadores y (iii) comisión por omisión.[31] En este punto, debe subrayarse que existe debate en cuanto a la estructura de la conducta de «posesión», que constituye el núcleo de la descripción de algunos tipos de delito, como, por ejemplo, la tenencia ilícita de armas, de pornografía infantil o de programas informáticos aptos para cometer fraudes.[32] En efecto,

---

[31] Ya *E. A. Wolff* (1965), 9.

[32] El *Model Penal Code*, Section 2.01.(4) atribuye relevancia a la posesión como acto, *«if the possessor knowingly procured or received the thing possessed or was aware of his control thereof for a sufficient period to have been able to terminate his possession»*.

para un sector doctrinal se trata de un *tertium genus* distinto de la comisión activa y de la omisión.[33] En cambio, para otro grupo de autores, la posesión constituye una comisión en sentido normativo-material, ya se vea como comisión activa (por infracción de un deber negativo —o de organización—), o como comisión por omisión.[34] Esta línea es la que resulta más satisfactoria.

El juicio en cuya virtud se constata la concurrencia de una conducta constitutiva de un riesgo jurídico-penalmente desaprobado —típico— se subdivide en el análisis de cuatro grupos de requisitos. De estos, los tres primeros tienen naturaleza significativa. Es decir, se refieren al examen del sentido de la conducta, de modo previo a la valoración jurídica de esta. En cambio, el cuarto grupo tiene que ver precisamente con tal valoración. Ciertamente, dadas las discrepancias existentes sobre si el juicio de tipicidad es únicamente significativo o además evaluativo de la conducta, los criterios integrantes de este último son los más discutidos en la doctrina. 21

El primero de los grupos mencionados comprende los requisitos cuantitativos del significado. El segundo, por su parte, los requisitos significativos institucionales y modales —los sentidos jurídicos y sociales, los medios determinados o las modalidades de acción—. A su vez, el tercero se refiere a otros requisitos significativos adicionales —los conocimientos y capacidades especiales; las intenciones y otros elementos subjetivos y de la actitud interna; los motivos y los móviles—. En fin, el cuarto, como se ha indicado, comprende los criterios que integran la dimensión estrictamente valorativa de lo anterior —adecuación social, riesgo permitido, neutralidad, riesgo general de la vida, etc.—. Estos últimos traen causa de tres nociones fundamentales: la relación entre el Derecho y la sociedad; la unidad del ordenamiento jurídico; y el principio de subsidiariedad del Derecho penal. 22

1.2.2. El sentido del juicio de desaprobación de la conducta

La inclusión en el examen de la tipicidad de un juicio de desaprobación sobre la conducta tiene trascendencia. En efecto, pone de relieve en qué medida aquella constituye ya un primer ámbito de resolución jurídico-penal de colisiones entre las esferas de bienes de un agente y las de otros terceros. Así pues, la función de filosofía política que se designa como resolución de conflictos interpersonales se cumple ya en el nivel sistemático de la tipicidad de la conducta, igual que, luego, en el de las causas de justificación.[35] Expresado de otro modo, en la determinación de si la conducta es típica se manifiesta ya una síntesis dialéctica entre el principio de libertad de acción y el principio de protección de la segu- 23

---

[33] Así, *Schroeder, Eckstein* y *Roxin*, en: Schroeder *et al.* -eds.- (2016).

[34] Con distintos acentos, *Pastor Muñoz* (2005); *Cox Leixelard* (2012); *Viveiros* (2023). Por su parte, *Falcone* (2016), 269 ss., apunta a la existencia de casos de posesión en que lo infringido es un deber positivo especial, de contenido institucional.

[35] *Amelung* (1991), 96 ss.

ridad —libertad de no pasión— desde la óptica del Derecho penal. En realidad, ello es reflejo de un conflicto interno a cada persona. Cada uno de los miembros de la comunidad política —en tanto que sujetos activos— pretende la máxima expansión de su libertad de acción; igualmente —como sujeto pasivo— esgrime la pretensión de una máxima protección de su seguridad frente a injerencias externas. Sin embargo, como luego se advertirá, el juicio de valoración propio de la tipicidad y el de las causas de justificación se mueven en planos distintos de abstracción —en distintas fases del proceso de concreción de la norma— y, por tanto, son susceptibles de una diferenciación razonable.

2. LOS ELEMENTOS DEL JUICIO SOBRE EL SIGNIFICADO DE LA CONDUCTA

2.1. Generalidades

24 En ocasiones, la conducta que realiza el tipo de delito parece moverse en un contexto físico-natural. Eso sucede, por ejemplo, en los delitos de resultado material de lesión de bienes físicos, paradigmáticamente en el homicidio, las lesiones o los daños. Así, en ellos es común leer las definiciones típicas acudiendo en primer lugar a criterios empíricos. En particular, se suele empezar por aludir a la capacidad de la conducta para causar un daño: al «riesgo». Esta referencia al riesgo como contenido del juicio *ex ante* responde a dos razones. Por un lado, al hecho de que solo tiene sentido dirigir las normas a su destinatario cuando este se dispone a actuar y no después. Por otro, que, en el momento en que el agente va a actuar, reina la inseguridad acerca de su propia conducta.[36] Sin embargo, el análisis empírico no es suficiente para apreciar la concurrencia de un significado. Por ello, en lugar de referirse al «riesgo», podría ser más razonable aludir sencillamente a la idoneidad *ex ante* de la conducta para realizar el tipo de delito. De hecho, en la mayoría de los delitos el contexto no es solo físico-natural, sino también, sobre todo, social. Por tanto, en ellos el juicio de atribución de sentido se basa directamente en convenciones, esto es, en reglas relativas a la interacción social, mientras que el lenguaje causal-empírico está fuera de lugar, salvo en un sentido vagamente metafórico.

2.2. El juicio sobre la probabilidad intersubjetiva *ex ante* de lesión

2.2.1. Las nociones de creación del riesgo, incremento del riesgo y disminución de la protección

25 Con la reserva expuesta, una conducta, para ser jurídico-penalmente significativa en el sentido de los tipos de comisión activa debe, en primer lugar: (i) crear un riesgo para el bien jurídico; o (ii) incrementar un riesgo ya preexis-

[36] *Pantaleón Díaz* (2022), 114 ss.

tente;[37] o bien (iii) disminuir o anular una medida de protección estabilizada de la que goce dicho bien. La primera opción presupone un estado previo de riesgo «0» para un bien jurídico, que no es fácil que se dé en la realidad. En cambio, en la segunda y en la tercera variante ya tiene que existir un riesgo previo. A su vez, este puede haber surgido de una fuente natural; o bien haber sido creado por un tercero de modo irrelevante para el Derecho penal; o, en fin, constituir un riesgo también en sí mismo desaprobado. Se entiende por riesgo la función de probabilidad y lesión o, sencillamente, la probabilidad de una lesión («$R = P \times L$»).[38] Sin embargo, de modo más concreto, es preferible formular («$R = P \times C \times L$»), esto es, «riesgo = probabilidad × celeridad × gravedad de la lesión». Así pues, la medida de un riesgo es igual a la probabilidad —previsibilidad intersubjetiva— de una lesión de una gravedad determinada en un plazo de tiempo dado. En suma, las tres variables del riesgo vienen constituidas por la gravedad esperada de la lesión, la mayor o menor certeza de su producción y la celeridad de esta. En este contexto, la creación de un riesgo relevante para el Derecho penal debe identificarse con la generación de la probabilidad de un resultado lesivo típico, cuando dicha probabilidad no existía previamente.

Por su parte, el incremento de un riesgo *ex ante* puede consistir: (i) en el **26**
incremento de la probabilidad o de la magnitud de la lesión del bien jurídico sometido ya a un peligro preexistente; (ii) en la aceleración o adelantamiento temporal de la lesión probable debida a un peligro preexistente; o bien (iii) en la desviación de esa probabilidad de lesión hacia un bien jurídico de mayor entidad. En este tercer caso, la desviación del riesgo producida por el agente genera la posibilidad de salvación de otro bien jurídico, pero de menor entidad. Por ejemplo: un carnicero intenta alejar de las viandas de su comercio a un perro hambriento, azuzándolo contra los paseantes. Por tanto, ello no excluye el carácter típicamente antijurídico de la conducta, aunque en ciertas configuraciones fácticas —no en la del ejemplo— podría tener efectos en el ámbito de las denominadas «causas de exculpación» (*cfr. infra* capítulo 26) o, al menos, operar como factor de atenuación de la pena (*cfr. infra* capítulo 28). Por su parte, la disminución de una protección preexistente se identifica con la figura de la interrupción de cursos causales salvadores —naturales o humanos—, siempre que estos fueran idóneos *ex ante* para producir un efecto positivo sobre los bienes jurídicos (*cfr. infra* capítulo 11/164). Ello sucede, por ejemplo, cuando alguien destruye la ampolla que contiene el antídoto que va a ser inyectado a quien acaba de ser mordido por una serpiente.

La base del concepto de riesgo es el desconocimiento humano acerca **27**
de la realidad. Ciertamente, este desconocimiento puede alcanzar medidas diferentes, de modo que la noción de riesgo es siempre relativa al juicio de

---

[37] *Roxin* (1976), 135-136.

[38] Riesgo es igual a la probabilidad multiplicada por la entidad de la lesión.

un sujeto o de un grupo de sujetos.[39] Así, para un observador omnisciente el riesgo y la lesión se implican recíprocamente. Si hay lesión *ex post* es que hubo riesgo *ex ante*; y si hay riesgo *ex ante*, es que habrá lesión. En cambio, los juicios sociales se mueven en un contexto de incertidumbre. Por tanto, en sentido psicológico y lingüístico-social puede existir un riesgo *ex ante*, aunque luego no se produzca una lesión *ex post*. Igualmente, puede darse una lesión *ex post* aunque *ex ante* no se haya apreciado un riesgo. En realidad, las incertidumbres tampoco desaparecen en el momento *ex post*, ni siquiera para el observador más experto —el perito—, pues este tampoco es omnisciente. Además, a lo anterior se añade el hecho de que la construcción social del riesgo y su percepción individual o colectiva pueden alejarse sustancialmente de las apreciaciones de las ciencias experimentales. En efecto, aquellas tienen una intensa connotación de psicología social que el Derecho penal no puede desconocer.

2.2.2. La referencia al bien jurídico

28 El juicio acerca del peligro inherente a la conducta, o, en otras palabras, acerca de la idoneidad intersubjetiva *ex ante* de esta para realizar el tipo, tiene como referencia la lesión de un bien jurídico. Por tanto, aunque la conducta sea subsumible en el tenor literal de la definición del delito correspondiente, si en ella no se da *ex ante* un peligro relevante de lesión del bien jurídico protegido en dicho delito, la conducta no es materialmente típica. Esta consideración se expresa con frecuencia aludiendo a que la conducta no es «materialmente antijurídica». Pues bien, la exclusión de la tipicidad de las conductas que —aun siendo gramaticalmente subsumibles en la definición del delito— carecen de la capacidad para lesionar de modo relevante el bien jurídico correspondiente responde a razones teleológicas, estrictamente jurídico-penales. Por eso, en el plano de la interpretación de cada tipo de delito, ello se lleva a cabo mediante la interpretación teleológica. Esto la diferencia de los supuestos de exclusión de la tipicidad por razones de licitud jurídica general —riesgo permitido—, cuyo mecanismo interpretativo es la interpretación sistemática. Igualmente, la distingue de los supuestos de exclusión de la tipicidad por razones sociales —adecuación social—, cuya vía en el conjunto de los cánones interpretativos es la interpretación conforme a la realidad social del tiempo en que la ley ha de ser aplicada (*cfr. supra* capítulo 6/46).

2.2.3. Las bases del juicio

2.2.3.1. Generalidades

29 La idea de que la conducta típica debe entrañar una determinada probabilidad *ex ante* de producir la lesión típica procede inicialmente de la doctrina

[39] *Molina Fernández* (2001), 669 ss., 775.

de la causalidad adecuada, ya mencionada.[40] En efecto, el juicio relativo al incremento del riesgo —o a la disminución de la protección del bien— es un juicio *ex ante*. Además, debe consistir en un juicio intersubjetivo, cuyo emisor es una persona media razonable situada en la posición del agente. La diferencia entre un juicio objetivo y un juicio intersubjetivo radica en que en el primero se adopta la perspectiva de un observador neutral no interviniente. En cambio, en el segundo se acoge la de un interviniente no neutral. Ciertamente, esta no es la propia del sujeto activo —parcial—, pero sí es una perspectiva interna a la correspondiente *praxis* social. La exigencia de un juicio de peligro *ex ante* se vincula con la doctrina de las normas de conducta y con la imposibilidad de construir prohibiciones de causación.[41]

Con todo, es cierto que en algunos hechos delictivos el juicio sobre la rele- 30
vancia de la conducta no requiere que *ex ante* se llegue a constatar realmente un peligro en el sentido mencionado. Así sucede en la tentativa imperfecta, en los delitos de emprendimiento y en los actos preparatorios (*cfr. infra* capítulo 15). En efecto, lo que se constata en ellos es que un agente realiza una conducta con el propósito de seguir actuando para poner en peligro el bien jurídico. Del mismo modo, en los denominados delitos de peligro abstracto, si se los interpreta como delitos de peligro presunto —lo que hace un sector de la doctrina—, tampoco existe peligro *ex ante*. Según dicha opinión doctrinal, en tales tipos de delito el peligro constituye únicamente la *ratio legislatoris* y no algo que deba ser constatado por el juez a propósito de la conducta realizada por un agente en un caso singular. Pues bien, todos estos supuestos plantean déficits desde el punto de vista de la lesividad y, por tanto, también del merecimiento de pena. E igualmente sucede en los casos de leyes en blanco con remisión total, si es que el Derecho administrativo se asienta sobre la base del principio de precaución. Como se advierte, la limitación del alcance del tipo a conductas con auténtico merecimiento de pena requiere una interpretación restrictiva que en ocasiones ha de dar lugar a una reducción teleológica de aquellas figuras de delito (*cfr. supra* capítulo 6/94).

2.2.3.2. La experiencia social

La determinación de la existencia y entidad de un riesgo para un bien jurí- 31
dico en la conducta del agente solo puede tener lugar con base en criterios de experiencia social. Ciertamente, es común que se aluda en este punto a la experiencia causal, es decir, al estado de conocimiento científico existente en cuanto a la relación causal entre una clase de fenómenos *antecedens* «A» y una clase de fenómenos *consequens* «C». Sin embargo, hay que abandonar la idea de que los juicios de probabilidad *ex ante* se basan siempre en leyes causales,

---

[40] *Lübbe*, ZAW 24 (1993), 96 ss.

[41] *Wolter*, GA 1977, 257; *el mismo* (1981); *el mismo*, LH Roxin, 1994, 74; *Mir Puig* (1982), 60 ss.; *el mismo*, ADPCP 1983, 10 ss.; *Sola Reche*, ADPCP 1994, 177 ss.

porque en la práctica este no es más que uno de los posibles contextos del juicio de peligro. En efecto, en ocasiones tal marco viene dado por relaciones entre fenómenos que no tienen ese carácter, sino que son correlaciones estadísticas o de probabilidad. Además, estas en muchos casos ni siquiera son científicas, sino solo de mera experiencia común.[42] En realidad, tan pronto como la relación entre un antecedente «A» y una consecuencia «C» pasa por la mente humana y, en consecuencia, por la intermediación de la libertad, la alusión a criterios de experiencia causal está fuera de lugar. Así pues, la experiencia no puede referirse a una causalidad inexistente, sino solo a reglas de interacción social, que ciertamente pueden tener alguna base estadística. En este punto, resulta bastante común que la doctrina aluda a la existencia de ámbitos de «causalidad psíquica». Por ejemplo, a propósito de la inducción y de la cooperación o complicidad psíquica, como formas de intervención en el delito. Además, a estas cabe añadir la autoría en sentido estricto de delitos como la estafa, las amenazas, el cohecho, el tráfico de influencias o la corrupción privada. Pues bien, en cualquiera de estos contextos la referencia a la causalidad es impropia (*cfr. infra* capítulo 14/63).[43]

32 En efecto, en ellos no existen relaciones causales de necesidad, sino que lo decisivo es la experiencia social acerca de la incidencia psíquica y moral de un sujeto sobre otro. A este respecto, un sector de opinión ha aludido a las estructuras psicológicas de la «motivación». Por su parte, esta expresión comprende tanto casos de incidencia sobre la racionalidad moral del agente, como aquellos en los que se apela a su razón instrumental o, en fin, se influye en sus emociones. Por lo demás, en otros grupos de delitos, el establecimiento de relaciones de significado deriva de convenciones sectoriales de sentido, no de leyes causales ni de correlaciones estadísticas. Esto sucede en los tipos que se realizan mediante actos de habla u otras formas de expresión como, por ejemplo, en los delitos contra el honor. En efecto, tampoco aquí cabe hablar de riesgos en términos de una probabilidad basada en criterios de experiencia científico-empírica. En definitiva, todo ello significa que el denominado juicio de riesgo *ex ante* se puede reformular, según se anticipó, como un juicio jurídico-penal de sentido acerca de la idoneidad *ex ante* de la conducta para realizar el tipo de delito del que se trate.

33 El grado de riesgo inherente a la conducta —la medida de probabilidad, de rapidez de la lesión previsible y de la gravedad previsible de esta— se determina con arreglo a los criterios de experiencia mencionados. Por tanto, no cabe hablar de porcentajes exactos. Además, la fijación de la frontera a partir de la cual un grado de riesgo se hace jurídicamente inadmisible responde a un juicio de significado jurídico.[44] Esto implica que no es posible establecer una medida numérica de probabilidad de lesión a partir de la cual una conduc-

[42] *Paredes Castañón* (1995), 171 ss.

[43] Diferentes, *Engisch* (1931), 28; *Roxin*, FS Achenbach, 2011, 409 ss.

[44] *Wolter*, GA 1977, 271-272.

ta esté jurídicamente desaprobada. Es decir, no cabe afirmar que un riesgo superior al 1% o al 0,1% o al 0,01% ya es inadmisible y, por tanto, típico. Del mismo modo, tampoco se puede afirmar que, dado un riesgo base del 0,5%, todo incremento *ex ante* de una décima resulta ya penalmente relevante. En esta cuestión es decisiva la relevancia social del bien jurídico de que se trate, que determina la gravedad previsible de su lesión. A su vez, tal gravedad constituye uno de los elementos fundamentales de la función de riesgo («R = P × L»). Por tanto, una misma probabilidad puede resultar inadmisible si el bien jurídico afectado es la vida, mientras que cabe que sea aceptable cuando se trata de la propiedad.

2.2.3.3. Las características del sujeto pasivo

34 Ciertamente, existe consenso en señalar que la medida de riesgo inherente a una conducta resulta inadmisible —típica— siempre que la producción del correspondiente resultado «no sea absolutamente improbable». Sin embargo, esta idea debe matizarse con lo que se acaba de señalar, así como con la atención a aspectos específicos de cada delito. Un ejemplo relativo a la estafa puede contribuir a aclararlo. En efecto, un mismo engaño puede ser «bastante» o no —en los términos del art. 248 CP español— en función de que el destinatario de la maniobra sea un comerciante, una persona corriente, o bien una de las denominadas «víctimas débiles». Estas son personas que, por su edad —niños, ancianos— o por razón de algún déficit cognitivo o volitivo-emocional, resultan más propensas a ser engañadas. En definitiva, la relevancia del riesgo de perjuicio patrimonial mediante engaño tiene una dimensión interpersonal. Con todo, esto puede ser objeto de generalización. En efecto, algo similar a lo mencionado a propósito de la estafa sucede en relación con la entidad de una amenaza. Esta puede ser insuficiente para una persona normalmente resistente y, en cambio, suficiente para quien es más lábil.[45] Más aún, incluso en el caso de delitos relacionados con la violencia física, una misma conducta puede ser *ex ante* idónea para producir un resultado de muerte, de lesiones o ni siquiera de estas, en función de la fuerza y resistencia corporal del sujeto pasivo. Ciertamente, un empujón puede ser apto para matar a un anciano. Por lo tanto, la persona del sujeto pasivo y su mayor o menor debilidad física, intelectual o emocional —identificable *ex ante*— influye sobre la calificación del riesgo inherente a la conducta del sujeto activo.

35 Por lo demás, cabe afirmar la existencia de un riesgo a pesar de que en el momento en el que el agente realiza la conducta todavía no exista el bien jurídico. Al respecto, basta con que el bien jurídico concurra y sea lesionado en el momento en el que la conducta cause el resultado. En su día denominé

[45] Por ejemplo, una persona supersticiosa puede ser intimidada recurriendo a rituales de vudú. Así, la STS 1461/2005, de 25 de noviembre, en un caso de prostitución coactiva de mujeres de nacionalidad nigeriana.

este problema «cambio de estatus del objeto de la acción».[46] En concreto, por ejemplo, no es preciso que exista la vida humana independiente en el momento en el que se crea un riesgo para esta. Por eso, quien inyecta un veneno a una mujer gestante puede responder por un delito de homicidio, si es probable que ese veneno mate a su bebé, una vez nacido este. En efecto, *ex ante* basta con la posibilidad de emitir un juicio de probabilidad de lesión.[47] La probabilidad puede referirse tanto al hecho de la lesión, como a la existencia del bien jurídico, como a ambos factores. En cambio, la presencia efectiva del objeto del bien jurídico pertenece a la teoría de la consumación *ex post*. Por lo demás, los ejemplos de esta estructura dogmática no se ciñen a la protección de la vida. Así, la conducta de «A», que instala una bomba en una casa de su propiedad, siendo probable que explote una vez que él se la haya vendido a «V», es una conducta típica de daños patrimoniales.[48]

2.2.3.4. El incremento del riesgo

36 El criterio de la «no improbabilidad» no es aplicable a los casos de incremento del riesgo. En efecto, en estos ya existe un riesgo previo, de modo que el resultado no era improbable ni siquiera antes de la propia intervención del agente. Obviamente, para poder hablar de un incremento del riesgo, es necesaria la preexistencia de un riesgo, natural o humano. Pues bien, quien incrementa un riesgo general de la vida o un riesgo permitido responde por dicho aumento en exclusiva. En cambio, el incremento posterior de un riesgo ya antes desaprobado no excluye siempre la responsabilidad del creador del riesgo inicial, además de aquel que lo incrementa. Así, se produce un incremento del riesgo preexistente *ex ante* cuando la conducta del sujeto determina: (i) que sea más probable la producción del mismo resultado; (ii) que sea probable un adelanto temporal de la producción de este; (iii) que, manteniéndose la probabilidad y la celeridad, el resultado previsible sea de mayor magnitud, dentro del mismo tipo; o, en fin (iv), que el resultado previsible sea una lesión de un bien jurídico de mayor relevancia, del mismo sujeto o de otro. A diferencia de los tres supuestos anteriores, en (iv) no procede hablar de incremento del riesgo, sino de sustitución de un riesgo preexistente, que queda neutralizado —o estabilizado—, por otro nuevo, de mayor entidad. Las relaciones entre la conducta del sujeto que, en su caso, crea un riesgo y la de quien lo incrementa o lo sustituye por otro más grave se examinan en el contexto de la doctrina de la imputación objetiva del resultado.

37 En suma: las conductas cuya realización no permite excluir la probabilidad de una lesión son *prima facie* típicas con arreglo a este criterio. Sin embargo,

---

[46] *Silva Sánchez*, LH Valle Muñiz, 2001, 768 ss.

[47] Así, *Arm. Kaufmann*, JZ 1971, 569 ss.; *Feinberg* (1984), 96.

[48] Distinto, *Contesse* (2013), 379 ss.

este no es un criterio meramente empírico-cuantitativo, sino que en él se refleja también la medida de la aversión o de la proclividad al riesgo de una determinada sociedad. De modo general, puede afirmarse que, salvo que el agente tenga alguna razón específica —y fundada— para realizar su conducta más allá del mero ejercicio de su libertad de acción, el consenso social actual es de aversión al riesgo. En otros términos, favorece la protección de los bienes de terceros potenciales sujetos pasivos. Por eso, tiende a realizar de modo inmediato juicios de relevancia «cuantitativa» del riesgo, exigiendo de los agentes una autorrestricción. Como cuestión complementaria hay que tener en cuenta que, por encima de los casos en los que la producción del resultado simplemente «no es improbable», se sitúan aquellos en los que aquella es posible, probable, muy probable o prácticamente segura. Ahora bien, tales diferencias no afectan a la determinación de la tipicidad de la conducta, que no admite grados. En cambio, sí deben tenerse en cuenta para graduar la gravedad de la conducta, que es determinante de un mayor contenido de injusto típico. Por tanto, tienen que ser consideradas en la individualización de la medida de la pena dentro del marco penal típico (*cfr. infra* capítulo 28).

2.2.4. Los casos de disminución del riesgo

2.2.4.1. Disminución de un riesgo y sustitución de un riesgo por otro

Para poder constatar un incremento o bien una disminución de un riesgo, 38
es necesaria la preexistencia de un riesgo, de origen natural o humano.[49] A su vez, tal peligro preexistente debe ser cuantitativamente relevante, con independencia de si lo es cualitativamente o no. En definitiva, puede tratarse de un riesgo general de la vida, de un riesgo permitido, o bien de un riesgo desaprobado. Obviamente, la conducta que *ex ante* tiene el significado de una disminución del riesgo preexistente no crea ni incrementa el riesgo. Por lo tanto, cabría decir que no vulnera la norma de conducta correspondiente, ni puede llegar a ser típica.[50] En concreto, existe una disminución del riesgo cuando la conducta del agente da lugar a que: (i) sea menos probable la producción del mismo resultado; (ii) sea probable un retraso de la producción de este; (iii) el resultado previsible sea de menor magnitud, dentro del mismo tipo, manteniéndose la probabilidad y celeridad; o, en fin (iv), el resultado previsible sea una lesión de otro bien jurídico de menor importancia.

---

[49] Si el riesgo preexistente es natural, nos hallamos ante el caso paradigmático de «disminución del riesgo», tal como lo considera la doctrina. Sin embargo, también cabe que el riesgo preexistente sea un riesgo humano jurídico-penalmente relevante. En ese caso, la disminución del riesgo producida en virtud de la intervención de un segundo agente no solo plantea el problema de la responsabilidad de este último. En efecto, también debe suscitar el planteamiento del problema de cómo se modifica la responsabilidad del primer agente.

[50] *Roxin* (1976), 131; *Sancinetti*, InDret 3/2008, 9. Críticos, *Kindhäuser*, ADPCP 2006, 63 ss.; *Sousa Mendes*, GA 2011, 557 ss. Réplica en *Roxin*, FS Maiwald, 2010, 715 ss.

39 Con todo, un amplio sector doctrinal distingue entre los casos de disminución del riesgo, en sentido estricto, y los de sustitución del riesgo por otro.[51] En el primer caso, se concluye la exclusión de la imputación objetiva del resultado, lo que en el modelo dogmático asumido aquí significa que la conducta no es penalmente desaprobada. De este modo, los casos de disminución del riesgo en sentido estricto son los mencionados más arriba en los grupos (i), (ii) y (iii). Como puede advertirse, en ellos se rebaja el riesgo existente para un bien jurídico determinado, haciendo menguar la probabilidad del resultado, su celeridad o, incluso, su magnitud esperada. Lo primero y lo segundo es posible en toda clase de bienes, incluida la vida. Así sucede, por ejemplo, cuando un niño está en grave peligro de morir asfixiado por el humo del incendio de un edificio. En un contexto así, no se da una conducta penalmente desaprobada si un tercero decide arrojarlo por la ventana de la vivienda, para que los espectadores intenten recogerlo al vuelo, valorando razonablemente que el riesgo de perecer como consecuencia de la caída es inferior al de morir asfixiado. En cambio, la afectación a la magnitud de la lesión del bien solo cabe en el caso de bienes jurídicos cuya lesión es graduable (por ejemplo, la salud o el patrimonio). Así, cuando para evitar el incendio completo de una vivienda, un tercero interviene inundándola y destruyendo con el agua buena parte del mobiliario.

40 Por su parte, los supuestos del grupo (iv) son de «sustitución del riesgo por otro». Esta figura concurre cuando la intervención del sujeto determina una neutralización o estabilización del riesgo existente para un bien jurídico, que a su vez conlleva la creación de un riesgo para otro bien distinto. A este respecto, cabe que el titular del bien jurídico afectado sea el mismo que el del bien salvado o un tercero. En el primer caso es común hablar de que se da una situación de «colisión o conflicto interno». Por ejemplo, un automovilista desvía, mediante la provocación de un choque, el curso causal de un camión sin frenos que baja por una pendiente con peligro de matar a un peatón, de modo que aquel solo produce lesiones a este último. O, en otra variante, de manera que únicamente se produce la destrucción de la motocicleta propiedad de un tercero. Según un amplio sector de la doctrina, todos los casos de disminución de riesgos son, en realidad, de sustitución de un riesgo por otro menor.

41 Para la apreciación de la disminución de un riesgo es preciso adoptar la perspectiva intersubjetiva *ex ante*. Así, existe una disminución del riesgo cuando, comparado el mundo posible representado por la ausencia de intervención del agente con el mundo real en el que este interviene, quien formula el juicio puede emitir un pronóstico favorable. Concretamente, uno de disminución de la probabilidad, de la gravedad o de la celeridad de la lesión. Esto significa que cabe calificar una conducta como de disminución del riesgo y, por tanto, no desaprobada, aunque finalmente acabe produciéndose un resultado igual o más grave que el que era esperable sin la intervención del sujeto. Por lo demás,

---

[51] *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 11/53; *Sancinetti*, InDret 3/2008, 10 ss.

desde el punto de vista subjetivo, la disminución del riesgo puede ser intencionada o producirse como efecto colateral de la conducta de quien actúa.

2.2.4.2. La perspectiva del sujeto pasivo

Si el sujeto afectado es tan solo uno, parece que la disminución del riesgo 42
cuenta con una presunción de consentimiento de este. Además, esta presunción debe considerarse irrebatible en los casos de disminución cuantitativa de la afectación al mismo bien jurídico o de afectación a un bien de valor inferior. Por tanto, de ser así, se trataría de una conducta también atípica. El caso paradigmático es el patrimonio,[52] aunque en realidad incluso esto podría ser cuestionado desde la perspectiva del «concepto personal» de aquel. En cambio, si se trata de bienes intrínsecamente personales, como la vida y la salud, la situación puede variar y no cabe presumir siempre el consentimiento.[53] Así se dice, por ejemplo, que es posible que un sujeto determinado prefiera morir antes que sufrir lesiones gravemente incapacitantes de por vida. En definitiva, que el supuesto no puede ubicarse en la irrelevancia típica por disminución del riesgo, sino que debe analizarse desde la perspectiva del consentimiento presunto (*cfr. infra* capítulo 22/100).

Además, como se ha indicado, es posible que la sustitución del riesgo redun- 43
de en la afectación de los bienes de un sujeto distinto del inicialmente amenazado. Pues bien, la afectación de la esfera de un tercero distinto del inicialmente amenazado es típica. Entonces, lo correcto es determinar si esa conducta típica se encuentra justificada.[54] Por ejemplo, por consentimiento presunto o por estado de necesidad justificante. Así, quien sustituye el riesgo inicial para «A» por otro menor para «B» se encuentra en el supuesto del auxilio necesario. Sin embargo, la calificación de la conducta como justificada solo es válida para el caso de que la sustitución del riesgo se concrete en la afectación de bienes patrimoniales —o excepcionalmente, la libertad o intimidad— del tercero. Si, por el contrario, los afectados son la vida o la integridad física, no puede apreciarse un estado de necesidad justificante (*cfr. infra* capítulo 20/54). En tal caso, la apreciación de un estado de necesidad «exculpante» exige que se den circunstancias muy concretas o que exista algún vínculo estrecho entre el agente y el sujeto al que amenazaba el peligro inicial (*cfr. infra* capítulo 26).

2.2.5. El sujeto del juicio y sus sesgos

El juicio sobre la relevancia cuantitativa de un riesgo le corresponde a un 44
hombre medio, esto es, a un participante en la respectiva interacción humana —por eso es intersubjetivo— que lo realiza desde una perspectiva *ex ante*.

---

[52] *Leite*, GA 2018, 590.

[53] *Kindhäuser*, ADPCP 2006, 71; *el mismo*, ZStW 120 (2008), 498.

[54] *Köhler*, AT 1997, 148; *Goeckenjan* (2017), 268.

Sin embargo, en la realidad del proceso judicial penal, el que debe asumir la posición de ese hombre medio es el juez. El problema radica en que el juicio *ex ante* es formulado por el juez en el marco procesal y, consiguientemente, en un momento *ex post*. Por eso, la doctrina de finales del siglo XIX denominaba a este juicio «prognosis posterior objetiva».[55] Esta expresión paradójica parece contener una *contradictio in adiecto*, pues un juicio de pronóstico necesariamente ha de ser llevado a cabo *a priori* y no *a posteriori*. Sin embargo, da cuenta del hecho de que el juez, cuando formula el juicio *ex ante*, ya conoce cuál ha sido el resultado de la conducta del agente. Naturalmente, al formular ese juicio tiene que intentar hacer abstracción de los conocimientos que ha adquirido *a posteriori*. Sin embargo, no puede descartarse que incurra en los dos problemas cognitivos que se conocen como «sesgo retrospectivo» y «sesgo del resultado».[56]

45 En efecto, quien pretende efectuar un juicio de peligro *ex ante* desde una posición *ex post*, se ve —en medida por determinar— condicionado por el conocimiento que ha ido adquiriendo entre tanto (sesgo retrospectivo); en particular, por el relativo a la producción del resultado, en su caso (sesgo del resultado).[57] Esto significa que, en el caso de haberse producido el resultado, se tiende a una sobrevaloración del peligro *ex ante*, mientras que en el caso de no producción del resultado la tendencia es a una infravaloración de dicho peligro. Pues bien, lo anterior pone en relación el sesgo retrospectivo y el sesgo del resultado con otros sesgos cognitivos muy relevantes en la práctica jurisdiccional y, en general, en la vida. Así, por ejemplo, con el «sesgo de confirmación». Este refleja la dificultad que tienen las personas para cambiar de opinión, de modo que es frecuente «sostenella y no enmendalla». Expresado desde otra perspectiva, se dice que la primera impresión es la que cuenta. Todo ello tiene múltiples manifestaciones en el conocimiento judicial, por ejemplo, en los casos de secreto de las actuaciones.

2.2.6. *La ausencia de un riesgo intersubjetivo* ex ante

2.2.6.1. *El caso fortuito*

46 La producción *ex post* de un resultado que era intersubjetivamente imprevisible *ex ante* ha recibido, en nuestra tradición, la denominación de «caso fortuito» —*casus*—. Por tanto, se trata de un supuesto de ausencia de riesgo penalmente relevante por razones cuantitativas. Sin embargo, esta figura tuvo una importancia central en el contexto de una visión causalista del hecho delictivo y, más en general, de una concepción resultatista de la responsabilidad penal —la llamada responsabilidad objetiva—. A este respecto debe tenerse en cuenta que, en una primera fase histórica, la responsabilidad alcanzaba incluso a los resultados producidos de forma imprevisible. Más tarde, esa responsabilidad se excluyó salvo

---

[55] *von Liszt*, Lehrbuch, 2.ª, 1884, 191 n. 20.

[56] Respectivamente, en inglés: «*hindsight bias*» y «*outcome bias*».

[57] *Luhmann* (1991), 21; *Kuhlen* (1991), 358 ss., 360; *Prittwitz* (1993), 107; *Robinson* (1997), 153.

en los supuestos de una actuación previa ilícita del sujeto, de modo que solo se respondía por las consecuencias fortuitas del propio obrar si existía un *versari in re illicita*. En efecto, la definición versarista del caso fortuito como causa de exclusión de responsabilidad rezaba: «El que, en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente sin culpa ni intención de causarlo» (art. 8.8.° CP español derogado en 1983).[58] Por lo tanto, la doctrina del *versari* constituyó en su momento una relevante restricción de la imputación de responsabilidad por resultados imprevisibles (*cfr. infra* capítulo 13/130). Ahora bien, la evolución jurídica ha determinado que la apreciación de un caso fortuito —como supuesto de ausencia de previsibilidad intersubjetiva— no precise siquiera la licitud del comportamiento previo del agente. Además, cuando se da un caso fortuito debe negarse la existencia de un comportamiento intersubjetivamente desaprobado *ex ante*. En cambio, en aquellas situaciones en las que falta la previsibilidad subjetiva del agente concreto, lo ausente es la «imprudencia personal», de modo que se excluye la imputación subjetiva.

Es preciso distinguir entre las situaciones de imprevisibilidad intersubjetiva 47
del resultado y aquellos supuestos en los que, aunque exista previsibilidad, aquel es objetivamente inevitable. Entre ellos, el más relevante es la «fuerza mayor» —*vis maior*—, relevante en Derecho público y privado, que debe distinguirse de la fuerza irresistible. Por su parte, la inevitabilidad subjetiva puede constituir un caso de ausencia de imprudencia personal. En efecto, nadie puede responder por lo que no puede evitar, de modo que una conducta personalmente inevitable no puede imputarse subjetivamente: *ad impossibilia nemo tenetur* (o *impossibilium nulla est obligatio*).

2.2.6.2. La incidencia del principio de precaución

2.2.6.2.1. Generalidades

Conforme al criterio general, si *ex ante* no puede formularse un juicio inter- 48
subjetivo de peligro, la conducta no debe ser penalmente desaprobada. Ello parece una consecuencia obvia del principio de lesividad (*cfr. supra* capítulo 2/133). Sin embargo, lo cierto es que este criterio rector tiene algunas excepciones en el Derecho penal moderno. En primer lugar, en algunos casos de ausencia de riesgo *ex ante* —los casos de incertidumbre— no se establece una permisión incondicionada de la conducta. Por el contrario, se otorga solo una permisión condicionada a la neutralización de hipotéticos riesgos derivados de ella, sobre cuya existencia se adquiera conocimiento de modo sobrevenido. Esto es lo que se manifiesta en los deberes de aviso y retirada del mercado de productos defectuosos.[59] Ahora bien, en segundo lugar, incluso más allá de esta peculiar solución, existe un amplio debate sobre la posibilidad de desaprobar

---

[58] En el período 1983-1995 rigió en España la disposición que señalaba: «Si el hecho se causare por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará fortuito y no será punible» (art. 6 bis b) CP).

[59] *Silva Sánchez* (2022), 128 ss.

y prohibir de modo general conductas sobre cuya cualidad de peligrosas existe incertidumbre *ex ante*. Es decir, casos en los que no se da riesgo («R = P × L»), sino peligro de riesgo, esto es: «P × R = P × (P × L)».

49 Un sector de la doctrina admite su incriminación sobre la base del denominado principio de precaución, con el fin de incrementar la prevención de hechos lesivos en sectores especialmente sensibles —básicamente, en los de protección de la salud personal y del medio ambiente—. El principio de precaución se asocia a la ética de la responsabilidad de Hans Jonas (1903-1993), un filósofo germano-norteamericano que tomó como punto de partida la vulnerabilidad humana frente al enorme poder de la ciencia y de la técnica del siglo XX.[60] Pues bien, esta premisa le condujo a proponer la actitud de abstención, como una alternativa preferente a la acción en el ámbito tecnológico: «en caso de duda, abstente».[61] Con todo, lo cierto es que la prohibición de una conducta por precaución frente a sus hipotéticos efectos secundarios negativos también comporta la pérdida de los efectos reales primarios positivos de la actividad que pasa a estar prohibida.[62] Por tanto, la incidencia del principio de precaución sobre las prohibiciones jurídicas debe someterse a un razonado examen de proporcionalidad, ya antes de considerar su acogida en Derecho penal.[63]

2.2.6.2.2. Los problemas del principio de precaución en Derecho penal

50 El principio de precaución ha sido acogido por el Derecho administrativo europeo en materia de alimentos y medicamentos,[64] pero también en relación con el medio ambiente y las finanzas. Desde luego, su acogida en el primer ámbito, relativo a bienes personales intrínsecos, es razonable. En cambio, su entrada en el segundo es más discutible. *A fortiori*, su recepción en el Derecho penal debe contemplarse con escepticismo. Pues bien, las vías de entrada del principio de precaución en el Derecho penal son las cláusulas de imprudencia, ciertos elementos de valoración global y, en fin, las leyes en blanco. Así las cosas, un sector doctrinal se muestra partidario, con más o menos matices, de esta integración.[65] Para ello, argumenta que el principio de precaución constituye un programa jurídico-político vigente y que cuenta con el respaldo de instrumentos internacionales.[66] Sin embargo, esto, aun siendo cierto, no parece base suficiente para la criminalización de conductas.

---

[60] *Forero Ramírez* (2018).

[61] «Obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una auténtica vida humana sobre la tierra»: *Jonas* (1994), 39-40, 82 ss.

[62] *Doménech Pascual* (2006), 253.

[63] *Calliess*, JRE 21 (2013), 14.

[64] Ya la STJUE de 5 de mayo de 1998 (Reino Unido c. Comisión Europea), en el caso de las denominadas «vacas locas» (o de la enfermedad neurológica de Creutzfeldt-Jakob).

[65] *Romeo Casabona* (2004), 406 ss., 411; *Mendoza Buergo* (2004), 440 ss., 453 ss., 462; STS 1546/1999, de 6 de noviembre.

[66] *Schroeder* (2004), 432.

Por tanto, aunque las disposiciones administrativas de complemento de una ley penal en blanco se hayan conformado sobre la base del principio de precaución, su infracción no debe dar lugar a una conducta penalmente típica. En efecto, una disposición legal con estructura precautoria no puede fundamentarse en la lesividad de la conducta prohibida, sino solo en la desobediencia del sujeto. De hecho, las infracciones del principio de precaución tienen una fundamentación radicalmente regulatoria y, por tanto, reflejan la quintaesencia del Derecho administrativo sancionador, no del penal. Así las cosas, si la vía elegida por el legislador para la tipificación penal fuera una ley en blanco con remisión parcial, el elemento típico relativo al peligro abstracto o concreto debe servir de base para bloquear los efectos expansivos de la remisión a tales disposiciones precautorias. En cambio, el problema deviene insalvable en el caso de las remisiones totales, salvo que el órgano judicial proceda a una reducción teleológica a la hora de aplicarlas (*cfr. supra* capítulos 4/51; 6/94). En este punto, una cuestión adicional viene dada por el hecho de que ciertos sectores de la doctrina son partidarios de adoptar el principio de precaución como criterio interpretativo de los delitos de peligro abstracto.[67] En todo caso, en las situaciones de incertidumbre falta tanto la previsibilidad intersubjetiva de la lesión, como su previsibilidad subjetiva. Por tanto, en última instancia, si la responsabilidad penal no pudiera excluirse en el primer plano, debería excluirse en el plano de la imputación subjetiva. 51

2.3. La dimensión de significado intersubjetivo

2.3.1. El significado de la modalización de la conducta

El juicio *ex ante* sobre el significado intersubjetivo de la conducta debe prestar atención al modo en que esta se configura concretamente, así como a los medios que el autor emplea al llevarla a cabo. En efecto, muchos delitos no son puramente resultativos. Así pues, su contenido de injusto no consiste meramente en la lesión de un bien jurídico mediante la creación de cualquier riesgo desaprobado de lesión de aquel. Por el contrario, solo es típicamente antijurídica la conducta que lesiona el bien jurídico con un medio o de un modo determinado, o la que infringe un deber de mayor o menor entidad del sujeto activo. En otras ocasiones, la presencia de medios determinados —o la infracción de ciertos deberes— no es requerida para la tipicidad básica de la conducta, pero sí da lugar a la realización de un tipo cualificado, con una penalidad agravada. Pues bien, la peculiar estructura típica de los delitos de medios determinados tiene una dimensión formal, vinculada al principio de legalidad. Sin embargo, sobre todo tiene una dimensión material, relacionada con el principio de proporcionalidad y, en concreto, con la noción de fragmentariedad de la protección penal de bienes jurídicos. 52

[67] *Schroeder* (2004), 427. En contra: *García Rivas*, RGDP 2004, 1 ss.; *Dannecker*, ZStW 117 (2005), 725 ss.; *Fateh-Moghadan*, ZStW 131 (2019), 882-883.

53 A este respecto, cabe pensar, por ejemplo, en los diversos modos de lesión del patrimonio —violencia, intimidación, fuerza en las cosas, engaño, aprovechamiento de un descuido, abuso de confianza, infracción de deberes de lealtad, etc.—. En efecto, no todos los medios de producir la lesión del bien jurídico determinan una valoración jurídica equivalente. Por el contrario, unos pueden mostrar un mayor peligro para el bien jurídico afectado o determinar la afectación adicional de otros bienes jurídicos —así, la violencia o la intimidación—. En cambio, en otros casos lo decisivo es que el medio o modo muestra un mayor contenido simbólico-expresivo —por ejemplo, la penetración como forma concreta de lesión de la libertad sexual—. Al respecto, una cuestión pendiente de análisis es la relativa a las razones históricas por las que unos bienes son protegidos frente a los ataques cometidos por cualesquiera medios determinados y otros, en cambio, solo frente a algunos de ellos. Por ejemplo, por qué el patrimonio se protege frente a más medios de ataque que la libertad general de acción.

2.3.2. Los elementos normativos del tipo

2.3.2.1. Planteamiento

54 La conducta humana no se mueve solo en el plano empírico de la realidad, sino también —y fundamentalmente— en niveles superiores. Estos son el plano comunicativo interpersonal y el metafísico. Así pues, no es posible describir la conducta típica en los meros términos de la creación de riesgo empírico. Desde luego, el peligro constituye un poderoso indicador de sentido en una cultura racionalista-empirista como es la occidental. Sin embargo, como se ha indicado, cabe que exista una percepción empírica de peligro *ex ante* y que no se dé una expresión de sentido. Viceversa, cabe que se exprese sentido sin apenas una previa relación empírica. En todo caso, el juicio de tipicidad, en tanto que juicio de significado, trasciende a la pura consideración empírico-cuantitativa del peligro inherente a la conducta de un agente, en el sentido de la probabilidad de que esta produzca un daño. En efecto, el mundo comunicativo interpersonal está integrado asimismo de hechos institucionales, en cuyo marco se producen los juicios sociales y jurídicos.

55 Así pues, los tipos de delito no describen hechos brutos, sino acciones humanas cargadas de sentido. En realidad, cuanto más institucionalizado se halla un determinado ámbito de la realidad, más se prescinde de la dimensión empírico-cuantitativa que pueda tener una conducta a la hora de atribuirle sentido. En determinados delitos, ni siquiera se plantea la posibilidad de efectuar un juicio empírico de peligro. En efecto, en ellos el contexto de la *conducta delictiva* no viene dado por reglas causales-empíricas, sino solo por reglas institucionales. Esto puede generalizarse señalando que el juicio de tipicidad puede tener lugar de modo directamente significativo, sobre la base de convenciones sociales.[68] Desde luego, a estas remiten los denominados elementos normativos

[68] *Kindhäuser*, ZStW 96 (1985), 8.

del tipo,[69] que pueden ser de sentido social o jurídico. Además, en algunos casos la dimensión significativa o de sentido de una conducta típica depende de valoraciones previas sociales o jurídicas.

2.3.2.2. Las clases de elementos típicos

En efecto, los elementos utilizados en la caracterización típica de una con- 56
ducta pueden ser descriptivos o normativos. Con todo, en la periferia de los elementos descriptivos siempre cabe advertir elementos normativos, en concreto, elementos de sentido jurídico.[70] A su vez, en los elementos normativos es necesario distinguir, en primer lugar, entre los que se refieren a un sentido y los que se refieren a una valoración. Así, los elementos normativos de sentido contribuyen a la determinación del significado típico del hecho mediante la incorporación de conceptos sociales («obsceno») o jurídicos («cosa ajena»). Los primeros se deben concretar acudiendo a las representaciones sociales de cada momento. Así, por ejemplo, para determinar cuándo la violación de un sepulcro o sepultura, la profanación de un cadáver o de sus cenizas expresa una falta del «respeto debido a la memoria de los muertos» (art. 526 CP español) es preciso distinguir entre actos de barbarie y de investigación arqueológica o policial, o de gestión funeraria. En cambio, los elementos de sentido jurídico son definidos en disposiciones jurídicas extrapenales[71] o, excepcionalmente, en el propio Código penal (*cfr. supra* capítulo 6/68). Por su parte, los elementos normativos de valoración no se integran en la dimensión significativa del tipo, sino en la valorativa. Asimismo, pueden ser sociales («malo») o jurídicos («indebido»). En este último ámbito procede distinguir los elementos de valoración global del hecho y aquellos cuya concurrencia singulariza a las leyes en blanco, en tanto que remisiones expresas a disposiciones de Derecho público o privado (*cfr. supra* capítulo 4/46). Unos y otros responden a lo que Welzel había denominado «elementos especiales de la antijuridicidad» o «elementos del deber jurídico»,[72] en el marco de su doctrina de los tipos abiertos a contenidos propios de la antijuridicidad. En suma, los elementos normativos de contenido jurídico pueden ser elementos de sentido, elementos de valoración global y elementos que remiten de modo expreso a disposiciones extrapenales.[73] Como luego se verá, las distinciones efectuadas adquieren relevancia particular en materia de error (*cfr. infra* capítulo 12/121).[74]

---

[69] *Wolf* (1931); *Engisch*, FS Mezger, 1954, 127 ss.; *Risicato* (2004); *Kindhäuser*, InDret 2/2014, 1 ss.; *Kuhli* (2021).

[70] *Köhler*, AT, 1997, 120.

[71] *Tiedemann* (1969), 257.

[72] *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 23-24.

[73] *Fakhouri Gómez* (2009); *de la Fuente Hulaud* (2015); *Horta* (2016), 27 ss., 113.

[74] *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 168. Crítico, *Roxin* (1979), 121, 132: una parte de estos (la fáctica), pertenece a la tipicidad (describe el hecho), mientras que otra alberga en sí el juicio de antijuridicidad; *de Pablo Serrano*, CPC 117 (2016), 115 ss.

2.3.3. La dimensión significativa de los elementos internos

2.3.3.1. Generalidades

57 Como se ha indicado, el juicio sobre la creación o incremento del riesgo *ex ante* es de carácter intersubjetivo. En efecto, lo realiza un tercero razonable que adopta la perspectiva interpersonal de la *praxis* social correspondiente. La cuestión polémica es, por un lado, si este tiene que ser un juicio estandarizador o individualizador; y, por otro lado, si su objeto ha de ser solo externo o también interno. Pues bien, el juicio de tipicidad objetiva no puede prescindir de elementos tradicionalmente considerados subjetivos o internos. Así, al igual que ocurre en toda comunicación social, el significado jurídico de una conducta se ve modificado (i) por las representaciones que tiene el agente; (ii) por sus intenciones y los fines perseguidos por él; así como (iii) por los motivos y móviles que impulsan su actuación.[75] En definitiva, por la perspectiva de primera persona.[76] Esto puede afirmarse de forma general. En efecto, un mismo movimiento corporal, una misma palabra, adquieren un significado radicalmente distinto en función de que se hayan llevado a cabo con una u otra intención. Por tanto, cada intención o cada fin distinto del agente dan lugar a que, aunque la apariencia empírica de la conducta sea la misma, se configuren distintos hechos institucionales, esto es, acciones significativamente diferentes.[77] Un ejemplo de esto puede advertirse en el citado art. 526 CP español. De conformidad con este, una misma conducta externa —la del que «destruyere, alterare o dañare las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos»— puede tener un significado arqueológico, o de gestión funeraria o, si se realiza con «ánimo de ultraje», de profanación delictiva.

58 Esta idea, presente en la filosofía de la acción desde Aristóteles y Tomás de Aquino, debe ser acogida. Ahora bien, para ello no es necesario alterar la doctrina tradicional de que en la tipicidad se realiza un juicio intersubjetivo-general —es decir, se adopta la perspectiva de la tercera persona— acerca del contenido de sentido de la acción. En cambio, sí conviene hacer hincapié en que ese juicio de asignación de sentido no solo tiene por objeto los elementos empíricos-externos de la acción, sino también los elementos de la dimensión interna de esta, en la medida en que estos últimos trasciendan al exterior. Además, debe reiterarse que ello todavía no afecta a la cuestión de la imputación subjetiva del hecho al agente. Es decir, resulta posible y necesario distinguir entre la realización del tipo —objetivo— y la imputación subjetiva.[78]

---

[75] Los «motivos» son representaciones, que pueden tener componentes emocionales; los «móviles», en cambio, son las emociones que impulsan la acción.

[76] *M.E. Mayer*, PG, 1915, 9, 14-15; *Kindhäuser*, ZStW 96 (1985), 8-9; *el mismo*, FS Puppe, 2011, 43; *Horder*, MLR 58 (1995), 681 ss.; *Mylonopoulos* (1998), 160 ss.; *Mañalich*, REJ 12 (2010), 172 ss.

[77] Similares, *Stuckenberg* (2007), 205; *Donini*, RIDPP 2022, 46.

[78] Sin embargo, *Puppe* (2014), 193 ss.

2.3.3.2. La distinción entre la conformación del sentido y la imputación subjetiva

Sostener lo contrario implica no distinguir entre la función significativa y 59
valorativa de ciertos elementos internos —en el marco del juicio de tipicidad objetiva— y la función de la imputación subjetiva del hecho —una vez ya dotado de significado y valoración— a su agente. Es decir, mezclar juicios jurídicos de naturaleza distinta. En efecto, en el marco del modelo finalista de delito se sostuvo que era preciso incorporar, junto al tipo objetivo de delito, un tipo «subjetivo», constituido por los elementos psíquicos del agente en su relación con la realidad exterior (*cfr. supra* capítulo 8/26). Ciertamente, ello era razonable, por todo lo expuesto. De hecho, esto mismo ya había sido advertido por los penalistas neokantianos, al identificar los denominados «elementos subjetivos del tipo» o del injusto. Sin embargo, la sistemática finalista no solo incluyó en el tipo de injusto tales elementos, sino también el dolo, lo que fue aceptado muy mayoritariamente. El problema es que con ello se mezclaban dos cuestiones distintas. Por un lado, la dimensión significativa y evaluativa de los conocimientos, fines y motivos de un agente; por el otro, la cuestión de la imputación subjetiva, que es exclusivamente propia del dolo. Pues bien, aquí se trata de separar ambas cuestiones, con base en la siguiente premisa: ciertamente, la acción humana es final —o teleológica—; pero la teleología de la acción y el dolo, como criterio de imputación subjetiva, son cosas distintas.

En el ámbito del juicio de desaprobación intersubjetiva de la conducta, 60
deben tenerse en cuenta las representaciones, los fines y los móviles del agente. Ciertamente, ello solo puede tenerse en cuenta en la medida en que trasciendan al exterior y salvo que, por alguna razón concreta, no sean jurídicamente relevantes. Un ejemplo de esto último es el de los conocimientos extraprocesales de los jueces. En cambio, el juicio de imputación subjetiva a título de dolo plantea un problema sistemáticamente posterior y muy preciso. En concreto, este es el de la congruencia entre el juicio social-intersubjetivo de sentido efectuado sobre la conducta —que tiene en cuenta todo lo anterior— y la representación efectiva del sujeto. La realización de tal juicio de congruencia es la misión que le incumbe a la categoría de la imputación subjetiva en el marco de la teoría del delito (*cfr. infra* capítulo 12).

2.3.3.3. Las capacidades lato sensu *especiales del sujeto*

2.3.3.3.1. Los conocimientos especiales

En el debate acerca de la relevancia de lo subjetivo —lo personal o indivi- 61
dual— en la tipicidad, los llamados «conocimientos y capacidades especiales» del agente han sido objeto de una de las discusiones más intensas a lo largo de las últimas décadas. Sin embargo, aquella expresión es ambigua. En efecto, abarca (i) tanto la percepción que tenga el agente concreto acerca de determinados datos fácticos, relativos a los fenómenos externos, como (ii) la información que aquel posea acerca de elementos nomológicos —es decir,

relativos a leyes o relaciones de regularidad que puedan existir entre ellos—, como, en fin (iii) las posibilidades adicionales de evitar el resultado de las que él goce. Pues bien, el juicio intersubjetivo sobre la creación o incremento del riesgo no solo ha de tener en cuenta los aspectos externos de la situación que enjuicia, sino también los conocimientos del sujeto activo que muestran un acceso privilegiado a aquella.[79] Por poner un ejemplo tradicional: quien sabe que otra persona es hemofílica, crea un riesgo de muerte relevante *ex ante* mediante la provocación de cualquier hemorragia en aquella. Lo mismo vale *mutatis mutandis* para quien conoce otros padecimientos del sujeto pasivo ocultos para los demás: un aneurisma, o una osteoporosis. En cuanto al ámbito de los delitos patrimoniales, quien sabe que otra persona tiene un déficit cognitivo o emocional, puede crear un riesgo relevante para su patrimonio sometiéndole a un engaño que sería burdo para un destinatario ordinario. En fin, por poner un tercer ejemplo, quien conoce que otra persona es especialmente lábil en una dimensión de su carácter puede cometer una intimidación penalmente relevante dirigiéndole una amenaza que sería insustancial en otros casos.

62 Sentado lo anterior, es preciso advertir que las representaciones del sujeto activo tienen que ser sometidas en todo caso al juicio del tercero razonable. En efecto, es este quien las tiene que calificar como «conocimientos especiales», capaces de otorgar sentido a la conducta, y no como suposiciones erróneas, juicios temerarios o alucinaciones. Además, una cuestión distinta es la relativa a si deben tomarse en consideración todas las representaciones superiores que posee el autor, o solo aquellas que pertenecen a la posición jurídica que ocupa en el momento de actuar. Al respecto hay que afirmar que, en el juicio acerca de la relevancia significativa del riesgo, deben tenerse en cuenta todas las representaciones que posee el agente —y que puedan considerarse por trascender a su fuero interno—. En un juicio analíticamente posterior —acerca de la valoración del significado de la conducta—, tales representaciones se tienen que poner en relación con la posición jurídica que ocupa el agente en el momento de actuar. Es entonces cuando procede dilucidar si el sujeto, a la luz de sus conocimientos, ha vulnerado el contenido propio de su posición de deber o no. Como luego se verá, tal vulneración no se produce si la conducta del agente puede reputarse «neutral».

63 Esta aproximación al problema conduce a separarse del punto de partida radical de la denominada «doctrina del rol». Según esta, solo se pueden considerar relevantes los conocimientos especiales que cabe reconducir al rol social que ostenta el agente en el caso concreto. Sin embargo, lo cierto es que, quien sabe que en un tren hay una bomba, no puede lícitamente hacer subir en él a otra persona. Igualmente, el camarero ocasional que, por sus estudios de botánica, conoce que la ensalada que lleva al comensal contiene un ingrediente tóxico, tiene prohibido servirla por la norma de conducta del delito de lesiones. Ahora bien, asimismo es cierto que esta cuestión no puede resolverse de

[79] *Greco*, ZStW 117 (2005), 543; *Sacher* (2006).

modo general.[80] En efecto, existen situaciones en las que las representaciones del sujeto son relevantes a efectos de conformar el deber jurídico del agente y otras, en cambio, en las que lo exigido es precisamente prescindir de aquellas.[81] En términos generales cabe afirmar que, ante un riesgo concreto y grave de afectación inminente a bienes jurídicos intrínsecos del sujeto pasivo —delitos integrados en el núcleo de los *mala in se*—, el ordenamiento jurídico debe tener en cuenta todas las representaciones del agente. En cambio, en el caso de los hechos ubicados en la periferia de los delitos *mala in se* **y en el ámbito de los** *mala quia prohibita*, el ordenamiento jurídico, que construye la correspondiente relación jurídica entre sujeto activo y sujeto pasivo, puede establecer la medida de la relevancia de los conocimientos especiales del agente. De modo general, puede afirmarse que, ante riesgos concretos e inmediatos para bienes jurídicos, la neutralidad tiende claramente a disolverse.

64 Por lo demás, deben tenerse en cuenta otros casos de conocimientos especiales menos considerados. Por un lado (i) aquel en el que el conocimiento especial conduce a que el sujeto activo se represente correctamente que no existe peligro allí donde el espectador ordinario cree que sí. En este procede excluir la tipicidad de la conducta, y no solo la imputación subjetiva.[82] Por otro lado (ii) aquel en el que el supuesto conocimiento «especial» (en realidad, un «error singular») lleva a que el sujeto se represente incorrectamente un peligro donde *ex ante* no lo hay. En este caso, se trata de una tentativa irreal impune (*cfr. infra* capítulo 15/92). En fin (iii) el caso en que el conocimiento «especial» (en realidad, la mala información) determina que el agente incorrectamente no se represente un peligro, donde *ex ante* sí existe. Este es un caso de imprudencia inconsciente (*cfr. infra* capítulo 13/114).

2.3.3.3.2. Las capacidades especiales

65 Los conocimientos especiales adquiridos previamente por el agente le proporcionan a este una capacidad de identificar los riesgos y, por tanto, de evitación del hecho lesivo superior a la de quienes carecen de aquellos. Por tanto, los conocimientos son también «capacidades». Ahora bien, existen capacidades distintas de los conocimientos.[83] En primer lugar, las capacidades psico-físicas innatas. Sin embargo, aquí se advierten nuevas interrelaciones entre capacidades y conocimientos. De hecho, una capacidad innata es la aptitud psico-física de adquirir más conocimientos técnicos que el resto de los sujetos; esto es, la capacidad de aprendizaje. A su vez, los conocimientos adquiridos son medios «internos» que hacen al sujeto especialmente capaz de evitar resultados lesivos. En este sentido, son análogos a la disposición de medios técnicos externos. En

---

[80] En contra, *Cuello Contreras*, RECPC 8 (2006), 1 ss.

[81] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, II-II, c. 64, a. 6; c. 67, a. 2; *Vacchelli*, InDret 4/2017, 1 ss.

[82] *Greco*, ZStW 117 (2005), 547 ss., 549-550.

[83] *de Vicente Remesal*, RECPC 22 (2020), 1 ss.

segundo lugar, las capacidades psico-físicas, adquiridas por el entrenamiento o el ejercicio, también deben tomarse en cuenta. En fin, en tercer lugar, son capacidades relevantes las que se refieren a la posesión de aquellos medios técnicos externos, tecnológicos o, en última instancia, económicos.

66 Las capacidades especiales determinan que la conducta de quien las posee pueda adquirir significado típico y no, en cambio, la de quien carece de ellas. Ello resulta especialmente relevante en los delitos imprudentes y en los de omisión. Sin embargo, tampoco en estos puede generalizarse. En efecto, en la medida en que el contenido de la conducta debida se determine mediante estándares —«programas finales»—, las capacidades especiales inciden en su concreción para cada sujeto. En cambio, si la conducta debida se determina por remisión a reglas concretas —tanto del Derecho administrativo, como de la *lex artis*—, las capacidades individuales superiores no tienen influencia alguna, pues en tales «programas condicionales» se trata sencillamente de cumplir dichas reglas.[84] Por su parte, el significado de las capacidades inferiores es distinto que el propio de las superiores. En efecto, mientras que estas últimas pueden influir sobre el significado intersubjetivo de la conducta, las inferiores solo inciden sobre la imputación subjetiva al agente, pudiendo llegar a excluirla (*cfr. infra* capítulo 13/79).

2.3.3.4. Las intenciones, los motivos y los móviles

2.3.3.4.1. Generalidades

67 Los elementos internos relevantes para el juicio de asignación de significado intersubjetivo y de valoración de una conducta pueden ser no solo cognitivos (o de representación), sino también de tendencia (o desiderativos). Así, en algunos delitos, la intención de producir el resultado puede incrementar la lesividad de la conducta. Desde luego, esta intención es, en términos significativos, peor que la indiferencia y mucho peor que la mera actuación con conocimiento de la probabilidad de lesión, pero con la intención o el deseo de que esta última no tenga lugar.[85] En efecto, la formación de la intención actual de realizar una conducta en el futuro implica asumir un propósito —es decir, un compromiso con uno mismo—. Pues bien, la existencia de tal «autopromesa» determina un incremento de la probabilidad de actuar en esa línea. Además, una vez que se ha iniciado un acto, el propósito de llevarlo a cabo conlleva la voluntad de corregir cualquier eventual desviación del curso lesivo. Es decir, aumenta la posibilidad de la lesión.

68 Ahora bien, otras intenciones, distintas de la de producir el resultado, pueden incidir asimismo en el significado del hecho, dando lugar a su desvaloración agravada. Adicionalmente, una determinada intención —o su ausencia— puede disminuir el significado lesivo de la conducta o incluso eliminarlo. Por

---

[84] *Philipps* (1974), 86; *Silva Sánchez* (2022), 24-25, 32 ss.

[85] *Moore* (2020), 197 ss.; *Tadros* (2020), 227 ss., 234 ss.

su parte, los motivos y los móviles son previos a las intenciones y dan lugar a que estas surjan.[86] Pues bien, al igual que las representaciones y las intenciones, los motivos pueden incidir en el significado del hecho, con un alcance agravante de su desvalor, o atenuante (*cfr. infra* capítulo 28/49).

2.3.3.4.2. La intención de producir el resultado

69 En algunas situaciones concretas, cabe que un juicio empírico experto concluya la absoluta improbabilidad *ex ante* de la lesión, aunque no la total imposibilidad de esta. Sin embargo, es posible que la fenomenología de la conducta —con ello, su dimensión expresiva— coincida con el paradigma de la conducta típica y que, además, el agente abrigue la intención de producir el resultado. En tal caso, el juicio significativo intersubjetivo puede concluir que concurre una conducta penalmente desaprobada. Con ello se pone de relieve que los juicios sociales de atribución de sentido no coinciden necesariamente con los juicios empírico-periciales. En efecto, en estos últimos no se considera la dimensión expresiva de la conducta, ni la interioridad del agente. En cambio, en los juicios sociales, esta sí es considerada. Entonces, cabe que una probabilidad de lesión rayana en cero dé lugar, sin embargo, a un juicio de desaprobación típica de la conducta.

70 El «caso del tirador inexperto» (o «caso de Thyrén»[87]) —muy discutido en la doctrina del último siglo— permite advertir tal relevancia objetivo-significativa de los fenómenos internos del agente. En él se plantea el supuesto de un tirador inexperto que, con la intención de matar a la víctima, dispara a una distancia tal que incluso a un tirador experto le habría resultado muy difícil dar en el blanco.[88] El caso permite advertir cómo la intención del agente posee una dimensión significativa que, unida a otros aspectos fenomenológicos —en concreto, utilizar un arma de fuego—, puede dar lugar a que el hecho se valore como penalmente relevante. De hecho, los supuestos que responden al esquema del «caso de Thyrén» suscitan un problema singular en función de si el resultado, absolutamente improbable *ex ante*, se produce efectivamente *ex post*. En efecto, cuando el resultado no se produce, se dan divergencias de opinión en cuanto a si procede apreciar una tentativa punible. En cambio, si el resultado, contra todo pronóstico del experto, se produce, existe un amplio consenso en cuanto a castigar a título de consumación.[89] En efecto, cuando la producción de un resultado lesivo vital se suma de modo directo a la fenomenología del hecho *ex ante* y a la intención del agente, no parece posible admitir una solución alternativa.[90]

---

[86] *Manrique*, Análisis Filosófico XXXIX (2019), 194 ss.

[87] Del penalista sueco *J.C.W. Thyrén* (1894), 126.

[88] *Cuello Contreras*, RDPC 2 (2009), 37 ss.

[89] Distintos: *Martínez Escamilla* (1992), 113; *Alcácer Guirao*, ADPCP 1996, 491 ss.

[90] Ahora bien, tampoco cabe descartar que en tal caso las opiniones se vean afectadas por el «sesgo retrospectivo» y el «sesgo del resultado».

2.3.3.4.3. El concepto de «*animus*»

71 Con la expresión de «*animus*» se designa de modo indistinto a algunas intenciones distintas de la de producir el resultado, así como a los motivos y móviles —emociones— del agente. En la terminología de cuño alemán, es preciso distinguir, en este punto, entre los «elementos subjetivos del injusto» y los «elementos de la actitud interna». Como se ha indicado ya, los primeros fueron identificados en el marco de la concepción social del injusto propia del sistema neokantiano del delito (*cfr. supra* capítulo 8/20).[91] En cambio, la expresión «elementos de la actitud interna» fue utilizada por primera vez en 1940,[92] para designar ciertos elementos integrados entonces en la culpabilidad. En concreto, en un «tipo de culpabilidad» que contenía aquellos factores sobre cuya base se podía efectuar un juicio de desvalor sobre la actitud interna del agente —elementos de reprochabilidad—.[93]

2.3.3.4.4. La ubicación sistemática de los llamados «elementos subjetivos» del injusto

72 En la sistemática dominante los elementos subjetivos del injusto suelen ubicarse junto al dolo, en el denominado «tipo subjetivo». Pues bien, aquí se parte de que tales elementos dan lugar a que la conducta adquiera un concreto significado típico. Por tanto, en realidad son «elementos internos de significado intersubjetivo», que pertenecen al tipo objetivo.[94] Ello es lo que sucede en los denominados elementos de «tendencia interna trascendente» (por ejemplo, el ánimo de apropiación y de lucro respectivamente en los delitos contra la propiedad y los patrimoniales)[95] y de «tendencia interna intensificada» (por ejemplo, el ánimo lúbrico) (*cfr. infra* capítulo 12/162). De este modo se confirma que en el tipo objetivo se integran elementos internos que influyen, primero, en el significado de la conducta y luego, en su valoración. Ciertamente, la concurrencia de los referidos elementos internos no se constata empíricamente, sino que se le adscribe al sujeto. Para ello es preciso, de entrada, construir la regla de adscripción, en cuya virtud debe atribuirse la concurrencia de un determinado elemento interno a aquel sujeto en cuya actuación concurren ciertos indicadores externos.

73 En este punto es decisivo especificar las razones que avalan la regla que asocia determinados indicadores con la adscripción de la concurrencia de un determinado elemento subjetivo. A continuación, la secuencia de su

---

[91] *Guardiola García*, RDyPP 6 (2001), 40 ss.

[92] En el original alemán, «*Gesinnungsmerkmale*». Al respecto, *Kelker* (2007), 108-109.

[93] *Kelker* (2007), 131 ss., aludiendo a Gallas y Schmidhäuser.

[94] Próximos, *Ragués i Vallès*, LH Mir Puig, 2017, 822 ss., 827; *Buteler*, LH Silva Sánchez, 2019, 323 ss. También, *Martínez-Buján* (2013), 252 ss.; *el mismo* (2021), 263 ss.; *el mismo*, LH Berdugo, II, 2022, 684 ss., a partir de *Vives Antón* (2.ª, 2011), 271.

[95] En la doctrina angloamericana: «*ulterior intent*» o «*ulterior mens rea*». También, «*specific intent*».

aplicación es la siguiente. En primer lugar, es preciso probar la existencia de los indicadores, que se mueven en el mismo plano que la dimensión empírico-social externa de su conducta. A partir de aquí, un primer juicio jurídico intersubjetivo consiste en la atribución al agente de la intención de la que se trate. Por ejemplo, el ánimo de apoderamiento, el ánimo de ocultación o el ánimo de favorecimiento. A continuación, en un segundo momento, se examinan conjuntamente la dimensión empírico-social externa y el *animus* atribuido. Entonces, se efectúa el juicio intersubjetivo de atribución de significado al comportamiento. En efecto, una vez adscritos, los elementos internos se integran con los externos en la materia objeto del juicio de significado y valoración objetiva de la conducta. Tal es el contenido del juicio de tipicidad objetiva de la conducta, que constituye el objeto del dolo. En este punto conviene precisar que es común que el sujeto en cuya conducta concurren tales elementos obre asimismo con dolo, pero que esto último no significa que exista una vinculación lógica entre lo uno y lo otro. Desde luego, para obrar con dolo es preciso conocer la regla social de adscripción del elemento subjetivo, que puede divergir de una hipotética regla individual del sujeto.[96]

Los elementos internos de significado social pueden contenerse expresa- 74
mente en la redacción típica. Sin embargo, también cabe que no se mencionen expresamente. En tal caso, la exigencia de un elemento subjetivo «no escrito» puede formar parte de la interpretación teleológica del verbo típico contenido en el texto —por lo general, con alcance restrictivo—. Por ejemplo, la conducta de apoderarse dolosamente de un bien mueble ajeno, pero sin «ánimo de lucro» o, en otras formulaciones, «de apropiación», no realiza el tipo objetivo del hurto porque no significa hurtar. Por su parte, la conducta de transferir dinero de origen ilícito sin idoneidad para ocultarlo ni «ánimo de ocultación» no realiza el tipo del delito de blanqueo, porque no significa «blanquear» (art. 301 ss. CP español).[97] Igualmente, el tocamiento intencional de un órgano genital de otra persona, pero sin connotación sexual —sin el antiguamente denominado «ánimo lúbrico»— no constituye un abuso sexual. Como se advierte, la vertiente empírica de una conducta es una condición necesaria, pero no suficiente, para la calificación de una acción como sexual. Además, es preciso que el juicio intersubjetivo permita entender el acto precisamente como «sexual». Ciertamente, para esto no es imprescindible que se lo considere una vía de satisfacción sexual del sujeto activo, sino que también puede ser una vía de sometimiento o humillación sexual. Por lo tanto, es cierto que algunos de los tipos tradicionalmente entendidos como portadores de un elemento subjetivo pueden reconstruirse en términos de idoneidad intersubjetiva de la conducta abarcada por el dolo del sujeto.[98]

---

[96] Distinto, *Martínez-Buján* (2021), 77 ss.

[97] STS 265/2015, de 29 de abril.

[98] *Ragués i Vallès*, LH Mir Puig, 2017, 822 ss.; *Muñoz Conde*, LH Boix Reig, 2021, 363 ss.

75 Sin embargo, en otros supuestos, no cabe renunciar a tener en cuenta la intención del sujeto —en tanto existan indicadores contextuales de ella— como elemento portador de significado. Así, en determinados contextos cabe cometer una injuria mediante una expresión no manifiestamente injuriosa si esta se lleva a cabo con *animus iniuriandi*. En efecto, ello es lo que la hace precisamente idónea para atentar contra el honor ajeno. Por lo demás, esta idea se ve reflejada en diversas disposiciones legales. Así, el *animus* de favorecer la comisión de delitos permite asignar relevancia típica a una conducta que, en otros casos, constituiría la mera producción neutra de ciertos bienes aptos para usos lícitos e ilícitos (art. 264 ter CP español).[99] En fin, un buen ejemplo del modo en que la concurrencia de diversos «ánimos» puede variar el significado y la valoración de una conducta que, por lo demás, sería idéntica, se halla en el art. 318 bis CP español. Así, la ayuda a que una persona —que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea— entre en territorio español vulnerando la legislación de extranjería puede ser típica. Sin embargo, deja de serlo «cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate». En fin, si la primera conducta se realiza con «ánimo de lucro», entonces tiene el significado más grave, que determina la imposición de una pena superior.[100]

2.3.3.4.5. La cuestión previa de la relevancia de los motivos

76 Más allá de las intenciones, en relación con los motivos y los móviles del sujeto, existe un debate previo, que versa sobre si estos han de tener relevancia jurídica o no. A este respecto, en la cultura jurídica angloamericana se ha hablado, de forma constante, de la vigencia de un «principio de irrelevancia de los motivos».[101] En esta línea, un sector doctrinal sostiene que la consideración de los motivos y móviles del agente en el juicio acerca del significado de su conducta supone tener en cuenta el fuero interno —únicamente moral— para efectuar un juicio jurídico-penal.[102] Así, una posición rechaza la relevancia jurídico-penal tanto de los motivos negativos como de los positivos.[103] En concreto, sostiene que un Estado liberal no puede castigar más en

---

[99] «Será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de tres a dieciocho meses el que, sin estar debidamente autorizado, produzca, adquiera para su uso, importe o, de cualquier modo, facilite a terceros, con la intención de facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los dos artículos anteriores: a) un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer alguno de los delitos a que se refieren los dos artículos anteriores; o b) una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información».

[100] Otros «ánimos» a los que en ocasiones hacía alusión la jurisprudencia, como el *animus necandi* (ánimo de matar) o el *animus laedendi* (ánimo de lesionar) constituyen referencias a la voluntad de producción de uno u otro resultado.

[101] *Hurd*, L&Ph 20 (2001), 215 ss.; *Hurd/Moore*, Stanford L. R. 56 (2003), 1081 ss. Críticos, *Binder*, Buffalo C. L. R. 6 (2002), 1 ss.; *Eldar/Laist*, NCLR 20 (2017), 433 ss.

[102] *Hörnle* (2004); *Peralta* (2012), 151 ss.; *Timm* (2012), 76 ss., 86, 110.

[103] *Peralta* (2012), 151 ss., 175 ss.

función de los motivos negativos por los que obra el agente, y menos cuando este tiene motivos positivos. Sin embargo, también existen opiniones que, si bien rechazan la relevancia agravante de los motivos desvalorados, aceptan la relevancia atenuante de los motivos valorados positivamente.

77 En realidad, los motivos y móviles por los que actúa un agente, en tanto que trascienden al mundo exterior, pasan a constituir un elemento básico de la interrelación humana. Así, pueden mostrar una dimensión positiva o negativa de la que la actuación del sujeto no se puede disociar. Por definición, eso ya no pertenece al fuero interno, sino al contenido expresivo de la conducta que se realiza, esto es, a la comunicación.[104] Ciertamente, su relevancia jurídico-penal es limitada. En efecto, la realización de una conducta absolutamente neutra con una motivación negativa no puede hacer surgir la responsabilidad penal del agente, puesto que a ello se opone el principio de lesividad. Por lo tanto, la relevancia de los motivos y de los móviles se circunscribe a cualificar una conducta ya dotada de cierta capacidad lesiva de bienes jurídicos ajenos.[105] En un contexto así, la actuación delictiva con un motivo racista, misógino o antirreligioso expresa la negación de la igual dignidad de unas y otras personas. Igualmente, la actuación regida por el móvil de la codicia reduce a la persona afectada por ella a la categoría de mercancía, de dinero.

2.3.3.4.6. La ubicación sistemática de los motivos y los móviles

78 En lo que hace a tales elementos de la actitud interna, se han sostenido cuatro posiciones sobre su ubicación sistemática. Así, una primera los ubica únicamente en la culpabilidad;[106] la segunda, en el injusto;[107] la tercera, ubica unos en la culpabilidad y otros, en el injusto; en fin, la cuarta, dominante en Alemania,[108] ubica a todos ellos en las dos categorías. Pues bien, al respecto hay que insistir en que los motivos y los móviles —emociones del agente— muestran, por un lado, una dimensión de mayor o menor intensidad motivacional. Ahora bien, por otro lado, en ellos se refleja también una relación con los valores. Así, algunos merecen una valoración positiva y otros, en cambio, tienen una valoración negativa. Por ejemplo, los motivos «morales, altruistas o patrióticos» —de solidaridad— suelen ser valorados positivamente. En cambio, los móviles egoístas —el precio—, discriminatorios —ya sean misóginos, racistas o xenófobos—, o aberrantes —pedofilia, zoofilia— merecen una valoración negativa.

79 El contenido de los motivos y móviles negativos —del mismo modo que los llamados elementos subjetivos del injusto— contribuye a la determinación

---

[104] Próximo, *Dopico*, ADPCP 2004, 155 ss.

[105] Así, *Kelker* (2007), 480 ss.

[106] Desde un concepto de «culpabilidad por la actitud interna»: descriptiva-crítica, *Kelker* (2007), 131 ss. En cambio, a partir de la filosofía idealista, entendiéndolos como expresión de la negación acentuada de la relación de reconocimiento recíproco, los ubica aquí la propia *Kelker* (2007), 480 ss.

[107] *Frisch*, FS Müller-Dietz, 2001, 237 ss., 249. En contra *Timm* (2012), 165.

[108] *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 10/78 ss.

del significado del hecho y, por tanto, de su desvaloración como injusto. En cambio, se acepta que los motivos valorados positivamente pueden también influir sobre el significado del hecho —disminuyendo su contenido de injusto—; pero asimismo cabe que disminuyan la culpabilidad. Esto último se debe precisamente a su intensidad motivacional. Ahora bien, a este respecto no debería descartarse la posibilidad de que un motivo negativo agrave el injusto y, al mismo tiempo, atenúe la culpabilidad.[109] En efecto, una emoción negativa puede agravar el injusto por su contenido desvalorado. Sin embargo, si su intensidad hace muy difícil que el agente pueda superar su influencia, debería poder atenuar su culpabilidad. Así, por ejemplo, el odio, la avaricia o el afán de venganza pueden tener una intensidad tal que supere todos los frenos inhibitorios del agente. A este respecto es preciso determinar en qué medida pueden imputarse a un sujeto los motivos —negativos— de su actuación.

2.4. La relación con el sujeto pasivo

2.4.1. Generalidades y remisión

80 La interacción entre el sujeto activo y el pasivo del delito repercute en varios niveles del sistema. Por un lado, en el plano de la conducta, puede llevar a que esta se repute atípica por razones significativas o valorativas; además, puede determinar que una conducta típica se considere justificada (*cfr. infra* capítulo 22/20). Por otro lado, cabe que dé lugar a que, aunque la conducta sea desaprobada, se excluya la imputación objetiva del resultado y, con ello, la tipicidad del delito consumado (*cfr. infra* capítulo 14/133). En fin, cabe que solo repercuta en términos de atenuación, como sucede en España con las lesiones consentidas (art. 155 CP). Los casos en los que excluye la propia desaprobación típica de la conducta son: (i) los de participación en una autopuesta en peligro ajena; y (ii) los de consentimiento a la lesión, en los supuestos de bienes jurídicos disponibles. Por razones de orden, se exponen respectivamente en los capítulos 14 y 22.

81 La forma en que se organice la interacción entre un sujeto activo y un sujeto pasivo puede determinar que el significado de la conducta o su valoración cambie. Por ejemplo, una conducta de apropiación de un bien ajeno, si es consentida, ya no tiene el significado de hurto; en la misma línea, una conducta de contenido sexual, si es consentida, ya no tiene el significado de afectación a la libertad sexual. En definitiva, el comportamiento del sujeto pasivo puede excluir el significado de la conducta como «riesgo» para el bien jurídico. En otros casos, la irrelevancia jurídico-penal deriva de que la conducta se realiza en el marco de un procedimiento administrativamente regulado, uno de cuyos requisitos es el consentimiento informado del sujeto pasivo. En este punto, los ejemplos más relevantes son los de la actividad médico-quirúrgica y, en parti-

[109] *Frisch*, FS Müller-Dietz, 2001, 257-258.

cular, ciertas mutilaciones especialmente previstas en las leyes —extracción de órganos para trasplantes, esterilización y cambio de la apariencia sexual— (art. 156 CP español). Esto sucede incluso en el caso de la producción intencionada de la muerte de otra persona, en el marco del procedimiento establecido por las leyes de homicidio a petición (*cfr. infra* capítulo 22/61).

III. LA VALORACIÓN DEL SIGNIFICADO DE LA CONDUCTA: LOS RIESGOS PENALMENTE DESAPROBADOS Y NO DESAPROBADOS

1. PLANTEAMIENTO

82 Según se indicó, en el juicio sobre la tipicidad —el carácter penalmente desaprobado— de la conducta se suceden dos sub-juicios, uno relativo a su significado y el otro, a su valoración. Como se ha podido observar a lo largo de las páginas precedentes, el juicio sobre el significado penalmente relevante de la conducta se reconduce esencialmente a la noción de «riesgo relevante» para el bien jurídico típicamente protegido. Con todo, la noción de idoneidad para lesionar típicamente el bien jurídico puede requerir la consideración de determinados medios, modos, fines o motivos. Este es un juicio de naturaleza teleológica en cuya virtud es posible afirmar que una conducta, pese a corresponderse gramaticalmente con el tenor literal del tipo, no lo realiza en términos materiales. Sentado esto, si una conducta carece de significado penalmente típico, entonces se halla sujeta a un permiso jurídico-penal débil y lo común es señalar que la conducta es atípica. Desde luego, ello es independiente de si el Derecho civil o el Derecho administrativo la prohíben, la permiten en sentido débil o incluso lo hacen en sentido fuerte.

83 Ahora bien, cabe que una conducta que tiene un significado penalmente típico no sea desvalorada penalmente.[110] De hecho, es común afirmar que, en las sociedades contemporáneas, el riesgo de procedencia humana es ubicuo. Por eso adquieren especial relevancia los casos en los que una conducta, aun generadora de riesgos, no es desaprobada por el Derecho penal. En este último caso, lo mejor es afirmar que se excluye su tipicidad.[111] Con todo, no siempre es fácil distinguir entre las dimensiones significativa y valorativa de la tipicidad. En el caso límite, existen conductas que, si no son desvaloradas —por ejemplo, en virtud de una prohibición administrativa—, ni siquiera muestran el significado típico. Tampoco es fácil la distinción entre la exclusión de la tipicidad por razones valorativas —extrapenales o penales— y la justificación. En realidad, se trata de dos fases sucesivas en el proceso de concreción o especificación del estatus normativo de una determinada conducta. En la dimensión valorativa de la tipicidad se considera la clase de conducta —con-

[110] *Wolter*, GA 1977, 261 ss., 265, dando la razón en este punto a la antigua «doctrina de la relevancia».

[111] Así, *Luzón Peña* (1995), 21 ss.

templada en abstracto—. En cambio, en la justificación esa misma cuestión se aborda de modo concreto para una conducta en el contexto más preciso de determinadas circunstancias.

84 Una conducta ya significativamente relevante —peligrosa para un bien jurídico— puede ser todavía penalmente atípica por tres clases de razones: (i) sociales; (ii) jurídicas extrapenales; y (iii) específicamente jurídico-penales (teleológicas) adicionales a las que se tuvieron en cuenta a la hora de determinar su relevancia penal significativa. Pues bien, el primer ámbito es el que corresponde a la figura de la «adecuación social». El segundo, en cambio, es el propio del «riesgo permitido». Por su parte, la «neutralidad» de la conducta se mueve entre ambos supuestos. En cambio, el tercer grupo comprende otras causas de atipicidad de conductas peligrosas y lesivas cuyo fundamento radica en la falta de merecimiento y necesidad de pena. Así, la «insignificancia»; o el mencionado supuesto del «consentimiento». En efecto, la destrucción de un bien ajeno no deja de tener el significado de una lesión de la propiedad, aunque haya sido consentida por el propietario; pero, en atención al consentimiento, no es desvalorada típicamente.

2. EL RIESGO PERMITIDO

2.1. Generalidades

85 La apreciación de que el riesgo inherente a la conducta del agente, pese a ser significativamente relevante, se halla jurídicamente permitido excluye el carácter penalmente desaprobado de dicha conducta.[112] Ciertamente, desde su identificación durante el último tercio del siglo XIX hasta mediados del siglo XX, el riesgo permitido se había calificado como un criterio de exclusión de la relevancia jurídica de una relación de causalidad.[113] Sin embargo, desde su replanteamiento en la obra de Welzel,[114] la concurrencia de un «riesgo permitido» se ubica mayoritariamente en la categoría del comportamiento penalmente desaprobado. Ello, con independencia de si esta última se separa de la imputación objetiva del resultado o se considera parte de ella. Ahora bien, en general la doctrina ha venido utilizando la expresión «riesgo permitido» en un sentido demasiado amplio. Así, un primer uso identifica el riesgo permitido con la gran mayoría de los riesgos no penalmente típicos, incluidos la mayoría de los que no lo son ya por razones significativas. Ciertamente, un segundo uso asocia el concepto de riesgo permitido, de forma más restrictiva, con aquellas conductas en las que, tras una ponderación generalizadora de los costes y beneficios sociales de una actividad —esto es, de una clase de acciones— peligrosa,

---

[112] *Engisch* (1930), 287; *Frisch* (1988), 59; *Cancio Meliá*, ADPCP 1993, 704 ss., 728-729; *Feijóo Sánchez* (2001), 154 ss.; *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 11/56; *Hilgendorf* (2020), 24; *Silva Sánchez* (2022), 17 ss. Distintos: *Kindhäuser*, GA 1994, 197 ss.; *Reyes Romero*, Ius et Praxis 1 (2015), 152 ss.

[113] *von Bar* (1871), 14; *Binding*, Normen, IV, 1919, 437 ss., 440, 445 n. 42; *Merkel*, PG, s/f, 161.

[114] *Welzel*, ZStW 58 (1939), 491 ss.

se constata la prevalencia de los beneficios.[115] En realidad, solo cabe calificar de «riesgos permitidos» en sentido estricto a aquellas conductas peligrosas que son permitidas por el ordenamiento jurídico-público o jurídico-privado.[116]

2.2. La interrelación entre el riesgo permitido y la adecuación social

86 Es relativamente común manejar las figuras del riesgo permitido y la adecuación social de modo casi indistinto. Así, una posición especialmente cualificada ha considerado que el riesgo permitido constituye una variante de adecuación social, caracterizada por la especial peligrosidad de la conducta.[117] Por su parte, otra opinión sostiene que la adecuación social es uno de los posibles fundamentos materiales del riesgo permitido.[118] Pues bien, la realidad es que existe una diferencia sustancial entre ambas instituciones valorativas. En efecto, lo propio de la adecuación social es reflejar la apertura del subsistema del Derecho penal al sistema de normas sociales. En cambio, lo característico del riesgo permitido es expresar la apertura del subsistema del Derecho penal al subsistema formal del Derecho —público y privado— en el que aquel se integra. Dicho con otras palabras, el riesgo permitido como supuesto de atipicidad da cuenta del hecho de que las posiciones jurídicas no las define de entrada el Derecho penal, sino que lo hacen precisamente el Derecho público y el Derecho privado.[119] Con todo, esta peculiaridad del riesgo permitido no obsta a que se produzcan ciertos entrecruzamientos entre su ámbito y el propio de la adecuación social.

87 Las intersecciones entre adecuación social y riesgo permitido han surgido debido a dos fenómenos que son expresión de la compleja relación del Derecho con las dinámicas sociales. El primero de ellos es la entrada de la legislación —como motor del cambio social— en el ámbito de conductas tradicionalmente reputadas como de libre configuración social. Así, por ejemplo, la juridificación ha determinado que tales ámbitos de adecuación social —por ejemplo, en España, los espectáculos taurinos— se escindan en dos subgrupos. Por un lado, se han mantenido como formalmente conformes a Derecho —riesgos permitidos— algunas conductas que antes se reputaban solo socialmente lícitas.[120] Pero, por otro lado, prácticas socialmente aceptadas han pasado a ser jurídicamente prohibidas.[121] Un proceso similar se ha dado en la reducción

---

[115] *Engisch* (1930), 288-290; *Maiwald*, FS Jescheck, I, 1985, 411-412; *Corcoy Bidasolo* (1989), 311-312, 319 ss.; *Paredes Castañón* (1995), 483 ss., 514, 517; *Goeckenjan* (2017), 206 ss., 238, 270. Crítico, *Jakobs* (1996), 39 ss.

[116] *Silva Sánchez* (2022), 32 ss.

[117] *Welzel*, ZStW 58 (1939), 491 ss. Próximo, *Jakobs* (1996), 119.

[118] *Maiwald*, FS Jescheck, I, 1985, 409.

[119] En el mismo sentido, *Pastor Muñoz* (2019), 23 ss.

[120] En España, el régimen jurídico viene dado por la Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural, así como su normativa de desarrollo.

[121] Así, el maltrato de animales se prohíbe en el art. 340 bis CP español (en su redacción por la L.O. 3/2023, de 28 de marzo), siempre que tenga lugar «fuera de las actividades legalmente reguladas», que constituyen riesgos permitidos.

de los regalos socialmente adecuados a autoridades y funcionarios públicos. En todos estos casos, se ha pasado de una fase de adecuación social, pasando por otra fase de tolerancia, hasta llegar al fin a la prohibición jurídica de unas conductas y la permisión de otras. Ahora bien, asimismo se puede constatar la dinámica inversa, que parte de una etapa de prohibición jurídica, pasa por otra de tolerancia, sigue con la de adecuación social, hasta finalmente alcanzar en algunos casos la permisión jurídica. Esto último se puede advertir, por ejemplo, en la reacción frente a conductas de microtráfico de estupefacientes, singularmente de los derivados del cannabis.

88 El segundo bloque de fenómenos que manifiesta las relaciones existentes entre adecuación social y riesgo permitido trae causa de la dificultad de adaptación de las disposiciones legales y reglamentarias extrapenales al cambio social o a la pluralidad de actividades socioeconómicas concretas. Así, es posible que la concreción de la regulación administrativa o privada tenga lugar mediante su remisión a disposiciones de origen no estatal, sino privado. Estas son las denominadas «reglas técnicas» o disposiciones que recogen el «estado de la ciencia y de la técnica», más conocidas en el lenguaje jurídico-penal como *leges artis* (en singular, *lex artis*).[122] En ocasiones, la remisión tiene lugar incluso desde la legislación penal (por ejemplo, en los arts. 260 y 286 bis CP español). Como se advierte, cabe que el riesgo permitido sea determinado incluso mediante una «costumbre sectorial», es decir, por los usos del comercio en un sector determinado. Sin embargo, estos deben distinguirse del concepto de la adecuación social general.

2.3. El fundamento del riesgo permitido y su recepción en la teoría del delito

2.3.1. La naturaleza extrapenal del riesgo permitido

89 El riesgo permitido es, de entrada, una institución del Derecho administrativo o del Derecho privado, que constituyen el ordenamiento jurídico primario con respecto al Derecho penal. A su vez, tal ordenamiento primario puede estar integrado por estándares legales, como los clásicos de la diligencia del buen padre de familia, del ordenado comerciante o del administrador leal. Sin embargo, en el marco de este modelo la responsabilidad del agente —vinculada a la efectiva producción de un resultado lesivo— depende del juicio *ex post* que realice cada juez concreto acerca de la vulneración objetiva *ex ante* de los estándares. Ello genera inseguridad en los sujetos que gestionan fuentes de riesgo. Por eso, el fenómeno específico de los siglos XX y XXI ha sido la creciente sustitución de tales estándares —genéricos— por reglas —precisas—, contenidas en leyes, reglamentos y disposiciones administrativas de rango inferior, así como incluso en actos administrativos. Así pues, en la actualidad el

[122] Así, *Ossandón Widow* (2009), 235 ss. De modo extenso, *Contreras Chaimovich*, PolítCrim 13 (2018), 387 ss.; *Pastor Muñoz* (2019), 39 ss., 61 ss.

riesgo permitido se vincula al fenómeno de la «regulación» sectorial de actividades, que establece la licitud jurídica de estas, siempre y cuando cumplan las condiciones establecidas. De este modo, la permisión y la regulación estatal dan lugar a una autorización condicionada de la actividad de la que se trate, con la consecuencia de que la conducta jurídicamente permitida que cumple con los requisitos debidos no puede ser constitutiva de delito. Ello responde a la necesidad de una definición lo más clara posible *ex ante* de los espacios de libertad jurídica de acción de quienes realizan conductas peligrosas. Expresado de otro modo, da cuenta del interés de los ciudadanos en disponer de parámetros de actuación legítima.[123]

2.3.2. Los mecanismos de la permisión extrapenal de los riesgos

Desde una perspectiva material, la permisión de riesgos obedece al bien común político de la sociedad. En términos de método, la concreción de su contenido tiene lugar mediante la especificación de pretensiones sociopolíticas divergentes, lo que requiere tener en cuenta los bienes particulares subyacentes, atendiendo además a rígidos límites deontológicos. Ahora bien, dicha especificación no la llevan a cabo ni el legislador ni el juez penal. Por el contrario, es una cuestión de Derecho público, que se suscita en particular en los procedimientos de elaboración de leyes, reglamentos y de actos administrativos. En efecto, las fuentes del riesgo permitido se pueden hallar en: (i) disposiciones formales extrapenales de rango legal y, luego, reglamentario, así como en actos administrativos de autorización; (ii) disposiciones no jurídico-estatales: *leges artis* técnicas, disposiciones escritas o usos sectoriales de actuación ética correcta; y (iii) estándares jurídicos civiles o mercantiles, allí donde estos no hayan sido desplazados por ninguna de las dos técnicas anteriores (en virtud del principio de especialidad). En ocasiones, estas fuentes convergen en cuanto a su contenido. Sin embargo, a veces divergen. En tal caso, de entrada, prevalecen las fuentes jurídico-formales, en cuya concreción deben respetarse los principios de competencia, jerarquía, vigencia y especialidad. Sin embargo, la prevalencia de las fuentes formales no rige cuando adolecen de obsolescencia o cuando se produce alguna situación excepcional. Sea como fuere, cabe que la observancia del principio de legalidad impida considerar fuentes distintas de aquellas. **90**

En definitiva, la permisión de riesgos tiene lugar en el marco de decisiones democráticas —las leyes administrativas—, sobre la base de criterios técnico-burocráticos —los reglamentos y actos administrativos— que deben atender a los criterios políticos determinados en las leyes, teniendo en cuenta además consideraciones económicas y científicas. En los últimos tiempos no es infrecuente que las disposiciones administrativas remitan directamente al estado de la ciencia y de la técnica para fijar el ámbito de lo permitido. En cuanto **91**

[123] *Lübbe*, DZPhil 43 (1995), 957. Ya, *Engisch* (1930), 287-288.

al alcance material de las disposiciones de permisión de riesgos, la tendencia actual se orienta a una reducción de los riesgos permitidos. Ello, que no conduce a un modelo de reducción del riesgo a cero, impide acoger en esta materia el puro criterio de coste/beneficio —o de eficiencia: reducción solo hasta el punto en que los costes superen los beneficios—. Así pues, la disyuntiva real se halla entre los modelos de seguridad o aceptabilidad —reducción de riesgos hasta que no exista riesgo significativo— y de factibilidad o de desarrollo sostenible —restricción de riesgos compatible con la actividad a largo plazo—. Pues bien, después de décadas de vigencia del modelo de la factibilidad, todo parece indicar que es preciso tender —y de hecho se tiende— a un modelo de seguridad. Esto implica, de entrada, que no cabe permitir el riesgo inminente, concreto y grave para la vida y la salud de las personas.

92 La atipicidad penal de aquellos riesgos que son permitidos por el Derecho público o privado se basa en la incidencia de dos principios: el de unidad y ausencia de contradicciones del ordenamiento jurídico, y el de subsidiariedad del Derecho penal. En efecto, el ordenamiento jurídico no puede incurrir en contradicciones, de modo que lo permitido por el Derecho público o privado sea, de modo simultáneo, típicamente relevante para el Derecho penal. Además, resultaría incongruente con su carácter de *ultima ratio* que el Derecho penal considerara típica una conducta que en otros sectores del ordenamiento se encuentra integrada en un espacio de libertad. Con todo, cabe la posibilidad excepcional de que el Derecho público o privado contemplen una conducta permitiéndola y, en cambio, desde la perspectiva del Derecho penal tal conducta se repute típica. Ahora bien, esto último requiere que, junto al comportamiento extrapenalmente permitido, se den elementos adicionales, de modo que el hecho contemplado por el Derecho público o privado y el Derecho penal ya no sea exactamente el mismo. Ello sucede, en particular, en los casos de riesgos concretos e inminentes para bienes jurídicos personales.

2.3.3. Las condiciones generales de la permisión de riesgos

2.3.3.1. Planteamiento

93 En un plano puramente conceptual cabe que el riesgo permitido se plantee como riesgo permitido incondicionado. Es decir, sin que la permisión del riesgo se haga depender de la adopción de especiales medidas ordenadas a una cierta contención del riesgo por parte de quienes exponen al sujeto pasivo a su incidencia. Sin embargo, en su concreción histórica real el riesgo permitido se muestra como riesgo permitido condicionado. Es decir, la permisión del riesgo se somete al cumplimiento de ciertas condiciones por parte de quien desea beneficiarse del acceso a ese ámbito de libertad. Además, también puede afirmarse que los riesgos permitidos lo son de una forma crecientemente condicionada. Es decir, los requisitos de permisión de los riesgos son cada vez más numerosos y exigentes. En definitiva, el riesgo se permite en virtud

de la inserción de la clase de conducta en un contexto normativo específico ordenado a su minimización.

2.3.3.2. Las condiciones de permisión de riesgos

Las condiciones de permisión de un riesgo pueden variar significativamente en función de las características de aquel. Con todo, muchas de ellas responden a la siguiente estructura:[124] (i) El otorgamiento de una licencia o permiso mediante un acto administrativo de autorización general o especial.[125] Así sucede, por ejemplo, con el permiso de conducir vehículos, con la autorización para realizar actos de intermediación financiera o con la licencia medioambiental en el caso de empresas industriales. En efecto, mediante la respectiva licencia, un deber que tendría por objeto la omisión de acciones peligrosas —es decir, la renuncia al ejercicio de la actividad— se transforma en un permiso de actuación peligrosa unido a un deber de actuar prudentemente en tal situación peligrosa.[126] En definitiva, en un deber de minimización del riesgo. (ii) El posterior seguimiento de un sistema de reglas. Estas, orientadas a la minimización del riesgo, constituyen condiciones concretas de la permisión de este. (iii) El cumplimiento de deberes de evitación de resultados sobrevenidos, en el caso de advenimiento de un riesgo concreto para un bien jurídico intrínseco. (iv) El cumplimiento de deberes de tolerancia pasiva de la inspección de riesgos y de colaboración activa con esta. En el caso de aparición de un riesgo concreto, la tolerancia del cumplimiento de deberes o derechos de intervención protectora (por parte de funcionarios o particulares). (v) En el caso de producción de un daño, el pago de una indemnización en concepto de responsabilidad civil. Además, esta responsabilidad es objetiva, sin culpa, lo que se corresponde con la condición de riesgos especiales que tienen los riesgos permitidos. Por eso, y para evitar situaciones de insolvencia, no es infrecuente que una de las condiciones de la permisión administrativa de un riesgo sea la contratación de un seguro. Los seguros obligatorios de responsabilidad civil aparecen, pues, claramente relacionados con la permisión administrativa de riesgos. **94**

2.4. La recepción de los riesgos permitidos en los tipos de delito

2.4.1. Las técnicas de apertura de los tipos

Las técnicas de apertura —o no— del Derecho penal a las fuentes de permisión del riesgo pueden adoptar diversas variantes. Estas dependen, en primer lugar, de que el tipo se configure como cerrado o abierto. En los tipos cerrados, el riesgo permitido tiene que introducirse por vía de la reducción sistemática-teleológica del alcance del tipo. En cambio, en los casos en que el **95**

[124] *Silva Sánchez* (2022), 113 ss.

[125] *Kindhäuser* (2007), 63.

[126] *Paredes Castañón*, LH Prats Canut, 2008, 654.

tipo se halla abierto, con independencia de la técnica que se emplee, el juez procede mediante la interpretación ordinaria del elemento típico del que se trate. En este último ámbito, cabe proceder de tres formas distintas. Por un lado, a propósito de los tipos de delito imprudentes, mediante la concreción judicial de la propia expresión «imprudencia», contenida en las definiciones legales de delito. En segundo lugar, por la vía de la interpretación de los elementos típicos de valoración global del hecho (por ejemplo, «indebidamente»). En fin, mediante la integración de las leyes en blanco con la disposición extrapenal de complemento de la que se trate. Las opciones mencionadas son claramente distintas, dado el diverso grado de vinculación que ejerce el principio de legalidad, en su dimensión de mandato de determinación, sobre el órgano judicial.[127]

2.4.2. El caso de los delitos dolosos

96 Se ha afirmado que la institución del riesgo permitido no tiene cabida en los delitos dolosos.[128] Pues bien, esta afirmación es errónea en la medida en que no distingue entre los delitos dolosos de lesión o de peligro concreto de bienes personales intrínsecos, los delitos dolosos de lesión de bienes patrimoniales, los delitos dolosos de peligro abstracto con respecto a unos y otros bienes, y los delitos dolosos de lesión de bienes supraindividuales. En efecto, el riesgo permitido tiene perfecta aplicación en los delitos dolosos contra bienes supraindividuales y contra bienes patrimoniales. En ambos casos, además, opera con independencia del consentimiento del sujeto pasivo. Este, en el caso de existir, da pie a un supuesto distinto de exclusión de la tipicidad.

2.4.3. El supuesto del riesgo concreto para bienes intrínsecos

97 Una conducta que no resulta típicamente desaprobada *ex ante* goza de un permiso débil. Es decir, de ella solo puede afirmarse que no es típica, sin efectuar aún ningún pronunciamiento adicional acerca de su conformidad a Derecho —por lo tanto, cabe que sea lícita o ilícita—. Ello tiene que ver con el hecho de que la tipicidad es una categoría específicamente jurídico-penal. Viceversa, una conducta típicamente desaprobada debe ser luego objeto de un proceso de especificación valorativa. Al finalizar este, cabe concluir que tal conducta es antijurídica; pero asimismo cabe que esté justificada, es decir, que está permitida en sentido fuerte (*cfr. infra* capítulo 18/10). Ciertamente, una vez asumida la realización de juicios de valoración —y no solo de significado— en la tipicidad, la mencionada dualidad de niveles valorativos ha sido fuente de malentendidos. Sin embargo, estos pueden despejarse subrayando que se trata de dos momentos que se distinguen: (i) por el diferente grado

---

[127] *Silva Sánchez* (2016), 19 ss.; *el mismo* (2020), 51 ss.; *el mismo* (2022), 133 ss.

[128] *Kindhäuser* GA 1994, 221; *el mismo* (2007), 67.

de concreción de ambos; y (ii) porque el juicio de tipicidad es de naturaleza exclusiva jurídico-penal, esto es, teleológico. En cambio, el juicio de justificación se integra en la doctrina general del ilícito.

98 En los casos en los que la situación *ex ante* ya permite advertir un riesgo concreto, inminente y grave para bienes intrínsecos, la conducta no puede estar amparada por el riesgo permitido. Así, por ejemplo, quien circula en su automóvil con el semáforo en verde, y a la velocidad permitida, tiene que frenar si un niño se le cruza en una calle. Igualmente, aunque una conducta de contaminación esté autorizada administrativamente, si se advierte que puede poner en peligro bienes intrínsecos es preciso actuar para neutralizar ese riesgo más allá de cumplir las condiciones generales de permisión del riesgo. En efecto, para que un riesgo pueda ser considerado permitido es necesaria la indeterminación de los potenciales afectados por el riesgo residual.[129] En cambio, si el riesgo es inminente, y los afectados están determinados o son determinables *ex ante*, la permisión exige de modo adicional un consentimiento informado al riesgo. Tal consentimiento —adicional al cumplimiento de las demás reglas de permisión del riesgo— es el que rige en materia de prácticas sanitarias, deportivas o en el ámbito del consumo (*cfr. infra* capítulo 22/26).

2.4.4. Entre la precaución y el riesgo permitido

99 Una situación intermedia entre el riesgo permitido y la operatividad del principio de precaución se produce en los casos en los que el legislador permite una «actuación bajo incertidumbre». En efecto, cabe hablar de un espacio de incertidumbre allí donde *ex ante* no se puede afirmar la existencia real de un riesgo, pero tampoco se puede excluir su futura aparición. En un contexto así, una opción —la más razonable desde perspectivas de libertad— sería permitir la conducta de forma incondicionada, por tratarse de un «no-riesgo». A su vez, la opción opuesta sería prohibirlo de forma incondicionada con base en el principio de precaución. Pues bien, frente a ambas opciones, en determinados ámbitos de actividad industrial se ha consolidado la solución intermedia de establecer una permisión condicionada. Así, una primera condición de la permisión de la concreta actividad regida por la incertidumbre es la imposición de una obligación constante de investigar los efectos colaterales de los productos —lo que debe considerarse una variante del deber de vigilancia—.[130] De este modo, se actualiza la información sobre posibles riesgos.

100 A continuación, la segunda condición emerge en el supuesto de que el titular de la actividad permitida advierta con posterioridad —en el marco del cumplimiento de aquella obligación o por casualidad— la existencia de un riesgo real en un producto determinado. En efecto, en tal caso, tiene la obli-

---

[129] *Kindhäuser*, GA 1994, 218.

[130] En España, el art. 4.3 a) R.D. 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos.

gación de paralizar la distribución de las unidades no distribuidas, advertir del defecto a los consumidores y a las autoridades, e incluso retirar del mercado las unidades distribuidas.[131] El incumplimiento de este «deber de advertencia» e incluso «de retirada» determina la responsabilidad por omisión —dolosa o, en su caso, imprudente— por las lesiones que se puedan causar a los consumidores.[132] Con todo, existen divergencias en cuanto al fundamento jurídico de dicha responsabilidad por omisión en el ámbito de los servicios de postventa de productos. En particular, se discute si su fundamento es la injerencia —o actuar precedente hipotéticamente peligroso— o más bien la asunción (*cfr. infra* capítulo 11). En realidad, el fundamento del deber de advertencia y de retirada —como deber de evitación del resultado— es un actuar precedente, pero que no puede calificarse de peligroso. Así las cosas, su naturaleza solo puede ser la de un deber de evitación previamente asumido en el ejercicio de la libertad económica.[133] Por tanto, constituye un deber positivo adquirido en virtud de un acto de organización libre.

2.5. La procedimentalización y la automatización

101 A finales del siglo XIX, la institución del riesgo permitido constituyó un primer paso en el camino hacia la procedimentalización del Derecho penal. Es decir, hacia la sustitución de los criterios materiales de actuación justa por el respeto de reglas administrativas, primero materiales, pero luego también formales, relativas al cumplimiento de los requisitos de un procedimiento. La procedimentalización, que pretende dar los conflictos por resueltos ya *ex ante*, constituye una vía de excepción a la actividad judicial, que opera *ex post*. De este modo, expresa asimismo otro tránsito conceptual. Este es el que conduce de la justificación excepcional de concretas conductas lesivas a la declaración de licitud general de clases de conductas peligrosas. Por lo demás, las razones del recurso a la procedimentalización pueden ser distintas. En cierta medida, esta se vincula a la necesidad de adopción de decisiones de modo rápido y generalizable. Sin embargo, también se debe a la ausencia de consenso —o de convicción— en cuanto a cuáles han de ser los criterios materiales concretos de la permisión de una conducta. En el siglo XXI, la procedimentalización, vinculada en su día a la industrialización, recibe un nuevo impulso de la mano de la automatización de las decisiones jurídicas. En ello desempeña un factor decisivo la denominada inteligencia artificial (*cfr. infra* capítulos 18/90; 26/94).

---

[131] Así, el art. 4.3 b) R.D. 1801/2003.

[132] En inglés y en alemán, respectivamente, «*duty of recall*», «*Rückrufspflicht*». *García Cavero* (2017), 237 ss.

[133] Próximo *Contreras Chaimovich*, PolítCrim 10 (2015), 286, que afirma que la posición de garante es una consecuencia forzosa de reconocer al fabricante la libertad de comercializar productos cuya peligrosidad nunca puede excluirse del todo, ni siquiera después de que hayan accedido al mercado.

3. LA ADECUACIÓN SOCIAL

3.1. Generalidades

La teoría de sistemas afirma que el sistema social genera constantemente **102**
«ruido» —esto es, pretensiones de aceptación— en el subsistema jurídico o incluso, en particular, en el subsistema jurídico-penal. Así las cosas, el procesamiento jurídico de tal «ruido social» en unas ocasiones da lugar a cambios en el Derecho y en otras, a resistencias por parte de este último.[134] Expresándolo de otro modo, puede afirmarse que existe una tensión de esa naturaleza entre las denominadas «normas de cultura» y el programa normativo contenido en la Constitución y concretado en las leyes, lo que provoca no pocas incertezas.[135] Pues bien, la determinación de las conductas socialmente adecuadas suele ser expresión de una ponderación informal de tales razones en tensión. En este punto la autocomprensión de cada sociedad en un momento concreto, a caballo entre la tradición y el cambio, resulta decisiva. De ahí que un sector de la doctrina haya aludido a este fenómeno con la expresión de «riesgo permitido por legitimación histórica».[136]

En algunos casos, la apertura de la redacción de un tipo de delito al mundo **103**
de los sentidos y las valoraciones sociales es explícita. Por ejemplo, cuando el legislador utiliza elementos normativos como el de «exhibición obscena» (art. 185 CP español). En otros casos, en cambio, tal apertura debe considerarse implícita a partir del principio de interpretación sociológica, dinámica o evolutiva de tipos con elementos normativo-sociales.[137] Ello determina que, en ocasiones, llegue a pasar prácticamente desapercibida. Sin embargo, la figura de la adecuación social incide incluso sobre tipos cerrados y referidos a bienes jurídicos intrínsecos, como los de lesiones. Así, las lesiones, aunque sean consentidas, son típicamente antijurídicas (art. 155 CP español). Sin embargo, los tatuajes y las perforaciones corporales denominadas «pírsines»,[138] incluso los practicados a menores, quedan al margen de la tipicidad.

El primer autor que se aproximó a estas situaciones desde una perspectiva **104**
dogmática fue Welzel (1904-1977).[139] Según su formulación, quedan fuera del concepto de injusto aquellas conductas funcionales a la ordenación histórica de la vida comunitaria de un pueblo.[140] Así, Welzel concibió inicialmente la adecuación social como una causa de exclusión de la tipicidad. Sin embargo,

---

[134] *Dölling*, FS Otto, 2007, 219 ss.

[135] *Silveira* (2010), 111 ss.

[136] *Jakobs* (1996), 72. Con matices críticos, *Maraver Gómez* (2003), 207 ss.; *el mismo* (2009), 357.

[137] Art. 3.1 CC español; *Exner* (2011), 106-107.

[138] Esta extraña palabra es la adaptación que propone la Real Academia para la expresión inglesa «*piercings*».

[139] *Silveira* (2010), 116 ss., 132 ss., 144 ss.

[140] *Welzel*, ZStW 58 (1939), 528-529; *el mismo*, AT, 11.ª, 1969, 56: aquellas que se mueven «por completo en el marco del orden social normal de la vida, devenido históricamente»; *Roxin*, FS Klug, I, 1983, 303 ss.; *Cancio Meliá*, ADPCP 1993, 697 ss.; *Lesch* (1999), 267 ss.

a partir de la 6.ª edición de su Tratado, pasó a entenderla, de modo coherente con la concepción más notoriamente welzeliana de los elementos del tipo —con un contenido valorativamente neutro—, entre las causas de justificación.[141] Con todo, en la 9.ª edición volvió a situarla en la tipicidad, ahora como «principio interpretativo». Probablemente, la causa de estos últimos cambios fue la incomodidad de Welzel al tener que situar entre las causas de justificación —es decir, según su concepción del delito, en el ámbito de lo antinormativo, pero excepcionalmente permitido— la realización de conductas absolutamente comunes en la realidad cotidiana.[142]

3.2. Su fundamento

105 El reconocimiento de la adecuación social como fuente de la exclusión de la desaprobación jurídico-penal de determinadas conductas no refleja, sin más, una apertura del Derecho penal a las normas sociales. En efecto, el Derecho penal solo puede abrirse a aquellas normas sociales que alcanzan un carácter jurídicamente vinculante. Es decir, a aquellas prácticas sociales que se llevan a cabo de forma masiva y con *opinio iuris sive necessitatis*. Por lo tanto, el mero hecho de la generalización de una práctica, cuando se es consciente de su ilicitud, no tiene ningún valor de exención de la responsabilidad penal.[143] En consecuencia, la figura de la adecuación social constituye una manifestación de la costumbre como fuente informal del Derecho y, adicionalmente, del Derecho penal.[144] Esto es, define la repercusión en el Derecho penal de la creación consuetudinaria de espacios de libertad jurídica. En el surgimiento de la calificación de una conducta como socialmente adecuada debe hallarse: (i) una repetición de actos; (ii) una práctica social extendida de aceptación de estos actos; y (iii) una progresiva *opinio iuris libertatis*, es decir, una convicción social de que esa conducta tiene que moverse en un espacio de libertad jurídica.

3.3. Los problemas aplicativos de la adecuación social

106 Se discute si la adecuación social es, como aquí se entiende, una causa de exclusión de la desaprobación jurídico-penal de un riesgo o bien se trata de un principio interpretativo de los tipos de la Parte Especial;[145] y sobre si da lugar a la exclusión de la tipicidad —como aquí se acoge— o a la concurrencia de una causa de justificación.[146] En cuanto al primer dilema, hay que subrayar

---

[141] Sin embargo, *Kindhäuser*, FS Rengier, 2018, 57-58.

[142] *Welzel* (1964), 84-89.

[143] *Husak* (2010), 338 ss.

[144] Distintos, *Ruppert* (2020), 192 ss., 229 ss., 239; *Schladitz* (2021), 114.

[145] En este último sentido, *Arm. Kaufmann*, ADPCP 1985, 825 ss.; *Rueda Martín* (2001), 299 ss.; *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 10/37; *Otto*, FS Amelung, 2009, 225 ss. Distinto, *Gracia Martín* (2006), 222-223.

[146] *Schaffstein*, ZStW 72 (1960), 378 ss.; *Hirsch*, ZStW 74 (1962), 132 ss.

lo siguiente. La afirmación de que una determinada institución se integra en el juicio de desaprobación de la conducta o, por el contrario, constituye un criterio interpretativo para el juez tiene importantes consecuencias. En efecto, si se opta por la primera solución, la figura forma parte del contenido de la norma de conducta y puede ser objeto de un error relevante. En consecuencia, debe admitirse la relevancia —como error de tipo—[147] de la representación de quien considera que su conducta es socialmente adecuada, cuando no es así. En cambio, la segunda conlleva afirmar que es manejada únicamente por el juez en el marco de la norma de sanción (*ex post*) —de la tipicidad penal—, de modo que los errores sobre ella son irrelevantes. En cuanto al segundo dilema, no cabe duda de que la institución tiene un contenido valorativo. Por tanto, podría ubicarse entre las causas de justificación. Sin embargo, si se entiende, como aquí, que la categoría penal de la tipicidad cumple una función de selección de los injustos agravados —de clases de acciones abstractamente merecedoras de pena—, todavía pendiente de ulterior concreción, la adecuación social de la conducta puede operar ya en este primer nivel del sistema.

107 En definitiva, la conducta socialmente adecuada no puede ser desaprobada penalmente, dada la existencia de una norma jurídica consuetudinaria que genera un espacio de libertad individual. Sentado esto, su apreciación puede tener lugar por dos vías distintas. Por un lado, en el marco de la aplicación judicial de un tipo cerrado, mediante la práctica de una reducción teleológica. Por otro, en el marco de tipos abiertos, en virtud de una remisión expresa de la legislación extrapenal a la que a su vez remita la ley penal, o incluso de una remisión directa de esta última.[148] En todo caso, los límites de lo socialmente adecuado son consustancialmente inseguros, tanto en términos sincrónicos, como más aún diacrónicos. Por eso, la principal objeción que puede dirigirse a esta institución es su vaguedad.[149]

108 La calificación de una determinada conducta como socialmente adecuada no es siempre incondicionada, sino que en bastantes ocasiones exige el cumplimiento de condiciones. Por ejemplo, de las contenidas en determinadas disposiciones de autorregulación social, como las propias de la práctica informal de deportes. Además, en el ámbito de la puesta en peligro de bienes personales, la adecuación social de la conducta requiere el consentimiento del sujeto pasivo o de la persona habilitada para consentir por otro. Muy frecuentemente, la adecuación social de la conducta se debe asimismo a la poca gravedad de la lesión del bien jurídico, de modo que guarda relación con la insignificancia (*cfr. infra* capítulo 14/15). Ello se advierte en el ejemplo, ya mencionado, de la realización de tatuajes o pírsines en adultos e incluso en menores de edad.

---

[147] Diferente *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 10/37: error de prohibición.

[148] El art. 372.3 CP portugués excluye del ámbito de lo típico a título de cohecho a «las conductas socialmente adecuadas y conformes a los usos y costumbres».

[149] *Hirsch*, ZStW 74 (1962), 132 ss.; *Roxin*, FS Klug, I, 1983, 313; *el mismo*, AT, I, 4.ª, 2006, 10/37 ss., 10/42; *Kindhäuser* (2007), 74 ss.

Ahora bien, lo mismo sucede con las conductas de consumo compartido de drogas,[150] en cuya atipicidad inciden razones tanto de insignificancia del riesgo, como de adecuación o de tolerancia social.[151] Por eso, el «caso de los clubes cannábicos» se acabó convirtiendo en el límite infranqueable de la doctrina jurisprudencial del consumo compartido (*cfr. infra* capítulo 25/70). Por lo demás, en este punto no cabe desconocer lo dispuesto en el art. 1.3 CC español: «La costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada».[152]

3.4. La adecuación social «cultural»

3.4.1. Las variantes de la adecuación social

109 La consideración de que una conducta es socialmente adecuada puede ser común a toda la sociedad —adecuación social general—. Sin embargo, cabe también que solo sea propia de una parte de la comunidad política. Por eso, procede distinguir entre (i) adecuación social general; y (ii) adecuación social parcial. Dentro de esta segunda variante, debe distinguirse, a su vez, entre la adecuación social «sectorial» y la adecuación social «cultural». Como ya se ha indicado, una conducta es sectorialmente adecuada cuando se atiene a los usos y costumbres de un sector concreto de actividad. De forma paradigmática, este es el caso de los denominados «usos del comercio». La relevancia de las conductas sectorialmente adecuadas —en materia de competencia o de insolvencias— suele venir dada por la remisión que efectúa la normativa jurídica extrapenal —y a veces la propia ley penal— a los usos que las rigen. Por tanto, constituye un recurso límite del riesgo permitido en Derecho penal patrimonial y económico, cuando el legislador no se ve capaz de aprehender la dinamicidad de las autorregulaciones profesionales. En cambio, el caso de la adecuación social cultural es muy distinto.

3.4.2. Las dificultades para apreciar la adecuación social cultural

3.4.2.1. El problema de la exención de responsabilidad de base cultural

110 La figura dogmática de la adecuación social se construyó en el contexto de sociedades de evolución lenta y concebidas como un todo homogéneo. Por ello, cuando el cambio social se acelera, esta institución tropieza con dificul-

---

[150] *Dopico Gómez-Aller* (2014), 25 ss.; *Maraver Gómez*, InDret 2/2019, 4 ss.

[151] Una variante distinta es la representada por casos como el de la STS de 29 de mayo de 1993. Esta sostuvo que la conducta de una madre, que poseía heroína para entregársela a su hija drogadicta en pequeñas dosis hasta que esta última ingresara en un centro de rehabilitación, era socialmente adecuada. En realidad, se trata de una situación de necesidad o de un caso de miedo insuperable. Sobre ello, *Dopico Gómez-Aller* (2014), 69 ss.

[152] No deben ubicarse en la adecuación social, sino entre las conductas neutras de intervención, ciertos supuestos que un sector de la doctrina agrupó en su día bajo la denominación de «adecuación profesional»: *Hassemer*, wistra 1995, 41 ss., 81 ss.

tades y hace todavía más patente su vaguedad. Eso sucede asimismo cuando aquello que una parte de la sociedad entiende como adecuado diverge de la representación del conjunto de aquella. Esta situación se genera con ocasión de fenómenos diversos. Por un lado, como consecuencia de la existencia de culturas minoritarias autóctonas; por otro, por las corrientes migratorias; en fin, por aflorar divergencias culturales en sociedades que se tenían por homogéneas. En definitiva, por la configuración de identidades grupales distintas. En todos estos casos es posible observar la existencia de conductas que realizan el tenor literal de un tipo y que, por otro lado, no resultan socialmente adecuadas conforme al canon de la mayoría social. Sin embargo, se hallan asentadas como prácticas usuales de uno o varios grupos sociales, más o menos minoritarios, con *opinio libertatis.*[153] Estas son, por ejemplo, conductas de favorecimiento del consumo ilegal de estupefacientes, de sacrificio ritual de animales, de poligamia,[154] de circuncisión masculina no terapéutica, de venta de hijos en matrimonio, de ablación genital femenina o de asesinatos por honor. En ocasiones, además, no se trata de meras prácticas sociales que redundan en costumbres de libertad, sino de auténticos deberes jurídicos de vigencia personal para los miembros de una determinada etnia o cultura.

Las conductas motivadas por la pertenencia del agente a un grupo cultural plantean un conjunto de problemas transversales a todo el sistema de la teoría del delito.[155] Por un lado, en el plano de la tipicidad objetiva de la conducta; o en el de la concurrencia de alguna causa de justificación, como el ejercicio legítimo de la libertad religiosa e ideológica. Sin embargo, también pueden dar lugar a problemas de imputación subjetiva o de culpabilidad, lo que sucede en los casos de error de tipo, de prohibición o «de comprensión» culturalmente condicionados (*cfr. infra* capítulo 25/97). Igualmente, el conflicto de motivos que experimenta el agente —sobre quien entran en colisión la norma territorial estatal y su norma personal cultural— puede llegar a tener reflejo en el ámbito sistemático posterior a la culpabilidad (*cfr. infra* capítulo 26/78). Además, aquí pueden incidir problemas de exclusión social, de modo que podría plantearse su incidencia en la punibilidad (*cfr. infra* capítulo 27/105). En fin, aunque no quepa la exclusión de la responsabilidad, cabe apreciar, al menos, atenuantes de esta. Así las cosas, es discutible que tenga sentido aludir de modo genérico a una posible «eximente cultural».[156] La única ventaja de la agrupación de estas conductas, prescindiendo de la concreta ubicación sistemática del problema que plantean en cada caso, se ciñe a la cuestión probatoria. En efecto, una cuestión común a la consideración de cualquiera de los casos en el proceso es la necesidad de llevar a cabo una prueba pericial antropológica. Esta debe establecer la pertenencia del agente a un determina-

111

[153] *Silveira* (2010), 323 ss.

[154] Ya en el caso norteamericano «*Reynolds v. United States*» (1879).

[155] *Cisneros Ávila* (2018), 258 ss.

[156] En la discusión norteamericana, «*cultural defense*»: *de Maglie,* RIDPP 2005, 189 ss.; *la misma* (2012), 108 ss.; *Basile* (2010), 262 ss.; *Cisneros Ávila* (2018), 238 ss.

do grupo cultural, el arraigo de la práctica objeto de análisis —que genera la motivación del agente— y las consecuencias de un comportamiento contrario a la respectiva norma de cultura.

3.4.2.2. Algunos criterios para su manejo

112 En relación con las culturas minoritarias es necesario llegar a algunos acuerdos mínimos. Por un lado, los convenios internacionales, algunas constituciones nacionales y leyes internas obligan al reconocimiento de las prácticas consuetudinarias de estos grupos sociales.[157] Sin embargo, por otro lado, las prácticas culturalmente adecuadas no pueden lesionar derechos fundamentales —constitucionales y convencionales—.[158] Así las cosas, es factible la admisión de la adecuación social cultural en ciertos delitos de la periferia de los *mala in se* y en los *mala quia prohibita*.[159] Sobre todo, si la magnitud de la lesión típica se halla cercana a la insignificancia —por ejemplo, en la tenencia y consumo de hoja de coca—.[160] En cambio, no cabe aceptarla en absoluto cuando la conducta realiza un tipo perteneciente al núcleo de los delitos *mala in se*.[161] En este punto, los ejemplos de la ablación genital femenina, de los homicidios por honor o de los matrimonios coactivos son casos claros de conductas inadmisibles. Ahora bien, por el mismo motivo, es preciso rechazar asimismo las penas corporales impuestas por las juridicciones culturales —así, la de latigazos o la de inmersión en agua helada— (*cfr. supra* capítulos 1/30; 4/58; 5/66).[162]

113 Ciertamente, existen zonas grises, en las que es necesaria una intervención legislativa formal por razones de seguridad jurídica. Por ejemplo, el caso de la circuncisión masculina no terapéutica. En efecto, la circuncisión ritual de niños y adolescentes, común respectivamente entre los judíos y los musulmanes, ha dado lugar en la última década a una importante polémica doctrinal acerca de su licitud. Una consecuencia de ella fue la modificación del Código

---

[157] Art. 8 del Convenio 169 de la OIT, de 27 de junio de 1989, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

[158] Art. 3.2 de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España: «Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas». Asimismo, el art. 24.3 de la Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989: «Los Estados Parte adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños».

[159] Distinto, *Cerezo Mir*, LH Núñez Barbero, 2008, 105.

[160] Menos convincente es la distinción en función de si el sujeto pasivo es miembro de la comunidad indígena o no. Sin embargo, *Armaza Galdós*, LH Cerezo Mir, 2002, 552-553.

[161] En algunos casos límites, las penas corporales, el infanticidio o el homicidio de hijos, viudas o ancianos.

[162] Una propuesta distinta es tomar la tolerancia social como criterio rector de la adecuación social cultural. Así, *Exner* (2011), 133 ss., 168 ss.

civil alemán, introduciendo la práctica de la circuncisión ritual en el marco del derecho-función de la patria potestad. Esto es, el criterio jurídico de resolución del caso se desplazó, desde la insegura frontera entre la adecuación social cultural y la tolerancia, a la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho. Sin embargo, el debate doctrinal sobre este tema prosigue con posiciones encontradas (*cfr. infra* capítulo 21/113).

3.5. La tolerancia

3.5.1. La tolerancia social

La tolerancia social se distingue de la adecuación social. En efecto, esta 114
última determina que la conducta se integre en el ámbito de lo permitido. En cambio, la primera lleva a ubicarla en el marco de lo no sancionado. Así pues, la tolerancia social es la práctica, más o menos reflexiva, de renuncia a la imposición de sanciones sociales al responsable de una conducta cuyo contenido se desaprueba. Como se advierte, el concepto de tolerancia presupone el de ilicitud. En efecto, lo lícito no hace falta tolerarlo, porque es expresión de un espacio de libertad del agente, sino que hay que respetarlo.

3.5.2. La tolerancia jurídico-administrativa, jurídico-penal y del sujeto pasivo

La tolerancia jurídico-administrativa y la jurídico-penal, en tanto que prác- 115
ticas de renuncia a la imposición de sanciones administrativas o penales, pueden ser fácticas o normativas. En efecto, no siempre es fácil determinar si una conducta resulta jurídicamente tolerada o, sencillamente, no se persigue. A su vez, esto último puede deberse a que resulta difícil de perseguir, por realizarse en espacios íntimos o alejados de la presencia policial. En ocasiones, la tolerancia jurídico-penal y la jurídico-administrativa se ejercen a través del reconocimiento del principio procesal de oportunidad. Sin embargo, este principio se refiere a la persecución jurídica, no a la omisión de impedir el hecho ilícito en sí, cuando esto es todavía posible. En este último caso, no cabe descartar que la tolerancia administrativa o la jurídico-penal den lugar a responsabilidades penales de los funcionarios que la practiquen. Sin embargo, por otro lado, las situaciones fácticas de tolerancia pueden dar lugar a errores de los ciudadanos acerca de la licitud de una determinada conducta. A este respecto, hay que reiterar que el mero hecho de que una determinada práctica se encuentre extendida en una sociedad —o en un segmento social dado— carece de relevancia como eximente objetiva de responsabilidad. Así, el pretendido argumento justificante de que «todo el mundo lo hace» solo puede ser jurídicamente relevante en términos de fundamentar un posible error del agente —que sería vencible—.

La tolerancia no se mueve en el ámbito del injusto culpable, sino en el de 116
la aplicación o no de consecuencias punitivas. Existe tolerancia a los efectos

del Derecho penal cuando una clase de conducta típicamente antijurídica se repite y, no obstante, no se da una práctica reactiva. Entonces, aparece como un principio interpretativo del alcance de determinados tipos en contextos de divergencia de formas de vida. En términos generales, ello responde a razones de oportunidad, de modo que lo más razonable es ubicarlo en la categoría de la punibilidad. Es cierto que la tolerancia social de una conducta puede constituir la fase previa a su consideración como socialmente adecuada. Ahora bien, viceversa, también cabe que conforme un punto de tránsito desde la adecuación a la prohibición social. A este respecto, cabe pensar en la práctica —antes tolerada— de fumar en lugares cerrados. Por lo demás, hay conductas con respecto a las cuales la tolerancia se perpetúa sin que exista una explicación plenamente convincente de ello. Así sucede, por ejemplo, con las injurias proferidas en el contexto de espectáculos deportivos de masas; o, en otro ejemplo muy distinto, la asistencia a clase o al trabajo padeciendo una enfermedad de transmisión aérea, como la gripe, y sin mascarilla.

117 La tolerancia del sujeto pasivo de un delito debe distinguirse de su consentimiento en la lesión de sus bienes jurídicos. Básicamente debe identificarse con la renuncia a ejercer la legítima defensa o bien otras formas de autotutela, lo que en principio carece de repercusiones jurídicas. Por su parte, la «actuación por la propia cuenta y riesgo», a la que es común aludir en la manualística alemana, es distinta de la tolerancia[163] y resulta próxima a una autopuesta en peligro. Así pues, la actuación de un sujeto por su cuenta y riesgo es desde luego penalmente atípica. Sin embargo, además puede tener otros efectos. Entre ellos, la neutralización de la posición de garante de la administración pública o de algunos particulares, lo que da lugar a la exclusión de la responsabilidad civil o administrativa de los titulares de una fuente de peligro.

4. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA INTERRELACIÓN PERSONAL

4.1. Generalidades

118 Los tres criterios que rigen *ex ante* las relaciones interpersonales son: (i) el principio de separación de esferas o de neutralidad —que se vincula con el criterio *ex post* de la prohibición de regreso—; (ii) el principio de confianza; y (iii) el principio de desconfianza. Así, el primero de ellos rige en las relaciones interpersonales anónimas, mientras que los principios de confianza y de desconfianza se caracterizan por contemplar situaciones en las que el sujeto ostenta alguna posición de deber con respecto al actuar de los demás. Ahora bien, estos últimos principios —que tienen en común su contraposición con el de separación de esferas— también son distintos entre sí. En efecto, lo propio del espacio regido por el principio de desconfianza es que el sujeto ostenta una posición de garante que le obliga específicamente a cumplir un deber de vigilancia sobre terceros. Es decir, en primer lugar,

[163] En alemán, actuación «*auf eigene Gefahr*»; en inglés, «*assumption of risk*».

tiene que obtener información acerca de si determinados terceros obran de modo correcto o defectuoso. A continuación, si se da este segundo caso, tiene que corregir el defecto o informar a quien corresponda, para que a su vez lo corrija. En cambio, el principio de confianza excluye la incidencia de un deber de vigilancia, limitándose a exigir una reacción correctora en determinadas situaciones.

Así las cosas, en ciertos contextos, como la administración pública o las **119**
empresas, la interacción humana tiene lugar de un modo mediatizado por dos elementos determinantes. Estos son: (i) el elemento vertical de la jerarquía; y (ii) el horizontal de la división funcional del trabajo. Sobre su base puede afirmarse que, en la cadena vertical de mando, rige el principio de desconfianza del superior hacia el inferior. Por su parte, el plano horizontal puede regirse por el principio de separación de esferas o bien por el de confianza. El de separación de esferas rige de modo general las relaciones interpersonales anónimas. A su vez, se relaciona con otros dos conceptos muy difundidos en la dogmática de la teoría del delito. El primero de ellos es el de las conductas «neutras»; el segundo, el de la «prohibición de regreso». Sin embargo, todos ellos cuentan con excepciones. En cambio, el principio de confianza opera cuando varios sujetos emprenden la realización de una tarea común. Eso sucede, por ejemplo, en un trabajo en equipo, como el que es propio de los contextos médico-quirúrgicos. Sin embargo, también inspira la relación del inferior con el superior jerárquico (*cfr. infra* capítulo 21/46); o, en fin, la relación del distribuidor con respecto al fabricante, o la del cliente con respecto a su proveedor. Como se ha indicado, el mencionado principio da cuenta de una situación en la que concurre una posición de garante de contenido distinto del propio de las relaciones de desconfianza. Así, por un lado, excluye todo deber de vigilancia. Sin embargo, establece un deber de neutralización del peligro cuando se advierte que la persona en la que en principio se podía confiar obra de modo defectuoso.

4.2. La neutralidad de la conducta

4.2.1. El concepto de «neutralidad»

4.2.1.1. En la tradición del Derecho penal

La idea de que una conducta que favorece un hecho lesivo de un tercero **120**
no siempre genera responsabilidad para quien la realiza se encuentra ya en la literatura jurídico-penal de mediados del siglo XIX. En concreto, a propósito del caso del vendedor de cuchillos que despacha uno de ellos a un cliente que más tarde mata a un tercero con el arma.[164] Décadas después, a principios del siglo XX, el problema fue abordado por los tribunales alemanes, en relación

[164] *Robles Planas* (2003), 57; *Jahn/Ziemann*, FS Prittwitz, 2023, 250, aludiendo al precedente sentado ya por la obra del práctico austríaco Joseph Kitka (1840).

con la conducta del proveedor de víveres a un prostíbulo.[165] El problema afloró incluso, de nuevo, en el marco de los juicios de Núremberg, tras la II Guerra Mundial, a propósito del enjuiciamiento de las empresas alemanas que favorecieron los crímenes del nacionalsocialismo.[166] Con todo, únicamente en el último cuarto del siglo XX, de la mano de la obra de Jakobs,[167] se inició una discusión doctrinal constante que prosigue hasta nuestros días en todos los países de nuestra cultura jurídico-penal.

121 Las conductas denominadas neutrales o, mejor, neutras —también, «comportamientos estándar» o acciones cotidianas— no constituyen un riesgo típicamente desaprobado. En realidad, el fundamento de su irrelevancia típica es próximo al propio, respectivamente, del riesgo permitido o de la adecuación social. Por eso no es infrecuente que la doctrina se refiera a ellas aludiendo a la «adecuación profesional» de la conducta del agente, o denominándolas, directamente, «riesgos permitidos». Sin embargo, que exista proximidad entre unas y otras no significa que se identifiquen. En efecto, las conductas neutras no coinciden con los riesgos permitidos porque no cabe afirmar que estén expresamente permitidas, con las correspondientes condiciones, por el Derecho público o privado. Además, tampoco se identifican exactamente con las conductas socialmente adecuadas. En concreto, la neutralidad es una propiedad de la conducta del sujeto que ejerce una determinada profesión, u ostenta un determinado papel en la interacción social, siempre que se ajuste plenamente a los requisitos de ese ejercicio.

122 Lo característico de las conductas neutras es que lo que realiza el agente —de entrada— no está expresamente prohibido por el Derecho. En otras palabras, el sujeto se mueve en un espacio de libertad que algunos autores caracterizan como de «ausencia de deber de garante». Así, ciertos sectores doctrinales analizan la neutralidad de la conducta en el ámbito de las causas de justificación. En particular, en el ejercicio del derecho a ejercer la propia profesión o en el cumplimiento del deber de realizar una determinada prestación.[168] Sin embargo, en tal caso, la conducta no es neutra, sino que se halla específicamente permitida o incluso resulta obligatoria, calificaciones que se mueven en un plano de mayor especificación del hecho que el que es propio de la neutralidad. En efecto, quien realiza una conducta neutra y, por ello, obra atípicamente, no ejerce un derecho. En cambio, la conducta de quien actúa justificadamente constituye el ejercicio de un derecho, de modo que está amparada por un permiso fuerte y no por un mero permiso débil.

---

[165] En concreto, en la Sentencia del Tribunal del Imperio alemán de 14 de junio de 1906 («caso del burdel»). En esta se concluyó que proveer de pan y carne a un lupanar no es constitutivo de favorecimiento de la prostitución, pero sí lo es suministrar vino, en la medida en que excita las bajas pasiones.

[166] Por ejemplo, IG Farben —en el sector químico—, por la venta del gas «zyklon b», o Krupp —en el siderometalúrgico— por el suministro de acero.

[167] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 24/13.

[168] *Caro John/Polaino-Orts*, LH Morillas Cueva, I, 2018, 99 ss.

4.2.1.2. En otros sectores del Derecho

El concepto de la neutralidad de la conducta, aunque no se designe con esta expresión, existe también en otros sectores del Derecho. Así, por ejemplo, en el Derecho de la propiedad industrial se exime de responsabilidad al proveedor de bienes que sabe que, siendo aptos para usos no infractores, también pueden facilitar la infracción de derechos legalmente protegidos. Ahora bien, si el sujeto conoce que tales bienes están adaptados para un uso infractor, incurre en responsabilidad.[169] De forma bastante notoria, el problema se ha planteado con especial intensidad para los proveedores de servicios —en concreto, gestores de plataformas— de internet, a propósito de la vulneración de los derechos de autor, de los contenidos de «lenguaje del odio», así como en relación con la pornografía infantil; incluso respecto al favorecimiento del terrorismo.[170] La cuestión fundamental, todavía abierta, es si se les puede imponer deberes —de garante— de moderación y, en su caso, de remoción de contenidos y con qué alcance. 123

4.2.2. El contenido de la neutralidad

La calificación de neutralidad de una conducta implica que el sujeto que la realiza no tiene el deber jurídico de rechazar interacciones sociales,[171] en la medida en que dicho deber no se haya incorporado expresamente a la posición que ocupa en la vida social —vendedor, comprador, deudor, abogado, etcétera—. Así pues, en ese contexto, obra de modo neutro el sujeto que se atiene a lo propio de tal posición. Un sector doctrinal lo expresa señalando que actúa «conforme a su rol social» concreto. Sin embargo, esto es precisamente lo que hace comprensible que la determinación de la neutralidad de una conducta plantee problemas relevantes. Por un lado, porque no está claro que la actuación individual pueda enmarcarse siempre en posiciones sociales y jurídicas tan rígidamente cerradas como postula la doctrina del rol social. Por otro, porque tampoco es fácil determinar cuál es el preciso contenido de deberes asociados a cada rol social, ni la relación que guardan entre sí los diversos roles que se asignan a una persona.[172] Tan pronto como se entra en contextos novedosos de interacción, el problema se agudiza. 124

Los ejemplos del farmacéutico, el panadero, el transportista o el taxista, muy usados en las aulas universitarias, son bastante claros al respecto. Así, 125

---

[169] Con todo, el alcance de las responsabilidades del proveedor puede verse modificado siempre por la imposición de deberes especiales de control o la exigencia de sometimiento a un régimen de autorización. Esto lo que sucede, en particular, en el caso de los productos de «doble uso», civil y militar, que se pueden desviar a grupos terroristas o ser alcanzados por embargos internacionales. Por ejemplo, los microchips o, incluso, los satélites.

[170] Sobre esto último, en sentido negativo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en dos sentencias del 21 de mayo de 2023 (casos «*Reynaldo González et al. c. Google LLC*» y «*Twitter, Inc. c. Taamneh et al.*»).

[171] Es decir, en la terminología angloamericana, de la ausencia de deberes de «*gatekeeper*».

[172] *Vásquez Shimajuko*, LH Silva Sánchez, 2019, 405 ss.

se dice que el panadero no tiene por qué denegar la venta de un pan al cliente, aunque sepa que este lo va a utilizar para preparar un sándwich envenenado y matar a un tercero; o que el taxista no tiene por qué rechazar al pasajero, aunque sepa que en el punto de destino va a cometer un atraco.[173] Por lo tanto, si vende el bien o presta el servicio no realiza con ello una conducta delictiva. En realidad, la doctrina ya manejaba antes otros ejemplos. Así, por ejemplo, los tradicionales del empleado conocido como «botones», que lleva un documento de su jefe a un tercero, aunque sabe que contiene un mensaje fraudulento; o de la secretaria que mecanografía una carta dirigida por su jefe a otra persona, cuyo contenido injurioso advierte. Sin embargo, en otros supuestos las cosas no están tan claras. De hecho, por poner solo un ejemplo, en los últimos años se advierte la tendencia clara a intensificar los deberes en la cadena de suministro. Por un lado, los de los proveedores con respecto al uso que hacen sus clientes de los bienes que aquellos les suministran o de los servicios que les prestan. Por otro, los deberes de control de los clientes con respecto a las actividades de sus proveedores.

126 De todos modos, la proximidad de esta figura con la adecuación social y el riesgo permitido determina que existan claras similitudes en cuanto a las respectivas consecuencias jurídicas.[174] Así, lo común con aquellas es que una conducta puede ser atípica por neutralidad (i) pese a su virtualidad favorecedora de la producción —por uno mismo o por un tercero— de un resultado lesivo de un bien jurídico; y ello (ii) aunque el sujeto obre con conocimiento de tal virtualidad.[175] Ahora bien, la doctrina de las conductas neutras *ex ante* también muestra una estrecha relación con el principio de prohibición de regreso *ex post*.[176] En efecto, constituye una de las expresiones más claras del principio de separación de esferas en la interacción personal anónima, que se basa en la ausencia de deberes recíprocos de garante de control. Así, un agente no está obligado a renunciar a la realización de su propia conducta ni a corregir la conducta lesiva de un tercero que ha partido de aquella para la realización de un hecho delictivo. Con todo, por eso mismo, la doctrina de la intervención neutra resulta inaplicable en aquellas relaciones en las que rige el principio de desconfianza —y en las que, por ello, se impone un deber de vigilancia—. Por ejemplo, en las relaciones jerárquicas. Igualmente, tampoco cabe acogerla en aquellas relaciones en las que rige el principio de confianza —caracterizadas por un deber de corrección de conductas defectuosas ajenas, tan pronto como se dan indicios de realización de un hecho típico por un tercero—. Por ejemplo, en el trabajo en equipo.

---

[173] Corte Suprema del Perú. Ejecutoria del 7 de marzo de 2001.

[174] STS 34/2007, de 1 de febrero, recurriendo a la adecuación social; STS 157/2014, de 5 de marzo, aludiendo a que son actuaciones legales.

[175] Sin embargo, una crítica radical en *Kindhäuser* (2007), 77-81.

[176] *Caro John* (2007), 125 ss.

Según un consenso bastante generalizado, la percepción de los honorarios 127
de abogado en dinero procedente de hechos ilícitos es una conducta neutra.[177] Ahora bien, ello se admite solo en el caso de que tales honorarios se perciban en el contexto de una defensa jurídica procesal.[178] Por su parte, otro sector doctrinal ubica aquella percepción en el ámbito de la causa de justificación de ejercicio de un derecho de defensa. Desde luego, la conducta sería reputada típicamente antijurídica si los honorarios en dinero contaminado se reciben en el contexto de un asesoramiento profesional para la realización de inversiones con ese dinero ilícito. Con todo, existe una zona gris de casos intermedios. Por ejemplo, aquellos en los que se reciben fondos de origen ilícito como honorarios por la realización de conductas profesionales que no tienen que ver con la defensa penal, pero tampoco con conductas calificables directamente de cooperación en el blanqueo.

4.2.3. El estado de la discusión

4.2.3.1. Los espacios de consenso

Existe un amplio consenso positivo en cuanto a que la realización de actos 128
estandarizados propios de una profesión o posición social determina la atipicidad de la conducta, aunque el sujeto advierta, en los términos de la previsión propia de la imprudencia consciente, la probabilidad de la producción de un resultado lesivo. Más aún, aparentemente el consenso mayoritario abarca los casos en los que el sujeto realiza su conducta con la representación de probabilidad propia del dolo eventual. Por tanto, la neutralidad determina que no exista ni el deber de abstenerse de realizar dicha conducta, ni el de efectuar mayores investigaciones al respecto. En definitiva, la doctrina de las conductas neutras se muestra como una teoría sobre los límites de la intervención típica.[179] Con todo, es cierto que mayoritariamente se añade que lo anterior debe concurrir con un cierto alejamiento temporal de la conducta del sujeto con respecto a la ejecución típica. Luego se verá el sentido de esta exigencia adicional.

4.2.3.2. El disenso

El consenso de la doctrina va disminuyendo hasta cesar en contextos que 129
adquieren una configuración especial por razones (i) de concreción del riesgo; (ii) de los bienes jurídicos afectados; o (iii) del criterio de imputación subjetiva.[180] Así, en la primera línea, un sector sostiene que no cabe hablar

---

[177] *Ragués i Vallès* (2003), 127 ss.; *Sánchez-Vera*, InDret 1/2008, 1 ss.

[178] Así el Acuerdo Plenario de 16 de noviembre de 2010 de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

[179] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 24/13 ss.; *Frisch* (1988), 295 ss.; *Roxin*, FS Miyazawa, 1995, 512 ss.; *Feijóo Sánchez* (1999), 59 ss.; *Robles Planas* (2003), 24 ss.; *el mismo* (2003 b), 275 ss.; *el mismo* (2013), 439 ss. En contra, *Kindhäuser*, ADPCP 2006, 74.

[180] Exposición en *Roca Agapito* (2013), 250 ss., 305 ss.; *de la Cuerda Martín* (2023).

de neutralidad cuando se da una situación de riesgo inminente para un bien jurídico —un estado de necesidad para los bienes jurídicos—.[181] En la segunda, se subraya que ello vale de modo cualificado si se trata de un riesgo inminente para bienes jurídicos intrínsecos.[182] En la tercera línea, se afirma de modo mayoritario que la conducta deja de ser neutra cuando el sujeto actúa con conocimiento seguro —o, en términos procesales, con conocimiento de una probabilidad rayana en la seguridad— de que su conducta dará lugar a la producción del resultado típico.[183] En efecto, la doctrina dominante, que defiende una concepción objetivo-subjetiva de la neutralidad, rechaza que en tales casos la conducta pueda reputarse neutra.[184] En otras palabras, entiende que ahí surge un deber de abstenerse de interactuar o, alternativamente, de evitar el resultado. En cambio, la concepción objetivista de las conductas neutras —minoritaria— sostiene que incluso en este caso existe atipicidad.[185]

4.2.4. El límite absoluto

4.2.4.1. El riesgo concreto para bienes intrínsecos

130 Ninguna conducta puede calificarse como neutra cuando se ve asociada de modo inminente a la lesión de un bien jurídico intrínseco —vida o integridad física y moral—. Así, un ferretero no puede vender lícitamente una pala a quien se la quiere comprar para intervenir más contundentemente en la riña que tiene lugar justo delante de la ferretería. En ese contexto —ya ejecutivo y no meramente preparatorio— existe el deber de abstenerse de interactuar o, en todo caso, de evitar el resultado.[186] La argumentación en este grupo de casos debe discurrir de modo paralelo a la que se ha desarrollado a propósito del riesgo permitido. En efecto, en los supuestos en los que un bien jurídico intrínseco se encuentra en peligro concreto, grave e inminente, el deber de protección positiva del Estado con respecto a aquel conduce a excluir la neutralidad de la conducta. Por lo tanto, no es neutra la conducta del camarero con conocimientos de botánica que a sabiendas sirve una ensalada tóxica a un comensal, aunque a él no le paguen por el control de calidad del plato, sino solo por llevarlo de la cocina a la mesa. Igualmente, tampoco lo es la del transportista de la empresa farmacéutica que, a sabiendas, lleva un medicamento envene-

---

[181] *Frisch* (2012), 107.

[182] *Silva Sánchez* (2022), 153 ss.

[183] Así, la jurisprudencia española: SSTS 1300/2009, de 23 de diciembre; 974/2012, de 5 de diciembre; 942/2013, de 11 de diciembre; 487/2014, de 9 de junio. Sin embargo, la STS 185/2005, de 21 de febrero, apreció una conducta neutra en el «caso de la lavandera», absolviendo del delito de colaboración con banda armada a la persona que lavaba y planchaba la ropa de una persona secuestrada. El caso es comentado por *Miró Llinares* (2010), 257 ss.; y *Blanco Cordero* (2011), 855 ss.

[184] *Roxin*, FS Miyazawa, 1995, 513 ss., 515-516; *Rueda Martín* (2001), 344 ss.; *la misma*, RP 9 (2002), 133.

[185] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 24/13 ss. Exposición y crítica en *Roca Agapito* (2013), 159 ss., 204 ss.; *de la Cuerda Martín* (2023).

[186] Ya el propio *Jakobs* (1996), 131 ss., 164. Crítico, *Robles Planas* (2007), 84 ss.

nado al paciente que lo va a ingerir inmediatamente. Ciertamente, la situación de riesgo inminente para bienes intrínsecos constituye un criterio decisivo de atribución de sentido a la conducta, incluso en el contexto general de acciones estandarizadas. Ello responde a la naturaleza no distribuible ni compensable de la lesión; pero esto, en última instancia, se reconduce a la posición singular de la persona y sus bienes en el conjunto del ordenamiento jurídico.

4.2.4.2. Las razones de la doctrina estandarizadora

131 La variante objetivista-estandarizadora de la doctrina de las conductas neutras admite que el sujeto, en los casos en los que propone que quede exento de responsabilidad por su intervención activa, responda, de todos modos, por la infracción de deberes positivos. Ello, obviamente, en la medida concreta en que estos últimos existan en un determinado ordenamiento legal —por ejemplo, del deber de socorro o del deber de impedir determinados delitos (arts. 195 y 450 CP español)—. En puridad, se afirma que en estos casos debe ser apreciada una combinación de la causalidad —por la injerencia activa— y de la concurrencia de deberes positivos, lo que determina que el agente infrinja un deber de organización débil o un deber de solidaridad cualificada (*cfr. supra* capítulo 8/88; *infra* capítulo 11/21). Sin embargo, ello no es convincente porque fragmenta de modo artificioso una conducta que muestra unidad en sí. En efecto, en tales casos no se da un actuar precedente neutro seguido de una omisión. Lo que sucede es que se crea a sabiendas un riesgo inminente para la vida o la salud personales. Por tanto, aunque se entendiera que el deber que infringe el sujeto es positivo —no lo es—, se trataría de un deber que aquel ha asumido previamente con una autovinculación plena (*cfr. infra* capítulo 11/20). Por lo tanto, resulta inadecuado postular para estos casos solo una infracción cualificada del deber de socorro. Además, aunque tal apreciación fuera conceptualmente correcta, las legislaciones no son tan sutiles como para contemplar todas las variantes de estos supuestos de modo expreso. Incluso cuando lo hacen, ello tiene lugar con una pena axiológicamente inadecuada. En definitiva, la propuesta más razonable es la que sostiene que en estos casos se realiza el tipo de delito de resultado de lesión.

4.2.4.3. La generalización

132 En realidad, la cuestión es si el juicio emitido con respecto a los riesgos concretos para bienes intrínsecos se puede generalizar en el caso de peligros concretos para otros bienes jurídicos; y ciertamente existen serias razones para ello. En efecto, el fundamento teleológico de la doctrina de las «conductas neutras» es que los bienes y servicios que presta el sujeto son *ex ante* susceptibles de un «doble uso». En ese contexto, en aras de la libertad de acción y para evitar la paralización de las actividades económicas, se excluye la existencia de deberes especiales de vigilancia del tráfico. Ahora bien, las cosas son distintas en otros grupos de casos. Así, en aquel (i), en el que, desde una perspectiva

intersubjetiva *ex ante*, el bien o servicio prestado en una situación concreta ya no puede concebirse como susceptible de doble uso, sino solo de un uso ilícito. En este grupo de casos la conducta ya no puede ser reputada neutra. En efecto, la cuestión que hay que resolver aquí es la del criterio de atribución de sentido a una acción. Pues bien, ello obliga a considerar la descripción de la conducta en su contexto concreto,[187] y no solo de modo abstracto-estandarizado. En los casos en los que la conducta solo tiene *ex ante* un destino delictivo, aquella se halla intersubjetivamente desaprobada. Por lo tanto, el problema es la imputación subjetiva a quien la realiza —a título de dolo o imprudencia—.

133 El problema subsiste en el grupo de casos (ii) en el que, según el juicio del espectador intersubjetivo *ex ante*, la conducta sigue siendo neutra —el bien o servicio parece susceptible de un uso dual—. Por su parte, el sujeto activo, en virtud de la posesión de conocimientos especiales, advierte que el uso va a ser ilícito. En este caso, lo decisivo es qué características tiene esa «advertencia», pero debe quedar claro que ello no es una cuestión de imputación subjetiva.[188] Por el contrario, afecta previamente a la repercusión de los conocimientos especiales del sujeto activo en el significado intersubjetivo de su conducta, que se integra en el juicio de desaprobación de esta última. Desde luego, la posesión de un conocimiento seguro sobre el carácter inminentemente lesivo de la propia conducta modifica radicalmente el significado típico de tal conducta. En cambio, ello puede relativizarse en los casos en que el conocimiento del sujeto es más especulativo, siempre por razones de favorecimiento de la libertad de acción de los individuos. Como se advierte, normalmente la posesión de ese conocimiento seguro se relaciona con algunas de las situaciones de riesgo inminente —aunque no con todas—; en cambio, normalmente no concurre en casos en los que el riesgo es indirecto o mediato. Así las cosas, la concurrencia de un riesgo inminente e inmediato de lesión de un bien jurídico asociado a la realización de la propia conducta, si el sujeto posee el conocimiento especial seguro de que ello es así, determina que aquella, aunque sea una conducta profesional, pierda la condición de neutra. Con todo, cabe que dicha conducta no sea típica por otras razones derivadas de la estructura del tipo y de sus exigencias de significado.

4.2.5. La pérdida de la neutralidad

4.2.5.1. Las diversas situaciones

4.2.5.1.1. La reorganización de la propia posición jurídica

134 La conducta de un determinado sujeto puede dejar de ser neutra también: (i) en virtud de las redefiniciones de su posición jurídica debidas a actos pro-

---

[187] *Pérez Manzano*, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 819; *Schurmann Opazo*, RChD 47 (2020), 261 ss.; *Villar*, FS Sancinetti, 2020, 727 ss.

[188] En este punto diferentes, pues trasladan la cuestión al dolo, *Roxin*, AT, II, 2003, 26/218 ss.; *Landa Gorostiza* (2001), 236 ss.; *Kudlich* (2004), 171 ss.; *Roca Agapito* (2013), 349 ss.

pios de organización; e igualmente (ii) cuando a dicho sujeto se le imponen deberes de control sobre el destino ulterior de los bienes que vende o de los servicios que presta. En cuanto a lo primero, cabe que los actos de reorganización sean de dos clases. Así, pueden consistir en una reorganización jurídica de la propia esfera de libertad mediante la asunción de funciones en virtud de un contrato verbal o escrito. Ello determina la consiguiente ampliación de la esfera de deberes. Por otro lado, pueden concretarse en que el sujeto no se mantenga en los estrictos límites de la posición jurídica que ostenta. Por ejemplo, si se injiere indebidamente en la esfera de otro o readapta su comportamiento a las características de la *conducta delictiva* concreta de un tercero.[189] Esta última adaptación fáctica o informal —que algunos denominan «solidarización con el injusto ajeno»— constituye asimismo una injerencia que conlleva la reconfiguración de su esfera de deberes en términos más amplios. Con todo, no siempre es fácil determinar si una conducta ha perdido su neutralidad en virtud de su adaptación a la *conducta delictiva* de otro. Un indicador fáctico de ello —o un indicio, en el sentido procesal de la expresión— puede venir dado por la expectativa de obtención de ventajas materiales o morales, o bien de elusión de desventajas, por parte del sujeto la neutralidad de cuya conducta se discute.

4.2.5.1.2. La concurrencia de deberes especiales

El espacio de las conductas neutras de intervención disminuye en la medi- 135
da en que las reglas y principios de la interacción personal asocian deberes especiales de garante a determinadas posiciones jurídicas. En efecto, si bien es cierto que los roles sociales preexistentes determinan las regulaciones jurídicas, a su vez estas últimas co-constituyen o modifican aquellos roles. Sin embargo, existe discusión acerca de cómo concretar esta idea. Un punto de discordia viene dado por los denominados «deberes de cuidado especial». Estos tienen por objeto, de modo no discutido, el cuidado sobre objetos específicamente peligrosos, como es propio de la venta de armas. Ahora bien, según una posición doctrinal,[190] el «deber especial de cuidado» alcanza también: (i) a la venta de objetos de uso múltiple; cuando (ii) el vendedor se representa que alguien se halla dispuesto a hacer un uso lesivo de ellos. Como se advierte, esta opinión es claramente distinta de la que se defiende aquí. En concreto (a) no exige que el bien que se entrega o el servicio que se presta se muestren ya como exclusivamente de uso ilícito; (b) ni que exista un riesgo concreto e inminente para bienes jurídicos; (c) ni que el sujeto disponga de conocimientos especiales que le hagan advertirlo con seguridad, sino que basta con una

---

[189] Ya *Merkel*, PG, s/f, 162: tras aludir a las conductas realizadas en riesgo permitido, añade que las conductas realizadas en «connivencia criminal o con el fin de prestar apoyo o auxilio para la ejecución de una empresa criminal no pueden nunca ser consideradas como pertenecientes a las operaciones ordinarias de la respectiva profesión o industria».

[190] *Puppe* (2003), 218 ss.

cierta previsión. De este modo, tal posición elimina la mayoría de los efectos prácticos propios de la doctrina de las conductas neutras. En efecto, la transforma en los términos del principio de confianza e incluso —a propósito de los objetos específicamente peligrosos— en los del deber de vigilancia. Así, concluye que a todos los sujetos se les imponen deberes de garante en relación con cualquier aportación suya que pueda insertarse en un contexto delictivo.

136 Por otro lado, la evolución de la legislación está determinando que muchas posiciones sociales hayan visto modificado su contenido al asociárseles deberes de garante de control de terceros. El ejemplo más relevante de este fenómeno en ascenso ha venido dado por la legislación en materia de blanqueo de activos. Como es sabido, esta ha impuesto a profesionales de todos los sectores deberes de rechazar determinadas interacciones, así como de colaboración con las agencias de prevención del blanqueo. Así, de modo general, la cultura del cumplimiento normativo y, en concreto, la referida al control del cumplimiento de terceros, ha determinado la pérdida de neutralidad de muchas conductas. Por su parte, la imposición de deberes de control e información relativos a terceros conlleva, naturalmente, la atribución de facultades positivas o negativas en relación con ellos. Así, esta última constituye un indicador de la pérdida de neutralidad del propio obrar.

137 Los espacios de neutralidad pueden menguar mediante una mayor regulación administrativa de una profesión o actividad, igual que hipotéticamente podrían aumentar por la vía de la desregulación. La mayor regulación redundará en su integración en espacios de riesgo permitido —permisión expresa— o bien de prohibición jurídica. Esto último es lo que sucede cuando el ejercicio lícito de una determinada profesión se asocia al cumplimiento de determinados deberes de supervisión sobre terceros, o de colaboración con la administración. La cuestión problemática de si la infracción de estos deberes debe dar lugar a una intervención punible en el delito cometido por el tercero no supervisado o a un delito especialmente tipificado de infracción de deberes especiales es aquí secundaria. En efecto, lo decisivo es que la conducta deja de ser neutra para ser desaprobada —típica por una o por otra vía e incluso sin estar tipificada—. La discusión actual sobre la posición de los gestores de las redes sociales, así como de otras plataformas digitales, es aquí ilustrativa.[191]

4.2.5.1.3. La posición de deber y la relevancia de prescindir de los conocimientos especiales

138 Como se ha indicado, las capacidades y conocimientos especiales influyen sobre el contenido de significado de la conducta. Sin embargo, en ocasiones cabe que el sujeto que no hace uso de tales conocimientos y capacidades no incurra en desaprobación alguna. Un caso límite especialmente interesante es el del juez, que no solo no puede hacer uso de sus conocimientos espe-

[191] *Zieschang*, GA 2020, 57 ss.; *Kusche*, FS Sancinetti, 2020, 530 ss.

ciales, sino que tiene precisamente prohibido recurrir a tales conocimientos extraprocesales a la hora de ejercer sus funciones.[192] En efecto, la posición jurídica del juez determina, precisamente que este, si al juzgar se guía por sus conocimientos especiales, prevarique; y que, en cambio, si prescinde de ellos, obre conforme a Derecho. La determinación de si en una determinada profesión es obligatorio atender a los propios conocimientos especiales o, por el contrario, ello está prohibido hace preciso analizar cuál es el contenido de cada posición jurídica y el de las relaciones constituidas por el Derecho público y el Derecho privado en cada caso.[193]

4.3. La prohibición de regreso

La prohibición de regreso (o de retroceso) [194] es un criterio *ex post* que 139
guarda relación con el juicio de neutralidad *ex ante* de una conducta. En efecto, este último concepto contempla la conducta de un sujeto en sí misma; en cambio, la doctrina de la prohibición de regreso la contempla desde la perspectiva de quien interviene con posterioridad a aquel. Así, con base en tal prohibición se afirma que, una vez que se ha apreciado la realización de una conducta autorresponsable y dolosa por parte de un sujeto, no procede retrotraerse en busca de otras conductas previas a aquella, sino que estas últimas son impunes. En realidad, la noción de prohibición de retroceso fue ideada por Reinhard von Frank (1860-1934) para hacer frente al riesgo de un *regressus ad infinitum* que era propio de la doctrina de la equivalencia de las condiciones y del principio, vinculado a ella, de *causa causae causa causati* (*est*) (*cfr. infra* capítulo 14/32). Así, sostuvo que no son «causa en sentido fuerte» las condiciones previas de una condición que se dirige a la producción de un resultado de modo libre y consciente —doloso y culpable—.[195] Por lo tanto, aquellas otras solo pueden dar lugar, en su caso, a participación, es decir, ser «condiciones» en sentido laxo del resultado.

En su reconfiguración moderna,[196] esta idea se acoge básicamente en el 140
ámbito sistemático de la creación de un riesgo jurídico-penalmente relevante para casos de pluralidad de intervinientes en un hecho.[197] De este modo, contribuye también a delimitar el propio círculo de sujetos intervinientes. Este extremo se observa al considerar cuáles son sus excepciones, es decir, los casos en que la conducta de un sujeto puede ser desaprobada pese a que, tras ella, tenga lugar la intervención autorresponsable de un tercero. En primer

---

[192] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, II-II, c. 60, a. 6.; c. 64, a. 6; c. 67, a. 1, a. 2; *Silva Sánchez* (2015), 171 ss.

[193] *Vacchelli*, InDret 4/2017, 1 ss.

[194] En el original alemán: «*Regreßverbot*». La traducción como «prohibición de regreso» no es la mejor posible, de modo que quizá fuera preferible la denominación «prohibición de retroceso».

[195] *Caro John* (2007), 28 ss.

[196] Ya *Naucke*, ZStW 76 (1964), 409 ss.

[197] *Diel* (1997), 30, 132.

lugar, desde luego, la doctrina de la prohibición de regreso (i) no exime de responsabilidad a quienes se encuentran en posición de garante con respecto a la conducta de un tercero autorresponsable. Por ejemplo, en virtud de un deber de vigilancia derivada de una relación de superioridad jerárquica o de la realización de una conducta de injerencia —así, la venta de armas—.[198] Igualmente, la prohibición de regreso (ii) no determina la impunidad de conductas previas que se hallen relacionadas con la del tercero autorresponsable a título de autoría mediata, coautoría, inducción o cooperación.[199] En efecto, en todos estos casos existe un título que prevalece sobre la autorresponsabilidad del agente directo o que se vincula a esta, en virtud de la teoría de la intervención delictiva.[200]

141 Así las cosas, el principal objeto de discusión en relación con la prohibición de regreso es la posibilidad de que la conducta del primer agente constituya una participación imprudente en el hecho doloso posterior de un tercero o bien una autoría paralela a la de este último. En este punto se advierte la conexión de esta doctrina con la de las conductas neutras. En efecto, en cuanto a la conducta del primer agente hay que distinguir si es una conducta neutra o no. La realización de una conducta neutra, aunque el agente se represente la posibilidad de que aquel con quien interactúa vaya a realizar una *conducta delictiva* dolosa, no conduce a responsabilidad.[201] En cambio, la realización de una conducta imprudente en un contexto no neutral, en el que rigen los criterios generales de desaprobación, sí da lugar a responsabilidad, aunque después tenga lugar la realización de una conducta dolosa por parte de un tercero. Por ejemplo, responde penalmente quien imprudentemente deja una escopeta cargada al alcance de un tercero, que luego la utiliza para matar dolosamente a otro (*cfr. infra* capítulo 17/95).

4.4. El principio de confianza

142 El «principio de confianza» rige la interrelación de una pluralidad de sujetos entre los que existe una cierta división del trabajo.[202] Su punto de partida, desde sus orígenes en el Derecho del tráfico rodado, es la existencia de una posición de garante cuyo contenido es la corrección del comportamiento defectuoso de terceros. En efecto, esto es lo que le distingue del principio de separación de esferas, que rige la generalidad de las relaciones horizontales anónimas. Así, el principio de confianza opera en relaciones horizontales de coordinación estrecha, en las que no es aplicable la mencionada separación. En concreto, por ejemplo, en el proceso de producción, distribución y venta

---

[198] *Jakobs* (1997), 260 ss.; *el mismo* (1997), 209 ss.; *García Cavero*, LH Jakobs, 2008, 381 ss.

[199] Próximo, *Caro John* (2007), 154 ss.

[200] *Renzikowski* (1997), 72 ss., 151 ss.; *Maraver Gómez* (2009), 258 ss.

[201] *Caro John*, LH Jakobs, 2008, 285 ss.

[202] *Feijóo Sánchez*, RDPC extra-1 (2000), 93 ss., 113 ss.; *Maraver Gómez* (2009); *Bautista Pizarro* (2017), 26-27; *Pantaleón Díaz* (2022), 135 ss.

de bienes y servicios; o en el trabajo en equipo, singularmente en la actividad médico-quirúrgica, pero también en la prestación de servicios de asesoramiento. Ahora bien, la posición de garante propia del principio de confianza tiene un alcance limitado. En efecto, su limitación viene dada por el hecho de que permite partir de que los demás se comportarán correctamente.[203] Por lo tanto, el deber de actuar solo se activa cuando se ha advertido que el otro sujeto ha empezado a actuar de modo incorrecto.[204] Precisamente, esto es lo que le diferencia del principio de desconfianza, que genera un deber permanente de vigilancia. Así, las relaciones jerárquicas, desde la perspectiva del superior, se rigen normalmente por el principio de desconfianza. Con todo, existen excepciones en los casos en que un inferior posee una capacitación técnica mayor que la del superior, lo que debe dar lugar a apreciar una relación de confianza. En cambio, las mismas relaciones verticales, desde la perspectiva del subordinado, están regidas por el principio de confianza, que es la otra cara del deber de obediencia.

143 De conformidad con lo anterior, es común formular el principio de confianza indicando que «quien obra correctamente puede partir de que los demás lo harán también, salvo que tenga indicios de lo contrario». A este respecto, sin embargo, el requisito más polémico es el inicial. Es decir, si, para moverse en el marco de la vigencia del principio de confianza, es preciso que el sujeto se haya comportado de forma correcta en todo momento, de tal modo que el que obra incorrectamente no puede alegar que confiaba en un tercero.[205] Este problema se relaciona con la noción de neutralidad, de modo que, en cierta medida, es una cuestión de perspectiva. En efecto, el principio de separación de esferas o de prohibición de regreso deja de operar cuando el sujeto ostenta una posición de garante. Pues bien, un actuar precedente peligroso —una actuación incorrecta— puede generar una excepción a su aplicación. Sin embargo, eso no determina que se responda por lo que hace otro, sino que obliga a neutralizar la propia contribución. Es decir, en su caso se pasa a responder por lo que realiza uno mismo.

5. EL RIESGO GENERAL DE LA VIDA

144 La doctrina afirma de forma pacífica que las conductas cuya realización comporta, por sí solas o en combinación con otras, un riesgo general de la vida o un riesgo ubicuo son asimismo atípicas. En efecto, el normal desarrollo de la vida en sociedad determina la inevitable exposición a riesgos de origen humano. Entre tales riesgos se han mencionado ya los socialmente adecua-

---

[203] Próximo, pero no coincidente, *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 7/51 ss.; *Castaldo* (1992), 56-57.

[204] La STS 1193/2010, de 24 de febrero de 2011, rechaza que el abogado que va a ejercer la acusación particular pueda esgrimir la neutralidad, incluso que pueda alegar el principio de confianza en cuanto a la veracidad de lo que le comunica el cliente, cuando existen elementos sobrados que la desmienten y ninguno que la avale.

[205] *Jakobs* (1996), 94 ss., 131 ss., 173 ss. Crítico, *Castaldo*, RIDPP 1987, 921 n. 133.

dos, los permitidos y aquellos con respecto a los cuales el sujeto se comporta de modo neutro. Aparentemente, el riesgo general de la vida no añade a los anteriores un ámbito específico adicional, sino que, en todo caso, deriva de posibles combinaciones entre ellos. Una variante del riesgo general de la vida es el denominado riesgo estructural o sistémico.[206] Este «*topos*», propio de la sociedad del riesgo, se relaciona con la acumulación de conductas que redunda en la producción de una crisis climática o financiera. En efecto, tal acumulación no se puede prohibir, sino solo gestionar.

145 Así pues, un riesgo general de la vida es, por ejemplo, el riesgo general para la salud derivado de la acumulación de actos singulares contaminantes realizados en la industria y en la circulación de vehículos. Este no es otra cosa que el producto de la combinación de varios riesgos permitidos. Otro tanto ocurre con el riesgo de contagio en el ámbito hospitalario —por ejemplo, por las bacterias resistentes a los antibióticos— o incluso con el «riesgo patrimonial por contacto negocial». También aquí se produce una combinación de riesgos socialmente adecuados y de riesgos permitidos. Por tanto, el llamado riesgo general de la vida para un sujeto pasivo es la otra cara de la moneda del riesgo permitido o socialmente adecuado para un sujeto activo o una pluralidad de estos. Cuando un riesgo determinado pasa a estar permitido para quien lo genera, dicho riesgo se convierte, para aquellos a quienes puede afectar, en un riesgo general de la vida social. Por tanto, a mayores espacios de riesgo permitido, mayor ampliación experimenta también el riesgo general de la vida, y viceversa.

146 Adicionalmente, cabe que el riesgo general de la vida resulte de la combinación de conductas individuales cada una de las cuales, contemplada aisladamente, ni siquiera es un riesgo. En efecto, cuando se produce un resultado lesivo cabe que este constituya un caso fortuito desde la perspectiva individual del agente, pero no desde la perspectiva colectiva. Esta es posiblemente la diferencia fundamental entre el caso fortuito en sentido estricto y el riesgo general de la vida. Así, el caso fortuito *stricto sensu* es imprevisible. En cambio, los resultados derivados del riesgo general de la vida son perfectamente previsibles, aunque no en el caso singular de quien actúa. Lo que ocurre es que se muestran inevitables, salvo que se prohíba la interacción social en cuyo marco surgen. Tal prohibición, sin embargo, queda excluida *a priori*. El sujeto pasivo del riesgo general de la vida no tiene otra opción que soportarlo o abstenerse de la interacción social. En todo caso, sufre una restricción de su libertad.[207]

---

[206] *Stella* (2003), 112; *Paredes Castañón* (2003), 91 ss.

[207] *Seelmann* (2002), 20 ss.

Capítulo 11

LA TIPICIDAD *EX ANTE* (II) LA CONDUCTA DESAPROBADA DE OMISIÓN LA COMISIÓN POR OMISIÓN LA INTERRUPCIÓN DE CURSOS SALVADORES

Bibliografía seleccionada: *Alonso Álamo*, Delito y solidaridad, RP 40 (2017), 5; *la misma*, Derecho penal y solidaridad, LH Mir Puig, 2017, 253; *Alcácer Guirao*, Autonomía, solidaridad y deber de socorro, ADPCP 2000, 361; *el mismo*, Límites al deber de socorro, RGDP 26 (2016), 1; *Alexander*, Criminal Liability for Omissions: An Inventory of Issues, en: Shute/Simester (eds.), Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part, 2002, 121; *Ashworth*, Positive Obligations in Criminal Law, 2013; *Ast*, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, 2010; *Bacigalupo*, Conducta precedente y posición de garante en el Derecho penal, ADPCP 1970, 35; *el mismo*, Delitos impropios de omisión, 2006; *von Bar*, Gesetz und Schuld im Strafrecht, II, 1907; *Bayón*, Causalidad, consecuencialismo y deontologismo, Doxa 6 (1989), 461; *Benditt*, Liability for failing to rescue, L&Ph 1 (1982), 391; *Bermejo/Palermo*, La intervención delictiva del compliance officer, en: Kuhlen *et al.* (eds.), Compliance y teoría del Derecho Penal, 2013, 171; *Beulke*, Pflichtenkollisionen bei § 323 c StGB, FS Küper, 2007, 1; *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, 3, 1905; *Binding*, Der neue österreichische Entwurf eines Strafgesetzes, Grünhuts Zeitschrift 2 (1875), 661; *Birnbacher*, Tun und Unterlassen, 2015; *Bolea Bardon*, Posiciones de garante frente al acoso escolar, InDret 4/2017, 1; *Bottini*, Crimes de omissão imprópria, 2018; *Bottke*, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, 1992; *el mismo*, Pflichtwidrigkeit: das Täterschaftskriterium unechter Unterlassungsdelikte?, FS Rudolphi, 2004, 15; *Bung*, Sichtbare und unsichtbare Handlungen. Moralphilosophische und strafrechtliche Überlegungen zum Problem des Unterlassens, ZStW 120 (2008), 526; *Bustos Rubio*, Limitación de mandato en los delitos de omisión propia, CPC 112 (2014), 95; *Cadoppi*, Il reato omissivo proprio, 1988; *el mismo*, Omissione, liberalismo e paternalismo. Il caso dell'omissione di soccorso, LH Romano, 2011, 1311; *Carbonell Mateu*, La equivalencia significativa en la comisión por omisión, LH Octavio de Toledo, 2016, 37; *Castillo Morales*, ¿Es compatible la noción de solidaridad vertical con un Derecho penal humano? El personalismo y la idea de fraternidad, Doxa 45 (2022), 131; *Coca Vila*, La colisión de deberes en Derecho penal, 2016; *el mismo*, Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial, RECPC 2017, 1; *el mismo*, La justificación penal de la desconexión letal de aparatos médicos, RP 49 (2022), 7; *von Coelln*, Das rechtliche Einstehenmüssen beim unechten Unterlassungsdelikt, 2008; *Coninx*, Das Solidaritätsprinzip, 2012; *Contesse*, La omisión impropia como hecho punible, en: Ambos *et al.* (eds.), Reformas Penales, 2017, 11; *Cuadrado Ruiz*, La comisión por omisión como problema dogmático, ADPCP 1997, 387; *Cuello Contreras*, Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito, InDret 1/2011, 1; *el mismo*, Competencia y acción como fundamentos de la responsabilidad por omisión impropia, LH Díez Ripollés, 2023, 771; *Cuerda Arnau*, Límites constitucionales de la comisión por omisión, LH Vives Antón, I, 2009, 415; *la misma*, Criterios de imputación de la comisión por omisión, RDP 2010, 357; *la misma*, La omisión y las obligaciones legales de los titulares o encargados de la guarda de animales, LH Luzón Peña,

I, 2020, 573; *Cuerda Riezu*, Hechos omisivos y causas de justificación. En particular, la colisión de deberes, LH Roxin, 1994, 51; *Cushman/Murray/Gordon-McKeon/Wharton/Greene*, Judgement Before Principle: Engagement of the Frontoparietal Control Network in Condemning Harms of Omission, Social Cognitive and Affective Neuroscience 7 (2012), 888; *Davis*, How Much Punishment Does a Bad Samaritan Deserve?, L&Ph 15 (1996), 93; *Dopico Gómez-Aller*, Omisión de socorro tras accidente fortuito: la imputación de sucesos lesivos a conductas lícitas, ADPCP 2002, 235; *el mismo*, Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 CP como cláusula interpretativa auténtica, RDPC n.º extr. 2 (2004), 279; *el mismo*, Omisión e injerencia en Derecho penal, 2006; *el mismo*, Caso del cobertizo, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 237; *el mismo*, Posición de garante del compliance officer por infracción del deber de control, en: Arroyo/Nieto (eds.), El derecho penal económico en la era compliance, 2013, 165; *el mismo*, ¿Posición de garante derivada de legítima defensa? La paradoja de Rudolphi, InDret 4/2018, 1; *el mismo*, Omisión de impedir delitos y accesoriedad respecto del delito no impedido, LH Arroyo Zapatero, 1, 2021, 161; *Dressler*, Some Brief Thoughts (Mostly Negative) About «Bad Samaritan» Laws, Santa Clara L. R. 40 (2000), 971; *Estrada Cuadras*, Sobre la marginación político-criminal de la solidaridad, ADPCP 2020, 523; *Etcheberry*, ¿Hacia el fin de los delitos de comisión por omisión?, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 879; *Feinberg*, Harm to Others, 1986; *G. Fernández*, El intento interrumpido de cumplir el mandato, LH Mir Puig, 2017, 551; *el mismo*, Sobre la omissio libera in causa, LH Künsemüller, 2023, 489; *Ferzan*, Omissions, Acts, and the Duty to Rescue, en: Nelkin/Rickless (eds.), The Ethics and Law of Omissions, 2017, 217; *Fiandaca*, Il reato commissivo mediante omissione, 1979; *Figueroa Rubio*, Relaciones jurídicas dinámicas entre necesitados e intolerantes, Discusiones 18 (2016), 209; *Forero Ramírez*, El delito de omisión en el nuevo Código penal, 2002; *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992; *el mismo*, Tatbestandsverwirklichungen durch Tun und Unterlassen — Zur gesetzlichen Regelung begehungsgleichen Unterlassens und anderer Fälle der Tatbestandsverwirklichung im Allgemeinen Teil des StGB, FS Herzberg, 2008, 225; *el mismo*, Jakobs und die Unterlassungsdelikte, en: Strafrecht und Gesellschaft, 2018, 379; *Frisch*, Derecho penal y solidaridad, InDret 4/2016, 1; *Gallas*, Studien zum Unterlassungsdelikt, 1989; *García Cavero*, La posición de garantía del empresario: a propósito del caso utopía, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 381; *el mismo*, El caso Global Engines: consecuencias mortales de la omisión de retiro de un producto defectuoso, en: Couso/Werle (eds.), Intervención delictiva en contextos organizados, 2017, 237; *el mismo*, La posición de garantía del oficial de cumplimiento, LH Silva Sánchez, 2019, 961; *Garrocho Salcedo*, Los delitos de omisión de los mandos militares y superiores civiles ante la comisión de crímenes internacionales en el Código penal español, RDPC 17 (2017), 47; *Gimbernat Ordeig*, Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento, ADPCP 1987, 579; *el mismo*, Causalidad, omisión e imprudencia, ADPCP 1994, 5; *el mismo*, La omisión impropia en la dogmática penal alemana, ADPCP 1997, 5; *el mismo*, El delito de omisión impropia, RDPC 4 (1999), 525; *el mismo*, La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión, ADPCP 2000, 29; *el mismo*, La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión, LH Cerezo Mir, 2002, 685; *el mismo*, A propósito de la omissio libera in causa, LH Bajo Fernández, 2016, 91; *Glaser*, Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht, I, 1858; *Gössel*, Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt, FS Kühl, 2014, 225; *Gómez Martín*, A new kid in (criminal) town, el compliance officer, LH Luzón Peña, I, 2020, 675; *Gómez Tomillo*, El deber de socorro (art. 195.1 del Código penal), 2003; *González Lagier*, Las paradojas de la acción, 2001; *Gracia Martín*, Los delitos de comisión por omisión, en: AA.VV., Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología, 2001, 413; *Grasso*, Il reato omissivo improprio, 1983; *Greco*, Kausalitäts— und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten, ZIS 2011, 674; *el mismo*, Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios, 2018; *Grotto*, Morti da amianto e responsabilità penale: problemi di successione nella posizione di garanzia, RTDPE 2011, 561; *Grünewald*, Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht?, 2001; *Gur-Arye*, A Failure to Prevent Crime, Criminal Justice Ethics 20 (2001), 3; *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002; *el mismo*, Die

Beteiligung durch Unterlassen, ZIS 2011, 392; *el mismo,* Die objektive Zurechnung beim unechten Unterlassungsdelikt, FS Kindhäuser 2019, 177; *Hälschner,* Das preußische Strafrecht, II, 1858; *Harzer,* Die tatbestandmäbige Situation der unterlassenen Hilfeleistung gemäb 323 c StGB, 1999; *Hardimon,* Role Obligations, Journal of Philosophy 91 (1994), 333; *Hava García,* Comisión por omisión, dolo de peligro e imprudencia, RDP 2010-1, 291; *Henkel,* Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, FS Mezger, 1954, 289; *Herzberg,* Garantenpflichtbegründung aufgrund gerechtfertigten Vorverhaltens, JuS 1971, 74; *el mismo,* Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *Herbertz,* Die Ingerenz. Eine Garantenpflicht aus Gefährdungsunrecht, 2020; *von Hirsch,* Criminalizing Failure to Rescue, FS Duff, 2011, 244; *Hoßfeld,* Tun und Unterlassen. Zur normativen Unterscheidung auf der Grundlage einer rechtebasierten Ethik, 2007; *Hoven,* Die Ingerenzgarantenstellung beim Handeln im umgekehrten Erlaubnistatbestandsirrtum, GA 2016, 16; *Hruschka,* Supererogation and Meritorious Duties, JRE 6 (1998), 93; *Huerta Tocildo,* ¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión?, CPC 17 (1982), 231; *la misma,* Injerencia y artículo 489 bis, 3° del Código penal, ADPCP 1985, 37; *la misma,* Problemas fundamentales de los delitos de omisión, 1987; *la misma,* Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995, 1997; *la misma,* La regulación de la comisión por omisión en el art. 11 CP, LH Octavio de Toledo, 2016, 137; *Izquierdo Sánchez,* Comisión por omisión: algunas consideraciones sobre la injerencia como fuente de la posición de garante, RChD 33 (2006), 329; *el mismo,* Estafas por omisión, 2018; *Jakobs,* La imputación penal de la acción y de la omisión, 1996; *el mismo,* La competencia por organización en el delito omisivo, en: Estudios, 1997, 347; *el mismo,* Teoría y praxis de la injerencia, ADPCP 1999, 17; *el mismo,* La omisión: estado de la cuestión, en: AAVV, Sobre el estado de la teoría del delito, 2000, 129; *el mismo,* Acción y omisión en Derecho penal, 2000; *el mismo,* Tatsächliche Garantieübernahme?, en: LA Faria Costa, 2020, 243; *Joerden,* Dyadische Fallsysteme im Strafrecht, 1986; *el mismo,* Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs, 1988; *Kahlo,* Das Bewirken durch Unterlassen bei drittvermitteltem Rettungsgeschehen, GA 1987, 66; *el mismo,* Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1990; *el mismo,* Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt, 2001; *Kargl,* Unterlassene Hilfeleistung, GA 1994, 247; *el mismo,* Zur kognitiven Differenz zwischen Tun und Unterlassen, GA 1999, 459; *Kahrs,* Das Vermeidbarkeitsprinzip, 1968; *Arm. Kaufmann,* Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; *el mismo,* Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *el mismo,* Unterlassung und Vorsatz, FS von Weber, 1963, 207; *el mismo,* Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung (1961), en: el mismo, Strafrecht zwischen Sein und Wert, 1982, 95; *F.-X. Kaufmann,* Der Ruf nach Verantwortung, 1992; *Kindhäuser,* Intentionale Handlung, 1980; *el mismo,* Kausalanalyse und Handlungszuschreibung, GA 1982, 477; *el mismo,* La alternativa como estructura de pensamiento en el derecho penal: sobre la causalidad de la omisión, LH Mir Puig, 2017, 651; *Kordes-de Vaal,* Intention and the Omission Bias: Omissions Perceived as Nondecisions, Acta Psychologica 93 (1996), 161; *Kreuzer,* Ärztliche Hilfeleistungspflicht bei Unglücksfällen im Rahmen des § 330 c StGB, 1965; *Kühl,* Naturrechtliche Grenzen strafwürdigen Verhaltens, FS Spendel, 1992, 75; *el mismo,* Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht, 2001; *el mismo,* Die Unterlassungsdelikte als Problemfall für Rechtsphilosophie, Strafrechtsdogmatik und Verfassungsrecht, FS Herzberg, 2008, 179; *Kuhlen,* Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, FS Puppe, 2011, 669; *Lacruz López,* Comportamiento omisivo y derecho penal, 2004; *Lascuraín Sánchez,* Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía, 2002; *el mismo,* Omisiones equivalentes, LH Mir Puig 2017, 673; *Lamas Leite,* As posições de garantia na omissão impura. Em especial, a questão da determinabilidade penal, 2007; *Leoncini,* Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia, obbligo di sorveglianza, 1999; *Lermann,* Die fakultative Strafmilderung für die unechten Unterlassungsdelikte, GA 2008, 78; *el mismo,* La omisión por comisión, 2013; *Luzón Peña,* Delitos omisivos impropios o de comisión por omisión, Libertas 11 (2022), 43 (=Revista Foro FICP 2022-1, 1); *MacIntyre,* Animales racionales y dependientes, 2001; *Mantovani,* L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e

di responsabilità personale, RIDPP 2001, 337; *Mañalich,* Omisión del garante e intervención delictiva, Revista de Derecho UCN 2 (2014), 245; *Martínez Escamilla,* La criminalización de la solidaridad, LH Huerta Tocildo, 2020, 281; *Meini,* Comisión por omisión, en: el mismo, Imputación y responsabilidad penal, 2009, 37; *Montaner Fernández,* El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones, EPC XXXV (2015), 733; *Montoya Vivanco,* Fundamento de la posición de garante del funcionario superior en los delitos contra la administración pública, LH Schünemann, 2014, 605; *Morgenstern,* Unterlassene Hilfeleistung, 1997; *Morillas Cueva,* Delito de omisión y violencia doméstica habitual, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 1609; *Mylonopoulos,* Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht, 1998; *Nagler,* Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, GS 111 (1938), 1; *Navas Mondaca,* Acción y omisión en la infracción de deberes negativos en Derecho penal, PolítCrim 10 (2015), 678; *el mismo,* Deberes negativos y positivos en Derecho penal, 2018; *el mismo,* Los deberes positivos en Derecho penal, LH Silva Sánchez, 2019, 135; *el mismo,* La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento, PolítCrim 16 (2021), 715; *Nino,* ¿Da lo mismo omitir que actuar?, LL-A, 1979-C, 801; *Niño,* Principio de legalidad e impropiedad de la omisión impropia, LH Luzón Peña, I, 2020, 841; *Núñez Paz,* Omisión impropia y Derecho penal, RP 20 (2007), 141; *Carlos de Oliveira,* Los deberes de garante en el delito de blanqueo de capitales, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Comprender, 2019, 425; *la misma,* Los deberes de colaboración en el blanqueo de capitales, 2023; *Olmedo Cardenete,* Análisis de los supuestos de inidoneidad o imposibilidad de ejecución en la comisión por comisión, en: Miró/Rodríguez (eds.), ¿Casos difíciles o irresolubles?, 2010, 203; *d'Ors,* Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo, 1995; *Pawlik,* Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur, GA 1995, 360; *el mismo,* El funcionario policial como garante de impedir delitos, InDret 1/2008, 1; *el mismo,* Das dunkleste Kapitel in der Dogmatik des Allgemeinen Teils, FS Roxin, I, 2011, 931; *el mismo,* Ciudadanía y Derecho penal, 2016; *el mismo,* Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad, 2019; *Perdomo Torres,* La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión, 2001; *el mismo,* Posición de garante en virtud de confianza legítima especial, 2008; *Pérez del Valle,* El engaño omisivo en la estafa, CPC 59 (1996), 373; *el mismo,* Estudios de filosofía política y de Derecho penal, 2004; *von der Pfordten,* Zur Rechtfertigung von Hilfeleistungspflichten, en: von Hirsch *et al.* (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten, 2013, 103; *Philipps,* Der Handlungsspielraum, 1974; *Piña Rochefort,* Rol social y sistema de imputación, 2008; *el mismo,* La solidaridad como fuente de deberes, PolítCrim 14 (2019), 242; *Pomares Cintas,* Problemas de imputación del comportamiento omisivo del docente ante las prácticas de acoso escolar (bullying) entre menores, RDP 2010, 443; *Portilla Contreras,* La omisión del deber de socorro, LH Valle Muñiz, 2001, 1669; *el mismo,* Complicidad omisiva de garantes en delitos comisivos, LH Gimbernat Ordeig, II, 2008, 1519; *el mismo,* Responsabilidad penal omisiva de los superiores jerárquicos en el acuerdo final, LH Luzón Peña, I, 2020, 965; *Prittwitz,* La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers, en: Kuhlen *et al.* (eds.), Compliance y teoría del Derecho Penal, 2013, 207; *Puppe,* Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 92 (1980), 863; *la misma,* Verursachen durch Verhinderung rettender Kausalverläufe und durch Unterlassen, ZIS 2018, 484; *Radbruch,* Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1903; *Ragués i Vallès,* Proceso al buen samaritano, InDret 2/2001, 1; *el mismo,* Mera actividad en comisión por omisión: posibles respuestas, en: Carnevali (ed.), Derecho, sanción y justicia penal, 2017, *203; Ranft,* Garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung, ZStW 94 (1982), 815; *el mismo,* Das garantiepflichtwidrige Unterlassen der Taterschwerung, ZStW 97 (1985), 268; *Rebollo Vargas,* Algunas reflexiones sobre los delitos de comisión por omisión en el Código penal español, LH Valle Muñiz, 2001, 641; *Reinhold,* Unrechtszurechnung und der Abbruch rettender Verläufe, 2009; *Riggi,* Interpretación y ley penal, 2010; *Robles Planas,* Garantes y cómplices, 2007; *el mismo,* Deberes de solidaridad, InDret 1/2012, 1; *el mismo,* Deberes negativos y positivos en Derecho Penal, InDret 4/2013, 1; *el mismo,* El responsable de cumplimiento (compliance officer)

ante el Derecho penal» en: Silva/Montaner (ed.), Criminalidad de empresa y compliance, 2013, 319; *Rodríguez Mesa*, La atribución de responsabilidad en comisión por omisión, 2005; *Rodríguez Mourullo*, La omisión de socorro en el Código penal, 1966; *Rödig*, Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, 1969; *el mismo*, Einführung in eine analytische Rechtslehre, 1986; *Rojas Aguirre*, Delitos de omisión, entre libertad y solidaridad, PolítCrim 13 (2018), 682; *el mismo*, Dimensiones del principio de solidaridad. Un estudio filosófico, RChD 46 (2019), 845; *el mismo*, Regreso a la teoría formal del deber jurídico en el ámbito de la omisión impropia, RD Coquimbo 28 (2021), 1; *Romeo Casabona*, Límites de los delitos de comisión por omisión, LH Roxin 1994, 33; *el mismo*, *¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? RDPC 2 (1998), 327*; *Roso Cañadillas*, La necesidad de la posición de garante como elemento de la comisión omisiva, LH Luzón Peña, I, 2020, 1021; *la misma*, En busca de la precisión terminológica entre lo comisivo y lo omisivo, LH Lorenzo Salgado, 2021, 129; *Rostalski*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für spezifische Fehlverhaltensfolgen, GA 2018, 700; *Rotsch*, Contra el deber de garante del encargado de cumplimiento, en: el mismo, Derecho penal, Derecho penal económico y compliance, 2022, 301; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 1963; *el mismo*, Causalidad y posición de garante en los delitos de omisión impropia, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 1543; *Roxin/Jakobs/Schünemann/Frisch/Köhler*, Sobre el estado de la teoría del delito, 2000; *Rudolph*, Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht, 2006; *Rudolphi*, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966; *Rueda Martín*, ¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal, 2013; *la misma*, La cooperación por omisión en un delito de acción doloso y la determinación de su identidad con la cooperación activa, LH Schünemann, 2014, 439; *la misma*, Sobre la necesidad de exigir una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal, InDret 1/2015, 1; *la misma*, ¿La inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho...?, LH Huerta Tocildo, 2020, 577; *Saliger*, Kontraktualistische Solidaritat: Argumente des gegenseitigen Vorteils, en: von Hirsch/Neumann/Seelmann, Solidarität im Strafrecht, 2013, 61; *Samson*, Begehung und Unterlassung, FS Welzel, 1974, 585; *Sangenstedt*, Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, 1989; *Sánchez-Ostiz*, Más allá del deber, RPCP 12 (2002), 163; *Sánchez-Vera*, Pflichtdelikt und Beteiligung, 1999 (=Delito de infracción de deber y participación delictiva, 2002); *el mismo*, Estudio sobre los deberes positivos, el mandato y la figura del consenso en Derecho Penal, CPC 68 (1999), 347; *el mismo*, Deberes de socorro en virtud de la unión matrimonial. A su vez: sobre la agravante de parentesco del art. 23 del Código penal, AP 11/1999, 215; *el mismo*, Reflexiones acerca del delito de omisión de socorro debido, CPC 78 (2002), 589; *el mismo*, Desvinculación de la posición de garante en el Derecho penal económico, en: Silva/Miró (eds.), La teoría, 2013, 215; *Sánchez Tomás*, Comisión por omisión y omisión de socorro agravada, 2005; *Schaffer*, Causation by Disconnection, Philosophy of Science, 67 (2000), 285; *el mismo*, Disconnection and Responsibility, LTh 18 (2012), 399; *Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen, 1930/1932; *Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz, 1974; *el mismo*, Sobre la posición del resultado en los delitos cuasidolosos de omisión, CPC 1 (1977), 63; *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971(=Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia, 2009); *el mismo*, Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung, GA 1974, 231; *el mismo*, Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania, en: Gimbernat/Schünemann/Wolter (eds.), Omisión e imputación objetiva en Derecho penal, 1994, 11; *el mismo*, Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland, en: Gimbernat/Schünemann/Wolter (Hrsg.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin,1995, 49; *el mismo*, El dominio sobre el fundamento del resultado, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 981; *el mismo*, El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión, LH Gimbernat Ordeig, II, 2008, 1609; *el mismo*, Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia, 2009; *el mismo*, Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, Dogmenhistorische, rechtsvergleichende und sachlogische Auswegweiser aus

einem Chaos, FS Amelung, 2009, 303; *Schultz*, Amtswalterunterlassen, 1984; *Schwind*, Zum sogenannten Non-helping-bystander-Effekt bei Unglücksfällen un Straftaten, FS Kaiser, I, 1998, 409; *Searle*, How to Derive «Ought» From «Is», The Philosophical Review 73 (1964), 43; *Seelmann*, ¿Existen deberes de solidaridad en el Derecho penal?, en: Estudios, 2013, 73; *el mismo*, ¿Deberes de garante fundamentados en el Derecho privado?, en: Estudios, 2013, 118; *el mismo*, El no hacer como hecho punible, en: Estudios, 2013, 134; *el mismo*, Ideengeschichte des Solidaritätsbegriffs im Strafrecht, en: von Hirsch *et al.* (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, 2013, 35; *Serrano González de Murillo*, La responsabilidad penal de los miembros de las fuerzas policiales por no impedir delitos, RDPC 2 (2009), 127; *Sgubbi*, Responsabilità penale per omesso impedimento dell´evento, 1975; *Silva Sánchez*, El delito de omisión. Concepto y sistema, 1986; 2.ª, 2006; *el mismo*, La responsabilidad penal del médico por omisión, LL 1987-1, 955; *el mismo*, Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros, ADPCP 1987, 451; *el mismo*, Problemas del tipo de omisión del deber de socorro, ADPCP 1988, 561; *el mismo*, Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención, CPC 38 (1989), 367; *el mismo*, Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario, ADPCP 1991, 561; *el mismo*, La regulación de la comisión por omisión, en: el mismo, El nuevo Código penal, 1997, 51; *el mismo*, Comentario al art. 11 CP, en: Cobo del Rosal (ed.), Comentarios al Código penal, I, 1999, 441; *el mismo*, Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte, FS Roxin, 2001, 644; *el mismo*, Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 1007; *el mismo*, Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación, LH Figueiredo Dias, II, 2009, 979 (= Mañalich -ed.-, La ciencia penal en la Universidad de Chile, 2013, 229); *el mismo*, Responsabilidad penal por mala praxis médica, 2016; *el mismo*, Ley y norma en la comisión por omisión, LH Quintero Olivares, 2018, 457; *el mismo*, El riesgo permitido en Derecho penal económico, 2022; *Slavny*, Alon Harel on How to Deliberate Permissibly, CL&Phil 11 (2017), 833; *Smith*, Bad Samaritans, Acts, and Omissions, en: Frey/Wellman (eds.), A Companion to Applied Ethics, 2003, 475; *Sola Reche*, La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP, 1999; *el mismo*, Delitos de omisión pura y sistema del derecho penal, LH Cerezo Mir, 2002, 993; *el mismo*, Omisión e imputación, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 933; *Stree*, Garantenstellung kraft Übernahme, FS H. Mayer, 1965, 145; *el mismo*, Zumutbarkeitsprobleme bei Unterlassungstaten, FS Lenckner, 1998, 393; *Stübel*, Über die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen, 1828; *Tomás-Valiente Lanuza*, La responsabilidad omisiva de los funcionarios públicos por la no evitación de delitos: un (no) sistema insostenible, RDPC 22 (2019), 188; *Torío López*, Límites político criminales del delito de comisión por omisión, ADPCP 1984, 693; *Traeger*, Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht, FG Ennerecus, 1913, 77; *Turienzo Fernández*, La responsabilidad penal del compliance officer, 2021; *Valiente Iváñez*, La imputación extraordinaria como modelo de adscripción de responsabilidad jurídico-penal, RECPC, 2020, 1; *Varona Gómez*, Derecho penal y solidaridad: teoría y práctica del mandato penal de socorro, 2005; *de la Vega Martins*, El delito de omisión y su explicación causal, 2010; *de Vicente Remesal*, Omisión del deber de vigilancia en la empresa, LH Schünemann, II, 2014, 7; *Vives Antón*, Acción y omisión: tres notas a un status quaestionis, LH Ruiz Antón 2003, 1113; *Vives/ Cuerda/ Górriz* (eds.), Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal, 2017; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993; *van Weezel*, Optimización de la autonomía y deberes penales de solidaridad, PolítCrim 13 (2018), 1074; *el mismo*, Injerencia y solidaridad en el delito de omisión de auxilio en caso de accidente, RChD 3 (2018), 771; *Welp*, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968; *Welzel*, Zur Dogmatik der echten Unterlassungsdelikte, insbesondere des § 330 c StGB, NJW, 1953, 327; *Widmer*, Ex nihilo responsabilitas fit, or the Miracles of Legal Metaphysics, JETL 2 (2011), 135; *Wilenmann*, Sobre la estructura argumentativa de los delitos de omisión impropia, LH Etcheberry, 2016, 275; *Winter*, Der Abbruch rettender Kausalität, 2000; *E.A. Wolff*, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965; *Yaffe*, The Duty Requirement, en: Nelkin/Rickless (eds.), The Ethics and Law of Omissions, 2017, 199; *Zaczyk*, Sobre la posición de garante de los funcio-

narios, en: el mismo, Libertad, 2010, 321; *Zaffaroni*, Qui peut et n'empêche pèche, pero no delinque, LH Barbero Santos, 1, 2001, 1389; *Zugaldía Espinar*, Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3° del artículo 489 bis del Código penal, CPC 24 (1984), 571.

I. INTRODUCCIÓN

1. EL CONCEPTO DE OMISIÓN

1.1. Generalidades

La conducta penalmente desaprobada muestra tres variantes básicas. Así, 1
puede consistir, por un lado (i) en una comisión activa —es decir, en la creación o incremento de un riesgo para un bien jurídico, o en la disminución de una protección ya preexistente junto a este— (*cfr. supra* capítulo 10/20). Por otro lado (ii) en la interrupción de un curso de disminución del riesgo para un bien jurídico —normalmente denominada «interrupción de cursos causales salvadores»—, lo que constituye una particular forma de empeorar la situación de un bien. En fin (iii) en la no neutralización o no disminución de un riesgo, surgido de otro modo, para el bien jurídico. Pues bien, esta última es la que, en Derecho penal, se conoce como conducta típica de omisión. Por tanto, la omisión no debe identificarse ni con la mera pasividad —no hacer nada— ni tampoco con la mera no realización de una conducta posible para un sujeto.

Un sector doctrinal —que sostiene un concepto ontológico de omisión— 2
entiende que las omisiones relevantes para el Derecho penal constituyen una especie dentro del género constituido por la omisión pre-jurídica. Así, parte de que los conceptos de prohibición y mandato son secundarios a los de acción y omisión. A su vez, entiende que estos últimos se sitúan en el mismo plano —pre-normativo— y que son recíprocamente irreconducibles. Entonces, la noción de acción se asocia al comportamiento que consiste en producir un cambio en el mundo o en impedir que un cambio tenga lugar. Por su parte, la omisión se asocia a un no-producir un cambio o a un no-impedir dicho cambio.[1] En definitiva, se concluye que las prohibiciones vetan acciones y que los mandatos vetan omisiones. Sin embargo, en realidad no existe ninguna razón que obligue a sostener que los conceptos de acción y omisión son previos a los de mandato y prohibición. En efecto, en el mundo empírico solo hay movimientos corporales y —en el caso de que esto se admita como posible— alguna situación de total pasividad corporal. Pues bien, solo algunos de estos movimientos corporales son capaces de sentido. Como se ha indicado, en ocasiones se denomina acción al propio sustrato capaz de sentido; en otras, en cambio, con el término «acción» se designa a un concreto sentido de aquel sustrato (*cfr. supra* capítulo 9/30). Sin embargo, esto último ya requiere un punto de vista. En concreto, el término «omisión» designa

[1] *Beling* (1906), 9, 14 ss.; *Arm. Kaufmann* (1959), 66 ss., 110 ss., 314, 319 (no realización de una actividad final); *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 200. Crítico, *Silva Sánchez* (1986), 3-80.

una clase de sentidos posibles de aquel sustrato; otra clase de sentidos es la denominada «comisión activa».

1.2. La omisión como expresión de sentido

3 En la realidad empírica no hay omisiones, sino únicamente movimiento o ausencia de este. En el ámbito de las acciones humanas, esto significa que toda acción que produce un cambio conlleva simultáneamente la no realización de todas las conductas alternativas a ella. Estas, de haber sido realizadas, habrían dado lugar a los correspondientes cambios, alternativos al realmente producido. Pues bien, un observador puede centrarse en uno cualquiera de los sentidos concretos de la dimensión de producción del cambio («A» ha bebido agua, «A» ha levantado el vaso), o en uno cualquiera de los sentidos de la dimensión de no producción de cambios («A» no ha bebido vino, ni cerveza, ni limonada; «A» no ha tirado el vaso al suelo). En definitiva, fijarse en lo que se ha hecho o en alguna de las cosas que no se han hecho —no ha bebido vino—[2] es algo que depende de la perspectiva que se adopte. Por tanto, las omisiones no son hechos brutos, sino institucionales y, como tales, requieren una previa comunicación humana sobre la realidad. De este modo, y al igual que cada una de las comisiones activas concretas, constituyen interpretaciones posibles de nuestro obrar en el mundo.[3]

4 En definitiva, tanto el sentido de «hacer algo determinado» como el de «no hacer algo concreto» son clases de interpretaciones posibles de una acción en su cualidad de proceso que expresa sentido. Así, mi hecho físico de «estar en la estación del metro» significa que «voy a viajar» en ese medio de transporte, pero también que «no voy a viajar en taxi», entre otros muchos sentidos posibles. Pues bien, tales atribuciones de sentido requieren sendos puntos de vista. Al final, cuál de los sentidos posibles prevalece en un caso es algo que depende del campo de sentido en el que se encuentre el observador.[4] Ciertamente, en un contexto dado puede existir un amplio consenso sobre la atribución de un determinado sentido omisivo a un movimiento corporal. En efecto, la apreciación de una comisión activa o de una omisión tiene mucho que ver con los sentidos contextuales de un fenómeno. Sin embargo, esta constatación no tiene fuerza suficiente para desmentir lo anterior.

5 Por lo tanto, la afirmación de que ha tenido lugar una omisión requiere un sistema de referencia que establezca una determinada regularidad, que se considera incumplida en el caso concreto. Expresado de otro modo, omitir es no hacer algo conforme a un sistema de reglas —gramatical, social, etc.—.[5]

---

[2] *Radbruch* (1904), 131 ss., 139.

[3] *Rödig* (1969); *Philipps* (1974); *Kindhäuser* (1980); *el mismo*, LH Mir Puig, 2017, 652 ss.; *Pawlik* (2019), 27 ss. Próximo, *Vives Antón* (2.ª, 2011), 121 ss., 212.

[4] *Bayón*, Doxa 6 (1989), 461.

[5] *Kindhäuser* (1980), 176 ss.

En la teoría de las normas de conducta puede denominarse prohibición a la norma que veta acciones; y mandato, a la norma que obliga a realizar acciones. Así surgen las acciones típicas (comisiones) y las omisiones típicas, por oposición a las normas, respectivamente de prohibición y de mandato. En lo que respecta al Derecho penal, las omisiones constituyen una clase de contenidos de sentido típico de las acciones, en la que el criterio rector viene dado por la infracción de normas (de conducta) de mandato. Esta clase se caracteriza por el denominador común de la no neutralización o no disminución de un riesgo para un bien jurídico penalmente protegido.

Lo anterior significa que, con independencia de la discusión filosófica al respecto, aquí se opta por sostener un concepto de omisión no «ontológico», sino «normativo».[6] Como se ha indicado, la primera posición entiende que existe un omitir óntico, previo a cualquier sistema de reglas y consistente en no hacer nada o en no hacer algo posible. La segunda, en cambio, afirma que la omisión requiere un sistema de reglas en cuya virtud surja una expectativa con respecto a un hacer del sujeto. En ese marco, la no realización de este hacer esperado constituye una omisión. Pues bien, el significado de un proceso humano como omisión —al igual que cualquier otra atribución de significado— no es previa a un sistema de reglas, sino que resulta de una adscripción de sentido interna a cada sistema.[7] 6

2. EL PROBLEMA MORAL Y POLÍTICO DE LAS OMISIONES

2.1. La gravedad moral de las omisiones

La relevancia jurídico-penal de las omisiones no es directamente evidente, ni en términos morales, ni políticos. En efecto, el paradigma de delito —que subyace a nuestras representaciones morales básicas— se asocia con las nociones de contacto físico, causalidad activa e intención. Su ejemplo es la muerte de Abel a manos de Caín, el tercer delito[8] —el primer homicidio— del que se tiene constancia en nuestra tradición moral.[9] Esto explica que exista una difundida intuición social según la cual las omisiones se valoran como de gravedad moral inferior a la de las comisiones activas. Una intuición así, que alcanza incluso a las omisiones en las que incurre un sujeto especialmente obligado a actuar,[10] constituye un fenómeno social que los teóricos del comportamiento conocen como «sesgo de la omisión».[11] Ciertamente, como otras intuiciones, 7

---

[6] *Huerta Tocildo*, CPC 17 (1982), 231 ss.; *Silva Sánchez* (1986), 3 ss.

[7] *Silva Sánchez* (1986), 123 ss.

[8] El primer delito del que se tiene conocimiento es un fraude —el engaño de la serpiente a Adán y Eva—; el segundo, una desobediencia —de Adán y Eva— de la prohibición divina de comer del árbol del conocimiento del bien y del mal (Gen. 3, 1-7).

[9] Gen. 4.1 ss.

[10] *Kordes-de Vaal*, Acta Psychologica 93 (1996), 169; ya *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, I-II, c. 72, a. 6: «*praecepta affirmativa et negativa non pertinent ad diversas virtutes, sed ad diversos gradus virtutis*».

[11] En inglés: «*omission bias*», o bien «*omission effect*».

también esta se basa en una comparación general y sin matices de dos casos muy representativos de la comisión y la omisión: en concreto, los de «matar» y de «dejar morir» (o «no salvar»).[12] Pues bien, es verdad que existen diferencias cognitivas y emocionales entre las reacciones individuales y sociales a ciertas acciones y omisiones paradigmáticas como las mencionadas.[13] Sin embargo, tal diversidad de reacciones puede deberse a la nula incidencia que, en materia de omisión, tienen dos de los tres elementos del delito paradigmático: la causalidad y el contacto. Por tanto, a primera vista resulta menos patente la lesividad de cualesquiera omisiones que la de los delitos de comisión activa. En efecto, las omisiones no existen como tales si no se introduce una dimensión de lesión de expectativa, de incumplimiento de una regularidad, o bien, desde otra perspectiva, de infracción del deber de actuar del sujeto. Ahora bien, el ámbito de los deberes que vinculan a un sujeto y su intensidad relativa no son fáciles de precisar.

8 En todo caso, parece que, a medida que se va alcanzando una cognición más reflexiva, se supera la intuición de que las omisiones son siempre moralmente menos graves que las comisiones activas.[14] Por eso cabe afirmar que en algunos contextos una omisión puede significar exactamente lo mismo, en términos normativos, que una comisión activa. A este respecto, el clásico ejemplo académico de la madre que deja de amamantar al bebé recién nacido —calificado como supuesto de homicidio— es bastante claro. Ahora bien, por otro lado, sucede que los contextos en los que una omisión puede tener el mismo significado normativo que una comisión activa han ido aumentando, a medida que las sociedades experimentan procesos de diferenciación y se hacen más complejas. En este punto, han sido decisivas la división funcional del trabajo, así como la integración de la maquinización y de la tecnología en las actividades humanas.[15] En efecto, estas dan pie a sostener con claridad que un no hacer —por ejemplo, no activar un interruptor de seguridad— puede tener el mismo significado, eventualmente lesivo, que apretar el botón de una bomba.

2.2. La restricción de la libertad mediante mandatos

9 La adopción de un punto de vista político conduce a algunos sectores doctrinales a sostener que la sanción jurídico-penal de las omisiones constituye de entrada una limitación excesiva de la libertad de los ciudadanos. De ahí que los planteamientos filosóficos liberales hayan tendido a ver en muchas omisiones la infracción de deberes meramente morales, y no jurídicos. En principio, esto se refiere a las llamadas omisiones puras generales, como por ejemplo a la omisión de prestar socorro a quien necesita ayuda urgente. En consecuencia,

---

[12] *Fletcher* (1978), 593-594; *Nino*, LL-A 1979, 806-807; *Birnbacher* (2015).

[13] *Kargl*, GA 1999, 471 ss.

[14] *Kargl*, GA 1999, 459 ss.; *Cushman/Murray/Gordon-McKeon/Wharton/Greene*, SCAN 7 (2012), 888 ss.

[15] *Seelmann* (2013), 134-136.

se ha sostenido que el castigo de estas constituye una moralización del Derecho penal. Ahora bien, la tesis de que la incriminación de omisiones restringe más la libertad ciudadana que la criminalización de comisiones activas se pretende derivar de que los mandatos son más limitadores que las prohibiciones. Sin embargo, con ello se ignora que la distinción entre mandatos y prohibiciones puede llevarse a cabo en términos formales o, por el contrario, materiales —de contenido— (*cfr. supra* capítulo 8/86). En términos formales, un mandato es una prescripción de actuar en un determinado sentido, que se infringe por omisión. En cambio, una prohibición es una prescripción de abstenerse de actuar en un determinado sentido y se infringe por acción. Por tanto, si se prescinde de su contenido, los mandatos no limitan la libertad ni más ni menos que las prohibiciones, sino que unos y otras constituyen técnicas intercambiables.

10 La idea de que los mandatos restringen más la libertad que las prohibiciones parte de adoptar una perspectiva acerca de su contenido. En concreto, consiste en asociar la forma prescriptiva de la prohibición a un contenido de deberes de no empeorar una situación dada. En cambio, vincula el mandato a un contenido de deber de mejorar una situación dada.[16] Ahora bien, esta distinción procede de la perspectiva liberal individualista de Feuerbach (1775-1833). En efecto, el liberalismo parte de que el tránsito del estado de naturaleza al estado civil da lugar a la renuncia del individuo a los propios medios de defensa y, con ello, a una acentuada dependencia de que los demás sujetos no realicen las conductas prohibidas.[17] Por eso, sostiene que la obligación originaria de los ciudadanos se reduce a abstenerse de acciones lesivas —de injerencias en esferas ajenas—. Expresado de otro modo, al *neminem laedere*.[18] En cambio, cualquier obligación de realizar acciones determinadas requiere un fundamento legal especial.

11 Sin embargo, como pone de relieve el ejemplo de la madre que no amamanta a su bebé, esta perspectiva identificadora de forma y contenido era errónea. Por tanto, existen deberes de actuar tan básicos que deben incluirse en el ámbito del *neminem laedere*, junto a los deberes de omitir.[19] Ello se advierte con claridad si se observa el ejercicio de la libertad de modo dinámico. En efecto, la visión de la sociedad como una cuadrícula estática en la que cada individuo ocupa un cuadrado delimitado ignora precisamente dos aspectos esenciales. En primer lugar, que algunos de esos «cuadrados» de la cuadrícula social están vinculados entre sí de modo innato. En segundo lugar, que la libertad no solo se ejerce en términos lesivos. En efecto, el ser humano no es siempre, ni siquiera fundamentalmente, un «lobo para el hombre» en los términos de Hobbes (*cfr. supra* capítulo 1/77). Por el contrario, las personas adquieren de modo constante compromisos libres de neutralización de riesgos para otros.

---

[16] *Glaser* (1858), 289-290, 384 ss.

[17] *Welp* (1968), 176.

[18] En imperativo: *neminem laede!*

[19] *Jakobs* (1996), 19 ss.

Es decir, integran en su esfera de libertad organizativa los «cuadrados» —esferas jurídicas— ajenos. Pues bien, el incumplimiento de esos compromisos de neutralización de riesgos lesiona los bienes ajenos del mismo modo que la injerencia lesiva directa sobre ellos.

2.3. La creciente complejidad social

12 Con todo, es cierto que, a lo largo del siglo XX, se produjeron dos fenómenos nuevos. Uno de ellos, como ya se ha indicado, consistió en el incremento de la complejidad social mediante la especialización del saber y la introducción masiva de la técnica. El otro dio lugar a la transformación del modelo sociopolítico. El primer cambio generó una creciente dependencia de todas las personas con respecto a la realización de conductas protectoras por parte de las demás y no solo en cuanto a la abstención de estas con respecto a la comisión de hechos agresivos. El segundo, a su vez, generó la proliferación e hipertrofia de las posiciones personales de deber jurídico. Ello tuvo lugar, por un lado, por la transferencia al Derecho penal de concepciones expresivas de una estatalización de la solidaridad interpersonal. Así, se produjo la tipificación de las infracciones de los denominados deberes positivos generales. Por otro lado, mediante la exigencia de colaboración de los particulares en las funciones públicas, que ha proseguido con especial intensidad en el siglo XXI.[20] Un sector de la doctrina ha considerado que la infracción de ciertos deberes positivos especiales constituye el fundamento de la sanción de algunos casos de omisión con la misma pena que las comisiones activas.[21] Sin embargo, este punto de vista debe examinarse con detenimiento más adelante.

3. LA VULNERABILIDAD Y LA VINCULACIÓN ORIGINARIAS COMO PRECONDICIONES ANTROPOLÓGICAS

3.1. La fragilidad y la dependencia interpersonal

13 Como se ha indicado de modo reiterado, una experiencia temprana y constante del ser humano es la que se refiere a la propia vulnerabilidad física, psíquica cognitiva y volitiva, así como moral. Sin embargo, esta experiencia es simultánea a la que tiene por objeto la condición de ser social, abocado de modo innato a la relación interpersonal, y dependiente de otras personas, que con su ayuda pueden mitigar la propia fragilidad.[22] Esto significa que en la comunidad humana la vulnerabilidad no se asume de forma resignada, sino que genera siempre una expectativa de mitigación por parte de alguien en concreto. A su vez, tal expectativa se dirige a las personas con las que existe

---

[20] *von Coelln* (2008), 87 ss., 129 ss.; *Carlos de Oliveira* (2023), 189 ss.

[21] *Pawlik* (2012), 106; *Robles Planas*, InDret 4/2013, 15 ss.

[22] *MacIntire* (2001).

un vínculo interpersonal. Este no tiene por qué haber sido asumido voluntariamente —contractualmente—, sino que cabe que tenga como base una relación de sangre u otros nexos elementales.[23] Por ejemplo, en el caso del niño concebido y aún no nacido, la dependencia de su madre y de su padre genera en estos una vinculación, independiente de que la acepten o no. El vínculo natural, como promesa implícita, se prolonga con posterioridad al nacimiento, durante la infancia y la juventud.

La no mitigación, en la medida de lo posible, de la vulnerabilidad del sujeto 14
dependiente por parte de aquel a quien está vinculado tiene un sentido lesivo. Se interpreta comúnmente como abandono. Ello es así porque la dependencia constituye una estructura lógico-material de la vida humana, en tanto que vida de relación, esto es, una realidad pre-política que, como tal, antecede a cualquier organización convencional de la vida de los hombres.[24] En este contexto, la única posibilidad de desvinculación lícita es aquella que mantenga el bien jurídico en sus condiciones preexistentes. Ahora bien, es cierto que el proyecto político individualista, des-institucionalizador —supuestamente emancipatorio—, de la modernidad ha impactado con fuerza en ese panorama pre-político. Por ello, de modo general, la doctrina tiende a rechazar que los vínculos personales no voluntariamente aceptados puedan constituir fuente de deberes jurídicos. La realidad, sin embargo, es que algunos de los vínculos fundamentales —los que relacionan a la persona con la familia y la comunidad— no requieren ningún acto de organización de la libertad. Por el contrario, existen salvo que tenga lugar un acto positivo de desvinculación.

3.2. La relevancia de las promesas

En este contexto, adquiere un papel decisivo la conducta humana consis- 15
tente en «prometer». En efecto, solo la promesa de alguien puede evitar que la persona vulnerable y desamparada quede paralizada ante la incertidumbre del futuro. El compromiso, en tanto que fuente de cierta seguridad para el futuro, ciertamente genera confianza en el destinatario. Sin embargo, el vínculo de confianza derivado de la promesa genera una nueva dependencia, que se proyecta en una doble línea. Por un lado, el destinatario de la promesa no busca otras vías de afrontar la incertidumbre. Por otro, los demás terceros, conocedores de la promesa ajena, tienen una razón para no vincularse. De este modo, la promesa es una fuente decisiva de vinculación, que va más allá de la concurrencia de una situación fáctica de monopolio de ayuda.[25]

---

[23] *Hardimon*, Journal of Philosophy 91 (1994), 333 ss.

[24] *d'Ors* (1995), 73-75: «La vinculación entre los seres humanos es previa a toda convención social. Y es en el reconocimiento recíproco de nuestra humanidad e interdependencia donde se encuentra la vinculación originaria».

[25] Permite un tránsito claro del mundo del ser al del deber-ser: *Searle*, The Philosophical Review 73 (1964), 43 ss.

16 A su vez, las promesas pueden ser explícitas o implícitas. En efecto, más allá del acto de habla consistente en prometer algo de modo formal, la realización de determinados actos implica también la asunción concluyente de determinados «compromisos». Así, la repetición de actos, en tanto que regularidad conocida por terceros, encierra una promesa implícita. En ocasiones, este fenómeno tiene lugar incluso aunque el sujeto desconozca que está prometiendo algo o qué es exactamente lo que está prometiendo. Más aún, en determinados contextos el mero hecho del «estar ahí» puede expresar el significado de asumir un determinado compromiso. Ciertamente, la concurrencia de un error en el sujeto que promete puede dar lugar a excluir la imputación subjetiva o, al menos, a debilitar el correspondiente título de imputación. Sin embargo, no elimina el sentido intersubjetivo de su conducta.

II. LAS CLASES DE OMISIONES

1. LAS CLASIFICACIONES BINARIAS

17 Lo anterior pone de relieve la importancia de la distinción de diversas clases de omisiones, que la doctrina ha llevado a cabo en virtud de criterios clasificatorios más o menos relevantes. En su día fue importante la distinción alemana entre omisiones expresamente tipificadas en la Parte Especial —llamadas propias— y otras no tipificadas —impropias—. En efecto, estas últimas planteaban el problema de su subsunción en los tipos legales de los delitos de resultado, sobre el que versa el más importante de los debates sobre los delitos de omisión. Sin embargo, esta cuestión ha perdido cierta importancia tras la positivización en los códigos penales de muchos países de los criterios de equivalencia entre comisión activa y comisión por omisión. Relativamente relacionada con esta clasificación era la que distinguía, en virtud de su estructura típica, entre las omisiones de mera actividad —denominadas puras— y las relacionadas con resultados. En este último subgrupo se planteaba el debate sobre los requisitos cuya concurrencia permitiría que a una omisión se le imputara el resultado típico de un delito de lesión, dando lugar a una comisión por omisión. Una tercera distinción es la que existe entre omisiones generales y omisiones de sujetos especialmente obligados.[26]

2. LA DISTINCIÓN ENTRE INFRACCIONES DE DEBERES NEGATIVOS Y POSITIVOS

18 La clasificación más importante entre unas omisiones y otras no es la que tiene lugar desde la perspectiva del principio de legalidad, que distingue entre omisiones propias e impropias. Tampoco lo es la que considera su estructura típica formal, que distingue entre omisiones puras y referidas a un resultado.

---

[26] *Silva Sánchez* (1986), 311 ss.; *Gimbernat Ordeig*, LH Cerezo Mir, 2002, 685 ss.; *Luzón Peña*, Libertas 11 (2022), 43 ss.

Por el contrario, la más relevante es la que adopta una perspectiva normativo-material. Esta parte de la contraposición entre deberes positivos y negativos, que se retrotrae a las obras de Aristóteles y de Tomás de Aquino.[27] En efecto, desde esta perspectiva se advierte que existen preceptos negativos, en los que se dispone que el destinatario se abstenga del mal; y preceptos positivos, en los que se establece que aquel haga el bien. Esto último es materialmente más gravoso que aquello. Pues bien, en el último tercio del siglo XX tal dualidad, permanente en la historia, fue sistematizada y desarrollada sobre todo por Jakobs.[28] Este, sin embargo, la modificó en parte. Así, denomina deberes negativos a aquellos en los que (i) la relación entre el sujeto y el bien jurídico se define como un deber de «no lesionar»; y (ii) se infringen por la organización lesiva de la propia libertad. En cambio, designa como deberes positivos a aquellos en los que la relación entre el sujeto y el bien (i) consiste en el cuidado solidario de este, es decir, en el cumplimiento de un deber de sacrificarse; y (ii) se define positivamente por un estatus institucional —así, los padres, los tutores o los funcionarios—.[29] Sin embargo, esta construcción, que constituye un avance en la aproximación material a la tipicidad, plantea dos problemas. En primer lugar, no distingue entre las diversas formas de vinculación organizativa —ni institucional— con un bien, que pueden ser de intensidad diversa. En segundo lugar, equipara, en cuanto a las consecuencias, la infracción de deberes de organización y la de los deberes institucionales, cuya conformación y contenido son intensamente accesorios con respecto al Derecho civil y administrativo.[30]

3. LA PROFUNDIZACIÓN EN LA DISTINCIÓN ENTRE DEBERES

3.1. Planteamiento

Es posible combinar la tradición clásica con la distinción moderna, en tér- 19
minos que no coinciden del todo con la terminología antes mencionada, y contribuir a abordar satisfactoriamente el problema. Ciertamente, por un lado, es preciso diferenciar entre deberes negativos y deberes positivos. Esta distinción se refiere al contenido del deber, en concreto, a si se trata de un deber de no empeorar (*abstinendo a malo*) o, por el contrario, de mejorar la situación del bien jurídico (*faciendo bonum*).[31] Ahora bien, por otro lado, los deberes —tanto si son negativos como positivos— pueden surgir en virtud de diversos grados de compromiso del sujeto. Así, este puede llevar a cabo una

---

[27] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, I-II, c. 72, a. 6.

[28] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 7/1; *el mismo* (2012), 19 ss., 30 ss.; *Sánchez-Vera*, CPC 68 (1999), 347 ss.; *Perdomo Torres* (2001), 30 ss.; *Pawlik* (2012), 174 ss.; *Robles Planas*, InDret 1/2012, 1 ss.; *el mismo*, InDret 4/2013, 1 ss.; *Navas Mondaca* (2018), 42.

[29] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 7/70, 28/15. Ya antes, parcialmente, *Rödig* (1986), 84.

[30] *Jakobs* (2000), 10; *el mismo* (2012), 84.

[31] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, I-II, c. 72, a. 6; *Robles Planas*, InDret 1/2012, 1 ss.; *el mismo*, InDret 4/2013, 1 ss.

autovinculación de intensidad mínima, media o máxima. Esta tripartición, en efecto, toma como base la naturaleza del compromiso adquirido por cada persona y sienta una diferencia entre: (i) deberes generales de ciudadanía —que se generan en virtud de una vinculación mínima entre el sujeto y el bien afectado—; (ii) deberes institucionales —paternofiliales, funcionariales—, o bien de organización débil —injerencia—, ambos procedentes de una vinculación de intensidad media; y, en fin (iii) deberes de organización libre o fuerte —surgidos de una autovinculación máxima—.[32] Ahora bien, de lo señalado cabe derivar *a contrario* que, entre un determinado sujeto y un determinado deber, también cabe que no exista ningún acto de auto-vinculación, de modo que se constituya como una forma de heterovinculación.

3.2. La autovinculación y las clases de omisiones

20 La combinación de los dos criterios mencionados da lugar a las siguientes clases de omisiones.[33] En primer lugar, las que consisten en la vulneración de un compromiso adoptado de modo plenamente libre por parte del sujeto. Si este se refiere a la realización de conductas de aseguramiento —por ejemplo, el caso del revisor periódico de una maquinaria peligrosa— entonces la omisión de tales conductas redunda en la infracción de un deber negativo. En cambio, si el compromiso libre del sujeto se refiere a la realización de conductas de salvamento —paradigmáticamente, el socorrista en una playa— ciertamente puede sostenerse que la omisión redunda en la infracción de un deber positivo. Sin embargo, en todo caso está claro que este último tiene un fundamento organizativo. Pues bien, los deberes positivos asumidos con la máxima organización de libertad también dan lugar a responsabilidad plena.[34] Un ejemplo de esta figura son los deberes de mejora del patrimonio de la empresa asumidos por los administradores sociales; en efecto, estos no consisten solo en evitar perjuicios, sino en incrementar el lucro. Por lo demás, estas dos primeras clases de omisiones son en principio normativamente idénticas a la realización típica activa. Esto significa que merecen la misma pena y que son subsumibles directamente en los tipos de delitos de resultado de la Parte Especial. Una cuestión distinta es la medida de pena que se debe imponer en los casos de infracción de deberes de salvamento voluntariamente asumidos.

21 En segundo lugar, se encuentran las omisiones que derivan de la lesión de un vínculo de organización débil surgido del ejercicio de la libertad del sujeto. Tal organización débil puede adoptar diversas formas. Por un lado, puede derivar del hecho de que, como efecto colateral de su acción libre, el sujeto cree un peligro para un bien jurídico. Por otro lado, puede tener lugar en virtud del acto libre de acceso a una institución como la función pública, o a

---

[32] *Coca Vila* (2016), 209-210, 276 ss., 288 ss.

[33] Con terminología algo diferente, *Silva Sánchez*, LH Figueiredo Dias, II, 2009, 983.

[34] Distinto, *Robles Planas*, InDret 4/2013, 1 ss.

una organización económica, que ya tienen preconstituido un programa de actuación; en estos casos, cuando se vulnera el vínculo generado, se ha hecho relativamente común hablar de la existencia de una infracción de deberes institucionales. De nuevo, en estos supuestos se lesionan deberes negativos cuando no se adoptan las medidas de aseguramiento de los bienes a cargo del sujeto. Sin embargo, en ellos también puede darse la omisión de conductas de mejora, de salvamento, en cuyo caso el deber infringido es positivo. Lo decisivo no es la naturaleza del deber infringido, sino la medida limitada de la autovinculación del sujeto. Estas dos nuevas clases de omisiones en principio no muestran una identidad normativa con la comisión activa, aunque existe discusión sobre cuán menor es su merecimiento de pena y sobre cómo debe afrontarse este problema *de lege lata* y *de lege ferenda*. En efecto, este grupo de situaciones conforma una categoría de omisiones que identifiqué a partir de 1986, denominándolas «omisiones (puras) de garante» o, sin más, «omisiones de gravedad intermedia»; entre ellas, por ejemplo, las contempladas en los arts. 195.3 y 196 CP español.[35]

Finalmente, existen —en tercer lugar— omisiones derivadas de la vincula- 22
ción mínima que resulta de la pertenencia a la comunidad. Estas últimas se refieren únicamente a la realización de conductas de salvamento. Es decir, en ellas se infringen deberes positivos. Las más relevantes son las omisiones de socorro y de impedir determinados delitos (art. 195 y 450 CP español). Sin embargo, existen otros deberes positivos generales más vinculados a la ciudadanía política, a los que se hace referencia más adelante.

3.3. La política legislativa de las omisiones

La lógica del esquema expuesto no debe conducir a infravalorar las posibili- 23
dades constructivas del legislador. En efecto, existen supuestos de la legislación vigente en los que, aunque el grado de auto-vinculación de un sujeto pueda caracterizarse como mínimo o medio, se establece una responsabilidad máxima de aquel. En realidad, esta es una característica que puede observarse de modo creciente en el Derecho penal económico. Así sucede, por ejemplo, en el caso del contribuyente que infringe los deberes de autoliquidación y declaración (art. 305.1 CP español), o en el empresario que infringe los deberes de retención de cuotas tributarias —o de la Seguridad Social— de sus trabajadores (arts. 305.1, 307.1 CP español). Como puede advertirse, estos deberes no son negativos ni tampoco organizativos. Por el contrario, son deberes positivos de apariencia institucional. Sin embargo, la institución tributaria es el Estado. A su vez, el acto organizativo mínimo de ingreso en la institución consiste sencillamente en desarrollar actividades sometidas a tributación propia o de terceros. Esto, a su vez, vincula a extranjeros residentes e incluso no residentes. Pues bien, esto muestra que el legislador puede equiparar la infracción de deberes

[35] *Silva Sánchez* (1986), 339 ss.; *el mismo*, FS Roxin, 2001, 644 ss.

impuestos unilateralmente por el Estado —vínculos pseudo-institucionales—, con la infracción de deberes derivados de actos de ejercicio de una libertad de organización fuerte. Ciertamente, ello puede criticarse *de lege ferenda* —si se quiere—, pero una dogmática *de lege lata* tiene que integrar estas situaciones en el sistema, lo que no es fácil.

3.4. La dominante doctrina binaria

24 Frente a toda esta serie de distinciones, la doctrina dominante y la jurisprudencia siguen adoptando una aproximación —y una terminología— binaria. Así, distinguen entre omisiones propias e impropias (terminología más común en Iberoamérica) o bien entre omisiones puras y comisión por omisión (terminología más común en España).[36] Por lo demás, ni siquiera está claro siempre a qué criterio responde la diferenciación, esto es, si alude a la estructura típica del delito o al problema de legalidad, o a ambas cosas. Con todo, tras mi propuesta de una tripartición de las omisiones, un sector doctrinal la ha acogido, asumiendo que existen omisiones de gravedad intermedia —omisiones de garante—.[37] Como luego se verá, estas se caracterizan por ser más graves que las omisiones puras, pero no alcanzan a merecer la misma pena que la comisión activa, aunque sean realizadas por un sujeto en posición de garante. A su vez, pueden ser puras o referidas a resultado.

III. EL CONCEPTO DE COMISIÓN POR OMISIÓN

1. GENERALIDADES

25 Se llama «comisión por omisión» —en Iberoamérica es más común la denominación de «omisión impropia»[38]— a la omisión en la que incurre un sujeto que ha adquirido el compromiso previo —expreso o concluyente— de neutralizar un determinado foco de riesgo.[39] En efecto, el sujeto de la comisión por omisión omite una neutralización que podría haber tenido lugar mediante conductas de aseguramiento de ese riesgo o, en última instancia, mediante actos de evitación del resultado lesivo que se derive de aquel riesgo —esto es, conductas de salvamento—. Esta omisión, debido a la adquisición de aquel compromiso previo, se reputa constitutiva de una injerencia lesiva en la esfera jurídica ajena —igual que lo es la conducta de comisión activa—. Así pues, la comisión por omisión designa una forma de infringir una norma de conducta basada en el principio *neminem laede*, que da lugar tanto a responsabilidad penal por el resultado típico como, en su caso, a responsabilidad civil por el daño producido. Como ya se ha indicado, el caso paradigmático de la comisión por

---

[36] *Gimbernat Ordeig*, LH Cerezo Mir, 2002, 685 ss.

[37] Referencias en *Estrada Cuadras*, ADPCP 2020, 528-529.

[38] Traducción literal de la denominación alemana: «*unechte Unterlassung*».

[39] *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 1994, 5 ss.; *el mismo*, RDPC 4 (1999), 550 ss.

omisión en la historia ha sido el de la madre que no amamanta al niño recién nacido, que muere de inanición.[40] En la actualidad, pueden mencionarse otros, más representativos del mundo socioeconómico: a saber, la omisión de control de un riesgo industrial o tecnológico por quien se ocupa de su inspección periódica. En efecto, si quien ha asumido esta función no la cumple, produciéndose un resultado lesivo, y se dan todos los demás requisitos de la figura, entonces cabe hablar de una realización típica en comisión por omisión.

2. LA DOCTRINA DE LA POSICIÓN DE GARANTE

2.1. Introducción. Las doctrinas causales-estructurales

Tradicionalmente el concepto de comisión por omisión se había construido **26**
desde una perspectiva funcional-axiológica. Es decir, la doctrina había intentado individualizar directamente los casos de omisiones que merecen la misma pena que la comisión activa. En cambio, esta perspectiva axiológica prescindía de la puesta en relación de las dimensiones estructurales-ontológicas de una y otra figura. Además, también se había prescindido de la dimensión exegético-legal, puesto que todavía no se había producido la codificación del Derecho penal. En efecto, el criterio decisivo era que recayera sobre el sujeto una obligación de actuar. Así, dada una obligación de hacer —*obligatio ad faciendum*—, se entendía que la omisión aparecía como una forma de acción —expresaba una «causalidad de la libertad» — y podía dar lugar a responsabilidad penal por un resultado.[41] Expresado de otro modo, se consideraba que la imposición previa de un deber de actuar al sujeto permite neutralizar su argumento —derivado de la noción de autonomía— de que es instrumentalizado para la mejora de otros a quienes él mismo no empeora.[42]

En cambio, el fundamento de la responsabilidad penal en comisión por **27**
omisión se hizo problemático desde el momento en que convergieron dos factores. Por un lado, la codificación, con el principio de legalidad y la progresiva identificación de la categoría de la tipicidad. Por otro, la interpretación causalista naturalista de la redacción de los tipos de los delitos de resultado de lesión —singularmente, del homicidio—. Es decir, un factor exegético-legal y otro estructural-conceptual. En efecto, la conjunción de ambos dejaba aparentemente a las omisiones fuera del ámbito de lo punible. Dada esta situación, a finales del siglo XIX tuvo lugar un considerable esfuerzo doctrinal tratando de ubicar en la noción de causalidad el elemento estructural común a la comisión activa y a la comisión por omisión. Esto no resultaba especialmente difícil para quienes acogieran un concepto lógico o jurídico-normativo de causalidad.[43]

---

[40] *Schaffstein* (1930/1932), 59, refiriéndose a las fuentes clásicas.

[41] Así, el hegeliano *Hälschner* (1858), 213-214. Esta tradición prosigue actualmente: *Kahlo* (2001), 183 ss.

[42] *Ferzan* (2017), 217 ss.

[43] Por ejemplo, para *Binding*, Normen, II, 2.ª, 1914, 555 ss.

Sin embargo, en aquel momento prevaleció una concepción empirista, para la que la omisión era un «no-ser».[44]

2.2. La doctrina funcional de la infracción del deber

2.2.1. La doctrina del deber jurídico-formal y su progresiva materialización

28 La irreductibilidad ontológico-estructural de la acción y de la omisión, de la comisión activa y de la comisión por omisión, constituyó el denominador común de las doctrinas más representativas de los primeros dos tercios del siglo XX.[45] Así, en la primera mitad del siglo XX dominó la idea de que la estructura de la omisión jurídicamente relevante incorpora el elemento de la infracción de un deber especial, una noción ya clásica. De este modo, la comisión por omisión sería una omisión cualificada por la infracción de un deber específico de gran intensidad, al que se denominó «deber de garante». Con todo, ello no habría resuelto el problema de legalidad de la sanción de las omisiones, si no hubiera sido porque la superación del naturalismo dio lugar a una concepción de los tipos de delito como integrados por términos de sentido y de valoración, sociales o jurídicos. Desde esta nueva perspectiva, «matar» ya no significaba causar empíricamente la muerte, sino realizar una conducta que tuviera el significado social o jurídico de matar.

29 En este contexto se recuperó una idea central de Feuerbach, relativa a la necesidad de un fundamento jurídico especial para la responsabilidad penal por omisión.[46] Así, sobre esa base, se construyó la doctrina denominada «de las fuentes» o «del deber jurídico-formal». Esta distinguía primeramente dos fuentes de deberes de actuar cuya infracción podía dar lugar a una comisión por omisión: la ley y el contrato. Sin embargo, enseguida se les añadió una tercera: la injerencia o actuar precedente antijurídico —entendida como fuente del deber especial de naturaleza jurídico-consuetudinaria—.[47] De este modo se sentaron las bases para una consideración de los delitos de comisión por omisión como delitos de infracción de un deber extrapenal. Sin embargo, ello suscitaba importantes problemas, derivados del formalismo de la construcción y de su consiguiente accesoriedad con respecto al ordenamiento jurídico civil y administrativo.

30 Así, la doctrina de los deberes formales fue criticada desde dos perspectivas opuestas. Por un lado, por ser demasiado amplia, pues asociaba la comisión por omisión a la infracción de cualquier deber formal extrapenal, lo que no tenía en cuenta el merecimiento cualificado de pena. Por otro lado, por ser

---

[44] A su vez, distintos entre sí, *Radbruch* (1903), 133 ss.; *Beling* (1906), 9 ss.

[45] *Radbruch* (1903); *Arm. Kaufmann* (1959).

[46] *Feuerbach*, Lehrbuch, 2.ª, 1803, § 24.

[47] Aunque la noción proviene de *Stübel* (1828), su reconstrucción tiene lugar casi un siglo después: *Traeger*, FG Ennecerus, 1913, 77 ss.; *M.E. Mayer*, PG, 1915, 237. En realidad, la injerencia antijurídica guarda cierta relación con la institución del *versari in re illicita*.

demasiado estrecha, pues impedía construir la comisión por omisión en casos de asunción fáctica de un compromiso de protección o entre los integrantes de comunidades fácticas de vida. En realidad, este enfrentamiento fue una manifestación más de los debates entre los partidarios de la accesoriedad del Derecho penal con respecto al Derecho público y privado y los de su autonomía. Los primeros defendían una línea de pensamiento formalista, mientras que los segundos se inclinaban por el pensamiento fáctico-económico o social. En este marco se sitúa precisamente la doctrina de la «posición de garante», expresión acuñada por Johannes Nagler (1876-1951) para designar la exigencia de una materialización de la comisión por omisión.[48]

En efecto, al inicio del segundo tercio del siglo XX gozaban de influencia 31
intelectual las visiones organicistas-estatistas de las relaciones interpersonales, de la sociedad y del Estado. Así, por un lado, estas concepciones dieron lugar a la tipificación de las infracciones de deberes positivos generales en los Códigos penales de muchos países. Por ejemplo, a la incriminación paradigmática de la omisión del deber de socorro (art. 195 CP español). Ahora bien, por otro lado, determinaron que la teoría de las fuentes experimentara una ampliación, mediante la consideración de deberes de origen social o derivados de relaciones de hecho. En definitiva, se consideró que la responsabilidad a título de comisión por omisión no era una cuestión de antijuridicidad formal, accesoria del ordenamiento extrapenal, sino ante todo de antijuridicidad material. Sin embargo, el desarrollo de estas concepciones, que acabaría conduciendo al sociologismo y al funcionalismo propio de los años sesenta y setenta del pasado siglo,[49] experimentó un cierto paréntesis —*sit venia verbo*— en virtud de una obra singular.

2.2.2. *El significado de la obra de Armin Kaufmann*

La obra de Armin Kaufmann se separaba de la línea de evolución polí- 32
tico-jurídica, pues pretendía abordar la dogmática de la omisión desde la perspectiva de la doctrina finalista de la acción y de su investigación previa sobre la teoría de las normas.[50] A partir de estas premisas, su conclusión fue que toda omisión —incluida la comisión por omisión— constituye un *aliud* ontológico, esto es, una forma del ser cuya estructura resulta inversa a la de la acción —o de la comisión activa—.[51] En efecto, en ella se da una negación de la acción, de la causalidad y de la finalidad, que subyacen a las normas de

---

[48] *Nagler*, GS 111 (1938), 59-61. En alemán, «*Garantenstellung*».

[49] *Philipps* (1974), 157, 162-163; *Rödig* (1986), 83.

[50] *Arm. Kaufmann* (1954).

[51] *Arm. Kaufmann* (1959), 87 ss., formulando el «principio de inversión». Según este, la relación entre acción y omisión da lugar a que las estructuras inversas (teoría de la tentativa/teoría del error) produzcan el mismo efecto jurídico, mientras que estructuras idénticas producen el efecto inverso. La crítica a la vigencia de este supuesto principio es general: *Philipps* (1974), 31 n. 32; *Silva Sánchez* (1986), 35 ss.; *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 28/3 n. 3.

prohibición. Ciertamente la omisión, que vulnera una norma de mandato, en algunos casos puede equivaler, en su contenido axiológico, a la comisión activa. Sin embargo, la relación de analogía valorativa existente entre ambas no obsta a que los tipos de injusto de la comisión activa y de la omisión impropia sean radicalmente distintos. Por tanto, estos últimos no pueden ser reconstruidos como «comisiones (por omisión)».[52] En efecto, en unos se trata de la infracción de una norma de prohibición y, en los otros, de la infracción de una norma de mandato.[53]

33 Desde este punto de vista, acción y omisión son conceptos ontológicos, que se caracterizan por su irreconducibilidad recíproca, y no conceptos normativos, pues para su comprensión no requieren la relación con ninguna norma.[54] Ahora bien, asimismo son irreconducibles las prohibiciones —que son infringidas por acción— y los mandatos —que son infringidos por omisión—. En fin, la cuestión de si los tipos legales de los delitos de resultado de la Parte Especial pueden comprender los tipos de injusto de comisión por omisión aparecía, en parte, oscura. Sin embargo, la doctrina de los «tipos (no escritos) de mandatos de garante»[55] conducía finalmente a un rechazo de esta posibilidad. En efecto, en el marco de esta construcción, los verbos de los tipos legales describen una acción o una omisión en sentido pre-normativo. En el caso del tipo legal de homicidio, el verbo «matar» describe (únicamente) una acción en sentido pre-normativo. Por lo tanto, a dicho tipo le subyace solo una norma de conducta prohibitiva de la acción (final) de causar la muerte, que no puede ser infringida por ninguna omisión. En términos de exégesis legal esto significaba que la comisión por omisión no podía ser subsumida en los tipos de delito de resultado de la Parte Especial del Código penal. Por lo tanto, la salvaguarda del principio de legalidad exigía que los tipos de injusto de comisión por omisión fueran objeto de una tipificación legal específica.

34 Los casos de comisión por omisión, concebidos como infracciones de mandatos de evitación del resultado, no se subdividieron atendiendo a la fuente del deber de garante, sino al contenido del deber en su relación con los bienes jurídicos. La pretensión era hallar indicadores de una relación con el bien jurídico análoga a la que puede existir en el ámbito de la comisión activa mediante la causalidad. De este modo surgió la difundida distinción entre, por un lado, los supuestos en los que el garante tiene una función de protección de un bien jurídico; y, por otro, aquellos en los que ostenta una posición de control de una fuente de peligro.[56] Entre los primeros se encuentran: (i) la estrecha vinculación familiar; (ii) la comunidad de peligro; y (iii) la asunción. Entre los segundos: (i) el control de cosas peligrosas; (ii) el control sobre

---

[52] *Arm. Kaufmann* (1959), 241.

[53] *Arm. Kaufmann* (1959), 257; *Schöne* (1974), 248 ss.

[54] *Arm. Kaufmann* (1982), 95 ss. Crítico, *Silva Sánchez* (1986), 35 ss.

[55] «*Garantengebotstatbestände*»: *Arm. Kaufmann* (1959), 259 ss.

[56] *Arm. Kaufmann* (1959), 283.

personas peligrosas; y (iii) la injerencia o actuar precedente peligroso. Esta concepción, junto con la doctrina de las fuentes, ha sido acogida en la gran mayoría de las exposiciones sistemáticas de la dogmática de la comisión por omisión del último medio siglo. Con todo, es preciso tener presente que la denominación de «doctrina de las funciones» puede inducir a error, pues no se trata de una construcción funcional o teleológica, sino derivada de la lógica de la omisión como forma de conducta.

2.3. La doctrina funcional de la equivalencia ético-social

El planteamiento mencionado fijó el marco formal de la discusión sobre los 35
delitos de comisión por omisión de la segunda mitad del siglo XX. En efecto, estos se construyeron como delitos de infracción de un deber de evitación del resultado, de modo que todo garante adquiría en virtud de su condición la cualidad de autor. Sin embargo, el punto de vista de Armin Kaufmann sobre la supralegalidad de la comisión por omisión no se impuso. En efecto, la doctrina alemana inmediatamente posterior admitió que los tipos legales de los delitos de resultado pueden contener dos tipos de injusto, uno de comisión activa y otro de comisión por omisión. Justo en este contexto se suscitó la necesidad de distinguir dos grupos distintos de omisiones de garante.[57]

En efecto, un primer grupo comprendía aquellas omisiones que tienen el 36
mismo «significado social» de una comisión activa. Estas son aquellas en las que la acción omitida se hallaba integrada en el funcionamiento del organismo social correspondiente, es decir, planificada. Por ejemplo, el caso de la madre que no alimenta al niño recién nacido, o el del funcionario guardabarreras que no las baja cuando va a pasar un tren. En un segundo grupo, en cambio, se hallan aquellas omisiones que no tienen el mismo significado de una comisión activa. Por ejemplo, la del padre que no salva a su hijo que se está ahogando o la del policía que no impide unos daños patrimoniales. Así, en el ejemplo del padre no se puede hablar de la concurrencia de un «matar», sino únicamente de la no evitación de un resultado de muerte. Ahora bien, estas omisiones de evitación que no significan «matar» pueden equivaler «en su desvalor ético-social» a la comisión activa. De este modo, la unidad del tipo legal no vendría dada por una cuestión de significado, ni de estructura jurídica, sino solo de valoración ético-social. Además, la omisión de evitación del resultado lesivo quedaría siempre por debajo de la comisión activa en términos cuantitativos. Por lo tanto, debería recibir una atenuación de la pena.

Así quedaban planteados los términos del debate en términos prácticamente 37
contemporáneos. Estos son, a saber: (i) que el ámbito de la omisión «significativamente idéntica» a la comisión activa y el de la omisión de un garante no coinciden, sino que el primero es más restringido; y (ii) que las omisiones

---

[57] *Roxin* (1963); *el mismo* (1972), 45 ss., 47, indicando que hay diversas clases de omisiones agravadas y que la comisión por omisión habría de reducirse a los casos de total equivalencia.

de un garante pueden llegar a ser valorativamente equivalentes a la comisión activa, pero que en general su desvalor es cuantitativamente inferior. Con todo, la discusión doctrinal se vio paralizada por la introducción en Alemania —en 1975— de la cláusula legal de equivalencia. Esta establecía por primera vez los requisitos de una correspondencia de la comisión por omisión con la comisión activa, fijando un modelo que tiende a imponerse en la legislación comparada.[58]

2.4. El regreso al método ontológico-estructural en las doctrinas del dominio social

38 La doctrina de la equivalencia ético-social puso de manifiesto que, en realidad, cabía distinguir dos casos de omisiones cualificadas que mostraban una sustancial diferencia entre sí. En efecto, un grupo de ellas era estructural o significativamente equivalente a la comisión activa; en cambio, el otro grupo tan solo era axiológicamente (funcionalmente) equivalente. Pues bien, ello dio lugar a la propuesta de reducir el ámbito de la comisión por omisión punible al primer grupo. En realidad, la pretensión era prescindir en él de la infracción del deber de garante y buscar la equivalencia estructural con la comisión activa en las posibilidades constructivas de la doctrina del dominio del hecho. Esta, en efecto, se fue difundiendo a lo largo del último tercio del siglo XX como el criterio básico de atribución de la autoría en los delitos de comisión activa (*cfr. infra* capítulo 16/58).

39 Esta opinión doctrinal sostuvo —y sigue sosteniendo hasta hoy— que el punto en común de la comisión activa y la comisión por omisión se halla en el plano ontológico —lógico-objetivo— y lo constituye la noción de «dominio» entendida en términos sociales.[59] A su vez, esta alude al conjunto de condiciones que determinan la dependencia de un bien jurídico con respecto a un sujeto y que, además, abren la posibilidad constante de actualización del dominio final sobre el hecho.[60] Ahora bien, esta posición tiene algo de paradójico, en la medida en que lo «social» parece conformar una ontología cambiante. Además, tal y como se define, el dominio social se revela como un dominio potencial (posibilidad de actualización del dominio final) y no actual. En todo caso, la idea es que el dominio social constituye el criterio rector de la realización típica y adopta, en la comisión por omisión, las variantes de «dominio sobre la causa —o razón— del resultado» y del «dominio sobre el desamparo (o la vulnerabilidad) de la víctima». En definitiva, se afirma que en ambas se ostenta un «poder sobre las condiciones esenciales de la lesión del bien jurí-

---

[58] El precedente del art. 40, II del CP italiano no era muy preciso: «*Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*».

[59] *Schünemann* (1971), 236 ss., 292 ss., 342 ss.; *el mismo* (1995), 72; *el mismo*, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 981 ss. Críticos *Huerta Tocildo* (1987), 129; *Dopico Gómez-Aller* (2006), 388 ss.; solo en parte, *Cuello Contreras*, InDret 1/2011, 1 ss.

[60] *Rueda Martín*, LH Schünemann, 2014, 439 ss.

dico», esto es, un control actual sobre el proceso lesivo comparable al propio de la comisión activa. Sentado esto, se concluye que la infracción de un deber de garante constituye un fenómeno extrapenal y contingente que, aunque la acompañe con frecuencia, no es constitutivo de la comisión por omisión.[61]

Este modelo, que sostiene que existe una identidad ontológico-estructural entre comisión activa y comisión por omisión, ha influido directamente en un sector de la doctrina española.[62] Como se ha anticipado, su *leit motiv* es el rechazo de la concepción de los delitos de comisión por omisión como delitos de infracción de un deber, construidos de modo accesorio a partir de la infracción de deberes extrapenales. Así se pretende producir una drástica restricción de la comisión por omisión que, en particular, conduce a la exclusión de su ámbito de casos como la injerencia —o actuar precedente peligroso—. Esto es, desde luego, correcto. Sin embargo, el criterio que propone es problemático. De entrada, como se ha indicado, cabe dudar si el dominio social refleja una situación de dominio fáctico sobre los procesos causales o, por el contrario, es un «dominio normativizado». Además, no es aceptable la extensión de su alcance a casos de dominio sobre la vulnerabilidad de la víctima. En efecto, estos —por ejemplo, el excursionista que se encuentra con un bebé abandonado en el bosque— comprenden posiciones sobrevenidas de monopolio de ayuda sin ningún requisito adicional. En fin, desde luego no cabe hablar de dominio en los casos en los que el riesgo ya se ha desencadenado y el sujeto tiene que hacer lo que pueda para evitar el resultado. Por ejemplo, en el caso de los médicos que atienden a las víctimas de una catástrofe, se da un compromiso de hacer frente a la vulnerabilidad cualificada de aquellas. Sin embargo, no cabe afirmar que aquellos tengan dominio alguno. 40

El criterio del dominio social no es capaz de fundamentar la responsabilidad en los casos en que el garante se encuentra con la comisión activa de un delito por parte de un tercero. Igualmente, tampoco lo puede hacer en aquellos en los que el garante intenta evitar el resultado, sin ostentar pleno control sobre el foco de riesgo. Por eso mismo, no puede dar cuenta de la intervención por omisión a título de participación —que obviamente no puede asociarse a ninguna forma de dominio—. Así, la consecuencia de la adopción de tal modelo ha sido que esta posición ha tratado de construir la participación por omisión sin dominio sobre el hecho, pero también sin recurrir a ninguna posición de deber. Sin embargo, de este modo no ofrece ningún criterio para distinguir, de entre los sujetos que no impiden la actuación delictiva de un tercero, quiénes son partícipes por omisión y quiénes se limitarían a cometer el delito de omisión de impedir determinados delitos de terceros (art. 450 CP español), o —más allá del alcance de este— quedarían impunes.[63] 41

---

[61] *Schünemann*, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 990.

[62] *Gracia Martín* (2001), 411 ss., 435 ss., 441 ss.; *Rueda Martín*, LH Schünemann, 2014, 439 ss.; *la misma*, InDret 1/2015, 1 ss.

[63] Sobre este último, *Dopico Gómez-Aller*, LH Arroyo Zapatero, 2021, 161 ss.

42 En realidad, como se verá, los delitos de comisión por omisión son mixtos. Por un lado, requieren la infracción de un deber, aunque este no tiene por qué ser formal, sino que puede tener un origen material —así, la existencia de una comunidad de vida o la conformación de una comunidad de peligro—. Sin embargo, esta condición necesaria no es suficiente, de modo que además se hace preciso un elemento organizativo, que tiene que ver con la asunción del riesgo por parte del sujeto activo.[64] Ciertamente, esta puede tener carácter expreso, implícito e incluso ser atribuido a quien se injiere de algún modo en la esfera de otro.

2.5. La unidad funcional de dos estructuras conceptuales diversas

43 Justo el camino inverso al de las doctrinas del dominio social —construir la omisión equivalente con base en un elemento propio de la comisión activa— ha sido el transitado por otras propuestas doctrinales. En efecto, estas han tratado de hallar en la comisión activa la estructura propia de la comisión por omisión; es decir, la existencia de una posición de garante y la infracción del correspondiente deber.[65] De este modo, lo decisivo del delito comisivo activo se ha acabado situando en la infracción —evitable— de un deber de garante. Sentado esto, la distinción radical entre los delitos se ha pretendido establecer entre las infracciones de deberes negativos (o de organización) y las de deberes positivos o institucionales —especiales y generales— (*cfr. supra* capítulo 8/87). Así, se ha sostenido que los deberes negativos pueden ser infringidos mediante comisión activa o en comisión por omisión, siempre en virtud de un acto de organización de la propia libertad. Esto sucede en los casos de asunción, de infracción de deberes de aseguramiento o de salvamento tras injerencia. A su vez, también los deberes positivos especiales, que surgen de la integración de un sujeto en una institución, se pueden lesionar en comisión activa o comisión por omisión. La infracción de deberes negativos y la de los deberes positivos especiales —pese a las diferencias dogmáticas existentes entre unos y otros— conducen a la atribución de responsabilidad por el respectivo resultado, así como a la aplicación de idéntico marco de penalidad. Por lo demás, sentada esta distinción fundamental, la diferencia entre la comisión activa y la comisión por omisión —dentro de cada uno de los dos grandes ámbitos mencionados—, es considerada superficial o «fenomenológica».[66]

44 Para comprender este planteamiento es preciso distinguir entre los conceptos de «redacción del tipo» y de «formas de realización típica». En efecto, para esta concepción no existen tipos legales de organización y de infracción de un deber positivo especial. Por el contrario, lo que sucede es que cualquier tipo legal es susceptible de ser realizado por «organización» y por «infracción

---

[64] Relativamente próximo, *Cuello Contreras*, InDret 1/2011, 1 ss.: es la estructura doble de todo delito; *el mismo*, LH Díez Ripollés, 2023, 771 ss.

[65] Ya *Herzberg* (1972), 207.

[66] *Jakobs* (1997), 347 ss., 350; *Sánchez-Vera* (2002), 120.

de un deber», en función de que el delito se cometa o no en el marco de un contexto institucional positivo —y no meramente negativo, donde rige la institución del *neminem laede*—. Ahora bien, de nuevo, el problema fundamental que suscita esta concepción es si la infracción de un deber de garante de ciertas características puede ser considerada suficiente para establecer su equivalencia con la realización comisiva activa del tipo. El marco teórico más propicio para ello lo ha pretendido proporcionar la construcción reciente que define todo delito —en términos político-republicanos— como la infracción del deber de cooperación del ciudadano con el Estado, en tanto que este es garante de las libertades individuales.[67] Tal ausencia de cooperación se manifiesta en la vulneración de una «competencia», esto es, de una posición objetiva de deber.[68] A su vez, las competencias se subdividen en las que son «de respeto» y las «de fomento». Estas últimas «no exigen solamente la salvaguardia de la integridad de un estatus jurídico preexistente, sino que reclaman al competente su ampliación, no solamente exigen respeto, sino también mejora».[69] Sin embargo, tampoco esta última propuesta concreta por qué razón procedería equiparar, en algunos casos, las vulneraciones de unas y otras competencias.

En realidad, estos modelos, en sus diversas variantes, menosprecian el hecho 45
evidente de que la conducta activa y la causalidad tienen un significado social y simbólico —y no son solo fenómenos naturales—. Por eso, reprochan constantemente a sus contradictores que incurren en «naturalismo». Sin embargo, los seres humanos somos corpóreos, nos movemos por el espacio y esto condiciona nuestra percepción de la realidad. Igualmente, la sociedad no es un constructo ideal-abstracto, sino que ocupa un lugar en el espacio, de modo que tiene una patente dimensión natural.

3. LA IDENTIDAD TÍPICA DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN Y COMISIÓN ACTIVA

3.1. Generalidades

La doctrina española en materia de comisión por omisión ha rechazado 46
mayoritariamente la adopción de la teoría del garante como criterio exclusivo de equivalencia con la comisión activa. Frente a ella, ha buscado criterios de realización directa de los tipos de la Parte Especial, con base en la estructura de la comisión activa. Así, como se indicó, algunos autores han buscado ese elemento estructural en el plano ontológico(-social) y lo han identificado en la idea de «dominio social típico».[70] Otros, en cambio, han pretendido construir una identidad no ontológica, sino ubicada en el plano normativo. A su vez, tal

[67] *Pawlik* (2012), 82 ss., 174 ss.

[68] En el original alemán: «*Zuständigkeit*».

[69] *Pawlik* (2016), 94.

[70] *Gracia Martín* (2001), 411 ss., 435 ss., 441 ss.; *Rueda Martín*, LH Schünemann, 2014, 439 ss.; *la misma*, InDret 1/2015, 1 ss.

identidad habría de ser doble: a saber, tanto axiológico-material como estructural. Para ello, se ha tomado como punto de partida la doctrina del «riesgo penalmente desaprobado».[71] En el contexto general de esta última posición se ha debatido si la posición de garante es un requisito necesario, aunque no sea suficiente, para la atribución de responsabilidad en comisión por omisión. Pues bien, un subgrupo de autores enmarcado en esta línea considera —de modo relativamente paralelo a quienes lo hacen desde la ontología del dominio— que tal posición es innecesaria, de modo que puede y debe llevarse a cabo una subsunción directa de la omisión en el tipo de la Parte Especial. A su juicio, esta subsunción directa se basa en que también en la comisión por omisión se crea un riesgo jurídico-penalmente relevante,[72] al desestabilizar un «foco de riesgo» cuyo control había sido asumido previamente por el sujeto.[73]

47 Aquí se acoge ciertamente la tesis de que la comisión por omisión es una forma de realización típica que requiere una identidad estructural y material de la omisión con la comisión activa.[74] Además, tal identidad no se produce ni en el plano empírico, ni en el lógico-real (ontológico extrajurídico), ni en el lógico-analítico. Por el contrario, se trata de una identidad que debe apreciarse en el plano normativo, lo que, a su vez, muestra tres dimensiones. Por un lado (i) es una identidad axiológica-teleológica. Por el otro (ii) es una identidad en el plano estructural de los conceptos dogmáticos.[75] En fin (iii) la identificación tiene que ser posible a la luz del lenguaje de la ley —el sentido del texto de la ley— (*cfr. supra* capítulo 7/124).[76] Sentado esto, la comisión por omisión encuentra su ubicación sistemática en la doctrina del comportamiento penalmente desaprobado —de la tipicidad *ex ante* de la conducta—. En suma, requiere que pueda afirmarse que la omisión del sujeto realiza el tipo de injusto del delito del que se trate.

48 Ahora bien, una omisión solo realiza el significado y el desvalor típico en virtud de la concurrencia de dos elementos: por un lado, la infracción de un deber cualificado; por el otro, la equivalencia de sentido con la comisión activa. En este contexto, la exigencia de apreciar de modo previo una posición de garante en el sujeto contribuye a evitar apresuradas asimilaciones de «sentido social». Como se ha indicado, estas fueron la causa histórica de la expansión de los delitos de omisión impropia en Alemania, tanto como lo fue, en el otro extremo, la doctrina del deber jurídico-formal. Por su parte, la exigencia adicional de una equivalencia de sentido permite neutralizar la

---

[71] Sobre la base de ideas previas de Schünemann, Gimbernat Ordeig y Luzón Peña, *Silva Sánchez* (1986), 359 ss.; *Gimbernat Ordeig*, RDPC 4 (1999), 525 ss.; *Dopico Gómez-Aller* (2006); *Luzón Peña*, Libertas 11 (2022), 43 ss.

[72] *Luzón Peña*, R. Foro FICP 2022-1, 14 ss.

[73] *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 1994, 5 ss.; *el mismo*, RDPC 4 (1999), 550 ss.

[74] Ya, *Silva Sánchez* (1986), 369 ss.

[75] *Silva Sánchez*, LH Queralt Jiménez, 2021, 365 ss.; *el mismo*, LH Reyes Echandía, 2022, 247 ss.

[76] Esta última dimensión la subrayan *Vives Antón* (2.ª, 2011), 583 ss.; *el mismo* (2017), 113 ss.; *Cuerda Arnau*, LH Vives Antón, I, 2009, 422 ss.; *Carbonell Mateu*, LH Octavio de Toledo, 2016, 37 ss.

tendencia expansiva inherente a la noción de infracción de un deber especial jurídico-formal o material.

3.2. Los elementos para la reconstrucción del concepto dogmático de comisión por omisión

3.2.1. La aproximación metodológica

Para construir la figura dogmática de la comisión por omisión es preciso 49
operar argumentando conforme a las tres perspectivas que, de modo constante, se vienen identificando como propias de la elaboración conceptual en Derecho penal —y, en general, en Derecho— (*cfr. supra* capítulo 7/124). En primer lugar, debe justificarse desde perspectivas axiológico-teleológicas de merecimiento de pena. En segundo lugar, ha de mostrarse capaz de integrar la dimensión estructural-conceptual de las omisiones. Ciertamente, esto puede referirse a una ontología pre-jurídica —lógico-material o lógico-analítica (de filosofía del lenguaje)—. Sin embargo, aquí se orienta a una estructura dogmática jurídico-penal. Así, debe poder afirmarse que la omisión en cuestión está desaprobada por la norma de conducta, al tiempo que constituye una realización típica paralela a la comisión activa. Por eso es preciso que en ella se den los presupuestos de un riesgo típicamente desaprobado, así como de la imputación objetiva del resultado a tal riesgo. En tercer lugar, la construcción alcanzada debe ser compatible con la regulación lingüística-legal, contenida tanto en los tipos de la Parte Especial como, allí donde esta se dé, en la regla legal de correspondencia, normalmente contenida en la Parte General de los códigos penales.

3.2.2. El elemento de exégesis legal

3.2.2.1. Los verbos típicos como expresivos de acciones causales

Como se ha indicado, a finales del siglo XIX se consolidó la doctrina de 50
que en la comisión por omisión es imposible hallar un movimiento corporal causante del resultado. Ello condujo a la conclusión de que en este ámbito solo es posible, a lo sumo, hablar de una «causalidad» en sentido jurídico, centrada en la infracción de un determinado deber. Ahora bien, la tesis adicional de que los tipos de delito de la Parte Especial del Código penal describen procesos de causación activa del resultado condujo a concluir la imposibilidad de integrar cualquier forma de omisión en aquellos. Con todo, este punto de vista ha tenido dos variantes. Así, en primer lugar, la que entiende que los tipos legales de los delitos de resultado están circunscritos a acciones —infracciones de prohibiciones— que además son causales del resultado en sentido real-metafísico. Desde esta perspectiva, no es solo que las omisiones no sean típicas, sino que tampoco lo son las interrupciones de cursos causales salvadores. En realidad, ni siquiera lo son algunas comisiones activas, pues

en ellas no cabe constatar una relación de causalidad eficiente. En segundo lugar, se da la posición que sostiene que los tipos legales están circunscritos a acciones —infracciones de prohibiciones— causales del resultado en sentido no real-metafísico, sino lógico. Desde este punto de vista, son típicas todas las comisiones activas y las interrupciones de cursos salvadores, pues unas y otras son acciones. En cambio, no lo son las omisiones de evitación del resultado, por muy cualificada que sea la posición del sujeto que omite. En efecto, aunque sean causantes del resultado en sentido lógico, no cabrían en el tenor literal del tipo, precisamente por ser omisiones.

51 Así pues, la adopción de una cualquiera de las dos mencionadas variantes conduce a sostener que los tipos de injusto de la comisión por omisión son tipos no escritos y ajenos a los tipos legales, en los que únicamente se expresa el injusto de la comisión activa. Por lo tanto, unos y otros solo tienen en común el marco legal punitivo.[77] En los mencionados tipos de injusto no escritos de comisión por omisión se describe la infracción del mandato de evitación del resultado típico por parte de un garante. Ahora bien, esta última muestra una simple equivalencia en cuanto al merecimiento de pena con las conductas típicas de comisión activa. Por lo tanto, cualquier sanción de una omisión a partir de las penalidades de los tipos escritos —ceñidos a la comisión activa—, se expone al reproche de la analogía *contra reo.*

52 Esta posición conduce a proponer una tipificación de la comisión por omisión en tipos determinados de la Parte Especial, para evitar toda posible objeción desde la perspectiva del principio de legalidad y del mandato de determinación. Como mínimo, exige la introducción de una norma de conversión en la Parte General, a fin de salvar los referidos obstáculos de legalidad. Esta última fue la tesis que se impuso en el proceso alemán de reforma del Derecho penal —desarrollado en los años cincuenta y sesenta del siglo XX— y generó el § 13 del Código penal vigente en aquel país. A su vez, este ha servido de modelo para cláusulas más o menos similares existentes en otros países.

3.2.2.2. Los verbos típicos como expresivos de procesos causales lógicos

53 Una posición opuesta a las dos anteriores interpreta el tenor literal de los tipos de los delitos de resultado como descripciones de procesos de causación del resultado respectivamente típico. Sin embargo, acogiendo una concepción de la causalidad como relación no empírica-real, sino lógica, afirma que toda omisión de evitación de un resultado lo causa. Así las cosas, la conclusión es que toda omisión de evitar el resultado típico —tanto si incurre en ella un garante como un no garante— es, a su vez, típica. Lo que ocurre es que tal omisión solo es, además, antijurídica si concurren determinados elementos que fundamentan un deber específico de actuar.[78] En definitiva, solo el garante

---

[77] *Arm. Kaufmann* (1959), 272 ss.

[78] *Beling* (1906), 164-165, 224-225 n.1; ahora, *Yaffe* (2017), 202-203.

infringe una norma de mandato, de modo que la exigencia de un deber de garante cumple una función restrictiva.

3.2.2.3. La perspectiva significativa permanentemente adoptada en la tradición

54 La reducción de los tipos de la Parte especial a acciones, en un determinado sentido ontológico, no es realista. En realidad, los verbos de los tipos de delitos de resultado —por ejemplo, «matar»— no tienen un significado ni empírico-descriptivo, ni lógico-formal, sino adscriptivo de un sentido social y jurídico, en primer lugar, y valorativo, en segundo lugar. Ahora bien, tampoco cabe afirmar que cualquier omisión de evitar la muerte —por mucho que equivalga en términos lógicos a producirla activamente— signifique y pueda ser desvalorada como un «matar». Por lo tanto, ninguna de las posiciones anteriores se corresponde ni con el uso ordinario del lenguaje, ni con su uso técnico-jurídico. A este respecto, la tradición es inequívoca. Ya antes de la introducción de las cláusulas legales, allí donde estas existen, los delitos de comisión por omisión se castigaban con base en una interpretación de los tipos legales de los delitos de resultado. Del mismo modo, siguen siendo castigados en los sistemas legales donde no existen cláusulas de equivalencia. Ciertamente, esta práctica ha sido criticada por un sector minoritario de la doctrina, con base tanto en argumentos de una teoría de la acción y de las normas, como derivados del principio de legalidad.[79] Sin embargo, ello no ha impedido una práctica judicial constante en todos los países.

55 Los tribunales constitucionales que se han pronunciado sobre esta cuestión han sostenido de modo unánime que el fundamento de la sanción de la comisión por omisión se halla en los tipos de la Parte Especial. Así, la jurisprudencia española tradicional había aplicado la comisión por omisión desde siempre, si bien de forma muy restrictiva, ciñéndose fundamentalmente a los casos de delitos imprudentes y a algunas formas de complicidad dolosa por omisión. Sin embargo, acogió de modo explícito la doctrina de la comisión por omisión de cuño alemán al menos desde la STS de 10 de abril de 1981. Además, en sus pronunciamientos contemporáneos, sigue considerando que la comisión por omisión era punible antes de la introducción de la cláusula de equivalencia del art. 11 CP en 1995, pues ya entonces se encontraba comprendida en el tenor literal de los tipos de la Parte Especial.[80] Pues bien, esta posición fue avalada por el Tribunal Constitucional.[81] Así las cosas, la cuestión no es si las omisiones pueden realizar los tipos de la Parte Especial, sino determinar qué omisiones los realizan y cuáles, no.

---

[79] *Arm. Kaufmann* (1959); *Schöne* (1974); *Huerta Tocildo* (1987), 63-64, 161-162, 186 ss.; *Zaffaroni*, LH Barbero Santos, 1, 2001, 1389 ss.; *Cerezo Mir*, PG, 2008, 982-983; *Contesse* (2017), 24 ss.; *Niño*, LH Luzón Peña, I, 2020, 841 ss. En contra, *Beling* (1906), 119, 225; *Nino*, LL-A 1979-C, 816; *Silva Sánchez* (1986), 359 ss.; *el mismo*, LH Quintero Olivares, 2018, 459 ss.

[80] STS 870/2014, de 18 de diciembre.

[81] STC 154/2002, de 30 de septiembre.

3.3. Los elementos dogmático-estructurales

3.3.1. La teoría de las normas

56 El elemento dogmático-estructural de la comisión por omisión puede venir dado por una teoría de la acción, o por una teoría de las normas, así como por las derivaciones que se extraigan de estas. Como se ha indicado, aquí se asume una doctrina de las normas de conducta como prescripciones *ex ante*, lo que se integra con las doctrinas del riesgo penalmente desaprobado y de la imputación objetiva del resultado. Pues bien, la norma de conducta que subyace al tipo legal de los delitos de resultado no es solo una prohibición.[82] En efecto, no existe ninguna regla en cuya virtud haya que decir que el término «matar» del tipo legal de homicidio designa una clase de acciones que infringen una prohibición. También puede designar una clase de acciones que consisten en la infracción de un mandato y cuyo sentido es, por tanto, el de omisiones.[83]

57 Así, desde un punto de vista lógico:

(i) (Pa) significa prohibido realizar una acción «a» que tenga el sentido de matar.

(ii) (Ob) significa obligatorio realizar una acción «b» determinada, de modo que su infracción «b» es una omisión.

(iii) Ahora bien (Ob) = (P b), es decir, obligatorio «b» es igual que prohibido «b» (la omisión de b), dado que los operadores deónticos de prohibición y mandato son sustituibles.[84]

(iv) Sentado ello, si «b» = «a», es decir, si la omisión de «b» se corresponde en términos no solo valorativos, sino también dogmático-estructurales y lingüísticos con la realización de «a»,

(v) entonces «(Pb) = (Pa)».

58 Como se advierte, lo decisivo es cuándo «b» = «a». Al respecto, el punto de partida correspondiente a la tradición es que existen omisiones que vulneran deberes de garante y otras que no lo hacen. Ahora bien, esa misma tradición ha ido poniendo de relieve que no todas las omisiones que vulneran deberes de garante —tanto si estos son jurídico-formales, como sociales-materiales— infringen el mandato que, junto a la prohibición correspondiente, subyace a los tipos de los delitos de resultado de la Parte Especial. En efecto, a tales tipos de descripción positiva no les subyacen solo prohibiciones, sino también mandatos, que a su vez requieren una autovinculación previa. Por regla general, esta es una autovinculación relativa al aseguramiento de riesgos; sin embargo, también comprende supuestos de autovinculación relativa al salvamento de

---

[82] Críticos, Radbruch y Armin Kaufmann. Réplica en *Silva Sánchez* (1986), 35 ss.

[83] *Silva Sánchez* (1986), 158 ss.; *Gimbernat Ordeig*, LH Cerezo Mir, 2002, 687 ss.

[84] Igual que «Pa = Oa».

bienes sometidos a un peligro ya descontrolado. Este último no es objeto de un deber de no empeoramiento, sino de un deber de mejora, pero ello no obsta a establecer la equivalencia.[85]

3.3.2. La doctrina del riesgo intersubjetivamente desaprobado

3.3.2.1. Lo común a la comisión activa y a la comisión por omisión

59 La norma subyacente al tipo de homicidio reza: no realices una conducta que tenga el significado y el desvalor propio de «matar». Además, como se ha indicado, en los delitos de comisión activa ello se traduce en una concepción de la tipicidad en los términos de la doctrina del comportamiento desaprobado y de la imputación objetiva del resultado (*cfr. supra* capítulo 10; *infra* capítulo 14). Pues bien, estas mismas dos doctrinas deben aplicarse a los casos de la responsabilidad penal por omisión. Así, en los casos de no evitación de un resultado de muerte, la lesividad material de la comisión por omisión se vincula a la posibilidad de concebirla como un «matar», es decir, como un supuesto de conformación de un riesgo penalmente desaprobado, capaz de soportar la imputación objetiva de un resultado de muerte. Por tanto, en primer lugar, una omisión solo puede ser considerada conducta típica según los tipos de los delitos de la Parte Especial cuando constituye una conducta que puede ser objeto del juicio de atribución de significado y de desaprobación típica. Ahora bien, ello requiere que el sujeto omitente ostente una posición especial con respecto al correspondiente riesgo típico.

60 El fundamento de la comisión por omisión radica en la naturaleza relacional del ser humano. Ciertamente, esta abre la posibilidad de que las propias acciones lesionen bienes de terceros. La primera premisa es que, a partir del momento en que dejan de estar sometidas a la tutela de otras, todas las personas ostentan una posición de garante por sí mismas. En primer lugar, esto significa que tienen el deber de informarse de las posibles consecuencias lesivas de sus acciones. En segundo lugar, que, advertida la peligrosidad de una conducta, tienen el deber de abstenerse de su realización. Pues bien, este deber de auto-aseguramiento es el que subyace a la responsabilidad por las propias conductas de comisión activa. Así, en sentido amplio cabe afirmar que la responsabilidad por los propios actos lesivos se halla fundada también en una posición de garante. En esa medida, esta es común a la comisión activa y a la comisión por omisión. Sin embargo, tal sustrato común todavía no permite fundar la responsabilidad por las consecuencias de la propia conducta. En efecto, tal responsabilidad no se basa solo en la posición de garante primigenia del sujeto, sino también en la conducta misma. Así, la realización de una conducta con idoneidad lesiva aparece en la relación interpersonal como una alteración del *statu quo*, es decir, como una interrupción del normal devenir natural y humano.

---

[85] *Silva Sánchez*, LH Quintero Olivares, 2018, 459 ss.; distinta, *Huerta Tocildo* (1987), 67.

61 Sin embargo, lo anterior no es lo cotidiano en la relación interpersonal. Por el contrario, lo que se manifiesta a diario como efecto de la interrelación humana es la existencia de vínculos, innatos o adquiridos en ejercicio de la propia libertad de acción. En efecto, la apertura y la libertad humanas establecen de modo constante vías de relación y de cooperación, con el fin de producir bienes recíprocos y de contribuir además al bien común. En efecto, el surgimiento de un vínculo innato —por ejemplo, la relación paternofilial natural— amplia *eo ipso* dicha esfera a la propia de la persona especialmente vulnerable y dependiente. Además, al adquirir compromisos, cada persona ejercita su libertad positiva en relación con las demás, a las que se vincula uniéndose mediante la promesa: *cum promisso.* Ahora bien, la consiguiente extensión de la propia esfera de acción genera la posibilidad de incurrir en responsabilidad por la no intervención frente a procesos naturales o humanos lesivos de terceros. Ciertamente, el compromiso adquirido frente a otro u otros modifica radicalmente la realidad normativa, hasta el punto de que aquello a lo que se ha comprometido una persona se tiene por cosa suya. Entonces, el incumplimiento de la promesa se considera lesivo de los bienes de la persona receptora de la promesa —de la libertad negativa de esta, en la terminología liberal—.[86]

3.3.2.2. La relevancia de los compromisos

62 El compromiso genera una dependencia en el sujeto beneficiado por aquel, que confía en que se cumpla. Sin embargo, también da lugar a la confianza de otros terceros. Así, la adquisición de un compromiso de control o de minimización de riesgos para terceros extiende la posición de garante —inicialmente circunscrita a la propia persona, y a los dependientes de modo innato— a un «cuerpo social» más amplio. En definitiva, el riesgo a cuya contención se comprometió el sujeto, pasa a integrarse en su esfera jurídica en términos normativamente idénticos a los riesgos que aquel genera por vía activa. Esto vale también para el intento de contención de riesgos ya desencadenados, en la medida en que el compromiso haya sido adquirido libremente por un sujeto.

63 Es importante subrayar que el compromiso no es algo que se contraiga en un momento determinado y permanezca estático, sino que se adquiere y se va actualizando. Así resulta que en la comisión por omisión se da la manifestación simultánea y contradictoria del mantenimiento de un compromiso y su efectivo incumplimiento. Ciertamente, en el contexto de los compromisos adquiridos debe admitirse la posibilidad jurídica de una desvinculación. Sin embargo, los términos de esta posibilidad deben matizarse. En efecto, la desvinculación del garante solo puede tener lugar de modo jurídicamente lícito si el estatus de los bienes jurídicos afectados por ella se mantiene incólume. La razón que fundamenta el injusto de los «delitos de abandono», en sus diversas

[86] Próximo, *Pawlik* (2012), 185.

configuraciones, es precisamente una desvinculación que empeora el *statu quo ante* del bien jurídico.

En definitiva, el garante solo responde en comisión por omisión cuando ha **64**
prometido de forma expresa o implícita velar por una esfera ajena de bienes (se ha «comprometido») y, obrando como administrador de ella, se comporta de modo desleal. Es decir, traiciona la promesa y, al tiempo, la confianza del sujeto afectado. En la medida en que es el administrador (desleal) de esa esfera jurídica ajena, la agrede desde dentro, es decir, habiéndola integrado ya en su propio ámbito de organización.[87] Por lo tanto, ello sucede de modo diferente al de quien la agrede desde fuera. Sin embargo, no por ello se trata de un caso diferente, sino solo de una variante de infracción de la prescripción del *neminem laedere*. En este punto, la propuesta que se efectúa aquí recoge lo esencial de planteamientos clásicos.[88] En primer lugar se produce una acción previa en cuya virtud se asume la contención —en la medida de lo posible— del proceso lesivo. El sentido de esa acción del sujeto es colocarse como garante, esto es, como condición impeditiva del resultado. Esto es mucho más que infringir un deber jurídico formal y, de hecho, puede ser independiente de que el deber formalmente exista. Entonces, en segundo lugar, el levantamiento voluntario del freno con respecto al proceso lesivo, con la liberación de las fuerzas hasta entonces controladas, da lugar a la comisión por omisión.

3.3.2.3. El empeoramiento del estatus del bien jurídico como riesgo desaprobado

La adopción de un compromiso previo de neutralización de riesgos o de **65**
salvaguarda mejora la posición del bien jurídico. Sin embargo, paradójicamente también sienta las bases de que su posición empeore, pues, al generar confianza —normativa, contrafáctica—, incrementa su dependencia con respecto a quien se ha comprometido. En este contexto, la omisión empeora el estatus del bien jurídico, pues permite que se suscite un riesgo desaprobado al que cabe imputar el resultado lesivo. Un sector de la doctrina española exige para la comisión por omisión que el riesgo asumido sea uno que el garante tenga controlado de modo seguro.[89] En efecto, entiende que solo en tal caso puede considerarse que la omisión es plenamente equiparable a la comisión activa, en la medida en que es ella misma la que crea o incrementa el riesgo. Sin embargo, esta posición identifica dos problemas distintos. El primero es que un garante, para que su omisión sea exactamente idéntica a la comisión activa, tiene que haber integrado el proceso lesivo en su esfera de organización. El segundo, completamente distinto, es que ello exija que haya integrado el control absoluto del riesgo de que se trate. Es decir, que

---

[87] *Silva Sánchez* (1986), 369 ss.

[88] *Binding*, Normen, II.1, 2.ª, 1914, 557 ss.

[89] *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 2000, 29 ss.; *Luzón Peña*, Libertas 11 (2022), 43 ss.

esté en condiciones de garantizar la incolumidad del bien jurídico frente a los riesgos a su cargo. Lo primero es absolutamente necesario para la comisión por omisión. Lo segundo, no. Ningún guardaespaldas puede garantizar que, si empeña todo su saber, el líder político no será asesinado. Igualmente, nadie piensa que los inspectores de instalaciones peligrosas garantizan que su buen obrar impedirá todo accidente. Pues bien, esto significa que, en muchos casos de comisión por omisión, como en la vida misma, no es *ex ante* segura la posibilidad de que el sujeto evite el resultado si actúa. Por lo tanto, para apreciar una comisión por omisión basta con que *ex ante* no sea segura la imposibilidad de evitación. Es decir, con que exista alguna posibilidad de evitación *ex ante*, de modo que no aprovecharla dé lugar a una pérdida de oportunidades para el bien jurídico.

66 El desarrollo de esta dualidad durante el último tercio del siglo XX condujo a una distinción material que sigue siendo muy importante. A saber, la que separa los casos en los que el sujeto tiene un deber de aseguramiento y aquellos en los que tiene un deber de salvamento o amparo.[90] Ciertamente, el primero es un deber negativo; en cambio, el segundo es positivo. Con todo, el supuesto de asunción específica de un compromiso de salvamento equivale a aquel en el que el riesgo se genera en la organización del sujeto. Lo decisivo es el compromiso, de modo que las diferencias en cuanto a la seguridad del proceso tienen naturaleza cuantitativa y deben considerarse en la medición de la pena (*cfr. infra* capítulo 14/113).

3.4. El elemento axiológico-teleológico: los criterios del merecimiento de pena

67 La determinación de la equivalencia axiológica de ciertas omisiones con la comisión activa no solo tiene una dimensión estructural-conceptual, sino también otra contextual, sociocultural y legislativa. Esto último puede determinar que sean muchas las omisiones que se consideran «equivalentes». Por ejemplo, en una sociedad gravemente amenazada por un enemigo exterior —una comunidad de peligro— la omisión de asistencia recíproca entre sus miembros puede alcanzar la misma gravedad de una agresión. Igualmente, en una sociedad organicista cabe que la omisión general de socorro se estime equivalente a la causación activa de una lesión. En fin, el legislador puede equiparar omisiones y comisiones activas prescindiendo de las consideraciones dogmático-estructurales mencionadas —y de hecho lo hace. En definitiva, la mera consideración genérica del merecimiento de pena no permite una delimitación acabada del ámbito de las omisiones equiparables a la comisión activa. Como se ha indicado, ha sido relativamente común sostener sencillamente que la omisión contraria a un deber especial del agente equivale a la realización comisiva activa correspondiente.

---

[90] *Herzberg* (1972); *Dopico Gómez-Aller* (2006), 767 ss., 867 ss.

IV. LA ESTRUCTURA DEL TIPO DE COMISIÓN POR OMISIÓN

1. GENERALIDADES

El concepto de comisión por omisión comprende aquellas omisiones que realizan el tipo de los delitos de resultado de la Parte Especial cumpliendo los requisitos de la cláusula general del art. 11 CP español. Por lo tanto, no es esta regla la que da cobertura legal a la atribución de responsabilidad a título de comisión por omisión, sino el respectivo tipo de delito. Así, los presupuestos de la realización de un tipo de delito en comisión por omisión son: (i) una situación típica, en la que concurre un peligro frente al que no se realiza la conducta de neutralización o minimización; (ii) la infracción de un deber de actuar para la evitación del resultado (que requiere la capacidad y exigibilidad de actuar *ex ante*); (iii) la identidad típica de esa infracción con la comisión activa del tipo respectivo —doctrina del comportamiento desaprobado—; y (iv) un juicio *ex post* de imputación objetiva del resultado producido. A continuación, se examinan los tres elementos que pertenecen a la doctrina de la conducta penalmente desaprobada de omisión. Por su parte, los criterios de imputación objetiva del resultado, tanto en los delitos de comisión por omisión como en los de comisión activa, se examinan *infra* capítulo 14. 68

2. LA CONDUCTA PENALMENTE DESAPROBADA

2.1. La situación típica

2.1.1. La situación de peligro

Existe amplio consenso en que la situación típica propia de la comisión por omisión viene dada por los siguientes elementos: (i) un riesgo para el bien jurídico; (ii) la capacidad del sujeto para realizar una conducta de neutralización de ese riesgo o de evitación del resultado; (iii) la ausencia de realización de la conducta adecuada; y (iv) la concurrencia de los presupuestos de una posición de garante. A este respecto, debe tenerse en cuenta que estos elementos son únicamente los propios de la conducta desaprobada de autoría de la comisión por omisión consumada. En efecto, ni en la conducta de tentativa imperfecta ni en la de participación en comisión por omisión puede hablarse propiamente de que ya exista una situación de peligro. 69

El riesgo para el bien jurídico puede encontrarse en distintos estadios. En concreto, puede ser un riesgo todavía susceptible de ser controlado por el sujeto o ya descontrolado, pero en una situación en la que aún es posible *ex ante* evitar el resultado. En efecto, en primer lugar, el compromiso de un garante puede concretarse en la asunción de la neutralización de un riesgo que tiene perfectamente bajo control. En tal caso, su omisión consiste en la infracción de un deber de aseguramiento —o, en otra terminología, en la infracción de una prohibición de empeoramiento—. Sin embargo, también cabe que el compromiso del garante se concrete en la asunción de hacer todo 70

lo posible para la evitación de resultados derivados de riesgos descontrolados —con respecto a los que solo caben conductas de mejora de la situación—. En tal caso, la omisión consiste en la infracción de un deber de salvamento —o, en otra terminología, en la infracción de un mandato de mejora—. Esto plantea el problema derivado de la distinción entre deberes de aseguramiento y deberes de salvamento. Tal separación es conceptualmente posible, aunque en un caso concreto resulte difícil la determinación de si cabe aún cumplir con el deber de aseguramiento o ya solo es posible cumplir con un deber de salvamento. Esta distinción tiene que ver con el problema de la perfección, o no, de la tentativa (*cfr. infra* capítulo 15/46).

2.1.2. La capacidad de realización de la conducta indicada

2.1.2.1. La noción de capacidad

71 La atribución a una conducta del sentido de la realización típica en comisión por omisión requiere que el sujeto disponga de la capacidad de realización de la acción indicada. A su vez, esta capacidad muestra diversas dimensiones. Por un lado, una de naturaleza psico-física, que se concreta en la posibilidad de percibir sensorialmente la situación típica y de realizar un movimiento corporal determinado.[91] Sin embargo, por otro lado, tiene también una dimensión intelectual. En efecto, esta requiere la capacidad de interpretar las reglas en virtud de las cuales cabe desentrañar el significado de los datos empíricos. Así, quien carece de esta capacidad de modo permanente o episódico no se encuentra en error, sino que ni siquiera realiza el tipo objetivo.

2.1.2.2. La capacidad de disminuir el riesgo

72 Desde una perspectiva *ex ante*, la conducta indicada es aquella que todavía aparece como idónea para evitar el resultado. Ahora bien, esta expresión comprende también aquella que se muestra capaz de disminuir la probabilidad de su producción, retrasar de modo relevante el momento de esta, o rebajar la cuantía del daño si este es cuantificable. Esto significa que, cuando cabe realizar una conducta apta para disminuir el riesgo —es decir, para rebajar la medida de probabilidad, de rapidez y de gravedad de la lesión—, existe el deber *ex ante* de actuar. Del mismo modo, existe el deber de no impedir cursos salvadores que muestran la aptitud para disminuir el riesgo de cualquiera de esas tres maneras. Por lo tanto, para que una conducta tenga un sentido de omisión es preciso que no quepa descartar *ex ante* dicha capacidad —por mínima que sea— de disminución del riesgo.

73 Esto pone de relieve la incorrección del planteamiento que sostiene la existencia de un deber de actuar incluso cuando se descarta *ex ante* que el sujeto pueda evitar el resultado. En efecto, esta posición pretende distinguir entre

[91] *Kindhäuser*, GA 1982, 477 ss.; *Vogel* (1993), 71; *Valiente Iváñez*, RECPC 2020, 16 ss.

los casos en los que existe «capacidad de evitación» y aquellos en los que se da la mera «capacidad de dificultar» la producción del resultado. A propósito de estos últimos se sostiene que la conducta es punible a título de participación.[92] En realidad, como se ha indicado, una omisión está desaprobada siempre que el sujeto puede actuar de modo razonablemente orientado a disminuir el riesgo *ex ante* para el bien jurídico. Cuestión distinta es si, una vez que el sujeto no actúa, el juicio *ex post* permite imputar un resultado que se advierte entonces como inevitable. Como luego se verá, en estos casos la conducta debe considerarse típicamente relevante y el resultado, a su vez, objetivamente imputable siempre y cuando pueda afirmarse que se han disminuido las oportunidades del bien jurídico. Sin embargo, la medida de pena debe ser atenuada. Por su parte, la distinción entre autoría y participación por omisión responde a otros criterios.

2.1.3. La exigibilidad de la conducta indicada

74 Se discute si el requisito típico de la capacidad de realizar la acción *ex ante* indicada debe comprender no solo la «posibilidad» de actuar sino, además, la «exigibilidad» jurídica de hacerlo. A este respecto, un sector doctrinal considera que la exigibilidad solo puede ser tenida en cuenta —también en los delitos de omisión— en el ámbito sistemático de la culpabilidad, esto es, en el marco del denominado «estado de necesidad exculpante» (*cfr. infra* capítulo 26). Sin embargo, todo parece indicar que en los delitos de omisión las consideraciones de exigibilidad operan de modo transversalmente en el sistema.[93] Un indicio de ello es que, en la redacción vigente en España del delito de omisión del deber de socorro, la conducta no es ni siquiera típica si la realización de la conducta de socorro conllevaría un riesgo propio o de tercero (art. 195 CP español).[94] Ciertamente, dicha transversalidad no es distinta de la que cabe apreciar en la comisión activa, donde la proyección regulativa de la exigibilidad se percibe en todos los niveles sistemáticos.[95] Lo que sucede es que en los delitos de comisión por omisión resulta aún más patente.[96] Así, en primer lugar, cabe que el propio alcance de la posición de garante se redefina atendiendo a consideraciones de exigibilidad. En segundo lugar, es posible que la vulneración del deber de garante, aunque exista, no sea típica. Sin embargo, ello no significa que la exigibilidad sea un elemento de la capacidad de acción. Por el contrario, lo que produce la inexigibilidad de la realización de una conducta posible es que su omisión no resulte penalmente típica.[97]

---

[92] *Ranft*, ZStW 97 (1985), 270 ss.: cooperación por omisión; *Portilla Contreras*, LH Gimbernat Ordeig, II, 2008, 1519 ss. Esta propuesta deja abierto el tratamiento de las situaciones en las que, pudiendo solo dificultar su desarrollo, se omite actuar frente a un foco de peligro natural.

[93] *Stree*, FS Lenckner, 1998, 399 ss.

[94] *Sola Reche*, LH Cerezo Mir, 2002, 993 ss.; *Bustos Rubio*, CPC 112 (2014), 95 ss.

[95] *Henkel*, FS Mezger, 1954, 289 ss.

[96] *Silva Sánchez* (1986), 308-309. Distinta, *Rueda Martín*, LH Huerta Tocildo, 2020, 577 ss.

[97] STS 600/2009, de 5 de junio.

75 En efecto, la exigibilidad constituye un criterio delimitador de la relevancia típica de las omisiones. En el caso concreto de la comisión por omisión, permite afrontar ya en la tipicidad algunas de las colisiones existentes entre la pretensión que deriva de una posición de garante y las que derivan de otras posiciones que ostenta el propio sujeto. Planteada la colisión, la realización típica como tal solo se constata una vez que se han resuelto aquellas. Por ejemplo, el garante que infringe su deber *prima facie* de proteger la propiedad de un tercero porque tiene que cumplir simultáneamente el deber (de garante) *prima facie* de salvar la vida de otro, no realiza una omisión típica de daños con respecto a aquel, porque no puede salvar vida y propiedad a la vez y tampoco le es exigible salvar la propiedad a costa de no evitar la muerte. En estos supuestos —una variante de la «colisión de deberes»— no se da siquiera la tipicidad de la omisión de evitar los daños en la propiedad, porque se excluye la propia concurrencia del deber de garante con respecto al bien preterido. Con todo, en otros casos las colisiones de deberes tienen que resolverse en el ámbito sistemático de la justificación o incluso en el de la culpabilidad (*cfr. infra* capítulo 21/24).

76 En el concreto ámbito de la tipicidad de los delitos de omisión, la exigibilidad tiene proyecciones objetivas y personales. Las primeras se relacionan con los riesgos permitidos. Así, por ejemplo, no es exigible la neutralización de un riesgo cuando con ello, a su vez, se crean otros riesgos. En cuanto al alcance de las segundas, reina el desacuerdo. Por ejemplo, se discute si es exigible la prestación de socorro por parte de quien huye perseguido por la policía, de modo que pararse a socorrer conllevaría ser detenido; o por parte de quien está sometido a restricciones por la religión que profesa; o por parte de quien corre el riesgo de sufrir violencia si lo hace. En España, la manifestación más clara de la aceptación de ciertos límites de conciencia a la hora de exigir deberes de actuar se halla en el caso resuelto por la STC 154/2002, de 18 de julio. En ella, el Tribunal Constitucional limita el alcance de las pretensiones que dimanan de la posición de garante del sujeto atendiendo a las que, a su vez, se derivan de su derecho a la libertad religiosa e ideológica (*cfr. infra* capítulos 21/85; 26/74).[98]

77 En realidad, también se puede plantear la limitación del «deber» de garante de los funcionarios públicos —el deber institucional de lealtad a la ley y al Derecho— por la incidencia de su «deber» de obedecer a los superiores, salvo en el caso de las órdenes manifiestamente antijurídicas. De nuevo, lo que sucede aquí es que existe una colisión de razones para actuar. Tal colisión limita el deber de lealtad, pues hace inexigible tanto vigilar lo que hace el superior jerárquico como desobedecer en casos de duda sobre la juridicidad de la orden. De este modo, el vínculo existente entre el inferior y su superior da cuenta, en realidad, de la vigencia del principio de separación de esferas hasta el límite de la orden manifiestamente antijurídica. Expresado de otro

[98] *Romeo Casabona*, LH Roxin 1994, 33 ss.; *el mismo*, RDPC 2 (1998), 327 ss.

modo, aparece regido por un principio de confianza máximo, que responde a razones de funcionalidad en el servicio (*cfr. infra* capítulo 21/46).

2.2. Las posiciones —o situaciones— de garantía

2.2.1. Planteamiento

78 Los delitos de comisión por omisión no son «delitos de infracción de un deber» (*cfr. infra* capítulo 17/8). Esto significa que la infracción de un deber es condición necesaria, pero no suficiente, de su concurrencia. Además, tal deber no puede entenderse en términos jurídico-formales, accesorios del Derecho público o privado.[99] Con estas matizaciones, la doctrina ampliamente dominante requiere, para apreciar un comportamiento desaprobado de comisión por omisión, que concurra una posición de garante en el sujeto que omite.[100] Con todo, incluso esta noción transmite una imagen demasiado estática. En efecto, en la vida ordinaria las posiciones de garante se modifican de forma constante, mediante actos concretos de transferencia y aceptación de compromisos. Pues bien, esta dinamicidad determina que sea preferible imaginarse la concurrencia de «situaciones concretas de garantía».[101] Es de esas situaciones típicas de garantía de las que deriva el deber de actuar.

79 A diferencia de lo expuesto, un sector doctrinal minoritario sostiene que cabe apreciar una comisión por omisión, aunque no concurra una posición de garante en el sujeto.[102] Sin embargo, no ofrece un criterio alternativo que permita distinguir la conducta de comisión por omisión de otras omisiones de no evitación del resultado.[103] A este respecto, la noción de posición de garante —y la de deber de garante— siguen expresando bien la idea de aquello que, de entrada, es necesario. Para concretarla basta con señalar que designa las distintas vías por las que es común contraer el compromiso de control de un riesgo típico. En cambio, el recurso al «dominio sobre la causa del resultado» como criterio alternativo a la concurrencia de posición de garante no es adecuado. Si se entiende que ostenta ese dominio todo aquel que puede evitar el resultado, deberían calificarse de comisión por omisión las omisiones de quienes simplemente ocupan posiciones de «monopolio de ayuda». Ahora bien, si —como parece razonable— aquel concepto de dominio significa otra cosa, será necesario caracterizarlo con un criterio no fáctico, sino normativo, aunque no sea formal.

80 Ciertamente, han fracasado todos los métodos empleados para identificar de modo genérico las situaciones en las que puede afirmarse la concurren-

---

[99] *Nino*, LL-A 1979-C, 816-817.

[100] En la terminología angloamericana: «*duty requirement*».

[101] *Silva Sánchez* (2.ª, 2010), 464.

[102] *Gracia Martín* (2001), 411 ss., 435 ss., 441 ss.; *Schünemann*, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 981 ss.; *Rueda Martín*, LH Schünemann, 2014, 439 ss.

[103] Crítico: *Cuello Contreras*, InDret 1/2011, 1 ss.

cia de una posición de garante. Así, no resultan convincentes ni los criterios naturalistas —causalidad—, ni los intrasistemáticos —deber jurídico—, ni los sociológico-funcionales —rol social—, ni los axiológicos o políticos. Ello se debe en parte a la irreductibilidad del mundo personal real. En concreto, a la naturaleza dependiente del ser humano, de la que surge la vinculación originaria, y a la intensidad gradual de los vínculos interpersonales. A su vez, esto último se refleja en la polisemia del término «garante». Este puede designar, por un lado, a todo aquel que debe garantizar la indemnidad de un estado de cosas, evitando afectaciones lesivas de este —en este sentido, todos somos garantes de todos—;[104] por otro lado, el que se halla más vinculado que el común de los genéricamente obligados a actuar; en fin, el que responde igual que quien infringe un deber de abstención.

81 De entrada, el legislador español ha optado por acoger en el art. 11 CP la doctrina del deber jurídico-formal o de las fuentes. En concreto, señala que el deber de garante debe surgir: (i) de la ley; (ii) del contrato; o (iii) del actuar u omitir precedente. Ahora bien, esta doctrina plantea problemas por exceso y por defecto. Lo primero, porque un mero incumplimiento contractual no puede dar lugar a una conducta penalmente desaprobada de omisión. Lo segundo, porque un contrato nulo puede dar lugar a responsabilidad por omisión, si da lugar a que uno de los contratantes asuma fácticamente una determinada función.[105] En efecto, la asunción de una labor de protección o de vigilancia puede producir el efecto de que el propio titular del bien jurídico protegido incurra en una conducta peligrosa, o de que otros sujetos se inhiban de realizar actividades de vigilancia del peligro o de protección del bien jurídico. En una expresión sintética, el criterio determinante para la posición de garante fundada en la asunción sería la producción de un «momento de peligro».[106]

2.2.2. La ley

2.2.2.1. Las posiciones de garante familiares: conyugal y paternofilial

82 No es fácil reconducir las relaciones familiares, que son de sangre y afectivas, a estructuras de relación «deber/derecho». Naturalmente, esto no significa que en su seno no existan deberes jurídicos interpersonales, sino, por el contrario, que estos se ven superados por una relación virtuosa de caridad —el amor de benevolencia—. Además, las relaciones familiares son pre-políticas, de modo que no es el Estado quien las construye, sino que preexisten a él. Por lo tanto, la reconstrucción de las relaciones familiares en clave legalista-contractualista incluso puede frustrar el propio cumplimiento de la función social de la familia. Ahora bien, sentado esto, y en los términos del principio

---

[104] *Arm. Kaufmann* (1959), 276: en el delito de omisión de socorro se da una posición de garante «microcósmica».

[105] *Stree*, FS H. Mayer, 1965, 148, 150 ss.

[106] *Stree*, FS H. Mayer, 1965, 196.

jurídico-político de subsidiariedad, el Estado puede definir los supuestos-límite en los que determinadas infracciones de deberes familiares conducen a la intervención del ordenamiento jurídico-estatal.

A estos casos límite es a los que se refiere la posición familiar de garante 83
que surge de la ley positiva. Esta, a su vez, se advierte en su doble dimensión conyugal y paternofilial. Por un lado, los cónyuges ostentan una posición de garante recíproca que se deriva de las disposiciones del Código civil. Sin embargo, a los efectos del Derecho penal, lo relevante es que a este deber especial jurídico-civil se le sume el derivado de la relación constante de convivencia y afecto. Esta, a su vez, genera la mayor forma de confianza que cabe imaginar.[107] Con todo, esta última es común a las uniones maritales de hecho o, en general, a cualesquiera otras formas fácticas de convivencia, aun carentes de una relación de afectividad análoga a la matrimonial. En cambio, el mero vínculo jurídico-civil sin convivencia resulta insuficiente a los efectos de una equiparación de la infracción de los deberes establecidos en su virtud con la comisión activa de un delito.[108] Por lo demás, todo lo anterior se refiere a la neutralización de riesgos para el cónyuge —al deber de protección—. En cambio, ni la dimensión jurídico-civil ni la vinculación fáctica adicional generan un deber de control de los riesgos jurídico-penales generados por el otro cónyuge. Ello, naturalmente, salvo que este devenga incapaz y se haya asumido específicamente su custodia doméstica.

En la relación paternofilial —y, en concreto, a propósito de la posición de 84
garante de los padres con respecto a los hijos menores— deben distinguirse asimismo una dimensión interna y otra externa.[109] La primera de ellas —la protección de los propios hijos frente a riesgos— tiene, de entrada, un carácter jurídico-civil, que resulta independiente de cualquier acto de asunción concreta de su custodia. Sin embargo, a ello se le suma normalmente la asunción de funciones de protección derivada de la convivencia; de nuevo, aquí es decisiva la confianza.[110] Por su parte, la dimensión externa consiste en la protección de los bienes de terceros y de la sociedad frente a las conductas peligrosas de los propios hijos. Pues bien, esta última es estrictamente organizativa —de control—, de modo que solo puede considerarse obligado en virtud de ella a quien asuma la función de guarda y custodia. Con base en esta noción se han construido tanto la responsabilidad civil subsidiaria de los padres por los daños causados por los hijos, como la responsabilidad solidaria de los primeros por el importe de algunas de las sanciones pecuniarias impuestas a los segundos —por ejemplo, las derivadas de la comisión de infracciones en el contexto del tráfico rodado— (*cfr. infra* capítulo 23/123). En todo caso, los

---

[107] *Perdomo Torres* (2008), 133 ss., 217 ss.

[108] Distinto, *Sánchez-Vera*, AP 11/1999, 215 ss.

[109] Los tutores y curadores ostentan posiciones jurídicas cuyas funciones son análogas en todo o en parte a las paternofiliales, pero sin el elemento propio de las relaciones afectivas.

[110] *Perdomo Torres* (2008), 250 ss.

deberes de garante de los padres con respecto a los hijos —como cualesquiera otros deberes— pueden ser objeto de delegación —parcial y temporal— en cuidadores. Ahora bien, tal delegación tiene que cumplir con las debidas exigencias de selección y, en general, con todos los requisitos que determinen que no produzca un empeoramiento en la situación del bien jurídico. De lo contrario, es inválida, de modo que cabe que genere responsabilidad tanto para el cuidador defectuoso (culpa por asunción) como para el padre, la madre o ambos (*culpa in eligendo*).

85 La posición de garante de la madre y del padre en relación con sus hijos surge en virtud de la concepción de estos y a partir del momento en que esta tiene lugar. Solo esto permite que los padres puedan ejercitar acciones jurídicas en nombre de su hijo a lo largo de todo ese período. En lo que hace al Derecho penal, si el niño todavía no nacido sufre perjuicios por la omisión de la debida gestión de su patrimonio por parte de sus progenitores, concurre un delito de administración desleal. Igualmente, en el caso de que padezca lesiones por la omisión dolosa de su padre o de su madre, estas deben calificarse como un supuesto de comisión por omisión (art. 11, en relación con el art. 157 CP español).[111] Ciertamente, esto puede reputarse axiológicamente contradictorio con la existencia de supuestos de aborto no punible, que incluso algunos califican como un «derecho». Efectivamente, es incongruente pues resulta que el niño no nacido se halla protegido frente a conductas de gestión desleal o de lesiones, pero no frente a conductas letales.

86 Es común afirmar que los deberes de protección tienen su límite, como regla, en el consentimiento de la persona protegida, si es que este resulta jurídicamente relevante. Sin embargo, está claro que, en el caso de los deberes de protección de los hijos, no es infrecuente que tengan que cumplirse precisamente contra la voluntad de estos —singularmente en la etapa de la adolescencia—. Así pues, es necesario matizar el alcance general de aquella máxima. Por lo que se refiere a los deberes de control, también se afirma que estos cesan tan pronto como la persona sujeta a supervisión deviene penalmente autorresponsable, aunque sea en la forma limitada en que esto sucede a partir de los catorce años. Ahora bien, como se ha indicado, en relación con el menor no emancipado los padres tienen todavía deberes civiles de reparación del daño que aquel cause, así como deberes jurídico-administrativos. Por lo tanto, en virtud de estos resulta perfectamente sostenible la potestad (derecho/deber/función) de controlar a sus hijos. A partir de ahí, cabe debatir la posición jurídico-penal de los padres en relación con aquellos hijos convivientes que cuentan con edades comprendidas entre los catorce y los dieciocho años. Este es uno de los temas más difíciles de resolver dada la caótica situación de la legislación positiva en la mayoría de los países. Este caos puede resumirse en dos ideas

[111] Art. 157 CP (lesiones dolosas); art. 158 CP (lesiones por imprudencia grave). El Código penal se limita a señalar que «la embarazada no será penada» por la comisión de lo dispuesto en el art. 158, lo que apunta a un caso de *poena naturalis* que se ubica sistemáticamente en la punibilidad.

rectoras. Por un lado, la legislación de los últimos años trata de introducir la idea de un menor maduro que, desde los catorce años y, en todo caso, desde los dieciséis, puede ejercer su autonomía. Por otro, persiste la legislación que atribuye a los padres deberes de protección y, por otro lado, responsabilidades derivadas de las conductas de sus hijos, que presuponen deberes de control. Como puede advertirse, lo uno es contradictorio con lo otro.

2.2.2.2. La posición de garante del funcionario público en general

87 El carácter legal de la fuente de la posición de garante se advierte igualmente en el caso de los funcionarios y empleados públicos, así como en el de otros sujetos legalmente equiparados a ellos. Sentado esto, lo común es que los detalles de la configuración legal de la respectiva posición de deber se especifiquen en disposiciones reglamentarias. A este respecto, ha sido común en la doctrina la afirmación de que la responsabilidad por omisión de los funcionarios públicos se funda simplemente en los deberes profesionales que les impone la legislación administrativa funcionarial.[112] Sin embargo, en este ámbito, como de modo general, es preciso adoptar un planteamiento mixto, de accesoriedad negativa, pero no positiva. En efecto, el punto de partida es la existencia de deberes jurídico-administrativos. Sin embargo, el Derecho penal puede seleccionar de entre aquellos los que puedan ser relevantes a sus fines. Estos tienen que ver con la realización del tipo correspondiente y, en consecuencia, con el merecimiento de pena.[113]

88 Tanto en los funcionarios como en los empleados públicos deben distinguirse sus deberes institucionales *ad intra* de la administración pública —que son deberes de lealtad— y sus posibles deberes *ad extra*, de protección directa de bienes jurídicos de terceros y de la sociedad. En efecto, los primeros constituyen el ejemplo paradigmático de los deberes institucionales.[114] En cambio, los segundos tienen su fundamento en la posición de garante de protección que ostenta el Estado con respecto a todos los residentes en su territorio.[115] Por lo tanto, en este último caso cada funcionario en particular obtiene su posición individual de garante por delegación del Estado. Esto significa que no se trata exactamente de una mera posición de garante «institucional». Por el contrario, lo que ocurre es que el Estado —y por ende el funcionario competente en cada momento y lugar— asume en su propia esfera de organización el cumplimiento de un deber de aseguramiento, pero también de un deber de salvamento o amparo.

---

[112] Crítico, *Schünemann* (1971), 362-363.

[113] *Schultz* (1984), 31, n. 67. El propio *Schultz* (1984), 42, añade la posibilidad de construcción de la posición de garante del funcionario sin referencia a la legislación extrapenal. Sin embargo, ello depende de la existencia o no de definiciones legales en el país de que se trate.

[114] *Zaczyk* (2010), 335. Aunque obviamente las instituciones públicas no son fines en sí mismas, sino que se hallan al servicio de las personas y de la sociedad en su conjunto.

[115] *Coca Vila*, RECPC 2017, 6 ss.

89 En general, los funcionarios públicos ostentan una posición de garante institucional, es decir, *ad intra*. En efecto, esta es la que da lugar a la tipificación como delitos especiales de los cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. En efecto, no en vano estos se denominan «delitos contra la administración pública» o contra la «administración de justicia». Solo en algunos casos concurre, además —sobre todo— una posición de garante *ad extra*. Esto es lo que sucede con el ejército, con los servicios de extinción de incendios y de protección civil, y, en particular, con la policía. Así, el art. 104.1 CE señala que: «Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad pública». En particular, dado el carácter de «institución total» propio de la prisión, la administración penitenciaria se halla en una posición de garante con respecto a los reclusos, lo que vincula específicamente a sus funcionarios.[116] En fin, una singular posición de garante de fuente legal es la que ostenta el superior con respecto a los delitos contra la humanidad cometidos por sus inferiores. Esta, fijada por el Derecho penal internacional (art. 28 ER), ha sido incorporada a las legislaciones nacionales (art. 615 bis CP español).[117]

90 En las últimas décadas, la legislación administrativa ha asignado a sujetos particulares —sobre todo a intervinientes en el tráfico económico— numerosos deberes jurídico-públicos de control de riesgos. De este modo, se trate o no de sujetos que ya antes desempeñaran funciones públicas —como los notarios—, se suscita la cuestión de si la infracción de tales deberes de nuevo cuño puede constituir el punto de partida para atribuirles responsabilidad a título de comisión por omisión. El problema afecta a los notarios, los auditores, los abogados en general y, en el ámbito de las personas jurídicas, a las entidades bancarias u otras colaboradoras con las administraciones públicas en los ámbitos financiero, tributario, ambiental, de seguridad o de la prevención del blanqueo de activos.

2.2.2.3. La posición de garante en las fuerzas y cuerpos de seguridad

2.2.2.3.1. Las propuestas de solución enfrentadas

91 Existe discusión doctrinal sobre si los funcionarios encargados de la prevención de delitos son partícipes por omisión de aquellos ilícitos que podrían haber evitado en el ejercicio de sus funciones.[118] En efecto, un sector doctrinal sostiene que el agente de policía que, en el ejercicio de sus funciones, no impide la comisión de un delito responde como partícipe en comisión por omisión.[119] En cambio, otra posición lo rechaza.[120] Ciertamente, en aquellos

---

[116] *Silva Sánchez*, CPC 38 (1989), 367; *el mismo*, ADPCP 1991, 561 ss.

[117] *Garrocho Salcedo*, RDPC 17 (2017), 47 ss.

[118] *Pawlik*, InDret 1/2008, 1 ss.; *Serrano González de Murillo*, RDPC 2 (2009), 127 ss.; *Zaczyk* (2010), 321 ss.; *Tomás-Valiente*, RDPC 22 (2019), 188 ss.

[119] A favor, *Pawlik*, InDret 1/2008, 1 ss.

[120] *Zaczyk* (2010), 333-334; *Coca Vila*, RECPC 2017, 20 ss., 26 ss.

casos en los que el funcionario ha asumido una función de protección específica, procede afirmar que concurre una comisión por omisión.[121] Así, el policía que ha asumido una función concreta de escolta o vigilancia es partícipe por omisión en el delito que, pudiendo haber evitado, no impidió. Igualmente, los agentes de policía y funcionarios penitenciarios responden en comisión por omisión de las lesiones de la vida e integridad física que sufran los detenidos o reclusos de cuya custodia están encargados, pues esta conlleva asimismo un deber específico de protección. El problema se plantea cuando la asunción de funciones es genérica y difusa. En tal caso, el sector contrario a la construcción de una comisión por omisión sostiene que la omisión del funcionario constituye una omisión de gravedad intermedia. Por ello, ha propuesto la creación legal de un delito de omisión pura cualificada para los casos de las infracciones de deberes de actuar de los funcionarios públicos que redundan en lesiones de bienes individuales de los ciudadanos.[122]

Ahora bien, como se ha indicado, una fundamentación alternativa a la que **92**
requiere, para la comisión por omisión, un acto específico de asunción por parte del funcionario es la que parte de entender que tal asunción previa ha sido llevada a cabo, de modo general, por parte del Estado. Este, a su vez, tiene que cumplir tal compromiso necesariamente a través de sus funcionarios, para lo cual ha de proceder a una delegación basada en criterios de competencia por razón de la materia, del lugar y de tiempo. Pues bien, si se acepta esta premisa, resulta que las fuerzas y cuerpos de seguridad son los delegados de la posición de garante del Estado, que ha asumido el deber de proteger la libertad negativa de las personas residentes en su territorio. Por lo tanto, el policía que, en relación con los bienes jurídicos que tiene que proteger —en su ámbito territorial, temporal y funcional de competencia—, omite hacerlo, responde en comisión por omisión de su lesión. Ciertamente esta afirmación, sostenida en términos generales, plantea los correspondientes problemas de exigibilidad. Sin embargo, esta constituye un criterio general delimitador del alcance de la realización típica en comisión por omisión. El problema fundamental no es solo axiológico, ni conceptual, sino ante todo de exégesis de la legislación vigente en cada país.

2.2.2.3.2. La legislación española

En la legislación española, un precepto expresa de forma clara la mencionada **93**
equivalencia axiológica y estructural. En efecto, el art. 176 CP señala que: «Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos».[123] Sin embargo,

---

[121] *Zaczyk* (2010), 335.

[122] Ya *Schünemann* (1971), 362 ss.

[123] De contenido estructuralmente similar, los arts. 320 y 329 CP español.

parece claro que tal disposición —relativa a las torturas y a otros hechos contra la integridad moral— no puede ser objeto de generalización. En efecto, el art. 412.3 CP apunta de modo expreso en un sentido distinto, pues establece penas muy reducidas para casos en los que los funcionarios incurren en la omisión de evitación de delitos contra bienes jurídicos de gran importancia.[124] Desde luego, todo parece indicar que esta disposición debe entrar en concurso de delitos con lo dispuesto en los arts. 195 y 450 CP, que describen los tipos de omisión de los deberes de socorro y de impedir determinados delitos. Ahora bien, aun así, el resultado de esta solución concursal sería efectivamente la configuración de una responsabilidad a título de «omisión de gravedad intermedia» y no de un supuesto de comisión por omisión. En definitiva, subsisten dudas fundadas sobre cómo configurar el sistema de la responsabilidad por omisión de los funcionarios públicos en el marco de la legislación española.[125]

2.2.3. El contrato y la asunción fáctica

2.2.3.1. Generalidades

94 Como se ha indicado, los delitos de comisión por omisión no son delitos de infracción de un deber jurídico-formal. Por lo tanto, la concurrencia del deber jurídico-privado o jurídico-público debe constituir ciertamente un punto de partida para determinar la posición jurídico-penal del sujeto. Sin embargo, es posible infringir un deber extrapenal y no ser sujeto activo del delito. Viceversa, cabe ser sujeto activo de un delito de comisión por omisión sin infringir ninguna disposición legal o reglamentaria del Derecho público o privado. Ello se debe, por un lado, a la posibilidad de realizar actos de asunción material de una posición de deber. Por otro lado, a la existencia de «deberes sociales». Esta expresión —ambigua— designa más bien la aparición de situaciones en las que, por razones diversas, surge la expectativa social de que un sujeto actuará de un modo determinado. Ahora bien, sea como fuere, lo cierto es que tal expectativa puede constituir precisamente el factor que le atribuye sentido de omisión típica a la acción realizada por aquel sujeto.

2.2.3.2. La relevancia de la infracción de deberes contractuales

95 La asunción de un compromiso puede tener lugar en términos formales mediante el otorgamiento de un contrato de los que el Derecho civil deno-

---

[124] «La autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar un delito contra la vida de las personas, se abstuviera de prestarlo, será castigado con la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si se tratase de un delito contra la integridad, libertad sexual, salud o libertad de las personas, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público de uno a tres años. En el caso de que tal requerimiento lo fuera para evitar cualquier otro delito u otro mal, se castigará con la pena de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».

[125] *Serrano González de Murillo*, RDPC 2 (2009), 147 ss.; *Tomás-Valiente*, RDPC 22 (2019), 188 ss.

mina «típicos». En tal caso, el sujeto asume de entrada los deberes inherentes a la forma típica del contrato. Sin embargo, como se ha anticipado, esto no significa que la mera infracción de uno de los deberes contractuales dé lugar a una responsabilidad por omisión del daño que se produzca. Por otro lado, cabe que el contrato se configure como «atípico», de modo que se establezcan las obligaciones de las partes según un criterio de autonomía privada. Igualmente, tampoco en este caso puede afirmarse necesariamente que la infracción de una de ellas dé lugar a la comisión por omisión de un delito. En efecto, son deberes contractuales los que conciernen a la protección de personas o propiedades ajenas por parte de empresas de seguridad privada; los relativos al control y protección de personas por parte entidades de custodia y cuidado; los de control de instalaciones peligrosas por parte de entidades de inspección técnica; los de control de animales peligrosos por parte de los encargados, etc. En algunos de estos y otros casos no se trata de deberes contractuales en sentido estricto, sino que lo que sucede es que la ley asocia deberes legales a ciertas posiciones contractuales. Así, por ejemplo, en el caso del deber de protección de la salud y seguridad de los trabajadores, pero también en el del deber de control de estos últimos en tanto que fuente de peligro para terceros, en la medida en que ambos incumben al empresario. Como ya se ha indicado, en todos estos casos existe una intensa dinámica de delegación de los deberes de garante, que determina que, más que de posiciones estáticas, deba hablarse de situaciones cambiantes en las que una determinada persona física o jurídica ostenta el correspondiente deber.

Un ámbito de relevante discusión doctrinal y jurisprudencial afecta a la **96**
determinación de las posiciones de garante contractuales cuyo contenido es proporcionar información —económica, financiera— a la otra parte del contrato. Así, por ejemplo, en la dogmática del delito de estafa se debate sobre los contextos en los que cabe apreciar su concurrencia por la omisión de información sobre los riesgos del acto de disposición patrimonial. Una posición sostiene que ello solo cabe en el marco de aquellas estructuras negociales en las que existe un deber específico de sacar del error a la contraparte; o en los casos en los que se ha otorgado un contrato de prestación de asesoramiento. En cambio, otra afirma que en toda relación contractual —como consecuencia del deber genérico de buena fe— se suscita el deber de neutralizar el error ajeno.[126]

2.2.3.3. La asunción fáctica —la promesa interpersonal— expresa e implícita

Ya se ha indicado que la responsabilidad en comisión por omisión puede **97**
surgir sin haberse infringido deber formal alguno y sin haberse otorgado siguiera un contrato —escrito o verbal—. En realidad, la asunción material,

[126] *Pérez del Valle*, CPC 59 (1996), 373 ss.; *Izquierdo Sánchez* (2018).

directa y expresa de funciones de control de riesgos o de evitación de resultados lesivos parece constituir el paradigma de la constitución de una posición de garante. En efecto, la asunción del control de personas peligrosas —inimputables, niños— o de cosas peligrosas —animales, máquinas—, al igual que las de asunción de funciones de protección de determinados bienes jurídicos, ha sido considerada permanentemente como la más representativa del ser de la posición de garante. Desde luego, la incorporación de deberes/derechos de las esferas jurídicas ajenas a la propia y la cesión de signo opuesto definen la dinámica social. En lo que aquí interesa, mediante la referida asunción el sujeto incorpora el riesgo o el proceso lesivo a su esfera de organización, comprometiéndose respectivamente a neutralizarlo o a hacer todo lo que está en su mano para evitar la lesión. Adicionalmente, más allá de los casos de asunciones expresas, el compromiso puede surgir en virtud de un actuar concluyente. Incluso cabe que este sea unilateral, de modo que el beneficiario lo desconozca, siempre que la asunción genere confianza en otros terceros. Por esa misma razón, la trasferencia de aquella función a quien la asume podría reputarse la forma más clara de extinción de la posición de garantía de quien la ostentaba previamente.

98 Ahora bien, todo ello debe ser sometido a algunas matizaciones. En primer lugar, en algunas ocasiones el tipo de delito no admite la responsabilidad por omisión de quien ostenta una mera posición fáctica, sino que su realización por omisión requiere alguna clase de título formal. En segundo lugar, y dejando al margen ese caso, no es preciso asumir —y, consiguientemente, que se transfiera— la totalidad de las funciones propias de una posición de garante originaria. Por el contrario, lo asumido pueden ser más o menos funciones del conjunto de las que la integran. En tal caso, el resto de ellas siguen integrando la posición del garante inicial. En tercer lugar, la transferencia de funciones de garantía —en relaciones interpersonales, pero también en organizaciones formales, tanto privadas como públicas— debe respetar un principio básico. A saber, que la desvinculación mediante transferencia no puede empeorar el *statu quo* del bien jurídico del que se trate. Es decir, no puede disminuir la medida de control del riesgo o de las posibilidades de salvaguarda de aquel.[127] Si esto sucede, y con independencia de que se constituya una nueva posición de garantía, el garante inicial no cesa en su correspondiente posición de deber. En definitiva, en los casos de «sucesión de garantes en el tiempo», el garante inicial tiene el deber de seleccionar correctamente a su sucesor —salvo que esta función le incumba a un tercero— y de situarle en las condiciones óptimas de desempeño de su función.

99 En cuarto lugar, el sujeto que quiebra la posibilidad de que un garante previo controle el riesgo o evite la lesión adquiere *eo ipso* la condición de garante, en virtud de una asunción indirecta o implícita. En efecto, cualquier injerencia dolosa en esferas de organización ajenas conlleva la asunción tácita

[127] *Sánchez-Vera* (2013), 215 ss.

de aquellas funciones cuyo ejercicio por parte de un tercero se interrumpe. Como tal, se somete al régimen de la interrupción de cursos salvadores —de control de riesgos o de evitación de resultados lesivos—.[128] Así, la denominada «usurpación» constituye una forma de empeoramiento de la situación del bien jurídico, fundamentalmente porque impide el cumplimiento de ciertos deberes de garante preexistentes.[129] Desde luego, genera una situación de descontrol o desequilibrio del riesgo, que requiere la restauración de la situación precedente. Así pues, en tanto en cuanto aquella no se restaura, obliga al cumplimiento de funciones equivalentes a aquellas cuya realización se ha impedido.

En quinto lugar, la configuración de una posición de garantía por pertenencia a una «comunidad de peligro» da cuenta de la transformación de la solidaridad general interpersonal en una figura distinta —cualificada—. Esto se debe a la especial relevancia de la dependencia recíproca en las situaciones de exposición común a una fuente de peligro. Así, por ejemplo, el caso de la cordada de escaladores; más discutible es el supuesto del consumo conjunto de drogas. En tales casos, el compromiso implícito de auxilio recíproco constituye la condición de la exposición al riesgo por parte de cada uno de los miembros de la comunidad. Por lo tanto, en realidad se trata de un supuesto de asunción concluyente. Esto mismo sucede en los casos de «comunidad de vida», en los que lo determinante es la confianza fáctica de quienes la constituyen, en los precisos términos en los que esta confianza se haya ido configurando mediante la convivencia.[130] **100**

Con todos los matices efectuados, cabe seguir afirmando que la asunción fáctica constituye el paradigma del «compromiso de actuación a modo de barrera de contención de riesgos» característico de la comisión por omisión, según la terminología que propuse hace décadas.[131] Sin embargo, paradójicamente tiene problemas de ubicación en el art. 11 CP español, que únicamente alude a la ley, el contrato y la injerencia como fuentes de posición de garante. Pues bien, a efectos de la exégesis legal, debe entenderse que en estos casos concurre un contrato *lato sensu* —una gestión de negocios sin mandato— o bien un actuar precedente peligroso. En efecto, toda asunción de funciones de protección o control mejora en parte la situación del bien jurídico, pero asimismo la empeora —al provocar la confianza del titular y de terceros con el consiguiente abandono—. Por lo tanto, desde luego también es un actuar precedente con una dimensión peligrosa. **101**

---

[128] Próximo, *Dopico Gómez-Aller* (2006), 740 ss.

[129] *Dopico Gómez-Aller* (2006), 785 ss.

[130] *Perdomo Torres* (2008).

[131] La jurisprudencia acogió en diversas sentencias esta terminología. Así, SSTS de 7 de noviembre de 1991; de 9 de abril de 1996; de 9 de julio de 1997. Sin embargo, la entrada en vigor del Código penal de 1995, aparentemente, puso fin a su adopción. De todos modos, periódicamente reaparece, en síntesis, junto con otras posiciones doctrinales próximas: SSTS 37/2006, de 25 de enero; 87/2017, de 20 de enero.

2.2.3.4. La posición de garante del «empresario»

102 En el mundo económico actual, el «empresario» es casi siempre una persona jurídica; expresado de otro modo, es un empresario social.[132] Así pues, la posición de garante individual es preciso predicarla de los socios, que constituyen la persona jurídica y, una vez constituida ésta, de quienes integran su órgano de administración. En última instancia, lo más común en empresas de ciertas dimensiones es que su gestión se atribuya a un empleado cualificado, que recibe el nombre de director gerente, director general o similares. Así las cosas, los administradores, o los miembros del órgano colegiado de administración, pasan a ocupar posiciones secundarias de garantía —de vigilancia— y los socios, aún más indirectas, aunque no se puede descartar que en algún caso participen por omisión en determinados delitos. Por lo demás, en la estructura empresarial de las últimas décadas se ha ido consolidando la organización de una específica función de cumplimiento, en la que se concentran la mayor parte de los deberes de vigilancia. Esta, a su vez, es gestionada por un empleado cualificado, que se suele denominar «oficial de cumplimiento»,[133] sobre el alcance de cuya posición de garante existe discusión.[134] En todo caso, tiende a existir consenso acerca de que este último depende del órgano de administración, en quien concurre la responsabilidad última por el correcto funcionamiento del sistema de cumplimiento normativo.

2.2.3.5. El problema de las «organizaciones garantes»

2.2.3.5.1. Consideraciones generales

103 Es posible que quien asuma el compromiso de neutralización de un foco de peligro —mediante la disposición de una barrera de contención de riesgos— no sea una persona física. En concreto, es frecuente que lo asuma una organización dotada de personalidad jurídica, a través de sus representantes legales o voluntarios. Esto genera el fenómeno —todavía poco estudiado— de las «organizaciones garantes». En efecto, en las sociedades contemporáneas, en las que se dan relaciones individuales crecientemente anónimas, las organizaciones producen un importante efecto de confianza.[135] Pues bien, este dato tiene que producir una modificación de la doctrina de la comisión por omisión. Una primera posibilidad es que el compromiso de control de riesgos sea inherente a la institución en sí, como sucede con el Estado en relación con la protección de los bienes intrínsecos y extrínsecos de los ciudadanos

---

[132] *García Cavero*, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 381 ss.

[133] Traducción directa —e incorrecta— de la expresión inglesa «*compliance officer*», que debería traducirse mejor como jefe o responsable de cumplimiento.

[134] *Bermejo/Palermo* (2013), 171 ss.; *Prittwitz* (2013), 207 ss.; *Dopico Gómez-Aller* (2013), 165 ss.; *Robles Planas* (2013), 319 ss.; *Montaner Fernández*, EPC XXXV (2015), 733 ss.; *García Cavero*, LH Silva Sánchez, 2019, 961; *Gómez Martín*, LH Luzón Peña, I, 2020, 675 ss.; *Navas Mondaca*, PolítCrim 16 (2021), 715 ss.; *Turienzo Fernández* (2021); *Rotsch* (2022), 301 ss.

[135] *F-X. Kaufmann* (1992), 83.

frente a agresiones externas. La segunda variante es que este compromiso haya sido asumido en virtud de un contrato, lo que sucede de modo general en las entidades privadas. Así, por ejemplo, una organización hospitalaria, una empresa de seguridad o una entidad inspectora de riesgos.

En tales casos, el compromiso de contención de riesgos es genérico, de modo **104**
que en su descripción solo puede aludir a «clases de riesgos» y a «clases de bienes jurídicos» pertenecientes a «clases de personas». Además, el compromiso adquirido por una primera persona jurídica puede luego externalizarse —es decir, delegarse a una persona jurídica ajena—. En el caso del Estado, esa externalización tiene lugar en virtud de leyes. En el supuesto de las organizaciones privadas, se produce en virtud de contratos. Sin embargo, dado que las organizaciones humanas no pueden realizar conductas de cumplimiento del compromiso, al final este será objeto de delegación en las personas físicas que integren la estructura orgánica de la persona jurídica en sus diversos niveles. En tal caso debe examinarse el fundamento material y la base formal para la atribución de responsabilidad a estas personas físicas.

2.2.3.5.2. La incidencia sobre las personas concretas

Las personas físicas concretas —el agente de policía, el médico, el inspec- **105**
tor— pueden no haber asumido ningún compromiso específico de controlar un riesgo concreto en relación con un bien jurídico determinado. Sin embargo, la organización en la que se integran, sí lo ha hecho. Por su parte, las personas concretas se limitan a asumir un determinado puesto de trabajo en la administración pública o en una empresa privada. Por lo tanto, su acto de libertad de organización consiste en ingresar —asumiendo un cargo o empleo concreto a partir de una fecha determinada— en la organización que ha asumido el control genérico de una clase de riesgos para clases de personas.

Ese acto de libertad se concreta, luego, en la asunción de una competencia **106**
material, en un lugar determinado y durante un cierto horario de trabajo; o, eventualmente, de un criterio de asignación de responsabilidad fijado sobre otras bases. Entonces, debe determinarse si la recepción en estos términos de la delegación de la empresa a través de la correspondiente cadena jerárquica equivale al compromiso específico individual de control de riesgos. En concreto, la cuestión es si permite construir el deber de neutralizar riesgos concretos o salvar bienes determinados, en función del puesto y horario de trabajo aceptados en su día. Pues bien, la respuesta ha de ser afirmativa. Por razones derivadas del modo organizativo de relación, el compromiso exigido para la fundamentación de la comisión por omisión experimenta en estos casos una modificación solo aparente. En efecto, lo que ocurre es que la contracción del compromiso se halla intermediada por las estructuras organizativas de las empresas o de las administraciones públicas. Sin embargo, esto es imprescindible por razones de división del trabajo con base en la especialización. Así, esta estructura mediata permite que pueda ser sujeto activo de comisión por

omisión una persona física concreta, en virtud de la delegación —es decir, de la transferencia del compromiso— producida en la cadena de mando.[136] En definitiva, para que los miembros de una organización garante sean sujetos de delitos de comisión por omisión no es preciso que realicen actos específicos de asunción del compromiso de contención de riesgos concretos. Por el contrario, basta con que asuman su posición en la estructura de la empresa, mediante el contrato de trabajo, su horario y las obligaciones inherentes. Un ejemplo de esto es el caso del médico del servicio de urgencias.[137]

2.2.3.5.3. El relevo de los garantes

107 El caso de un sujeto que ha asumido el compromiso de control de riesgos —de forma directa o mediata— sucediendo en el tiempo a otro genera el problema del «relevo de los garantes».[138] Este constituye la manifestación específica de la «sucesión de garantes en el tiempo» en el seno de las organizaciones. Desde luego, en lo que hace al «garante saliente» no rige el principio de separación —temporal— de esferas, ni siquiera el principio de confianza. Por lo tanto, un garante no puede abandonar el puesto hasta que llega su sucesor y le transmite a este la información acerca de las circunstancias concurrentes. Un ejemplo claro es el del relevo de la guardia en el ejército, con la correspondiente manifestación: «Sin novedad». Así, lo más razonable es sostener que se trata de un caso de agencia en equipo —o de agencia colectiva— en el tiempo. En suma, se hace preciso esperar y dotar al sucesor de todos los conocimientos que tendría el antecesor si prosiguiera en el puesto. Por su parte, el «garante entrante» sí puede apelar al principio de confianza, en cuanto a que, salvo que el antecesor le haya transmitido alguna información relevante, debe entender que no existe novedad alguna.

2.2.4. La injerencia —el actuar u omitir precedente—

2.2.4.1. Aproximación

108 Desde finales del siglo XIX la doctrina sostuvo que un actuar precedente peligroso —o injerencia—[139] podía dar lugar a que la posterior omisión dolosa de neutralización del riesgo generado constituyera un supuesto de comisión por omisión. Así, por ejemplo, se afirmaba que quien arroja al agua a otro, si advierte después que este último no sabe nadar, y pese a ello no le socorre, responde por su muerte a título de comisión por omisión dolosa. En su inicio, esta consideración se asoció a una supuesta dimensión causal de la omisión, que se situaba en la producción de un desequilibrio entre los factores favorecedores

---

[136] *Ast* (2010), 170.

[137] Así ya *Silva Sánchez* (2016), 100 ss.; antes, distinto *Silva Sánchez*, LL 1987-1, 955 ss.

[138] *Grotto*, RTDPE 2011, 561 ss.

[139] En la tradición angloamericana: «*prior risk creation*».

e impeditivos del resultado. Sin embargo, la pretensión de proporcionarle una fundamentación material cedió luego a la vocación formalista de ubicar la injerencia en el marco de la teoría de las fuentes —o del deber jurídico—. Entonces se subrayó sencillamente que el fundamento de la responsabilidad por injerencia no era la ley, ni el contrato, sino la costumbre —el Derecho consuetudinario—.

Lo cierto es que una estructura básica de actuar precedente peligroso pue- **109**
de advertirse ya en muchos casos de ejecución de delitos de comisión activa, tanto dolosos como imprudentes. En efecto, una vez culminados todos los actos que constituyen el intento acabado de consumar un delito, se abre una «fase omisiva» más o menos larga. Así, la consumación del delito requiere que el sujeto no neutralice el riesgo creado por él mismo, en los casos en que tal neutralización sería todavía posible (*cfr. infra* capítulo 15/153). Por su parte, en el ámbito de los delitos imprudentes se dan situaciones paralelas, en las que quien crea un riesgo de forma descuidada, luego sigue descuidadamente sin neutralizarlo. En estos casos de sucesión de fases activa y omisiva algunos autores pretendieron hallar la prueba de una supuesta falta de autonomía de la omisión.[140] Ciertamente, la omisión posterior a un actuar precedente peligroso debe situarse entre las infracciones de deberes negativos. Sin embargo, los casos auténticamente problemáticos de injerencia son aquellos en los que, entre el actuar precedente y la omisión posterior, cambia el título de imputación subjetiva. Así, el mencionado de quien arroja al agua a otro y, descubriendo luego que no sabe nadar, omite socorrerle.

No es razonable asimilar las diversas variantes de actuar precedente, entre las **110**
que se cuentan la dolosa, la imprudente —paradigma de la doctrina del actuar precedente peligroso—, la que no es siquiera imputable subjetivamente, la no desaprobada intersubjetivamente e incluso la justificada. En efecto, la primera de ellas no es problemática. Como se ha señalado, se da de forma regular en la «fase omisiva» de los delitos de comisión activa, tanto antes como después del perfeccionamiento de la tentativa. En cambio, en todos los demás casos cabe discutir la equiparación del supuesto de hecho «injerencia + omisión» con la comisión activa de delitos.

2.2.4.2. Las variantes del actuar precedente peligroso

La variante más discutida de injerencia ha sido la de un actuar precedente **111**
imprudente seguido de una omisión dolosa de evitación del resultado que se produce. En relación con esta estructura, la doctrina dominante ha sostenido que el actuar precedente imprudente genera un deber de garante. Entonces, la posterior vulneración dolosa de este último da lugar a responsabilidad en comisión por omisión dolosa por el resultado producido. Así, por ejemplo, se sostiene de modo mayoritario que quien arroja a otro al agua ignorando que

[140] *M.E. Mayer*, PG, 1915, 239-240, 242.

no sabe nadar, si, al advertirlo, dolosamente no le saca del agua, responde a título de comisión por omisión dolosa por el resultado de muerte.

112 Ahora bien, sucede que en la legislación española —y en otras similares— el caso del conductor que atropella imprudentemente a un peatón y luego, con conocimiento de la situación de peligro en que este se encuentra, no le socorre, sino que se da a la fuga, tiene una regulación especial. En concreto, se halla tipificado en el art. 195.3 CP como una omisión de socorro dolosa y cualificada, que debe apreciarse en concurso real con la previa conducta activa imprudente. Esto conlleva la imposición de una pena claramente inferior a la del homicidio doloso. Es más, el precepto también comprende —con una penalidad inferior— el caso del actuar precedente fortuito, es decir, aquel en el que en el juicio intersubjetivo *ex ante* no permite percibir la existencia de riesgo alguno de lesión. Así, por ejemplo, cuando un peatón de modo imprevisible se arroja al paso del automóvil, que lo atropella, se aprecia una omisión de socorro cualificada si el conductor se da a la fuga. La cuestión de si la mencionada regulación es aplicable a todos los casos de «injerencia imprudente + omisión dolosa posterior» es objeto de discusión. Así, un sector de la doctrina española ha sostenido tradicionalmente que la solución del art. 195.3 CP español es aplicable solo a un caso de características peculiares, y no puede generalizarse ni siquiera a todos los casos de injerencia imprudente con respecto a bienes intrínsecos, seguida de omisión dolosa de evitación del resultado lesivo.[141] En estos últimos debería apreciarse una comisión por omisión dolosa.

113 Un sector doctrinal extiende la relevancia del actuar precedente como fuente de una posición de garante a los casos de injerencia no antijurídica. En particular, a aquellos supuestos en los que el actuar precedente no está desaprobado, sino que constituye un riesgo permitido, o una conducta amparada por una causa de justificación.[142] Sin embargo, un actuar precedente no antijurídico no puede dar lugar a comisión por omisión en virtud de la mera circunstancia de que luego el resultado no se evite dolosamente. Ello supondría la acogida de un criterio de agravación que carece de fundamento. Otro tanto sucede si el actuar precedente, aunque intersubjetivamente desaprobado, no es imputable siquiera a título de imprudencia.[143] Ahora bien, es necesario distinguir entre «actuar en un espacio de riesgo permitido» y «gestionar un espacio de riesgo permitido». En efecto, en este segundo caso sucede que el sujeto ya ostenta previamente una posición de garante por asunción del riesgo —por ejemplo, en virtud de la realización de una actividad empresarial—. En ese contexto, el riesgo permitido define las condiciones de actuación lícita. Pues bien, cabe que entre ellas se establezca precisamente el deber de evitación del resultado, al menos cuando se advierte la situación de

---

[141] *Huerta Tocildo* (1987), 178.

[142] *Herzberg* (1972), 256, 293; *Jakobs* (1997), 354 ss.; *Pawlik* (2012), 182, 241.

[143] *Silva Sánchez* (1986), 244 ss., 276; *Dopico Gómez-Aller* (2006), 759 ss., 863 ss.; *Estrada Cuadras*, ADPCP 2020, 527 ss.

peligro concreto, grave e inminente para bienes intrínsecos.[144] Por ejemplo, el automovilista que circula en verde a la velocidad permitida obra en riesgo permitido, pero tiene el deber de frenar para evitar atropellar al peatón que invade distraído la calzada. Igualmente, el titular de un parque de atracciones con todas las licencias en regla obra en riesgo permitido, pero si advierte que en una atracción se ha soltado un tornillo de seguridad, tiene que paralizar su funcionamiento.

114 En los casos en los que actuar precedente consiste en la realización de una conducta defensiva con alcance justificante, una posterior omisión dolosa de socorro no es constitutiva de comisión por omisión.[145] En efecto, en ellos no se da la integración voluntaria de un riesgo en la propia esfera de organización con efectos *ad extra,* sino de la reorganización de esta tras un peligro externo que se injería *ad intra.* Con todo, un sector doctrinal sostiene que en ellos surge una posición de garante,[146] si bien la mayoría considera que solo concurre un deber general de socorro.[147] Es más, se discute incluso si es exigible que el agredido o un tercero auxiliador socorran al agresor neutralizado, o pueden abandonarle en peligro de muerte; sin embargo, esto último no puede admitirse.[148] Sea como fuere, cuando la conducta justificada lo es por estado de necesidad agresivo, cabe sostener la existencia de una posición de garante en cuanto a que los bienes del afectado no sufran un daño superior al necesario.[149]

2.2.4.3. La posición restrictiva en materia de injerencia

2.2.4.3.1. Planteamiento

115 Una doctrina minoritaria ha sostenido una posición radicalmente restrictiva de la responsabilidad en comisión por omisión a título de injerencia.[150] En concreto, ha pretendido reducirla a casos de injerencia «dolosa», es decir, de injerencia voluntaria en la esfera ajena. Entre ellos, por ejemplo, los de omisión subsiguiente a un intento activo con dolo de lesión, pero sin culpabilidad, de modo que solo existe un hecho típicamente antijurídico y culpable en la posterior fase omisiva. Igualmente, los de injerencia dolosa en la esfera ajena, aunque no exista dolo de lesión del bien jurídico. De este modo, los supuestos relevantes de injerencia son reconducibles a la noción de asunción voluntaria o bien a la de integración del riesgo en la propia esfera de organización

---

[144] *Silva Sánchez* (2022), 120 ss.

[145] Distinguiendo dos grandes grupos de casos, *Dopico Gómez-Aller,* InDret 4/2018, 1 ss.

[146] *Welp* (1967), 209 ss.; *Herzberg,* JuS 1971, 76.

[147] *Jakobs,* AT, 2.ª, 1991, 12/46.

[148] Con razón, *Dopico Gómez-Aller,* InDret 4/2018, 16-17. A favor de la posición de abandono, *Binding,* Grünhuts Zeitschrift 2 (1875), 679; *Kahlo* (2001), 332-333, 355-356.

[149] *Silva Sánchez* (1999), 480 n. 97; *Dopico Gómez-Aller* (2006), 832-833.

[150] *Schünemann* (1971), 313; *el mismo,* GA 1974, 233-236; *Silva Sánchez* (1986), 345 n. 282; *el mismo,* (1999), 441 ss.; *Gimbernat Ordeig,* RDPC 4 (1999), 547 ss.; *Dopico Gómez-Aller* (2006), 515 ss. Distinto, *Lascuraín Sánchez* (2002), 92 ss.

—mediante usurpación de una esfera ajena—. Ello comprende incluso casos de creación de riesgo no desaprobado —como, por ejemplo, el hecho de cortar el cordón umbilical del neonato— porque lo determinante no es el «actuar precedente» tal como lo concibe la doctrina dominante, sino si éste conlleva una integración consciente del riesgo en la propia esfera de organización. En esta misma línea, una concreción importante es la que conduce a distinguir entre los casos en los que, tras un actuar precedente imprudente, se infringe dolosamente un deber de aseguramiento (o de control de riesgos) y aquellos en los que simplemente se infringe un deber de salvamento o amparo (de evitación del resultado). En efecto, la mera omisión dolosa de salvamento tras un accidente producido imprudentemente no da lugar a comisión por omisión, sino tan solo a una omisión de socorro cualificada. En cambio, la omisión dolosa de un aseguramiento todavía posible del riesgo generado imprudentemente sí da lugar a una omisión estructuralmente idéntica a la comisión activa.[151]

116 En fin, una estructura singular es la de casos en los que se comete el hurto de un automóvil, en cuyo asiento trasero resulta haber un bebé. En este contexto, la pregunta es cómo debe tratarse la conducta del delincuente que, al descubrirlo, abandona el coche con el niño en un paraje despoblado.[152] Pues bien, en estos supuestos el sujeto ha quebrado una posición de garante preexistente, de modo que todo lo que no sea restablecer el estado de cosas preexistente genera su responsabilidad. Por tanto, si cabe apreciar un momento de congruencia entre la conducta activa —o la omisiva consistente en el no aseguramiento del riesgo— y el dolo, la solución respectivamente aplicable es la de comisión activa o comisión por omisión dolosa. En cambio, si el dolo únicamente concurre con la posterior fase de omisión de salvamento, debe tratarse como una omisión de socorro cualificada. En la jurisprudencia española, el «caso del cobertizo» ejemplifica bien la primera de las variantes.[153]

2.2.4.3.2. La compatibilidad con la legislación

117 Esta solución se ve reforzada por la posibilidad que se da en la legislación española, y otras similares, de tratar los casos más graves de injerencia no dolosa —injerencia imprudente en relación con bienes jurídicos intrínsecos— mediante una omisión de gravedad intermedia (art. 195.3 CP español). Sin embargo, deja abierto el tratamiento de los casos de injerencia imprudente seguida de omisión dolosa en relación con otros bienes jurídicos. Así, por ejemplo, aquel en el que alguien, por imprudencia, prende fuego a una casa y luego, advertido el inicio de la ignición, no evita dolosamente la destrucción

---

[151] *Dopico Gómez-Aller* (2006), 767 ss., 773 ss., 785 ss.

[152] STS 1016/2006, de 25 de octubre.

[153] Se trata del caso enjuiciado en la STS de 21 de diciembre de 1977. Un sujeto, habiendo atropellado a una niña, volvió después al lugar del accidente, recogió a la víctima, la llevó a un cobertizo y allí la mantuvo, tapada con plásticos y papeles, y alimentada con productos preparados, hasta que murió. El caso lo comenta *Dopico Gómez-Aller* (2011), 237 ss.

de la vivienda. O el de quien imprudentemente induce a error a otro y luego dolosamente no le saca de esa situación de error en la que el afectado realiza un acto de disposición en perjuicio propio o de tercero. En efecto, en estos otros casos no existe el deber de socorro básico, de modo que tampoco es posible la apreciación de su modalidad cualificada. Es más, en el segundo de ellos, ni siquiera es punible la conducta imprudente inicial, de modo que la conducta es absolutamente impune.

Así las cosas, es preciso analizar si en estos supuestos debería apreciarse una comisión por omisión o bien una omisión cualificada no equiparable con la comisión activa —impune en la *lex lata*—. Acogiendo la mencionada «posición restrictiva modificada», puede sostenerse que, en casos de omisión dolosa de aseguramiento, lo correcto es apreciar una comisión por omisión. En cambio, para el caso de la omisión dolosa de salvamento, ambas soluciones son insatisfactorias. La primera resulta axiológicamente inconsistente con la posición restrictiva en materia de injerencia, así como con la solución acogida por el legislador para el caso de la omisión de socorro tras accidente. Por su parte, la segunda conduce, en la *lex lata*, a la impunidad de la conducta, por ausencia de previsión legal expresa al respecto. Esta situación pone de relieve, de nuevo, que existen numerosos casos de omisiones de gravedad intermedia carentes de solución legal. Pues bien, ciertamente estas deben regularse de modo expreso. Sin embargo, en tanto no lo sean, parece prudente proponer una fórmula de compromiso, que no conduzca a la impunidad. A saber, admitir a regañadientes una comisión por omisión, siempre que esta vaya acompañada de una atenuación cualificada. En el caso de la legislación española, esa pretensión debería articularse a través de la atenuante analógica, apreciada como muy cualificada (art. 21.7.ª CP). **118**

2.2.4.3.3. El «omitir precedente»

Partiendo de la propuesta restrictiva en materia de injerencia, modificada por la distinción entre la vulneración de deberes de aseguramiento y deberes de salvamento, cobra mayor sentido la referencia a la posibilidad, no solo de un actuar precedente peligroso, sino también de un «omitir precedente» —ambos específicamente previstos en el art. 11 CP español—. Estos designan la infracción inicial de un deber de aseguramiento, a la que sigue la infracción del subsiguiente deber de salvamento o amparo. Por tanto, el problema del omitir precedente no surge cuando tras la infracción de deberes de aseguramiento por parte del sujeto, la producción del resultado tiene lugar de modo inmediato. En un caso así, la imputación en comisión por omisión dolosa o imprudente, según los casos, tiene lugar en los términos ya señalados. **119**

La cuestión se plantea cuando, tras la infracción de un deber de aseguramiento, todavía es posible evitar la lesión del bien jurídico mediante el cumplimiento de un deber de amparo, lo que el sujeto no lleva a cabo. Ciertamente, el incumplimiento inicial del deber de aseguramiento puede ser fortuito, **120**

imprudente o doloso. Además, dentro de estos últimos, cabe que sea justificado o no justificado. Si la infracción del deber de aseguramiento fue dolosa, entonces la imputación del resultado —tampoco evitado en cumplimiento del deber amparo— será a título de dolo. Por su parte, en el caso en el que la infracción del deber de aseguramiento fue imprudente y la del deber de amparo también, la imputación del resultado será a su vez imprudente. Así pues, el verdadero problema surge cuando la infracción del deber de aseguramiento (omitir precedente) fue imprudente —eventualmente, incluso fortuita— y, en cambio, la infracción del deber de amparo es dolosa. Pues bien, siguiendo las reglas establecidas antes, la infracción dolosa del deber de amparo subsiguiente al incumplimiento culposo de un deber de aseguramiento constituye una omisión de gravedad intermedia. Entonces, salvo en los casos previstos de modo explícito en las diversas legislaciones —en España, en el artículo 195.3 CP—, es preciso optar entre la impunidad y una comisión por omisión atenuada mediante la atenuante de análoga significación (art. 21.7.ª CP). Así pues, el dilema es el mismo que se expuso en el apartado anterior.

2.2.5. La convergencia de posiciones de garante

121 Es posible que sobre un agente concreto concurran dos o más posiciones de garante. A su vez, los títulos de obligación derivados de estas pueden converger o entrar en colisión (*cfr. infra* capítulo 21/24). Un ejemplo de «concurrencia convergente» es, como se ha indicado, el de los padres. En efecto, estos ostentan el título derivado de su relación institucional con sus hijos menores y, además, el que surge como consecuencia de haber asumido su cuidado cotidiano. En general, la concurrencia de posiciones institucionales y situaciones organizativas de garante es bastante habitual. Sin embargo, también puede darse la convergencia de dos posiciones de garante institucionales; o de dos títulos organizativos. La consecuencia de ello puede ser una agravación del injusto de la conducta, que debe incidir en la pena concretamente impuesta.

2.3. La equivalencia según el sentido del texto de la ley

2.3.1. La naturaleza de las cláusulas legales de equivalencia

122 Como se ha indicado, un sector doctrinal minoritario parte de que las omisiones son atípicas desde la perspectiva de los tipos de la Parte Especial, salvo en aquellos en los que se hace una referencia expresa a ellas. Por tanto, entiende que la cláusula legal de equivalencia contenida en la Parte General del Código penal constituye el único título legal para la sanción de la comisión por omisión. Asimismo, la posición de este sector conduce a la conclusión de que, en los países en los que no existe una cláusula general ni tampoco se han tipificado explícitamente los casos de comisión por omisión, el castigo de estos vulnera el principio de legalidad. Por eso, alcanza incluso la conclusión

de que, antes de la introducción de la respectiva cláusula, todo castigo de una conducta de comisión por omisión fue contrario a la ley.

Pues bien, esta construcción es incompatible con una lectura de los tipos 123
de resultado, tanto en términos de lenguaje ordinario como técnico-jurídicos. En efecto, desde una u otra perspectiva está claro que algunas omisiones son típicas a la luz de los tipos de los delitos de resultado. Así, por ejemplo, una opinión prácticamente unánime ha aceptado que ese era el caso de la madre que no amamanta al niño recién nacido.[154] Ciertamente, el uso del lenguaje no se opone a ello y tampoco lo hace ni el concepto de acción ni la teoría de las normas. Además, lo anterior repercute en el modo de entender las cláusulas generales de «correspondencia» o «equivalencia». En efecto, estas se pueden reconstruir en dos sentidos fundamentales. Por un lado, como cláusulas constitutivas, que fundamentan una responsabilidad penal que, sin ellas, carecería de base legal. Por otro lado, como cláusulas declarativas de una responsabilidad existente y, por consiguiente, interpretativas de los tipos de la Parte Especial.

La primera perspectiva las puede entender como cláusulas de extensión del 124
alcance del tipo o bien como reglas de imputación de responsabilidad por la realización de conducta atípicas. A su vez, estas se pretenden integrar entre los presupuestos de hecho de las normas de sanción de los tipos de la Parte Especial. Por lo tanto, la propuesta que subyace a tal planteamiento es que quien no ha realizado el tipo sea tratado como si lo hubiera hecho, sobre la base de una ficción.[155] En cambio, la segunda perspectiva, que se acoge aquí, sostiene que las cláusulas de equivalencia —como la del art. 11 CP español— tienen naturaleza interpretativa auténtica.[156] Así pues, su función es la de especificar las condiciones de una responsabilidad cuyo fundamento se halla en la propia redacción típica. En suma, no cumplen una función de tipificación, sino una función interpretativa con una doble pretensión. Por un lado, de clarificación. Por el otro, de restricción del ámbito de lo punible.[157] El contenido de las cláusulas de correspondencia o de equivalencia —mejor, de identidad— permite añadir a la doctrina del garante el elemento de significado necesario para que la omisión constituya una auténtica realización típica.

En la legislación española, la omisión, para realizar el tipo del correspon- 125
diente delito de resultado, tiene que ser equivalente a la comisión activa «según el sentido del texto de la ley» (art. 11 CP).[158] Por lo tanto, esta expresión, que se reproduce con matices en otras legislaciones, es el criterio rector

---

[154] *Arm. Kaufmann* (1982), 101; *Gimbernat Ordeig*, RDPC 4 (1999), 534.

[155] *Haas*, ZIS 2011, 396.

[156] *Dopico Gómez-Aller*, RDPC n.º extr. 2 (2004), 279 ss.; STS 870/2014, de 18 de diciembre.

[157] STS 1538/2000, de 9 de octubre.

[158] El origen de esta clase de expresiones se halla en *Nagler*, GS 111 (1938), 1 ss., que exigía que la «*Untätigkeit als Handlung im Sinne des Tatbestandes sich erweist*» («la inactividad se muestre como una acción en el sentido del tipo legal»). A ello Nagler añadía un segundo nivel de análisis, relativo a que la sanción de la omisión respondiera a la voluntad de la ley.

de la apreciación de una comisión por omisión, como forma de realización del tipo de la Parte Especial. La exigencia legal obliga a rechazar que la infracción de un deber extrapenal pueda dar lugar, por sí sola, a una realización típica en comisión por omisión. Además, ello responde a razones de proporcionalidad. Así pues, la infracción del deber jurídico por parte de un garante es condición necesaria, pero no suficiente, de la comisión por omisión. En efecto, la infracción de un deber configurado en la ley extrapenal no da lugar necesariamente, en caso de no neutralizarse un foco de peligro, a una «equivalencia según el sentido de la ley» con la creación activa del referido riesgo. Ahora bien, esto tampoco significa que la comisión por omisión se convierta en un problema de Parte especial, centrado en la exégesis de cada tipo de delito.

2.3.2. El baremo de la equivalencia según el sentido del texto de la ley

126 El baremo para la equivalencia no es un mero criterio axiológico —ético-social— de carácter difuso.[159] Del mismo modo, tampoco viene dado por una correspondencia lógica. En primer lugar, para la «equivalencia» es preciso adoptar una perspectiva lingüística-significativa, que ya contaba con precedentes en la doctrina de principios del siglo XX.[160] Ahora bien, el lenguaje de las leyes, como todo lenguaje ordinario, puede ser vago. Por eso, no puede atenderse solo a criterios legales-exegéticos (lingüísticos) de cada tipo de la Parte especial. Por el contrario, es preciso considerar asimismo los argumentos normológico y dogmático-estructural, así como el axiológico (*cfr. supra* capítulo 7/124). En realidad, este camino es próximo al que ha sostenido que la responsabilidad en comisión por omisión requiere la remoción de un mecanismo de protección previamente dispuesto por uno mismo. Así se pone de relieve que a la comisión por omisión le es inherente un elemento de empeoramiento de la situación del bien jurídico.[161] Esta fue la base de mi propuesta relativa a que la comisión por omisión requiere la asunción de un compromiso (luego incumplido) de actuar a modo de barrera de contención de riesgos precisos para bienes jurídicos determinados.[162] En efecto, solo ello constituye el fundamento de

---

[159] Sin embargo, *Freund* (1992), 25 ss.: la «comparabilidad axiológica».

[160] *Bierling* (1905), 86; próximo, *von Bar* (1907), 269. Más tarde, asimismo, *Philipps* (1974), 157, 162-163, 165; *Rödig* (1986), 83; *Kahlo* (2001), 242. También, *Vives Antón* (2.ª, 2011), 606 ss.; *Cuerda Arnau,* LH Vives Antón, I, 2009, 423 ss.

[161] *Kahlo,* GA 1987, 79; *el mismo* (2001), 265-267.

[162] *Silva Sánchez* (1986), 359 ss. Así, la STS de 3 de diciembre de 1990: La fundamentación de la comisión por omisión en la ostentación de una posición de garante es correcta, aunque puede conducir a resultados indeseables si se adopta de manera indiscriminada. Así pues, «solo en los casos en que el compromiso del garante resulta inequívoco es posible referirse a que toma en sus manos el riesgo real o hipotético actuando —como se ha dicho— a modo de barrera de contención del mismo, siendo así decisivo que el sujeto que tenga normativamente controlado el riesgo deje, pese a ello, que se origine el resultado lesivo».

la «identidad material (de la omisión con la comisión activa) en el plano de las estructuras normativas».[163]

2.3.3. La restricción a los delitos consistentes en la producción de un resultado

2.3.3.1. El problema de los delitos de mera actividad y de medios determinados

En la legislación española la comisión por omisión solo es posible en el caso de los delitos «consistentes en la producción de un resultado». Por un lado, esta expresión comprende con claridad los delitos puros de resultados de lesión y de peligro (concreto). Por otro lado, es dudoso que excluya los delitos de mera actividad[164] y, por consiguiente, también los de mera conducta peligrosa (peligro abstracto). En efecto, los delitos de mera actividad, como las injurias o el allanamiento de morada —violación de domicilio—, también consisten en la producción de un resultado, que es la actividad en sí. En fin, sí parece excluir aquellos delitos de resultado cuya comisión requiere el recurso a medios determinados, en la medida en que estos no «consisten» en la producción de un resultado.[165] Ciertamente, en los delitos de medios determinados, la cuestión es si el medio comisivo del que se trate es en sí mismo susceptible de realización por omisión. **127**

A este respecto, el ejemplo de la estafa es gráfico pues requiere que el delito se produzca mediante engaño. Así las cosas, en el ámbito de la «estafa por omisión» se incluyen, por un lado, los supuestos de engaño mediante silencio total o parcial que, por constituir un actuar concluyente, resultan ser en puridad casos de comisión activa.[166] Ahora bien, también se integran en la estafa por omisión los casos en los que el sujeto pasivo incurre en error por el engaño de un tercero —o por razones imputables a él mismo— y el sujeto activo omite sacarle del error de modo contrario a su deber de garante.[167] En tal caso, el (resultado de) engaño se imputa a una omisión. Ciertamente, esto obliga a determinar en primer lugar qué posiciones de garante pueden tener por objeto proporcionar una información necesaria para sacar de su error a otra persona, que ha incurrido en él sin intervención alguna del otro. En segundo lugar, procede dilucidar si cabe sostener que la conducta de «no sacar de su error a otro de modo contrario a deber» muestra una identidad estructural-conceptual y axiológico-material con la de emplear activamente un «engaño bastante» para causar error. Por lo tanto, al menos en algunos delitos de medios determinados no se puede decir que no consistan en la producción de resultados sucesivos, susceptibles todos ellos de imputación a una omisión. **128**

---

[163] *Silva Sánchez* (1986), 462 ss. Con matices, *Robles Planas*, InDret 4/2013, 14.

[164] *Silva Sánchez* (1986), 350 ss.; *el mismo* (1997), 57 ss., 74 ss.

[165] *Ragués i Vallés* (2017), 209 ss., 214. Sin embargo, *Dopico Gómez-Aller* (2006), 702 ss.; *Izquierdo Sánchez* (2018).

[166] STS 591/2007, de 2 de julio; STS 243/2012, de 30 de marzo.

[167] *Izquierdo Sánchez* (2018), 263.

2.3.3.2. La inclusión de la participación por omisión

129 La literalidad del art. 11 CP español no obsta a que la conducta del omitente «comprometido» pueda estimarse perfectamente equivalente según el sentido de la ley a cualesquiera conductas de participación en comisión activa en un delito de mera actividad o de medios determinados, obviamente siempre que se dé un hecho principal de autoría activa con tales características. En efecto, la participación debe entenderse como un delito «consistente en un resultado» de favorecimiento del hecho principal. Pues bien, el favorecimiento del hecho principal puede realizarse mediante una conducta de participación por omisión. Con todo, para acoger tal posibilidad es preciso entender el término «resultado» *como* comprensivo no solo del resultado de los tipos delictivos de la Parte Especial, sino también del resultado de los tipos integrados que resultan de la conjunción de aquellos con las disposiciones sobre participación e imperfecta ejecución de la Parte General del Código. Sin embargo, ello no desborda el tenor literal del texto y además se halla teleológicamente justificado.

130 En el tenor del art. 11 CP español, los términos de la equivalencia típica se centran en la causación y la no-evitación del resultado. Ello implica la adopción de una concepción causalista del tipo que peca, en parte, por exceso y, en parte, por defecto. De este modo, por un lado, desfigura el hecho de que en los delitos comisivos el sentido del texto de la ley no se agota nunca en la causación. Por el contrario, el sentido del texto de la ley requiere la concurrencia de los presupuestos de la desaprobación de la conducta y los específicos de la autoría o de la participación. Así, la equivalencia de la conducta de comisión por omisión debe establecerse con la realización típica activa a título de autor o a título de partícipe. Pero, por otro lado, la visión causalista no es adecuada para aprehender casos de comisión por omisión relevantes. Así, los casos de complicidad por omisión; pues la complicidad activa, al entender de muchos, no requiere causación. Y, desde luego, no hay causación tampoco en la tentativa inidónea ni en los delitos de peligro abstracto. En fin, como se ha dicho, la esencia de la comisión por omisión tampoco es la no evitación del resultado del tipo de la Parte especial. Así, cabe ser partícipe en comisión por omisión cuando la evitación del resultado de la Parte Especial no está siquiera al alcance del sujeto, pero sí lo está la neutralización de la contribución activa de un tercero al mismo, y es a eso a lo que el sujeto se había comprometido.

131 En suma, la equivalencia según el sentido del texto de la ley —identidad de estructuras materiales en el plano normativo— solo puede sentarse convincentemente cuando se establece entre una «conducta típica comisiva (activa)», de autoría o de participación, y la omisiva («no realización de la prestación comprometida»). Esto significa que constituye un problema relativo a la doctrina del comportamiento desaprobado. Una vez sentada la identidad entre la conducta de comisión activa y la omisión, la imputación objetiva en sentido estricto es una cuestión común. Así se ha podido señalar que la comisión por

omisión «causa». Sin embargo, esto debe expresarse de un modo terminológicamente distinto. En los supuestos de comisión por omisión (de delitos de resultado) ciertamente «se causa». Ahora bien, lo específico de ellos es que el proceso causal y su resultado no se imputan jurídicamente al causante, que puede ser un factor natural, o no se imputan jurídicamente solo al causante (a quien se atribuirían a título de comisión activa, dados los demás requisitos). Por el contrario, se imputan además a quien, sin causar, asumió el compromiso de actuar a modo de barrera de contención del riesgo (del proceso causal), no haciéndolo luego. En concreto, como autor o partícipe «en comisión por omisión».

V. LAS OMISIONES DE GRAVEDAD INTERMEDIA

1. PLANTEAMIENTO

Las omisiones «de gravedad intermedia» son aquellas en las que incurre un **132** sujeto en posición de garante y que, sin embargo, no realizan el tipo de la Parte Especial, por falta de equivalencia con la comisión activa. Así pues, en ellas el sujeto se encuentra en una situación de deber más intensa que la derivada de la solidaridad mínima general. Por lo tanto, si omite, infringe un deber especial. Sin embargo, la conducta de ese garante no puede ser calificada como equivalente según el sentido del texto de la ley a ninguna realización típica, ni de autoría ni de participación. Ello se debe a que la posición de garante tiene su fundamento en actos de organización débil, o bien en la existencia de un vínculo de solidaridad especial entre quien ostenta tal posición y el titular del bien jurídico. Estas omisiones de gravedad intermedia —omisiones de garante no equivalentes— en ocasiones se hallan legalmente previstas, como omisiones puras o bien como omisiones referidas a un resultado lesivo, de forma no coincidente en los diversos sistemas legales.[168] La opción por una u otra estructura típica no cambia nada en lo esencial. En todo caso, la mayoría de ellas carecen de una regulación legal. Ahora bien, cuando llegan a ser tipificadas en la Parte Especial, conforman tipos de mandato de garante. Por ello, les son aplicables las consideraciones de Armin Kaufmann —que, sin embargo, no eran correctas en relación con los casos de comisión por omisión en sentido estricto—. Esto significa, por un lado, que son axiológicamente menos graves que la comisión por omisión. Por el otro, que no caben en el tenor literal de los tipos ordinarios de resultado de la Parte Especial. Sentado esto, es razonable que reciban una pena inferior a la propia de la comisión por omisión —que es la misma de la comisión activa—.

Un caso distinto es el de aquel sujeto que ostenta una posición de garante **133** basada en un acto de plena autovinculación, pero no puede ser reputado autor

[168] Ejemplos de esta figura son el art. 117 CP Paraguay (omisión de socorro cualificada por injerencia antijurídica); el art. 106 CP Argentina (omisión de auxilio —abandono— en casos: a) de previa incapacitación; y b) de deberes de mantenimiento y cuidado.

de un determinado delito, debido a las peculiaridades de la descripción legal de la conducta típica. Esto sucede, por ejemplo, en los delitos especiales, así como en algunos delitos de medios determinados o de mera actividad. En tal caso, una calificación razonable de la conducta del sujeto puede ser la de participación en el delito. Ahora bien, para ello es preciso que quepa afirmar que su conducta constituye un favorecimiento accesorio de la del autor. Por lo tanto, el concepto de omisión de gravedad intermedia no coincide con el de participación en comisión por omisión.

2. LAS POSIBLES TÉCNICAS LEGALES PARA SU TRATAMIENTO

134 En pura teoría, las técnicas de tipificación de las omisiones de gravedad intermedia podrían ser tres. La primera de ellas (i) es su tipificación expresa en la Parte especial, en relación con los tipos de resultado correspondientes y con un marco penal distinto, más leve. La segunda (ii) la previsión para ellas de una cláusula general de atenuación obligatoria, en el marco general de las cláusulas de equivalencia. Expresado de otro modo, la formulación de tipos privilegiados frente a los de comisión por omisión, mediante la introducción —en España, en el art. 11 CP— de una atenuante, que obligara a rebajar la pena en un grado.[169] En fin, la tercera (iii) es su construcción en la Parte Especial, como subtipos agravados sobre la base del delito de omisión de socorro o del de omisión de impedir determinados delitos. Ello podría seguir el modelo legal español para el actuar precedente peligroso seguido de la no prestación de socorro (art. 195.3 CP), que cuenta con preceptos correspondientes en el Derecho comparado.

135 Esta última solución (iii) es la que propuse para las omisiones de gravedad intermedia en 1986, y a la que se ha adherido un sector de la doctrina. Sin embargo, el modelo plantea problemas. El fundamental es que no resultaría aplicable para las omisiones relativas a bienes jurídicos distintos de la vida y la salud en situaciones límite, puesto que la omisión de socorro se ciñe a estos casos. Por su parte, la omisión de impedir determinados delitos solo extiende su alcance, más allá de estos casos, a los de afectación de la libertad o la libertad sexual. Por lo tanto, ciertamente *de lege lata*, en los casos de omisiones cualificadas, pero no equivalentes, pueden apreciarse los mencionados tipos juntamente con las agravantes genéricas.[170] Sin embargo, cabe que la pena se repute insuficiente. Por lo demás, tanto *de lege lata* como *de lege ferenda*, si se adoptara este modelo, no podrían abarcarse los casos de omisión —no equivalente— de evitación de resultados lesivos del patrimonio o de otros bienes jurídicos no intrínsecos por parte de un garante.

---

[169] O creando una cláusula distinta, sucesiva a la de comisión por omisión, referida a los casos en cuestión, con una pena menos grave. Esta es la propuesta que parece convencer más a *Estrada Cuadras*, ADPCP 2020, 548-549.

[170] En la *lex lata*, con las agravantes genéricas, *Gracia Martín* (2001), 479; *Rueda Martín* (2013), 167 ss.

La solución primera (i) es, sin duda, la más pulcra desde perspectivas de 136
legalidad, pero tiene el inconveniente de la notable dificultad de su traducción práctica. Por su parte, la solución (ii) antes expuesta tiene que partir de que las cláusulas legales de equivalencia de la comisión por omisión pueden concebirse con un triple alcance. Así, en algunos países, como es el caso de España, no prevén ninguna atenuación.[171] En cambio, en otros, como sucede en Alemania, prevén una atenuación facultativa.[172] Esta se prevé pensando en casos en los que, dadas las características del delito, no está claro que la omisión sea equivalente, aunque dejando en manos del órgano judicial la determinación de cuáles son aquellos.[173] Pues bien, partiendo de esa consideración, cabría aprovechar la regla de atenuación facultativa para atenuar siempre los casos de omisiones de gravedad intermedia. Ciertamente, esta opción conlleva una autocontradicción valorativa.[174] En efecto, implica afirmar de entrada que una omisión es equivalente a la comisión activa, aplicándole la cláusula de equivalencia, para luego estipular una atenuación, por debajo del marco penal típico, de la responsabilidad del sujeto que la comete. Además, cabe pensar que tenga efectos político-jurídicos contraproducentes, extendiendo la punibilidad de las omisiones.

3. CONCLUSIÓN

En las legislaciones que, como la española, carecen de la posibilidad de 137
la atenuación facultativa, la cuestión es cómo afrontar *de lege lata* los casos de omisiones de gravedad intermedia sin abrir lagunas de punibilidad ni producir excesos punitivos. Ciertamente, en los casos en que se realice el tipo de omisión de socorro (art. 195 CP) o de impedir determinados delitos (art. 450 CP), y no se dé el supuesto del art. 195.3 CP, es posible aplicarlos con las agravantes genéricas del art. 22 CP. Sin embargo, es dudoso que ello arroje resultados valorativamente satisfactorios. Así, una posibilidad alternativa es la de considerar que las omisiones de gravedad intermedia, si se producen en relación con un resultado típico, pueden concebirse como un título débil de imputación de dicho resultado. Una forma de dar cuenta de esta situación sería la de apreciar la concurrencia de los elementos del art. 11 CP y, simultáneamente, la atenuante de análoga significación (art. 21.7.ª CP), como muy cualificada. Ello permitiría rebajar la pena en uno o dos grados, lo que —aunque la construcción no es satisfactoria en términos dogmático-estructurales— puede venir avalado por una interpretación de la legislación vigente conforme a la Constitución. En concreto, conforme a la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico español, y el principio de proporcionalidad.

---

[171] Asimismo, el art. 25 CP colombiano.

[172] Así también el inciso último del art. 13 CP peruano.

[173] Crítico, *Lerman*, GA 2008, 78 ss., remitiendo estas cuestiones a la individualización de la pena.

[174] *Kargl*, GA 1999, 460.

VI. LOS DEBERES POSITIVOS GENERALES

1. GENERALIDADES

138 Todos los sistemas legales contienen deberes positivos generales cuya infracción —una omisión— se castiga con pena. Con frecuencia, estos se pueden construir como deberes propios del estatus de ciudadanía política en sentido estricto. En este punto, el ejemplo históricamente más relevante, con presencia todavía actual en muchos países del mundo, es el deber de prestar el servicio militar, así como otros servicios sociales de utilidad pública.[175] Por su parte, los más relevantes de estos deberes en la legislación penal española actual son: (i) el de contribuir a la gestión de procesos electorales, integrando las correspondientes mesa si se sale sorteado;[176] (ii) el de denuncia de delitos públicos ya cometidos,[177] así como el de prestar testimonio;[178] (iii) el de obediencia a los funcionarios públicos, administrativos y judiciales (art. 556 CP); (iv) el de impedir determinados delitos (art. 450 CP);[179] y (v) el deber de no fugarse del lugar de un accidente (art. 382 bis CP). Otros deberes de los particulares ya afectan a quienes se encuentran en posiciones jurídicas especiales. Así, por ejemplo, la denegación de asistencia sanitaria —u omisión de prestación de asistencia sanitaria— (art. 196 CP).

139 En términos simbólicos el más importante de los deberes positivos generales es sin duda el deber de socorro, cuya infracción da lugar al delito de omisión de socorro (art. 195 CP español). Este se ha tratado de reconstruir como un deber de colaboración con el Estado, lo que es coherente con el contexto histórico de su introducción en los diversos códigos penales. En efecto, los deberes jurídico-públicos de solidaridad, introducidos en muchas legislaciones a lo largo del siglo XX, no pretendieron traducir en términos jurídicos el vínculo interpersonal natural, sino que parten de una visión estatista. Sin embargo, lo cierto es que su contenido se resiste a tal visión vertical-estatalista.

---

[175] En la legislación española, el servicio militar dejó de ser obligatorio el 31 de diciembre de 2001, de conformidad con la Ley 17/1999 de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas y R.D. 247/2001.

[176] El art. 143 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General dispone que: «El presidente y los vocales de las mesas electorales, así como sus respectivos suplentes que dejen de concurrir o desempeñar sus funciones, las abandonen sin causa legítima o incumplan sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo que les impone esta Ley, incurrirán en la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses».

[177] La infracción de este no es punible. El art. 259 LECrim española señala: «El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas».

[178] Art. 410 LECrim española: «Todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley».

[179] Introducido en España en virtud de Ley de 17 de julio de 1951, que también dio lugar a la tipificación del delito de omisión de socorro.

2. EL DEBER DE SOCORRO

2.1. Generalidades

El deber de socorrer a aquella persona que, encontrándose cerca del sujeto, padece una situación de necesidad tiene un fundamento natural, basado en la caridad que se debe al prójimo, en la solidaridad interpersonal o en la fraternidad.[180] En efecto, su origen se encuentra en la existencia de un vínculo interpersonal innato, en cuya virtud desde luego «la vida y la salud de todos es cosa de todos». Sin embargo, también otras situaciones de necesidad menor ajena interpelan a quien las advierte, de modo que nadie puede considerarse extraño o indiferente a la suerte de otro ser humano. Ciertamente este vínculo ha sido entendido como estrictamente moral y, por tanto, como una relación ajena al Derecho. Sin embargo, ello se debe a que, desde el iusracionalismo liberal, la relación jurídica interpersonal ha sido reconstruida en términos de recíproca exclusión. Además, esta reconstrucción, propia del individualismo burgués, ha tenido un impacto enorme en el imaginario de los últimos tres siglos. Así, no es infrecuente que se afirme que las personas son individuos aislados, unidos contractualmente en el Estado, y solo relacionados indirectamente entre sí. Tal concepción ha obnubilado la autocomprensión personal y colectiva, conduciéndola a no advertir la realidad evidente de la vinculación interpersonal y de la dependencia recíproca. El modelo social actual, de individualismo de masas, que es definido por los psicólogos sociales como expresivo de una «sociedad de espectadores», lo hace especialmente patente.[181] **140**

Desde luego, la calificación del deber de socorro depende de cómo se entienda la vida en común. Para quien se centra en la idea de la vida en comunidad de personas vulnerables, en situación de dependencia asimétrica y vinculadas entre sí, el deber de socorro es una obviedad. En efecto, desde tal punto de vista, este deber expresa una posición de garante «microcósmica», lo que permite situarlo en el marco gradual de los vínculos organizativos e institucionales de intensidad diversa.[182] Ciertamente, está claro que se trata de un deber más débil que los que hacen garante al sujeto a los efectos de una posible responsabilidad en comisión por omisión.[183] Por ello, la existencia de un deber jurídico-penal de socorro podría interpretarse como expresiva de la criminalización de ciertas infracciones de aquel deber ético-jurídico de fraternidad interpersonal.[184] Sin embargo, aun con la introducción en el **141**

---

[180] Similar, *Castillo Morales,* Doxa 45 (2022), 153. Distinto, *Varona Gómez* (2005), 172 ss.

[181] El «efecto espectador» (o del «*non-helping-bystander*») se asocia al «caso de Kitty Genovese», en el que supuestamente una persona se desangró en una calle ante la indiferencia de quienes pasaron a su lado. La noción que transmite es que cuantas más personas se encuentran en posición de ayudar, menos se tiende a hacerlo. *Schwind,* FS Kaiser, I, 1998, 409 ss.

[182] *Arm. Kaufmann* (1959), 275-276; también *Harzer* (1999), 190-191 n. 57: «posición de garante preliminar» («*vorstufige Garantenpflicht*»).

[183] *Kahlo* (2001), 327; *Jakobs,* AT, 2.ª, 1991, 28/11 n. 25.

[184] *Kreuzer* (1965), 22, desde la perspectiva del Estado social.

siglo XX de tales deberes de solidaridad jurídico-penal de carácter limitado, mediatizados por el Estado, el panorama de la autocomprensión social no ha variado sustancialmente. Por lo tanto, sigue siendo preciso que la legislación, que lleva siglos deconstruyendo los vínculos interpersonales naturales, advierta la existencia de estos, su importancia para la plena realización de las personas y, en coherencia, fomente jurídicamente la realización de conductas conformes con ellos.

2.2. Las diversas fundamentaciones

142 En el plano teórico, el deber jurídico-penal de solidaridad puede sostenerse con base en diversos fundamentos: el contractualista,[185] el liberal-institucionalista,[186] el altruista y el del bien común. Así, la primera fundamentación responde a la noción de una articulación compartible de los intereses personales. El argumento que la sostiene es que quien ayuda a otro puede pensar razonablemente —y puede contar con— que en otra ocasión será él el ayudado. De este modo, se pretende compatibilizar la criminalización de la omisión de socorro —en casos especialmente graves— incluso con una visión kantiana del Derecho.[187] Sin embargo, esto priva de fundamento aquellos casos en los que un sujeto determinado no puede esperar socorro alguno o no puede prestarlo —por su incapacidad—. Ciertamente, para cubrir tales supuestos, es común apelar a la necesidad de que en cualquier acuerdo contractualista se interponga un velo de ignorancia acerca de la situación específica de cada uno de los contratantes.[188] Sin embargo, esto pone de relieve que tal fundamentación constituye una ficción, de modo que sigue siendo preciso buscar una base material. Ello ha conducido a reconstruir el cumplimiento del deber de socorro como una condición de la libertad real de los terceros que, además, se limita a situaciones de drástica amenaza a la vida y a la salud.[189]

143 La segunda posición mencionada fundamenta el deber jurídico-penal de socorro en términos próximos a los mencionados. En concreto, argumentando que un Estado que asume el compromiso de garantizar la libertad real de sus ciudadanos —y no una libertad meramente formal— está obligado a institucionalizar jurídicamente deberes que, de otro modo, serían exclusivamente morales. En efecto, esta posición entiende que solo mediante la existencia de canales estatalizados de solidaridad es posible compensar la desigualdad estructural y circunstancial de los ciudadanos. Desde luego, el canal fundamental de solidaridad es el sistema tributario. Este permite que el Estado disponga de los recursos para afrontar la prevención de riesgos de origen natural o humano

---

[185] *Varona Gómez* (2005), 155; *Alcácer Guirao*, RGDP 26 (2016), 18; *Frisch*, InDret 4/2016, 7 ss.

[186] *Pawlik*, GA 1995, 360 ss.

[187] *Kühl*, FS Spendel, 1992, 92; *el mismo* (2001), 49 ss.

[188] *Morgenstern* (1997), 81, 125, 136-137.

[189] *Piña Rochefort*, PolítCrim 14 (2019), 242 ss., que de este modo lo aproxima a los deberes negativos.

mediante la constitución de las correspondientes posiciones de garante. En efecto, tal sistema de posiciones de garante hace posible que también gocen de libertad negativa —de no hacer aquello que no quieren hacer— quienes no disponen de medios para la autoorganización de la protección. De este modo, también ellos se ven libres de la coacción de la naturaleza o de otras personas. Por otro lado, también se pretende garantizar que allí donde no funciona la autoorganización individual y social se den las condiciones mínimas de la libertad positiva —libertad de hacer aquello que se quiere hacer— mediante la existencia de posiciones de garante institucionales.

Ahora bien, admitido lo anterior, todo Estado consciente de sus limitaciones **144**
debe aceptar, al menos como hipótesis, que las posiciones de garante institucionales no alcancen a todas las situaciones en las que su intervención es necesaria para posibilitar la libertad negativa y la positiva.[190] Esto determina que, excepcionalmente,[191] surja el deber ciudadano de socorro en situaciones de peligro manifiesto y grave, como un deber de «mejora» o de «fomento».[192] Como se advierte, de este modo el delito de omisión de socorro adquiere una base estatista y no de solidaridad interpersonal.[193] Así se entiende que el deber primario de socorro consista básicamente en comunicar el hecho a las instituciones competentes del Estado para que estas lo afronten y que solo excepcionalmente pueda consistir en la propia evitación inmediata del peligro. Igualmente, ello permite entender que la acción objetivamente debida consista en muchos casos precisamente en no actuar, dejando que sean otros los que intervengan.

En realidad, es cierto que el modo de la juridificación penal del deber de **145**
socorro —producida en los diversos países a lo largo del siglo XX—[194] ha comportado una redefinición del deber de socorrer al prójimo, que determina la modificación de su contenido y límites.[195] Así, puede afirmarse que el ámbito del socorro jurídico-penalmente exigible no coincide con el del deber natural de socorro derivado del vínculo interpersonal. Por un lado, su alcance se reduce a las situaciones de peligro grave para la vida e integridad física, mientras que el deber natural tiene un alcance más amplio —extendido, por ejemplo, a crisis patrimoniales—. Por otro lado, el deber jurídico-penal de prestar socorro existe, aunque tenga lugar a costa de terceros, lo que ya expresa la conjunción política de un deber de socorro «activo» y de un deber «pasivo». En fin, los Estados también han llegado al paradójico extremo opuesto de

---

[190] *Kahlo* (2001), 299 ss.

[191] *Kahlo* (2001), 305, 330; *Kühl*, FS Herzberg, 2008, 181.

[192] *Pawlik* (2012), 190 ss.

[193] La introducción del delito de omisión de socorro en Alemania se produjo el 28 de junio de 1935. En la discusión de la segunda postguerra mundial sobre su mantenimiento, Welzel argumentó que su fundamento se derivaba «de las obligaciones sociales del ciudadano en una democracia social» (NJW 1953, 327-328).

[194] *Silva Sánchez* (2018), 102-103.

[195] *Sánchez-Vera* (1999), 111 ss.; *Alcácer Guirao*, ADPCP 2000, 361 ss.; *el mismo*, RGDP 26 (2016), 1 ss.

criminalizar conductas de prestación de socorro por atribuir más relevancia a otros intereses geopolíticos.[196]

146 La tercera fundamentación toma por fundamento una concepción de la solidaridad entendida como altruismo.[197] Según esta, el deber de socorro no responde a una consideración del propio interés de quien socorre, ni a una consideración institucional comunitaria, sino al altruismo de favorecer a la persona que es asistida. Así pues, recurre a un argumento moral-relacional. Ahora bien, esta concepción debe justificar por qué el Estado criminaliza la infracción de un deber basado en una relación prepolítica interpersonal. Pues bien, la única explicación es que el Estado incorpora el bien mayor del socorrido —a costa de la renuncia del socorrista a su libertad y otros bienes inferiores— como integrante del bien común político.

3. EL DEBATE SOBRE EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS OMISIONES DE SOCORRO

3.1. La alternativa entre deberes positivos e incentivos

147 La omisión de socorro se halla en el centro de una discusión angloamericana relativa a si, para dar lugar a más conductas de salvación de terceros en peligro, es mejor recurrir a los incentivos positivos o negativos.[198] En efecto, en el marco de la tradición liberal propia de la cultura jurídica angloamericana los deberes generales de socorro son desconocidos o resultan muy extraños.[199] Así las cosas, un sector de opinión considera que es preferible conceder al socorrista un premio al mérito; en cambio, otra es favorable a imponer un castigo a quien no socorre. Con todo, en las últimas décadas se constata un aumento de las denominadas «leyes del mal samaritano».[200] Ciertamente, estas se han ido introduciendo para excluir la responsabilidad civil de quienes auxilian a otro por los daños causados al propio socorrido o a terceros.[201] Sin embargo, su efecto directo es el establecimiento de deberes jurídico-penales de actuar en situaciones de peligro para terceros.

3.2. La supererogación y el Derecho penal

148 Más allá de la solidaridad impuesta como deber jurídico-penal, existen conductas de salvación no exigibles jurídicamente, pero sí acordes a un deber

---

[196] *Martínez Escamilla*, LH Huerta Tocildo, 2020, 281 ss.

[197] *von Hirsch*, FS Duff, 2011, 247; *van Weezel*, PolítCrim 13 (2018), 1074 ss.; *Castillo Morales*, Doxa 45 (2022), 131 ss.

[198] Ya, *Nagler* (1918), 642.

[199] A favor de la incriminación de la omisión de socorro: *Dressler*, Santa Clara L.R. 40 (2000); *Smith* (2003); *von Hirsch*, FS Duff, 2011.

[200] En el original, «*Bad Samaritan Laws*», por contraposición al contenido de la «parábola del buen samaritano» (Luc. 10, 25-37). *Feinberg* (1986), 126 ss.

[201] Sobre los criterios de imposición del deber de indemnizar los daños producidos (al socorrido, al socorrista y a terceros) con ocasión de acciones de salvamento, *Ragués i Vallès*, InDret 2/2001, 4 ss.

moral y, finalmente, otras que se sitúan absolutamente más allá de todo deber.[202] Estos dos últimos grupos integran, desde el punto de vista jurídico, las conductas denominadas «supererogatorias».[203] Ciertamente, la no realización de una conducta supererogatoria es jurídicamente irrelevante. En cambio, su realización en relación con la previa comisión de un delito puede producir determinados efectos jurídicos beneficiosos para el sujeto. No obstante, el inicio de una conducta supererogatoria tiene otras consecuencias. En concreto: (i) en el caso de su interrupción por terceros; y (ii) en el de su interrupción por el propio sujeto. La interrupción de un curso salvador supererogatorio ajeno constituye una variante más de la interrupción de cursos salvadores ajenos. Por lo tanto, debe examinarse junto a los demás casos. En cuanto a la interrupción de un curso salvador supererogatorio propio, debe considerarse asimismo una variante de la interrupción de cursos salvadores propios. Un tercer problema (iii) es el de si los efectos negativos del curso salvador supererogatorio sobre el propio salvador deben imputarse al sujeto activo del curso lesivo. En concreto, si las lesiones sufridas por quien, sin deber de hacerlo, se lanza a socorrer a otro deben imputarse a quien puso en peligro a este último (*cfr. infra* capítulo 14/154).

4. LA DOBLE NATURALEZA DE LAS «CLÁUSULAS DE INEXIGIBILIDAD» DE LOS DELITOS DE OMISIÓN DE SOCORRO

149 La descripción típica de los delitos de omisión del deber de socorro comprende la no realización dolosa de la conducta de prestación de auxilio, con el añadido usual de una «cláusula de inexigibilidad». En virtud de esta, la omisión de socorro no es típica cuando su prestación habría conllevado el padecimiento propio de un riesgo o la creación de un riesgo para otro (un «riesgo propio o ajeno»: art. 195 CP español). Ciertamente, con ello se alude a conceptos de difícil delimitación.[204] Sin embargo, está claro no se trata de cualquier riesgo, sino de un riesgo de una cierta entidad. A este respecto, existe consenso en que no se impone un deber de socorro cuando su cumplimiento implicaría riesgos personales de cierta entidad para el socorrista o para un tercero. Por su parte, eso significa desde luego que el cumplimiento del deber de socorro ampara la creación de determinados riesgos típicos —por ejemplo, patrimoniales— para terceros.

150 De este modo, el art. 195 CP, al igual que sucede en otras regulaciones legales extranjeras, contiene —interpretado *a contrario*— la regulación de un supuesto específico de la causa de justificación de cumplimiento de un deber.

---

[202] *Hruschka*, JRE 6 (1998), 93 ss.; *Sánchez-Ostiz*, RPCP 12 (2002), 163 ss.

[203] El origen de la expresión se halla en la frase del buen samaritano a un posadero, a quien le deja encomendado a una persona asaltada por unos maleantes: «*Curam illius habe: et quodcumque supererogaveris, ego cum rediero reddam tibi*» (Luc. 10, 35). Es decir: «Cuida de él y, si gastas algo más, te lo pagaré cuando vuelva».

[204] *Bustos Rubio*, CPC 112 (2014), 95 ss.; *Slavny*, CL&Phil 11 (2017), 835 ss.

En concreto, una metarregla que proporciona la solución para una colisión tipificada de «deberes» de actuar y omitir, justificando los daños típicos que pueda producir el sujeto que presta socorro. Así pues, el que socorre causando a otro un riesgo de entidad inferior a la que permitiría incumplir el deber *prima facie* de socorrer, realiza una conducta lesiva —infringe un deber *prima facie* de abstenerse— pero lo hace de un modo no antijurídico. En definitiva, actúa justificadamente en cumplimiento del deber de socorro (*cfr. infra* capítulo 21/36). En cambio, si el riesgo para tercero resulta de entidad superior al derivado de la conducta justificada, la omisión de socorro no es típica, pues el cumplimiento del deber (superior) de abstención excluye aquí la propia tipicidad formal del delito. Lo típico —y además no justificado— sería actuar.

5. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

151 Es común afirmar que no cabe responsabilidad civil por la omisión del deber de socorro, salvo en lo relativo a los daños morales causados al afectado por la situación de abandono.[205] Igualmente, tampoco existe responsabilidad civil derivada del delito de omisión del deber de impedir determinados delitos. En efecto, en el ámbito del Derecho civil de daños, la imputación del resultado lesivo a una omisión se hace depender de la concurrencia de un deber jurídico especial,[206] cosa que no se da en las omisiones generales. Esto significa que las omisiones de garante —de gravedad intermedia—, aunque no den lugar a comisión por omisión, sí pueden ser título suficiente de responsabilidad civil.[207] Ahora bien, los Principios del Derecho europeo de la responsabilidad civil tienden a modificar esta concepción, estableciendo la posibilidad de responder civilmente por la infracción de deberes positivos generales. Así se establece en su art. 4:103, relativo al deber de proteger a los demás de daños: «Puede existir el deber de actuar positivamente para proteger a los demás de daños si así se establece legalmente, si quien actúa crea y controla una situación de peligro, si existe una especial relación entre las partes o si la gravedad del daño para una parte y la facilidad de evitarlo para la otra indican la existencia de tal deber».[208]

152 Desde luego, sí debe ser indemnizado quien sufre daños personales o patrimoniales como consecuencia de la prestación del debido socorro o del impedimento debido de un delito. El sujeto dañado puede ser el propio socorrista[209] o un tercero. Así, por ejemplo, el propietario de un bote utilizado para ir al rescate de quien se está ahogando, que sufre desperfectos como consecuencia de ello. En este contexto, como en general en el estado de necesidad, rige lo

---

[205] *Rodríguez Mourullo* (1966), 323-324; *Ragués i Vallès*, InDret 2/2001, 9 ss.

[206] En inglés, «*duty to act*».

[207] Sobre el concepto de «*guarantee*», como subcaso de especial intensidad de una «*special relationship*», que sí generaría responsabilidad civil, *Benditt*, L&Ph 1 (1982), 415.

[208] Crítico, *Widmer*, JETL 2 (2011), 149.

[209] *Rödig* (1986), 87.

dispuesto en el art. 118.1.3.° CP español, que establece la responsabilidad civil directa del sujeto necesitado —no del auxiliador— en proporción al peligro que se le haya evitado (*cfr. infra* capítulo 20/107).

VII. LOS CASOS PROBLEMÁTICOS EN LA DISTINCIÓN ENTRE COMISIÓN ACTIVA Y OMISIÓN

1. LA LLAMADA «OMISIÓN POR COMISIÓN»

1.1. Generalidades

153 La estructura que la doctrina denomina «omisión por comisión»[210] concurre en contextos diversos. Ahora bien, lo común a todos ellos es la apariencia de que el sujeto incurre en responsabilidad por omisión en virtud de una conducta activa que realiza. El primer supuesto se da cuando se construye la responsabilidad por un hecho típico omisivo con base en una «conducta activa u omisiva» previa del sujeto (*omissio libera in causa: in agendo vel in omittendo*).[211] Otro supuesto es el de la «interrupción de cursos salvadores propios», intentados, pero no consumados, por acción y por omisión. En cambio, el problema de la interrupción de «cursos salvadores ajenos» propios consumados, así como el de los todavía no iniciados, es distinto. Todos ellos se examinan a continuación.

1.2. Las estructuras de *omissio libera in causa*

154 En este punto es necesario distinguir entre casos en los que lo afectado en virtud de la conducta previa es la posterior capacidad de acción del sujeto y aquellos en los que lo alterado es la posterior capacidad de motivación. Los casos que interesan aquí son los primeros. En cambio, los relativos a la capacidad de motivación responden en sentido estricto a la doctrina de la *actio libera in causa*, cuyo lugar sistemático es la teoría de la inimputabilidad (*cfr. infra* capítulo 24/59). En efecto, la estructura de la *omissio libera in causa* puede referirse a dos supuestos distintos. Por un lado, al caso en el que el sujeto elimina dolosa o imprudentemente su capacidad de acción; así, el guardabarrera que se embriaga hasta quedar inconsciente o, al menos, físicamente impedido y luego, en el momento debido, no baja la barrera. En tal caso, resulta impropio hablar de «*omissio*» *libera*—pues, en realidad, no se da ningún comportamiento típico de omisión—. Por lo tanto, no es que concurra una «*omissio (non libera in se, sed) libera in causa sua*» —esto es, una «omisión (no libre en sí misma, sino) libre en su causa»—, sino que ni siquiera hay una omisión. Así pues, la calificación debe ser la misma que la que procede cuando el sujeto se priva de toda capacidad de acción en supuestos de comisión activa. En el momento del peligro no hay omisión, porque no existe capacidad de acción. Un caso

---

[210] *Silva Sánchez* (1986), 260 ss.; *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 2000, 29 ss.; *Lerman* (2013).

[211] *Silva Sánchez* (1986), 260 ss.; *Gimbernat Ordeig*, LH Bajo Fernández, 2016, 100 ss.

distinto, que sí puede denominarse de *omissio non libera in se, sed libera in causa sua* en sentido estricto, es el de la provocación de un déficit de la capacidad de atender a las razones de la norma. Por ejemplo, el del encargado de seguridad de una fábrica que se provoca una embriaguez constitutiva de trastorno mental transitorio (art. 20.1.° CP español).

155 Ahora bien, en ambos supuestos debe advertirse que la ostentación de la posición de garante de control de una fuente de peligro genera dos normas derivadas, que se proyectan sobre la fase previa de la conducta del autor (*cfr. supra* capítulo 8/157). Por un lado, una prohibición (derivada) de hacer cualquier cosa que impida la actuación correcta en la situación de peligro. Es precisamente la infracción de tal norma derivada la que genera la estructura de *omissio libera in agendo* («omisión por comisión»). Por otro lado, un mandato (derivado) de hacer todo lo posible para estar «preparado para actuar cuando se presente la situación crítica».[212] La infracción de éste da lugar a la estructura denominada *omissio libera in omittendo.* En ambos casos el agente realiza una conducta de autofavorecimiento previo al posterior delito omisivo o, expresado de otro modo, infringe normas que obligan a realizar conductas de autoayuda a la posterior evitación del resultado lesivo. Esto significa que las dos estructuras mencionadas describen conductas relevantes de participación —activa u omisiva—, realizadas en fase preparatoria, al posterior delito de omisión.

2. LA INTERRUPCIÓN DE CURSOS SALVADORES PROPIOS

2.1. Generalidades

156 La interrupción de cursos de control o de salvación de riesgos iniciados por uno mismo constituye el desistimiento de un intento —imperfecto o perfecto— de cumplimiento de una norma de mandato.[213] Por tanto, cabría pensar que se trata de casos de responsabilidad por la misma clase de omisión en que se habría incurrido si no se hubiera iniciado siquiera el curso salvador.[214] Sin embargo, las cosas no son tan claras. En efecto, el «desistimiento activo de un intento salvador propio ya perfecto» debe someterse al régimen de la interrupción de cursos salvadores ajenos, que se expone más adelante. Su estructura es la siguiente: en primer lugar (i) el sujeto realiza todo lo preciso para la salvación, abriendo a la víctima la posibilidad de salvarse por sí sola o con el concurso de otras fuerzas naturales o humanas. Entonces, en segundo lugar (ii) su posterior intervención interruptora da lugar a responsabilidad por el resultado en los términos de la comisión activa o de la comisión por omisión.[215] Por otro lado, en los casos de «desistimiento de un intento imperfecto» de llevar a cabo una intervención salvadora, hay que distinguir si tal

---

[212] *Gimbernat Ordeig,* ADPCP 2000, 29 ss., 46, 109-110.

[213] *Arm. Kaufmann* (1959), 108; *Samson,* FS Welzel, 1974, 598.

[214] *Roxin* (1976), 228.

[215] *Samson,* FS Welzel, 1974, 598 ss.

intento salvador ha generado efectos de confianza en terceros o no. Si lo ha generado, entonces debe someterse al régimen de la interrupción de cursos salvadores ajenos. Si no, la interrupción debe calificarse igual que lo habría sido el hecho de no iniciar siquiera el curso salvador.

Lo anterior se ve influido en parte por la discusión doctrinal acerca de si el 157
mero hecho de iniciar un intento salvador —tanto por supererogación como en cumplimiento de un deber general de socorro— convierte al que lo inicia en un garante del bien que se encuentra en peligro. En principio sería posible argumentar con la supuesta contradicción entre la responsabilidad por omisión pura de quien niega todo socorro, y la supuesta comisión por omisión de quien, habiendo comenzado a socorrer, luego desiste. Sin embargo, tal contradicción no existe. En efecto, si el intento salvador genera la confianza de terceros en que el proceso está en manos del socorrista, dando lugar a la inhibición de aquellos, el inicio del intento conlleva una interrupción de potenciales cursos salvadores, que como mínimo debe reputarse imprudente. Por lo tanto, ello implica un incremento de riesgo para el bien jurídico que sí tiene fuerza suficiente para convertir al sujeto en garante.[216] Cuestión distinta es que esta estructura dé lugar a una comisión por omisión dolosa. En efecto, lo decisivo es si el actuar precedente debe ser entendido como una interrupción dolosa eventual o solo imprudente de cursos salvadores ajenos.

Por lo demás, la interrupción de un curso salvador propio puede tener 158
lugar por intervención de la misma persona que inició el intento salvador. Sin embargo, también puede ser otra persona distinta, que sucede a la anterior, cuando el intento en cuestión se prolonga en el tiempo. Es decir, el carácter «propio» del intento salvador no se define en términos personales, sino en términos de quien desempeña una determinada función o bien ocupa un determinado cargo o profesión. Ello se advierte con claridad en el ámbito de la actividad médica y, en particular, en la variante del manejo de las tecnologías de la medicina. De modo general, en contextos organizativos en los que tiene lugar la sucesión de garantes.

2.2. El caso de los aparatos de respiración, reanimación o alimentación

La introducción de tecnologías de reanimación, de respiración o de ali- 159
mentación genera el problema de cómo debe interpretarse la desconexión de tales aparatos. En efecto, esta, en su forma técnica actual, constituye una forma de comisión activa. Sin embargo, dicha conducta activa no es causal en términos reales-eficientes, dado que lo que hace es privar al paciente de un curso salvador.[217] La causa eficiente de la muerte es interna a su cuerpo, de modo que entre la desconexión y la muerte solo cabe afirmar la existencia de una relación de dependencia contrafáctica fuerte. Expresado de otro modo,

---

[216] *Binding*, Normen, II.1, 2.ª, 1914, 576-577; *Arm. Kaufmann* (1959), 184.

[217] *Silva Sánchez* (1986), 249 ss.

la desconexión constituye la interrupción de un curso salvador —cabe discutir si de un intento ya perfecto o no—. Así las cosas, cabe observar la diferencia que existe entre las dos variantes de esta estructura, derivadas de si quien desconecta es quien conectó el aparato —o quien le sucede en términos funcionales-competenciales— o bien un tercero. En efecto, ello determina que la desconexión tenga el significado de interrumpir un curso salvador propio o ajeno, lo que puede dar lugar a una valoración diversa.

160 En todo caso, los aparatos reanimadores podrían disponerse técnicamente de otro modo. Así, por ejemplo, estableciendo que hubiera que reconectarlos transcurrido un período de tiempo «X». En tal configuración técnica, la no-reconexión daría lugar claramente a una comisión por omisión. En este contexto, se dan dos cuestiones problemáticas. La primera es la de si cabe sostener que la desconexión o no reconexión de un paciente —como interrupción de un tratamiento médico propio— constituye una forma de «eutanasia pasiva» (*cfr. infra* capítulo 22/62). La segunda, la de si está justificada la desconexión —o no reconexión— de un paciente para conectar a otro con más expectativas (*cfr. infra* capítulo 21/41).[218]

3. LOS CASOS DE IMPRUDENCIA

161 A propósito de una serie de casos históricos de comportamiento imprudente se ha discutido si sus estructuras son de comisión activa o de comisión por omisión.[219] Así, en el caso del «pelo de cabra»,[220] un fabricante alemán había adquirido pelo de cabra procedente de China, que entregó a sus trabajadores para la elaboración de pinceles, sin someterlo al proceso de desinfección administrativamente establecido. Como se advierte, la estructura del caso permite establecer que el fabricante tiene dos opciones. La primera consiste en abstenerse de utilizar en su proceso productivo el pelo de cabra chino, sospechoso de portar algún bacilo infeccioso. La segunda, en cambio, es utilizarlo, pero con la condición de someterlo a un proceso reglado de desinfección antes de suministrárselo a sus trabajadores. Por tanto, el empleo de esa materia prima en el proceso productivo es un riesgo cuya permisión se condiciona a la realización de operaciones de desinfección.

162 En este y otros casos similares, el riesgo que se crea es activo y consiste en la entrega a los trabajadores de la materia prima. Así pues, lo único «omisivo» es la infracción de las condiciones de permisión del riesgo.[221] Sin embargo, estas no vienen definidas por la prohibición inicial, sino por el mandato (auxiliar) de desinfección. Así pues, surgen como consecuencia de la transformación

---

[218] En contra, *Coca Vila*, RP 49 (2022), 11 ss., 21.

[219] *Silva Sánchez* (1986), 200 ss.

[220] El caso fue resuelto en virtud de la sentencia del Tribunal Imperial alemán de 23 de abril de 1929. *Feijóo Sánchez* (2011), 143 ss., lo comenta sosteniendo un punto de vista distinto del acogido aquí.

[221] *Silva Sánchez* (2022), 118 ss.

de la prohibición inicial de manipular pelo de cabra procedente del extranjero —deber de omitir acciones peligrosas— en una permisión de hacerlo, condicionada al mandato de cumplir con determinadas cautelas administrativas. En definitiva, en los casos de riesgo permitido se genera una excepción a una prohibición siempre que se cumplan determinadas condiciones, que se identifican con el cumplimiento de un mandato. Sin embargo, esto, a su vez, significa que el incumplimiento de aquellas condiciones determina la infracción de la prohibición. Por lo tanto, las denominadas por la doctrina formas «mixtas» de imprudencia no son tales. En efecto, el llamado «momento omisivo» de la imprudencia no es otra cosa que el incumplimiento de las condiciones de permisión de un riesgo y, con ello, la infracción del deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas (*cfr. infra* capítulo 13/96). Así pues, la relevante es la conducta activa, peligrosa *ex ante* y no amparada por un riesgo permitido —puesto que sus condiciones se han incumplido—.

Un ejemplo distinto puede advertirse en la actividad empresarial y en la 163
infracción del deber de vigilancia por parte de los administradores y directores generales de las empresas. En este punto es frecuente centrarse en la dimensión omisiva. Sin embargo, una posibilidad alternativa es advertir que, en la medida en que «continúan impulsando la actividad de la empresa» sin ejercer —de modo directo o indirecto— sus deberes de vigilancia, aquellos superiores responden a título de comisión activa por el delito cometido por sus subordinados. El razonamiento es el siguiente. El ejercicio de la función de vigilancia es condición de permisión del riesgo empresa. Por lo tanto, la infracción del deber de vigilar —la «omisión» de vigilancia— no es, en realidad, una omisión típica, sino que determina que el superior, al vulnerar la condición de permisión del riesgo empresa, cometa un delito imprudente activo.

VIII. LA INTERRUPCIÓN DE CURSOS SALVADORES AJENOS

1. GENERALIDADES

Una vez que se ha iniciado un curso causal —de origen natural o humano— 164
que encierra un riesgo de lesión para un bien jurídico, cabe la posibilidad de que también existan cursos causales denominados «salvadores». Estos —a su vez, de origen natural o humano— son aquellos que conllevan una posibilidad real de contención del curso de riesgo o, al menos, de evitación del resultado lesivo. Por eso, en realidad es preferible distinguir entre cursos «de neutralización de un riesgo» y cursos «de evitación de un resultado» (o de salvación). En el caso de los cursos lesivos de origen humano, esta distinción es muy clara. En efecto, si es posible incidir en el curso lesivo antes de que este alcance la fase de la tentativa perfecta, se da la primera variante; si no, la segunda. Ahora bien, la existencia de un curso causal salvador *lato sensu* implica una mejora de la situación del bien jurídico amenazado por el curso lesivo. Así pues, en este peculiar contexto, si un sujeto interrumpe ese curso de contención de riesgos (de aseguramiento) o de salvamento, surge la estructura dogmática que

es común denominar «interrupción de cursos salvadores».[222] Ciertamente, tal interrupción comporta un empeoramiento de la situación del bien jurídico, que primero se había visto afectado negativamente por el curso lesivo y, luego, positivamente por el curso salvador interrumpido.

165 La naturaleza de empeoramiento que es propia de las interrupciones de cursos salvadores determina que algunas de sus variantes prácticamente se confundan con la comisión activa. Así sucede con la interrupción de cursos salvadores ya consumados. Por ejemplo: «A» le quita a «V», que se estaba ahogando, el flotador lanzado por «C», al que «V» ya se ha agarrado; o bien, «A» le inyecta a «V» un inmunodepresor que le debilita sus defensas naturales frente a los virus. Sin embargo, la mayoría de los casos de interrupción de cursos salvadores se pueden distinguir con cierta claridad de los de comisión activa. Por ejemplo: «A» agarra a «C», que se va a lanzar al agua para socorrer a «V», que se está ahogando; o bien, «A» destruye la ampolla de antídoto que el médico va a inyectar a «V», a quien le ha mordido una víbora. En algunos casos, puede darse también la confusión con estructuras de omisión. Así, «A» disuade a «C» de que se arroje a salvar a «V», que se está ahogando, diciéndole que el agua está helada.

2. EL CONCEPTO DOGMÁTICO

2.1. La fenomenología de las situaciones

166 La interrupción de un curso salvador «impide que se impida» la producción del resultado lesivo.[223] Por tanto, constituye un acto de organización de la propia libertad de un sujeto que afecta negativamente a la esfera jurídica de la persona a quien beneficiaba el curso salvador interrumpido. En efecto, como se ha subrayado, el curso interrumpido —en tanto que «salvador»— comportaba una mejora del *statu quo* de los bienes jurídicos en peligro. Así pues, la interrupción de un curso de contención de riesgos o de salvación —tanto si este queda totalmente neutralizado como si se disminuyen sus posibilidades de eficacia— empeora el *statu quo* del bien afectado. El medio para la interrupción no tiene por qué ser la violencia física. Por el contrario, también pueden ser medios interruptores el engaño (que afecta a la cognición del sujeto que

---

[222] *Silva Sánchez* (1986), 249 ss.; *el mismo*, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 1007 ss.; *el mismo*, LH Figueiredo Dias, II, 2009, 979 ss.; *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 2000, 85 ss.; *Winter* (2000); *Reinhold* (2009); *Lerman* (2013).

[223] De ahí su nombre en la filosofía angloamericana de la acción: «*double prevention*». En realidad, la idea ya se halla en *Kant* (1797), Rechtslehre § D: «La resistencia que se opone frente al impedimento de un efecto es una promoción de este efecto y se coordina con él» («*Der Widerstand, der dem Hindernis einer Wirkung entgegengesetzt wird, ist eine Beförderung dieser Wirkung und stimmt mit ihr zusammen*»). La idea rectora del planteamiento de Kant, que luego toma *Binding*, Normen, I, 4.ª, 1922, 116 es que «La causación de un cambio es, por tanto, idéntica a una modificación del equilibrio entre las condiciones de éste que impiden dicho cambio y las que lo favorecen» («*Verursachung einer Veränderung ist deshalb identisch mit einer Veränderung des Gleichgewichts zwischen den sie abhaltenden und den zu ihr hinwirkenden Bedingungen der Letzteren*»).

ha emprendido la conducta salvadora) o la intimidación (afectando a la voli-
ción de dicho sujeto).[224] Ello es claro en el caso de cursos de origen humano;
sin embargo, cabe también a propósito de cursos no humanos. Por ejemplo,
cuando alguien asusta a un perro, que va a entrar en una casa incendiada
para salvar a su dueño inconsciente, de modo que aquel huya y no lo salve.
Por su parte, el engaño puede consistir en ocultar el carácter lesivo del curso
principal, en simular el carácter salvador de un curso que realmente no lo es,
o en derivar ilegítimamente el curso salvador hacia un curso lesivo distinto.

Si se consideran las variantes mencionadas, puede observarse con más faci- **167**
lidad que las interrupciones de cursos salvadores no constituyen supuestos
anecdóticos ni «ejemplos de cátedra». En efecto, interrumpe un curso salvador
ajeno para otros enfermos el médico que consigue, mediante engaño, que
algunos pacientes suyos entren indebidamente en la lista oficial de espera
para un trasplante de hígado, y se les asigne incluso un número de orden
superior al que les podría corresponder lícitamente.[225] En cambio, constituye
una interrupción de un curso salvador propio el caso de un laboratorio farma-
céutico que vende durante años, a diversos centros médicos, medicamentos
citostáticos a los que ha privado del principio activo hasta en un 90 %.[226] En el
primer caso, la interrupción consiste en disminuir la posibilidad de que llegue
a tiempo el trasplante para quienes ya se encontraban lícitamente en la lista y
se ven desplazados a posiciones inferiores. En el segundo, en cambio, lo que
sucede es que la asunción del curso salvador por parte del laboratorio produce
un efecto de confianza que da lugar a que no se contrate a otros laboratorios.
Por eso, el caso debe tratarse desde la perspectiva de la comisión por omisión.

2.2. La discusión acerca de su naturaleza jurídica

Existe discusión sobre si la interrupción de cursos salvadores constituye un **168**
supuesto de comisión activa en el que no existe causalidad real,[227] una variante
de comisión por omisión[228] o un *tertium genus*.[229] Pues bien, la posición más
convincente es la de que constituye una tercera forma de realización típica,
junto a la comisión activa y la comisión por omisión.[230] En efecto, desde la
perspectiva de la teoría de las normas de conducta, la interrupción de cursos

---

[224] Más problemático es si una manifestación verdadera puede constituir una interrupción penal-
mente relevante o, por el contrario, debe calificarse como una conducta neutra, o amparada por la
libertad de expresión (justificada).

[225] Supuesto de la sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán de 28 de junio de 2017.

[226] *Rostalski*, GA 2018, 700 ss.

[227] Así, la doctrina mayoritaria: *Roxin* (1976), 228; *Rudolph* (2006), 107 ss.

[228] Así, con distinta fundamentación, *Silva Sánchez* (1986), 216 ss., 239 ss.; *Haas* (2002), 171 ss.,
212 ss., 217 ss., 270.

[229] *Hruschka* (2.ª, 1988), 74; *Joerden* (1986), 146 ss.; *el mismo* (1988), 51-52; *Gimbernat Ordeig*, ADPCP
2000, 85 ss., 98 ss.

[230] Por tanto, modifico aquí mi posición de 1986, que los reconstruía como supuestos de comisión
por omisión: *Silva Sánchez* (1986), 227 ss.

salvadores se asemeja a la comisión activa, pues en ella el sujeto infringe una prohibición de injerencia en una esfera jurídica ajena. En cambio, desde la perspectiva del nexo entre la conducta y el resultado, la interrupción de cursos salvadores se asemeja a la omisión, en concreto, a la comisión por omisión. En efecto, entre la interrupción y el resultado lesivo no existe una relación de causalidad eficiente,[231] sino una relación distinta, que es similar a la propia de las condiciones negativas e interruptoras.[232]

3. LA TIPICIDAD DE LAS INTERRUPCIONES DE CURSOS SALVADORES

3.1. La conducta penalmente desaprobada

3.1.1. La «interrupción» de cursos salvadores ya «consumados»

169 La interrupción de cursos salvadores humanos adopta diversas variantes en función del grado de ejecución en el que estos últimos se encuentren. Así, en teoría cabe que aquellos se hallen en la fase interna, en la fase externa de actos preparatorios, en la fase ejecutiva o que ya se hayan consumado. Estas distinciones reflejan las propias del *iter criminis* (*cfr. infra* capítulo 15). Sin embargo, en la práctica ello únicamente tiene sentido si lo interrumpido es ya un curso preparatorio o ejecutivo. En efecto, solo quien induce a desistir de la preparación o ejecución de una conducta —exterior— de socorro influye sobre el mundo exterior y, por tanto, también sobre las expectativas del sujeto beneficiado y sobre la confianza de terceros.

170 En este contexto, la expresión «interrupción de cursos causales salvadores consumados» designa, en realidad, la privación de un medio de protección que (i) no solo se encuentra en la esfera de libertad del sujeto pasivo, sino en su propia esfera de organización; y (ii), por ello, ya le protege de modo efectivo. Así las cosas, aquí no se trata únicamente de un incremento del riesgo, como sucede en las demás interrupciones de cursos salvadores, que se mueven en el ámbito de la probabilidad. Más bien, la situación debe identificarse con la creación de un riesgo antes inexistente, puesto que el que existía ha sido estabilizado.[233] En efecto, en ellos existe un medio de protección previo u obtenido con posterioridad a la aparición del riesgo, que en todo caso lo ha anulado.

171 En la discusión filosófica estos supuestos se califican con cierta frecuencia como casos de «desconexión».[234] Ahora bien, tal expresión no debe confundirse con la más específica que, en Derecho penal, designa precisamente la desconexión de aparatos de reanimación, alimentación o respiración. En

---

[231] *E.A. Wolff* (1965), 29-30; *Puppe*, ZStW 92 (1980), 903 ss.; *Haas* (2002), 171 ss., 212 ss.

[232] *Puppe*, ZIS 2018, 486-487.

[233] *Binding*, Normen, II.1, 2.ª, 1914, 571 n. 40; *Arm. Kaufmann* (1959), 107-108; *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 203; *Roxin* (1976), 231-232.

[234] En inglés: «*disconnection*».

todos ellos, es común aludir a la concurrencia de una causalidad no eficiente —no metafísica, ni intrínseca—, pero sí activa o positiva, que trasciende a la causalidad meramente lógica de las condiciones negativas.[235] Efectivamente, esta estructura es aplicable también a casos de configuración no tecnológica, como, por ejemplo, los mencionados de quien quita el flotador al sujeto que se encuentra en el agua, lo lleva ya ceñido y no sabe nadar; o el de quien inocula a otro una sustancia inmunodepresora, que disminuye sus defensas naturales, en un contexto epidémico. Además, también se suscita en aquellos supuestos en los que un sujeto quita el escudo al guerrero que se halla en combate, o destruye el muro de protección de una ciudad. Lo más común es que estos últimos supuestos se consideren supuestos de comisión activa, sin más matices. Ahora bien, es preciso advertir que en ellos no existe causalidad eficiente en relación con el resultado (*cfr. infra* capítulo 14/181). En realidad, son supuestos de interrupción de cursos salvadores «consumados», de modo que en todo caso la conducta del interruptor constituye una creación desaprobada de riesgo, a la que cabe imputar objetivamente el resultado que se produzca. En cambio, si el curso salvador todavía no ha estabilizado el riesgo preexistente, entonces su interrupción comporta un incremento del riesgo. En tal caso, es preciso atender a la probabilidad de éxito del referido curso salvador.

3.1.2. La interrupción de cursos salvadores todavía no consumados

3.1.2.1. La discusión sobre la naturaleza del curso salvador

Un sector doctrinal sostiene que la calificación de la interrupción depende 172
de si el curso salvador es supererogatorio, objeto de un deber general o de un deber de garante. En función de ello, daría lugar respectivamente a la impunidad, la responsabilidad por omisión de socorro o, en fin, a la responsabilidad por el resultado.[236] Sin embargo, en realidad, es irrelevante que el curso salvador —de control del riesgo o de salvación— hubiera sido iniciado por un garante, por un tercero obligado en virtud de un deber de solidaridad mínima o incluso por un agente que obrara de modo supererogatorio.[237] En efecto, lo decisivo es que el curso interrumpido sea por sí mismo idóneo para la evitación del resultado o para disminuir la probabilidad de producción de esta. De ser así, la conducta de interrupción constituye una conducta activa a la que se le imputa objetivamente el resultado lesivo.

La cuestión polémica es por qué cabe afirmar que los cursos salvadores —ya 173
sean naturales, de un garante, de un sujeto obligado a socorrer o de un socorrista supererogatorio— forman parte de la esfera jurídica del sujeto que se halla expuesto a un peligro. En realidad, sería posible sostener que no existe

---

[235] *Schaffer*, Philosophy of Science 67 (2000), 299; *el mismo*, LTh 18 (2012), 399 ss.

[236] *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 2000, 98 ss., 102 ss., sin mencionar las interrupciones de cursos salvadores naturales, ni la de los supererogatorios.

[237] Distinto, *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 2000, 85 ss., 98 ss.

«derecho» a algunos cursos causales salvadores, como los que se refieren a bienes patrimoniales. Sin embargo, esto último no es satisfactorio. En primer lugar, con respecto a los cursos salvadores naturales, basta tener presente el principio *casum sentit dominus* (*cfr. infra* capítulo 20/4). En efecto, si, de entrada, todo sujeto tiene que soportar los riesgos —los cursos naturales lesivos— que afectan a su esfera de bienes, parece que, por pura simetría, también le tienen que beneficiar los cursos naturales que bloquean los riesgos —los cursos salvadores—. En cuanto a los cursos salvadores humanos, hay que considerar que todos ellos son lícitos. Incluso cuando conlleven alguna lesión típica se hallan justificados en los términos del estado de necesidad (auxilio necesario) o de la legítima defensa de terceros. Así las cosas, aunque no sean obligatorios, sino meramente permitidos, cualquier tercero tiene el deber de no interrumpirlos, en virtud del efecto reflejo de la justificación de las conductas (*cfr. infra* capítulo 18/29).

174 La posición contraria tiene que concluir que todos los cursos salvadores de bienes no personales, que llevan a cabo sujetos no garantes, pueden ser interrumpidos sin incurrir en responsabilidad por el concreto resultado lesivo producido. En efecto, la única responsabilidad en que podría incurrir el sujeto interruptor sería la propia de las coacciones, en el caso de recurrir a violencia; o la de las amenazas, si se recurre a intimidación. Ahora bien, si se recurriera al engaño, la conducta sería radicalmente impune. Así, dicha opinión tiene que asumir que, si un grupo de voluntarios está apagando el incendio desatado en la casa (vacía) de «A», con perspectivas de éxito, y «B» lo impide, no incurre en ninguna responsabilidad penal por la destrucción de esa casa. Esta consecuencia no es asumible.

175 Un curso salvador —tanto natural como humano— puede ser suficiente para salvar o solo para disminuir la magnitud del daño. En este último grupo se consideran los ejemplos tradicionales de quien levanta la pernera del pantalón para que el perro muerda más fácilmente. En tal caso, un supuesto de aptitud del curso salvador para disminuir la medida del daño, la interrupción debe dar lugar a la imputación del resultado, pero con una atenuación por tratarse de un supuesto de menor gravedad. Un caso distinto es aquel en el que el curso interrumpido era insuficiente tanto para la salvación como para disminución del riesgo. Es decir, precisaba todavía una intervención positiva del sujeto interruptor para poder configurarse como tal. Entonces, la omisión de esta última intervención es constitutiva de omisión del deber de socorro o de una omisión de garante, en función de las circunstancias del sujeto («omisión por comisión»).

3.1.2.2. El curso salvador en fase interna

176 Los únicos cursos causales humanos que pueden dar lugar a la responsabilidad a título de interrupción son aquellos que se han exteriorizado, es decir, aquellos que ya tienen cierta virtualidad causal. En cambio, la reconstrucción

de procesos todavía no exteriorizados —existentes solo en la fase interna— como «cursos salvadores» genera, en el plano práctico, más problemas de los que resuelve. Así, por ejemplo, conduciría a calificar la inducción a cometer una omisión de socorro como un caso de interrupción paradigmática de un curso causal salvador. Sin embargo, es contradictorio que el que induce a otro a que omita el socorro —incluso un socorro supererogatorio— mate por interrupción de un curso salvador ajeno y, en cambio, el que omite salvar, no. En realidad, una concepción amplia de la noción de interrupción de un curso salvador —que comprendiera las deliberaciones— acabaría incluyendo la totalidad de los casos de omisión. En efecto, en estos últimos tiene lugar un acto mental —la decisión de omitir— que bloquea otro acto mental, a saber, la decisión de salvar.[238] En definitiva, toda omisión sería la «interrupción *in nuce*» de un curso salvador propio.

3.1.2.3. La interrupción de cursos salvadores ajenos en la propia esfera de organización

Un caso especialmente problemático es el de aquellas interrupciones de 177
cursos salvadores ajenos que tienen lugar dentro de la propia esfera jurídica de quien los interrumpe. El caso más claro es el de aquel sujeto que, para conformar un curso salvador, utiliza medios pertenecientes al patrimonio de un tercero. Así, por ejemplo, el vecino que toma el flotador o el bote de la casa colindante para acudir a salvar a un tercero que se está ahogando. Entonces, el propietario priva de tales medios al sujeto socorrista, de modo que el tercero muere. En este caso es necesario efectuar una distinción. En efecto, si los bienes ya se han incorporado (provisionalmente) a la esfera de organización del sujeto que pretende salvar y ello es idóneo para producir tal efecto, la interrupción efectuada por el propietario resulta punible como interrupción de un curso salvador ajeno. A este respecto, el que se trate de un curso salvador típico, pero justificado por estado de necesidad —y que quien lo interrumpe sea el propietario de los bienes— no cambia las reglas generales.[239] En cambio, las cosas son distintas cuando la interrupción tiene lugar antes de que el curso salvador se haya configurado como curso idóneo para la evitación del resultado. En tal caso, la negativa a aportar los propios bienes se somete al régimen de la omisión del deber de socorro.

3.2. Remisión a los criterios generales de la teoría del delito

La imputación objetiva del resultado en los casos de interrupción de cursos 178
salvadores se examina, junto con los demás problemas de imputación objetiva del resultado en la comisión activa y en la comisión por omisión, en el capítulo

[238] *Gössel*, FS Kühl, 2014, 244 ss.

[239] *Silva Sánchez*, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 1007 ss.; *el mismo*, LH Figueiredo Días, II, 2009, 979 ss.

14/181. En efecto, la dogmática de la interrupción de cursos salvadores sigue las reglas generales. Así pues, cabe aplicarle *mutatis mutandis* los criterios de la comisión activa, en cuanto a la conducta desaprobada, y los de la comisión por omisión, en cuanto a la imputación objetiva del resultado. Igualmente, la conducta desaprobada de interrupción de un curso salvador puede ser imputada subjetivamente a título de dolo o de imprudencia. En fin, un intento de interrupción dolosa puede concluir en la consumación de tal interrupción, pero también cabe que se quede en el estadio de la tentativa perfecta o imperfecta. Si se piensa en estos últimos casos, se observa con mayor facilidad que la interrupción de cursos salvadores infringe normas de conducta de carácter prohibitivo.

Capítulo 12

LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA A TÍTULO DE DOLO

Bibliografía seleccionada: *Alcácer Guirao,* Garantías de la segunda instancia, revocación de sentencias absolutorias y recurso de casación, InDret 1/2012, 1; *Alonso Álamo,* Notas para un tratamiento diferenciador del mal llamado dolus generalis, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 53; *Alonso Rimo,* El tipo subjetivo de los actos preparatorios del delito, 2023; *Astorina Marino,* Verità e problemi d'imputazione soggettiva nel diritto penale, RIDPP 2012, 923; *el mismo,* L'accertamento del dolo. Determinatezza, normatività e individualizzazione, 2018; *Bacigalupo Zapater,* Los fundamentos de la teoría del error en el Derecho penal europeo actual, LH Cobo del Rosal, 2005, 35; *el mismo,* Problemas actuales del dolo, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 73; *Baigún,* Los delitos de peligro y la prueba del dolo, 2007; *Baldó Lavilla,* Sobre las desviaciones causales: consumación anticipada y dolus generalis, ADPCP 1995, 339; *Beebe/Buckwalter,* The Epistemic Side-Effect Effect, Mind & Language 25 (2010), 474; *Binding,* La culpabilidad en Derecho penal (1919), 2009; *Blanco Cordero,* El error in persona del inducido y su relevancia para la responsabilidad penal del inductor, LH Barbero Santos, 2001, 823; *Brady,* Recklessness, L&Ph 15 (1996), 183; *Bricola,* Dolus in re ipsa, 1960; *Bung,* Wissen und Wollen im Strafrecht, 2009; *Burchard,* Irren ist menschlich, 2008; *Bustos Ramírez,* Política criminal y dolo eventual, en: el mismo, Control social y sistema penal, 1987, 233; *Cabral,* Dolo y lenguaje: hacia una nueva gramática del dolo desde la filosofía del lenguaje, 2017; *Cancio Meliá,* ¿Crisis del lado subjetivo del hecho?, LH Bacigalupo, I, 2004, 57; *Canestrari,* Dolo eventuale e colpa cosciente, 1999; *Carbonell Mateu,* Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas en torno a la imputación del dolo y la imprudencia, LH Ruiz Antón, 2003, 139; *Cardenal Murillo,* Atribución dolosa y relevancia del error in objecto y de la *aberratio ictus,* CPC 43 (1991), 45; *Cerezo Mir,* La doble posición del dolo en la ciencia del Derecho penal española, ADPCP 1981, 455; *Ciompi,* Affektlogik. Über die Struktur der Psyche und ihre Entwicklung, 1982; *el mismo,* Die emotionalen Grundlagen des Denkens. Entwurf einer fraktalen Affektlogik, 1997; *el mismo,* Gefühle, Affekte, Affektlogik, 2002; *Cole,* Knowledge and Belief as Criminal Law Mental States, Ohio St. C. L. J. 19 (2019), 441; *Coloma/Modolell,* Lo súbito como desafío a la imputación penal, Doxa 45 (2022), 277; *Coppola,* The Emotional Brain and the Guilty Mind, 2022; *Corcoy Bidasolo,* En el límite entre el dolo y la imprudencia, ADPCP 1985, 961; *la misma,* Concepto dogmático y procesal de dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio, DJP 4 (2011), 3; *la misma,* Concepto dogmático y procesal de dolo. Especial referencia al dolo en la delincuencia socioeconómica, LH Morillas Cueva, I, 2018, 865; *Cuello Contreras,* Acción, capacidad de acción y dolo eventual, ADPCP 1983, 77; *el mismo,* Dolo e imprudencia como magnitudes graduales de injusto, RDPC 2 (2009), 37; *el mismo,* Dolo e imprudencia como magnitudes graduales de injusto, LH Struensee, 2011, 143; *el mismo,* Sobre la posibilidad y necesidad de distinguir entre conocimiento ontológico y conocimiento normológico, LH Rodríguez Ramos, 2013, 75; *el mismo,* La intencionalidad como criterio de distinción entre la estafa y el ilícito civil. La función del elemento subjetivo del delito en Derecho penal, InDret 1/2019, 1; *el mismo,* Dolo y valoración, RECPC 22 (2020), 1; *Curi,* Tertium datur. Dal common law al civil law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato, 2003; *Damasio,* El error de Descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano, 2004; *Demuro,* Prolegomeni storici allo studio del dolo, RIDPP 2006, 1410; *el mismo,* Il dolo. I. Svolgimento storico del concetto, 2007; *el mismo,* Il dolo. II. Struttura e oggetto nell'ac-

certamento, 2008; *el mismo*, Il dolo II. L'accertamento, 2010; *Díaz y García-Conlledo*, Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error, en: Luzón/Mir (eds.), Cuestiones, 1999, 61; *el mismo*, ¿Error de tipo o error de hecho?, LH Valle Muñiz, 2001, 208; *el mismo*, El error sobre elementos normativos del tipo penal, 2008; *el mismo*, A vueltas con el dolo, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 541; *Díaz Pita*, El dolo eventual, 1994; *la misma*, La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización, RP 17 (2006), 66; *Díez Ripollés*, Los elementos subjetivos del delito, 1990; *Donini*, Il delitto contravvenzionale. Culpa iuris e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra, 1993; *el mismo*, Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza, DPC 1/2014, 96; *Donna*, El concepto objetivado de dolo, LH Cerezo Mir, 2002, 660; *Duff*, Dois modelos de responsabilidade pessoal em direito penal, Revista Brasileira de Ciências Criminais, 29 (2021), 47; *Duttge*, Recklessness statt *dolus eventualis*? Zur Systematik der subjektiven Tatseite *de lege ferenda*, FS Sieber, I, 2021, 81; *Engelmann*, Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwickelung, 1895; *Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1930; *el mismo*, Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, FS Mezger, 1954, 127; *Esquinas Valverde*, ¿Sirve todavía para algo el principio de responsabilidad subjetiva?, CPC 118 (2016), 185; *Eusebi*, Il dolo come volontà, 1993; *Fakhouri Gómez*, Teoría del dolo vs. teoría de la culpabilidad, InDret 4/2009, 1; *la misma*, Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático, 2009; *la misma*, Valoración crítica de la determinación del objeto del dolo, InDret 3/2011, 1; *Feijóo Sánchez*, La distinción entre dolo e imprudencia, CPC 65 (1998), 269; *el mismo*, La teoría de la ignorancia deliberada, InDret 3/2015, 1; *Feltz/May*, The Means/Side-Effect Distinction in Moral Cognition: A Meta-Analysis, Cognition 166 (2017), 314; *Ferzan*, Beyond Intention, Cardozo L. R. 29 (2007), 1147; *Frank*, Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre, ZStW 10 (1890), 169; *el mismo*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18.ª, 1931; *Freund*, Normative Probleme der Tatsachenfeststellung, 1987; *el mismo*, Das Spezifikum der vollendeten Vorsatztat, FS Maiwald, 2010, 211; *Freund/Rostalski*, Vorsätzliches Tötungsverhalten und (qualifizierte) Tötungsfahrlässigkeit. Plädoyer für den dolus (eventualis) und die Ersetzung todeserfolgsqualifizierter Delikte durch einen Tatbestand qualifiziert fahrlässiger Tötung, JZ 2020, 241; *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983; *el mismo*, Vorsatz und Mitbewußtsein, GS Arm. Kaufmann, 1989, 311; *el mismo*, Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffes und der Vorsatzfeststellung, GS Meyer, 1990, 533; *el mismo*, El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en el Derecho penal alemán, en: Eser/Gimbernat/Perron (eds.), Justificación, 1995, 157; *de la Fuente Hulaud*, El error sobre los elementos típicos de antinormatividad. Tesis doctoral UPF, 2015; *Gaede*, Auf dem Weg zum potentiellen Vorsatz?, ZStW 121 (2009), 239; *Galán Muñoz*, El denominado dolo alternativo: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos, LH Díaz Pita, 2008, 279; *Gil Gil*, El concepto de intención en los delitos de resultado cortado, RDPC 6 (2000), 103; *Gimbernat Ordeig*, Acerca del dolo eventual, Estudios, 3.ª, 1990, 240; *Gómez Benítez*, La realización del peligro en el resultado y la imputación al dolo en las desviaciones causales, LH Roxin, 1994, 91; *González Cussac*, Alcance del control constitucional sobre el dolo y los elementos normativos, LH Ruiz Antón, 2003, 459; *el mismo*, Dolus in re ipsa, LH Vives Antón, I, 2009, 817; *González Lagier*, Buenas razones, malas intenciones (sobre la atribución de intenciones), Doxa 26 (2003), 635; *el mismo*, La prueba de la intención y la explicación de la acción, Isegoría 35 (2006), 173; *Greco*, Neue Wege der Vorsatzdogmatik, ZIS 2009, 813; *el mismo*, Dolo sin voluntad, NFP 88 (2017), 10; *el mismo*, ¿Imputación objetiva como objeto del dolo?, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 645; *Guardiola García*, Especiales elementos subjetivos del tipo en Derecho penal, RDyPP 6 (2001), 40; *Guerra Espinosa*, Dolo y conciencia de antijuridicidad ¿una relación funcional en la imputación?, en: Perin (ed.), 2020, 323; *Haffke*, Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie, GA 1978, 33; *Hampton*, Mens rea, Social Philosophy and Policy 7 (1990), 2; *Hassemer*, Los elementos característicos del dolo, ADPCP 1990, 909; *Hegler*, Subjektive Rechtswidrigkeitselemente, FG Frank, I, 1930, 251; *Heinrich*, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, FS Roxin, I, 2011, 449; *Heller*, The Cognitive Psychology of Mens Rea, J. C. L. & Cr. 99 (2009), 317; *Hellman*, Willfully Blind for Good Reason, CL&Phil 3 (2009), 301; *Herzberg*, Die Abgren-

zung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit. Ein Problem des objektiven Tatbestandes, JuS 1986, 249; *el mismo,* Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten, JZ 1988, 573, 635; *el mismo,* Tatbestands- oder Verbotsirrtum?, GA 1993, 439; *Hillenkamp,* Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971; *Hörnle,* Plädoyer für die Aufgabe der Kategorie bedingter Vorsatz, JZ 2019, 440; *Horder,* Intention in the Criminal Law, MLR 58 (1995), 678; *Horta,* Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo, 2016; *Hoven/Kudlich,* Wie sicher muss ich das wissen? — Anforderungen an die kognitive Vorsatzkomponente beim unechten Unterlassungsdelikt, FS Rogall, 2018, 209; *Hruschka,* Strukturen der Zurechnung, 1976; *el mismo,* Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes, FS Kleinknecht, 1985, 201; *Husak,* Retribution in Criminal Theory, San Diego L. R. 37 (2000), 959; *el mismo,* The Costs to Criminal Theory of Supposing that Intentions are Irrelevant to Permissibility, CL&Phil 3 (2009), 51; *el mismo,* Aspiration, Execution, and Controversy: Reply to My Critics, CL&Phil 12 (2018), 351; *Husak/Callender,* Wilful Ignorance, Knowledge, and the Equal Culpability Thesis, U. Wisconsin L. R. 1994, 29; *Jaén Vallejo,* Dolo, error y prueba del dolo, CPC 100 (2010), 215; *Jäger,* Subjektive Verbrechensmerkmale als Gegenstand psychologischer Wahrheitsfindung, en: el mismo (Hrsg.), Kriminologie im Strafprozeß, 1980, 173; *Jakobs,* Indiferencia como dolo indirecto, LH Bacigalupo, I, 2004, 345; *el mismo, Dolus malus,* InDret 4/2009, 1; *el mismo,* Kritik des Vorsatzbegriffs, 2020; *el mismo,* Bemerkungen zur Kausalität als Vorsatzgegenstand, FS Sancinetti, 2020, 485; *Jescheck,* Grundfragen der Dogmatik und der Kriminalpolitik, ZStW 93 (1981), 3; *Jones/Montague/Yaffe,* Detecting Mens Rea in the Brain, U. Pennsylvania. L. R. 169 (2020), 1; *Kahneman/Knetsch,* Anomalies. The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias, The Journal of Economic Perspectives 5 (1991), 193; *Kargl,* Handlung und Ordnung im Strafrecht, 1991; *el mismo,* Der strafrechtliche Vorsatz, 1993; *Arm. Kaufmann,* El dolo eventual en la estructura del delito, ADPCP 1960, 185; *el mismo,* Unterlassung und Vorsatz, FS von Weber, 1963, 207; *Arth. Kaufmann,* Die Parallelwertung in der Laiensphäre, 1982; *Kindhäuser,* Der Vorsatz als Zurechnungskriterium, ZStW 96 (1984), 1; *el mismo,* Zur Unterscheidung vom Tat- und Rechtsirrtum, GA 1990, 407 (=Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho, en: Frisch *et al.* — eds.—, El error en Derecho penal, 1999, 139); *el mismo,* Indiferencia como dolo, en: el mismo *et al.* (eds.), Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial, 2005, 33; *el mismo,* Imputación objetiva y subjetiva en delito doloso, ADPCP 2006, 63; *el mismo,* El tipo subjetivo en la construcción del delito, InDret 4/2008, 1; *el mismo,* Hechos brutos y elementos normativos del tipo, InDret 2/2014, 1; *el mismo,* El error sobre las circunstancias del hecho, REJ 31 (2019), 127; *Kneer/Bourgeois-Gironde,* Mens rea ascription, expertise and outcome effects, Cognition 169 (2017), 139; *Knobe,* Intentional Action and Side Effects in Ordinary Language, Analysis 63 (2003), 190; *Koriath,* Über den Vorsatz und wie man ihn beweisen könnte, FS Loos, 2010, 103; *Kuhlen,* Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987; *Kuhli,* Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrechtlichen Rechtsanwendung, 2018; *Lascano/Peretti,* El regreso del *dolus malus,* pero ahora en el tipo, FS Sancinetti, 2020, 543; *Laurenzo Copello,* Dolo y conocimiento, 1999; *la misma,* Algunas reflexiones críticas sobre la tradicional división tripartita del dolo, LH Torío López, 1999, 423; *Lucchesi,* Punindo a culpa como dolo, 2018; *Luzón Peña,* Dolo y dolo eventual, LH Barbero Santos, 2001, 1109; *Macleod,* Belief States in Criminal Law, Oklahoma L. R. 68 (2016), 497; *Madrid/Guerra,* Problemáticas del dolo indirecto, Ius et Praxis 28 (2022), 216; *Manrique,* Responsabilidad, dolo eventual y doble efecto, Doxa 30 (2007), 425; *la misma,* Acción, dolo eventual y doble efecto, 2012; *la misma,* ¿Mejor no saber? Algunas consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal en caso de ignorancia, Discusiones 13 (2013), 79; *la misma,* Reproche al dolo como reproche, Pensar en Derecho 2 (2013), 387; *la misma,* Ignorancia deliberada y responsabilidad penal, Isonomía 40 (2014), 163; *la misma,* Impulsos y razones en el Derecho penal, Doxa 39 (2016), 289; *Mañalich,* El delito como injusto culpable, RD 24 (2011), 87; *el mismo,* La tentativa de delito como hecho punible: Una aproximación analítica, RChD 44 (2017), 461; *el mismo,* Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y

delito putativo, PolítCrim 14 (2019), 296; *el mismo*, El dolo como creencia predictiva, RCP 67 (2020), 13; *Maqueda Abreu*, El error sobre las circunstancias: Consideraciones en torno al artículo 6 bis a) del Código penal, CPC 21 (1983), 699; *la misma*, De nuevo acerca del error sobre las circunstancias, LH Cerezo Mir, 2002, 840; *Marinucci*, No hay dolo sin culpa, CPC 46 (1992), 117; *el mismo*, Finalismo, responsabilidad objetiva, objeto y estructura del dolo, CPC 82 (2004), 19; *Marteleto Filho*, Dolo e risco no direito penal, 2020; *Martínez-Buján*, El concepto significativo de dolo: un concepto volitivo normativo, LH Díaz Pita, 2008, 303; *el mismo*, Los elementos subjetivos del tipo de acción, TyD 13 (2013), 235; *el mismo*, El error en la teoría jurídica del delito, 2017; *el mismo*, El error sobre el tipo a la luz de la concepción significativa del delito, LH Mir Puig, 2017, 715; *el mismo*, Los elementos subjetivos de la antijuridicidad, 2021; *el mismo*, ¿Existe un especial elemento subjetivo del tipo en los delitos contra el honor?, LH Berdugo, II, 2022, 679; *Mezger*, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924), 207; *el mismo*, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3.ª, 1949; *Miró Llinares*, Conocimiento e imputación en la participación delictiva, 2009; *el mismo*, Dolo y Derecho empresarial, CPC 113 (2014), 201; *Molina Fernández*, La cuadratura del dolo, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 691; *el mismo*, Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas, LH Gimbernat Ordeig, II, 2008, 1329; *el mismo*, El razonable regreso del dolo a la culpabilidad, LH Mir Puig, 2017, 735; *Momsen*, Voluntatives Vorsatzelement und psychologisches Schuldmoment, KriPoZ 2 (2018), 76; *Morillas Cueva*, La doble posición del dolo en la teoría jurídica del delito, CPC 91 (2007), 27; *el mismo*, De nuevo sobre la doble posición del dolo y de la imprudencia, LH Mir Puig, 2017, 753; *Muñoz Conde*, Bases para una teoría del error orientada a las consecuencias, CPC 35 (1988), 269; *el mismo*, El error en Derecho penal, 1989; *Mylonopoulos*, Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit und der Grundsatz *in dubio pro reo*, ZStW 99 (1987), 688; *el mismo*, Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht, 1998; *el mismo*, Vorsatz als Dispositionsbegriff, FS Frisch, 2013, 357 (=El dolo como término disposicional, en: el mismo, Dogmática penal en un contexto internacional, 2017, 17); *Nadelhoffer/Monroe* (eds.), Advances in Experimental Philosophy of Free Will and Responsibility, 2022; *Nelkin/Rickless*, The Relevance of Intention to Criminal Wrongdoing, CL&Phil 10 (2016), 745; *Ortiz de Urbina*, ¿Dolo como reproche?, Pensar en Derecho 2 (2013), 357; *Oxman*, Una aproximación al sistema de imputación subjetiva en el Derecho penal anglosajón, Ius et Praxis 19 (2013), 139; *el mismo*, El dolo como adscripción de conocimiento, PolítCrim 14 (2019), 441; *Palma*, O dolo e o erro: novas leituras do elemento intelectual do dolo, 2010; *Pantaleón Díaz*, Delito y responsabilidad civil extracontractual, 2022; *Papathanasiou*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014; *Paredes Castañón*, Problemas metodológicos en la prueba del dolo, AFD 2001, 87; *el mismo*, Dolo y psicología del sentido común, LH Luzón Peña, I, 2020, 875; *el mismo*, Metodología para la imputación del injusto penal, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 799; *Peñaranda Ramos*, Concurso de leyes, error y participación en el delito, 1991; *el mismo*, Caso Rose-Rosahl, en: Sánchez-Ostiz, Casos, 2011, 61; *Pérez Alonso*, Teoría general de las circunstancias, 1995; *el mismo*, La prueba del dolo eventual y del error de tipo sobre la edad de la víctima, CPC 127 (2019), 5; *Pérez Barberá*, El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental, 2011; *el mismo*, Dolo como plus o aliud de la imprudencia, LH Luzón Peña, I, 2020, 917; *el mismo*, ¿Dolo como indiferencia?, EnL 11 (2021), 91; *Pérez del Valle*, La prueba del error en el proceso penal, Revista de Derecho procesal 2 (1994), 413; *Pérez Manzano*, Dificultad de prueba de lo psicológico y concepto normativo de dolo, LH Gimbernat Ordeig, II, 2008, 1453; *la misma*, Prueba y subsunción en el dolo: una cuestión de garantías constitucionales, LH Mir Puig, 2017, 355; *la misma*, Elemento volitivo del dolo, LH Luzón Peña, I, 2020, 939; *la misma*, El fundamento de la pena del delito doloso, LH Huerta Tocildo, 2020, 533; *la misma*, Algunos datos empíricos sobre la atribución de estados mentales, LH Arroyo Zapatero, 2021, 553; *la misma*, Algunos datos empíricos sobre la atribución de estados mentales: ¿fracaso del principio de responsabilidad subjetiva o de un determinado concepto de dolo?, RECPC 23 (2021), 1; *la misma*, Tres cuestiones sobre el dolo a la luz de la neurociencia cognitiva, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 825; *Philipps*, An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit — Ein Modell multikriterieller computergestützter Entscheidungen, FS Roxin,

2001, 365; *Picotti*, Il dolo specifico, 1993; *Platzgummer*, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes, 1964; *Politoff*, Los elementos subjetivos del tipo legal (1965), 2008; *Porciúncula*, Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal. Hacia la exteriorización de lo interno, 2014; *el mismo*, Das Strafrecht zwischen dem manifesten und dem wissenschaftlichen Weltbild, ZIS 2023, 355; *Prittwitz*, *Dolus eventualis* und Affekt, GA 1994, 454; *Prosdocimi*, *Dolus eventualis*, 1993; *Pulitanò*, L'errore di diritto nella teoria del reato, 1976; *el mismo*, I confini del dolo, RIDPP 2013, 22; *Puppe*, Zur Revision der Lehre vom konkreten Vorsatz und der Beachtlichkeit der *aberratio ictus*, GA 1981, 1; *la misma*, Der Vorstellungsinhalt des *dolus eventualis*, ZStW 103 (1991), 1; *la misma*, Vorsatz und Zurechnung, 1992; *la misma*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2008 (2.ª, 2011; 4.ª, 2019); *la misma*, Naturalismo y normativismo, en: la misma, El Derecho penal como ciencia, 2014, 137; *la misma*, Error de hecho, error de derecho, error de subsunción, en: la misma, El Derecho penal como ciencia, 2014, 228; *la misma*, Perspectivas conceptuales del dolo eventual, en: la misma, El Derecho penal como ciencia, 2014, 291; *la misma*, La imputación del resultado al dolo, LH Mir Puig, 2017, 803; *Quintero Olivares*, Las vicisitudes del dolo y la subsistencia de la preterintencionalidad, LH Vives Antón, II, 2009, 1573; *Ragués i Vallés*, La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo, ADPCP 1996, 795; *el mismo*, El dolo y su prueba en el proceso penal, 1999; *el mismo*, Consideraciones sobre la prueba del dolo, REJ 4 (2004), 13; *el mismo*, La ignorancia deliberada, 2007; *el mismo*, Caso del cinturón, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 193; *el mismo*, De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico, InDret 3/2012, 1; *el mismo*, El ánimo de hacerse pago en las defraudaciones. ¿Elemento subjetivo o causa de justificación?, LH Bajo Fernández, 2016, 451; *el mismo*, Los elementos subjetivos no escritos: ¿hacia su definitiva desaparición?, LH Mir Puig, 2017, 815; *el mismo*, Irracionalidad de la confianza y dolo eventual, LH Luzón Peña, I, 2020, 975; *Ramos Vázquez*, Un proceso interno necesita criterios externos, LH Vives Antón, II, 2009, 1639; *Rath*, Zur strafrechtlichen Behandlung der *aberratio ictus* und des error in obiecto des Täters, 1993; *Reyes Alvarado*, La ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito, RGDP 9 (2008), 1; *Risicato*, Gli elementi normativi della fattispecie penale, 2004; *Robles Planas*, La participación en el delito, 2003; *Rodríguez Montañés*, Delitos de peligro, dolo e imprudencia, 1994; *Rodríguez Mourullo*, La doctrina de la ignorancia deliberada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, LH Luzón Peña, I, 2020, 997; *Rogé Such*, La relación entre dolo e imprudencia. ¿Aliud o plus-minus?, InDret 3/2022, 172; *el mismo*, El significado de la voluntad en el dolo, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 869; *Romeo Casabona*, Sobre la estructura monista del dolo, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 923; *Ronco*, Le radici metagiuridiche del dolo eventuale, Studi in onore di Mario Romano, II, 2011, 1175; *el mismo*, La riscoperta de la volontà nel dolo, RIDPP 2014, 1953; *Ross*, Über den Vorsatz, 1979; *Roxin*, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1959 (=Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico, 1979); *el mismo*, Rose-Rosahl redivivus, FS Spendel, 1992, 289; *el mismo*, Zur Normativierung des *dolus eventualis* und der Lehre von der Vorsatzgefahr, FS Rudolphi, 2004, 243; *el mismo*, Über Tatbestands- und Verbotsirrtum, FS Tiedemann, 2008, 375; *el mismo*, Immer wieder: Tatbestands- und Verbotsirrtum, FS Neumann, 2017, 1023; *Roxin/Jakobs/Schünemann/Frisch/Köhler*, Sobre el estado de la teoría del delito, 2000; *Roxin/Sancinetti*, Desviación del curso causal y dolus generalis, 2002; *Rudolph*, Wenn Täter und Richter dasselbe wissen, aber unterschiedlicher Meinung sind, JRE 27 (2019), 649; *Safferling*, Vorsatz und Schuld, 2008; *Salcuni*, Il silenzio del rischio, la loquacità del *fine*. Per una ricostruzione finalistico-volontaristica del dolo eventuale, 2017; *Sánchez Dafauce*, Desviación del curso causal e imprudencia inconsciente, RDPC 20, 2018, 181; *Sánchez Málaga*, Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos, 2018; *el mismo*, Concepto y prueba de los aspectos subjetivos del delito en el Derecho penal angloamericano, 2020; *el mismo*, La expansión del Derecho penal en el ámbito de la imputación subjetiva, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 893; *Sánchez-Ostiz*, Víctimas e infractores, cumplidores y héroes, 2018; *el mismo*, El error sobre la capacidad de evitación, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 909; *Sánchez-Vera*, Un reto para el dolo: los motivos del autor, LH Octavio de Toledo, 2016, 339; *Sanz-Díez de Ulzurrún*, Dolo e imprudencia en el Código penal español,

2007; *Sanz Morán*, Aproximación al problema del denominado dolus generalis, InDret 3/2016, 1; *Sarch*, Willful Ignorance, Culpability, and the Criminal Law, St. John's L. R. 88 (2014), 1023; *el mismo*, Double Effect and the Criminal Law, CL&Phil 11 (2015), 453; *el mismo*, Knowledge, Recklessness and the Connection Requirement between Actus Reus and Mens Rea, Pennsylvania St. L. R. 120 (2015), 1; *el mismo*, Equal Culpability and the Scope of the Willful Ignorance Doctrine, LTh 22 (2016), 276; *el mismo*, Beyond Willful Ignorance, U. Colorado L. R. 88 (2017), 97; *el mismo*, Ignorance Lost: A Reply to Yaffe on the Culpability of Willful Ignorance, CL&Phil 12 (2018), 107; *el mismo*, Criminally Ignorant, 2019; *Schewe*, Bewußtsein und Vorsatz, 1967; *el mismo*, Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz, 1972; *Schild*, Vorsatz als sachgedankliches Mitbewußtsein, FS Stree/Wessels, 1993, 260; *Schladitz*, Abstraktes Gefahrbewusstsein und die Vorstellung von der konkreten Möglichkeit der Tatbestandsvollendung, ZStW 134 (2022), 97; *Schlüchter*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, 1983; *Schmidhäuser*, AT. Studienbuch, 1.ª, 1982; *Schroth*, Rechtsphilosophische und rechtskulturelle Reflexionen zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff, en: Philipps/Wittmann (Hrsg.), Rechtsentstehung und Rechtskultur. Heinrich Scholler zum 60. Geburtstag, 1991, 159; *el mismo*, Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale, 1994; *el mismo*, Der Begriff des Begriffes *dolus eventualis*, FS Philipps, 2005, 467; *Schünemann*, De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo, en: el mismo, Temas, 2002, 97; *Serrano González de Murillo*, Consideraciones en torno a las consecuencias jurídicas del denominado dolo alternativo, LH Ruiz Antón, 2003, 1049; *Shen et al.*, Sorting Guilty Minds, New York U. L. R. 86 (2011), 1305; *Silva Olivares*, Dolo, valoración y la teoría final de la acción, LH Ortiz Quiroga, 2020, 211; *Silva Sánchez*, *Aberratio ictus* e imputación objetiva, ADPCP 1984, 347; *el mismo*, Preterintencionalidad y otras cuestiones, ADPCP 1985, 194; *el mismo*, Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad, ADPCP 1987, 647; el mismo, Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la conducción suicida, LL 1988-3, 970; *el mismo*, ¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad, LH Bacigalupo, I, 2004, 867; *el mismo*, ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?, en InDret Penal 3/2014, 1; *Silva/Varela*, Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo, en: Silva (ed.), Criminalidad de empresa y compliance, 2013, 279; *Simons*, Rethinking Mental States, Buffalo U. L. R. 72 (1992), 463; *el mismo*, Does Punishment for Culpable Indifference Simply Punish for Bad Character?, Buffalo C. L. R. 6 (2002), 219; *el mismo*, Punishment and Blame for Culpable Indifference, Inquiry 58 (2015), 143; *Smith*, Non-Tracing Cases of Culpable Ignorance, CL&Phil 5 (2011), 115; *Sotomayor*, Fundamento del dolo y ley penal, PolítCrim 11 (2016), 675; *Spendel*, Zum Begriff des Vorsatzes, FS Lackner, 1987, 167; *Stein*, Vorsatz- und Fahrlässigkeitsstraftaten: Grundzüge einer inhaltlichen und begrifflichen Rekonstruktion, 2009; *Steinberg*, Indizwert einer höchst lebensgefährlichen Tathandlung für den Tötungsvorsatz, JZ 2010, 712; *Stratenwerth*, Unbewußte Finalität?, FS Welzel, 1974, 289; *Stuckenberg*, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum in Völkerstrafrecht, 2007; *el mismo*, Zum ontologischen Status mentaler Zustände, FS Kindhäuser 2019, 533; *el mismo*, Bindings Lehre vom Vorsatz und von der Fahrlässigkeit, en: Kubiciel *et al.* (Hrsg.), Eine gewaltige Erscheinung des positiven Rechts — Karl Bindings Normen und Strafrechtstheorie, 2020, 193; *el mismo*, Problemas de imputação subjetiva no Direito penal nacional e internacional, Revista do Instituto de Ciências Penais 6 (2021), 26; *Suay Hernández*, Los elementos normativos y el error, ADPCP 1991, 97; *Thomas*, Reckless Juveniles, U. California, Davis L. R. 52 (2019), 1665; *Torío López*, El *error iuris*. Perspectivas materiales y sistemáticas, ADPCP 1975, 25; *el mismo*, Teoría cognitiva del dolo y concepto de temeridad, LH Núñez Barbero, 2007, 833; *Tversky/Kahneman*, The Framing of Decisions and the Psychology of Choice, Science. New Series 211 (1981), 453; *Valiente Iváñez*, El cruce de caminos entre la filosofía moral experimental y el estudio del Derecho penal, en: Miró (ed.), El Derecho penal ante lo empírico, 2021, 147; *el mismo*, La doble dimensión del dolo como criterio de imputación, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 943; *Vallini*, Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale, 2003; *Varela*, Dolo y error, 2016;

Velten, Vorsatz und Kausalität, FS Kindhäuser, 2019, 585; *Viana*, Dolo como compromiso cognitivo, 2017; *el mismo*, Misa de réquiem para el elemento volitivo del dolo, LH Luzón Peña, I, 2020, 1161; *Vilares et al.*, Predicting the Knowledge-Recklessness Distinction in the Human Brain, PNAS 114 (2017), 3222; *Vives Antón*, Reexamen del dolo, LH Díaz Pita, 2008, 369; *Volk*, Strafrechtsdogmatik, Theorie und Wirklichkeit, FS Bockelmann, 1979, 75; *el mismo*, Wahrheit und materielles Recht im Strafprozeß, 1980; *el mismo*, Dolus ex re, FS Arth. Kaufmann, 1993, 611; *Walter*, Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum, 2006; *Warda*, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, 1955; *van Weezel*, Error y mero desconocimiento en derecho penal, 2008; *el mismo*, Una vez más sobre la distinción entre dolo e imprudencia, RCP XLVII (2020), 43; *el mismo*, Intención, azar e indiferencia, Ius et Praxis 27 (2021), 190; *Wilenmann*, Injusto, justificación e imputación, en: Pawlik *et al.* (eds.), La antijuridicidad en el Derecho penal, 2013, 99; *C. Wolf*, *Error facti et error iuris*, 2019; *E. Wolf*, Die Typen der Tatbestandsmässigkeit, 1931; *Wolter*, Imputación objetiva y personal a título de injusto, en: Schünemann (ed.), El sistema moderno, 1991, 108; *Yaffe*, The Point of Mens Rea: The Case of Willful Ignorance, CL&Phil 12 (2018), 19; *Zabel*, Affekt und Strafrecht, en: Pawlik/Kindhäuser (Hrsg.), Notrechte, 2019, 345; *Zimmerman*, Recklessness, Willful Ignorance, and Exculpation, CL&Phil 12 (2018), 327; *Zugaldía Espinar*, La demarcación entre el dolo y la culpa, ADPCP 1986, 395.

I. EL JUICIO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA

1. LOS JUICIOS DE TIPICIDAD OBJETIVA Y DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA

1.1. Generalidades

El juicio de imputación subjetiva de un hecho a un sujeto —como obra suya— se podría construir como un único juicio completo de culpabilidad.[1] Sin embargo, en nuestra tradición ha prevalecido un modelo distintivo, en cuya virtud aquel se descompone en tres niveles. Estos son los de la imputación a título de acción; la imputación a título de dolo o de imprudencia —o imputación subjetiva en sentido estricto (técnico-instrumental)—; y la imputación a título de culpabilidad (ético-jurídica). Pues bien, los presupuestos de la imputación a título de acción ya se han examinado (*cfr. supra* capítulo 9). Por su parte, la imputación a título de culpabilidad se analizará más adelante (*cfr. infra* capítulo 23). Ahora, tras el estudio de la conducta penalmente desaprobada activa y omisiva, procede exponer los requisitos de su imputación subjetiva al sujeto a título de dolo o de imprudencia. 1

El criterio de distinción entre el juicio de tipicidad objetiva de la conducta y el de imputación subjetiva de esta a un agente no coincide con el de la separación entre los juicios sobre lo externo y los que versan sobre lo interno de un hecho humano. En efecto, tanto el juicio de tipicidad como el de imputación subjetiva tienen por objeto lo externo y lo interno. Además, tampoco coincide con la distinción que se sienta entre juicios objetivos y juicios subjetivos. De nuevo, tanto el juicio de tipicidad como el de imputación subjetiva son inter- 2

[1] *Cancio Meliá*, LH Bacigalupo, I, 2004, 58.

subjetivos. Así pues, los juicios de asignación de sentido y de valoración que conducen a afirmar la tipicidad objetiva de una conducta no solo tienen en cuenta el aspecto externo de esta. Además, consideran también lo interno del agente —sus conocimientos y poderes especiales, sus intenciones y sus motivos—, en la medida en que todo ello trascienda al exterior de forma significativa. Por tanto, todos estos elementos tienen relevancia objetivo-significativa.[2] En efecto, el juicio intersubjetivo sobre el significado típico de una conducta tiene por objeto un fenómeno con relevancia para la interrelación social. Por tanto, su criterio rector no es la intención del agente, ni su representación, ni sus motivos. Ahora bien, estos últimos deben ser tenidos en cuenta como objeto del juicio de significado, al que luego sigue el juicio de valoración (*cfr. supra* capítulo 10/24 ss.).

3 El juicio de imputación subjetiva es igualmente un juicio intersubjetivo. Sin embargo, este tiene por objeto la relación de congruencia —o de incongruencia— entre el significado jurídico-social de la conducta, fijado en el juicio de tipicidad objetiva, y la representación real o debida del agente.[3] Así, mediante este nuevo juicio se pretende establecer el vínculo entre el sujeto y su conducta, que ya aparece provista de significado jurídico-penal. En este punto, el baremo fundamental viene dado por la medida de la posibilidad de evitación de dicha conducta.

1.2. Los factores de complejidad

4 La distinción entre el juicio de tipicidad objetiva y el de imputación subjetiva muestra cierta complejidad. En primer lugar, porque la atribución de significado típico a una conducta depende de la previa imputación de esta a un agente, a título de acción. En efecto, solo aquellos procesos susceptibles de ser imputados a un agente como acciones tienen capacidad de sentido. Por tanto, solo a ellos puede atribuírseles un significado concreto, también desde la perspectiva de la tipicidad penal. En segundo lugar, porque lo interno del sujeto aparece tanto en el juicio de tipicidad objetiva como en el de imputación subjetiva. En efecto, los «conocimientos» e intenciones del sujeto han sido considerados ya en el juicio de significado social y de valoración de su conducta, que luego es objeto de imputación subjetiva. Por su parte, el «conocimiento» del sujeto en relación con la conducta ya típica es ya un título de imputación.[4] Ahora bien, además, una vez imputado subjetivamente, hay que admitir que el hecho en su conjunto, en función del título de imputación que concurra en él, se reputa más o menos grave. Es decir, cabe afirmar que

---

[2] Hay aquí un punto de paradoja: pues lo interno que es conocido por los otros —que trasciende al exterior— se hace, por ello mismo, externo. *Porciúncula* (2014).

[3] *Kindhäuser*, InDret 4/2008, 5.

[4] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, I, c. 16, a. 5: «*intellectus intelligit voluntatem*» («el intelecto conoce la voluntad»); «*intellectus autem per prius apprehendit ipsum ens; et secundario apprehendit se appetere ens*» («el intelecto aprehende en primer lugar el ser; y en segundo lugar que él lo pretende»).

hacer algo «a sabiendas» es más grave que hacerlo sin saber de qué se trata. En realidad, este efecto evaluativo de incremento indirecto de gravedad se va produciendo de modo constante, a medida que se supera cada uno de los niveles de la teoría del hecho punible.

La opción por la expresión «tipicidad subjetiva» o por la de «imputación subjetiva» —que es la acogida aquí— no es trivial. Por el contrario, depende de que se considere que el dolo constituye una parte del objeto de la valoración o bien que constituye un criterio de imputación de la conducta desvalorada. La primera perspectiva ha sido la propia de la doctrina finalista y su sistemática. En cambio, la segunda había sido la adoptada en la sistemática neokantiana. En realidad, como se ha anticipado, hay que afirmar que los elementos «internos» del agente desempeñan un doble papel en el sistema del delito, como datos integrantes del objeto de valoración y como indicadores del juicio de imputación. Esta dualidad ya fue intuida por los autores neokantianos, que introdujeron los llamados elementos subjetivos del injusto en el tipo, mientras que mantuvieron el dolo, como título de imputación, en la culpabilidad. Por su parte, la expresión de «tipicidad subjetiva», difundida por Welzel, alude tanto a la dimensión significativa y evaluativa que sí tienen los conocimientos, intenciones y motivos del sujeto, como al dolo en sentido estricto. Aquí se ha optado por ubicar a aquellos en el tipo —sin más—, como elementos integrantes del objeto del juicio intersubjetivo de tipicidad (*cfr. supra* capítulo 10/57 ss.).[5] En cambio, el dolo —como criterio de imputación subjetiva— tiene que ocupar un lugar necesariamente posterior en el sistema. 5

Por lo demás, es preciso tener en cuenta que los conocimientos, las intenciones y los motivos del agente también desempeñan un papel en el juicio relativo a la justificación de la conducta típica (*cfr. infra* capítulo 18/100 ss.). Así, por un lado, las intenciones que afectan al significado contextual de la conducta del agente —objeto de la valoración jurídico-penal de esta— forman parte del objeto del juicio intersubjetivo sobre la justificación *ex ante* de aquella. Por otro lado, la congruencia de la representación real o debida del agente con el significado intersubjetivo de su conducta desde la perspectiva de cada causa de justificación es la que da lugar a la imputación subjetiva de la conducta justificada. 6

2. EL SIGNIFICADO ESPECÍFICO DE LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA

2.1. Planteamiento

El juicio de imputación subjetiva tiene por objeto el establecimiento de un determinado nexo entre la conducta intersubjetivamente típica *ex ante* y su agente —la *voluntas* de la tradición clásica—. En el caso de que la conducta fuera delictiva, a esa voluntad se la denominaba *voluntas mala* —malicia—. 7

[5] *Ross* (1979), 20; *Koriath*, FS Loos, 2010, 119.

Ahora bien, como ya se ha indicado, el iusracionalismo, privando de contenido metafísico intrínseco al juicio sobre lo subjetivo, designó tal vínculo como *imputatio*. En efecto, tal expresión designaba el juicio consistente en atribuir el hecho a un agente como producto de su libertad jurídica; es decir, en considerarlo obra suya. Por su parte, la sistemática de la teoría del delito, que sigue esta última línea, solo puede establecer esta relación de modo completo mediante el juicio de culpabilidad, en cuya virtud tiene lugar la plena imputación del hecho al sujeto.

8 La consideración de lo anterior obliga a plantear dos cuestiones. La primera de ellas es la de por qué resulta tan importante esa conexión del agente con su obra. La segunda, en cambio, es la que tiene por objeto la determinación de en qué consiste precisamente esa conexión. Pues bien, lo primero se debe a que el Derecho penal no castiga hechos —algo imposible, aunque se afirme con frecuencia—, sino que castiga a personas por los hechos que estas han cometido. Entonces, es preciso que el hecho diga también algo de la persona que lo ha realizado, puesto que se trata de fundamentar el castigo de esta última. Sin embargo, esa plena dimensión personal del hecho no la expresan ni el juicio de desaprobación intersubjetiva de la conducta, ni el de imputación objetiva del resultado a aquella conducta (*cfr. infra* capítulo 14). En cambio, el juicio de imputación subjetiva sí impide que la persona se distancie del hecho, presentando su conducta como algo necesario o casual. En efecto, la imputación a la libertad produce esa vinculación personal, a la que se alude con lenguajes distintos. Estos pueden ser los propios de la filosofía práctica clásica, de la filosofía de la mente moderna, de la psicología popular[6] o de las ciencias cognitivas empíricas. Ciertamente, la acogida de uno u otro lenguaje no es irrelevante, pues determina que se asuma respectivamente que el nexo es metafísico o producto de una construcción social o jurídica, o bien que se reduzca a una secuencia empírica.

2.2. La exclusión de la responsabilidad objetiva

9 La exigencia de una plena imputación subjetiva del hecho al agente excluye la posibilidad de una mera «responsabilidad objetiva». Por un lado, esto da cuenta de la vecindad existente entre el juicio sobre el carácter plenamente delictivo de un hecho y los juicios morales. En efecto, una exigencia así no se da en ningún otro sector del ordenamiento, en el momento de establecer los presupuestos de la respectiva teoría de la imposición de consecuencias jurídicas. Así, la imputación subjetiva es irrelevante desde la perspectiva del daño material-empírico. Además, un sistema de responsabilidad objetiva puede tener plena legitimidad como mecanismo de prevención de daños.[7] Es cierto que tanto en el Derecho civil de daños como en el Derecho administrativo

[6] En inglés: «*folk psychology*».

[7] En inglés: «*strict liability*».

sancionador cabe discutir si es más eficiente la exigencia de alguna clase de culpa del agente —o si ello es una exigencia de cierta equidad—, pero esos no son los términos del debate en el Derecho penal. Por lo demás, la exigencia de imputación subjetiva en el Derecho penal de nuestra tradición comporta adoptar distanciamiento —al menos terminológico— con respecto a instituciones jurídico-penales como la responsabilidad objetiva y la responsabilidad vicaria o derivativa[8] —ambas, de la tradición angloamericana—, pero también de las infracciones materiales de la tradición francesa.[9] Estas últimas no conforman supuestos de mera «responsabilidad por el resultado», en el sentido de que prescindan de cualquier desvaloración objetiva de la conducta del agente. Sin embargo, sí prescinden del juicio de imputación subjetiva.

Actualmente existen dos criterios básicos de imputación subjetiva: el dolo y **10** la imprudencia —o culpa, que no debe ser confundida con la expresión latina *culpa*—.[10] Por su parte, el Código penal español acoge esta dualidad señalando que «no hay pena sin dolo o imprudencia» (art. 5 CP), así como que «son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley» (art. 10 CP). Con todo, debe tenerse en cuenta que la tradición identificaba una tercera forma de imputación subjetiva, denominada «preterintencionalidad».[11] En el origen de esta forma intermedia de imputación subjetiva se hallan dos instituciones cuyo origen cabe situar en la tradición clásica. Por un lado, la figura de la *voluntas indirecta*, expresiva de un vínculo subjetivo no intencional relativo a los efectos colaterales de la propia conducta. Por otro lado, la regla del *versari in re illicita*. La primera dio lugar al *dolus indirectus*.[12] A su vez, la segunda traía causa de las siguientes dos premisas. A saber, la de que en general no cabe hacer responsable a un agente de los resultados lesivos derivados solo objetivamente de su conducta. Y la de que, sin embargo, tal asignación de responsabilidad es posible cuando el sujeto ha realizado una conducta inicial antijurídica, es decir, se ha injerido ilícitamente en un determinado ámbito de actividad.[13]

En efecto, la noción de preterintencionalidad se caracteriza por la com- **11** binación de un dolo básico y una presunción de dolo o de imprudencia en cuanto a las concretas consecuencias producidas (*cfr. infra* capítulo 13/130). Ciertamente, la regulación de esta figura, en general circunscrita a los casos de lesiones dolosas que dan lugar a la producción de la muerte de la víctima —aunque en ocasiones más amplia—, ha ido desapareciendo de la Parte General de muchos ordenamientos legales, entre ellos, el español. Ahora bien,

---

[8] En inglés: «*vicarious liability*».

[9] En francés: «*infractions matérielles*».

[10] Esta última significaba tanto «culpabilidad» como imprudencia.

[11] En latín: «*praeter-intentio*» significa «más allá de la intención».

[12] *Madrid/Guerra*, Ius et Praxis 28 (2022), 216 ss.

[13] «*versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*» («al que se mueve en una actividad ilícita se le imputan todas las consecuencias que se derivan del delito»).

incluso en estos es común que subsistan en la Parte Especial de los códigos penales algunos ejemplos de los denominados «delitos cualificados por el resultado», en los que se refleja tal estructura.[14]

II. EL DOLO COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA

1. CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

12 Los problemas del concepto de dolo —es decir, la determinación del conjunto de supuestos a los que son aplicables las consecuencias jurídicas que se le asocian— deben abordarse a través del método que se ha propuesto de modo general para la elaboración de los conceptos y reglas jurídico-penales (*cfr. supra* capítulo 7/128). Así, en primer lugar, es preciso considerar una dimensión teleológico-axiológica, en la medida en que el dolo constituye, en todas las legislaciones, el título más grave de imputación subjetiva.[15] En efecto, la concurrencia de dolo da lugar a la aplicación de los marcos de penalidad abstracta más elevados. Más aún, en el caso de muchas conductas típicas solo la imputación a título de dolo permite la sanción penal del hecho, de modo que la imprudencia queda al margen de lo punible (*cfr. infra* capítulo 13/13). Entonces, la pregunta básica es por qué, dada la comisión de dos hechos que han producido el mismo resultado lesivo, uno debe ser castigado más que el otro; incluso por qué solo debe ser castigado uno, mientras que el segundo, no.

13 En segundo lugar, cualquier construcción conceptual jurídica se halla constreñida por un marco legal-exegético, siempre que la legislación positiva contenga pautas al respecto. Ciertamente, en lo que ahora interesa ello sucede de modo claro en los ordenamientos en los que existe una definición legal de dolo. Ahora bien, incluso en aquellos en los que no se da una definición así, las legislaciones suelen contener cláusulas legales acerca de la relevancia del error. Estas, que regulan los casos de exclusión del dolo, también pueden vincular la construcción de su concepto por razones de interpretación sistemática. Por lo tanto, el concepto jurídico-penal de dolo que se deba manejar puede depender del tenor de la legislación penal positiva en cuyo marco se desarrolle. En fin, en tercer lugar, es preciso respetar la base conceptual-estructural de la figura de que se trate, por la necesaria adecuación de los conceptos jurídicos al sustrato conceptual prejurídico, si es que este existe. Como ya se ha indicado, en este punto el problema esencial radica en que existen serias discrepancias en cuanto al modo de entender dicho sustrato. En concreto, sobre si este debe entenderse en términos metafísicos, empíricos, o bien como una pre-construcción lingüística, psicológico-social o jurídica. Por todo ello, la estructura del concepto prejurídico o jurídico-abstracto de dolo adolece de falta de claridad.

---

[14] *Quintero Olivares*, LH Vives Antón, II, 2009, 1573 ss.

[15] Ya *Arm. Kaufmann*, FS von Weber, 1963, 211.

2. LA DEFINICIÓN CONVENCIONAL DEL DOLO Y DE SUS «CLASES»

2.1. El objeto y el contenido del dolo

14 La definición doctrinal convencional del dolo lo asocia al «conocer y querer los elementos del tipo penal», o bien a «conocer y querer la realización típica».[16] Es decir, establece una exigencia de congruencia entre una realidad, por un lado, y una representación, a la que se suma una volición, por el otro. Ahora bien, no es común que se explicite con base en qué razones teleológico-axiológicas, conceptuales-estructurales o legales-formales —o bien, con base en qué forma de integración de unas y otras— se sostiene este punto de vista. Sin más, se afirma que la forma más grave de imputación subjetiva jurídico-penal debe recaer sobre los sujetos en los que cabe apreciar dicho estado de cosas cognitivo-volitivo. Como se advierte, la definición tiene dos partes: una se refiere al objeto del dolo y la otra, a su contenido. Así, la primera parte determina qué es aquello que el agente debe conocer —o, adicionalmente, querer— para que el hecho se le impute subjetivamente a título de dolo. En cambio, la segunda parte describe el fundamento de tal imputación y abarca dos dimensiones: una cognitiva y otra volitiva —o bien volitivo-emocional—. Ello se corresponde con la comprensión clásica acerca de cuáles son las dos facultades del alma: la inteligencia (esto es, el conocimiento) y la voluntad.

15 Sin embargo, todos estos elementos son objeto de discusión desde hace décadas —o siglos—. Al respecto, ciertamente existe un amplio consenso en que el conocimiento actual del significado típico de su conducta por parte del agente es una condición necesaria de la imputación subjetiva a título de dolo. Ahora bien, un sector doctrinal niega los términos de ese consenso y sostiene la posibilidad de una imputación subjetiva dolosa sin que el agente tenga tal conocimiento actual del significado de su conducta. Por otro lado, tampoco se da consenso absoluto en cuanto a que el conocimiento actual del agente constituya condición suficiente para la imputación subjetiva a título de dolo. De hecho, la posición doctrinal más difundida requiere, como se ha apuntado, un elemento volitivo adicional, al que se alude con expresiones diversas. Estas son, por ejemplo, la «decisión contra el bien jurídico», la «decisión por la lesión del bien jurídico», o el «compromiso con la lesión del bien jurídico»,[17] entre otras similares.[18] En todo caso, no se manifiesta con demasiada claridad por qué el dolo debe consistir en lo uno o lo otro, ni qué consecuencias entraña el decantarse por una u otra opción.

---

[16] *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 64; *Spendel*, FS Lackner, 1987, 171; *Ragués i Vallès* (1999), 32; STS 172/2008, de 30 de abril.

[17] «Compromiso» es una traducción de la expresión inglesa «*commitment*», que en este contexto quizá debería traducirse mejor por «implicación» o «adhesión».

[18] Así, requieren un elemento volitivo en el dolo, entre otros autores, Díaz Pita, Díaz y García-Conlledo, Hassemer, Luzón Peña, Manrique, Martínez-Buján, Mir Puig, Pérez Manzano, Roxin, Schroth, Schünemann y Vives Antón. Sin embargo, esto no conduce a una homogeneidad en cuanto al contenido de lo «volitivo» del dolo. Al respecto, *Marteleto Filho* (2020), 153 ss.; *Martínez-Buján* (2021), 145 ss.

16 Sobre la base de lo anterior, de modo casi unánime se distingue entre tres clases de dolo. En concreto, estas son: (i) el dolo directo de primer grado o intención; (ii) el dolo directo de segundo grado —o dolo de consecuencias necesarias—; y (iii) el dolo eventual. Esta distinción —de cuño alemán— resulta además relativamente próxima a la contenida en el Código penal modelo norteamericano.[19] Sin embargo, al respecto hay que subrayar en primer lugar que estas tres «clases» de dolo no son especies del género «dolo», obtenidas como producto de una elaboración clasificatoria. En segundo lugar, la comprensión dominante tampoco considera que expresen una línea descendente de mayor a menor gravedad. Así pues, se puede afirmar que más bien constituyen *topoi* de imputación a título de dolo, procedentes de la casuística. En realidad, ni siquiera está claro que el dolo admita únicamente las tres modalidades mencionadas. Así, resulta necesario contemplar la posibilidad de, al menos, dos figuras adicionales. Estas son, por un lado, la llamada «co-consciencia» —o conciencia acompañante— y, por otro, la denominada «ceguera de hecho» o ceguera ante los hechos. Una variante de esta última es la denominada «ignorancia deliberada» o culpable, que también se conoce como ceguera voluntaria.[20]

2.2. El dolo directo de primer grado

17 El dolo directo de primer grado —también denominado intención o propósito—[21] es el primero e indiscutido *topos* de dolo. Así, por ejemplo, se da en el caso de quien, tras cargar su arma, apunta a la víctima, tirando a matar. Al respecto, conviene tener presente que no debe identificarse con el mero deseo de producir el resultado lesivo, pues esto lo haría impracticable como criterio de imputación. Por el contrario, la expresión «dolo directo de primer grado» designa una situación mixta de conocimiento y emoción. Así, requiere que el agente se represente el significado de su conducta como causa de una posible consecuencia y que desee —busque o pretenda— la producción de esta última.[22] Sin embargo, como ya se ha indicado, aquí se entiende que la intención del agente tiene relevancia significativa, de modo que es tomada ya en consideración en el juicio sobre la tipicidad objetiva de su conducta. Por lo tanto, en estos casos, a los efectos de imputación subjetiva, lo decisivo es que el sujeto se representa el sentido de su hecho.

18 Esto quiere decir que, desde el punto de vista cognitivo, el llamado dolo directo de primer grado no muestra ninguna peculiaridad. Por el contrario, se reconduce alternativamente al dolo de consecuencias necesarias o al dolo

---

[19] Así, *Robinson* (1997), 42 ss.; *Oxman*, Ius et Praxis 19 (2013), 139 ss. En efecto, el *Model Penal Code* (*American Law Institute*, 1962) distingue entre: «*purpose*» (o «*intention*»); «*knowledge*»; y «*recklessness*». Queda aparte la «*negligence*», como forma leve de imprudencia.

[20] En la tradición angloamericana: «*willful blindness*».

[21] En el lenguaje coloquial: «¡lo has hecho a propósito!».

[22] *Simons*, Buffalo U. L. R. 72 (1992), 463 ss.; *Molina Fernández*, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 738.

eventual. Más allá de estos, existe discusión sobre si la apreciación intersubjetiva de una intención en el agente puede compensar un déficit de idoneidad lesiva de la conducta que realiza, o bien la representación de una posibilidad de lesión inferior a la propia del dolo eventual. Aquí se ha respondido positivamente a esa cuestión, con ocasión del denominado «caso de Thyrén» o «del tirador inexperto» (*cfr. supra* capítulo 10/70).

2.3. El dolo de consecuencias necesarias

El segundo *topos* de dolo es el denominado dolo directo de segundo grado, **19**
dolo directo sin más, o, mejor, dolo de consecuencias necesarias. Con él se designa la situación de certeza práctica de un agente —seguridad o probabilidad rayana con esta—[23] en cuanto a que, como efecto colateral de su conducta, se producirá un resultado lesivo, aunque él no tenga ese propósito. Así pues, esta figura designa la producción de un efecto colateral no intencional —un doble efecto— de algo sí pretendido por el agente. Por ejemplo: el propietario de un almacén provoca su incendio para cobrar una indemnización, pero advierte la probabilidad casi segura de que muera alguno de los operarios que trabajan en él. Pues bien, la doctrina —incluidas las concepciones volitivas— no discute que este sea un caso de dolo, pese a que el agente no pretende la producción del resultado.[24] En realidad, esta variante acoge la figura clásica de la «cuasi-voluntad» —el *quasi voluntarius* de Tomás de Aquino— o del dolo indirecto —el *dolus indirectus*, ya conocido desde Agustín de Hipona—. Como se advierte, ambas denominaciones subrayan bien la naturaleza preterintencional de esta forma de actuación dolosa. En cambio, las denominaciones de «dolo directo de segundo grado», o de dolo directo —sin más— son opacas. De hecho, resultan terminológicamente erróneas, pues aquí el dolo del sujeto no es directo.

2.4. El dolo eventual

El tercer *topos* de dolo es el denominado dolo eventual y, de nuevo, describe **20**
una variante de la situación de *voluntarius indirectus*, aunque más laxa que la propia del dolo de consecuencias necesarias. En efecto, al igual que sucede en este último, el agente con dolo eventual puede perseguir con su conducta una finalidad lícita o ilícita. Sin embargo, lo concretamente relevante es que advierte la probabilidad de que, como efecto colateral de aquella, se produzca un determinado resultado lesivo. Por ejemplo: para evitar que el secuestrado alerte a la policía con sus gritos, los secuestradores le introducen algodón en la boca, pese a advertir con claridad que, al aumentar de volumen por la saliva, puede ahogarle. De hecho, la figura dogmática del dolo eventual se acogió en

[23] La «probabilidad rayana en la certeza» designa, en realidad, el estado de cosas procesal en cuya virtud el conocimiento seguro del agente tiene que haberse probado más allá de toda duda razonable.

[24] Crítico: *Stuckenberg* (2007), 264.

el S. XIX, en el ámbito de los delitos contra la vida y la integridad física, para resolver problemas probatorios en cuanto a la concurrencia de dolo.[25] En cambio, su generalización como criterio de imputación a título de dolo tuvo lugar más tarde.[26] Como se verá más adelante, la determinación del perímetro de los supuestos de dolo eventual constituye el escenario fundamental —casi exclusivo— del enfrentamiento entre las diversas concepciones del dolo. En concreto, entre las denominadas cognitivas —o monistas— y las cognitivo-volitivas —o dualistas—.[27]

2.5. Un balance crítico

21 La doctrina dominante, que avala lo sucintamente expuesto, no parece haber reparado en que, según su propia concepción, el dolo directo de primer grado se mueve en un plano distinto del propio de las otras dos formas de dolo.[28] Frente a ello, una ordenación más clara de toda esta materia —con arreglo a la propia lógica de la posición mayoritaria— debería considerar las dos dimensiones de la relación subjetiva de un agente con su hecho. A saber, la cognitiva y la volitiva —intencional, desiderativa, emocional—. En efecto, la cognición designa la representación que tiene el agente acerca de la capacidad lesiva de su conducta. A su vez, esta representación puede tener lugar en términos de seguridad, de probabilidad, de posibilidad o de improbabilidad. Por tanto, parece que una clasificación de las cogniciones según sus grados debe comprender: el dolo de consecuencias necesarias, el dolo eventual y, además, ya fuera del ámbito de lo doloso, la «culpa consciente» y la «culpa inconsciente» (*cfr. infra* capítulo 13/47). Ciertamente, cada una de ellas tiene por objeto el juicio intersubjetivo sobre el significado —la probabilidad lesiva— de la conducta del agente. Así, da lugar a estados de convergencia —congruencia, conocimiento—, divergencia por exceso subjetivo —suposición errónea— y divergencia por exceso objetivo —error—. En cuanto a las voliciones o estados desiderativos, estas pueden ser de deseo positivo, de indiferencia, o bien de deseo negativo.

22 Sentado esto, cabe afirmar que en los casos de dolo directo de primer grado se refleja la combinación de un estado de deseo positivo y uno de representación de la posibilidad de producir el efecto lesivo. En cambio, de entrada, el dolo de consecuencias necesarias y el dolo eventual solo dan cuenta de cogniciones. Es cierto que en el actuar «a sabiendas» se expresa, si no un deseo positivo, sí desde luego indiferencia. Y lo mismo sucede con no pocos casos de dolo eventual. Ahora bien, como se ha indicado ya, esto último no afecta a la imputación subjetiva, sino que debe ser considerado en el juicio

---

[25] *Bustos Ramírez* (1987), 254.

[26] *Volk*, FS Arth. Kaufmann, 1993, 623-624.

[27] *Ragués i Vallès* (1999), 51.

[28] Así, *Simons*, Buffalo U. L. R. 72 (1992), 476 ss.

sobre el significado de la conducta del agente, que es propio de la doctrina del comportamiento desaprobado.

Así las cosas, se comprueba que las tres clases de dolo de la doctrina dominante no se excluyen recíprocamente, sino que admiten que sus elementos sean integrados. Por ejemplo, cabe que concurran la representación propia del dolo de consecuencias necesarias y la intención de producir el resultado; igualmente, la representación de probabilidad propia del dolo eventual y la referida intención. De hecho, estas dos son las combinaciones más frecuentes en la criminalidad dolosa. Así, por ejemplo, el que dispara a otro con intención de matarlo suele tener la representación de conseguirlo de forma casi segura, si lo hace a corta distancia, o la representación de alcanzarlo probablemente, si tira a mayor distancia. Por su parte, la tercera forma frecuente que adopta la criminalidad dolosa es el dolo eventual. En cambio, el mero dolo de consecuencias necesarias —sin intención—, y el mero dolo directo de primer grado —con intención, pero sin representación de probabilidad— pueden reputarse menos frecuentes. Sentado esto, cabe discutir si, una vez efectuadas combinaciones como las mencionadas, podría establecerse una jerarquía de títulos de imputación, con diferencias de pena entre ellos. Pues bien, ello debe llevarse a cabo ciertamente, en concreto en la individualización de la pena (*cfr. infra* capítulo 28/65). Sin embargo, esto tampoco goza del favor de la doctrina dominante, que admite sin vacilaciones la imposición de una sanción idéntica para el dolo directo de primer grado y el dolo de consecuencias necesarias.[29] En realidad, aunque con algo más de oposición, sostiene que incluso el dolo eventual debe castigarse igual. 23

2.6. La distinción entre el dolo natural y el dolo malo

2.6.1. Planteamiento

Todas las consideraciones anteriores se refieren a las distinciones doctrinales efectuadas en el seno del denominado «dolo natural». Sin embargo, la correcta comprensión de este último concepto exige tener presente que, en términos históricos, al dolo se le han asociado dos contenidos distintos. Por un lado, se le ha asignado un contenido cargado normativamente —ética y jurídicamente—, que todavía hoy se sigue denominando *dolus malus* y se identifica con la negación consciente del Derecho. En efecto, el «dolo malo» comprende el conocimiento por el agente tanto del significado de su conducta como de la antijuridicidad de esta.[30] Por otro lado, un contenido «incoloro» —dolo natural—, que se vincula con la dirección de la voluntad a una conducta determinada, presupuesta la representación de sus caracteres distintivos.[31] Pues bien, la doctrina actualmente dominante, tras la acogida 24

[29] Crítico, *Sarch*, CL&Phil 11 (2015), 453 ss.

[30] *Binding* (1919), 33.

[31] *Merkel*, PG, s/f, 80.

general del modelo sistemático del finalismo en la segunda mitad del siglo XX, se ha inclinado por reservar para el dolo este último contenido, separando de él el conocimiento de la antijuridicidad.

25 A esta distinción la doctrina finalista le atribuyó una naturaleza material-ontológica, mientras que, en la actualidad, un sector doctrinal la mantiene desde perspectivas formal-analíticas. Desde luego, como se ha subrayado, este tipo de consideraciones conceptuales tienen peso dogmático (*cfr. supra* capítulo 7/124 ss.). Sin embargo, desde una perspectiva axiológico-funcional cabe discutir si pesan más las razones para la separación o para la reunificación de ambas dimensiones del dolo malo. Por su parte, las legislaciones vigentes, que se promulgaron en épocas de gran influencia del modelo dogmático finalista, han optado por la separación (así, el art. 14 CP español). De este modo, distinguen los errores que excluyen el dolo —esto es, de la forma de imputación subjetiva más grave en el plano abstracto— (art. 14.1 CP) y los que no lo hacen.[32] En su caso, estos últimos pueden excluir el conocimiento de la antijuridicidad, lo que entraña consecuencias jurídicas distintas de la exclusión del dolo. En concreto, excluye o atenúa la culpabilidad, en relación con un delito doloso (art. 14.3 CP).

2.6.2. Consideraciones críticas sobre el estado de la cuestión

26 La distinción consagrada en los códigos penales no coincide exactamente con la distinción doctrinal —de cuño finalista— entre el dolo natural y el conocimiento de la antijuridicidad. En efecto, el objeto del «dolo natural» finalista no coincide con la delimitación del objeto del dolo típico que efectúa la doctrina mayoritaria a los efectos de apreciar un error excluyente de aquel. Así, esta última no asigna al dolo únicamente un objeto «natural», sino que introduce en tal objeto significados y valoraciones, tanto sociales como incluso jurídicas. Pues bien, la distinción entre este último y el conocimiento de la antijuridicidad se hace cada vez más difícil. Por eso, aunque no solo, en las últimas décadas cabe advertir una posición doctrinal creciente que propone recuperar un concepto unitario de dolo como *dolus malus* —dolo antijurídico— incluso ubicándolo de nuevo en la culpabilidad, o categorías análogas a esta.[33] Por su parte, otro sector, aun reconociendo la conexión funcional existente entre el dolo típico y el conocimiento de la antijuridicidad, se inclina por una distinción clara entre ambos.[34] En concreto, algunos autores integrados en este último sector proponen construir un concepto mínimo de dolo que solo quede excluido por el error de hecho, de modo que la totalidad de los errores de Derecho se desplacen al ámbito de la exclusión

---

[32] Así también, por ejemplo, el art. 14 CP peruano y el art. 32 CP colombiano.

[33] *Walter* (2006), 217 ss., 389 ss.; *Stuckenberg* (2007), 283 ss., 428 ss.; *Fakhouri Gómez* (2009), 453 ss.; *Jakobs*, InDret 4/2009, 1 ss.; *el mismo* (2012), 54 ss.; *el mismo* (2020), 21; *Pawlik* (2012), 311 ss., 397 ss.; *Wilenmann* (2013), 169 ss.; *Molina Fernández*, LH Mir Puig, 2017, 735.

[34] Desde perspectivas distintas, *Köhler*, AT, 1997, 158-159; *Mañalich*, RD 24 (2011), 99-100.

del conocimiento de la antijuridicidad —como errores de prohibición— (*cfr. infra* capítulo 25/22 ss.).[35]

En realidad, el dolo del agente, contemplado al margen del conocimiento de la antijuridicidad, solo puede entenderse como una forma cualificada de evitabilidad del propio hecho. Así, por sí solo apenas permite adivinar por qué la actuación dolosa se castiga más que la imprudente. Ciertamente, solo la afirmación del *dolus malus* del sujeto indica con claridad que en la conducta de este se advierte la expresión de una máxima deslealtad frente al Derecho.[36] Así, el conocimiento de los hechos es jurídicamente relevante en tanto que hace posible el conocimiento de la contrariedad a deber de la actuación concreta del sujeto.[37] Expresado de otro modo, el dolo y la imprudencia solo se pueden comparar *ceteris paribus*, es decir, bajo el presupuesto de que en ambos casos el sujeto tenga conocimiento de la antijuridicidad genérica de la clase de conducta. En efecto, el sujeto que obra con dolo natural y error de prohibición invencible realiza una conducta «menos grave» que la de quien actúa de modo imprudente con conocimiento de la antijuridicidad. 27

2.7. Las doctrinas de la denominada «doble posición» del dolo

Las doctrinas de la doble posición del dolo,[38] que apenas han tenido repercusión en nuestro ámbito lingüístico, sostienen que el dolo es elemento del tipo de injusto, pero que asimismo lo es de la culpabilidad, como expresión de una actitud defectuosa del autor. En cierta medida, puede afirmarse que tales doctrinas acogieron la innovación sistemática del finalismo relativa al dolo típico. Sin embargo, no por ello dejaron de sostener la existencia de una culpabilidad dolosa. Pues bien, así formuladas, pasaron a conformar una doctrina ampliamente difundida en Alemania.[39] En concreto, esta ha sido utilizada como fundamento de la solución dominante en aquel país en cuanto al error sobre los presupuestos de hecho de las causas de justificación.[40] Igualmente, para la delimitación entre el dolo eventual y la culpa consciente, así como para la resolución de otras cuestiones dogmáticas. 28

Tales doctrinas muestran variantes formales y materiales. Las primeras entienden que la totalidad del dolo se ubica tanto en el tipo de injusto como en la culpabilidad, considerándose en ambos niveles sistemáticos desde perspectivas diferentes. En cambio, las segundas sostienen que algunos elementos 29

---

[35] *Kindhäuser* (1999), 139 ss.; *el mismo*, InDret 2/2014, 1 ss.; *el mismo*, REJ 31 (2019), 127 ss. Coincidente en el resultado, desde otra perspectiva, *Wolf* (2019), 679 ss.

[36] *Pulitanò*, RIDPP 2013, 22 ss.

[37] *M.E. Mayer*, PG, 1915, 321; *Mañalich*, RD 24 (2011), 100-101.

[38] *Cerezo Mir*, ADPCP 1981, 455 ss.; *Morillas Cueva*, CPC 91 (2007), 27 ss.; *el mismo*, LH Mir Puig, 2017, 753 ss.

[39] *Gallas* (1959), 59; *Jescheck*, ZStW 93 (1981), 20.

[40] En estos casos, se entiende que el error no excluye el dolo típico, sino la culpabilidad dolosa, lo que permite en todo caso entender excluido el dolo.

del dolo —los cognitivos y volitivos; para algunos, solo los cognitivos— se ubican en el injusto, mientras que los demás —los volitivos o emocionales— se sitúan en la culpabilidad. Frente a ello, y como ya se ha indicado, en esta obra se opta por ubicar el dolo en el nivel de la imputación subjetiva y el conocimiento de la antijuridicidad en la culpabilidad. De modo previo a estos niveles, se trata de considerar los conocimientos, intenciones, motivos y móviles del sujeto en el plano significativo-objetivo de su conducta que es presupuesto de la valoración de esta.

III. EL FUNDAMENTO DEL MAYOR CASTIGO DE LA CONDUCTA IMPUTADA A TÍTULO DE DOLO

1. UN ENFOQUE TELEOLÓGICO

30 La respuesta a la pregunta de por qué es preciso castigar más la conducta dolosa que la imprudente suele guardar relación con la teoría de la legitimación del Derecho penal que se haya adoptado respectivamente. Así pues, se ha planteado en términos estrictamente teleológicos.[41] De este modo, los partidarios de teorías preventivas suelen argumentar sobre la base de la mayor necesidad preventivo-general o preventivo-especial de pena que se suscita en los hechos dolosos. Es decir, atendiendo al mayor peligro inherente a la conducta del sujeto o a la mayor peligrosidad personal de este. En cambio, quienes sostienen teorías retributivas apelan al mayor merecimiento de pena concurrente en tales hechos. Con todo, no siempre se profundiza en las razones del mayor merecimiento de pena en el caso del dolo. En efecto, estas pueden derivar de la más fácil evitabilidad del hecho o del contenido expresivo más grave que cabe advertir en la conducta dolosa.[42] Además, no es infrecuente que se afronte la discusión teniendo *in mente* la comparación entre la actuación intencional, por un lado, y la no intencional, por el otro. Como se ha puesto de relieve, la frontera entre el dolo y la imprudencia no discurre por esa demarcación.

2. LAS DOCTRINAS PREVENTIVAS

31 La mayor necesidad preventiva existente en los delitos dolosos se sostiene desde perspectivas de prevención general negativa, de prevención general positiva o, en fin, de prevención especial. Así, adoptando la primera de ellas se afirma que el delito doloso genera un mayor riesgo de emulación que el imprudente. Es decir, que hay más incentivos para cometer delitos dolosos que imprudentes y, con ello, mayor necesidad preventiva de pena. Adicionalmente, se señala que el hecho imprudente entraña el riesgo de afectar también al propio agente, o a personas a las que quiere, de modo que puede conllevar una pena natural —*poena naturalis*—. Este argumento, según que se consi-

---

[41] *Marteleto Filho* (2020), 231 ss.

[42] *Ragués i Vallès* (1999), 32 ss.; *el mismo* (2007), 164 ss.

dere desde una perspectiva *ex ante* o *ex post*, apunta a una menor necesidad preventivo-general negativa o positiva en los casos de imprudencia.[43] En fin, otras razones relativamente próximas a esta última apuntan a que los costes de prevención del delito doloso son mayores que los propios del delito imprudente.[44] La idea es que, hasta cierto punto, este último «se previene solo».[45]

Sin embargo, ninguno de estos argumentos es decisivo. En efecto, lo cierto **32**
es que se cometen bastantes más delitos imprudentes que dolosos en relación con bienes jurídicos intrínsecos, los más valiosos y necesitados de protección. Además, el delito imprudente no siempre entraña riesgo de autolesión o de afectación a personas queridas; el ejemplo de la imprudencia médica es suficiente a este respecto. En cambio, hay delitos dolosos en cuya realización se da un riesgo de *poena naturalis*. Baste pensar en los casos de los terroristas, a quienes les puede estallar la bomba en las manos; o de las personas denominadas «mulas» del tráfico de drogas, que llevan bolas de droga en el intestino. En fin, existen imprudencias que afloran de modo selectivo, en función de quién puede verse afectado por ellas. Así, cabe que el autor no actúe del mismo modo cuando está él mismo, o sus allegados, en riesgo que cuando lo anterior queda excluido.

Por su parte, el argumento de la mayor peligrosidad de la conducta dolosa **33**
ha sido esgrimido desde perspectivas de necesidad preventivo-general,[46] pero también a partir de una concepción retributiva. Su contenido se asocia a la intención del agente —un elemento que se suele «integrar» en el dolo directo de primer grado—. Sin embargo, como se ha indicado, en realidad la intención del agente constituye una parte del objeto del juicio significativo-intersubjetivo sobre la conducta. A este respecto, es cierto que en la actuación de propósito hay que contar con la permanente disposición del autor a modificar el proceso ejecutivo para garantizar su eficacia. Sin embargo, no siempre existe la posibilidad de que el agente reconduzca el curso causal tras desviaciones o incidencias. Sentado esto, lo decisivo es que la representación del agente —el núcleo común y relativamente incontrovertido del contenido del dolo— no incrementa la probabilidad *ex ante* de producción del resultado. En cambio, se hallan más cerca de la realidad los argumentos de prevención general positiva, que advierten que el delito doloso conmueve de forma más intensa la confianza en la norma.[47] Asimismo, son relevantes las razones de prevención especial, que apuntan a que el delincuente doloso expresa mayor peligrosidad, al haber superado el freno inhibitorio derivado de tener claramente ante sí la posibilidad de consumación del delito.

---

[43] *Ex post*: *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 8/5; *el mismo* (2020), 30-31; *ex ante*: *Shavell*, Columbia L. R. 85 (1985), 1249 n. 68.

[44] *Adams/Shavell*, GA 1990, 356-357.

[45] *Posner*, Columbia L. R. 85 (1985), 1221 ss.; *Shavell*, Columbia L. R. 85 (1985), 1248 ss.

[46] *Mir Puig* (2.ª, 1982), 76 ss.

[47] *Frisch* (1983), 49-50.

3. LAS DOCTRINAS RETRIBUTIVAS

34 En cualquier caso, hay que insistir en que los argumentos de necesidad de pena, aunque fueran sólidos, no podrían constituir el fundamento de una mayor pena, si el sujeto no la mereciera. Por su parte, un agente solo puede merecer mayor pena en virtud de la mayor gravedad fáctica-comunicativa de su conducta. Pues bien, en todas las modalidades de imputación dolosa se advierte una mayor gravedad simbólica-comunicativa, o bien psico-social, de la conducta del agente.[48] En efecto, a ellas les es inherente un mayor cuestionamiento de la norma que protege al bien jurídico, así como la generación de una mayor inseguridad social. Por lo demás, si existe una víctima directa, el delito doloso comporta una mayor humillación o desconsideración para esta. Por ello, *ceteris paribus* el delito doloso merece más pena retributiva que el imprudente. Como se ha indicado, el delincuente doloso manifiesta enemistad al Derecho; en cambio, el imprudente simplemente comunica una falta de amistad.[49] En definitiva, la diferencia es fundamentalmente expresiva. Ahora bien, con esto todavía no se ha dado una razón última de por qué el delito doloso tiene un mayor contenido expresivo.

35 Pues bien, el delito doloso muestra un mayor contenido de expresión simbólica porque el sujeto actúa «a sabiendas». La doctrina dominante lo ha advertido al indicar que el núcleo del dolo se halla en que el sujeto tiene conocimiento de lo que hace. Sin embargo, esto mismo debe formularse de otro modo. En efecto, la gravedad del dolo radica en que el agente actúa «pese a saber lo que sabe». Es decir, a pesar de conocer que su conducta entraña la lesión de otro, decide realizarla —no la evita— y la lleva a cabo.[50] De este modo, el conocimiento de los hechos, suponiendo que el sujeto también conozca el Derecho, da lugar a que las razones de la norma interpelen frontalmente al sujeto. Así las cosas, su actuación típica expresa con claridad cómo en su razonamiento práctico ha prevalecido la motivación antijurídica sobre la jurídica, dando lugar a un máximo déficit volitivo.

4. UN BALANCE

36 Todo esto pone de relieve dos aspectos centrales. El primero de ellos es que el sujeto que obra dolosamente manifiesta con su conducta el déficit volitivo consistente en la máxima deslealtad frente al Derecho; pero solo si se le presupone el conocimiento de la antijuridicidad de su hecho. En cambio, si obra con dolo natural, incluso con control subjetivo pleno,[51] pero sin saber que su conducta está prohibida, tal dolo incoloro carece de toda relevancia expresiva y, con ello,

---

[48] *Frisch* (1983), 46 ss., 195 ss.; *Stuckenberg* (2007), 406 ss., 428 ss.; *Pérez Manzano*, LH Gimbernat Ordeig, II, 2008, 1457; *la misma*, LH Huerta Tocildo, 2020, 543: mayor merecimiento de pena por plena evitabilidad subjetiva.

[49] Karl Ludwig Wilhelm von Grolman (1775-1829), citado por *Pawlik* (2016), 138 ss., 141.

[50] *Kindhäuser* (2005), 46 ss., 48.

[51] *Pérez Manzano*, LH Huerta Tocildo, 2020, 535 ss., 543.

valorativa. El segundo aspecto que conviene resaltar es que el conocimiento del agente adquiere relevancia precisamente porque determina que su actuación exprese una mayor falta de voluntad jurídica. Así se abren dos posibilidades que deben ser examinadas. Una, si cabe que en algún caso el conocimiento del agente no alcance a expresar esa falta de voluntad jurídica. La otra, viceversa, si ese déficit volitivo puede manifestarse aun cuando no exista conocimiento.

IV. EL OBJETO Y EL CONTENIDO DEL DOLO

1. PLANTEAMIENTO

37 Como se ha esbozado, es común señalar que el objeto del dolo —lo que el agente tiene que conocer y querer— es la realización de los elementos del tipo objetivo mediante la propia conducta. Sin embargo, esto no es suficientemente preciso. En efecto, el tipo objetivo del delito —como tipo de injusto— no coincide con el tipo legal respectivo (*cfr. supra* capítulo 9/56). Por el contrario, este último puede contener elementos relativos a la punibilidad del hecho, que no tienen que ser abarcados por el dolo. Ahora bien, la exacta determinación de qué elementos del tipo legal forman parte del injusto del comportamiento desaprobado —es decir, de su relación con el contenido de la norma de conducta— y cuáles no, resulta problemática. Así, por ejemplo, se discute si, en los delitos patrimoniales y económicos, las cuantías determinantes de la aplicación del tipo básico y de los tipos cualificados —el valor de las cosas apropiadas, el importe del perjuicio— pertenecen al tipo de injusto o deben ubicarse en la punibilidad (*cfr. infra* capítulo 27/50). Pues bien, en la medida en que la cuantía respectiva fundamenta el merecimiento de pena de la conducta o la medida de dicho merecimiento, aquella se integra en el ámbito de la conducta desaprobada. Esto significa que, en primer lugar, es preciso efectuar un juicio intersubjetivo *ex ante* en cuanto a la idoneidad de la conducta para producir un determinado perjuicio o afectar a cosas de un determinado valor. En segundo lugar, es preciso referir el dolo al significado intersubjetivo *ex ante* de la conducta. En este segundo análisis, caben obviamente las formas de «dolo alternativo» y de «dolo cumulativo», a las que se hace alusión más adelante. En fin, la producción de un perjuicio *ex post* que resulta absolutamente imprevisible *ex ante* no solo es irrelevante a efectos de imputación subjetiva. Su relevancia debe excluirse ya antes, en el plano de la doctrina del comportamiento desaprobado (*cfr. supra* capítulo 10).

2. EL OBJETO DEL DOLO

2.1. El significado de la conducta típicamente desaprobada

38 El objeto del dolo lo constituyen los elementos que fundamentan el injusto específico de la figura de delito. Estos son el sujeto de la acción y el verbo que define la acción típica, con sus respectivas locuciones adverbiales —complementos circunstanciales—, así como el objeto de la acción, con sus correspon-

dientes adjetivos y, en su caso, el sujeto pasivo de esta. Ahora bien, todo ello debe ser precisado en el sentido de que el objeto del dolo no viene dado por los «elementos del tipo», sino concretamente por el significado de la conducta intersubjetivamente desaprobada del agente, en tanto que esta realiza *ex ante* los elementos del tipo.[52] En efecto, el dolo es un título de imputación subjetiva y a un sujeto solo se le puede imputar lo que hace y al tiempo que lo hace. Por el contrario, no cabe imputarle subjetivamente hechos futuros, como el curso causal posterior a la perfección de su intento o la producción del resultado. Así pues, esto último solo se halla en una relación de imputación objetiva *ex post* con la conducta desaprobada del agente. Este modelo —acogido aquí— debe tenerse muy presente en la lectura de esta obra, que se construye de modo alternativo al propio del sector doctrinal dominante. En efecto, este último —con diferentes premisas— sostiene, por el contrario, que el objeto del dolo no viene dado solo el comportamiento desaprobado, sino también, en los delitos de resultado, por el curso causal y el propio resultado.[53]

2.2. Los elementos descriptivos y los normativos

2.2.1. La clasificación de los elementos del tipo

39 Las definiciones del sujeto y del verbo de un tipo de delito, así como las modalizaciones de aquel y el objeto de la acción, pueden tener lugar mediante términos aparentemente empíricos, o bien mediante criterios de sentido o de valoración, tanto sociales como jurídicos. A este respecto, es común distinguir entre elementos típicos descriptivos y normativos.[54] En este punto, se suele señalar que los elementos descriptivos —por ejemplo, «planta», «cosa» o «matar»— son directamente perceptibles por los sentidos. Sin embargo, ello no es cierto. En efecto, el acceso del agente a los elementos más inequívocamente descriptivos requiere, además de la percepción sensorial, el recurso a conceptos teóricos, así como a determinadas leyes de experiencia. Así, por ejemplo, quien no tiene unos mínimos conocimientos causales no puede saber que, al realizar un determinado movimiento, «mata».

40 Además, muchos elementos típicos, si bien poseen un núcleo descriptivo, tienen asimismo un amplio campo conceptual que depende de convenciones de significado y valoración. Por tanto, puede afirmarse que todos los elementos del tipo, aunque su sustrato venga dado por un hecho bruto, manifiestan, en mayor o menor medida, una dimensión normativa-institucional. Así pues, frente a la pretensión de establecer una bipartición radical entre elementos descriptivos y normativos del tipo, debe partirse más bien de que existen diversos grados de normatividad en dichos elementos. Por ejemplo, el núcleo del elemento típico «otro», que designa al sujeto pasivo del tipo de homicidio, es

---

[52] *Frisch* (1983), 56 ss.; *Mir Puig* (2.ª, 1982); *Wolter* (1991), 113-114; *Silva Sánchez* (2.ª, 2010), 674.

[53] Crítico, *Greco*, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 645 ss., 655.

[54] *Fakhouri Gómez* (2009), 51 ss.

descriptivo. Sin embargo, sus contornos se hallan fuertemente normativizados por el Derecho. En efecto, este determina cuándo empieza la protección de la vida humana independiente —si en el inicio del parto, con la plena expulsión del feto, al cortar el cordón umbilical, etc.— y cuándo una persona está ya muerta —si con base en el criterio de la muerte cardíaca, cerebral, etc.—.

2.2.2. Los elementos normativos de sentido y de valoración —sociales y jurídicos—

Los elementos normativos no se perciben por los sentidos, sino que requie- 41
ren, además de percepción sensorial y conocimiento teórico, el acceso a las convenciones sociales o jurídicas que determinan su contenido. Así, entre los elementos más claramente normativos resulta importante distinguir cuatro clases, dos de las cuales comprenden elementos de sentido y otras dos, elementos de valoración. Elementos de sentido pueden ser, por un lado, los que se refieren a una definición social que proporcione su sentido —«casa»—. Por otro, los que se refieren a una definición jurídica —por ejemplo, «documento», «cosa ajena»—. Por su parte, los elementos de valoración pueden referirse, en primer lugar, a una valoración social —«obsceno»—; y, en segundo lugar, a una valoración jurídica. En el subgrupo de los elementos normativos de valoración social deben situarse, entre otros, los que se corresponden con los denominados «conceptos densos».[55] Estos se caracterizan por manifestar una vinculación estrecha entre la descripción y la valoración, en la medida en que, al valorar una realidad, pretenden también describirla. Así pues, los juicios relativos a ellos pueden ser verdaderos o falsos. Un ejemplo característico es el recurso al adjetivo «cruel» para designar una conducta. En cambio, a estos se suelen oponer los denominados «conceptos finos»,[56] que expresan una valoración sin pretensión descriptiva alguna. Por ejemplo, la caracterización de algo como un «mal». De todos modos, en este punto existen obviamente zonas grises.

El segundo subgrupo de los elementos normativos de valoración compren- 42
de, como se ha indicado, los que remiten a una valoración jurídica. En este ámbito se incluyen los elementos que designan la infracción de una disposición prescriptiva extrapenal —«sin autorización», «indebidamente»—. Inicialmente estos fueron denominados elementos especiales de la antijuridicidad o elementos del deber jurídico.[57] Con ello se pretendía sostener que, pese a integrarse formalmente en la descripción típica de un delito, materialmente pertenecían a la antijuridicidad. Sin embargo, más tarde se impuso la posición que los denomina elementos de valoración jurídica global del hecho, modificando su ubicación sistemática. Esta, en efecto, pasó a sostener que una parte de ellos —el sustrato fáctico— pertenece a la tipicidad, puesto que describe el hecho, mientras que la otra —el contenido jurídico— incorpora el juicio

---

[55] En el original inglés: «*thick concepts*».

[56] En inglés: «*thin concepts*».

[57] *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 23-24, 82, 168.

de antijuridicidad.[58] Por lo tanto, la primera es objeto del dolo, mientras que la segunda es objeto del conocimiento de la antijuridicidad. Pues bien, frente a ello, lo cierto es que, si el tipo se concibe como expresión del injusto penal específico de una figura de delito, cabe que la infracción de una normativa extrapenal —aludida de modo expreso o implícito— pueda constituirse en elemento de la realización del tipo penal.[59] Por eso puede hablarse de la existencia de elementos típicos de antinormatividad,[60] que se integran no solo por los mencionados elementos, sino también por las remisiones normativas contenidas en las leyes penales en blanco (*cfr. supra* capítulo 4/46).

43 Lo anterior pone de relieve que un concepto de dolo absolutamente «natural» resulta impracticable.[61] En efecto, el conocimiento de los elementos descriptivos requiere, además de la percepción sensorial, el conocimiento de reglas de experiencia teórica. Además, en su campo conceptual o zona de penumbra, aquellos, como todos los elementos típicos, acaban siendo elementos normativos de sentido jurídico.[62] Por lo tanto, el conocimiento de la periferia normativa de dichos elementos descriptivos, como el de la totalidad del contenido de los elementos normativos, requiere también que el sujeto conozca las reglas sociales o, en su caso, jurídicas, en cuya virtud tiene lugar la atribución de un significado determinado a su conducta o la valoración de esta. Expresado de otro modo, es preciso que pueda acceder a los correspondientes hechos institucionales —a la realidad normativa—. Pues bien, para esto es necesario un acto de comprensión intelectual que requiere un cierto aprendizaje del respectivo código jurídico o social.[63] Todo ello debe ser examinado más adelante, en el marco de las doctrinas sobre el error excluyente del dolo. Sin embargo, de modo previo es necesario abordar la cuestión de cuál es el contenido del dolo. En concreto, si tiene un contenido cognitivo-volitivo («conocer y querer»), solo cognitivo («conocer»), o si ni siquiera se requiere siempre el conocimiento del sujeto para proceder a una imputación subjetiva dolosa.

3. EL DEBATE SOBRE EL CONTENIDO DEL DOLO

3.1. La discusión tradicional

3.1.1. Generalidades

44 En la actualidad el debate básico acerca del contenido del dolo versa sobre si este se construye desde una perspectiva absolutamente objetiva-estandarizada[64]

---

[58] *Roxin* (1979), 121 ss., 132; *Horta* (2016), 183, 263, con algún matiz. Más tarde, *Roxin*, LH Neumann, 2017, 1023 ss., cambió de opinión en términos próximos a los defendidos aquí.

[59] *Gallas* (1959), 26 ss., 36.

[60] *de la Fuente Hulaud* (2015).

[61] *Vallini* (2003).

[62] *Radbruch*, FG Frank, I, 1930, 167; *Wolf* (1931). En contra, *Welzel* (1935), 67 ss.

[63] *Puppe* (2014), 235.

[64] Radical, *Pérez Barberá* (2011).

o, por el contrario, debe considerar el contexto personal del sujeto activo del delito. En realidad, esta segunda es la posición que ha prevalecido claramente a lo largo de la historia dogmática, de modo que el debate tradicional se ha enmarcado en ella. En su seno, ha existido y existe un debate permanente entre un concepto cognitivo-volitivo (dualista), sostenido por la mayoría de la doctrina, y un concepto cognitivista (monista), minoritario. Según el primero, el dolo es «conocer y querer», mientras que, para el segundo, el dolo es «conocer». En realidad, el debate sobre si el dolo tiene un contenido cognitivo-volitivo o solo cognitivo surgió de modo coetáneo a la generalización de la figura del dolo eventual como forma de imputación subjetiva dolosa.[65] Dicho debate enfrentó básicamente a las teorías de la voluntad —o del consentimiento— con las de la probabilidad —del conocimiento o de la representación—.[66]

3.1.2. Las teorías del consentimiento y de la probabilidad

Las doctrinas del consentimiento o de la voluntad —con muchas variantes distintas— requerían identificar un elemento volitivo en la conducta del sujeto, para proceder a una imputación subjetiva a título de dolo eventual. A este respecto se difundieron máximas orientativas para los jueces. En particular, las llamadas «fórmulas» de Reinhard von Frank (1860-1934). Así, la de que hay que apreciar dolo cuando el sujeto «de haber sabido con seguridad que el resultado se produciría, habría obrado del mismo modo» (fórmula hipotética) o bien que hay dolo cuando el sujeto se dice a sí mismo «suceda o no el resultado, en todo caso actúo» (fórmula positiva).[67] En cambio, las doctrinas de la probabilidad o de la representación —asimismo, con divergencias en su seno—[68] partían de que la representación de la probable producción del resultado ya debería dar lugar a que el sujeto no siguiera actuando. De conformidad con estas, precisamente lo que fundamenta la imputación a título de dolo es actuar pese a tener aquella representación. Por tanto, la tesis es que quien conoce los elementos del tipo que realiza con su conducta quiere dicha realización típica. Expresado de nuevo con una fórmula, «el que mata y sabe que mata quiere matar».[69] 45

En realidad, ambas doctrinas partían, con matices, de que el dolo es un fenómeno psicológico, lo que responde a la tradición iniciada por Feuerbach. Sin embargo, lo reconstruían mediante modelos que podían entenderse en términos emocionales o de adscripción externa (mal denominados «valorativos»). Ello puede advertirse en las formulaciones de la segunda mitad del siglo XX que asociaban el dolo con un «aceptar» o «conformarse con» el resultado y la 46

---

[65] *Ragués i Vallès* (1999), 53 ss.

[66] *Marteleto Filho* (2020), 91 ss.

[67] Respectivamente, *Frank*, ZStW 10 (1890), 169 ss.; *el mismo*, StGB, 18.ª, 1931, § 59, V.

[68] *Gimbernat Ordeig* (1990), 240 ss.

[69] *Hruschka* (1983), 425 ss.; *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 8/8.

ausencia de dolo con la «confianza en la no producción» de aquel.[70] Además, esto las situaba cerca de las poco difundidas teorías emocionales. Estas últimas, dada una representación de la probabilidad del resultado y el hecho de que el agente, pese a tenerla, decidió actuar, establecían su diferente relevancia en función de si lo hizo por indiferencia o con la esperanza en que el resultado no se produciría.[71]

3.1.3. La evolución de la jurisprudencia española

47 La jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo español había partido de la concepción clásica de que el contenido del dolo consiste en conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. Así, acogía mayoritariamente la teoría del consentimiento.[72] Sin embargo, la STS de 23 de abril de 1992 —dictada en el «caso de la colza»— dio un giro en el sentido de sostener que el dolo es el conocimiento del riesgo concreto jurídicamente desaprobado.[73] En el marco de este concepto cognitivo, la jurisprudencia pasó a relativizar progresivamente el papel de la voluntad en sus declaraciones teóricas sobre el dolo.[74] Así, en las últimas décadas se ha servido con frecuencia del lenguaje de las teorías de la representación. Ahora bien, en realidad sigue requiriendo un elemento volitivo en el dolo. No obstante, entiende que, probado el elemento cognitivo, en general puede inferirse el volitivo —asumir, aceptar o conformarse con el resultado— según máximas de la experiencia.[75] En todo caso, a su juicio, el deseo o la esperanza de que no se produzca el resultado no excluye la imputación de dolo.

3.2. El replanteamiento metodológico

3.2.1. El marco del debate actual sobre el contenido del dolo

48 En las últimas cuatro décadas ha tenido lugar un intenso debate doctrinal sobre el contenido del dolo, en el que ha intervenido con reiteración la jurisprudencia, incluida la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esta discusión tiene como punto de partida la revisión del significado de la frase «el dolo es...». En efecto, un enunciado así podría entenderse en abstracto como una aserción ontológica-metafísica, empírica o lógico-analítica. Sin embargo, esto se hace difícil de aceptar, en la medida en que pocos conceptos son tan estrictamente jurídicos como el de dolo. Por eso, aquella frase debe enten-

---

[70] *Engisch* (1930), 126 ss.; *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 70; *Roxin* (1997), 433.

[71] *M.E. Mayer*, PG, 1915, 302, 327-329; *Engisch* (1930), 186 ss.

[72] *Díaz Pita* (1994), 329.

[73] En realidad, ya antes, en la STS de 27 de diciembre de 1982 («caso Bultó»).

[74] SSTS 890/2010, de 8 de octubre; 1187/2011, de 2 de noviembre; 1415/2011, de 23 de diciembre.

[75] *Bacigalupo Zapater*, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 73 ss.; SSTS 69/2010, de 30 de enero; 654/2012, de 9 de julio.

derse como la expresión metalingüística de lo que señalan al respecto la ley o la doctrina, en sus respectivas definiciones. Entonces, el enunciado completo rezaría «según el Código penal, el dolo es...», o bien «según la doctrina, el dolo es...». Con todo, tales definiciones, a su vez, no constituyen simples descripciones, sino que son reglas jurídicas, que señalan que «un hecho típico se imputa subjetivamente a título de dolo a un agente cuando este...».

Este es un punto de partida razonable para la discusión. A saber, que el de **49**
«dolo» es un término legal y que su apreciación tiene implicaciones penológicas.[76] En efecto, un examen elemental del Código penal permite llegar a la conclusión preliminar de que el dolo es la forma más grave de imputación subjetiva. Entonces, es necesario determinar cuándo procede que la imputación subjetiva tenga lugar precisamente a título de dolo. Pues bien, el primer paso en este sentido puede venir dado por una definición legal o bien por una definición dogmática. La primera vía, por la que han optado algunas legislaciones, se ve apoyada por la potestad del legislador. En cambio, la segunda tiene que venir sostenida por argumentos jurídicos que justifiquen la adscripción de dolo al sujeto activo en determinados casos.

Desde luego, una posibilidad es formular la regla dogmática de imputación **50**
a título de dolo prescindiendo de cualquier referencia personal al sujeto activo, es decir, en términos objetivo-generales. Sin embargo, la que sostiene esto es una tesis muy minoritaria. Por el contrario, la gran mayoría de la doctrina se inclina por construir la regla del dolo mediante la referencia a elementos que expresan alguna medida de subjetividad del agente, con independencia de cómo esta se concrete luego. Así, sigue siendo amplísimamente mayoritaria la posición que recurre para ello a los elementos de conocimiento y voluntad, o bien solo al de conocimiento. En todo caso, existe un consenso amplio en el sentido de que el dolo requiere conocimiento, mientras que ha sido tradicionalmente debatida la cuestión de si el conocimiento es suficiente. A esta se le ha añadido en las últimas décadas la de si el dolo exige siempre conocimiento o excepcionalmente cabe que en algunos casos no lo requiera.

En la conformación de la regla de imputación a título de dolo es razonable **51**
partir del consenso existente acerca de que el dolo exige conocimiento. En efecto, en este sentido cabe esgrimir tres razones: la coherencia extrasistemática, la intrasistemática y la ventaja analítica. Por un lado, solo esto garantiza una relativa proximidad de la imputación subjetiva jurídico-penal con respecto a la imputación social de responsabilidad, en la que el conocimiento desempeña un papel esencial. Por el otro, solo esto permite construir la imputación subjetiva en el marco de la teoría del delito de modo coherente con el papel que en toda ella desempeñan las cuestiones relativas a las representaciones de los agentes interrelacionados. En fin, las ventajas analíticas que esto supone no se pueden compensar con un concepto indiferenciado de dolo.

---

[76] Próxima, *Pérez Manzano*, LH Mir Puig, 2017, 357 ss., 366 ss.

V. LOS MÉTODOS DE APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE «CONOCIMIENTO»

1. GENERALIDADES

1.1. La naturaleza del «conocimiento»

52 El conocimiento es un fenómeno interno del ser humano. En este punto, y partiendo de la abstinencia metafísica que practica la doctrina jurídico-penal, se suscita la siguiente disyuntiva. Una primera opción es entender que lo interno puede —o al menos, se piensa que algún día podrá— ser determinado experimentalmente como fenómeno clínico-cerebral. Según este punto de vista, el conocimiento es un hecho mental (o cerebral) bruto, algo que debe obtenerse deseablemente por la vía de la observación empírica de la realidad interna del agente. Esto se expresa indicando que el concepto de conocimiento es «descriptivo».[77] En cambio, la segunda opción parte de que aquella vía no resulta ni posible ni razonable, de modo que lo interno del sujeto se le tiene que imputar a este; es decir, atribuírsele extrínsecamente. Esta segunda perspectiva conduce a entender el conocimiento como un hecho institucional, de modo que la afirmación de que concurre aparece como el resultado de una *praxis* humana —social o jurídica— de imputación, que opera según determinadas reglas. En definitiva, el concepto de conocimiento es —como el de dolo— «adscriptivo».[78]

53 A su vez, este juicio extrínseco de imputación admite dos posibles variantes constructivas. Por un lado, una de carácter estandarizador-teórico, que puede partir de datos externos más o menos generales. Por ejemplo, del peligro asociado a la conducta y de ciertos deberes epistémicos asociados a parámetros generales de sujeto. Por otro lado, una de carácter individualizador-práctico. Pues bien, la primera es la propia de la adopción de la perspectiva del observador, mientras que la adopción de una perspectiva interpersonal, la del interviniente, conduce a la segunda construcción. A su vez, esta última se corresponde con el mundo del conocimiento práctico,[79] que no tiene la misma naturaleza que el conocimiento teórico, sino que interpela al agente para la acción. Por tanto, se trata de un conocimiento con cierta dimensión emocional.[80]

54 Descrito el panorama anterior, existe cierta tendencia a asociar el concepto cognitivo-volitivo de dolo con la acogida de un método descriptivo y, en cam-

---

[77] Tendencialmente, *Volk*, FS Arth. Kaufmann, 1993, 617-618; *Pérez Manzano*, LH Mir Puig, 2017, 358-359.

[78] O bien «normativo», una expresión más frecuente. Con matices diversos, no irrelevantes, *Hruschka* (1976); *Haffke*, GA 1978, 53-54; *Kindhäuser*, ZStW 96 (1984), 1 ss.; *Ragués i Vallès* (1999); *Feijóo Sánchez*, CPC 65 (1998), 271 ss.; *Jakobs*, LH Bacigalupo, I, 2004, 345 ss.; *el mismo*, InDret 4/2009, 1 ss.; *el mismo* (2020); *Pérez Barberá* (2011); *Oxman*, PolítCrim 14 (2019), 441 ss.

[79] En alemán: «*praktisches Wissen*».

[80] *Roxin*, FS Rudolphi, 2004, 243, 252; *Kargl* (1993): «decisión por la realización del tipo sobre la base de un conocimiento afectivo». Relativamente próximo, *Martínez-Buján* (2021), 197 ss.

bio, el concepto cognitivo con un método adscriptivo.[81] Sin embargo, ello no es exacto. En efecto, una pura combinatoria del método de aproximación y del contenido asignado al dolo permite distinguir cuatro opciones, en función de que se adopte una perspectiva descriptiva cognitivo-volitiva o solo cognitiva, o bien una adscriptiva, a su vez cognitivo-volitiva, o solo cognitiva.[82]

1.2. El concepto descriptivo de conocimiento

El método descriptivo parte de que el contenido del dolo —el conocimiento 55
o bien el conocimiento y la voluntad— es un hecho. A su vez, ese contenido tiene que constatarse mediante la aprehensión de los correspondientes estados mentales del agente. En la terminología del proceso penal, esta no puede ser más que una cuestión de hecho —*quaestio facti*—. Por tanto, los estados mentales del agente deben ser objeto de prueba, cuya carga tiene que soportar la acusación. Aun así, ni siquiera desde este punto de vista debería hablarse de una «prueba del dolo», puesto que no es este, sino la descripción de un estado mental del sujeto, lo que debe ser probado. En efecto, un concepto o una regla jurídica como la de que «dolo es conocimiento» no puede ser objeto de prueba, sino solo los hechos que subyacen a ella. Por lo demás, el conocimiento del agente, aunque sea entendido como un hecho mental, no puede ser objeto de prueba directa. Por tanto, la acreditación de su concurrencia ha de tener lugar mediante la prueba —indirecta— de indicios.

Los llamados «indicios del dolo» son, por tanto, medios de prueba de un 56
objeto de prueba —un estado mental de conocimiento— no susceptible de prueba directa.[83] Ciertamente, tales indicios son, a su vez, hechos: según se suele decir, hechos-base plurales, convergentes y plenamente probados. En efecto, están integrados por datos externos —previos al hecho, simultáneos con este, posteriores—, al igual que por algunos datos internos directamente constatados. Entre los datos indiciarios externos, uno especialmente importante es la gravedad del peligro objetivo inherente a la conducta realizada por el agente. En suma, desde esta perspectiva, el objeto de la prueba es el estado mental que constituye el dolo, mientras que los indicios constituyen los medios de prueba de un estado mental.

En este marco, la relación entre los indicios y el hecho que tienen que 57
acreditar debe establecerse de acuerdo con la teoría de los juicios probatorios. A este respecto, lo común es afirmar que tal relación tiene que ser racional, en sus dimensiones tanto lógica como empírica, y permitir realizar un juicio procesal de inferencia. Por tanto, las reglas en virtud de las que se prueba la concurrencia de dolo como estado mental son las de la lógica y las de la experiencia. Ciertamente, este juicio no es de carácter sustantivo, sino que

---

[81] *Pérez Manzano*, LH Gimbernat Ordeig, II, 2008, 1458-1459.

[82] *Martínez-Buján* (2021), 168 ss.

[83] Así, *Pérez Manzano*, LH Mir Puig, 2017, 359 ss.

se trata de un juicio procesal, que refleja el modo en que el juez procede a valorar la prueba. Sin embargo, esto tiene más trascendencia de lo que las concepciones descriptivistas parecen asignarle. En efecto, la valoración de la prueba por parte de los tribunales se realiza mediante el manejo de concepciones estándar.[84] Así, es común servirse de máximas del género: «toda persona de socialización normal sabe...», de modo que «el acusado tuvo que saber...».[85] En definitiva, en el manejo procesal de cualquier concepto descriptivo de conocimiento se asume que, al final, tendrá lugar la realización de juicios probatorios no exactamente descriptivo-individuales. En efecto, las reglas de valoración de la prueba del conocimiento, al construirse normalmente sobre regularidades, abandonan el plano propio de la pretendida naturaleza descriptivo-individual del concepto.[86] Ciertamente, si se parte de un concepto descriptivo(-individual) de conocimiento, lo coherente es proponer una prueba clínica de la concurrencia de aquel en el sujeto. En todo caso, la imposibilidad actual de obtener una prueba clínica directa no debe obstar a introducir los estudios clínicos como uno de los indicios de la concurrencia o no de dolo.[87]

1.3. El método adscriptivo

1.3.1. El juicio de adscripción de conocimiento

58 La adopción de un método normativo-adscriptivo conlleva que la afirmación de que un sujeto ha actuado con conocimiento no exprese un juicio relativo a un hecho empírico interno. Por el contrario, expresa el resultado de una adscripción en cuya virtud nos aproximamos a una realidad inasible.[88] Así, el juicio de adscripción expresa una práctica social o jurídica. Desde esta perspectiva, los elementos del concepto de «dolo» —aquí, la determinación del contenido de conocimiento— establecen las condiciones de uso correcto del término «dolo» en el sistema de la teoría del delito y en la práctica judicial penal. Pues bien, en este punto la comunidad de la dogmática jurídico-penal tiene dos opciones. La primera es abrirse a la *praxis* social, lo que significa acoger la psicología del sentido común u otros métodos de naturaleza psico-social. Por su parte, la segunda es construir su propia *praxis* de imputación de conocimiento, con tal de que esta no se aleje radicalmente de aquella. En efecto, una posibilidad es que el juicio de adscripción jurídica se base en un previo juicio de adscripción social, de modo que el contenido del dolo aparezca

---

[84] *Freund* (1987).

[85] Crítico, *Paredes Castañón*, LH Luzón Peña, I, 2020, 875 ss., 884; crítico de las críticas, *Stuckenberg* (2007), 150.

[86] *Ragués i Vallès*, LH Luzón Peña, I, 2020, 975 ss.

[87] En esta línea, *Vilares et al.*, PNAS 114 (2017), 3222 ss.; *Jones/ Montague/ Yaffe*, U. Pennsylvania. L. R. 169 (2020), 31 ss., con aportaciones empíricas sobre supuestas diferencias de estados cerebrales entre el dolo directo y el dolo eventual.

[88] Próximos, *Mylonopoulos* (1998), 106 ss.; *Stuckenberg* (2007), 168 ss.; *Porciúncula*, ZIS 2023, 355 ss.

como un «hecho social» —o un hecho institucional—.[89] Esta posición es la propia de un normativismo social, según el cual los juicios sociales vinculan, al menos negativamente, los juicios del Derecho. Expresado de otro modo, lo que socialmente no es dolo no podría serlo en términos jurídico-penales. Si se acoge este punto de vista, no solo los indicadores fácticos a los que antes se hacía referencia, sino incluso el propio juicio social de adscripción (es decir, el hecho social en sí) debe ser objeto de prueba, pues es *quaestio facti.*

En cambio, el normativismo jurídico parte de que la afirmación de que un **59**
agente obra con conocimiento, esto es, con dolo, es el resultado de un juicio de adscripción jurídico-penal, absoluta o relativamente independiente del social. Esto significa que aquella afirmación, en el marco del proceso penal, constituye una cuestión de Derecho —*quaestio iuris*—. Como tal, no es ni puede ser objeto de prueba, sino que requiere una argumentación jurídica sustantiva que la fundamente. En concreto, la aplicación de este método requiere una actuación en tres fases: la primera de ellas (i) es la de construir la regla jurídico-penal que establece la relación entre determinados hechos (indicadores del dolo) y la adscripción de la consecuencia jurídica —la imputación de una propiedad o capacidad al agente—; la segunda (ii) es la de probar los «indicadores»;[90] y la tercera (iii) la de adscribir la propiedad correspondiente.[91] Como se advierte, la regla de adscripción tiene que establecer cuáles son los elementos fácticos relevantes para concluir que en un caso procede adscribir conocimiento —y, en consecuencia, dolo— al sujeto.[92] Ello exige una argumentación acerca del porqué de su relevancia en términos jurídico-materiales. A este respecto, parece razonable que exista una relación —teleológica— entre ellos y el fundamento material de la mayor gravedad del título de imputación «dolo» con respecto al de «imprudencia».

1.3.2. La base fáctica del juicio

Por lo tanto, el recurso al método adscriptivo estrictamente jurídico no **60**
obsta a que también exista una *quaestio facti.* En efecto, los indicadores del conocimiento, que vienen dados por realidades tanto externas como internas, constituyen el objeto de la prueba.[93] Una vez probados —prueba que, llegado el caso, podría tener lugar mediante indicios— el dolo, en tanto que forma más grave de imputación subjetiva, se le atribuye al sujeto a partir de una regla adscriptiva. Pues bien, la *quaestio facti* solo puede ser revisada en el marco del recurso de apelación con las limitaciones probatorias establecidas. Además,

---

[89] Próximo a esto, *Ragués i Vallés* (1999), 357 ss., 362 ss.: «reglas sociales de atribución de conocimiento».

[90] *Hassemer*, ADPCP 1990, 928; *Díaz Pita* (1994), 326.

[91] *Hruschka* (1976), 25; *Puppe*, ZStW 103 (1991), 16.

[92] *Köhler*, AT, 1997, 166-167; *Puppe* (4.ª, 2019), 50 ss.; *Roxin/Greco*, AT, I, 5.ª, 2020, 12/30.

[93] *Hassemer*, ADPCP 1990, 909 ss.; *Mylonopoulos* (1998), 116 ss.; *Sánchez Málaga* (2018), 350 ss.; *el mismo* (2020), 152 ss., 278-279.

no puede ser revisada en el marco del recurso de casación. En cambio, el contenido y la aplicación de la regla de adscripción constituyen una *quaestio iuris.*[94] Por tanto, es susceptible de revisión tanto en el trámite del recurso de apelación como, en fin, en el del recurso de casación.

61 Los indicadores del dolo en el marco de la construcción de un concepto adscriptivo no tienen la misma naturaleza que los «indicios» del conocimiento y de la voluntad que son medios de prueba del concepto descriptivo.[95] En efecto, los indicadores son elementos de la regla jurídica sustantiva que conforma el concepto adscriptivo y, por tanto, deben ser fijados en aquella; constituyen el objeto de la prueba. En cambio, los indicios se insertan en la regla procesal de valoración de la prueba; son medios de prueba del concepto descriptivo de dolo, aunque también tengan que ser probados. Los indicios pueden constituir un catálogo abierto. En efecto, si se parte de que en materia procesal rige el principio de valoración global, y no de prueba tasada, no tiene por qué darse un catálogo cerrado. En cambio, los indicadores tendrían que conformar un catálogo cerrado y lo más preciso posible.[96]

2. LA ACOGIDA DE LA OPCIÓN DESCRIPTIVA EN LA JURISPRUDENCIA

62 En la jurisprudencia española venía existiendo desde principios de siglo un debate tanto en el Tribunal Supremo como en el Tribunal Constitucional sobre si la atribución del dolo o de los llamados «elementos subjetivos del injusto» constituye un juicio de hecho o un juicio jurídico de valor.[97] Esta discusión, con todo, no se movía en el plano sustantivo, sino más bien en el ámbito procesal y tenía que ver fundamentalmente con la valoración de la prueba indirecta. Sin embargo, todo ello se vio influido de modo radical por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha declarado que el dolo es un estado mental.[98] La cuestión se planteó a propósito de si los órganos de apelación y de casación, aunque no alteren los hechos declarados probados por el tribunal de instancia, pueden valorarlos de modo distinto a como lo hizo este último. En concreto, el problema versaba sobre si cabe revisar sentencias absolutorias para apreciar, en contra del órgano de instancia, la existencia de dolo o de alguno de los elementos subjetivos. Pues bien, el TEDH parte de que, de uno u otro modo, ello conlleva entrar en contacto con los hechos probados, aunque estos formalmente no se alteren. A partir de ahí concluye que las reglas del proceso debido impiden hacerlo sin volver a practicar la prueba. A su vez, esto último no puede llevarse a cabo en el ámbito de la casación.

---

[94] *Puppe* (4.ª, 2019), 54.

[95] *Hassemer* (1984), 228-229; *Miró Llinares*, CPC 113 (2014), 235.

[96] *Puppe* (2.ª, 2011), 34 ss.

[97] *Alcácer Guirao*, InDret 1/2012, 1 ss.

[98] STEDH de 22 de noviembre de 2011 (Lacadena Calero c. España); STEDH de 13 de junio de 2017 (Atutxa Mendiola y otros c. España).

Esta postura ha influido de modo muy relevante en la jurisprudencia del 63
Tribunal Supremo español sobre el dolo, los elementos subjetivos del injusto y el conocimiento de la antijuridicidad. Así, la jurisprudencia ha pasado a afirmar que el juicio en cuya virtud, sobre la base de los datos objetivos de los que se dispone, se afirma el dolo, no es un juicio de «valor», sino un juicio de «inferencia empírica». En concreto, que se trata de «proclamar el querer como verdadero hecho. De acuerdo con esta idea, afirmar el *animus* del agente no encierra una proposición valorativa, sino simplemente asertiva, mediante la que se afirma un hecho».[99] En realidad, la jurisprudencia siempre había entendido el dolo como un hecho. Lo que ha variado es su denominación de los juicios de inferencia probatoria. En efecto, estos enunciados, bajo la influencia de la terminología de la «valoración de la prueba», habían sido calificados en muchas ocasiones de valorativos. Sin embargo, desde luego, en un juicio de inferencia probatoria las valoraciones jurídicas no desempeñan ningún papel.

Con todo, estas consideraciones sobre la naturaleza de los juicios probatorios 64
han incidido también en la cuestión jurídico-penal sustantiva acerca del dolo. Así, la jurisprudencia entiende el dolo, en el plano sustantivo, como un hecho psíquico y, en el plano procesal, como producto de un juicio de inferencia. Esto significa que deja poco espacio para la aceptación por su parte de un concepto sustantivo-adscriptivo de dolo. Como se ha señalado, en el marco de este, solo los indicadores deben ser objeto de prueba directa o indirecta y, por tanto, la apreciación de su existencia es ya el resultado de los juicios de inferencia procesales. En cambio, una vez probados tales indicadores, la aplicación de la regla jurídico-penal, con su consecuencia jurídica-material de apreciar dolo o no, es una cuestión dogmática sustantiva. Esta *quaestio iuris* debería ser susceptible de revisión en apelación o en casación sin necesidad de volver a practicar prueba alguna. Pues bien, tal posibilidad de revisión de la cuestión dogmática es lo que rechaza en la actualidad el Tribunal Supremo español. En consecuencia, si se pretende interponer un recurso de apelación contra la absolución por ausencia de dolo, es necesaria la comparecencia y audiencia del acusado a fin de garantizar su derecho de defensa. Por lo demás, dado que en el ámbito del recurso de casación no existe la posibilidad de oír al recurrido, en la situación actual española no es posible que el Tribunal Supremo revoque una sentencia dictada por un tribunal inferior, en la que este último absuelva al acusado por falta de dolo.[100]

3. LA OPCIÓN POR EL MÉTODO ADSCRIPTIVO EQUILIBRADO CON UNA ORIENTACIÓN INDIVIDUAL

3.1. Generalidades

El recurso al método adscriptivo para la obtención del contenido del dolo 65
ha sido muy criticado. Así, se ha esgrimido de modo reiterado el argumento

[99] STS 86/2009, de 30 de enero.

[100] STC 142/2011, de 26 de septiembre; STS 1193/2011, de 16 de noviembre.

de la instrumentalización de la configuración empírica del sujeto que actúa en el mundo real, a favor de consideraciones político-criminales, funcionalistas, relativas a las expectativas de la comunidad jurídica.[101] Sin embargo, en su caso la crítica tiene que dirigirse, más que al método, al concreto contenido de la regla de adscripción que se construya, que puede ser más estandarizado o bien tendente a una mayor personalización. En efecto, un concepto adscriptivo no tiene por qué construirse de modo estrictamente funcional a las supuestas necesidades de pena de un determinado modelo social.[102] Esto solo es obligado si se acoge un fin concreto de la pena —la prevención general positiva— y, además, se entiende que el concepto de dolo debe contribuir funcionalmente a su realización.[103] Para quien, como aquí se hace, parte de la retribución deontológica, el concepto de dolo tiene que orientarse al merecimiento de pena del agente y, por tanto, al intento de ser justos en cuanto a la relación de este con su hecho.

3.2. Los indicadores en la regla de imputación del conocimiento

66 Los indicadores del conocimiento designan el segmento de la realidad relevante a efectos de la imputación a título de dolo. Pues bien, tal segmento de la realidad tiene que abrirse tanto a datos sociales, como externos-individuales y, en fin, psíquicos-internos. Además, la existencia de indicadores favorables no excluye la de indicadores desfavorables, en cuyo caso unos y otros pueden ser objeto de evaluación.[104] En este punto no puede desconocerse el significado del contenido de la conducta externa del sujeto. Sin embargo, ello no implica que sea posible «objetivizar el dolo en atención al peligro» inherente a la conducta —como ha sostenido la doctrina del peligro típico de dolo y peligro típico de imprudencia—.[105] En efecto, la representación de un grave «peligro específico de dolo», o de un «peligro no controlado», no basta para el dolo.[106] Es necesario considerar también los estados mentales anteriores, simultáneos y posteriores al hecho.[107] En definitiva, la personalidad, la historia y las experiencias previas del sujeto.

67 Junto a los indicadores existen «contraindicadores», que han sido explicitados por la jurisprudencia, sobre todo para el caso del homicidio. Así, en el caso de este delito, desempeñan aquel doble papel los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido, el comportamiento del autor antes,

---

[101] *Gaede*, ZStW 121 (2009), 239 ss.; *Momsen*, KriPoZ 2 (2018), 88 ss.

[102] *Haffke*, GA 1978, 42-43.

[103] *Pawlik* (2012), 367.

[104] SSTS 172/2008, de 30 de abril; 716/2009, de 2 de julio. En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia italianas, mediante la denominada «*formula del bilanciamento*».

[105] *Herzberg*, JuS 1986, 249 ss.; *el mismo*, JZ 1988, 573 ss., 635 ss.; *Puppe*, ZStW 103 (1991), 31; *la misma* (1992), 35 ss. Crítico, *Roxin*, FS Rudolphi, 2004, 243 ss.

[106] Sin embargo, *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 8/21 ss.

[107] *Haffke*, GA 1978, 52.

durante y después de la agresión —frases amenazantes, expresiones proferidas, prestación de ayuda a la víctima—; el arma o los instrumentos empleados; la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque; la intensidad del golpe o golpes en que consiste la agresión, así como la reiteración de estos. En particular, pueden reputarse contraindicadores del dolo las consecuencias perjudiciales que se derivarían para el sujeto activo si se produjera el resultado lesivo; su personalidad optimista o no; su carácter y su constitución emocional, etc.[108] Ciertamente la consideración de estos últimos factores cuenta con la oposición de quienes entienden que solo deben ser tenidos en cuenta si responden a una idea «epistémicamente racional». A su vez, esta exigencia se presenta como consecuencia de que el fundamento del concepto de dolo se derive del fin del Derecho penal y de la *ratio legis* del mayor castigo del delito doloso.[109] Ahora bien, si el fundamento es, como se ha sostenido aquí, retributivo, es decir, basado en el merecimiento individual, no se entiende por qué los datos individuales no pueden ser indicadores relevantes de la presencia o ausencia de dolo. Por lo demás, la oposición normativista-estandarizadora a los planteamientos individualizadores pone de relieve el problema fundamental de la aproximación jurídico-penal normativa al concepto de dolo. Este es el de su asociación a un paradigma concreto —el del racionalismo del siglo XVII en adelante—. Sin embargo, sucede que la persona real no es el sujeto racional egoísta autónomo de la filosofía del siglo XVIII (*cfr. supra* capítulo 1/74). En efecto, las investigaciones contemporáneas acerca del comportamiento permiten sostener con mucha más razón el paradigma —por cierto, correspondiente con la tradición clásica grecorromana y cristiana— del sujeto que persigue fines con conocimiento limitado y voluntad imperfecta.

4. LA NECESIDAD DE CORREGIR LA *PRAXIS* SOCIAL DE IMPUTACIÓN

La imputación jurídico-penal no puede distanciarse de los criterios sociales, **68**
si es que pretende ser inteligible y aceptable. Sin embargo, esto no exige que aquella comparta ciertos sesgos constatables en la *praxis* social.[110] Como se ha indicado de forma reiterada, aquí se sostiene que el criterio rector de la atribución de responsabilidad es la retribución deontológica. Por lo demás, en la medida en que existan criterios para precisar su alcance, pueden operar como criterios adicionales —solo limitadores— la retribución empírica o la prevención general positiva. Pues bien, las ciencias del comportamiento han puesto de relieve que la *praxis* social de imputación a título de dolo incurre en prácticas erróneas, que se deben a ciertos sesgos cognitivos. Desde luego, estos déficits se han advertido sobre todo en los jurados legos norteamericanos, pero cabe contar asimismo con que concurran en jueces profesiona-

[108] Cuestión muy desarrollada en la doctrina italiana: *Eusebi* (1993); *Prosdocimi* (1993); *Salcuni* (2017), 234 ss.; *Astorina Marino* (2018), 80 ss., 240 ss.

[109] *Pérez Barberá* (2011), 11 ss., 69 ss.

[110] *Stuckenberg* (2007), 47, 111-112, 259 ss.

les.[111] En concreto, se alerta sobre el diverso baremo seguido cuando se trata de imputar subjetivamente un hecho a un agente a título de mérito o bien de demérito. En efecto, la producción de resultados negativos conduce a que el juez se sienta inclinado a atribuir más fácilmente tanto «intencionalidad» como incluso «conocimiento» a un determinado agente.[112] En el caso de los efectos directos esto tiene lugar, sencillamente, en virtud de los sesgos retrospectivo y del resultado, ya comentados (*cfr. supra* capítulo 10/44; *infra* capítulo 13/82). Ahora bien, el caso que aquí interesa sobre todo es el de los efectos colaterales o «efecto Knobe»; es decir, la tendencia a atribuir dolo en los casos en los que la conducta del sujeto produce efectos colaterales negativos, algo que no tiene un equivalente en la atribución de mérito si se trata de un efecto colateral positivo.

69 De este modo se constata la dificultad de separar los juicios de imputación subjetiva de las emociones reactivas de quien juzga, que tienen que ver con si se ha producido un daño y de qué gravedad. Además, ello permite advertir los mecanismos que explican que, en los casos que responden al «esquema Thyrén», se esté más dispuesto a imputar dolo si se produce el resultado, que si la conducta se queda en tentativa. Más aún, la propia máxima del *versari in re illicita* se manifiesta como la institucionalización de un sesgo cognitivo, lo que es compatible con su consideración como regla pragmática o probatoria. Pues bien, la imputación subjetiva jurídico-penal tiene la tarea de corregir la *praxis* social-real de imputación mediante una constante pretensión de justicia.

VI. LA RECONSTRUCCIÓN DEL CONTENIDO DEL DOLO

1. UNA PRECISIÓN

70 Como se ha señalado de modo reiterado, las intenciones del agente y, en concreto, su intención de consumar el delito, no desempeñan ningún papel en la imputación subjetiva del hecho. Por el contrario, estas se ubican en el plano objetivo-comunicativo del hecho, en el que expresan una mayor hostilidad de la conducta contra el bien jurídico. Precisamente por ello, aquí se ha acogido la tesis de que, dada la intención de producir el resultado, una menor probabilidad empírica de producir el resultado puede alcanzar el significado típicamente relevante.[113] En efecto, ambos elementos se hallan en el mismo plano sistemático, de modo que la intención, en unos casos, puede ser determinante del contenido de sentido de la conducta, mientras que en otros puede agravar la valoración de esta.[114]

---

[111] *Kneer/Bourgeois-Gironde*, Cognition 169 (2017), 139 ss.

[112] *Knobe*, Analysis 63 (2003), 190; *Beebe/Buckwalter*, Mind & Language 25 (2010), 476. Sobre ello, *Pérez Manzano*, RECPC 23 (2021), 1 ss.; *la misma*, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 825 ss.

[113] *Brady*, L&Ph 15 (1996), 195.

[114] *González Lagier*, Doxa 26 (2003), 645; *Manrique* (2012).

2. EL CONTENIDO COGNITIVO DEL DOLO

2.1. La cognición como congruencia de lo intersubjetivo y lo subjetivo

71 Para obrar con dolo, el agente tiene que conocer que la realización de su conducta, en las circunstancias concretas, posee el significado que se le atribuye intersubjetivamente a partir de la descripción abstracta propia del tipo penal.[115] A este respecto, en España cabe esgrimir el argumento legal del art. 14.1 CP, que establece la exclusión del dolo en ciertos casos de error, tanto invencible como vencible. En concreto, esta disposición señala: «El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente». En efecto, la afirmación de que el agente conoce la realización del tipo objetivo requiere apreciar la existencia de congruencia entre su representación, por un lado, y el sentido y valoración intersubjetivos de su conducta, por el otro. En cambio, se afirma la existencia de un error cuando se constata la aparición de una incongruencia en este punto, ya sea por falta de representación alguna en el agente, ya por discordancia entre la que este tenga y la atribución de sentido y valoración intersubjetiva. Ahora bien, la congruencia de la representación del agente con la atribución de sentido y la valoración referidas a su conducta es estrictamente cognitiva. Esto significa que una discrepancia de aquel con respecto al sentido atribuido a su conducta, o con las valoraciones sociales o jurídicas de las que es objeto, no es un error que excluya el dolo. Por ejemplo, el agente que conoce que su conducta es tenida comúnmente por obscena, aunque él sostenga que no lo es, obra con dolo de un delito de exhibicionismo.

72 En este marco, conocimiento significa «representación actual cierta o verdadera». A su vez, «verdadera» quiere decir «correspondiente a la realidad».[116] Sin embargo, desde luego este concepto de conocimiento no coincide con el de la filosofía de la ciencia. En efecto, para este último, es preciso que la representación verdadera además esté justificada. En cambio, ciertos errores que conducirían a sostener que la representación del sujeto carece de todo fundamento no excluyen que su conducta le sea imputada subjetivamente a título de dolo.[117] Por su parte, la exigencia de actualidad significa que debe existir coincidencia temporal —simultaneidad— entre el conocimiento y la realización de la conducta típica.

73 Como se ha adelantado, para alcanzar el conocimiento propio del dolo no basta con percibir por los sentidos una realidad física. Por el contrario, es necesario que el sujeto la «entienda»,[118] en el sentido de que capte el significado y la valoración que se ha asignado intersubjetivamente a su conducta.

---

[115] *Ragués i Vallès* (1999), 27-28.

[116] *Binding* (1919), 47. Distinto, desde otras premisas, *Mañalich*, RChD 44 (2017), 471 ss.: «creencia predictiva», pues en su concepción el objeto del dolo se extiende hasta el resultado.

[117] *Mañalich*, PolítCrim 27 (2019), 304 n. 36.

[118] En latín, «*intelligere*».

Ciertamente, en algunos casos, esa inteligencia sigue de modo casi inmediato a la percepción física. Sin embargo, en otros no sucede así, sino que es preciso conocer de modo previo las reglas sociales de atribución de sentido, así como reglas propias de sistemas normativo-valorativos. Es más, en no pocos tipos delictivos, la imputación subjetiva a título de dolo requiere el conocimiento del Derecho público o privado. Así sucede en las leyes penales en blanco y en los tipos con elementos del deber jurídico. Excepcionalmente, el dolo puede requerir el propio conocimiento del Derecho penal. Así sucede en el caso de delitos cuya descripción típica remite a otros, como por ejemplo el encubrimiento (art. 451 CP español) o la receptación (art. 298 CP español).

74 La pregunta decisiva para una concepción cognitivo-adscriptiva del dolo es determinar por qué la existencia de conocimiento en el agente es más grave que su desconocimiento.[119] Como ya se ha indicado, al responder a esta pregunta, unos autores aluden a una mayor facilidad de evitación del hecho. Otros, en cambio, apelan a una emoción con respecto a la víctima o con respecto a la norma, a saber, que el conocimiento conlleva mayor «desconsideración comunicativa».[120] Entonces, un sector de la doctrina ha planteado la pregunta de si cabe hallar otros supuestos de idéntica facilidad de evitación. Igualmente, la de si, sentado que el conocimiento solo constituye un indicador de desconsideración comunicativa, cabe pensar que podrían existir otros.

2.2. Los problemas de la dimensión cognitiva del dolo

2.2.1. La ausencia de representación clara en los hechos impulsivos

75 El primer problema de la dimensión cognitiva del dolo viene dado por los casos de falta de representación clara. En efecto, la representación del agente puede concurrir con diferente intensidad o, mejor, a diferente nivel. Un ejemplo de ello se da en los hechos impulsivos, pasionales o irreflexivos, en los que el sujeto opera conforme al denominado «sistema rápido» de acción (*cfr. supra* capítulo 9/33). En ellos se da ciertamente una «finalidad externa», esto es, una dirección externa del proceso. Sin embargo, cabe que el sujeto no se haya representado ningún aspecto de su conducta o que se la haya representado mínimamente, con una conciencia marginal.[121] A este respecto un sector doctrinal afirma que, a efectos de imputar dolo, basta con que el sujeto tenga una rápida representación del objeto en imágenes, *aun* sin necesidad de que ello se procese a través del lenguaje.[122] Sin embargo, incluso con esta concepción minimalista no puede afirmarse taxativamente que en todos los casos de conductas impulsivas o pasionales concurra la dimensión cognitiva del dolo.[123] En efecto,

---

[119] *Frisch* (1983), 196.

[120] *Miró Llinares*, CPC 113 (2014), 233-234.

[121] *Schewe* (1972), 90 ss.; *Stratenwerth*, FS Welzel, 1974, 304-305.

[122] *Schmidhäuser*, AT, Studienbuch, 1.ª, 1982, 7/65, 66.

[123] *Frisch* (1983), 209.

lo cierto es que en determinadas conductas explosivas, ejecutadas en contextos pasionales, no puede concluirse la concurrencia de «conocimiento», sin atender a las especiales circunstancias del hecho[124] y a la personalidad del autor.

Cabe también que, por razones distintas de la rapidez de la reacción, un 76
sujeto se haya representado todos los elementos de la situación, pero no los haya integrado en una «reflexión de segundo nivel». Pues bien, esto plantea el problema de si la imputación subjetiva a título de dolo requiere una suerte de conocimiento de segundo nivel, es decir, que el sujeto no solo sepa, sino «que sepa que sabe». A este respecto, resulta dudoso si la incorporación de este metanivel cognitivo es coincidente con la propuesta de incorporación al dolo de un elemento volitivo-emocional, o más bien constituye una alternativa a esto último. En efecto, esta cuestión guarda cierta relación con la distinción entre el error de percepción y el error de juicio. El primero de ellos deriva de un déficit estrictamente sensorial —no ver, no oír— o de error en la subsunción de la percepción alcanzada en el marco de un determinado concepto teórico —obtenido en virtud del conocimiento teórico de leyes—. El segundo, en cambio, deriva de que ese conocimiento teórico aislado no se pone en relación con todo el sistema de conceptos del sujeto.

2.2.2. Las representaciones (y la ausencia de representación) «irracionales»

El segundo grupo de casos problemáticos está integrado por aquellos en 77
los que se advierte una representación errónea del agente, pero que es calificada de irracional o, expresado de otro modo, de «burda». También es común hablar, a este respecto, de que el agente manifiesta una «ceguera de hecho» o una «ceguera ante los hechos». En ocasiones, estas dos expresiones se identifican. Ahora bien, si se quiere, pueden distinguirse entendiendo que la primera designa el caso en el que el sujeto no percibe nada, con lo cual se halla en una plena ignorancia. En definitiva, se encuentra en ausencia de percepción o de representación teórica. En cambio, en la segunda se da un error burdo en la asignación a lo percibido del sentido o la valoración que poseen. A este respecto, como se ha adelantado, un sector relevante de la doctrina entiende que es «irracional» aquello que puede reputarse «epistémicamente infundado» según un estándar objetivo.[125] A continuación, razona que, si el agente desconoce la concurrencia de los elementos del hecho en casos así, ello es debido a una «acrasia epistémica». Por su parte, esta expresión designa una indolencia o debilidad en el conocer —una falta de vigor cognitivo— que conduce al agente a ignorar algo que en términos intersubjetivos resulta manifiesto o evidente. Frente a ello se señala que existe un deber de formar las propias actitudes epistémicas —las representaciones— conforme a

---

[124] *Coloma/Modolell*, Doxa 45 (2022), 277 ss.

[125] *Pérez Barberá* (2011), 639 ss., 648, 756 ss., 766-767; *el mismo*, EnL 11 (2021), 91 ss. Críticos *Díez Ripollés* (1990), 111 ss., 316; *Puppe* (2014), 164. También, *Ortiz de Urbina*, Pensar en Derecho 2 (2013), 357 ss.; *Manrique*, Pensar en Derecho 2 (2013), 406 ss.; *Pérez Manzano*, LH Huerta Tocildo, 2020, 540.

la evidencia disponible.[126] Así pues, en los casos de «ceguera de hecho» y de «ceguera ante los hechos» que se consideran irracionales, dada la infracción del mencionado deber, concluye sosteniendo la posibilidad de imputar el hecho a título de dolo. Esto es lo que ha venido afirmando, de modo singular, la doctrina alemana de la indiferencia.[127]

3. EL CONTENIDO VOLITIVO DEL DOLO

3.1. La incorporación de la volición y sus consecuencias

78 Las dominantes doctrinas de la voluntad requieren en el dolo una dimensión adicional a la cognitiva.[128] Ahora bien, más allá de cierta coincidencia general, aquellas han partido de premisas distintas. Así, en su concepción clásica, eran doctrinas metafísicas. En cambio, sus versiones posteriores tuvieron una naturaleza psicológico-descriptiva. En fin, en una tercera etapa se ha tendido a estandarizar su alcance, normativizándolo. A esta última finalidad sirvió en su día la adición, como complemento del conocimiento del agente, de determinadas «fórmulas» como las de que el sujeto «cuente con», «se tome en serio», «se conforme con» la producción del resultado o bien «no manifieste objetivamente la voluntad de evitación» de este.[129] En las últimas décadas ello se ha manifestado en formulaciones como la de la adopción de una «decisión en contra del bien jurídico», ya mencionada, u otras similares. En efecto, se sostiene que tal decisión es la que diferencia el contenido de desvalor del dolo eventual con respecto al de la imprudencia consciente y la que justifica la más severa punición de aquel.[130] Por lo demás, en esta línea se mueve también el denominado concepto mixto (o tipológico) de dolo.[131] Esta propuesta afirma que el concepto es tipológico en un triple sentido. Por un lado, porque tiene un plano fáctico(-ontológico) y otro normativo-valorativo; por otro, porque muestra una dimensión cognitiva y otra volitiva; en fin, porque integra una vertiente externa y otra interna. Todas estas dimensiones se compensan entre sí, pero todas tienen que concurrir.

3.2. Balance relativo a la doctrina dominante

79 Sobre la base de lo anterior, las doctrinas dualistas dominantes han de alcanzar dos conclusiones sucesivas. En primer lugar, que existen dos causas

---

[126] Esto sostiene la doctrina del denominado «evidencialismo» («*evidentialism*»).

[127] *Jakobs* (2004), 347 ss.; *Pérez Barberá* (2011); *Pawlik* (2012).

[128] *Eusebi* (1993); *Díaz Pita*, RP 17 (2006), 66; *Vives Antón*, LH Díaz Pita, 2008, 369 ss.; *Martínez-Buján*, LH Díaz Pita, 2008, 303. Sostienen la existencia de una dimensión volitiva (o emocional) en el dolo: *Gaede*, ZStW 121 (2009), 239 ss.; *Momsen*, KriPoZ 2 (2018), 85 ss.; *Pérez Manzano*, LH Luzón Peña, I, 2020, 939 ss.; *Díaz y García Conlledo*, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 541 ss. Críticos, *Greco*, NFP 88 (2017), 10 ss.; *Viana* (2017); *el mismo*, LH Luzón Peña, I, 2020, 1161 ss.

[129] *Arm. Kaufmann*, ZStW 70 (1958), 74 ss. (=ADPCP 1969, 185 ss.).

[130] *Roxin* (1997), 425; relativamente próximo, *Martínez-Buján* (2021), 192 ss., aludiendo a un compromiso con la vulneración del bien jurídico, determinado normativamente.

[131] *Schünemann* (2002), 97 ss.

de exclusión del dolo. Una de ellas, a la que suelen hacer referencia los ordenamientos legales, es el error (de tipo). La otra, en cambio, a la que no se hace referencia explícita en las leyes, es la ausencia de voluntad. En segundo lugar, que la distinción entre dolo eventual y culpa consciente tiene, en unos casos, una naturaleza cognitiva; en otros, en cambio, tiene una naturaleza volitiva.[132] Como consecuencia de ello, tiene que afirmar que no toda imprudencia es un error, sino que en algunos casos hay que calificar como imprudencia a una situación de pleno conocimiento, pero de ausencia de voluntad de producir el hecho delictivo.[133] Frente a ello, las minoritarias doctrinas monistas —cognitivas— apuntan que la afirmación de la concurrencia de dolo no requiere apreciar elemento volitivo alguno. En realidad, tal supuesto querer, en todo caso, solo se podría referir a la acción, y no a los demás elementos típicos que vienen dados como objeto, sujeto o circunstancias de la acción (la edad de la víctima en determinados delitos sexuales, la ajenidad de la cosa en el hurto o la cualidad de funcionario público del sujeto pasivo).[134] En consecuencia, concluyen que la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente solo es cognitiva. En concreto, sostienen que consiste en que —en el dolo eventual— existe una representación de un riesgo concreto. En cambio, en la culpa consciente tal representación no existe. Esto significa que, para ellas, la única causa de exclusión del dolo es el error (de tipo) y que en toda imprudencia cabe constatar un error. Formulado de otro modo, que la llamada «culpa consciente» en realidad no es plenamente consciente.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia, sobre todo en el ámbito del Derecho penal económico, tiende a estandarizar el conocimiento. Por un lado, con base en la presunción de que el sujeto concreto sabe lo que sabe el sujeto medio que ocupa un cargo o profesión como el suyo. Por otro, a partir de los deberes de conocimiento asociados al ejercicio del cargo que ocupa dicho sujeto. Así pues, en la práctica su método no se separa demasiado de aquellas concepciones que entienden el dolo como un juicio de «reproche objetivo» que se dirige a la conducta desaprobada. En definitiva, con frecuencia, partiendo de que es epistémicamente irracional no conocer el riesgo de la conducta, se prescinde del estado mental concreto del sujeto y, con ello, de cualquier referencia empírica. **80**

4. LA RELEVANCIA DE LAS EMOCIONES

4.1. Planteamiento

La influencia de las emociones del agente sobre su comportamiento ha tenido dos ubicaciones en la teoría del delito. Por un lado, las emociones **81**

---

[132] *Spendel*, FS Lackner, 1987, 182: solo en lo volitivo.

[133] Sin embargo, es cierto que no hay causas legales específicas de exclusión del elemento volitivo del dolo: *Molina Fernández*, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 736; *Silva Sánchez* (2.ª, 2010), 650.

[134] *Binding* (1919), 47; *Silva Sánchez*, ADPCP 1987, 651.

—miedo, odio, optimismo—, en tanto que elementos que contribuyen a determinar el significado social de la conducta, se ubican en el tipo objetivo, junto las representaciones, fines y móviles del agente (*cfr. supra* capítulo 10/67). En cambio, por otro lado, en la medida en que pueden incidir sobre la relación del sujeto con la norma —en concreto, su actuación conforme a ella—, se integran en la culpabilidad. Lo que interesa aquí es que en ninguna de las ubicaciones sistemáticas mencionadas se tiene en cuenta la incidencia de las emociones sobre las cogniciones y, por tanto, sobre la imputación subjetiva (el dolo típico) y sobre el conocimiento de la antijuridicidad (el dolo malo).

4.2. El conocimiento emocional

4.2.1. Las doctrinas contrarias y su cuestionamiento

82 Se halla muy difundida la opinión que sostiene que las emociones del agente son irrelevantes para la imputación subjetiva. Así, del mismo modo en que el deseo de que se produzca el resultado lesivo no se debe tomar en consideración, tampoco tiene que considerarse el deseo de que no se produzca.[135] Ahora bien, algunos de los autores que sostienen que las emociones del agente —tanto positivas como negativas— son irrelevantes para la imputación subjetiva, añaden que también lo son las cogniciones. Así, concluyen que un caso de error burdo puede dar lugar a la forma más grave de imputación subjetiva. En cambio, otros sectores doctrinales arguyen que las emociones son irrelevantes, pero, al mismo tiempo, defienden un concepto de dolo que exige como condición necesaria y suficiente el conocimiento efectivo del agente. Pues bien, estas últimas se ven obligadas a distinguir con claridad lo cognitivo y lo emocional. En efecto, a partir de sus propias premisas resulta decisivo establecer si, en un caso determinado, puede afirmarse que existe conocimiento típico, aunque este coincida con una reacción emocional en contra del resultado o, por el contrario, ni siquiera hay conocimiento. Expresado de otro modo, hay que establecer la diferencia, si es que hay alguna, entre la ceguera ante los hechos —la acrasia epistémica o representación irracional— y la confianza (¿o creencia?) irracional.

83 El tema puede verse desde la perspectiva opuesta, considerando la peculiar naturaleza del denominado «pensamiento ilusorio» o «desiderativo».[136] A este respecto, es preciso determinar si este constituye una forma de autoengaño, determinante de un error burdo o, por el contrario, es el producto de la combinación de una representación correcta de la situación, unida a una confianza irracional que conduce a excluir la posibilidad del resultado lesivo. Sea como fuere, basta considerar el problema de un modo realista para advertir que la separación de lo cognitivo y lo emocional no es fácil. En efecto, la epistemología ha puesto de relieve que las representaciones de un sujeto no solo preten-

[135] Básico, *Jakobs* (2020).

[136] El llamado, en inglés, «*wishful thinking*».

den una aproximación a la verdad —en la terminología filosófica, manifestar un compromiso epistémico—, sino también cumplir fines pragmáticos —de bienestar emocional—. Así, por ejemplo, cuando en la conocida fábula de Esopo (s. VI a.C.) una zorra dice que «las uvas están verdes», lo que supuestamente pretende es aliviar su frustración por no poder alcanzar el racimo; no representarse un estado de cosas verdadero. Sin embargo, lo decisivo para la acción —el conocimiento práctico—[137] es tanto lo primero como lo segundo; o incluso más lo primero que lo segundo.

4.2.2. El ser humano como agente emocional

El ser humano aprehende la realidad de forma afectiva, de modo que su 84
representación de esa realidad y sus emociones con respecto a ella se hallan estrechamente interrelacionadas.[138] En este sentido, ya hace varias décadas que la doctrina psicológica de la «lógica afectiva» teorizó esta interrelación entre emoción y representación, poniendo de relieve su influencia recíproca.[139] Por su parte, otras perspectivas más recientes han hecho asimismo hincapié en que el conocimiento del ser humano —en tanto que *homo sapiens emotionalis*— se ve influido por condicionantes inconscientes, emocionales y relacionales.[140] Algunos de estos condicionantes, ya algo más conocidos en el Derecho penal, son los sesgos cognitivos y las dinámicas de grupo.[141] En términos prácticos, todo ello significa que una misma realidad, incluso empírica —un dato externo—, puede ser procesada de forma diversa (i) por cada tipología de personalidad; y (ii) en función del contexto en que el concreto tipo de sujeto actúe. Así, por ejemplo, el concreto conocimiento que se adquiera puede depender del carácter pusilánime o animoso, optimista o pesimista, o de la mayor o menor aversión al riesgo del sujeto. En particular, existe un «razonamiento por motivos»[142] en el que la motivación emocional del sujeto le lleva a seleccionar la información que recibe, lo que puede conducir al «autoengaño». Si a esto se añade que la mayor parte de los objetos del dolo no son empíricos, sino que tienen que ver con significados y valoraciones, se advertirá lo relevante que es la interrelación entre conocimiento y emoción.

Para la imputación a título de dolo resulta especialmente importante el 85
caso de la confianza en que «todo va a salir bien», es decir, el que se conoce como «sesgo de sobreoptimismo». Ciertamente en la gran mayoría de casos, la fe —confianza, creencia— en que no se va a producir el resultado es com-

---

[137] En sentido filosófico: «*praktisches Wissen*».

[138] *Coppola* (2022); ya *Damasio* (2004). El tema se puede afrontar desde muy diversas perspectivas, entre ellas, la doctrina de los hemisferios cerebrales izquierdo y derecho.

[139] *Kargl* (1993); *Prittwitz*, GA 1994, 454 ss., sobre la base de *Ciompi* (1997); *el mismo* (2002).

[140] Ya *Tversky/Kahneman*, Science. New Series 211 (1981), 453 ss.; *Kahneman/Knetsch*, The Journal of Economic Perspectives 5 (1991), 193 ss.

[141] *Silva/Varela* (2013), 265 ss.

[142] En inglés, «*motivated reasoning*».

patible con la afirmación de que el sujeto se representó el riesgo concreto de que aquel se produjera.[143] Sin embargo, en algunos casos no es así. Es decir, en ocasiones la confianza excluye la propia representación del riesgo.[144] Así, por ejemplo, la corazonada o la emoción de la invulnerabilidad —que plantea el problema de la relación entre la ingesta de alcohol y el dolo— introducen un factor no calculable de alteración de la representación del riesgo. Incluso aunque no la excluyan, la cuestión es si la suma de dicha representación y de la confianza en que no se va a producir el resultado puede merecer la calificación de dolo.[145] Por eso, una posición doctrinal sostenida de forma constante entiende que la concurrencia de una representación irracional acerca de la no producción del resultado excluye aquella calificación.[146]

86 Ciertamente, cabe que pocas veces sea factible en el juicio oral generar la duda razonable sobre la existencia de tal confianza irracional.[147] Sin embargo, pueden darse excepciones. Esto sucederá en los casos en los que la confianza irracional del agente se pueda explicar con base en una patología no necesariamente eximente o atenuante, en la inmadurez de la personalidad, en el carácter o en la pertenencia a una determinada cultura o subcultura. Es decir, con base en esquemas de racionalidad divergentes de los del profesor universitario o del magistrado de mediana o avanzada edad. Como se advierte, una cuestión decisiva es la de qué significa «irracional» y cuál o cuáles deben ser los baremos de la racionalidad. A este respecto, un caso especialmente relevante es el de los adolescentes y jóvenes. En efecto, las investigaciones empíricas han puesto de relieve que estos muestran una especial propensión a asumir riesgos. Ello se debe a su menor madurez, esto es, a que en su proceso de formación de decisiones se da un inferior desarrollo de las razones independientes del deseo inmediato (*cfr. infra* capítulo 23/119). Así, las compensaciones inmediatas adquieren un papel preponderante en su proceso deliberativo, de modo que el fenómeno del «descuento del futuro» —o sesgo presentista— tiene lugar de modo más intenso que entre los adultos. Por lo demás, la insuficiente formación de la personalidad juvenil la expone a una mayor influencia de sus iguales.[148] En definitiva, dado un riesgo que se advierte teóricamente como tal, como por ejemplo el derivado de una carrera automovilística ilegal por el

---

[143] *Miró Llinares*, CPC 113 (2014), 235.

[144] *Ragués i Vallès* (1999), 168: «la confianza puede excluir el dolo cuando lleve a que el sujeto ya no atribuya a su concreto comportamiento la capacidad lesiva que el tipo requiere».

[145] *Ragués i Vallès*, LH Luzón Peña, I, 2020, 978: «toda confianza incluye un pronóstico y un deseo, que vienen a ser el reverso del elemento cognitivo y volitivo».

[146] *Prittwitz*, GA 1994, 454 ss.; *Frisch* (1983), 218 ss.; *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 10/100 ss., para quien la creencia irracional, incluso «supersticiosa», en la no-producción del resultado da lugar a culpa consciente; en contra, sosteniendo que basta el conocimiento teórico: *Corcoy Bidasolo*, ADPCP 1985, 970-971, 973.

[147] Sí existen casos en los que cabe dudar si reflejan una confianza racional o irracional. Por ejemplo, el del conductor que cruza un semáforo en rojo y causa la muerte a uno de los peatones, por pensar erróneamente que aquellos se apartarían: *Ragués i Vallès* (1999), 510 ss.

[148] *Thomas* (2019), 1673.

centro de una ciudad, en un joven la volición —o el conocimiento práctico— en relación con la producción de un resultado lesivo debe reputarse inferior a la de un adulto.

87 En los últimos lustros, tanto la jurisprudencia alemana como la italiana han subrayado la necesidad de considerar la concreta personalidad del agente a la hora de decidir sobre la imputación subjetiva a título de dolo.[149] Ambas declaran que la apreciación de dolo debe tener lugar con base en una contemplación global de las circunstancias objetivas y subjetivas, que considere la dimensión volitiva de aquel. Ciertamente, la peligrosidad objetiva de la conducta, establecida a partir de las circunstancias conocidas por el agente, proporciona un indicador fundamental de la concurrencia de dolo.[150] Sin embargo, un conocimiento teórico pleno del riesgo concurrente no implica todavía un conocimiento práctico —es decir, un conocimiento encarnado en la vida práctica emocional del sujeto—. Si se quiere expresar en los términos de las doctrinas dualistas del dolo, una voluntad. Esto sucede en aquellos sujetos en los que el conocimiento teórico no hace surgir una razón prevalente para abstenerse de realizar el hecho. Como se advierte, el punto de vista defendido aquí no está muy distante, en términos de aplicación del Derecho, de aquellas posiciones que aprecian la concurrencia de una imprudencia cuando existe el indicador de una volición del sujeto contraria a la producción del resultado.

VII. LA DELIMITACIÓN DE DOLO E IMPRUDENCIA

1. LA FRONTERA ENTRE EL DOLO EVENTUAL Y LA IMPRUDENCIA CONSCIENTE

88 Las dos situaciones fronterizas entre dolo e imprudencia son: (i) la que tiene lugar entre el dolo eventual y la culpa consciente; y (ii) la que se suscita entre la ceguera de hecho —una de cuyas variantes es la ignorancia deliberada—, la co-consciencia y la culpa inconsciente. A la primera delimitación debe aplicársele todo lo expuesto hasta aquí. En efecto, en realidad puede afirmarse que toda la discusión doctrinal acerca del concepto de dolo tiene su proyección práctica casi exclusiva en la delimitación del dolo eventual, en tanto que categoría «basal» de dolo,[151] con respecto a la culpa consciente. Más aún, de modo más categórico podría afirmarse incluso que su proyección real fundamental es la distinción entre el dolo eventual y la imprudencia consciente en el homicidio. Con todo, esta cuestión va ampliándose a otros delitos, singularmente a los económicos.

---

[149] Especialmente a partir de la resolución del «caso Thyssenkrupp» en la Sentencia de la *Corte di Cassazione* de 24 de abril de 2014. Al respecto, antes y después, *Demuro* (2010); *Astorina Marino*, RIDPP 2012, 971; *Pulitanò*, RIDPP 2013, 41; *Ronco*, RIDPP 2014, 1963-1964; *Donini*, DPC-RT 1/2014, 103.

[150] *Steinberg*, JZ 2010, 712 ss.; *Schladitz*, ZStW 134 (2022), 97 ss.

[151] *Ragués i Vallès* (1999), 186; *Silva Sánchez* (2.ª, 2010), 650.

89 Como se ha indicado, el procedimiento de delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente depende del concepto de dolo previamente adoptado. Si tal concepto es cognitivo, entonces la delimitación con respecto a la culpa consciente solo puede tener uno de los dos fundamentos siguientes, o ambos: (i) la medida del peligro objetivo; y (ii) la medida de la representación del peligro. Así, puede haber imprudencia consciente porque el peligro de lesión del bien jurídico es bajo o porque un peligro alto no ha sido advertido como tal por el sujeto. Ahora bien, entonces la expresión «culpa consciente» resulta impropia. Ciertamente, tiene que ser en todo caso una culpa «parcialmente consciente», puesto que la plenamente consciente sería, precisamente, el dolo eventual.

90 Quienes sostienen una concepción dualista pueden afirmar adicionalmente que la diferencia entre dolo eventual e imprudencia consciente radica, en algunos casos, en un elemento de volición. Con todo, este último puede entenderse todavía de dos maneras distintas: (i) como una disposición hacia el resultado, o una indiferencia frente a este, que se añade a la plena cognición en el dolo; o bien (ii) como una disposición en contra del resultado, que se añade a la plena cognición en la imprudencia. Si se concibe en el primer sentido mencionado, ello conduce necesariamente a acoger un concepto de dolo cognitivo-volitivo. En cambio, la acogida del segundo sentido es compatible con un concepto cognitivo de dolo. En efecto, en tal caso el concepto que incorpora una «voluntad adicional» —en contra del resultado— es el de imprudencia consciente. Así, esta última comprendería: (i) casos de cognición no plena, mera conciencia del riesgo abstracto; y (ii) casos de plena cognición —conocimiento del riesgo concreto— con volición aversa al resultado.

91 Como se ha indicado, aquí se sostiene que la imputación de la conducta desaprobada a título de dolo requiere un conocimiento práctico del agente. En muchos casos, este puede inferirse de su conocimiento teórico del riesgo concreto. Sin embargo, no siempre cabe afirmar que el conocimiento teórico redunda en conocimiento práctico. Ello se debe fundamentalmente a los factores emocionales mencionados. En tales casos, el conocimiento teórico del riesgo concreto es compatible con la imputación del hecho únicamente a título de imprudencia consciente.

2. LA ATENUACIÓN DE LA PENA DEL DOLO EVENTUAL

2.1. Planteamiento

92 En cualquier caso, es claro que las situaciones propias del dolo eventual y de la imprudencia consciente exhiben una continuidad fenomenológica y axiológica. De modo coherente con esto, la relación entre ambos criterios de imputación subjetiva es gradual o tipológica, de modo que no admite cesuras radicales. En concreto, en la realidad no puede haber «solución de continuidad» entre el caso más leve de dolo eventual y el caso más grave

de imprudencia consciente. Ahora bien, ello determina, por poner solo un ejemplo, que carezca de sentido que la pena mínima de un homicidio doloso —también doloso-eventual— sea de diez años (art. 138 CP español) y la pena máxima de un homicidio imprudente —la imprudencia más grave posible— sea de cuatro años (art. 142 CP español). Por lo tanto, la búsqueda de «fórmulas-puente» de resolución de este problema constituye una exigencia ineludible de política del Derecho penal. *De lege lata* la más razonable de ellas es la atenuación de la pena en los casos de dolo eventual,[152] así como en los de ignorancia deliberada y ceguera ante los hechos en los que se estime pertinente la imputación a título de dolo. En España ello puede tener lugar por la vía de la atenuante analógica del art. 21.7.ª CP. La atenuación de la pena en casos de dolo eventual se fundamenta con base en el déficit cognitivo existente en estos casos con respecto a los de dolo de consecuencias necesarias (*cfr. infra* capítulo 28/65).

2.2. Las propuestas de una tripartición de criterios de imputación subjetiva

La aproximación a los conceptos del sistema debe ser, de entrada, clasificatoria. Sin embargo, enseguida deben introducirse consideraciones adicionales de gradualidad. Ello tiene aquí dos consecuencias. Por un lado, que debe aceptarse que no todas las formas de dolo reciban exactamente la misma pena.[153] Por otro, que, *de lege ferenda*, debe considerarse la posibilidad de introducir un título de imputación subjetiva intermedio comprensivo del dolo eventual y la imprudencia más grave. A este respecto, la adopción de una tripartición relativamente próxima a la norteamericana cuenta con un número cada vez mayor de partidarios en la doctrina.[154] En ese modelo la categoría intermedia comprende la actuación con manifiesto desprecio, es decir, con grave temeridad. En efecto, en la definición del Código penal modelo de los Estados Unidos, la «temeridad» concurre en los casos en que el agente desprecia conscientemente[155] un riesgo sustancial e injustificable. Sentado esto, la doctrina dominante asocia dicha categoría intermedia a la indiferencia que se desprende de la actuación de un sujeto que obra pese a la percepción del riesgo.[156] Con todo, opiniones minoritarias no descartan que deba integrar también algunos casos de ausencia de representación del riesgo. 93

---

[152] En esta línea *Bustos Ramírez* (1987), 233 ss.; *Walter* (2006), 193 ss.; *Ronco*, LH Mario Romano, 2011, II, 1175 ss.; *Manrique*, Isonomía 40 (2014), 174; *Salcuni* (2017).

[153] *Schünemann* (2002), 100; *Molina Fernández*, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 739.

[154] *Weigend*, ZStW 93 (1981), 657 ss.; *Ragués i Vallès* (1999); *Schünemann* (2002); *Curi* (2003); *Hörnle*, JZ 2019, 440 ss. En contra, *Feijóo Sánchez*, CPC 62 (1997), 347 ss., proponiendo la previsión de supuestos de imprudencia especialmente groseras para casos de ceguera ante los hechos (356-357); *Freund/Rostalski*, JZ 2020, 241 ss.

[155] En inglés, «*consciously disregards*».

[156] *Brady*, L&Ph 15 (1996), 198; *Robinson* (1997), 43-44.

3. LA FRONTERA ENTRE EL DOLO Y LA IMPRUDENCIA INCONSCIENTE

3.1. La denominada co-consciencia

3.1.1. Aproximación conceptual

94 La doctrina dominante parte de que solo es necesario delimitar el dolo y la imprudencia en la zona gris que existe entre la culpa consciente y el dolo eventual. Sin embargo, lo cierto es que, además, también es necesario efectuar una separación entre el dolo y la imprudencia inconsciente. Ello se plantea en dos grupos de casos. Por un lado, en los de la llamada «co-consciencia». Por otro, en los que cabe afirmar la existencia de una «ignorancia deliberada». A continuación, se examina el primero de ellos, dejando el de la ignorancia deliberada para el apartado siguiente. Pues bien, con el término de co-consciencia —consciencia acompañante o latente—,[157] se designa un conocimiento no actualizado en el agente a través de una representación mental lingüística. Sin embargo, tal conocimiento sí existe en términos materiales en la mente del sujeto, debido a su vinculación necesaria con otros conocimientos, estos sí conceptualmente representados.[158] Por lo tanto, hay co-consciencia: (i) cuando el sujeto conoce por separado todos los elementos cuya común consideración le conduciría al conocimiento del significado típico de su conducta; aunque (ii), pese a ello, no haya practicado, por alguna razón, la operación intelectual consistente en actualizarlos y ensamblarlos.[159] En estos casos, el agente no obra con una conciencia reflexiva con respecto al elemento típico de que se trate. Ahora bien, tiene algo más que una mera posibilidad de conocimiento, de modo que el suyo es un conocimiento real, aunque «implícito». Los elementos típicos con respecto a los que puede resultar más verosímil la aparición de este conocimiento no actualizado reflexivamente son la edad de la víctima, una determinada relación entre autor y víctima (de superioridad), o la propia condición ostentada por el sujeto activo. Así, por ejemplo, podría sostenerse que el soldado que se pelea con un amigo, que ha sido ascendido a cabo, comete un delito doloso de falta de respeto a un superior. Para ello bastaría con constatar que sabe que su amigo lleva unos galones, que estos designan al rango de cabo y que un cabo es superior a un soldado. En cambio, no sería necesario en el momento de actuar se represente que su amigo es precisamente un superior.

95 La figura de la co-consciencia da cuenta de una situación intermedia entre el dolo de consecuencias necesarias o bien el dolo eventual, por un lado, y la imprudencia inconsciente, por el otro. En efecto, la culpa inconsciente aparece aquí como una alternativa de imputación subjetiva, porque el sujeto carece de conocimiento de la realización típica en sí, pese a que tenga una consciencia —no integrada— de los diversos elementos que, debidamente integrados, permitirían

---

[157] En la tradición angloamericana: «*latent knowledge*».

[158] Así, *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 8/11; *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 12/122 ss.

[159] STS 265/2021, de 24 de marzo.

hablar con claridad de dolo. Así las cosas, el debate sobre la co-consciencia continúa abierto desde hace más de medio siglo. Un sector de la doctrina considera que debe tratarse como dolo, pues es un caso de conocimiento[160] o porque el dolo puede contener casos de desconocimiento.[161] Otro sector, por su parte, rechaza el concepto en sí por entender que refiere casos de inconsciencia.[162] Ahora bien, eso no obsta a que en estos casos este último grupo de autores sostenga la imputación a título de dolo, por entender que la integración de las diversas informaciones no es objeto del dolo, sino que respecto a ella basta con tener una «disponibilidad» de conocimiento.[163] En realidad, lo que sucede es que el conocimiento tiene diversos grados de intensidad y de actualización, cuya conformación depende además de factores emocionales. En este marco, existen conocimientos que, aunque no se piense específicamente en ellos, son disponibles para el agente, lo que es mucho más que meramente potenciales.[164]

3.1.2. La persistente ambigüedad de la figura

96 La respuesta jurídico-penal a los casos de co-consciencia no puede derivar solo de razones lógicas o prejurídicas. Por el contrario, tiene que derivar del significado que se atribuya a la infracción del deber de actualizar un conocimiento latente, pero disponible, y no meramente potencial. En efecto, el conocimiento actualizado del significado típico de la propia conducta constituye la razón más poderosa para abstenerse de actuar, cuyo desprecio fundamenta la imputación subjetiva dolosa. Por eso, quienes caracterizan el dolo ante todo por la presencia en él de una «decisión contra el bien jurídico» se inclinan por excluir su concurrencia en estos casos.[165] Sin embargo, no cabe negar la posibilidad de que, en algunos casos especialmente graves de co-consciencia, también sea razonable construir la imputación a título de dolo.[166]

97 En definitiva, la co-consciencia describe un conjunto de situaciones que pueden verse como dolosas o culposas.[167] Esta idea se refuerza si se tiene en cuenta además que comprende informaciones parciales poseídas con conocimiento directo, pero también eventual. En efecto, en el supuesto de la co-consciencia eventual, la dificultad de delimitación se agudiza aún más. Si la ausencia de integración de conocimientos no manifiesta indiferencia o desprecio por la norma (y por la víctima),[168] la apreciación de co-consciencia es compatible con la imprudencia. Contemplado el problema en el marco de la escala des-

---

[160] *Platzgummer* (1964), 81 ss.; *Mylonopoulos* (1998), 153 ss.

[161] *Schewe* (1967), 114.

[162] *Frisch*, GS Arm. Kaufmann, 1989, 318-319, 322 ss.

[163] *Frisch* (1983), 185 ss.; *el mismo*, GS Arm. Kaufmann, 1989, 328. Crítico, *Mylonopoulos* (1998), 146 ss.; *el mismo* (2017), 17 ss.

[164] *Mylonopoulos* (1998), 158 ss.

[165] Referencias en *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 12/126 y 127.

[166] *Sarch*, Pennsylvania St. L. R. 120 (2015), 15 ss.

[167] *Köhler*, AT, 1997, 166-167.

[168] *Sarch*, Pennsylvania St. L. R. 120 (2015), 39 ss., 44 ss.

cendiente que va desde la consciencia, pasando por la co-consciencia, hasta la inconsciencia, esta perspectiva conduce a arrastrar la co-consciencia al nivel inferior. En concreto, debería afirmarse que es un caso de culpa inconsciente por infracción del deber de representarse la caracterización global de la conducta, que surge a partir de los elementos que sí se conocen por separado. A este respecto, un ejemplo discutido es el del padre que lleva a su bebé en el asiento trasero del coche cuando va de compras al supermercado un tórrido día de verano y se lo «olvida» dentro mientras hace la larga compra semanal. A su regreso, el bebé ha sufrido graves lesiones por deshidratación. El caso puede calificarse como de culpa inconsciente por olvido o de co-consciencia dolosa directa o dolosa-eventual, por falta de integración de todas las informaciones poseídas. Ciertamente, la calificación se ve afectada por tratarse de un caso de omisión, en el que además se da un componente de sanción extraprocesal —*poena naturalis*— (*cfr. infra* capítulos 27/90; 28/106).

3.2. La ignorancia deliberada dolosa o culposa

3.2.1. Los debates angloamericano y continental europeo

98 La idea de que, en algunos casos, una ignorancia deliberada —o una ceguera voluntaria—[169] puede expresar una indiferencia funcionalmente equivalente al conocimiento del agente ha venido siendo manejada en la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas desde hace décadas. El debate en los Estados Unidos trae causa de la existencia de delitos cuya imputación subjetiva requiere precisamente el «conocimiento» del agente. A partir de ahí, su objeto es determinar en qué casos de desconocimiento del agente puede existir un merecimiento de pena igual al propio del conocimiento. En general, se trata de casos en los que puede afirmarse que existe «temeridad» y la cuestión es determinar qué debe unirse al «consciente desprecio» —propio de dicha figura— para sostener fundadamente el merecimiento de una pena superior.[170] Pues bien, la base de la asimilación de ciertos desconocimientos al conocimiento ha sido la «tesis de la igual culpabilidad».[171] En este contexto, existe un cierto acuerdo en que, para ello, el agente tiene que haber infringido un deber de «razonable investigación», es decir, de obtener información adicional. Por tanto, quien infringe injustificadamente dicho deber —cuando cumplirlo era de extrema facilidad o la infracción se debe a motivos reprochables— obra en una ignorancia deliberada cuyo merecimiento de pena es el mismo del conocimiento.[172] Con todo, el propio debate pone de relieve que algunos casos solo pueden dar lugar a apreciar una imprudencia.[173]

---

[169] En la tradición angloamericana: «*willful ignorance*», «*willful blindness*».

[170] *Sarch*, St. John's L. R. 88 (2014), 1094 ss.; *Lucchesi* (2018), 65 ss.

[171] Esto es: «*equal culpability thesis*».

[172] *Sarch*, St. John's L. R. 88 (2014), 1099-1100; *el mismo*, U. Colorado L. R. 88 (2017), 138 ss.; *el mismo* (2019).

[173] *Hellman*, CL&Phil 3 (2009), 301 ss.

A lo largo del siglo XXI ha sido notable la difusión de un debate análogo en 99
los países de habla hispana. Sin embargo, pese a la terminología ampliamente coincidente, este otro debate muestra rasgos distintos. En efecto, en él se trata de determinar si algunos casos en los que no concurre la representación del riesgo concreto que es propia del dolo eventual pueden llegar a equipararse con este último. En este punto la discusión sobre la ignorancia deliberada converge con la originada en Alemania a propósito de la «indiferencia» por enemistad al Derecho, como forma de dolo sin conocimiento.[174] En efecto, el concepto jurídico-penal de indiferencia parece comprender dos situaciones distintas: por un lado, la del dolo eventual —en el que, para un sector doctrinal, existe indiferencia y conocimiento—; por otro, la del «desconocimiento por indiferencia».[175]

La posibilidad de una imputación subjetiva a título de dolo sin la adscripción 100
al agente de un conocimiento actual del significado típico de su conducta es ciertamente problemática.[176] Sin embargo, los problemas que generan estos casos tampoco se pueden resolver recurriendo al concepto de dolo eventual, que precisamente requiere como mínimo una representación de la probabilidad concreta.[177] Lo que sí parece cierto es que solo algunos casos de ignorancia deliberada —y no todos— pueden dar lugar a tal imputación dolosa. El Tribunal Supremo español, de modo no exento de divergencias internas, ha admitido que la ignorancia deliberada —esto es, la ausencia de representación— del agente puede dar lugar a una imputación subjetiva dolosa cuando el agente: (i) tiene razones evidentes para sospechar la tipicidad de su conducta; (ii) infringe obligaciones legales o reglamentarias de cerciorarse sobre los hechos; y (iii) ello se debe a la indiferencia[178] o al móvil de obtener algún beneficio.[179]

3.2.2. El método de argumentación

3.2.2.1. Las perspectivas teleológica-axiológica, exegético-legal y estructural-conceptual

El problema que plantean estas situaciones debe examinarse desde las tres 101
perspectivas características de la elaboración de las reglas jurídicas: la axiológica-teleológica; la legal-exegética; y la conceptual-estructural (*cfr. supra* capítulo 7/124). Pues bien, desde un punto de vista axiológico, no es posible descartar

---

[174] *Jakobs* (2004), 346; *Cancio Meliá*, LH Bacigalupo, I, 2004, 77; *Pérez Barberá* (2011), 139 ss.; *Pawlik* (2012), 364 ss.

[175] *Jakobs* (2012), 53-57.

[176] *Ortiz de Urbina*, Pensar en Derecho 2 (2013), 357 ss.

[177] Sin embargo, *Feijóo Sánchez*, InDret 3/2015, 18-19; *Rodríguez Mourullo*, LH Luzón Peña, I, 2020, 997 ss.

[178] En esta línea: SSTS 1611/2005, de 26 de diciembre; 31/2006, de 13 de enero; 1012/2006, de 19 de octubre; 74/2007, de 27 de julio; 1257/2009, de 2 de diciembre; 1372/2009, de 28 de diciembre; 228/2013, de 22 de marzo; 997/2013, de 19 de diciembre; 586/2014, de 23 de julio.

[179] STS 68/2011, de 11 de febrero.

radicalmente que existan algunos casos de desconocimiento tan graves que muestren una equivalencia valorativa con aquellos en los que el agente tiene el conocimiento de los hechos. En cambio, en el plano de la exégesis legal, la respuesta no puede ser categórica. En efecto, esta depende de si, en la legislación penal de un determinado país, existe una definición legal de dolo que lo asocie al conocimiento. Además, también es posible que una interpretación sistemática de la legislación penal de la que se trate arroje la conclusión de que aquella obliga a que la imputación de dolo se asocie al conocimiento del agente. Por su parte, la perspectiva conceptual es distinta, dependiendo de si se acoge solo un concepto funcional-axiológico de dolo o, por el contrario, se considera que el concepto de dolo responde a una estructura lógico-material (de la realidad) o lógico-analítica (del lenguaje) uno de cuyos elementos es el conocimiento.

102 Resumiendo: en el plano axiológico, se trata de discutir si existe al menos un caso en el que un agente al que no se le puede adscribir la representación propia del dolo eventual merece la pena del dolo. En cambio, en el exegético-legal procede examinar si la legislación vigente en un país determinado —lo que obviamente puede variar de uno a otro— impide castigar ese caso a título de dolo. En fin, en el plano estructural, es preciso considerar si su castigo como doloso conlleva una quiebra conceptual de la noción de dolo.

3.2.2.2. La aplicación del modelo expuesto

3.2.2.2.1. En el plano teleológico-axiológico

103 En lo que respecta al plano axiológico, deben quedar fuera aquellos casos en los que el sujeto obre realmente con dolo eventual. Así pues, cuando resulta que la ignorancia deliberada es un autoengaño del agente y este tiene efectivamente la representación del riesgo concreto de lesión del bien jurídico, ya no hay por qué discutir. A partir de ahí, un sector doctrinal entiende que quien no tiene conocimiento posee siempre menor capacidad de evitación, de modo que no merece en ningún caso la pena del delito doloso.[180] En cambio, otra posición no descarta que existan casos de desconocimiento que puedan merecer la misma pena que la de quien obra con conocimiento. Ahora bien, también admite que a otros supuestos de ignorancia deliberada no se les debe aplicar la pena del dolo, sino la de la imprudencia.[181]

104 Así las cosas, la cuestión es determinar cuáles son los requisitos de la ignorancia deliberada merecedora de la misma pena que el conocimiento práctico del riesgo típico. En este punto existe una amplia divergencia doctrinal. En concreto, un motivo de discrepancia es si procede entrar a analizar los motivos o las razones de la decisión del sujeto de mantener el estado de ignorancia. Un

---

[180] *Schünemann* (2002), 100; *Ortiz de Urbina,* Pensar en Derecho 2 (2013), 357 ss.; *Lucchesi* (2018), 133 ss.

[181] *Ragués i Vallès* (2007), 156 ss., 186-187, 192-193; *Pawlik,* (2012), 387 ss., 394; *Miró Llinares,* CPC 113 (2014), 222-223; STS 228/2013, de 22 de marzo.

ejemplo de Derecho penal económico que puede ayudar a aclarar el problema podría ser el siguiente: (i) Se omite efectuar la investigación que se tiene el deber de llevar a cabo (por parte del departamento de I+D de la empresa o del responsable de cumplimiento normativo); (ii) dicha investigación seguramente tendría por efecto la adquisición de un conocimiento; y (iii) dicho conocimiento, si bien permitiría evitar el resultado lesivo, también obligaría a adoptar decisiones perjudiciales para el entorno del sujeto (la retirada de productos del mercado; las destituciones de personas en cargos directivos; o la incoación de procedimientos penales). Como se advierte, en casos así puede hablarse de que el sujeto, aun sin tener un conocimiento teórico, actúa en términos análogos a como lo hace el sujeto que tiene conocimiento práctico. Ahora bien, en otros supuestos, cabe que la ignorancia deliberada sea imputable solo a título de imprudencia. En fin, no cabe descartar que existan casos de ignorancia deliberada en los que no haya dolo ni imprudencia. Por ejemplo, si estos tienen que ver con el fenómeno que en la vida cotidiana se denomina «confianza ciega», o con una legítima delegación de funciones o, en fin, con la división del trabajo, habría razones para excluir una imputación subjetiva tanto a título de dolo como de imprudencia. En realidad, en algunos de estos ni siquiera existe comportamiento intersubjetivamente desaprobado.

3.2.2.2.2. En el plano exegético-legal

105 La perspectiva de la legalidad formal conduce a una línea argumental distinta, que puede conducir a resultados diferentes en las diversas legislaciones. Así, en algunos sistemas legales pueden existir razones que se opongan a imputar subjetivamente a título de dolo hechos realizados con desconocimiento, por grave que este sea.[182] En efecto, las dificultades pueden provenir de la existencia de una definición legal de dolo[183] o de la realización de una interpretación sistemática de la regulación del error de tipo en el Código penal.[184] En lo que hace a la legislación española vigente, esta no vincula de modo rígido el dolo al conocimiento, sino que simplemente establece que el error —no el desconocimiento— excluye el dolo. Por lo tanto, no existe un impedimento legal drástico para la imputación a título de dolo en ciertos casos de desconocimiento del agente.[185]

106 Los obstáculos se advierten, más bien, desde otra perspectiva. En efecto, para excluir de la regla del art. 14.1, II CP español los casos de error burdo

---

[182] *Husak/Callender*, U. Wisconsin L. R. 1994, 30.

[183] Así, el art. 22 CP colombiano: «La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar». Asimismo, el art. 18, I CP brasileño: El delito es doloso «*quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo*».

[184] *Kindhäuser* (2005), 34; *Manrique*, Isonomía 40 (2014), 189 ss.

[185] *Ragués i Vallès* (2007). En contra, *Miró Llinares*, CPC 113 (2014), 224, 235.

(ceguera de hecho) y, en concreto, de error provocado (ignorancia deliberada), es necesario llevar a cabo una reducción teleológica de aquella. Es decir, se hace preciso afirmar que dicha disposición resulta sobreinclusiva, dado que existen determinados casos de error vencible que, por su naturaleza, no dan lugar a imprudencia, sino que permiten mantener el castigo del hecho como doloso. Ahora bien, la reducción teleológica de una disposición restrictiva de la responsabilidad plantea serias dificultades en relación con el principio de legalidad. En definitiva, sería preferible que quien sostenga que existen situaciones de ausencia de conocimiento en las que se expresa la misma «desconsideración comunicativa» por el bien jurídico que es propia del conocimiento propusiera una reforma legal en este punto.[186] La cuestión sería entonces si tal reforma debe afectar a la regulación legal del dolo o a la de la imprudencia.

3.2.2.2.3. En el plano estructural-conceptual

107 La perspectiva conceptual conduce a una tercera línea de argumentación que sostiene que el dolo, por razones de estructura lógico-analítica del lenguaje, independientes del merecimiento de pena, requiere el conocimiento.[187] Esta posición no excluye que determinados casos de ignorancia deliberada deban ser castigados con una pena superior a la propia de la imprudencia. Sin embargo, entiende que estos deberían ser regulados legalmente de modo expreso como una nueva forma de imputación «extraordinaria». Ello es internamente coherente. En efecto, desde este punto de vista, quien considera que hay razones para castigar ciertos casos de desconocimiento con una pena próxima a la del dolo —en los términos de la figura clásica de la *culpa lata* o *culpa dolo proxima*— tiene que proponer una reforma legal, pero no de la regulación del dolo, sino de la de la imprudencia. Expresado de otro modo, ciertas modalidades especialmente graves de ceguera ante los hechos tienen que construirse como un título de imputación extraordinaria más grave que la imprudencia —o como una imprudencia extremadamente grave— similar en sus consecuencias punitivas al dolo. Entonces es preciso añadir la consideración de en qué tipos delictivos debe admitirse esa forma de imputación cualificada, dado el sistema de *numerus clausus* previsto para la imprudencia.

4. CONCLUSIÓN: EL CONTENIDO COGNITIVO-PRÁCTICO DEL DOLO

108 El conocimiento del agente que importa a efectos de imputación subjetiva no es un conocimiento teórico-observacional, sino el «conocimiento práctico».[188] Este no se identifica con el que alcanza un científico experimental acer-

---

[186] *Miró Llinares*, CPC 113 (2014), 235.

[187] *Kindhäuser* (2005), 53-54; *Mañalich*, RCP 67 (2020), 13 ss.

[188] Próximo, *Schroth* (1991), 177-178: algo más que cognición, pero no emoción, ni volición, sino que requiere procesar psíquicamente el conocimiento del riesgo («*psychische Verarbeitung des Risikowissens*»). Algo así como saber que se sabe: un conocer de segundo grado.

ca de la naturaleza exterior, sino que requiere una orientación para la acción. Como conocimiento del «significado práctico» de la conducta, alcanza a esta en tanto que expresión de la participación en una *praxis* humana,[189] lo que conlleva una implicación personal con la realización de la conducta. Sentado esto, es preciso determinar si el conocimiento o desconocimiento práctico de un agente se puede ver afectado por la concurrencia de determinadas emociones. Pues bien, en el ser humano las consideraciones emocionales no aparecen como algo adicional a lo cognitivo, sino que pueden y deben operar ya como criterio pragmático de determinación de si el sujeto realmente conoció.[190] Por tanto, las emociones contrarias a la producción del resultado desempeñan un papel en una concepción auténticamente humana —y no maquinal— del conocimiento para la acción.

Frente a esto, buena parte de las doctrinas cognitivistas sobre el dolo adoptan **109**
el concepto reduccionista de racionalidad humana propuesto por el racionalismo de los siglos XVII, XVIII e inicios del XIX. De este modo, hacen abstracción de los problemas de la persona real y de sus imperfecciones cognitivas. En particular, no consideran que la psicología del comportamiento ha descrito que el hombre común se caracteriza por esquemas de racionalidad limitada y voluntad imperfecta, en cuyo contexto aparecen sesgos cognitivos —el de sobreconfianza o de sobreoptimismo, entre otros muchos—. Para el paradigma racionalista, estos constituyen percepciones de la realidad no solo erróneas, sino directamente irracionales, por lo que las menosprecia de cara a la exclusión de la imputación subjetiva a título de dolo.

Una doctrina acerca del dolo de la persona real, caracterizada por el cono- **110**
cimiento limitado y la voluntad imperfecta, requiere distinguir el plano de la percepción (base fáctica), el plano de los juicios de significado y de valoración y, en fin, el plano de la implicación emocional-práctica. En realidad, este último como mínimo tiñe el plano del conocimiento del significado y de la valoración. Por lo demás, conviene subrayar que hablar de la persona real no implica todavía entrar en el universo individual. En efecto, lo común a las personas es la ausencia de perfección cognitiva y volitiva. Luego, en cada sujeto individual, pueden existir grados diversos en cuanto a la limitación del conocimiento y la imperfección de la voluntad. En esto último inciden otros condicionantes, como la edad, el nivel sociocultural, el temperamento, etcétera.

Con todo, en algunos casos de error burdo por ceguera voluntaria —igno- **111**
rancia deliberada— puede darse una situación «práctica» análoga a la propia del dolo. Es decir, funcionalmente equivalente a esta última. Sin embargo, en primer lugar, no es seguro que estos casos tengan que ser relevantes a propósito de la totalidad de los delitos. Por lo demás, su apreciación en el marco de las legislaciones que tienen una regulación del error de tipo vencible que lo

---

189 Así, *Köhler*, AT, 1997, 117.

190 Ya *Kargl* (1993).

reconduce a la imprudencia puede ser discutible en términos de legalidad. Por ello, quizá fuera preferible regular determinados casos de error de tipo vencible debido a provocación activa u omisiva del agente como supuestos de «imprudencia extremadamente grave» o de «manifiesto desprecio». Como se advierte, también esto conduce a plantearse seriamente la opción de una tripartición de los criterios de imputación subjetiva. La cuestión de si en el nivel intermedio debe regir un sistema de *numerus apertus* o de *numerus clausus* debe ser igualmente objeto de debate.

VIII. LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA DOLOSA EN LOS DELITOS DE OMISIÓN

112 En el marco de las concepciones tradicionales del dolo fue fácil advertir que la intención no desempeña ningún papel en la imputación subjetiva de los delitos de omisión.[191] Ello condujo a la doctrina a excluir en ellos incluso la propia idea de voluntad de realización. Sin embargo, a diferencia de lo que se entendió en la época de dominio intelectual del finalismo, esto no significa que en los delitos de omisión no exista intencionalidad. Lo que sucede es que las intenciones afectan al significado de la conducta del agente y no constituyen un criterio de imputación subjetiva. Así pues, para la imputación subjetiva dolosa en los delitos de omisión se exige que el sujeto se represente: (i) la situación típica; (ii) la posibilidad y exigibilidad de realizar la conducta de evitación del resultado; y (iii) la no realización de esta (*cfr. supra* capítulo 11/68). En los delitos de comisión por omisión, además, hay que añadir a los anteriores elementos los que fundamenten la equivalencia con la comisión activa según el sentido del texto de la ley. En relación con esto, es preciso que el agente conozca —en los términos prácticos ya indicados— las condiciones, cualidades y relaciones que determinan que se encuentre en posición de garante a los efectos de la comisión por omisión, o las que determinan que sea autor a los efectos de un delito especial. Por ejemplo, la comisión dolosa de un delito de malversación de caudales públicos requiere que el sujeto sepa que es funcionario público.

113 Sin embargo, esta exigencia plantea un problema, a saber, precisamente el caso de quien por su maldad e indiferencia no llega a representarse tales elementos del tipo objetivo.[192] En estos casos, próximos al objeto de la discusión actual sobre la indiferencia y la «ignorancia deliberada», se suscita la necesidad de establecer una frontera entre el dolo y la culpa inconsciente. Para abordar esta cuestión, Armin Kaufmann tomó como punto de partida la función del concepto de dolo en el sistema del Derecho penal —expresar el criterio más grave de imputación subjetiva—. A continuación, advirtió que en los casos de omisión un concepto de dolo que incorporara la representación

[191] *Hoven/Kudlich*, FS Rogall, 2018, 209 ss.

[192] *Arm. Kaufmann*, FS von Weber, 1963, 209-210.

de los mencionados elementos no podía cumplir tal función. De este modo, su planteamiento adelantó varias décadas lo que más tarde se discutiría en la comisión activa. A saber, que existen algunos casos de no representación positiva —de ignorancia— en los que tiene sentido en términos funcionales emitir un juicio de imputación subjetiva de la máxima gravedad. En consecuencia, optó por llamar «cuasidolo» a la forma más grave de imputación subjetiva en estos delitos. El cuasidolo, comprensivo de ciertos casos de ausencia de representación, desempeñaría —en los delitos de omisión— la misma función que el dolo en los delitos de comisión activa. Este último, por su parte, seguía siendo entendido como comprensivo de una «voluntad de realización».

IX. EL ERROR EXCLUYENTE DEL DOLO

1. LOS INTENTOS DE DISTINCIÓN ENTRE CLASES DE ERRORES PENALMENTE RELEVANTES

114 Dada la existencia de diversos déficits cognitivos que puede sufrir el sujeto activo de un delito, caben asimismo diversas posibilidades clasificatorias: (i) legales-formales, cuyo criterio es la decisión del legislador; (ii) funcionales-axiológicas, cuyo criterio es el de su mayor o menor gravedad; y (iii) lógico-analíticas —o semántico-conceptuales—. La doctrina se ha dedicado en buena medida a desarrollar estas últimas. Así, un sector distingue entre errores de hecho y errores de Derecho;[193] otro, entre errores sobre el sentido y errores sobre la valoración; o, en fin, otro, entre errores de observación fáctica o empírica y errores en la aplicación de reglas —de experiencia o derivadas de convenciones sociales o de disposiciones jurídicas—.[194] Estos últimos, a su vez, pueden producirse por desconocimiento de la respectiva regla o bien por su errónea aplicación al caso.

115 Estas clasificaciones analíticas no coinciden en su respectiva delimitación de la materia. En efecto, un error de hecho puede versar sobre la realidad empírico-observacional, pero también sobre los elementos que expresan convenciones sociales o fenómenos institucionales.[195] Por su parte, esto último no solo alcanza a las reglas de experiencia causal y a las reglas sociales de asignación de sentido. Por el contrario, se refiere también a las valoraciones sociales, que siguen siendo «hechos» —no a las jurídicas, que son objeto del error de Derecho—. Por su parte, la referencia de un error sobre el sentido no es solo un determinado objeto empírico, sino también las reglas de experiencia y de sentido necesarias para comprenderlo, sean estas sociales o jurídicas. A este se contrapone el error sobre cualquier regla de valoración —social o jurídica—.

---

[193] *Puppe*, GA 1990, 145 ss.; *Safferling* (2008), 135 ss.; *Heinrich*, FS Roxin, II, 2011, 456 ss.; *Rudolph*, JRE 27 (2019), 651 ss. Crítico, *Roxin*, FS Neumann, 2017, 1028-1029.

[194] Así *Kindhäuser* (1999), 152; *el mismo*, REJ 31 (2019), 138-139.

[195] *Mañalich*, RD 24 (2011), 103.

116 Más allá de las diferencias conceptuales, no es fácil hallar un fundamento axiológico para la diversidad de regímenes jurídicos que resultarían de tales distinciones analíticas de clases de errores. Por ceñirnos a una de las más relevantes, no existe una razón clara para afirmar que un agente tiene deberes cualificados de conocimiento del Derecho, en comparación con sus deberes de conocimiento de hechos.[196] En efecto, en el marco de esta división, el conocimiento de los hechos comprende tanto los elementos normativos de sentido social, como los de valoración social —«hechos institucionales»—. En cambio, el conocimiento del Derecho comprende desde los elementos normativos de significado jurídico-civil —qué es una «cosa» «ajena», o un «documento»— hasta los de valoración global de la conducta, que redunda en su prohibición bajo pena. Así pues, parece muy difícil que esa distinción pueda manejarse con coherencia formal y consistencia axiológica.

117 La posición doctrinal dominante parte de situar a un lado (i) todos los errores de hecho —empíricos, sociales— más algunos de Derecho —solo los de sentido jurídico—; y dejar a otro lado (ii) los errores sobre la valoración y la prohibición general del hecho —es decir, jurídico-civil o jurídico-pública—, además de los relativos a la prohibición bajo pena —estos últimos, de relevancia discutida—. En efecto, esta disociación coincide con la delimitación de error de tipo y error de prohibición tal y como se entiende por parte de la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias. Ahora bien, este punto de vista también incluye en el error de prohibición ciertos errores de hecho y de significado jurídico extrapenal —los relativos a los presupuestos de las causas de justificación—. Así, considera que la relevancia de estos últimos trae causa de la circunstancia de que conducen a un error acerca de la prohibición jurídica general de la conducta. En definitiva, la situación resulta enormemente compleja y su manejo, difícil.

2. EL MARCO LEGAL: EL ERROR SOBRE EL «HECHO» Y EL ERROR SOBRE SU «LICITUD»

118 En los sistemas legales que parten de una distinción entre clases de error con regímenes jurídicos distintos, la dimensión analítico-conceptual (i) y la perspectiva axiológica (ii) no pueden dejar de lado la regulación legal concreta (iii). Por lo tanto, en lo que sigue se trata de delimitar las clases de error sobre la base del marco de la regulación del Código penal español. En efecto, las legislaciones penales de la tradición germánica —como la española y varias de las iberoamericanas— no contienen una regulación unitaria del error penalmente relevante. Por lo demás, en esto coinciden con la tradición angloamericana. En el caso de la legislación española, se distinguen dos clases de errores, en los que puede incurrir el agente y que son penalmente relevantes, cuya denominación doctrinal usual es la de «error de tipo» y «error de pro-

[196] *Pawlik* (2012), 397 ss.

hibición». Sin embargo, la propia terminología es problemática. En realidad, la distinción legal española separa el error sobre un «hecho constitutivo de la infracción penal», que se reputa excluyente del dolo (art. 14.1 CP), y el error sobre la «ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal», que se considera excluyente del conocimiento de la antijuridicidad (art. 14.3 CP). Pues bien, como resulta fácil observar, esta bipartición no se identifica con ninguna distinción lógico-analítica determinada.[197] Por el contrario, la diversidad de efectos legales responde a que el legislador parte de que existe una diferencia axiológica entre ambos. En particular, a que el error no excluyente del dolo es más grave que el que lo excluye. Con todo, por desaciertos valorativos del legislador, el error de tipo vencible no siempre goza de un tratamiento más beneficioso que el error de prohibición vencible, sino al revés. Por ejemplo, en la legislación española puede compararse el marco del blanqueo de activos doloso en error de prohibición vencible (art. 14.3, en relación con el art. 301.1 CP) y del blanqueo imprudente (en error de tipo vencible: art. 14.1, II en relación con el art. 301.3 CP).

Lo decisivo de la distinción legal es que una y otra clase de error dan lugar **119**
a consecuencias penológicas distintas. La más importante de ellas es que el «error de tipo» excluye la imputación subjetiva de la conducta a título de dolo. Así, su modalidad invencible impide toda forma de imputación subjetiva; en cambio, si el error se califica de evitable —o vencible—, y se entiende que su no evitación se debe a una falta de cuidado del agente —de la magnitud que establezca el tipo legal en cuestión—, la conducta se le podrá imputar al agente a título de imprudencia (art. 14.1, II CP). Sin embargo, en muchos tipos de delito la conducta no es susceptible de imputación a título de imprudencia por razones de legalidad —derivadas de la acogida de un sistema de *numerus clausus* o de incriminación cerrada de la imprudencia— (*cfr. infra* capítulo 13/13). Por lo tanto, en tales casos el hecho es impune no solo si el sujeto se encuentra en un error invencible, sino también si se halla en un error vencible.

En cambio, el «error de prohibición» tiene efectos distintos. Así, su variante **120**
invencible da lugar a que no se imponga pena alguna, pero no por ausencia de dolo típico sino, según se entiende de forma más común, por ausencia de la culpabilidad propia del delito doloso. Esto significa que, de todos modos, la conducta se le imputa subjetivamente al agente a título de dolo. En cambio, si el error de prohibición se reputa vencible, la pena del hecho doloso se atenúa, de modo obligatorio en algunas legislaciones y facultativo en otras.[198] Además, ese castigo atenuado es posible en todos los delitos. Como puede advertirse, ello repercute en una diferencia radical de tratamiento penológico entre el

---

[197] En otro sentido, *Mañalich*, RD 24 (2011), 103: «tal distinción entre un error de verdad y un error de sentido se corresponde exactamente con la distinción entre un error excluyente del dolo y un error excluyente de la consciencia de la antijuridicidad, respectivamente».

[198] Para un sector de la doctrina, que acoge la doctrina de la doble posición del dolo, lo que sucede es que, manteniéndose el dolo típico, se excluye aquella parte o aquella dimensión del dolo que se sitúa en la culpabilidad.

error de prohibición vencible y el del error de tipo vencible, en los delitos en los que este último no se puede sancionar a título de imprudencia (*cfr. infra* capítulo 25/26).

3. LOS ELEMENTOS DEL «HECHO CONSTITUTIVO DE LA INFRACCIÓN PENAL»

3.1. Los elementos fácticos —brutos y sociales— del objeto del dolo

121 El art. 14.1 CP español designa como objeto del dolo los elementos del «hecho constitutivo de la infracción penal». Pues bien, conforme a la teoría de las normas que ha sido acogida aquí, el hecho constitutivo de la infracción de la norma de conducta viene dado por el comportamiento típicamente desaprobado del agente. En consecuencia, solo los elementos de este han de ser abarcados por el dolo. Sin embargo, es preciso explicitar qué se entiende por tales elementos del «hecho constitutivo de la infracción», de modo que el error sobre ello pueda reputarse un «error fáctico». La única forma de precisarlo con claridad es tener presente, por un lado, que los errores de hecho se contraponen a los de Derecho; y, por otro lado, que el modelo legal español contrapone los errores sobre el hecho y los errores sobre la licitud —jurídica— del hecho.

122 En efecto, si se entiende razonablemente por «hecho» todo aquello que es ajeno al Derecho, entonces el conocimiento fáctico no solo tiene que comprender los resultados de la observación experimental y las leyes de la experiencia, sino también las reglas sociales de atribución de sentido y de valoración de determinadas conductas. Ciertamente, estas últimas son hechos «institucionales» —en términos procesales, *quaestiones facti* (cuestiones de hecho)—, que deben ser objeto de prueba. Por lo demás, en este ámbito también tienen que incluirse las disposiciones no jurídico-estatales, sino privadas, de complemento de las leyes en blanco, tanto si aquellas son técnicas como si son éticas —*leges artis*—. En efecto, estas son asimismo hechos. Con todo, existen errores de hecho que, sin embargo, no excluyen el dolo, sino que, a lo sumo, pueden dar lugar de modo indirecto a errores de Derecho. Ello se debe a que no son errores sobre el hecho «constitutivo de la infracción»; aunque esta cuestión es polémica (*cfr. infra* capítulos 18/107; 25/27 ss.).

123 Así las cosas, pertenecen al grupo de los errores fácticos, en primer lugar, los errores que derivan de déficits de observación. Sin embargo, no todos los errores fácticos son de percepción sensorial, esto es, no todos revelan la falta de una correcta observación de la realidad empírica. Así, en segundo lugar, comprenden errores sobre las leyes de experiencia que rigen la realidad fáctica y que tienen que ser objeto de aprendizaje. Por ejemplo, las relativas a la virtualidad causal de un determinado objeto. Además, en tercer lugar, muchos de los elementos del hecho tienen alguna dimensión normativo-social —son hechos institucionales: sentidos o valoraciones sociales—. Esto significa que

su conformación es el resultado de un proceso social en cuya virtud se ha creado una determinada convención. En tales casos, el error puede derivar también de la ausencia de aprendizaje de las correspondientes reglas sociales —que se integran en la realidad fáctica—. En resumen, una posición doctrinal ampliamente difundida sostiene que el dolo requiere que el agente tenga conocimiento del sentido social —comunicativo— de su hecho. Así pues, si el sujeto activo no conoce los elementos típicos en todo su sentido, se encuentra en una situación de error excluyente del dolo.[199] Cuestión distinta es que el sujeto incurra en el denominado «error de subsunción», es decir, en el error en cuanto a que su conducta sea subsumible en un tipo de delito. A propósito de este suele afirmarse que no excluye el dolo sino, en su caso, el conocimiento de la antijuridicidad.[200] Sin embargo, como luego se verá, también esto debe ser matizado.

124 Frente a lo anterior, un sector minoritario de la doctrina —que parte de una concepción del dolo como capacidad de evitación— reduce el objeto de este a la dimensión estrictamente fáctica del tipo,[201] que se limita al ámbito de las leyes y hechos empíricos. Por lo tanto, remite los supuestos de error sobre la dimensión significativa y valorativa de la conducta, tanto en términos sociales como jurídicos, al ámbito del conocimiento de la antijuridicidad. Ciertamente, esta posición entronca, desde perspectivas metodológicas diversas, con la antigua doctrina finalista que tendía a reducir el ámbito del dolo a lo estrictamente «natural» —el objeto de valoración— para situar el resto de los errores del agente —los relativos a la valoración del objeto— en el plano sistemático del conocimiento de la antijuridicidad. Sin embargo, como se ha indicado, la doctrina del finalismo hubo de rectificar su planteamiento, ampliando el objeto del dolo a ciertos ámbitos que requieren captar sentidos jurídicos.

3.2. Los elementos jurídicos del objeto del dolo

3.2.1. Los elementos normativos de sentido jurídico

125 En lo anterior se ha sostenido que los errores sobre el hecho comprenden no solo los errores de percepción o relativos a las leyes empíricas, sino también los errores relativos a los sentidos y valoraciones sociales. Además, se ha añadido que, entre estos últimos, se cuentan los errores sobre *leges artis* y otras disposiciones procedentes de fuentes no público-estatales, sino privadas. Ahora bien, existen igualmente otros errores cuyo objeto es relevante para la fijación del hecho constitutivo de la infracción penal. Estos son, como mínimo,

---

[199] *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 10/109; *Díaz y García Conlledo* (2008), 351 ss., 379 ss.; *Martínez-Buján* (2017), 81 ss.

[200] *Díaz y García Conlledo* (2008), 422.

[201] Con matices distintos, *Kindhäuser*, GA 1990, 407 ss.; *el mismo*, InDret 4/2008, 1 ss.; *el mismo*, InDret 2/2014, 1 ss.; *el mismo*, REJ 31 (2019), 127 *ss.*; *Rudolph*, JRE 27 (2019), 651 ss.; *Wolf* (2019), 679 ss. Críticos, *Puppe* (2014), 247 ss.; *de la Fuente Hulaud* (2015).

algunos errores sobre ciertos elementos jurídicos de ese hecho. En efecto, los errores sobre las reglas jurídicas de atribución de sentido a determinadas situaciones de hecho no son errores de hecho, sino de Derecho. Así, por ejemplo, son errores de Derecho los relativos a aquellas reglas del Derecho civil que determinan que determinados soportes físicos de declaraciones cognitivas o volitivas sean «documentos», que determinados objetos sean «cosas» y que, de estas últimas, algunas sean «ajenas». Ahora bien, a la vez, los términos «cosa» y «ajena» son elementos del hecho constitutivo de la infracción penal de hurto. Igualmente, no resulta razonable afirmar que obra con dolo típico de infidelidad el funcionario que destruye un papel ignorando que este es un «documento». Acogiendo esta línea, la doctrina mayoritaria ha integrado tales elementos —de sentido y de valoración jurídica— en el objeto del dolo. Esto significa que el error de tipo, además de poder responder a déficits de observación y de aprendizaje de reglas sociales, también puede reflejar la ausencia de aprendizaje —en términos más o menos legos— de una disposición jurídica.

3.2.2. Las valoraciones jurídicas

126 El objeto fundamental de debate sigue siendo la cuestión de si el dolo debe abarcar los elementos normativos que remiten a la valoración jurídica de la totalidad de la conducta —«indebidamente»— o incluso a la infracción de una prescripción extrapenal —«infringiendo leyes y reglamentos»—. En este punto, la doctrina mayoritaria excluye del ámbito del dolo el conocimiento de la valoración jurídica total (extrapenal) del hecho y el de su prohibición total (extrapenal).[202] En consecuencia, sostiene que estos constituyen el objeto del conocimiento de la antijuridicidad. En cambio, otra posición sostiene que en ellos debe distinguirse el objeto de la valoración o prescripción y la valoración o prescripción misma, de modo que el primero debe ser objeto del dolo, pero no la segunda. En efecto, una doctrina muy extendida considera que el error que versa sobre los presupuestos fácticos de la norma de complemento de una ley en blanco, o de un elemento de valoración global, es un error de tipo. En cambio, si el error versa sobre la norma de complemento en sí, se dan divergencias en su seno.[203] En fin, un tercer sector, afirma que todo su contenido, incluida la infracción de la prescripción extrapenal, forma parte del objeto del dolo.[204]

127 Desde la perspectiva exegética de la legislación española es preciso advertir por un lado que el error sobre un elemento de valoración jurídica global del hecho o sobre la norma de complemento de una ley penal en blanco es ciertamente un error sobre la «licitud». Sin embargo, por otro lado, lo cierto es

---

[202] Ya *Warda* (1955).

[203] *Puppe*, GA 1990, 166-167, 190; *la misma* (2014), 276; *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 12/111. Al respecto, *Fakhouri Gómez* (2009), 267 ss.

[204] *Köhler*, AT, 1997, 159; *de la Fuente Hulaud* (2015); *Roxin*, FS Neumann, 2017, 1032-1034; *Martínez-Buján* (2017), 85.

que, en los delitos que recurren a tales elementos, si no se conoce tal «ilicitud» tampoco es posible conocer el «hecho constitutivo» de la infracción penal. En efecto, en todos estos tipos de delito que son *mala quia prohibita*, la «infracción penal» requiere como elemento la «ilicitud» del hecho. En definitiva, el error sobre la concurrencia de la infracción extrapenal conduce al agente a desconocer el significado de su comportamiento, aquello que es determinante de que esta infrinja la norma de conducta en términos penalmente típicos. Así pues, también existen razones sólidas para oponerse a su calificación como error de prohibición.[205]

Todo ello puede advertirse con más claridad si se distingue entre clases de 128
delitos, como se ha propuesto aquí de forma reiterada (*cfr. supra* capítulos 1/64; 2/87). En efecto, en el caso de los delitos *mala in se* nucleares o periféricos, el agente puede poseer un conocimiento más o menos directo del significado de su conducta en virtud de su socialización ordinaria y de su vida en una determinada comunidad. En cambio, en el caso de los *mala quia prohibita* únicamente el conocimiento de la prohibición extrapenal le permite un conocimiento del significado de su conducta como constitutiva de la infracción penal. En efecto, solo la infracción administrativa hace posible colorear su conducta de sentido. De todos modos, la comprensión completa del problema y de las consecuencias de cada una de las opciones requiere integrar lo expuesto hasta aquí con cuestiones que se abordan en otros capítulos (*cfr. infra* capítulos 13; 18; 25).

3.2.3. La cuestión de la «valoración» paralela en la esfera del profano

La adscripción del conocimiento de un «elemento normativo de sentido 129
jurídico» no requiere siempre que el sujeto conozca precisamente la regla jurídica en cuya virtud un fenómeno adquiere aquel sentido. Si fuera así, todo error de subsunción excluiría el dolo. Por eso, la doctrina dominante afirma que basta con que el agente realice una «valoración paralela en la esfera del profano» o «del lego».[206] Sin embargo, esta expresión genera confusión. En efecto, para conocer los elementos normativos de sentido, tanto sociales como jurídicos, no es preciso efectuar ninguna valoración, sino que se trata de aprehender un determinado significado. Tal aprehensión, en el caso de los que tienen un sentido social, requiere identificar el sentido del propio hecho y subsumirlo en el campo de significado del elemento normativo-social correspondiente. Por su parte, en el caso de los elementos normativos de sentido jurídico, lo que se precisa es que el sujeto conozca un «hecho jurídico» —el

---

[205] *Puppe*, ZStW 102 (1990), 899.

[206] Más claro en *Binding*, Normen, III, 2.ª, 1918, 148, para quien el conocimiento propio del dolo requiere una subsunción «*nach Laienart*» («a la manera del lego»). La expresión «valoración paralela en la esfera del lego» proviene de *Mezger*, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3.ª, 1949, 328. Mejor *Engisch*, FS Mezger, 1954, 146 ss.; *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 75-76: «juicio paralelo en la conciencia del autor»; *Arth. Kaufmann* (1982), 20 ss., 36: «conocimiento profano»; *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 12/101. En todo caso críticos, *Kindhäuser*, InDret 2/2014, 16; *Puppe* (2014), 235 ss., 248: «captación del sentido jurídico».

significado del correspondiente elemento típico— mediante el conocimiento de su equivalente en el lenguaje vulgar. Es decir, porque conoce la regla del lenguaje ordinario en cuya virtud la conducta tiene un significado vulgar exactamente equivalente, correspondiente o normativamente idéntico con el del lenguaje jurídico.[207] Así pues, para saber que se está falsificando un documento no es preciso conocer las reglas jurídicas que determinan que un determinado soporte físico tenga la naturaleza jurídica de documento. Por el contrario, basta con que se conozca para qué sirve en la vida ordinaria, esto es, para probar determinados hechos.[208]

130 A propósito de los elementos normativos que reflejan una valoración social —que es un hecho— sí es preciso que el sujeto realice una valoración de su conducta, así como que conozca la valoración social subyacente al correspondiente elemento normativo. Sentado lo uno y lo otro, debe realizar una subsunción de aquella en esta. Por lo que hace a los «elementos normativos de valoración jurídica», también puede hablarse de que su conocimiento requiere una valoración de la propia conducta, así como su posterior contrastación con una valoración profana del elemento en cuestión —por ejemplo, «injustificado» o «indebido»—. En fin, el conocimiento de los elementos jurídicos de valoración global del hecho y los elementos típicos de antinormatividad —leyes penales en blanco— requiere que el sujeto aprehenda la existencia en su conducta de una infracción del Derecho público o privado. A propósito de estas, se hace difícil afirmar que el conocimiento sea posible sin conocer las reglas concretas en cuya virtud es posible establecer la correspondiente infracción.[209] En estos casos, por tanto, no cabe hablar de una valoración paralela en la esfera del profano.

3.2.4. Una referencia a las clases de delitos

131 La determinación de si una clase de error es «de tipo» —excluyente del dolo— o «de prohibición» depende de cómo haya descrito el legislador la conducta típicamente desaprobada. Así, por ejemplo, la descripción de hechos pertenecientes al núcleo de los delitos *mala in se* tiene lugar mediante tipos (casi) cerrados. Esto significa que en ellos no se contienen elementos sociales ni jurídicos de relativización. De este modo, salvo en lo relativo a ciertas cuestiones límite, que sí están juridificadas,[210] los errores excluyentes del dolo tienen que referirse a aspectos naturales —por ejemplo, si el objeto del disparo es un animal o un hombre—. Además, el conocimiento de la concurrencia de estos elementos naturales ya produce una potente «función

---

[207] *Arth. Kaufmann* (1982), 27-28; *Puppe* (2014), 236 ss.

[208] *Arth. Kaufmann* (1982), 22 ss.: El contenido de «injusto material» de su hecho —mejor que su «dañosidad social»—.

[209] *Arth. Kaufmann* (1982), 33.

[210] Por ejemplo, el comienzo y el fin la vida humana independiente; o la irrelevancia del consentimiento de los menores.

de llamada».[211] En este ámbito de delitos, los errores relativos a hipotéticos sentidos o valoraciones sociales, así como a supuestas disposiciones jurídicas, pueden dar lugar únicamente a un error de prohibición. Además, con frecuencia este no resulta admisible, salvo que se configure como un error indirecto de prohibición —error de permisión— (*cfr. infra* capítulo 25/38).

En cambio, las cosas son ya diferentes en los delitos de la periferia de los *mala* **132** *in se*, en los que el ámbito de la conducta desaprobada se halla ampliamente condicionado por la institucionalización social y jurídica. En efecto, en este grupo de tipos de delito los errores sobre los sentidos y valoraciones sociales excluyen el dolo.[212] Lo mismo sucede con los errores relativos a los sentidos y valoraciones jurídicas, que también conducen a la exclusión del dolo. Así, por ejemplo, el error sobre la ajenidad de la cosa apropiada en el hurto excluye el dolo de hurtar. Por tanto, solo los errores sobre la concreta infracción de normas jurídicas de conducta dan lugar a error de prohibición. En fin, en el grupo de los delitos *mala quia prohibita*, no solo los errores sobre elementos naturales, sentidos y valoraciones sociales y jurídicas, sino también los que recaen sobre la propia antijuridicidad extrapenal de la conducta, excluyen el dolo.[213] En definitiva, la infracción de las normas de complemento de las leyes en blanco es un elemento del objeto del dolo cuando el legislador se sirve de ella para conformar el contenido de sentido del hecho.[214] Por lo tanto, en estos últimos delitos, la única opción de que exista un espacio para el error de prohibición directo es asignar relevancia al error sobre la medida de gravedad de la conducta que redunda en su prohibición bajo pena. Más allá, subsiste obviamente un espacio para el error de prohibición indirecto —el error de permisión—, que tiene por objeto las causas de justificación.

En resumen: En los delitos *mala in se* nucleares es posible obrar con dolo **133** si se conocen los elementos descriptivos y las leyes empíricas. En los tipos integrados en la periferia de los delitos *mala in se*, para obrar con dolo es preciso conocer los elementos normativo-sociales o, en su caso, los elementos

---

[211] Próximo, *Roxin*, FS Neumann, 2017, 1029 ss.

[212] Distinto *Roxin*, FS Neumann, 2017, 1030: solo es preciso conocer la base de hecho de la valoración. Sin embargo, lo cierto es que la valoración social es también un «hecho» institucional, que se integra en la *quaestio facti* del juicio.

[213] Explícitamente, el art. 16 CP portugués (Erro sobre as circunstâncias do facto): «*1. O erro sobre elementos de facto ou de direito de um tipo de crime, ou sobre proibições cujo conhecimento for razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto, exclui o dolo. 2. O preceituado no número anterior abrange o erro sobre um estado de coisas que, a existir, excluiria a ilicitude do facto ou a culpa do agente. 3. Fica ressalvada a punibilidade da negligência nos termos gerais*». Próximo, *Donini* (1993), 29, 60 ss., 313 ss., 362 ss. Crítico, *Kindhäuser*, InDret 2/2014, 18. Distinta *Puppe* (2014), 129, 283 ss. En ciertos casos, incluso el conocimiento de la valoración jurídico-penal de una conducta —realizada por otro— puede integrarse en el dolo del agente. Por ejemplo, en el encubrimiento, el dolo típico requiere conocer que el sujeto encubierto ha cometido un delito, lo que a su vez precisa la realización de una subsunción de la conducta de este último en el tipo correspondiente.

[214] *Safferling* (2008), 145; *Fakhouri Gómez* (2009), 337 ss.; *Puppe* (2014), 248, 263; *Roxin*, FS Neumann, 2017, 1035, modificando su anterior punto de vista que distinguía entre la base fáctica y el Derecho extrapenal; *Cuello Contreras*, RECPC 22 (2020), 1 ss.

normativo-jurídicos que respectivamente los caracterizan como *malum*. En fin, en los delitos *mala quia prohibita* solo es posible obrar con dolo —conocer el significado típico— conociendo la prohibición extrapenal —el *prohibitum* que determina el *malum*—.

4. LA VENCIBILIDAD Y LA INVENCIBILIDAD DEL ERROR

4.1. Generalidades

134 El error excluyente del dolo, al igual que el error de prohibición, se califica de invencible —o inevitable— cuando resulta imposible salir de él. En tal caso, la exclusión de responsabilidad de quien lo sufre deriva del principio básico de la imputación subjetiva, que señala que a nadie se le puede obligar a lo imposible —*ad impossibilia nemo tenetur, impossibilium nulla est obligatio*—. Sin embargo, adicionalmente existen casos de error que el sujeto podría vencer, pero que el Derecho no le exige que evite. Ello se debe a que, dada la gran dificultad de su evitación, se considera irrazonable exigir su superación. En tales casos, el error (muy difícilmente) vencible se califica invencible, de modo que puede concluirse que un error es vencible o evitable cuando se puede superar y, además, el Derecho exige que se supere. A su vez, esto último pone de relieve que la vencibilidad del error admite grados. En efecto, en el grupo de los errores vencibles pueden darse errores que sería muy fácil evitar; otros, en cambio, cuya dificultad es próxima a la invencibilidad.

135 La inevitabilidad del error puede ser establecida conforme a un estándar general, o bien conforme a uno individualmente referido al sujeto concreto.[215] Así pues, un error puede ser: (i) intersubjetivamente y personalmente invencible; (ii) intersubjetivamente invencible, pero personalmente vencible —porque el sujeto posea conocimientos o capacidades superiores a la media—; (iii) intersubjetivamente vencible y personalmente invencible —porque el sujeto tenga capacidades y conocimientos inferiores—; y, en fin, (iv) intersubjetivamente burdo. La referencia a una «invencibilidad intersubjetiva» del error del sujeto no es sino otra forma de designar la situación en la que su conducta no es calificada *ex ante* como intersubjetivamente desaprobada —esto es, como idónea para realizar el tipo—.[216] Por su parte, la invencibilidad personal de un error puede venir dada por una enfermedad, por alteraciones de la percepción o bien por otros factores caracterológicos que dan lugar a que el agente posea unas capacidades cognitivas inferiores. En fin, el error intersubjetivamente burdo —que puede ser personalmente vencible o incluso invencible— versa sobre circunstancias de carácter evidente o manifiesto, de modo que su pade-

---

[215] *Martínez-Buján* (2017), 17 ss.; *Pantaleón Díaz* (2022), 120 ss.

[216] *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 20/28 ss.; *Robles Planas* (2003), 222 ss.; próximo, desde otra perspectiva, *Martínez-Buján*, LH Mir Puig, 2017, 716 ss., *el mismo* (2017), 18 ss.

cimiento se vincula con la noción de debilidad epistémica. Sin embargo, también puede haber sido provocado por una acción u omisión (ignorancia deliberada, ceguera voluntaria), en cuyo caso no se trata de debilidad, sino de mala voluntad. Entonces, como ya se ha indicado, queda abierta la cuestión relativa a si esta mala voluntad se identifica con los requisitos de la imputación subjetiva dolosa.

4.2. Los criterios de la vencibilidad del error

La vencibilidad o evitabilidad del error requiere «posibilidad de evitación» 136
en virtud de la vigencia del principio *ad impossibilia nemo tenetur*. Sin embargo, como se ha indicado, no todo error que es posible evitar se califica de vencible, sino que es preciso además que sea exigible evitarlo. Por tanto, existen casos en los que el error era de posible —pero muy difícil— evitación, de modo que se califican como invencibles por inexigibilidad. Una cuestión distinta es que, en la práctica, no se lleve a cabo un juicio concreto de posibilidad, que muchas veces requeriría un examen detallado de las condiciones de la vida pasada y presente del sujeto. En efecto, con frecuencia tiene lugar una estandarización del conocimiento adscrito, de modo que se recurre a la posición ocupada por el sujeto y al conocimiento que suele tener su ocupante medio. De ahí se infiere que eso es lo que el sujeto podía y, en consecuencia, debía conocer. En cambio, suele resultar clara la invencibilidad cuando el conocimiento no pertenece al rol del sujeto y este ha solicitado un asesoramiento, que le ha sido prestado de modo defectuoso.

Sentado que un error sea vencible —en el sentido drástico de que sea 137
posible superarlo— es preciso distinguir entre grados de vencibilidad. Estos tienen que ver con la mayor y menor facilidad de salir del error, así como con la mayor y menor exigibilidad de hacerlo. En función de la mayor o menor vencibilidad del error, este debe someterse al régimen de la imprudencia grave, la menos grave y la leve. Sin embargo, es importante subrayar la trascendencia que esto tiene, y que se relaciona con las características del sistema de incriminación cerrada de la imprudencia. En este punto, las peculiaridades de cada legislación son determinantes. En el caso español, la imprudencia leve no es punible en ningún caso, mientras que la denominada «imprudencia menos grave» solo lo es en relación con delitos contra la vida y la integridad física, de modo que en los demás casos en los que se castiga la imprudencia, esta debe ser grave. Así pues, si el error es imputable a una imprudencia leve del sujeto, aunque se trate de un error «vencible», no es posible sancionarlo. Igualmente sucede con el error imputable a imprudencia menos grave, salvo en los delitos mencionados.

La regla jurídica sobre cuya base se establece la vencibilidad de un error 138
puede denominarse «incumbencia de adquisición de información». Ahora bien, la acogida de esta figura, más allá de poner un nombre al problema, tiene importantes consecuencias. En efecto, conlleva que la vencibilidad o

invencibilidad de un error no se establecen teniendo en cuenta únicamente la situación del agente en el momento de realizar la acción. Por el contrario, cabe que un error sea invencible *in actu* y que, sin embargo, pudiera haber sido evitado si, con anterioridad a la acción, el sujeto hubiera adquirido una información que debía poseer y que, de forma contraria a deber, no obtuvo. Tales deberes de adquisición de información se identifican con los denominados «deberes de cuidado interno» o «de examen previo», que se asocian a la dogmática de la imprudencia (*cfr. infra* capítulo 13/101). Unos y otros muestran una naturaleza distinta de la propia de los deberes de omitir acciones peligrosas o de actuar prudentemente en situaciones peligrosas. En efecto, la infracción de estos últimos conduce a la realización de una conducta típica de imprudencia por vulneración de una norma de conducta principal. En cambio, la infracción del deber de examen previo puede vulnerar, en algún caso, una norma derivada de aquella o bien constituir únicamente el fundamento de la imputación subjetiva de la conducta que vulnera la norma de conducta principal a título de imprudencia personal. Cuán atrás se puede ir —en busca de conductas activas de provocación del error o de omisiones de adquirir la información debida— es algo que hay que decidir de modo coherente con la dogmática de la imprudencia.

139 En cualquier caso, el error —como desconocimiento práctico— puede estar condicionado por déficits de inteligencia —oligofrenia—; por patologías mentales —psicosis—; por trastornos de la personalidad; por alteraciones psíquicas y neurofisiológicas no patológicas, como la excitación sexual; por adicciones a drogas; por factores emocionales y déficits caracterológicos; por factores culturales; por sesgos cognitivos; por la edad, etcétera. En efecto, las alteraciones psíquicas pueden afectar a la propia medida de la percepción del riesgo —y, por tanto, de su evitabilidad—. A esto es a lo que se refiere la doctrina del «error condicionado por una enfermedad mental»,[217] que excluye el dolo y no solo la imputabilidad.

140 Ciertamente, puede sostenerse que todo agente tiene el deber de superar sus sesgos cognitivos, así como otros déficits volitivo-emocionales. Sin embargo, ello es demasiado simplista. En efecto, los sesgos son el resultado de percepciones y acciones que, a lo largo del tiempo, modifican no solo la fisiología, sino la propia anatomía cerebral —las conexiones neuronales—. Por su parte, la infracción del presunto deber de superarlos requiere que el sujeto tenga la capacidad de hacerlo, así como que ello le sea exigible. Además, aunque pudiera afirmarse la concurrencia de tal infracción, es preciso poder sostener argumentativamente su equiparación con el conocimiento. En última instancia aquí se corre el riesgo de un *regressus ad infinitum* y, sobre todo, de pretender resolverlo de modo radical, mediante una estandarización formal del concepto de dolo.

---

[217] Con aproximaciones parcialmente diferentes, *Silva Sánchez*, LH Bacigalupo, I, 2004, 867 ss.; *el mismo*, InDret 3/2014, 1 ss.; *Molina Fernández*, LH Gimbernat Ordeig, II, 2008, 1329 ss.

5. ALGUNOS SUPUESTOS ESPECIALES DE ERROR

5.1. El error sobre elementos típicos accidentales —propios de los tipos cualificados y privilegiados—

5.1.1. Generalidades. Los errores sobre elementos de tipos cualificados

141 La caracterización del injusto específico de una figura de delito tiene lugar mediante elementos esenciales —o sustanciales—, sin los cuales no concurre el propio tipo básico, y otros accidentales, que simplemente lo modifican. A su vez, tales elementos accidentales pueden ser genéricos (arts. 21, 22 y 23 CP español) o específicos. Estos últimos dan lugar a la formación de tipos cualificados y de tipos privilegiados con respecto al correspondiente tipo básico. Pues bien, es posible que el sujeto activo desconozca la concurrencia de elementos accidentales agravantes o atenuantes efectivamente concurrentes; viceversa, cabe que suponga erróneamente la concurrencia de unos y otros. En ambos casos, el error puede ser intersubjetivamente invencible, personalmente invencible, vencible e incluso burdo.

142 El desconocimiento, invencible o vencible, de la concurrencia de elementos de tipos cualificados efectivamente concurrentes determina que estos no agraven. En este punto, la legislación española contiene una regulación específica: «el error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación» (art. 14.2 CP). Igualmente, la suposición errónea vencible e incluso intersubjetivamente invencible de su concurrencia tampoco da lugar a aplicación del tipo cualificado correspondiente. Expresado de otro modo, no existe algo así como una «imprudencia» o una «tentativa inidónea» en relación con la realización de tipos cualificados. Ello solo puede estimarse posible cuando se entiende que el tipo cualificado ha adquirido autonomía con respecto al tipo básico, de modo que se ha convertido en un tipo distinto. De no ser así, se trata del mismo tipo que el básico. Con todo, ciertamente el legislador puede construir, además del tipo cualificado doloso, otro imprudente. En tal caso, el desconocimiento vencible de la situación cualificante da lugar a la realización del tipo cualificado imprudente en concurso con la realización dolosa del tipo básico.[218] Por lo demás, si concurre de forma patente el elemento cualificante, la alegación de error del sujeto activo puede ser respondida calificando dicho error de burdo. En este punto procede remitir a las consideraciones generales efectuadas sobre dicha forma de error.

5.1.2. Los errores sobre los elementos de tipos privilegiados

143 Los errores sobre los elementos de un tipo privilegiado dan lugar a otros problemas distintos. Así, en primer lugar, cabe que concurran los elementos objetivos de un tipo privilegiado y que el sujeto lo desconozca, de modo que le falte el conocimiento de la situación atenuante. Pues bien, la resolución

[218] *Pérez Alonso* (1995), 130.

de este problema tiene que ver con el modo de entender la relación del tipo básico con el tipo privilegiado. Es decir, si esta se produce en términos de especialidad —modelo de círculos concéntricos— o en términos de recíproca exclusión —modelo de círculos secantes—. La primera opción conduce a la solución de apreciar una consumación dolosa del tipo básico con la concurrencia adicional de la situación objetiva del tipo privilegiado. Por su parte, la segunda conduciría a apreciar una tentativa del tipo básico con la concurrencia adicional de la situación objetiva del tipo privilegiado. Ahora bien, la dependencia del tipo privilegiado con respecto al tipo básico se refleja mejor mediante la estructura de círculos concéntricos. Por lo tanto, en este caso procede aplicar el tipo básico.[219] Una cuestión distinta es que, en la individualización judicial de la pena, se tenga en cuenta la concurrencia objetiva de aquella situación desconocida por el sujeto, como un supuesto de «menor gravedad» del hecho (art. 66.1.6.ª CP español).

144 En segundo lugar, se plantea el problema de la suposición errónea de la concurrencia de los elementos del tipo privilegiado. En este caso, el sujeto ha realizado el tipo básico, aunque su suposición errónea pueda tenerse en cuenta en la determinación de la pena, atendiendo, además, a su vencibilidad o invencibilidad. En efecto, la posición contraria conduce a sostener que, en tal caso, el tipo básico se ha realizado sin dolo, mientras que se ha intentado realizar el privilegiado, sin conseguirlo. Sin embargo, para ello de nuevo sería necesario concebir la relación entre el tipo básico y el privilegiado en términos de círculos secantes, lo que colide con la relación de dependencia del tipo privilegiado con respecto al tipo básico. Por lo tanto, es difícil considerar esta cuestión en un marco que no sea el de la determinación de la pena, de nuevo como un caso de menor gravedad del hecho.

5.2. El problema de la concreción del dolo

5.2.1. Generalidades

145 Una cuestión intensamente discutida en la doctrina es la relativa a la «concreción del dolo». En efecto, bajo esta denominación se debate si la imputación subjetiva del delito consumado a título de dolo exige que el sujeto se haya representado el modo concreto en que ha tenido lugar la realización del tipo objetivo de la consumación. Ciertamente, este problema se ha debatido sobre todo con respecto a los delitos puros de resultado de lesión. En efecto, en estos se suscita la precisa cuestión de si el concreto curso causal e incluso la persona sobre la que este último ha recaído deben ser abarcados por el dolo del agente. A este respecto, la doctrina tradicional partía de exigir una convergencia entre el dolo —entendido como voluntad de producir el resultado— y el resultado como lesión del bien jurídico. Sobre esta base, y partiendo

---

[219] *Maqueda Abreu*, CPC 21 (1983), 714; *Peñaranda Ramos* (1991), 96 ss., 100. Distinto, *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 10/127.

de que el curso causal no fuera «irregular», tendía a la afirmación general de la concurrencia de un delito doloso consumado a pesar de que el sujeto no se hubiera representado el proceso concreto de producción del resultado. A su vez, esto valía para los cuatro grupos de casos problemáticos: los de *error in obiecto, aberratio ictus,* error sobre el proceso causal y *dolus generalis.*[220]

146 En esta obra se parte de la teoría de las normas de conducta y de la doctrina del comportamiento desaprobado. Pues bien, la adopción de este punto de partida permite modificar el planteamiento y alcanzar una solución del problema sobre la base de premisas distintas.[221] En efecto, como ya se ha señalado, el dolo no tiene por objeto ni el resultado ni el proceso de producción de este, sino únicamente el significado de la conducta desaprobada del sujeto. Por tanto, para que se pueda construir la imputación subjetiva de un delito doloso consumado es necesario que el dolo del agente abarque: (i) una concreta dimensión de riesgo desaprobado —mejor, de significado social concreto: la descripción y la correspondiente valoración— que se contiene en su conducta; y (ii) que luego esta se haya realizado en el resultado.[222]

147 Como se ha indicado, el «riesgo» es la probabilidad de lesión de un bien jurídico. Sin embargo, sentado esto, es posible afirmar que cualquier conducta tiene varias dimensiones de riesgo. Expresado de otro modo, comprende diversas probabilidades alternativas o acumulativas de lesión de varios bienes jurídicos; y diversas probabilidades alternativas o acumulativas de lesión de un mismo bien jurídico. Lo que aquí interesa subrayar es que, si el agente no se representa la dimensión de riesgo inherente a su conducta en cuanto al bien jurídico concretamente lesionado, no puede construirse una responsabilidad de aquel a título de delito doloso consumado. Con todo, esta idea general debe precisarse a propósito de las situaciones en las que el riesgo se refiere a bienes distintos de los intrínsecos, en los que cabe que la individualización de un bien jurídico por referencia a una persona no sea razonable —patrimoniales, colectivos—.[223] El sector doctrinal que, por el contrario, parte de que el objeto de la imputación subjetiva es el proceso causal que produce un determinado resultado, tiene que adoptar otra perspectiva.[224]

5.2.2. El error sobre la persona (error in persona)

148 Existe un error sobre el objeto —*error in obiecto*— cuando el agente se equivoca en la identificación de propiedades no típicamente relevantes del objeto de la acción, cuya ubicación sí conoce. Usualmente, este problema ha sido examinado por la doctrina a propósito de delitos de lesiones, homicidio o

---

[220] También para la «consumación adelantada» (*cfr. infra* capítulo 15/63).

[221] *Freund,* FS Maiwald, 2010, 211 ss.

[222] *Jakobs,* AT, 2.ª, 1991, 8/65.

[223] *Silva Sánchez,* ADPCP 1984, 347 ss., 367 ss.

[224] *Burchard* (2008); *Puppe,* LH Mir Puig, 2017, 806, desde la perspectiva del «peligro de dolo».

daños. Sin embargo, también existe error en el objeto cuando el sujeto activo de un delito de encubrimiento o de blanqueo de dinero yerra acerca de qué concreto delito es la fuente de los bienes de origen delictivo que adquiere. Un error así puede suponer, además de un fracaso del hipotético plan del autor, un cambio en el significado jurídico y social del hecho. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia prácticamente unánimes entienden que el *error in obiecto* carece de relevancia. Lo mismo sucede a propósito, en concreto, del error sobre la persona —*error in persona*— una variante en la que el agente yerra sobre la identidad del sujeto pasivo del delito. Por tanto, se entiende que tales errores no excluyen el dolo del autor. Este decide acometer al objeto de la acción que tiene ante sí y que individualiza por los datos espaciotemporales, lo que en general se estima suficiente para la imputación a título de dolo.

149 Una cuestión largamente discutida ha sido la de cómo repercute el *error in persona* del autor sobre el partícipe, singularmente sobre el inductor. Pues bien, la doctrina dominante sostiene que el *error in persona* del autor se convierte para el inductor en una *aberratio ictus* relevante.[225] Así, rechaza la imputación del hecho al partícipe a título de participación dolosa en el correspondiente delito consumado.[226] Sin embargo, una cosa es que el plan del inductor —como el del autor— haya fracasado y otra que no pueda imputársele la inducción —dolosa— a un delito consumado de homicidio. Si se asume como premisa la teoría de las normas de conducta y una concepción «mínima» del principio de accesoriedad de la participación, la solución razonable de estos casos es la inducción a un homicidio doloso consumado. En efecto, lo relevante es que el inductor ha vulnerado dolosamente su propia norma de conducta y que se ha producido la lesión típica del bien jurídico. Las cuestiones relativas a la imputación subjetiva de la conducta del autor son irrelevantes para la sanción del inductor (*cfr. infra* capítulo 16/38 ss.). Ello se puede generalizar para el resto de los partícipes en el hecho.

5.2.3. El error en el golpe (aberratio ictus)

150 La solución de los casos en los que un error en el golpe produce una desviación del curso causal de modo que se afecta a un objeto con diversa protección penal tienen una solución clara. En efecto, debe apreciarse un concurso de delitos entre una tentativa o consumación del delito pretendido y una imprudencia o un caso fortuito en relación con el hecho producido. En cambio, los casos en los que la desviación da lugar a que se afecte a un objeto con idéntica protección penal son discutidos. Así, una posición doctrinal sostiene que deben ser tratados igual que el *error in obiecto*, es decir, apreciarse un delito consumado.[227] En particular se indica que, en los casos de homicidio, el objeto

---

[225] *Binding*, Normen, III, 1876, 213 ss., 214 n. 9

[226] *Roxin*, FS Spendel, 1992, 300-301; con matices, *Blanco Cordero*, LH Barbero Santos, 2001, 845 ss.; también distintivo, *Peñaranda Ramos* (2011), 73 ss.

[227] *M.E. Mayer*, PG, 1915, 410; *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 73; *Puppe*, GA 1981, 1 ss.; *Cardenal Murillo*, CPC 43 (1991), 45 ss.; *Serrano González de Murillo*, LH Ruiz Antón, 2003, 1049 ss. En la tradición jurídica

no es una persona en particular, sino un ser humano vivo, de modo que la identidad de la víctima no es relevante para establecer una responsabilidad por homicidio. Sin embargo, resulta preferible optar también aquí por una solución concursal de tentativa o consumación del delito pretendido más responsabilidad por imprudencia o caso fortuito en relación con el hecho producido.[228] Además, cabe admitir variantes en función de si se trata de bienes intrínsecos o extrínsecos, así como según la forma de individualización del objeto por parte del autor.[229]

151 En efecto, la *aberratio ictus* es una estructura mixta de dolo y ausencia de dolo, respectivamente en relación con cada uno de los dos cursos de riesgo existentes *ex ante* en la conducta del agente. Esto significa que debe distinguirse de aquella modalidad de «dolo alternativo» en la que el agente se representa una de las dos alternativas de riesgo inherentes a su conducta con dolo de lesión y la otra con dolo de peligro —pero sin saber concretamente a cuál de las dos se refiere cada representación—. Así las cosas, cualquiera de las dos que se produzca, se le puede imputar a título de dolo eventual.[230] Por su parte, esta variante del dolo alternativo se halla situada entre la *aberratio ictus* y el «dolo cumulativo». Es decir, aquella otra estructura en la que el agente tiene dolo de que los dos riesgos inherentes a su conducta se den, no alternativamente, sino acumulativamente. Por lo tanto, las dos dimensiones de riesgo se representan con dolo de lesión.[231] Ello permite observar que la solución concursal entre la tentativa dolosa y la producción imprudente del resultado —si es que esta tiene lugar— es la más justa para los casos de *aberratio ictus*. En cambio, no es justa la solución del delito doloso consumado. En efecto, esta es exactamente la que debe aplicarse en la variante mencionada del dolo alternativo, al resolver el correspondiente concurso de leyes. En fin, la solución correcta para los casos de dolo cumulativo en la que solo se realiza uno de los dos cursos de riesgo tiene que ser el concurso entre el delito consumado y la tentativa de delito. Así pues, la relación gradual ascendente en la que se encuentran los casos de dolo alternativo y de dolo cumulativo en relación con la *aberratio ictus* resulta esclarecedora.[232]

152 Del mismo modo que se ha suscitado a propósito de los casos de error in obiecto, se discute la repercusión en los partícipes de la *aberratio ictus* del

---

angloamericana la solución de la consumación se ha defendido a partir de la suficiencia de un dolo general («*general malice*») o bien de una transferencia del dolo («*transferred malice*»).

[228] *Binding* (1919), 94; *Silva Sánchez*, ADPCP 1984, 347 ss.

[229] *Binding* (1919), 49-50.

[230] Próximo, *Galán Muñoz*, LH Díaz Pita, 2008, 279 ss. En el caso ordinario del dolo eventual, existe una estructura de dolo alternativo, en el cual uno de los dos objetos es lícito.

[231] *Binding* (1919), 49-51; *Serrano González de Murillo*, LH Ruiz Antón, 2003, 1049 ss. Es preciso distinguir entre la dualidad de dolo alternativo y dolo cumulativo y la que se produce entre intención alternativa y cumulativa. Estas últimas se refieren a los propósitos que alberga un sujeto en relación con los referidos dos riesgos, cuestión que se ubica en la tipicidad objetiva.

[232] *Silva Sánchez*, ADPCP 1984, 376-377.

autor.[233] Pues bien, aplicando el mismo criterio derivado de la teoría de las normas y el principio de accesoriedad mínima, también aquí debe sostenerse que en este caso el injusto de la conducta del inductor es el de inducir a un delito doloso consumado. Ahora bien, como no se ha realizado el tipo del delito consumado, su punibilidad debe ser la de la tentativa, por una razón de accesoriedad cuantitativa.

5.2.4. Los «errores sobre el proceso causal»

153 Desde finales del siglo XIX hasta mediados del siglo XX, el problema de las desviaciones causales tuvo una importante incidencia sobre la imputación subjetiva. En efecto, se consideraba que, si la desviación no había producido una «ruptura» o «interrupción» de dicho curso causal, entonces debía abordarse en el marco de la imputación a título de dolo. En otras palabras, la cuestión sería si se había dado, o no, un «error» del sujeto sobre el proceso causal concretamente producido. En cambio, en el marco teórico adoptado aquí, ese es un problema perteneciente a la doctrina del comportamiento desaprobado o bien a la de la imputación objetiva del resultado (*cfr. supra* capítulo 10; *infra* capítulo 14).[234] Si se parte, como en esta obra, de que el objeto del dolo viene dado exclusivamente por la conducta típicamente desaprobada, entonces está claro que la figura del error sobre el proceso causal no puede existir.

154 En primer lugar, los cursos causales no se «interrumpen», ni tampoco se «desvían». En términos absolutamente objetivos, o desde la perspectiva de un observador omnisciente, no existen desviaciones causales. Lo que sí cabe es que el curso causal *ex post* no se corresponda con las representaciones existentes acerca de la idoneidad causal de la conducta *ex ante*, ya sean estas las de un espectador o las del sujeto activo. Sin embargo, en ninguno de estos casos existe una desviación, sino un error sobre el significado concreto de la conducta. Si el error sufrido por el agente se corresponde con el que habría sufrido un espectador medio, entonces cabe hablar de la existencia de un error intersubjetivamente invencible. Expresado en los términos usuales en esta obra, la conducta no está intersubjetivamente desaprobada en cuanto a esa dimensión causal imprevisible. Ahora bien, cabe que la idoneidad causal de la conducta, en el concreto sentido en que *ex post* se ha producido, se corresponda con la representación del espectador estándar acerca de la conducta. En tal caso, si el sujeto concreto no advirtió tal aptitud causal, cabe hablar de un error vencible de este, en su caso relevante, o bien de un error burdo (ceguera ante los hechos), sobre cuya relevancia cabe discutir en los términos ya expuestos.

155 El criterio para determinar la convergencia o divergencia de la representación intersubjetiva (o subjetiva) con la realidad externa no es el curso causal concreto, sino la «clase de riesgo». Por lo tanto, lo que tiene que haber adver-

---

[233] *Binding* (1919), 93 ss.; *el mismo*, Normen, III, 1876, 217 ss.

[234] Distinto, *Kindhäuser*, ADPCP 2006, 63 ss.

tido el espectador intersubjetivo —a los efectos de la desaprobación *ex ante* de la conducta del autor— o el propio autor —a los efectos de la imputación subjetiva a título de dolo— es que en la conducta del agente estaba presente la misma clase de riesgo que se ha realizado en el resultado.[235] Los supuestos de errores sobre el proceso causal concreto se han planteado comúnmente en el ámbito del homicidio y de las lesiones. Sin embargo, en realidad son posibles en cualquier delito, aunque entonces no se pueden denominar desviaciones causales o errores sobre el proceso causal. En efecto, la forma correcta de designar el problema es aludir a él con la expresión: «error sobre el modo concreto de realización del tipo». Así, por ejemplo, cabe pensar en quien encubre a otro, pero cree que el delito cometido por el sujeto encubierto es un hurto, cuando en realidad es un homicidio —o viceversa—.[236] O en el caso de quien comete un delito de blanqueo de activos, creyendo que el delito concreto del que proceden los activos es uno, cuando en realidad es otro.[237] En casos así, el *error in obiecto* y el error sobre el proceso causal —subespecies de un género— tienden a identificarse.

5.2.5. *El dolo general* (dolus generalis)

156 En los casos de *dolus generalis* un agente realiza, en una primera fase, una conducta desaprobada e imputable subjetivamente a título de dolo que, sin embargo, no produce el resultado lesivo. A continuación, en una segunda fase temporal, realiza sin dolo una conducta idónea para producir el resultado lesivo inicialmente pretendido, que efectivamente lo produce. El caso paradigmático es el de un sujeto que quiere estrangular a la víctima y cree haberlo conseguido. Entonces, para ocultar el supuesto cadáver, arroja el cuerpo al mar. Sin embargo, *ex post* la autopsia revela la presencia de agua en los pulmones, que pone de relieve que la muerte no se produjo por estrangulamiento, sino por ahogamiento. Como puede advertirse, la terminología latina usada pone de relieve que un sector de la doctrina decimonónica entendió que el problema se podía resolver imputando subjetivamente al agente el resultado finalmente producido. Desde entonces, el debate ha discurrido entre la solución de la consumación,[238] la de la tentativa[239] y algunos planteamientos distintivos en función de las variantes fácticas de la estructura mencionada.[240]

157 La solución de la consumación sostiene que, dada una congruencia general entre el dolo inicial del sujeto y el resultado final, es posible imputar este último al agente. Ello, aunque este no se hubiera representado el curso

---

[235] Relativamente próximo, *Gómez Benítez*, LH Roxin, 1994, 91 ss.

[236] Art. 452 CP español.

[237] Art. 301.2 CP español.

[238] *Puppe*, LH Mir Puig, 2017, 812-813.

[239] *Engisch* (1930), 72.

[240] *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 74; *Sancinetti* (2002); *Alonso Álamo*, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 53 ss.; *Sanz Morán*, InDret 3/2016, 1 ss.

lesivo en todo su detalle. Ahora bien, una solución así parte de dos premisas básicas, que en este texto se han descartado. Por un lado, de la adopción de una perspectiva *ex post*, que obliga a prescindir de la teoría de las normas de conducta y, en relación con esta, de la doctrina de la conducta desaprobada. Por otro lado, de una concepción del dolo que no lo vincula al conocimiento del sentido de la conducta, sino que lo identifica con la voluntad de consumación. Pues bien, este planteamiento no advierte que, si la conducta llevada a cabo en la segunda fase temporal, desde una perspectiva intersubjetiva *ex ante*, no parecía peligrosa —parecía que el cuerpo arrojado al agua era ya cadáver—, ni siquiera es posible sostener en ese momento la concurrencia de un comportamiento desaprobado. En cambio, si, desde una perspectiva intersubjetiva *ex ante*, podía percibirse que se trataba de una persona viva, pero el agente lo desconocía —tal como reza el ejemplo— entonces la conducta de este será imprudente, con independencia del propósito de consumación que tuviera en la fase primera.

158 Así pues, la asunción de las doctrinas de la norma de conducta, del comportamiento desaprobado y del dolo entendido como criterio de imputación subjetiva de la conducta solo pueden conducir a apreciar una tentativa de homicidio por lo realizado en la primera fase del hecho. Por su parte, lo realizado en la segunda fase debe ser calificado como un homicidio imprudente o bien, en su caso, como una conducta no desaprobada.[241] Esto, además, permite comprobar la capacidad crítica de dichas doctrinas. En efecto, estas restringen la responsabilidad penal en virtud de exigencias cualificadas de congruencia y de coincidencia temporal entre todos los elementos del delito, que les pasan desapercibidas a otras construcciones sistemáticas.

5.3. El dolo de los sujetos con patologías mentales

159 La patología psíquica que sufre un sujeto puede llegar incluso a impedirle la percepción física del contexto de su conducta o el procesamiento teórico de lo que percibe mediante los sentidos. Mucho más puede impedirle el manejo de los códigos sociales relativos al significado y a la valoración de los hechos. Sin embargo, esto por sí solo no exige que el juicio relativo a la imputabilidad tenga una ubicación sistemática previa a la del dolo y la imprudencia. En efecto, las patologías que producen errores de percepción física o en cuanto a las reglas de atribución de sentido afectan ya a la capacidad técnica del sujeto. Es decir, a la propia posibilidad de evitar la propia conducta. En cambio, el dolo de quienes no conocen la antijuridicidad de su conducta manifiesta ciertamente una capacidad cualificada de evitación del resultado, pero no una negación del Derecho. Igualmente, el dolo de quienes conocen dicha antijuridicidad, pero no pueden actuar conforme a tal representación, tampoco expresa la mencionada negación del Derecho. Por lo tanto, estos últimos dos grupos de

[241] Similar, *Sancinetti* (2002). Matizadamente crítico, *Roxin* (2002).

sujetos muestran una capacidad cualificada de evitación del hecho, pero no niegan el Derecho, por falta de capacidad de hacerlo.

Ciertamente, cabe preguntarse por el sentido que tiene la distinción de **160**
ambas capacidades. Desde luego, de entrada, esta es meramente conceptual. Sin embargo, dado que la legislación penal española, como la mayoría de las actuales, distingue dos clases de error, aquella diferenciación cuenta a su favor con el argumento legal-exegético. Por lo demás, la distinción legal conlleva como consecuencia no menor una diferencia de valoración y de pena. Esta no puede negarse pese a que existan crecientes dudas doctrinales sobre su razonabilidad. Pues bien, en este contexto, parece conveniente distinguir entre los casos en que una alteración o anomalía psíquica causa un error excluyente del dolo y aquellos en los que causa un error sobre la ilicitud o bien una incapacidad de actuar conforme a la propia comprensión de lo ilícito. Por todo ello, aquí se ha optado por ubicar el dolo como forma de imputación subjetiva de modo sistemáticamente previo a la constatación de la imputabilidad del agente, que es entendida como capacidad de culpabilidad.

6. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS CASOS DE ERROR DE TIPO CON EFECTO ABSOLUTORIO

El art. 119 CP español señala que «en todos los supuestos del artículo ante- **161**
rior, el Juez o Tribunal que dicte sentencia absolutoria por estimar la concurrencia de alguna de las causas de exención citadas, procederá a fijar las responsabilidades civiles salvo que se haya hecho expresa reserva de las acciones para reclamarlas en la vía que corresponda». Por su parte, el art. 118.2 CP señala que «en el caso del artículo 14, serán responsables civiles los autores del hecho». Si se interpretan sistemáticamente ambos artículos, resulta que la regla del artículo 118.2 es aplicable, en primer lugar, a los supuestos de error invencible de tipo y de prohibición. Además, en segundo lugar, opera en los casos de error vencible de tipo por imprudencia grave en los que, como consecuencia del sistema de *numerus clausus* de incriminación de la imprudencia, el supuesto de hecho debe quedar impune. En tercer lugar, debe aplicarse a los casos de error vencible de tipo por imprudencia menos grave —salvo en el caso del homicidio y de las lesiones graves, legalmente previstos— y de imprudencia leve. En efecto, todos estos casos dan lugar a la exención de pena. Vista así, la función político-jurídica de esta regla es evidente. En efecto, se trata de evitar el denominado «peregrinaje de jurisdicciones», que obligaría a la persona dañada a iniciar un procedimiento civil por la absolución jurídico-penal del sujeto activo del daño. Ahora bien, del art. 118.2 CP se desprende que la responsabilidad civil en este caso alcanza solo a los autores —en el antiguo sentido legal amplio, comprensivo de los inductores y de los cooperadores necesarios—. De este modo, se sienta una excepción al art. 116 CP, que extiende la responsabilidad civil a los cómplices. En fin, el error vencible de tipo en los demás supuestos y el error vencible de prohibición dan

lugar a responsabilidad civil de modo general (art. 116 CP), de modo que no se incluyen en esta regla.

X. LOS LLAMADOS «ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO»

162 La denominación de elementos subjetivos del «tipo» o del «injusto»[242] designa determinados elementos distintos del dolo cuya concurrencia es precisa para la comisión de determinados delitos.[243] Como se ha indicado, su identificación y denominación a principios del siglo XX fue expresión de la superación de la concepción causalista-naturalista del tipo dogmático, mediante la inclusión en este de la dimensión de sentido social del hecho (*cfr. supra* capítulo 9/71 ss.). En efecto, en aquel momento la doctrina advirtió que el tipo no describe fenómenos empíricos, sino hechos dotados de significado. Al mismo tiempo, observó que en muchos casos resulta imposible determinar el sentido social de una conducta sin tener en cuenta elementos pertenecientes a lo interno del agente —un determinado *animus*—, en la medida en que estos trasciendan al mundo exterior. Ciertamente, algunos autores entendieron que tales elementos, aunque referidos en el tipo legal del delito correspondiente, no se integraban en el tipo en sentido dogmático, sino que su ubicación sistemática se hallaba en la antijuridicidad. Este es el fundamento de las divergencias terminológicas acerca de su carácter como elementos subjetivos «del tipo» o «del injusto». Por lo demás, algunos de los elementos «subjetivos» —entendidos como elementos de la actitud interna— se integraron en la categoría sistemática de la culpabilidad (*cfr. supra* capítulo 10/67 ss.).

163 La reubicación —llevada a cabo por los autores finalistas— del dolo natural en el denominado «tipo subjetivo» del delito dio lugar al acomodo de tales elementos junto a él —como elementos subjetivos del tipo adicionales—. Sin embargo, es preciso advertir que tales elementos no desempeñan ninguna función de imputación subjetiva. Por el contrario, contribuyen a la determinación del sentido y, en consecuencia, de la valoración de la conducta que se imputa subjetivamente al agente.[244] Esto quiere decir que su función difiere de la específica del dolo y, en cambio, coincide con la de los elementos normativos del tipo, en concreto, con los elementos de sentido.[245] En efecto, como se ha indicado, el juicio de tipicidad intersubjetiva *ex ante* de la conducta no tiene una naturaleza empírica sino significativa. A su vez, el sentido de la conducta no viene dado solo por los aspectos externos de esta, sino también por aspectos internos, en la medida en que estos se manifiestan al exterior.

---

[242] En italiano: «*dolo specifico*». Monográficamente: *Picotti* (1993). Se hallan identificados también en la doctrina francesa («*dol spécial*») y en la angloamericana, que los denomina «*special intent*» o, sin más, «*animus*»: *Stuckenberg*, Revista do Instituto de Ciências Penais 6 (2021), 35.

[243] *Guardiola García*, RDyPP 6 (2001), 40 ss.; *Martínez-Buján*, TyD 13 (2013), 235 ss.; *el mismo* (2021), 58 ss., 263 ss.; *Ragués i Vallès*, LH Mir Puig, 2017, 817 ss.

[244] Próximo, *Picotti* (1993), 502 ss.

[245] *Mezger*, GS 89 (1924), 20 ss.; *Hegler*, FG Frank, I, 1930, 251 ss.

Esta incidencia se manifiesta en los denominados «elementos de tendencia interna trascendente», como el ánimo de apropiación, en los delitos contra la propiedad, o el de obtener un lucro, en los delitos patrimoniales. También en los llamados «delitos de intención», en cuyo seno cabe distinguir los «delitos de resultado cortado» (art. 395 CP español) y los «delitos mutilados de dos actos», en función de que el elemento intencional se refiera a un fenómeno independiente o dependiente de la realización de una segunda conducta del autor.[246] En realidad, entre estos puede considerarse la voluntad de producción del resultado. Esta última determina la asignación a una conducta del sentido de un «intento» —que en su caso puede concluir en una tentativa o en una consumación—.[247] Un tercer grupo es el de los «elementos de tendencia interna intensificada», como el ánimo lúbrico en los delitos sexuales.

164 Ciertamente, existe una tendencia doctrinal a reconstruir el «*animus*» propio de los elementos subjetivos del tipo mediante una estructura dual. En concreto, exigiendo, por un lado (i), que la conducta realizada por el agente muestre la respectiva idoneidad intersubjetiva *ex ante*; y por otro (ii), la representación del sujeto acerca de esa idoneidad. Así, el ánimo de apropiación no consistiría en que el sujeto activo obre con ninguna «finalidad específica», sino en que su conducta sea apta para producir una apropiación y el sujeto fuera consciente de ello. Ciertamente, ello puede ser correcto en algunos delitos. Un ejemplo plástico de este manejo de los elementos «subjetivos» es la evolución producida en la jurisprudencia española a propósito de los delitos sexuales. En efecto, en estos se partía de exigir un elemento subjetivo entendido como ánimo libidinoso o «propósito de obtener una satisfacción sexual». Progresivamente, en cambio, ello se ha ido redefiniendo en términos de exigir que la conducta tenga un significado sexual —de modo que el sujeto pasivo sienta el acto como una invasión de su sexualidad— y el sujeto activo se represente tal significado.

165 Sin embargo, ello no da cuenta de la relevancia específica que tienen algunas finalidades del sujeto, que afectan *per se* al significado de su conducta. Por ejemplo, para cometer unas injurias basta con que el sujeto activo profiera una expresión insultante con conocimiento de su significado. Aquí no es preciso ningún *animus* adicional, sino que la conducta es ya típica. Ahora bien, cabe que una expresión generalmente no insultante adquiera significado injurioso al ser proferida con *animus iniurandi* o «ánimo de injuriar».[248] Con todo, los «elementos tendenciales» que influyen en el significado de la conducta sin poder ser reconstruidos en términos de «idoneidad objetiva + conocimiento», también deben poder ser imputados a título de dolo.[249] Viceversa, tampoco las exclusiones de la tipicidad que se construyen legalmente sobre la base de

---

[246] *Gil Gil*, RDPC 6 (2000), 114 ss.

[247] Sin embargo, Welzel —y una amplia doctrina influida por él— consideraba que la voluntad de consumación era el dolo de la tentativa (*cfr. infra* capítulo 15/86 ss.).

[248] *Ragués i Vallès*, LH Mir Puig, 2017, 822 ss.

[249] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, I, c. 16, a. 5: «*intellectus intelligit voluntatem*» (el intelecto conoce la voluntad). Distinto, *Martínez-Buján* (2017), 54 ss.; *el mismo* (2021), 77 ss.

una finalidad del sujeto activo son susceptibles de una reconfiguración en los puros términos de «idoneidad objetiva de la conducta + representación de dicha idoneidad por parte del agente». Por ejemplo, la ayuda a que una persona —que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea— entre en territorio español vulnerando la legislación de extranjería de entrada es típica. Pero deja de serlo «cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate» (art. 318 bis CP español).

166 La concurrencia de los llamados elementos subjetivos, dado que contribuye a la determinación del sentido de la conducta del sujeto, se adscribe a dicha conducta. Sin embargo, esta adscripción no puede hacer abstracción de la perspectiva psicológico-individual del agente.[250] Esto significa que, como ya se ha indicado, no es obligado establecer una disyuntiva entre el método empírico-descriptivo y el método normativo-adscriptivo.[251] En efecto, este último método no puede construirse sobre el vacío, sino que los datos empíricos-individuales que se posean forman parte de la base subyacente al juicio normativo-adscriptivo. En otras palabras, constituyen indicadores, que deben ser objeto de la prueba pericial psicológica, psiquiátrica o neurobiológica, cuya carga le corresponde a la acusación. Es verdad que un sector de la doctrina sostiene que, en la regla jurídica-sustantiva de adscripción del elemento correspondiente, otros indicadores «objetivo-sociales» pueden prevalecer sobre los datos estrictamente psíquicos.[252] Sin embargo, ya se ha indicado que en esta obra se sostiene una concepción equilibrada en cuyo marco esto no puede sostenerse de modo categórico.

167 Por su parte, la conformación del juicio normativo-adscriptivo puede variar en función de que el correspondiente elemento se caracterice como expresivo de un significado social o, de modo preciso, de un significado jurídico. En el primer caso, el significado social concretamente atribuido también debe ser objeto de prueba, pero no psicológico-individual, sino psicológico-social o sociológica. En definitiva, la regla adscriptiva del significado social es, por completo, una cuestión de hecho (*quaestio facti*). En cambio, en el segundo caso, la adscripción, que tiene su base en indicadores psicológico-individuales y sociales, debe fundamentarse sobre la base de argumentos jurídicos. Por lo tanto, comprende una *quaestio facti* —los indicadores— pero sobre ella se suscita también una cuestión de Derecho (*quaestio iuris*), en relación con los argumentos integrantes de la regla. Esta distinción debe tenerse en cuenta a la hora de establecer la competencia jurisdiccional para la revisión en vía de recurso de unos y otros aspectos.

---

[250] *Díez Ripollés* (1990), 304 ss.; próxima, *Laurenzo Copello* (1999), 210 ss.

[251] Sin embargo, *Díez Ripollés* (1990), 301.

[252] Ya *Volk*, FS Bockelmann, 1979, 75 ss.; *el mismo* (1980), 20.

Capítulo 13

LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA A TÍTULO DE IMPRUDENCIA

Bibliografía seleccionada: *Abraldes*, Delito imprudente y principio de confianza, 2010; *Alexander*, Reconsidering the Relationship Among Voluntary Acts, Strict Liability, and Negligence in the Criminal Law, Soc. Phil. & Policy 7 (1990), 84; *el mismo*, Is There a Case for Strict Liability?, CL&Phil 12 (2018), 531; *Alexander/Ferzan*, Crime and Culpability, 2009; *los mismos*, Against Negligence Liability, en: Robinson/Garvey/Ferzan (eds.), Criminal Law Conversations, 2009, 273; *Altavilla*, La colpa, 1956; *Bacigalupo*, Sobre los delitos preterintencionales, los delitos cualificados por el resultado y el principio de culpabilidad, LH Fernández Albor, 1989, 45; *el mismo*, Sobre la dogmática del delito culposo, LH Bajo Fernández, 2016, 51; *Baron*, Negligence and the Mens Rea Requirement, JRE 27 (2019), 325; *Basile*, La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva, 2005; *S. Beck*, Standardisiertes Outsourcing. Zur Bedeutung nichtstaatlicher Normen für die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, ZStW 131 (2019), 967; *Binding*, La culpabilidad en Derecho penal (1919), 2009; *Birnbaum*, Leichtfertigkeit: zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz, 2000; *Brady*, Punishment for Negligence: A Reply to Professor Hall, Buffalo L. R. 22 (1972), 107; *el mismo*, Conscious Negligence, American Philosophical Quarterly 33 (1996), 326; *Brunelli*, Riflessioni sulla colpa con previsione, RIDPP 2020, 1305; *Burghardt*, Zufall und Kontrolle, 2018; *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974; *Burkhardt*, Fahrlässigkeit als individuelle Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung, en: Kindhäuser *et al.* (Hrsg.), Strafrecht und Gesellschaft, 2019, 441; *Canepa*, L'imputazione soggettiva della colpa, 2011; *Canestrari*, L'illecito penale preterintenzionale, 1989; *el mismo*, La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo, Studi in onore di Franco Coppi, I, 2011, 73; *Castaldo*, L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento, 1989; *el mismo*, Non intelligere quod omnes intelligunt, 1992; *Castronuovo*, La colpa penale, 2009; *Cerezo Mir*, El versari in re illicita en el Código penal español, ADPCP 1962, 47; *el mismo*, El tipo de injusto de los delitos de acción culposos, ADPCP 1983, 471; *Civello*, La colpa eventuale nella società del rischio, 2013; *Colombi Ciacchi*, Fahrlässigkeit und Tatbestandsbestimmtheit: Deutschland und Italien im Vergleich, 2005; *Contreras Chaimovich*, El injusto de comportamiento en los delitos de homicidio y lesiones imprudentes, en: Perin (ed.), Imputación penal y culpabilidad, 2020, 213; *el mismo*, Mandato constitucional de determinación y delitos imprudentes de homicidio y lesiones, PolítCrim 16 (2021), 164; *Corcoy Bidasolo*, El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, 1989 (2.ª, 2005); *Cornacchia*, Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio, 2004; *Cuello Contreras*, Culpabilidad e imprudencia, 1990; *el mismo*, Finalidad, imprudencia e imputación, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 779; *el mismo*, Dolo y valoración, RECPC 22 (2020), 1; *de la Cuesta Aguado*, Imprudencia y energía nuclear, La Ley 2/2000, 1790; *Daunis Rodríguez*, La imprudencia menos grave, InDret 3/2018, 1; *el mismo*, Sobre la progresiva despenalización de la imprudencia en el ordenamiento español, RP 41 (2018), 41; *el mismo*, La graduación de la imprudencia punible, 2020; *Díaz y García Conlledo*, El error sobre elementos normativos del tipo penal, 2008; *Donini*, L'elemento soggettivo della colpa, RIDPP 2013, 124; *el mismo*, Prassi e cultura del reato colposo, DPC-RT 2019, 1; *el mismo*, Evoluciones más recientes de las categorías y políticas de la culpa penal, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 561; *Duff*, Intention, Agency, and Criminal Liability, 1990; *el mismo*, Choice, Character and Criminal Liability, L&Ph 12 (1993),

345; *Duttge*, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, 2001; *el mismo*, Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit, GA 2003, 451; *el mismo*, Erlaubtes Risiko in einer personalen Unrechtslehre, FS Maiwald, 2010, 133; *el mismo*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Zeitalter moderner Katastrophen, FS Yamanaka, 2017, 29; *Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; *Exner*, Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910; *Feijóo Sánchez*, La imprudencia en el Código penal, CPC 62 (1997), 303; *el mismo*, Los límites políticos-criminales de la responsabilidad por imprudencia: la imprudencia leve como hecho punible, PJ 61 (2001), 105; *el mismo*, Resultado lesivo e imprudencia, 2001; *Fellenberg*, Zeitliche Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung, 2000; *Finkelstein*, Responsibility for Unintended Consequences, Ohio State J. C. L. 2 (2005), 579; *Fletcher*, The Theory of Criminal Negligence, U. Pennsylvannia L. R. 119 (1971), 401; *Forti*, Colpa ed evento nel diritto penale, 1990; *de Francesco*, Il modello analitico fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato, RIDPP 1991, 107; *Freund*, Die Definitionen von Vorsatz und Fahrlässigkeit, FS Küper, 2007, 63; *Frisch*, Konzepte der Unrechtsbegründung, FS Sancinetti, 2020, 347; *Gardner*, The Negligence Standard: Political not Metaphysical, MLR 80 (2017), 1; *Gil Gil*, El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado, 2007; *la misma*, Acción, norma, injusto y delito imprudente, Icade 74 (2008), 87; *Gimbernat Ordeig*, Causalidad, omisión e imprudencia, ADPCP 1994, 5; *el mismo*, A propósito de la omissio libera in causa, LH Bajo Fernández, 2016, 91; *Giunta*, Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa, I. La fattispecie, 1993; *el mismo*, La normatività della colpa penale, RIDPP 1999, 86;; *Gössel*, Norm und fahrlässiges Verbrechen, FS Bruns, 1978, 43; *Gómez Lanz*, Mejoramiento humano y responsabilidad penal, PolítCrim 16 (2021), 557; *González Lillo*, (Re)consideraciones sobre la llamada imprudencia inconsciente, InDret 2/2019, 1; *el mismo*, Notas sobre la concurrencia de comportamientos y la construcción del nexo de imputación en el injusto imprudente, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 629; *Greco*, Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum Problem des Sonderwissens, ZStW 117 (2005), 519; *Greenberg*, Epistemic Responsibility and Criminal Negligence, CL&Phil 14 (2020), 91; *Grotto*, Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica, 2012; *Guanais de Aguiar Filho*, Imprudencia inconsciente y Derecho penal de la culpabilidad. Tesis doctoral UPF, 2015; *K. Günther*, De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber, en: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), La insostenible situación del Derecho penal, 2000, 489; *Guisasola Lerma*, La imprudencia profesional, 2005; *K. A. Hall*, Über die Leichtfertigkeit, FS Mezger, 1954, 229; *J. Hall*, Negligent Behavior Should Be Excluded From Penal Liability, Columbia L. R. 63 (1963), 632; *Hart*, Negligence, Mens Rea, and Criminal Responsibility, en: Punishment and Responsibility, 1968, 136; *Hava García*, La imprudencia inconsciente, 2002; *la misma*, El tipo de injusto del delito imprudente, 2013; *la misma*, La compleja configuración de la imprudencia médica, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 495; *Hernández Basualto*, Deberes de cuidado independientes del posible comportamiento posterior de otro y autoría imprudente (accesoria), LH Mir Puig, 2017, 607; *Herzberg*, Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit, GA 2001, 568; *el mismo*, Gedanken zur finalen Handlungslehre, RECPC 10 (2008), 1; *el mismo*, Die Fahrlässigkeit als Deliktsvoraussetzung und das Bestimmtheitsgebot, ZIS 2011, 444; *Huigens*, Virtue and Criminal Negligence, Buffalo C. L. R. 1 (1998), 431; *Hurd*, Finding No Fault with Negligence, en: Oberdiek (ed.), Philosophical Foundations of the Law of Torts, 2014, 387; *Husak*, Negligence, Belief, Blame and Criminal Liability: The Special Case of Forgetting, CL&Phil 5 (2011), 199; *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; *el mismo*, La imputación objetiva en Derecho penal, 1996; *el mismo*, Erfolgsunwert und Rationalität, FS Samson, 2010, 43; *el mismo*, Kritik des Vorsatzbegriffs, 2020; *Jorge Barreiro*, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, 1990; *Arm. Kaufmann*, Das fahrlässige Delikt, ZRvgl 1964, 41; *Arth. Kaufmann*, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949; *el mismo*, Das Schuldprinzip, 1961; *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989; *el mismo*, El tipo subjetivo en la construcción del delito, InDret 4/2008, 1; *el mismo*, Zur Funktion von Sorgfaltsnormen, FS Schünemann, 2014, 143; *el mismo*, Acerca de la fundamentación de las exigencias de cuidado, REJ 22

(2015), 15; *Knobe*, Intentional Action and Side Effects in Ordinary Language, *Analysis* 63 (2003), 190; *Koch*, Die Entkriminalisierung im Bereich der fahrlässigen Körperverletzung und Tötung, 1998; *el mismo*, Zur Strafbarkeit unbewusster Fahrlässigkeit, ZIS 2010, 175; *Köhler*, Die bewußte Fahrlässigkeit, 1982; *Kröger*, Der Aufbau der Fahrlässigkeitsstraftat, 2016; *Kudlich*, Die Verletzung gesetzlicher Sondernormen und ihre Bedeutung für die Bestimmung der Sorgfaltspflichtverletzung, FS Otto, 2007, 373; *Kuhlen*, Zur Problematik der nachträglichen ex ante Beurteilung, en: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), Recht und Moral, 1991, 341; *Kuttner*, Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalien Gregors IX., 1935; *Lacey*, Estudios críticos sobre responsabilidad penal y política criminal comparada, 2021; *K. Levy*, The Solution to the Problem of Outcome Luck, L&Ph 24 (2005), 263; *Linnenbank*, Der Rückschaufehler bei strafrechtlichen Fahrlässigkeitsbeurteilungen, 2020; *Loening*, Die Zurechnungslehre des Aristoteles, 1903; *Lübbe*, Handeln und Verursachen: Grenzen der Zurechnungsexpansion, en: la misma (Hrsg.), Kausalität und Zurechnung, 1994, 223; *Luhmann*, Soziologie des Risikos, 1991; *Maiwald*, Die Unzumutbarkeit — Strafbegrenzendes Prinzip bei den Fahrlässigkeitsdelikten, FS Schüler-Springorum, 1993, 475; *Mannheim*, Der Maßstab der Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1912; *Mañalich*, La imprudencia como estructura de imputación, RCP 3 (2015), 13; *Maraver Gómez*, El principio de confianza en Derecho penal, 2009; *Marinucci*, La colpa per inosservanza di leggi, 1965; *el mismo*, La colpa. Studi, 2013; *Martín Lorenzo*, Caso del chapista, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 405; *Martínez-Buján*, Los elementos subjetivos de la antijuridicidad, 2021; *Massaro*, *La colpa nei reati omissivi impropri*, 2011; *Mattheudakis*, L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale, 2020; *Sousa Mendes*, O torto intrinsecamente culposo como condição necessária da imputação da pena, 2007; *Mikus*, Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts, 2002; *Mir Puig*, La infracción penal, la definición del artículo 10 y la regulación de la imprudencia en el nuevo Código Penal, LH Valle Muñiz, 2001, 499; *Moccia*, El problema de la responsabilidad objetiva, LH Bacigalupo, I, 2004, 527; *Molina Fernández*, Antijuridicidad penal y sistema del delito, 2001; *el mismo*, La cuadratura del dolo, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 691; *Mongillo*, Il lato oscuro della colpa con representazione, DPC-RT 2/2018, 247; *Montiel Fernández*, Drei Thesen zum Fahrlässigkeitsdelikt, FS Kindhäuser, 2019, 323; *el mismo*, Legalidad e imputación en Derecho penal, 2020; *el mismo*, Imprudencia y estructuras de responsabilidad penal, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 755; *Moore*, Choice, Character, and Excuse, en: el mismo, Crime, Culpability, and Remedy, 1990, 29; *el mismo*, The Independent Moral Significance of Wrongdoing, Journal of Contemporary Legal Issues 5 (1994), 1; *Moore/Hurd*, The Culpability of Negligence, LH Duff, 2011, 311; *los mismos*, Punishing the Awkward, the Stupid, the Weak and the Selfish: The Culpability of Negligence, CL&Phil 5 (2011), 147; *Moore/Loewenstein*, Self-interest, Automaticity, and the Psychology of Conflict of Interest, Social Justice Research 17 (2004), 189; *Morillas Cueva*, La complicada distinción entre la imprudencia grave y menos grave, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 771; *el mismo*, Doble posición de la imprudencia en la teoría jurídica del delito, LH Díez Ripollés, 2023, 907; *Morse*, The Moral Methaphysics of Causation and Results, California L. R. 88 (2000), 879; *el mismo*, Reason, Results and Criminal Responsibility, U. Illinois L. R. 2004, 363; *Moura*, Os limites temporais da negligência nos crimes de resultado, en: AA.VV., O Direito penal e o tempo, 2016, 89; *Padovani*, Il grado della colpa, RIDPP 1969, 818; *Pantaleón Díaz*, Delito y responsabilidad civil extracontractual, 2022; *Pastor Muñoz*, Programas de cumplimiento y normas de conducta jurídico-penales, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 811; *Pereda*, El versari in re illicita en la doctrina y en el Código penal. Solución suareciana, 1948; *Pérez Barberá*, Dolo como plus o aliud de la imprudencia, LH Luzón Peña, I, 2020, 917; *Pérez Manzano*, Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995, 1999; *Pérez del Valle*, La imprudencia en el Derecho penal: el tipo subjetivo del delito imprudente, 2012; *el mismo*, Responsabilidad civil, delito y coherencia del orden jurídico, InDret 4/2021, 205; *Perin*, La crisi del "modello nomologico" fra spiegazione e prevedibilità dell'evento nel diritto penale, RIDPP 2014, 1371; *el mismo*, Conocimientos científicos, tecnologías convergentes y Derecho penal, en: AA.VV., *Tecnologías convergentes: desafíos éticos y jurídicos*, 2016, 145; *el mismo*, La condotta lesiva colposa, PolítCrim

12 (2017), 207; *el mismo*, Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio, 2020; *Pillsbury*, Crimes of Indifference, Rutgers L. R. 49 (1996), 105; *Piña Rochefort*, Conocimiento y sistemas cognitivos. Algunas consideraciones sobre la imprudencia, RCP XLII (2015), 37; *Posner*, A Theory of Negligence, International Journal of Legal Studies 1 (1972), 29; *el mismo*, An Economic Theory of the Criminal Law, Columbia L. R. 85 (1985), 1193; *Puppe* División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica, InDret 4/2006, 1; *Quintano Ripollés*, Culpa e imprudencia en la doctrina y en la práctica, ADPCP 1954, 45; *el mismo*, Derecho Penal de la culpa (imprudencia), 1958; *Raz*, Responsibility and the Negligence Standard, OJLS 30 (2010), 1; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997; *el mismo*, Die Fahrlässigkeitstat aus normtheoretischer Sicht, en: el mismo (Hrsg.), Normentheorie, 2022, 119; *Reyes Romero*, Sobre la construcción de la exigencia de cuidado, PolítCrim 10 (2015), 56; *Robinson*, The Role of Harm and Evil in Criminal Law: A Study in Legislative Deception?, Journal of Contemporary Legal Issues 5 (1994), 299; *Rodriguez-Blanco/Pavlakos* (eds.), Agency, Negligence and Responsibility, 2021; *Rogé Such*, La relación entre dolo e imprudencia. ¿Aliud o plus-minus?, InDret 3/2022, 172; *Romeo Casabona*, La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente, LH Cerezo Mir, 2002, 941; *el mismo*, Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo, 2005; *Rostalski*, Normentheorie und Fahrlässigkeit, GA 2016, 73; *Roxin/Jakobs/Schünemann/Frisch/Köhler*, Sobre el estado de la teoría del delito, 2000; *Rueda Martín*, La concreción del deber de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa, InDret 4/2009, 1; *Ruga Riva*, Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica, LH Marinucci, II, 2006, 1743; *Ruiz López*, La graduación del delito imprudente, 2011; *Sacher*, Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand, 2006; *Salvador/Castiñeira*, Prevenir y castigar, 1997; *Sancinetti*, Teoría del delito y disvalor de acción, 1991; *el mismo*, Dogmática del hecho punible y ley penal, 2003; *Schladitz*, Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung, 2021; *Schlüchter*, Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit, 1996; *Schmitz*, Nullum crimen sine lege und die Bestrafung fahrlässigen Handelns, FS Samson, 2010, 181; *Schuhr*, Die Nachfahren der culpa im Wirtschaftsstrafrecht, ZStW 131 (2019), 985; *Schünemann*, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, 435, 511, 575, 647, 715, 787; *Serrano González de Murillo*, Teoría del delito imprudente, 1991; *Sher*, Who Knew? Responsibility without Awareness, 2009; *Silva Sánchez*, La regulación de la imprudencia, en: El nuevo Código penal, 1997, 79; *el mismo*, Medicinas alternativas e imprudencia médica, 1999; *el mismo*, Verschämte Zufallshaftung bei fahrlässigen Straftaten?, FS Sancinetti, 2020, 669; *el mismo*, *¿Genera derechos la buena suerte?*, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 921; *el mismo*, El riesgo permitido en Derecho penal económico, 2022; *Simester* (ed.), Appraising Strict Liability, 2005; *Simmler*, Normstabilisierung und Schuldvorwurf, 2017; *Simons*, Culpability and Retributive Theory: The Problem of Criminal Negligence, Journal of Contemporary Legal Issues 5 (1994), 365; *el mismo*, When Is Strict Liability Just?, J. C. L. & Cr 87 (1997), 1075; *Sousa e Brito*, A negligência inconsciente entre a dogmática penal e a neurociência, 2015; *Spilgies*, Über die Aporie der Schuldbegründung bei unbewusster Fahrlässigkeit, ZIS 2010, 490; *Stark*, Culpable Carelessness. Recklessness and Negligence in the Criminal Law, 2016; *Stoppenbrink*, Verantwortung für unabsichtliches Handeln, 2016; *Stratenwerth*, Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt, FS Jescheck, I, 1985, 285; *el mismo*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht (1963), en: Aebersold *et al.* (Hrsg.), Beiträge zu Grundfragen eines zeitgemässen Strafrechts, 2017, 297; *Struensee*, La estructura de los delitos de omisión imprudente (1977), en: Avances, 2005, 239 ss.; *el mismo*, El tipo subjetivo del delito imprudente, ADPCP 1987, 423; *el mismo*, Individueller Maßstab der Fahrlässigkeit, FS Samson, 2010, 199; *Tavares*, Direito penal da negligência, 2003; *Toepel*, Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1992; *Torío López*, Sobre los límites de la ejecución por imprudencia, ADPCP 1972, 53; *el mismo*, El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos, ADPCP 1974, 26; *el mismo*, Versari in re illicita y delito culposo. El denominado caso fortuito impropio, ADPCP 1976, 17; *Valbonesi*, Evoluzione della scienza e giudizio di rimproverabilità per colpa. Verso una nuova tipicità del

crimen colposum, 2014; *Valiente Iváñez*, La imputación extraordinaria como modelo de adscripción de responsabilidad jurídico-penal, RECPC 22 (2020), 1; *Varela*, Strict-liability como forma de imputación jurídico-penal, InDret 3/2012, 1; *la misma*, Dolo y error: una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva, 2016; *Veneziani*,Regole cautelari proprie ed improprie nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate, 2003; *de Vicente Remesal*, Prohibición del ejercicio de una especialidad o actividad médica versus prohibición del ejercicio de la medicina en general, LH Mir Puig, 2017, 952; *el mismo*, Fundamento y límites de la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales del autor, RECPC 22 (2020), 1; *el mismo*, El criterio de la figura baremo referencial en la determinación del deber de cuidado en supuestos especiales, LH Luzón Peña, I, 2020, 597; *Villar*, Suerte penal, 2014; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993; *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006; *van Weezel*, Parámetros para el enjuiciamiento de la infracción al deber de cuidado en los delitos imprudentes, RChD 26 (1999), 323; *el mismo*, Culpa iuris, LH Jakobs, 2008, 559; *Weigend*, Zum Verhaltensunrecht der fahrlässigen Straftat, FS Gössel, 2002, 129; *Welzel*, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 1961; *Westen*, Why Criminal Harms Matter: Plato's Abiding Insight in the Laws, CL&Phil 1 (2007), 307; *Gar. Williams*, Taking Responsibility for Negligence and Non-negligence, CL&Phil 14 (2020), 130; *Wolter*, Adäquanz und Relevanztheorie, GA 1977, 257; *el mismo*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973; *Zugaldía Espinar*, La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo, ADPCP 1984, 321.

I. EL FUNDAMENTO DE LA SANCIÓN PENAL DE HECHOS NO DOLOSOS

1. LOS HECHOS FORTUITOS

1 Las legislaciones de todos los países consideran punibles algunas conductas que no son imputables al agente a título de dolo. Estas se denominan imprudentes —o, de modo más ambiguo, culposas—, una noción que provisionalmente puede asimilarse a la de «descuidadas». En cambio, existe un amplio acuerdo teórico en nuestra cultura jurídica acerca de que no debe castigarse el caso fortuito, es decir, el supuesto en el que la conducta del agente da lugar de modo imprevisible —y, por ello, inevitable— a un resultado típico. Sin embargo, este acuerdo no ha existido siempre.[1] Así, antiguamente se consideraron punibles, además de los hechos dolosos y de los imprudentes, las causaciones fortuitas de resultados lesivos. Ciertamente, el alcance del principio de responsabilidad objetiva por el resultado, que era propio del Derecho germánico, se redujo luego, por influencia del Derecho romano-canónico, a los casos en los que tal producción fortuita tenía lugar a partir de una conducta inicial ilícita del agente. Ello dio lugar a que rigiera durante siglos el principio limitador del *versari in re illicita*. De conformidad con él, solo se le imputan los resultados derivados de su conducta a alguien que obra sin dolo ni imprudencia cuando aquel había empezado llevando a cabo una actividad ilícita.[2] En realidad, todavía persisten restos de esta última doctrina

[1] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, II-II, c. 64, a. 8; *Jakobs* (2020), 6-7.

[2] «*versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*»; o bien: «*qui versatur in re illicita respondit etiam pro casu*». *Kuttner* (1935), 185 ss., 200 ss.; *Pereda* (1948), 67-68; *Quintano Ripollés* (1958),

en los códigos penales de algunos países, de modo expresamente reconocido o no. Ello sucede en particular en las regulaciones de los llamados «delitos cualificados por el resultado».

2 Si tenemos en cuenta otras culturas jurídicas, hay que concluir que en la actualidad sigue sin existir acuerdo unánime sobre la exclusión de toda forma de responsabilidad no dolosa ni culposa. Así, en las legislaciones de tradición angloamericana se admite la sanción penal de ciertos hechos con base en un criterio de mera responsabilidad objetiva.[3] En ellos, dada la ostentación de una determinada posición jurídica por parte del sujeto, se considera suficiente la constatación de un vínculo objetivo entre su conducta y el resultado, sin imputación subjetiva alguna. A su vez, la persistencia de esta forma de atribución de responsabilidad penal se justifica por algunos con base en consideraciones de eficiencia económica, en su caso matizadas por criterios de equidad —de razonabilidad, en general—, o en la distribución social de costes. Expresado de otro modo, se sostiene con base en argumentos de política pública.[4] Sin embargo, otros autores la sostienen sobre la base de argumentos morales. Con todo, en la tradición jurídica continental es usual efectuar una dura crítica del modelo angloamericano.

2. LAS CONDUCTAS IMPRUDENTES

3 En el otro extremo, una posición doctrinal —que se suscitó periódicamente en el pasado— sostenía que únicamente deben ser reputados delictivos los hechos dolosos, y no en cambio los imprudentes.[5] Así, la idea de que solo el delito doloso es el verdadero delito, mientras que el imprudente es un «cuasi-delito»,[6] proviene de esa tradición y ha tenido reflejo en algunas legislaciones positivas. Sin embargo, una restricción así no resulta admisible en la práctica del Derecho penal contemporáneo. Por un lado, las conductas imprudentes afectan frecuentemente a bienes intrínsecos de las personas. Por otro, su virtualidad lesiva, como consecuencia de la industrialización, de la conducción masiva de vehículos y de la tecnología, se ha multiplicado en el último siglo y medio. En efecto, a mediados del siglo XX las conductas imprudentes punibles ya habían adquirido una posición central en el sistema socioeconómico y jurídico. A partir del último tercio de ese siglo, la autocomprensión de las sociedades occidentales como «sociedades del riesgo» tecnológico, nuclear, genético y ambiental, ha añadido todavía más centralidad a la imprudencia penalmente relevante.[7]

123; *Cerezo Mir*, ADPCP 1962, 47 ss.

[3] En el original: «*strict liability*». Sobre ello, *Simester*-ed.- (2005); *Varela*, InDret 3/2012, 1 ss.; *Simmler* (2017); *Lacey* (2021), 29 ss.

[4] *Gardner*, MLR 80 (2017), 18.

[5] Críticamente: *Binding* (1919), 16; *el mismo*, Normen, IV, 1919, 65 ss.

[6] *Binding* (1919), 18; *el mismo*, Normen, IV, 1919, 117.

[7] *Quintano Ripollés* (1958), 132-133; *Prittwitz* (1993), 381; *K. Günther* (2000), 489 ss.; *Valbonesi* (2014).

Con todo, es preciso evitar la frecuente asociación mental entre las conduc- 4
tas imprudentes punibles y la afectación de la vida o de la integridad física de terceros. En efecto, en el último medio siglo los legisladores han incriminado la realización imprudente de conductas que afectan a bienes patrimoniales, colectivos y, en particular, a las infracciones de deberes de colaboración con el Estado. Pues bien, en relación con estas últimas no es posible efectuar las mismas consideraciones que con respecto a las que acaban dando lugar a homicidios o lesiones imprudentes. Por lo demás, los delitos imprudentes, aun cuando se refieran a bienes intrínsecos, no pertenecen al núcleo de los delitos *mala in se,* sino a la periferia de estos. Por un lado, incluso frente a bienes intrínsecos, en los casos de imprudencia no tiene lugar una negación plena del reconocimiento del otro. Esta característica de los delitos imprudentes es la que permite que pueda llegar a ser lícito, en estado de necesidad, poner imprudentemente en peligro bienes jurídicos intrínsecos. Por otro lado, la punibilidad de la imprudencia depende de factores socioculturales y jurídicos —elementos normativos— que le dan una imagen parcialmente artificial. Es más, en algunos casos, el delito imprudente puede aparecer como un *malum quia prohibitum,* dada su dependencia directa del contenido de las disposiciones administrativas. Lo que ocurre es que, en estos casos, incluso el propio delito doloso puede ser asimismo un *malum quia prohibitum.* Frente a esto, en otros contextos pueden darse supuestos crasos de imprudencia temeraria frente a bienes intrínsecos —la actuación con temerario desprecio de la vida de los demás— que, dada su proximidad al dolo eventual, sí se pueden calificar como *mala in se* nucleares.

3. EL SIGNIFICADO DEL OBRAR IMPRUDENTE

3.1. La falta de pleno reconocimiento del otro

La expresión «imprudencia» o «culpa» tiene en Derecho penal un signifi- 5
cado distinto del propio de la culpa civil. En efecto, esta última se identifica con la falta de observancia del cuidado objetivamente exigible en el tráfico.[8] En cambio, ello no basta para que concurra una imprudencia penalmente relevante. Por el contrario, para que exista merecimiento de pena debe darse además una imprudencia en sentido personal. Es decir, que el sujeto haya tenido la posibilidad individual de evitación del hecho.[9] Esta —la evitabilidad individual— constituye el criterio propio de la imputación subjetiva a título de imprudencia. Ahora bien, incluso sentado esto, es cierto que la conducta penalmente imprudente de un agente no manifiesta una enemistad frontal de este con el Derecho. A este respecto, se dice que lo que cabe advertir en

---

[8] Muy claro en el *Restatement (Third) of Torts, § 14 Statutory Violations as Negligence Per Se.* «*An actor is negligent if, without excuse, the actor violates a statute that is designed to protect against the type of accident the actor's conduct causes, and if the accident victim is within the class of persons the statute is designed to protect*».

[9] *Quintano Ripollés* (1958), 135 ss.

ella es una «falta de amistad» con el ordenamiento jurídico,[10] aunque esta expresión resulta demasiado ambigua.

6 En realidad, en los casos en los que afecta a los bienes de otra persona —y, sobre todo, si estos son los intrínsecos—, lo que expresa con claridad la conducta imprudente es una falta de reconocimiento y de respeto por el prójimo. Sin embargo, esto no se manifiesta en una instrumentalización o cosificación directa, de modo que no consiste en una negación radical del otro.[11] Por lo tanto, la actuación imprudente revela fundamentalmente insolidaridad, egoísmo, y en este sentido, es una forma de comisión de delitos muy propia de la fragilidad psico-física, moral y social del ser humano.[12] En ella se pone de relieve con claridad la doble dimensión del hombre como razonador práctico y, al mismo tiempo, foco de riesgos para terceros.

3.2. La insolidaridad cualificada

7 Por eso cabe afirmar, con mayor motivo todavía que con respecto a la delincuencia en general, que cualquiera puede incurrir en delitos imprudentes. En efecto, solo quien haya desarrollado de modo sólido la virtud cardinal-intelectual de la prudencia —que ciertamente va mucho más allá de lo que aquí se comenta— puede llegar a excluir la posibilidad de incurrir en conductas imprudentes. En todo caso, para sostener la responsabilidad penal por imprudencia no es preciso acoger una teoría ética basada en la virtud, sino que su fundamento puede construirse perfectamente tanto desde perspectivas deontológicas como desde las consecuencialistas.[13] En efecto, la imprudencia no constituye una manifestación suficiente de autonomía lesiva como para apreciar que la conducta del sujeto comporta una negación plena del Derecho. En ella no se da una expresión de la máxima organización de la propia libertad en términos lesivos, sino que se imputan efectos colaterales del ejercicio de la propia libertad.[14] Sin embargo, en una sociedad compleja parece razonable exigir que se consideren los efectos secundarios de las propias acciones intencionales, cuando un agente se decide a actuar. En realidad, ello forma parte de la posición de garante por la propia persona —por los propios actos—, que no solo alcanza a los efectos seguros o probables, sino también a los meramente posibles.

8 En relación con su dimensión lesiva, la conducta imprudente manifiesta una responsabilidad en virtud de una organización débil del agente o, en otros términos, por la infracción de un deber de solidaridad cualificado por la inje-

---

[10] *Grolmann*, citado por *Binding*, Normen, IV, 1919, 209; *Pawlik* (2016), 141.

[11] *Civello* (2013).

[12] *Tomás de Aquino*, Suma Teológica, I-II, c. 47, art. 2, ad. 3; *Exner* (1910), 165, 177 ss., 233-234; *K. A. Hall*, FS Mezger, 1954, 248; *Quintano Ripollés* (1958), 122 ss., 127; *Welzel* (1964), 151 ss.

[13] *Stoppenbrink* (2016), 75 ss.

[14] *Gar. Williams*, CL&Phil 14 (2020), 130 ss.

rencia. En efecto, se trata de la lesión de un deber de intensidad intermedia, surgido en virtud de una forma asimismo intermedia de autovinculación del agente. Este deber se diferencia de los de solidaridad mínima por el dato de que el sujeto ha optado por actuar, es decir, por ejercer su libertad de organización; o porque ostenta un deber cualificado de actuar. Así las cosas, se advierten dos zonas de fronteras de la imprudencia punible. La primera de ellas viene dada por el hecho de que los casos límite de imprudencia inconsciente son fronterizos con supuestos en los que, en realidad, solo cabe atribuir al sujeto la infracción de un deber mínimo de solidaridad. El contenido de este último es no entrar en interacción social sin poseer todas las capacidades e informaciones que permiten la reacción frente a acontecimientos futuros. Ciertamente, la infracción de esta variante de deber de solidaridad —que tiene lugar por acción— no es típica en sí misma. Ahora bien, debería considerarse la posibilidad de su tipificación, como tipo de mera actividad, y sin dar lugar a la imputación del resultado lesivo que eventualmente se produjera tras su infracción. Ello permitiría, a su vez, imponerle una pena inferior a la de la correspondiente realización típica por imprudencia inconsciente, que es la calificación que reciben en la actualidad tales infracciones, como títulos de imputación de resultados lesivos. La segunda zona de frontera de la imprudencia punible viene dada por aquellos casos límite que se encuentran muy cerca o incluso coinciden con supuestos de exclusión de la imputabilidad por déficits intelectivos. Esto determina que no quepa excluir la adopción de medidas de seguridad en relación con hechos imprudentes.

4. LAS IMPRUDENCIAS PUNIBLES

9 En los párrafos anteriores los casos de imprudencia se han ubicado en un lugar intermedio entre las denominadas competencia máxima —actuación dolosa— y mínima —no actuación ante una situación de riesgo— de un agente. Ahora bien, esto abre, en primer lugar, la cuestión relativa a qué bienes jurídico-penales deben ser penalmente protegidos frente a conductas imprudentes; y, en segundo lugar, la de cuál es la pena que debe imponerse en estos casos. En cuanto a lo primero, puede observarse que los delitos dolosos son punibles frente a toda clase de bienes jurídico-penales. En cambio, la solidaridad mínima solo se considera punible cuando repercute en bienes intrínsecos —vida, integridad— (art. 195 CP español). En el caso de la imprudencia, su naturaleza intermedia se manifiesta, por un lado, en que no se sancionan las afectaciones culposas de todos los bienes jurídicos penalmente protegibles. Sin embargo, por otro lado, los supuestos sancionables tampoco se reducen a la afectación de bienes intrínsecos. En cuanto a la pena imponible, esta se sitúa en un plano igualmente intermedio entre la del delito doloso y la correspondiente a la infracción de deberes positivos generales. Por tanto, de alguna manera se suscita la cuestión de si esta debería corresponderse siempre con la propia de otras formas de infracciones de organización débil o de solidaridad cualificada.

10 Como se ha indicado, existe unanimidad legislativa en cuanto a castigar las conductas imprudentes. Sin embargo, este consenso no se extiende a otras muchas cuestiones relativas al ámbito de la responsabilidad penal por imprudencia. En concreto, las legislaciones divergen en cuanto a los hechos típicos con respecto a los que debe ser punible la comisión imprudente. También discrepan en cuanto a la gravedad de la imprudencia necesaria para la imputación del hecho —grave, o también menos grave e incluso leve—. La doctrina, por su parte, además de sobre lo anterior, discute de entrada sobre qué significa obrar imprudentemente. En este punto, una cuestión decisiva es la medida de estandarización o individualización del cuidado que debe acogerse. Además, es objeto de debate la determinación de qué clase de imprudencia puede fundar la imputación de responsabilidad penal al agente —si solo la consciente o, asimismo, la inconsciente—.

II. LA ESTRUCTURA DE LOS MODELOS LEGALES DE INCRIMINACIÓN DE LA IMPRUDENCIA

1. LAS CARACTERÍSTICAS GENERALES

11 Los sistemas legales de incriminación de la imprudencia guardan una clara similitud en todos los países. En ellos se dan dos coincidencias: (i) los delitos imprudentes solo son punibles en los casos expresamente previstos en la ley; y (ii) la sanción de la imprudencia se hace depender de la producción del resultado típico. Visto así, el modelo legal de sanción de los hechos imprudentes resulta incongruente en términos de prevención general negativa. En efecto, la pretensión preventiva de las normas subyacentes a los tipos imprudentes tiene que ser que sus destinatarios no realicen conductas descuidadas. Sin embargo, para ello debería castigarse la actuación imprudente en sí. Ahora bien, razones sustantivas de contenido liberal, o bien problemas de prueba, han conducido a que no se sancione la imprudencia a la que no sigue la producción del resultado. De modo que la pretensión anterior se frustra.

12 En efecto, de los tipos legales imprudentes se infieren normas de conducta y de sanción que trasladan el siguiente mensaje: «No obres descuidadamente»; pero «si lo haces y no se produce el resultado, no serás castigado». Como se advierte, esto significa que, en la hipótesis de que no se produzca el resultado, la norma de conducta pierde el refuerzo de la norma de sanción. El problema es que el delincuente imprudente se caracteriza precisamente por no representarse el riesgo concreto de la producción del resultado o bien, si se lo representa, por confiar en la no realización del riesgo en el resultado. Por lo tanto, en el modelo legal se anula toda lógica preventivo-general negativa. De ahí que, ya en el marco del Estado policial del S. XVIII, se planteara la posibilidad de conversión de todos los delitos imprudentes de lesión en delitos dolosos de peligro, que sí tienen una clara estructura preventiva-regulatoria. En este mismo sentido se manifestaron posiciones próximas a la teoría de la coacción psicológica de

Feuerbach.[15] Sentado lo anterior, la estructura de los tipos legales imprudentes se explica mejor atendiendo a consideraciones de retribución de la conducta, limitada por criterios de prevención general positiva o de equidad —que operan en el ámbito de la norma de sanción—.[16] Esta es la posición que se sostiene en esta obra sobre la justificación general de la pena (*cfr. supra* capítulo 3/110).

2. LA EXIGENCIA DE DETERMINACIÓN EXPRESA: EL SISTEMA DE NUMERUS CLAUSUS

2.1. Planteamiento

13 Existen dos sistemas posibles de incriminación legal de la imprudencia.[17] El primero de ellos es el de incriminación abierta, que había sido el tradicional en España. Este, a su vez, se muestra compatible con dos concepciones teóricas distintas. Por un lado, con la que entiende que la imprudencia es un delito en sí, es decir, que existe un tipo de injusto de imprudencia —un *crimen culpae*—, con independencia del resultado o de los resultados lesivos que se produzcan. A esta concepción respondía una antigua forma de referirse a los delitos imprudentes mediante la expresión de «imprudencia con resultado de muerte» o «imprudencia con resultado de lesiones». Por el otro, es compatible con la que considera que existe un número indeterminado de delitos imprudentes, es decir, de tipos delictivos susceptibles de realización por imprudencia —diversos *crimina culposa*—. Más allá de las diferencias entre ambos submodelos teóricos, un sistema legal de incriminación abierta hace posible que cualquier tipo delictivo —siempre que lo permita su estructura y teleología— sea castigado a título de imprudencia. A este respecto, la doctrina tradicional española había discutido largamente sobre si era posible realizar por imprudencia, por ejemplo, los tipos que contienen elementos subjetivos del injusto o expresiones que denotan intencionalidad.[18]

14 En la mayoría de los códigos penales —en España, desde 1995— la punición de la imprudencia se establece mediante un sistema de incriminación cerrada —o de *numerus clausus*—. Esto significa que solo algunos delitos —los expresamente determinados en el texto legal— son sancionados si se llevan a cabo por imprudencia. En el resto de ellos, en cambio, solo es típica la realización dolosa, de modo que la imprudente es impune. Así se establece de modo general en el art. 12 CP español. Por lo demás, ha sido un lugar común afirmar que el sistema de incriminación cerrada ofrece más ventajas que inconvenientes. Así, ciertamente proporciona más seguridad jurídica que los sistemas abiertos.[19] En estos últimos, como se ha indicado, la doctrina sigue

---

[15] Sobre ello, *Binding*, Normen, IV, 1919, 201 ss.

[16] También podría explicarse desde la perspectiva de una prevención general limitada, pero la limitación garantista o probatoria anula el efecto preventivo-general.

[17] *Quintano Ripollés*, ADPCP 1954, 56-59; *el mismo* (1958), 78 ss.

[18] *Torío López*, ADPCP 1972, 55, 58.

[19] *Silva Sánchez* (1997), 93; *Pérez Manzano* (1999), 35 ss.; *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 11/4.

discutiendo sobre la razonabilidad —lógico-conceptual y axiológica— del castigo de la realización imprudente de un determinado delito, a pesar de que la Ley lo permita. Además, el sistema cerrado manifiesta de entrada una opción restrictiva en cuanto a la responsabilidad penal, que solo excepcionalmente se extiende a los delitos imprudentes.

2.2. Los problemas actuales del modelo legal de incriminación cerrada

2.2.1. El problema axiológico

15 La decisión legislativa de incriminar la realización imprudente de unos delitos —y no de otros— responde a razones fundamentalmente axiológicas. En efecto, es cierto que siempre ha existido discusión sobre si algunos delitos en particular, dada su estructura, «se podrían cometer por imprudencia». Sin embargo, frente a tal pretendido obstáculo lógico-conceptual, lo cierto es que en cualquier delito se pueden plantear situaciones de error de tipo que, en caso de vencibilidad, deberían tratarse por la vía de la imprudencia; por ejemplo, los errores sobre el consentimiento o la edad de la víctima en los delitos sexuales. Además, esta visión es coherente con el hecho de que solo sean punibles formas de imprudencia grave o menos grave, y no leve. Ahora bien, la decisión del legislador puede manifestar incongruencias valorativas. Por ejemplo, no existe una razón sólida para que en España se castigue la prevaricación judicial imprudente (art. 447 CP), pero no la prevaricación administrativa imprudente, salvo que sea ambiental (art. 329 CP).

16 En la práctica judicial, la disyuntiva entre sancionar un determinado hecho a título de dolo o bien que quede impune —por inexistencia del correspondiente tipo delictivo imprudente— suele conducir a una ampliación del campo de aplicación del dolo eventual. Así sucede, por ejemplo, en los casos de comisión de delitos sexuales con un posible error sobre el consentimiento del sujeto pasivo. En efecto, la imposibilidad de sancionar tales delitos por imprudencia en los supuestos de error vencible de tipo (art. 14.1, II CP español) redunda en la tendencia a no apreciar tal error, optándose por el dolo eventual o por apreciar un error burdo irrelevante —lo que tiene el mismo efecto—. Alternativamente, conduce a abordar determinados problemas de error no desde la perspectiva del error de tipo vencible, sino desde la propia del error de prohibición vencible (art. 14.3 CP), que lleva a la imposición de la pena del delito doloso con una atenuación.

2.2.2. La tendencia a la ampliación de los hechos punibles imprudentes

17 Por lo demás, en el marco general de los sistemas legales de *numerus clausus*, la evolución social parece tender hacia una ampliación del catálogo de delitos imputables a título de imprudencia. En efecto, el paradigma de la

infracción penal contemporánea es la omisión doloso-eventual e imprudente.[20] Además, el concepto de «lo imprudente» tiende asimismo a extenderse. Ello pone de manifiesto uno de los fenómenos sociales más relevantes de nuestro tiempo: la expansión de la imputación. Esta, a su vez, responde a razones diversas. Por un lado, se afirma que en un mundo desmitificado el infortunio no tiene ningún sentido, salvo que se consiga atribuirle sentido imputándoselo a alguien.[21] Pues bien, en este contexto de ausencia y búsqueda de sentido, se constata la tendencia a la conversión de desgracias —«accidentes» en sentido etimológico—[22] en hechos antijurídicos en función de la producción del resultado lesivo. Por otro lado, en sociedades complejas que requieren una cooperación de sujetos privados con las autoridades, la tipificación de conductas imprudentes expresa la criminalización de déficits de colaboración. En el plano legislativo, existe una tendencia hacia la incriminación de la modalidad imprudente de delitos tradicionalmente calificados como dolosos *per se*. Por ejemplo, en la legislación española, las primeras décadas del siglo XXI trajeron consigo la incriminación de blanqueo de bienes, contrabando o insolvencias imprudentes, entre otros. A finales del siglo XX ya se habían dado proyectos de incriminación de formas imprudentes de fraude o de estafa en el ámbito de la Unión Europea, que de momento no han tenido reflejo legal.

2.2.3. El tratamiento de los casos de culpa iuris (error vencible de Derecho)

2.2.3.1. Planteamiento

La precisión de los efectos de un sistema de *numerus clausus* sobre la dog- 18
mática del error requiere tener en cuenta la distinción entre los casos de imprudencia de hecho —*culpa facti*— y de imprudencia de derecho —*culpa iuris*—.[23] En efecto, el modelo de incriminación cerrada de la imprudencia se construyó pensando fundamentalmente en casos de «imprudencia de hecho» que, además, tienen lugar a propósito de delitos que pertenecen al núcleo de los *mala in se* (el homicidio, las lesiones), aunque también se den en otros delitos (por ejemplo, los daños). Por su parte, los casos de imprudencia de derecho tienen lugar en la periferia de los delitos *mala in se*, así como en delitos *mala quia prohibita*. Pues bien, para valorar el alcance del sistema de *numerus clausus*, es preciso tener presente que este no afecta a todas las variantes de la imprudencia, sino solo a aquellas que derivan (i) de apreciar un error excluyente del dolo del sujeto; y (ii) de la constatación de que este es vencible. En efecto, únicamente estos casos están sometidos al régimen legal de la imprudencia (art. 14.1, II CP español).

---

[20] *K. Günther* (2000), 489 ss.

[21] *Castronuovo* (2009), 86 ss.; *Jakobs* (2020), 33.

[22] En latín: «*id quod accidit*» (aquello que sucede).

[23] *Beling* (1906), 191-192; *Engisch* (1930), 243 ss., 246-247. Crítico *Binding* (1919), 133.

19 La determinación de qué errores excluyen el dolo hace preciso, en primer lugar, manejar la distinción entre error de hecho —*error facti*— y error de derecho —*error iuris*—. El primero es aquel que versa sobre fenómenos empíricos y sobre reglas sociales de atribución de sentido y de valoración. El segundo, sobre reglas de atribución de sentido y valoración jurídica y, en particular, sobre el carácter jurídicamente prohibido del hecho. Sin embargo, llegados a este punto, ya se ha advertido que no existe consenso en la doctrina sobre cuáles de esos errores excluyen el dolo.

2.2.3.2. Los errores vencibles de hecho —culpa facti—

20 Como ya se indicó, un sector doctrinal considera que solo los errores sobre datos empíricos brutos excluyen el dolo, pero no los relativos a reglas sociales; otra opinión, en cambio, sostiene que, además de aquellos errores, también excluyen el dolo los que versan sobre reglas sociales de sentido, pero no los que recaen sobre valoraciones sociales; en fin, un tercer grupo de autores afirma que todos los errores mencionados excluyen el dolo (*cfr. supra* capítulo 12/114). Este tercer punto de vista es el que se acoge aquí y conduce a la conclusión de que todos los casos de *culpa facti* se ven afectados por el sistema de incriminación cerrada. Es decir, solo son punibles en los delitos con respecto a los cuales se ha previsto expresamente la modalidad imprudente de comisión.

21 Ahora bien, también existen casos de error de hecho que versan sobre elementos que no están comprendidos en los tipos. Así, aquellos en los que el error consiste en suponer, de forma errónea, que se dan los presupuestos fácticos de una causa de justificación. Este es un error de hecho y en él puede manifestarse ciertamente una falta de cuidado en el examen de la situación. Pues bien, este error vencible, que constituye una *culpa facti*, solo se ve afectado por el sistema de *numerus clausus* si se ubica en la regulación del art. 14.1, II CP español. Si, por el contrario, se incluye en el marco de la regulación del art. 14.3 CP, no se ve afectado por dicho sistema. En efecto, la acogida de esta segunda opción conduce a que pueda castigarse con respecto a cualquier delito —aunque de forma atenuada—, como error vencible sobre la licitud de la propia conducta, no excluyente del dolo. El fundamento de esta posición radica en la distinción finalista entre los errores vencibles que recaen sobre el objeto de valoración y los errores vencibles relativos al modo en que el Derecho valora esa conducta.

2.2.3.3. Los errores vencibles de Derecho —culpa iuris—

2.2.3.3.1. Las divergencias doctrinales

22 La noción de *culpa iuris* expresa la modalidad de error vencible referida tanto al Derecho extrapenal como al Derecho penal.[24] Por eso, dentro de ella

[24] *Schuhr*, ZStW 131 (2019), 991 ss.

hay que distinguir entre la imprudencia de Derecho extrapenal —*culpa iuris non criminalis*— y la imprudencia de Derecho penal —*culpa iuris criminalis*—. De entrada, el tratamiento de la *culpa iuris non criminalis* es debatido. Ello tiene que ver con el hecho de que tal concepto comprende, por un lado, el error vencible sobre las diversas subclases de elementos típicos normativos de contenido jurídico —de sentido y de valoración—; y, por otro, el error vencible sobre el carácter jurídicamente prohibido de la conducta —por ejemplo, en las leyes penales en blanco, el error vencible sobre la prohibición extrapenal—. Es más, también alcanza a comprender los errores sobre los elementos jurídico-normativos que se hallan en la descripción de las causas de justificación.

Un sector doctrinal considera que ningún error de Derecho extrapenal **23**
excluye el dolo, con lo que extrae todos los casos de *culpa iuris non criminalis* del sistema de *numerus clausus* de incriminación de la imprudencia. Por su parte, la doctrina dominante entiende que, si el error se refiere a las reglas jurídicas de atribución de sentido, sí lo excluye; en cambio, no lo excluyen los errores relativos a las reglas extrapenales de valoración y de prescripción. En España, esto conduce a aplicarles el régimen del error sobre la licitud, del art. 14.3 CP. En definitiva, a que en estos casos la *culpa iuris non criminalis* se castigue de modo general, pese a que la realización imprudente del delito en cuestión no se halle establecida en la ley. En definitiva, lleva a que tales casos de «imprudencia de Derecho extrapenal» no se traten como imprudencias. En fin, un tercer sector sostiene que todos los errores sobre reglas jurídicas extrapenales que afectan a elementos típicos excluyen el dolo. Como en su momento se indicó, esta es la posición que se sigue aquí.

No está clara la razón por la que unas imprudencias y otras deben tratarse **24**
de modo distinto.[25] Al respecto, una opinión sostiene que la razón es que hay que incentivar el conocimiento del Derecho, porque su desconocimiento no es castigado por la propia vida social, como sí sucede con el desconocimiento de la realidad empírica externa de o las leyes causales. Sin embargo, este argumento de *poena naturalis* no es de recibo. En efecto, en una sociedad compleja, quien no conoce el Derecho público o privado que rigen en el sector de actividad en el que opera sufre perjuicios de toda clase. Además, tampoco se puede afirmar que el error de Derecho exprese una deslealtad que no se advierte en el error de hecho. En un caso en el que el conocimiento del Derecho esté claro, el sujeto que incurre en un error de hecho puede expresar con ello la misma falta de compromiso con el Derecho. De ahí que la opinión que sostiene la «reunificación» del dolo como *dolus malus* también proponga una aproximación del tratamiento de la «*culpa iuris* relativa a la prohibición del hecho» con respecto al tratamiento de la *culpa facti* y los casos de «*culpa iuris* relativos al sentido de términos jurídicos» contenidos en la descripción típica. Curiosamente, no se afirma la conveniencia la remisión de estos al sistema de *numerus clausus* de incriminación de la imprudencia. Ello se debe

[25] *Pawlik* (2012), 408 ss.

a la consideración de que este se ha construido pensando en casos de *culpa facti* y no sería adecuado a los supuestos imaginables de *culpa iuris* relativa a la prohibición de la conducta. Por el contrario, se propone la creación de una nueva cláusula general con dos características: (i) que la pena se determine con base en la penalidad del delito doloso y que se atenúe de modo que resulte próxima a la correspondiente a la *culpa facti*; y (ii) que se establezca un sistema que excluya la sanción de la *culpa* iuris en algunos delitos de menor gravedad.[26] La valoración de esta discusión requiere la exposición completa de los problemas del error (*cfr. infra* capítulo 25/22).

2.2.3.3.2. La culpa *iuris criminalis*

25 Existe un amplio consenso en cuanto a que la *culpa iuris criminalis* no excluye el dolo típico. En efecto, el debate relativo a esta figura se ubica en otro lugar. Así, para un sector de la doctrina, dicha situación designa el error vencible sobre la ilicitud del hecho. Ciertamente, esto plantea problemas de respeto del tenor literal, que se refiere a la ilicitud general y no a la «ilicitud penal». En todo caso, incluso así sucede que hay otras «imprudencias» —las de Derecho penal—que se castigan, aunque la realización típica imprudente del delito sea impune. Ahora bien, un amplio sector de la doctrina —así como la jurisprudencia— señala que todo el *error iuris criminalis*, es decir, el error sobre la prohibición «penal» de la conducta es irrelevante cuando el sujeto sabe que su conducta está prohibida por el Derecho. Por lo tanto, en tales casos la pena sería la correspondiente al delito doloso, sin atenuación alguna. Ahora bien, esto propicia que ciertas imprudencias, las relativas a la incriminación penal, se traten como si no existieran. Como se advierte, la complejidad de este debate requiere un examen detallado en el lugar oportuno (*cfr. infra* capítulo 25/22).

2.3. Otras cuestiones derivadas del sistema de *numerus clausus*

26 Por lo demás, el sistema de *numerus clausus* plantea otras cuestiones dogmáticas relevantes. En concreto suscita el debate sobre si, en los delitos en los que no se ha incriminado la modalidad imprudente de realización, tal conducta imprudente es antijurídica o no. Por ejemplo, en el delito de daños patrimoniales. De la respuesta que se dé a esta pregunta depende que tal conducta pueda ser repelida defensivamente por el sujeto afectado. Asimismo, que su realización pueda ser impedida por la autoridad. Ello adquiere importancia práctica ante el hecho de que muchas imprudencias graves no son punibles. Pero, sobre todo, por la despenalización de todas las imprudencias leves. Pues bien, al respecto hay que señalar que las imprudencias leves (y menos graves) en general —y las graves en los muchos delitos con respecto a los cuales no se han tipificado— constituyen hechos antijurídicos (ilícitos) incondicionadamente atípicos. Su atipicidad responde al principio de protección penal

[26] *Pawlik* (2012), 412-413, 414.

fragmentaria de bienes jurídicos, que es el que explica su no punibilidad. Sin embargo, la protección de los bienes jurídicos requiere su eventual sanción administrativa —y la indemnización civil, si se produce el resultado lesivo—. Igualmente, debe admitirse la posibilidad de reaccionar contra tales conductas imprudentes en estado de necesidad defensivo. En fin, la autoridad debe impedir que se realicen, en cumplimiento de su deber.

En todo caso, la antijuridicidad de los supuestos referidos no es penal. Esto **27**
los diferencia con respecto a las conductas que *ex ante* son «penalmente antijurídicas» —*ex ante* típicas—, aunque finalmente resulten atípicas. Así sucede, por ejemplo, con las conductas de imprudencia grave que no dan lugar a la producción del resultado típico. Paradigmáticamente, la conducción gravemente imprudente por el centro de una ciudad, que no da lugar a la muerte del peatón al que se ha puesto en peligro, porque otro le da un empujón y le pone a salvo. En efecto, tales conductas imprudentes son penalmente antijurídicas: infringen de modo típico una norma de conducta. Sin embargo, su tipicidad —y, con ello, su punibilidad— está condicionada a la producción del resultado. Si este no se produce, o no lo hace de modo objetivamente imputable, no se castigan. Todo ello, que pertenece al ámbito sistemático de la norma de sanción, es lo que procede examinar a continuación.

3. LAS EXPRESIONES LEGALES RELATIVAS AL OBRAR IMPRUDENTE

3.1. Generalidades

Los tipos legales en los que se ha incriminado explícitamente la modalidad **28**
imprudente de comisión se sirven del sustantivo «imprudencia», del adjetivo «imprudente», del adverbio «imprudentemente» —o de otras locuciones adverbiales análogas a este—, que modifican respectivamente el sustantivo relativo a la acción o el verbo que la expresa. Ello plantea por un lado cuestiones estrictamente dogmáticas y, por otro, problemas de legalidad, relativos al mandato de determinación. Las primeras tienen que ver con la precisión de qué significa imprudencia en el marco del sistema de la teoría del delito. En efecto, cabe entender que los enunciados legales propios de los delitos imprudentes contienen una descripción del tipo objetivo correspondiente, una regla de imputación subjetiva, o bien ambas cosas. Quien acoja la primera opción tiene que sostener que aquellas expresiones aluden a la denominada imprudencia objetiva. Es decir, en los términos aquí expuestos, a la creación de un riesgo —o a su no evitación— penalmente desaprobadas.

En cambio, quien acoja lo segundo, tiene que asumir que tales expresiones **29**
aluden a la cognoscibilidad y evitabilidad personales del agente, de las que se trata en este capítulo. Obviamente, no cabe descartar que la doctrina mayoritaria sostenga que se refiere tanto a lo uno como a lo otro. Ello tiene que ver con la discusión doctrinal acerca de qué es la imprudencia en el sistema del Derecho penal: un concepto objetivo (o general), un concepto subjetivo

(o individual) o bien ambas cosas. La imprudencia personal se analiza aquí como título de imputación subjetiva. Sin embargo, en la sistemática del delito imprudente también se suscitan problemas de conexión con la culpabilidad. En efecto, existen imprudencias de hecho o relativas a los significados jurídicos que deben calificarse como errores condicionados por una deficiencia mental. Así, por ejemplo, en casos en que los conocimientos y capacidades inferiores del agente se deben a tal discapacidad intelectual —tradicionalmente denominada oligofrenia—.

3.2. El problema de legalidad

3.2.1. La imprudencia como cuestión judicial

30 La jurisprudencia y la doctrina tienden a considerar imprudente aquella conducta que infringe «normas» o «deberes» de cuidado. A continuación, suele afirmarse que las reglas o principios de cuidado tienen una naturaleza sociocultural. Es decir, que varían en función de la configuración de cada sociedad, de su actitud colectiva frente al riesgo —de aversión, tolerancia o habituación—, de sus prioridades vitales, incluso de su historia.[27] Sin embargo, esa visión sociocultural de las disposiciones de cuidado plantea problemas. En efecto, parece que remite a un juicio concreto del juez sobre la conducta del sujeto, sin ningún baremo más que el relativo a la actuación propia de una persona sensata perteneciente al ámbito en el que opera el sujeto activo.

3.2.2. El debate sobre el mandato de determinación

31 La idea de que el cuidado —como medio de evitación de la realización típica— debe adecuarse a las circunstancias concretas[28] plantea varios problemas. En términos de legalidad, produce una clara deslegalización, al tiempo que una pérdida de taxatividad. Además, desde el punto de vista *ex ante*, carece de capacidad para guiar la conducta del potencial agente. Pues bien, a partir de esta realidad innegable, se ha sostenido que los tipos legales imprudentes vulneran el mandato de determinación, de modo que, salvo que fuera posible su interpretación conforme a la Constitución, deberían ser declarados nulos.[29] Ciertamente, a ello cabe responder que la indeterminación no constituye ninguna peculiaridad de los tipos imprudentes, sino que lo mismo puede afirmarse de los delitos dolosos. También en estos se dan elementos no escritos que aluden al carácter jurídico-penalmente desaprobado de la conducta del sujeto, lo que constituye un grado de indeterminación admisible. Sin embargo,

---

[27] *Jakobs* (1996), 39 ss.; *Pastor Muñoz* (2019).

[28] *Engisch* (1930), 327.

[29] *Duttge* (2001), 202 ss., 419 ss.; *Colombi Ciacchi* (2005), 41 ss.; *Schmitz*, FS Samson, 2010, 181 ss. En contra, *Mikus* (2002), 66 ss., 134 ss.; *Herzberg*, ZIS 2011, 447-448; *Contreras Chaimovich*, PolítCrim 16 (2021), 164 ss.

es cierto que la doctrina del comportamiento penalmente desaprobado parece desempeñar un papel diverso en uno y otro caso. Aplicada a los delitos dolosos, restringe el alcance de una disposición legal que literalmente puede reputarse más amplia. En cambio, en el caso de los delitos imprudentes, parece tener un carácter definitorio del ámbito de lo punible. Además, el campo semántico del término «imprudencia» es más indeterminado que el de «dolo».[30] Ahora bien, con todo, no es posible afirmar que el *statu quo* de los delitos imprudentes vulnere el principio de legalidad. En efecto, como se ha indicado, la única forma realista de concebir la legalidad es entenderla como expresión de la integración de las fuentes legales con los complementos administrativos y judiciales en un marco de previsibilidad de las interpretaciones (*cfr. supra* capítulo 4/24).

3.2.3. La imprudencia y el sistema multinivel de fuentes del Derecho

3.2.3.1. Las disposiciones administrativas y las leges artis

32 En realidad, con la alusión al modelo representado por la actuación del hombre medio en el sector de que se trate no se establece el criterio de la conducta prudente. Por el contrario, con mayor precisión procede hablar de cinco fuentes esenciales de disposiciones de cuidado.[31] Estas son, por un lado: (i) las leyes y reglamentos administrativos que disciplinan las conductas que se realizan en sectores de actividad regulados, así como los actos administrativos de autorización dictados de conformidad con ellas; (ii) las reglas que rigen la actuación de determinadas profesiones —esto es, su *lex artis*— y las normas técnicas; (iii) los usos sociales concretos generados en el ámbito de determinadas actividades peligrosas. Por otro lado, (iv) los estándares jurídico-civiles y mercantiles; y, en fin, (v) la máxima ético-jurídica cuyo contenido es «no causar daño a nadie» (*neminem laedere*), que debe ser concretada en la interpretación judicial con arreglo al baremo del sujeto razonable en el ámbito de actividad del que se trate.[32]

33 El primer grupo de fuentes es muy claro.[33] Sin embargo, incluso allí donde existe normativa administrativa reguladora, esta puede renunciar a establecer un criterio regulativo autónomo, limitándose a remitir al estado de la técnica. A su vez, al conjunto de las reglas de la técnica pertenece el subconjunto de las *leges artis* profesionales. Pues bien, estas desempeñan un papel decisivo en la determinación de la existencia o no de comportamientos desaprobados en múltiples sectores de actividad, complementando la función de las disposiciones reguladoras estatales.[34] Así sucede, por ejemplo, con la *lex artis*

---

[30] *Münzberg* (1966), 324.

[31] *Mikus* (2002), 66 ss., 85 ss., 97 ss.; *Perin*, PolítCrim 12 (2017), 207 ss.

[32] Ya *A. Merkel*, PG, s/f., 89; *Mikus* (2002),134 ss.; *Perin*, PolítCrim 12 (2017), 252 ss.

[33] *Marinucci* (1965).

[34] *Beck*, ZStW 131 (2019), 967 ss.

médico-sanitaria, definida en protocolos de actuación, al igual que en usos y consensos no escritos. Además, dicha *lex artis* aparece guiada, en última instancia, por el elemento de actualización permanente representado por las publicaciones científicas.[35] Lo anterior pone de relieve que, en muchos casos, la determinación de la existencia de una imprudencia va a requerir la práctica, en el proceso penal, de una prueba pericial dirigida no solo a esclarecer los hechos, sino también el concreto contenido e interpretación de las reglas de cuidado vigentes.

34 La remisión a la técnica tiene la ventaja de la mayor precisión y permanente actualización del conjunto de reglas de referencia. Ahora bien, el estado de la técnica o de la ciencia en un determinado sector de actividad es definido por la comunidad respectiva. Así pues, la remisión desde el Derecho administrativo a esta instancia presupone, de modo explícito, la existencia de espacios de autorregulación en los sectores de que se trate. En tales casos, lo más que puede hacer el Derecho administrativo es regular la autorregulación, es decir, fijar los procedimientos a través de los cuales se determina el estado de la técnica y el modo en que esta debe formularse. En fin, la autorregulación no está exenta de riesgos. Entre ellos se cuentan la pérdida del carácter jurídico-público de la regulación y su posible utilización espuria como medio de eliminación de competencia.

3.2.3.2. Los estándares jurídico-civiles de cuidado y la máxima de neminem laedere

35 Aun sentado todo lo anterior, es claro que en no pocos ámbitos de la vida falta una regulación específica jurídico-administrativa y tampoco cabe hallar reglas técnicas o *leges artis* como las mencionadas. En ellos, la determinación de la concurrencia de imprudencia ha de partir de los estándares tradicionales de cuidado propios del Derecho civil o mercantil. Así, el del buen padre de familia, el del empresario ordenado o el del administrador diligente y fiel (o leal). Sin embargo, estos baremos son imprecisos. Por ejemplo, no está claro cuál ha de ser el estándar de cuidado de los padres con respecto a sus hijos menores de edad que juegan en un parque. En última instancia, no es improbable que en este terreno se incurra en argumentaciones circulares. De ahí que, al final, la cláusula de cierre de las fuentes del cuidado sea una máxima general como la del *neminem laedere*. Sin embargo, esta fórmula remite de modo muy impreciso a un criterio de autorrestricción y, además, está parcialmente contaminada de elementos de responsabilidad por el resultado. Por tanto, precisa una concreción por parte de los tribunales, probablemente regida por criterios de experiencia y de comparación —el hombre medio razonable del sector del que se trate—. A su vez, esta concreción judicial debe estar sujeta

[35] Y tiene una clara dimensión casuística: es una *lex artis ad hoc*. Al respecto, *Hava García*, LH Jorge Barreiro, I, 2019, 497-498.

a la garantía de la irretroactividad de disposiciones desfavorables (*cfr. supra* capítulo 4/75).

3.2.3.3. Matizaciones a la doctrina del «indicio»

Los tipos legales imprudentes no son leyes penales en blanco (*cfr. supra* capítulo 4/46). Sin embargo, en las expresiones legales relativas al actuar imprudente sí cabe advertir remisiones implícitas a todas las fuentes extrapenales mencionadas.[36] En realidad, tal remisión implícita se produce incluso en los tipos dolosos. Ello es así porque se trata de un conjunto de cuestiones que pertenecen a la doctrina del comportamiento intersubjetivamente desaprobado *ex ante*, es decir, a la realización del tipo objetivo del delito por la conducta del sujeto. Por tanto, la infracción de las normas extrapenales no puede degradarse a la condición de indicio de la concurrencia de una conducta penalmente desaprobada para el Derecho penal, aunque un amplio sector de la doctrina sostenga esta posición.[37] Es cierto que cabe que la conducta infrinja una disposición general —legal o reglamentaria— o vulnere actos administrativos y, pese a ello, no sea penalmente desaprobada. Ahora bien, esta conclusión se debe al principio de subsidiariedad del Derecho penal. En efecto, según este, solo pueden dar lugar a un comportamiento penalmente desaprobado aquellas infracciones de regulaciones extrapenales de conducta que revistan mayor entidad y se hallen más inmediatamente vinculadas a la protección del bien jurídico. **36**

Viceversa, cabe que no se infrinja disposición administrativa alguna y, sin embargo, deba afirmarse la existencia de una imprudencia relevante para el Derecho penal. Sin embargo, esta última decisión ya es mucho más problemática que la mencionada en el párrafo anterior. En concreto, requiere fundamentar por qué la ausencia de prohibición extrapenal, o incluso la permisión explícita en ese ámbito, es irrelevante. A tal efecto, es preciso considerar los ámbitos de regulación administrativa caracterizados por su gran complejidad y sujetos a un cambio permanente. Pues bien, en primer lugar, cabe que la regulación administrativa de un sector determinado ofrezca lagunas. Esto es, que no prohíba determinadas conductas consideradas peligrosas ya en el momento de que se dictara la norma. Igualmente, en segundo lugar, tampoco cabe descartar que la regulación permisiva extrapenal haya quedado obsoleta ante la evolución de la ciencia y de la técnica y, por lo mismo, no prohíba conductas que, sin embargo, se hayan advertido como relevantemente peligrosas. Sin embargo, en tal caso la decisión acerca de la relevancia jurídico-penal de la conducta deberá apoyarse en la existencia de normas técnicas o científicas —*leges artis*— que pongan de relieve la referida obsolescencia. Una tercera **37**

---

[36] *Colombi Ciacchi* (2005), 30 ss., 92 ss.

[37] *Engisch* (1930), 360 ss.; *Welzel* (1964), 116; *Corcoy Bidasolo* (1989), 104 ss.; *Kudlich*, FS Otto, 2007, 387-388; *Gil Gil* (2007), 265 ss.; *Daunis Rodríguez*, InDret 3/2018, 12 ss.

posibilidad es que la conducta permitida de modo abstracto por las disposiciones extrapenales llegue a afectar de modo concreto a bienes jurídicos intrínsecos —la vida o la salud—. Ante esto, las permisiones extrapenales quedan desactivadas por la teleología del tipo delictivo respectivo.[38] Por lo demás, estas excepciones valen para el resto de las fuentes extrapenales no jurídico-administrativas.

38 Lo anterior pone de relieve que la decisión judicial penal no es discrecional. Por un lado, el juez penal debe deferencia al legislador administrativo y, por ello, tiene que soportar la carga de la argumentación cuando pretenda sostener una condena frente a la permisión establecida por aquel. Por otro lado, es cierto que la infracción de la normativa extrapenal, siendo necesaria, puede no ser suficiente para apreciar un comportamiento penalmente desaprobado. En todo caso, sí es cierto que al juez penal le corresponde tomar la última decisión sobre si se ha realizado o no un comportamiento penalmente desaprobado. Esto es lo que la doctrina dominante, en el contexto de la imprudencia, denomina «vulneración de la norma de cuidado».[39]

4. LA RELEVANCIA DECISIVA DE LA PRODUCCIÓN DEL RESULTADO TÍPICO

4.1. Las diferentes perspectivas

39 La imprudencia, como forma de imputación subjetiva, es independiente de que el delito sea de resultado de lesión, de peligro o de desobediencia.[40] Por tanto, es compatible con cualquiera de los tres. Ahora bien, el modelo legal de tipificación de las conductas imprudentes condiciona el castigo a la producción de un resultado.[41] Es decir, la mera realización de la conducta imprudente —el «intento culposo»— no es punible. En realidad, la sanción penal de la conducta imprudente requiere no solo que se produzca el resultado sino, además, que este sea imputable objetivamente a aquella conducta. Ahora bien, la opción por este modelo legal de tipificación puede recibir, como mínimo, tres fundamentaciones. La primera es que ello se debe a razones procesales y, en particular, probatorias; la segunda, que responde a razones de necesidad de pena; la tercera, que es una cuestión de merecimiento adicional de pena.

40 Según el primer punto de vista, la exigencia de un resultado para castigar por una conducta imprudente no tiene un fundamento sustantivo, sino procesal. Es decir, la conducta imprudente, en sí misma considerada, merece —y necesita— la pena típica.[42] Sin embargo, si no se produce un resultado lesivo

---

[38] *Kudlich*, FS Otto, 2007, 373 ss.; *Silva Sánchez* (2022), 133 ss.

[39] *Köhler*, AT, 1997, 187.

[40] *Binding* (1919), 120.

[41] *Silva Sánchez*, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 921 ss.

[42] *Zielinski* (1973), 206 ss.; *Serrano González de Murillo* (1991), 249 ss.; *Sancinetti* (2003),136-137.

objetivamente imputable a aquella, no se puede saber con claridad que la conducta fue realmente imprudente —y menos, probarlo—.[43] Por tanto, es razonable esperar a la producción del resultado. Pues bien, esta tesis no es sostenible de modo general. Lo pone de relieve el mero hecho de la tipificación de conductas imprudentes sin resultado lesivo como delitos de peligro y la aplicación judicial de tales tipos legales. Ahora bien, es cierto que en algunos casos —en sectores de actividad no densamente regulados— la determinación y prueba de la conducta imprudente es difícil. Así, incoar de modo general procesos penales en casos en los que no se ha producido el resultado supone sobrecargar tanto a la administración de justicia como a los ciudadanos.[44]

Un segundo punto tiene dos variantes. Para la primera de ellas, que consti- 41
tuye la doctrina dominante, la conducta imprudente es antijurídica —por su desvalor de acción—. Ahora bien, únicamente merece pena cuando a ella se le añade la producción de un resultado lesivo objetivamente imputable —por la suma del desvalor de acción y el desvalor de resultado—.[45] Así, el castigo de la imprudencia solo en los casos de producción de un resultado imputable se explica por el mayor desvalor total del hecho, que es el que genera el merecimiento de pena. En cambio, cuando no se produce el resultado, el desvalor de la conducta por sí solo no consigue fundamentarlo. A su vez, la segunda variante parte de que la conducta imprudente no está prohibida por la norma de conducta, esto es, no es antijurídica, sino que solo infringe una «incumbencia».[46] Por tanto, no merece pena en sí. Ahora bien, una vez que se causa un resultado lesivo, la infracción de la incumbencia permite la imputación —extraordinaria— de ese hecho al sujeto. Así pues, solo la conducta que causa de forma jurídicamente relevante un resultado lesivo merece pena. Por su parte, la conducta meramente infractora de una incumbencia no merece pena, salvo que el legislador pase a tipificarla como infractora de una norma (por ejemplo, como delito de peligro).[47]

El tercer punto de vista considera que la conducta imprudente es antiju- 42
rídica en el sentido de que vulnera el contenido de una norma, entendida como directiva de conducta. Tal conducta merece la pena del hecho, pero su tipicidad jurídico-penal se halla condicionada a la producción de un resultado imputable objetivamente a aquella. Por tanto, la producción del resultado no da lugar a un mayor merecimiento de pena, sino solo a la confirmación de que la pena merecida es, además, necesaria.[48] Si no se produce el resultado,

---

[43] En este sentido, a propósito del «intento culposo» («*kulposer Versuch*»), *Binding*, Normen, IV, 1919, 497.

[44] *Arm. Kaufmann*, ZRvgl 1964, 54-55; *Sancinetti* (2003), 136-137.

[45] *Stratenwerth* (2017), 306 ss.; *Jakobs*, FS Samson, 2010, 43 ss.; *Cerezo Mir*, ADPCP 1983, 480 ss.; *Gil Gil* (2007), 81 ss.; *la misma*, Icade 74 (2008), 88 ss.

[46] En el original alemán: «*Obliegenheit*».

[47] *Kindhäuser* (1989); *Vogel* (1993); *Mañalich*, RCP 3 (2015), 13 ss.; *Valiente Iváñez*, RECPC 22 (2020), 1 ss.

[48] *Frisch* (1988), 509 ss.; *Corcoy Bidasolo* (1989; 2.ª, 2005).

con la especial objetivización de la infracción que este conlleva, entonces se considera que no es necesario castigar la conducta imprudente antijurídica, pese a su merecimiento de pena. Expresado de otro modo, la conducta es penalmente antijurídica, pero no típica y, por tanto, no punible.

4.2. El resultado como condición de la tipicidad

43 La conducta imprudente, considerada en sí misma, ya merece toda la pena.[49] Sin embargo, muchas veces su aparición es equívoca, de modo que no siempre cabe apreciar con seguridad que se ha producido. Además, la mera conducta imprudente muestra una lesividad limitada o incluso inexistente (tanto en términos individuales —sobre la víctima— como sociales). En efecto, la ausencia de resultado no mengua el merecimiento de pena, pero sí disminuye radicalmente las emociones reactivas frente al hecho imprudente (*cfr. supra* capítulo 8/128).[50] Pues bien, ello determina que la pena sea innecesaria, incluso inequitativa, lo que fundamenta la ausencia de sanción penal. Con terminología a veces divergente, en esta línea se mueve buena parte de la doctrina angloamericana.[51] Expuesto en términos de dogmática del delito, esto significa que la conducta imprudente solo deviene típica condicionadamente. En efecto, su tipicidad penal —punible— está condicionada a la producción de un resultado imputable a aquella conducta. Ahora bien, la conducta imprudente es antijurídica y, en los términos del sistema de *numerus clausus* y con los correspondientes niveles de gravedad, está prohibida bajo pena.

44 Cabe la posibilidad de que conductas imprudentes muy graves no den lugar a resultado alguno y, en cambio, otras menos graves sí lo produzcan. Sin embargo, de ahí no debe inferirse que el modelo legal de sanción de las conductas imprudentes penalice la mala suerte moral del agente.[52] En efecto, si se produce el resultado y este es imputable objetivamente a la conducta imprudente realizada por el agente, entonces no existe mala suerte moral de este.[53] El azar es incompatible con una relación de infracción del deber,[54] de modo que el castigo de las conductas imprudentes solo si producen el resultado lesivo no implica castigar el azar ni puede reputarse irracional.[55] Así, dados dos sujetos que obran imprudentemente, no es inequitativo que se castigue a aquel a cuya

---

[49] *Morse,* California L. R. 88 (2000), 879 ss.; *el mismo,* U. Illinois L. R. 2004, 379 ss.; *Burghardt* (2018), 397.

[50] *Burghardt* (2018), 400, 418-419.

[51] *Duff* (1990), 189 ss.; *Moore,* Journal of Contemporary Legal Issues 5 (1994), 1 ss.; *Robinson,* Journal of Contemporary Legal Issues 5 (1994), 304 ss., que ve el resultado como una cuestión que afecta a la «retribución empírica». Sin embargo, esto no es más que una forma de referirse a la necesidad social de pena.

[52] Sin embargo, *Binding,* Normen, IV, 1919, 214-215, en referencia a Stübel. También, *Castronuovo* (2009), 105 ss.

[53] *K. Levy,* L&Ph 24 (2005), 265, 281 ss.; *Villar* (2014), 208.

[54] En el original alemán: «*Pflichtwidrigkeitszusammenhang*».

[55] Distintos, *Zielinski* (1973), 215; *Sancinetti* (2003), 136-137.

conducta se le imputa el resultado y no a otro, cuya actuación no da lugar a un resultado objetivamente imputable. El trato desigual en beneficio de este último responde a una razón distributiva. Esta es la de que, al no producirse la desestabilización social asociada al resultado, no es necesaria la pena. En eso radica la buena suerte de quien, pese a su conducta imprudente, no es castigado. Sin embargo, nadie puede recalificar como mala suerte propia la buena suerte ajena.

4.3. La sanción de las «imprudencias sin resultado»

Existen excepciones al modelo legal de incriminación de la imprudencia. 45
En concreto, estas surgen como mínimo en dos clases de situaciones. Por un lado, cuando la conducta imprudente se manifiesta de modo patente, lo que es frecuente en contextos de gran densidad regulatoria administrativa. Por otro lado, cuando se trata de una conducta ubicua, a propósito de la que cabe contar con una repetición masiva. Pues bien, si concurren ambos factores, no solo se da merecimiento retributivo de pena, sino también necesidad de pena desde perspectivas de prevención general positiva. En efecto, la ausencia de una lesividad vinculada a la producción del resultado se compensa con la lesividad propia de la inseguridad generada en las víctimas potenciales. En consecuencia, si los bienes afectados son muy relevantes, no es irrazonable la tipificación de la mera conducta imprudente como delito de peligro.[56] Un problema distinto a los mencionados es el de las denominadas «tentativas imprudentes»; este se examina más adelante (*cfr. infra* capítulo 15/123).

5. LAS CLASES DE IMPRUDENCIA

5.1. Generalidades

Los delitos imprudentes se castigan con una pena inferior, en mayor o 46
menor medida, a la del delito doloso correspondiente. Ello resulta conforme con razones estructurales, con las intuiciones morales generales y, en general, no es discutido. En cambio, sí se debate sobre las razones de merecimiento o de necesidad de pena que pueden sostener tal diferencia. Como se ha indicado, la propuesta más plausible es la de que se trata de una diferencia de merecimiento de pena, es decir, justificada por razones de retribución. Sin embargo, esto no obsta a que existan casos limítrofes. En concreto, a que se den situaciones de desconocimiento actual de la concurrencia de un peligro, debidas a una imprudencia temeraria del agente,[57] cuyo merecimiento de pena es casi análogo al propio del dolo eventual. A este respecto hay que recordar las situaciones de co-consciencia y de ignorancia deliberada, en cuyo seno

[56] *Prittwitz* (1993), 348. A lo que debe añadirse (381) que en las sociedades del riesgo resulta que imprudencias cada vez más leves dan lugar, sin embargo, a daños cada vez más graves.

[57] *Ruiz López* (2011), 141 ss.

pueden advertirse variantes próximas al dolo, y prácticamente asimilables a este, junto a situaciones de imprudencia más o menos grave.

5.2. Las distinciones fundamentales

5.2.1. La imprudencia consciente y la inconsciente

47 La distinción clásica entre grados de imprudencia contraponía una *culpa levis* y una *culpa lata*, más o menos próxima al dolo —*culpa dolo proxima* o *luxuria*—.[58] Pues bien, en ese marco conceptual era relativamente común ubicar la imprudencia inconsciente —*negligentia*— en el seno de la *culpa levis*. Es decir, se tendía a considerar que toda imprudencia grave tenía que ser, a su vez, consciente. Con todo, la doctrina dominante en nuestra tradición jurídica ha acabado por sostener que una culpa inconsciente también puede ser grave. En realidad, la diferencia entre imprudencia consciente —o con representación— e inconsciente resulta decisiva en cuanto a la «imprudencia subjetiva» o personal —es decir, en cuanto a la imputación subjetiva a título de imprudencia—. Sin embargo, esta distinción no se halla prevista expresamente en la legislación española y, por ello, tampoco tiene una repercusión punitiva directa. En cambio, la situación es diferente en otros países. Así, por ejemplo, en Italia la culpa con previsión del resultado tiene una pena agravada con respecto a la de aquella imprudencia en la que se carece de representación (art. 61.3 CP italiano).[59] Por su parte, en Estados Unidos la «temeridad»,[60] que se castiga de modo amplio, análogo al régimen de la imprudencia en los sistemas continentales, requiere que el sujeto manifieste un «desprecio injustificable de un riesgo conocido». Por tanto, es una forma de imprudencia grave consciente. En cambio, la «negligencia»,[61] que comprende los casos de culpa consciente menos grave y todos los de culpa inconsciente, se castiga de forma mucho más excepcional.

5.2.2. La imprudencia grave, menos grave y leve

5.2.2.1. Las distinciones históricas

48 En España el criterio tradicional para la graduación legal de las clases de imprudencia diferenciaba entre imprudencias temerarias —equivalentes a la clásica *culpa lata*— e imprudencias simples. Estas últimas, a su vez, se subdividían en función de que hubieran tenido lugar con infracción de reglamentos administrativos o sin ella. Ahora bien, el Código penal vigente optó por sustituir tal tripartición mediante la bipartición de imprudencias graves y leves, elimi-

---

[58] *A. Merkel*, PG, s/f, 91-92.

[59] Distintivos: *Mongillo*, DPC-RT 2/2018, 253 ss.; *Brunelli*, RIDPP 2020, 1305 ss.

[60] En inglés: «*recklessness*».

[61] En inglés: «*negligence*».

nando la referencia a la infracción de reglamentos.[62] Así, la imprudencia grave equivale a la que solía denominarse imprudencia temeraria.[63] En concreto, se define como «la omisión de todas las precauciones o medidas de cuidado o, al menos, una grave infracción de normas elementales de cuidado».[64] Es decir, como aquella que cualquier persona habría podido evitar. En cambio, la imprudencia leve se caracteriza como aquel descuido evitable por un sujeto diligente, de modo que viene a coincidir con la antigua imprudencia simple. En fin, la imprudencia «levísima» es aquella que solo puede evitarse merced a una diligencia extraordinaria y no común. Dado que nadie está en condiciones de comportarse siempre de modo adecuado a las elevadas exigencias del tráfico, esta última se reconducía al Derecho civil de daños.[65]

5.2.2.2. El problema de la imprudencia leve

En realidad, también la *culpa levis*, y no solo la levísima, se halla muy extendida **49**
en el comportamiento cotidiano. Por ello, en las últimas décadas se extendió la opinión de que no resulta exigible bajo pena el esfuerzo permanente de atención que permitiría evitarla.[66] En esta línea, algunos autores sostuvieron incluso que la imprudencia leve no debe ser punible por razones derivadas del concepto de imputación subjetiva. En definitiva, se formó una amplia mayoría doctrinal a favor de su despenalización.[67] Sin embargo, nunca ha habido unanimidad en esta materia. En efecto, existen también argumentos en contra. En primer lugar, la posible disminución de los efectos de protección de la vida y la integridad física, derivada de la remisión de estos supuestos al Derecho civil de daños —y, con ello, en muchos sectores, exclusivamente al ámbito del seguro—. En segundo lugar, el abandono de la víctima a la lógica de partes del procedimiento civil.

Es común presentar la diferencia entre la canalización de una imprudencia **50**
por la vía jurisdiccional civil o penal como una cuestión de consecuencias jurídicas. En concreto, afirmando que en la primera solo se impone la reparación civil del daño, mientras que en la segunda se trata, en primer lugar, de la pena y adicionalmente, de la reparación del daño. Sin embargo, siendo esto cierto, es preciso tomar en consideración también otros aspectos.[68] De entrada, el propio concepto de imprudencia en uno y otro ámbito: objetivo, en el Derecho civil; subjetivo, en Derecho penal. Además, la entidad de las costas procesales y la duración de los procesos, el estándar de la prueba, el carácter oficial de la persecución. En efecto, el proceso civil es más caro y seguramente incluso

---

[62] *Daunis Rodríguez*, InDret 3/2018, 12-14.

[63] STS 1823/2002, de 7 de noviembre.

[64] *Hava García* (2002), 180.

[65] *Carrara*, PG, I, 1886, §§ 88, 105.

[66] *Köhler*, AT, 1997, 179-180.

[67] *Schlüchter* (1996), 27 ss.; *Feijóo Sánchez*, CPC 62 (1997), 362; *Ruiz López* (2011), 263 ss.; *Pawlik* (2012), 142.

[68] *Pérez del Valle*, InDret 4/2021, 205 ss.

más largo que el penal. En cambio, su estándar probatorio es más bajo —«preponderancia de la prueba» frente al de «más allá de toda duda razonable»— y, por tanto, más favorable al demandante. Ahora bien, el sujeto presuntamente dañado no cuenta en él con la asistencia de los órganos del Estado. En efecto, la persecución oficial propia del proceso penal permite contar con la iniciativa del Ministerio Fiscal, así como con el respaldo probatorio de la policía y de los peritos forenses. Nada de ello es posible en el proceso civil.

51 Sea como fuere, el argumento de la falta de merecimiento de pena de la imprudencia leve se impuso en la doctrina sobre cualquier consideración de necesidad político-jurídica. De hecho, esto condujo a una valoración ampliamente positiva de la despenalización de los delitos cometidos por imprudencia leve en la legislación española, a raíz de la reforma llevada a cabo en el Código penal en 2015. Ello, aunque realmente dicha despenalización no tuvo lugar con base en consideraciones de merecimiento, sino, por el contrario, gerenciales, es decir, relativas a la sobrecarga de los juzgados.

5.2.2.3. La distinción vigente en España: imprudencia grave y menos grave

5.2.2.3.1. Generalidades

52 Con ocasión de la despenalización de las imprudencias leves en 2015, el legislador español decidió introducir —de modo circunscrito al homicidio y a las lesiones— una nueva clase de imprudencia, a saber, la denominada «menos grave».[69] Ahora bien, el alcance de esta y el modo de apreciarla por parte de los órganos judiciales han sido objeto de constante polémica y de varias reformas legales. Desde luego, cabe pensar que la imprudencia menos grave comprende algunas de las anteriormente denominadas «leves».[70] Sin embargo, en la práctica de los años siguientes, los órganos judiciales penales procedieron a calificar generalmente las imprudencias en la conducción de automóviles como leves y, por tanto, a sobreseer el correspondiente procedimiento penal. De este modo, solo cabía recurrir a la vía del procedimiento civil, con los inconvenientes que ello genera para la supuesta víctima, sujeto demandante.

53 El legislador español pretendió hacer frente a esta práctica de los órganos judiciales penales mediante dos reformas, producidas en 2019 y en 2022.[71] El criterio adoptado en ellas ha sido vincular los conceptos de imprudencia grave y menos grave con la vulneración de disposiciones administrativas.[72] Así, en primer lugar, se introdujo una presunción *iuris et de iure* de imprudencia grave.[73] En

---

[69] *Morillas Cueva*, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 771 ss.

[70] Distinta, la STS 805/2017, de 11 de diciembre.

[71] Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo; Ley Orgánica 11/2022, de 13 de septiembre.

[72] STS 421/2020, de 22 de julio.

[73] Arts. 142. 1, II y 152.1, II CP: «a los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 determinara la producción del hecho».

segundo lugar, una especie de presunción *iuris tantum* de imprudencia menos grave, vinculada a la comisión de una infracción grave de la legislación de tráfico. El resultado de las reformas recuerda a la «imprudencia simple con infracción de reglamentos», derogada en 1995. Ciertamente, existen espacios para una visión estrictamente jurídico-penal de la imprudencia en la conducción de vehículos.[74] Sin embargo, el modelo legal transmite una posición favorable a la «accesoriedad administrativa positiva» de la imprudencia jurídico-penal. Esto, que no es satisfactorio, se percibirá seguramente en la aplicación judicial de las próximas décadas.

5.2.2.3.2. El criterio de la distinción

54 Es discutido si la graduación de la imprudencia debe tomar como referencia la entidad objetiva de las disposiciones de cuidado infringidas o la medida personal del descuido, es decir, si tiene una base intersubjetiva o subjetivo-personal.[75] Sin embargo, lo razonable es pensar que la expresión legal alude tanto a la entidad de la norma de cuidado vulnerada como a la del descuido subjetivo. Así, la apreciación de una imprudencia menos grave puede deberse a la infracción de una norma de entidad media o bien a la vulneración de una norma de entidad alta por parte de una agente con capacidad inferior, cuya infracción personal deba reputarse menos grave. Según la doctrina clásica del Tribunal Supremo español, esta distinción obedece a tres razones: (i) la importancia del bien jurídico de posible afectación; (ii) el grado de probabilidad de que ese bien sea lesionado (dimensión cuantitativa); y (iii) el grado de desaprobación social de esa conducta (dimensión cualitativa).[76] Ahora bien, como puede advertirse, esta es una distinción objetiva. La cuestión es si en ella desempeña algún papel el grado de déficit personal, cuando existe la posibilidad de actuar correctamente. Pues bien, en la medida en que se trata de filtros sucesivos, debe concluirse que lo decisivo en última instancia es la dimensión personal. Esto significa que una imprudencia objetivamente grave puede traducirse en una culpa personal menos grave o leve en función de la medida del déficit de esfuerzo personal. En cambio, no cabe el fenómeno inverso, es decir, que la omisión de una cautela objetivamente leve se convierta en grave porque el sujeto actuó con completo desinterés. En definitiva, la imprudencia grave requiere un riesgo desaprobado grave y la expresión de un déficit subjetivo asimismo grave.

55 En la legislación española, una categoría adicional de gran relevancia práctica es la denominada «imprudencia profesional».[77] En efecto, si el juez considera que la imprudencia cometida es, además de grave, profesional, debe añadir a la pena correspondiente a la imprudencia otra —en realidad, una especie de medida de seguridad— de «inhabilitación especial para el ejercicio de la

---

[74] STS 421/2020, de 22 de julio.

[75] Estandarizando, *Ruiz López* (2011), 249; *Daunis Rodríguez*, InDret 3/2018, 34; *el mismo*, RP 41 (2018), 73. Crítico, *Pérez del Valle*, InDret 4/2021, 205 ss.

[76] SSTS 2235/2001, de 30 de noviembre; 2445/2001, de 22 de diciembre; 665/2004, de 30 de junio.

[77] *Guisasola Lerma* (2005); *de Vicente Remesal*, LH Mir Puig, 2017, 952 ss.

profesión, oficio o cargo». A este respecto, uno de los problemas importantes es el de la distinción entre la imprudencia profesional y cualquier imprudencia cometida por un profesional. En particular, se hace preciso debatir si la imprudencia profesional debe asociarse a la «impericia»,[78] esto es, al déficit de conocimientos técnicos o a la defectuosa aplicación de estos. A pesar de que la categoría ha recibido críticas, mayoritariamente se entiende que esta debe ser su concepción *de lege lata*.[79] Sin embargo, sobre todo a la vista de la pena de inhabilitación especial, surge la duda de si lo decisivo en la imprudencia profesional es la mayor gravedad adicional del hecho o simplemente la existencia de un foco específico de peligrosidad al que se pretende hacer frente mediante una intervención preventivo-especial inocuizadora, aunque sea de duración limitada *a priori*.[80] En realidad, solo debe afirmarse la existencia de una imprudencia profesional cuando el hecho sea revelador de una incapacidad técnica del sujeto para el ejercicio de la profesión de que se trate. Ello responde también a una cuestión general. A saber, que la comisión imprudente de un hecho puede mostrar una dimensión caracterológica que la haga ser expresión de una cierta peligrosidad del sujeto. De ahí que algunas de las sanciones previstas como penas accesorias para los hechos imprudentes cometidos con automóviles o armas, por ejemplo, tengan una naturaleza próxima a las medidas de seguridad.

III. LA IMPRUDENCIA EN EL SISTEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO

1. GENERALIDADES

1.1. Los términos de la ley

56 Como ya se ha indicado, los textos legales aluden a la realización típica imprudente mediante el uso del adjetivo «imprudente» o bien de las locuciones adverbiales «imprudentemente», «por imprudencia» o «de modo imprudente». Pues bien, estas expresiones legales tienen una doble naturaleza. Por un lado, desde el punto de vista de la teoría del tipo legal, constituyen elementos normativos de valoración jurídica —elementos de valoración global del hecho—, que califican o modalizan la conducta típica. Así, conforman el marco de legalidad penal que remite a las reglas objetivas extrapenales de cuidado. Estas, en su diversa configuración, cumplen la función regulativa de imponer una determinada forma de realización de una conducta.

57 Sin embargo, por otro lado, los términos legales mencionados remiten a una «disposición» del agente, que constituye la base de la imputación subjetiva del hecho a aquel. Por su parte, tal disposición subjetiva alude a la infracción

---

[78] *Feijóo Sánchez*, CPC 62 (1997), 335 ss.

[79] La jurisprudencia tiende a asociar la mayor pena que se impone en los casos de imprudencia profesional al «plus de antijuridicidad» que conlleva la inobservancia de la *lex artis*.

[80] *Feijóo Sánchez*, CPC 62 (1997), 340.

del deber de cuidado mediante una volición contraria al contenido de la disposición prescriptiva extrapenal. De todos modos, el límite de la posibilidad de imputar subjetivamente el hecho viene dado por la regla *ultra posse nemo obligatur* (o bien: *ad impossibilia nemo tenetur*). En efecto, solo puede infringir un deber el que tiene la posibilidad de cumplirlo. Ahora bien, tal posibilidad, que es condición necesaria, ciertamente no constituye una condición suficiente de la apreciación de la infracción del deber.[81] Además, es necesario que resulte exigible cumplirlo.

1.2. La relación entre dolo e imprudencia como *plus/minus* o *aliud*

El dolo y la imprudencia personal, en tanto que formas de imputación 58
subjetiva del hecho típico, se mueven en el mismo plano funcional-teleológico. Por tanto, desde el punto de vista axiológico, la distinción entre ambas es gradual —comparativa o tipológica—, lo que en otras palabras se denomina una relación de *plus/ minus*.[82] En efecto, para las construcciones funcionales, dolo e imprudencia constituyen medidas diversas de infracción de la incumbencia de conocimiento, esto es, reflejan grados cuantitativamente distintos de enfrentamiento con el Derecho. Desde esta perspectiva, el dolo puede definirse como evitabilidad cualificada, de modo que incluso sería razonable que existiera una única categoría de imputación subjetiva con grados diversos de gravedad. En cambio, si se adopta la perspectiva relativa a sus respectivas estructuras conceptuales, cabe discutir si entre el dolo y la imprudencia existe una diferencia cualitativa —de modo que se relacionan entre sí como *alia* (en singular, *aliud*)—.[83] Así, la primera versión de este planteamiento subrayaba la diferencia entre el dolo, como concepto psicológico, y la imprudencia como concepto normativo —infracción del cuidado—. En la actualidad, sostienen un punto de vista análogo quienes subrayan que, en el caso del dolo, la imputación tiene lugar mediante el conocimiento del agente —es imputación ordinaria—. En cambio, añaden que en la imprudencia se da una situación de desconocimiento. Ahora bien, en ella la imputación subjetiva se puede construir mediante la atribución del desconocimiento a la previa infracción de una incumbencia, lo que se califica de «imputación extraordinaria». En fin, desde el punto de vista estrictamente exegético-legal, el dolo y la imprudencia reciben un tratamiento cuantitativamente diverso, puesto que, salvo en casos de error craso del legislador, la imprudencia se castiga con menos pena. Sin embargo, el tratamiento legal es también cualitativamente distinto. En efecto, en muchos delitos solo es punible la forma dolosa de comisión. Esto sucede

---

[81] *Hruschka* (2.ª, 1988), 189; *Feijóo Sánchez* (2001), 255 n. 752.

[82] *Herzberg*, GA 2001, 572-573; *el mismo*, RECPC 10 (2008), 19, 21; *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 11/49; *Walter* (2006), 172; *Pawlik* (2012), 344 n. 529; *el mismo*, (2016), 140, 151-152; *Rostalski*, GA 2016, 79 ss.; *Frisch*, FS Sancinetti, 2020, 360-361; con matices, *Pérez Barberá*, LH Luzón Peña, I, 2020, 917 ss. En contra, *Safferling* (2008), 192; *Bung* (2009), 187; *Schladitz* (2021), 107 ss., 209 ss., 383 ss.

[83] *Kindhäuser*, InDret 4/2008, 1 ss.; *Rogé Such*, InDret 3/2022, 172 ss.

en todos los países que han adoptado el sistema de *numerus clausus* de incriminación de la imprudencia, que determina que las conductas imprudentes solo sean punibles en los supuestos explícitamente previstos en la ley.

59 Más allá de la contraposición de la imputación ordinaria y extraordinaria, otras construcciones dogmáticas del dolo y la imprudencia pueden dar lugar a contemplarlas como entidades de naturaleza distinta. Así, por ejemplo, las de quienes consideran que la base cognitiva de dolo e imprudencia, al menos en ciertos casos, puede ser la misma, de modo que la diferencia entre ambas radica en la intención o en las emociones del agente —como, por ejemplo, en la indiferencia—.[84] En este caso, el *aliud* viene dado por los aspectos intencionales y emocionales. Estos, a su vez, pueden configurarse de dos formas. En concreto, mediante la concurrencia de una emoción negativa de más en el delito doloso; en concreto, tener la intención de producir el resultado, contar con la producción de este o conformarse con él. O, alternativamente, mediante la aparición de una emoción positiva de más en el delito imprudente: confiar en la no producción del resultado.

60 Más allá de lo anterior, es preciso tener presente que, desde luego, en los casos de dolo indirecto —el generalmente denominado dolo directo de segundo grado— y de dolo eventual, el tipo objetivo del delito coincide con el del delito imprudente. Así, en el plano objetivo, las diferencias son cuantitativas. Es decir, se exige en general un mayor peligro objetivo, conocido por el sujeto, para apreciar un delito doloso. Ahora bien, en el caso del dolo directo de primer grado, el tipo objetivo contiene ya un elemento intencional —la intención de producir el resultado— que, desde luego, no concurre en el tipo objetivo del delito imprudente. La valoración de este elemento, que tiene un contenido esencialmente expresivo, es el factor que determina que, a pesar de que el nivel de peligro sea mínimo, pueda apreciarse la concurrencia del tipo objetivo-significativo del delito.

2. LA DISCUSIÓN SOBRE LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA IMPRUDENCIA

2.1. La evolución doctrinal del último siglo y medio

61 En el último tercio del siglo XIX, el análisis jurídico-penal del concepto de imprudencia punible no la identificaba con la infracción del cuidado.[85] Más bien, la imprudencia —ubicada sistemáticamente en la culpabilidad— se definía por la causación o no evitación voluntaria de un resultado previsto por el sujeto. En efecto, la doctrina de la imprudencia en el marco de la concepción psicológica de la culpabilidad tenía dos consecuencias. Por un lado, que no consideraba la relación entre imprudencia y riesgo permitido, de modo

[84] *Bung* (2009), 104: dolo es «querer el resultado» —sobre la base de una causalidad mental—.

[85] Sobre la evolución dogmática, *Bacigalupo*, LH Bajo Fernández, 2016, 51 ss.; *Perin* (2020), 17 ss.

que este último se ubicaba entre los correctivos de la relación de causalidad. Por otro lado, que la culpa inconsciente —en la que no se da una relación psicológica con el resultado—, quedaba fuera del marco teórico del concepto.[86] Entonces, la imprudencia se determinaba atendiendo a las capacidades individuales del sujeto, lo que ciertamente era propio de los planteamientos psicológicos. Pero no solo. Ciertamente, también la posición normativista más representativa de la época se manifestó en términos explícitamente contrarios a integrar en el sistema del Derecho penal la noción civilista de la infracción del cuidado objetivo requerido en el tráfico.[87]

Con todo, a principios del siglo XX, se inició el proceso doctrinal que se **62**
conoce como la normativización de la imprudencia.[88] Así, esta dejó de verse como un concepto «incoloro»[89] y pasó a asociarse con la inobservancia del cuidado, es decir, con una noción valorativa.[90] A su vez, tal proceso implicó un cierto distanciamiento con respecto a la idea de previsión del resultado. En efecto, cabe que el sujeto obre con previsión de la producción del resultado lesivo y, en cambio, no obre imprudentemente, si no contraviene las exigencias de cuidado. Viceversa, cabe obrar imprudentemente, aunque se actúe sin previsión del resultado, siempre que se haya infringido el deber de examen —e información— previo,[91] más tarde denominado «deber de cuidado interno».

Para determinar la noción de cuidado exigible se adoptó un baremo obje- **63**
tivo-general, que tenía como referente lo que haría un sujeto razonable en la posición del agente. Sin embargo, ello no dio lugar de modo inmediato a un traslado del juicio de imprudencia al ámbito sistemático de la antijuridicidad, en concreto al tipo, que en los años treinta del siglo XX ya se empezaba a entender como tipo de injusto. A este respecto, debe tenerse en cuenta que, en el marco del concepto neokantiano de delito, el proceso de normativización afectó tanto al tipo de injusto como a la culpabilidad. Por tanto, la normativización de la imprudencia no conducía necesariamente a colocarla en una u otra ubicación. En las décadas sucesivas se partió de que, en cuanto a la determinación de la imprudencia, existe un doble baremo general/individual —al que se alude a veces mediante la contraposición de lo objetivo y lo subjetivo—.[92] Sin embargo, no tuvo lugar una clara ubicación del juicio general —con el baremo del sujeto medio razonable— en la antijuridicidad y del juicio individual —con el baremo de las capacidades individuales del agente— en la culpabilidad.

---

[86] *Welzel* (1964), 130.

[87] *Binding*, Normen, IV, 1919, 524-525.

[88] *Pérez del Valle* (2012), 75 ss.

[89] *A. Merkel*, PG, s/f, 90.

[90] *Exner* (1910), 192-194; *Engisch* (1930), 344, 426; *Welzel* (1964), 56.

[91] *Binding* (1919), 123.

[92] Así, el art. 23 CP colombiano: «La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo».

64 Este proceso de indefinición no concluyó plenamente antes de que se impusiera la modificación sistemática derivada del finalismo, con el traslado al tipo de injusto tanto del dolo como de la imprudencia. En efecto, para establecer la previsibilidad objetiva del resultado propia de esta última, se proponía que el juicio de peligro *ex ante* se realizara desde la perspectiva de un hombre razonable dotado con los conocimientos ontológicos del hombre medio, más los especiales del autor, y los nomológicos propios del estado de la ciencia.[93] Ahora bien, a continuación, para fundamentar la infracción del deber de cuidado, era preciso añadir la ausencia de permisión del riesgo. Por su parte, en el ámbito de la culpabilidad de los delitos imprudentes, debían producirse los juicios de previsibilidad y de evitabilidad subjetiva.[94] En particular, en el marco de este último es relevante que el hecho no le pueda ser reprochado al autor cuando le resultaba inevitable debido a un cansancio o emoción no culpables.

65 La acogida de un baremo objetivo en el tipo de injusto imprudente da cuenta de que la doctrina final de la acción tuvo siempre dificultades para fundamentar el injusto típico del delito imprudente, que no casa bien con aquella.[95] En efecto, como se ha indicado, esa doctrina partía de que la acción humana es intencional, concluyendo que la finalidad del agente es siempre (co-)determinante del sentido típicamente relevante de la acción. En consecuencia, negaba la posibilidad de que el significado de una acción fuera descrito con independencia de aquella finalidad. Sin embargo, en la imprudencia se trata precisamente de eso. A saber, de que la descripción (del sentido) penalmente relevante de la acción prescinde de esa finalidad concreta, aunque no del control del sujeto sobre el proceso lesivo.[96] Pues bien, una vez que optó por entender la imprudencia como la lesión del cuidado jurídicamente exigido, el finalismo tuvo dificultades para decidir sobre su ubicación sistemática en la tipicidad —cuyo contenido era concebido por los finalistas de modo avalorativo— o bien en un juicio separado de antijuridicidad. En efecto, el debate interno sobre esta cuestión fue paralelo a las dudas de Welzel en cuanto a la ubicación de la adecuación social —y del riesgo permitido— en la tipicidad o en las causas de justificación (*cfr. supra* capítulo 10/104).

66 La discusión sobre la ubicación sistemática de la imprudencia y sobre el baremo para su determinación se explica por diversas razones. Por un lado, tiene que ver con cuestiones de coherencia con los modelos sistemáticos defendidos por cada autor, que en principio habían sido pensados teniendo solo presentes los delitos dolosos. Sin embargo, por otro lado, guarda relación con el problema práctico de cómo resolver los casos en los que el agente

---

[93] *Welzel* (1961), 16 ss., 22.

[94] *Welzel* (1961), 30-31; *el mismo*, AT, 11.ª, 1969, 175-176.

[95] Así, la descripción de *Kröger* (2016), 121 ss. No obstante, en sentido distinto, *Gil Gil* (2007), 25 ss., 215 ss.

[96] En contra, *Struensee*, ADPCP 1987, 423 ss.; *el mismo*, FS Samson, 2010, 216-217: la acción imprudente es una acción final en la que la finalidad se da en relación con un «síndrome de riesgo», que se controla. Distintos, y a su vez diferentes entre sí, *Sancinetti* (1991), 272 ss.; *Gil Gil* (2007), 154 ss.

tiene conocimientos o capacidades por encima de la media. Ciertamente, si la imprudencia se ubica en el injusto y para su determinación se adopta un baremo general, entonces hay que concluir que los conocimientos y capacidades superiores del sujeto son irrelevantes. En cambio, si se ubica en el injusto y se adopta un baremo individual, entonces parece que quiebra la concepción objetiva/intersubjetiva de este último. Desde luego, el problema no se plantea en la misma medida en el caso de un agente con conocimientos o capacidades inferiores. En efecto, en el planteamiento dominante, estos no impedirían la adopción de un baremo intersubjetivo-general en la tipicidad objetiva. Aun acogido este, podrían ser considerados en el denominado «tipo subjetivo» o en la culpabilidad.

2.2. El marco doctrinal actual

En los últimos cien años la doctrina no ha alcanzado consenso acerca de **67**
la ubicación de la imprudencia en el sistema de la teoría del delito.[97] En concreto, cabe distinguir, al menos, cuatro opiniones: (i) la que sostiene que la imprudencia ocupa una doble posición, en el tipo de injusto objetivo —como imprudencia objetiva-general— y en la culpabilidad —como imprudencia individual—;[98] (ii) la que entiende que ocupa una «doble» posición, en el tipo objetivo y en el llamado tipo subjetivo;[99] (iii) la que considera que únicamente está ubicada en el tipo subjetivo, con independencia de cómo se construya el baremo para su concreción —más individualizado o más estandarizado—;[100] y (iv) en fin, la que considera que únicamente está ubicada en la culpabilidad.[101] Con todo, para evitar malentendidos, conviene tener presente que las referidas posiciones (iii) y (iv) asumen que el tipo objetivo de los delitos imprudentes está ya configurado en los términos establecidos por la doctrina del comportamiento penalmente desaprobado y la imputación objetiva del resultado. Expresado de otro modo, afirman que la realización de una conducta objetivamente «imprudente» —desaprobada— es presupuesto de la imputación objetiva del resultado típico.[102] Ahora bien, para la primera de ellas, si no se vulnera el deber individual de cuidado la conducta no es penalmente antijurídica.

---

[97] *Kröger* (2016), 143 ss.; *Perin* (2020), 48 ss.

[98] *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 131 ss., 175-176; *Cerezo Mir*, ADPCP 1983, 475 ss.; *Gil Gil* (2007), 123 ss.; *la misma*, Icade 74 (2008), 99.

[99] *Gössel*, FS Bruns, 1978, 51 ss.; desde una concepción parcialmente diferente, *Struensee*, ADPCP 1987, 423 ss.; *el mismo*, FS Samson, 2010, 199 ss.; *Cuello Contreras* (1990); *el mismo*, LH Gimbernat Ordeig, I, 2008, 783 ss.; *Serrano González de Murillo* (1991), 169 ss., 199 ss.

[100] *Jakobs* (1972), 64 ss.; *Stratenwerth*, FS Jescheck, 1985, 290 ss.; *Weigend*, FS Gössel, 2002, 140; *Duttge*, GA 2003, 464; *Pérez del Valle* (2012), 133 ss.

[101] *Arth. Kaufmann* (1961), 226-227; *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 24/57 ss. La posición más extendida en Italia parece moverse entre esta posición (iv) y la (i). Así: *Castaldo* (1992), 114 ss.; *el mismo*, GA 1993, 503 ss., 507 ss.; *Castronuovo* (2009); *Canepa* (2011); *Canestrari* (2011), 73 ss.; *Grotto* (2012); *Donini*, RIDPP 2013, 124 ss.

[102] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 9/1; *Corcoy Bidasolo* (2.ª, 2005), 101 ss.; *Feijóo Sánchez* (2001), 108 ss.

3. LA TEORÍA DE LAS NORMAS DE CONDUCTA

3.1. Los tres posibles planteamientos de teoría de las normas

3.1.1. Los dos planteamientos que no se acogen en esta obra

68 Es discutido si el delito imprudente infringe la misma norma de conducta que el correspondiente delito doloso o no. Pues bien, la toma de posición sobre esta cuestión depende, en primer lugar, del concepto de norma de conducta del que se parta (*cfr. supra* capítulo 8/56). Si la norma se entiende como prohibición —o mandato— de producción de determinados estados de cosas, entonces es ciertamente la misma en ambos casos. Así, en el marco de este planteamiento, la diferencia entre el dolo y la imprudencia se manifiesta en la diversidad de reglas de imputación —respectivamente, «ordinaria» y «extraordinaria»— que hay que aplicar en uno y otro caso. Por eso se afirma, como se ha indicado, que esa diferencia es cualitativa —es decir, que son, recíprocamente, un *aliud*—. En efecto, este planteamiento sostiene que el «deber» —o exigencia— de cuidado es el contenido de una incumbencia, cuya infracción permite imputar responsabilidad a un sujeto por lo acaecido, aun cuando obre sin dolo, en virtud de una imputación extraordinaria.[103] En definitiva, la imprudencia es concebida exclusivamente como una forma de imputación (subjetiva). Por lo tanto, carece de sentido la consideración de una vulneración objetiva de la «norma de cuidado».[104]

69 Otra posición entiende la norma de conducta como directiva personal. Desde esta perspectiva, la norma infringida en un delito doloso y en uno imprudente es distinta. En efecto, esta conclusión es una consecuencia obligada de la premisa adoptada, según la cual el dolo forma parte de la materia de prohibición.[105] Así, este sector doctrinal sostiene que la norma de conducta en el delito imprudente tiene como contenido el de ordenar al agente que esfuerce las propias capacidades hasta el límite de lo exigible, para reconocer riesgos desaprobados para bienes jurídicos.[106]

3.1.2. La concepción acogida

70 Aquí se ha acogido una concepción de la norma de conducta que, de entrada, entiende su contenido como expresión de un orden intersubjetivo de conductas (*cfr. supra* capítulo 8/74). Desde esta perspectiva, la norma prohíbe la conducta que comporta un peligro desaprobado —desde el punto de vista intersubjetivo *ex ante*— para un bien jurídico.[107] Pues bien, esto

---

[103] *Hruschka* (2.ª, 1988), 325 ss.; *Kindhäuser* (1989), 91 ss.; *el mismo*, InDret 4/2008, 24; *Toepel* (1992), 23 ss.; *Vogel* (1993), 77 ss.; *Mañalich*, RCP 3 (2015), 13 ss.; *Valiente Iváñez*, RECPC 22 (2020), 14 ss.; *Rogé Such*, InDret 3/2022, 172 ss.

[104] Crítico, *Montiel Fernández* (2020), 647 ss.

[105] *Arm. Kaufmann* (1954), 110 ss., 223 ss.

[106] *Weigend*, FS Gössel, 2002, 140.

[107] Similar, *Renzikowski* (2022), 122, aunque con desarrollo distinto.

conduce a sostener que la norma de conducta tiene, en principio, el mismo contenido en los delitos dolosos e imprudentes.[108] Así, la conducta —objetivamente— típica del delito doloso consumado y del delito imprudente es sustancialmente idéntica. En efecto, en ambos casos consiste en la realización de un comportamiento intersubjetivamente desaprobado *ex ante*, al que *ex post* se imputa objetivamente el resultado lesivo.[109] Ciertamente, como se ha venido señalando, una posible diferencia entre la conducta desaprobada del delito doloso y el imprudente puede derivarse de que en el primero se inserten determinados conocimientos, intenciones y móviles que atribuyan un preciso sentido intersubjetivo a la conducta. En efecto, estos elementos, algunos de los cuales se asocian por la concepción dominante a la estructura subjetiva del denominado dolo directo de primer grado, en realidad forman parte del objeto del juicio de significado propio de la tipicidad objetiva de la conducta (*cfr. supra* capítulo 10/67).

Ahora bien, la norma, cuyo contenido establece un orden intersubjetivo de 71
conductas, solo puede pretender que sus destinatarios la cumplan según sus propias representaciones acerca del contenido de aquella. Con todo, eso no determina que la lesión de tal contenido sea subjetiva.[110] En efecto, su lesión penalmente relevante requiere que la conducta del destinatario sea peligrosa en términos intersubjetivos *ex ante*. Solo esto se desaprueba penalmente y es común a los casos de imputación subjetiva dolosa e imprudente. La diferencia entre estas va más allá de la lesión del contenido de la norma de conducta, suscitándose en la dimensión de infracción de dicha norma.

3.2. La diferencia entre dolo e imprudencia

La diferencia entre dolo e imprudencia radica en la diversidad existente 72
entre ambos criterios de imputación subjetiva. Con todo, es preciso reiterar que la frontera entre las respectivas reglas de imputación subjetiva —entre dolo eventual y culpa consciente— no ha sido clara en la evolución doctrinal, de modo que subsisten, al menos, dos versiones de ella, con ulteriores matices. Así, una primera versión (i) es la que afirma que en ambos casos el sujeto puede tener la representación del riesgo concreto de su conducta. Ahora bien, lo que sucede es: (a) que en el caso del dolo eventual se da un elemento adicional, volitivo-emocional, de indiferencia; o bien (b) que en el caso de la culpa consciente se da un elemento adicional, volitivo-emocional, de deseo de que no se produzca el resultado o de confianza en tal ausencia de lesión. En este contexto, la culpa consciente puede entenderse como una forma de imputación «ordinaria» sobre la base de que el sujeto tiene conocimiento en relación con la conducta que vulnera la norma. En cambio, la culpa incons-

[108] *Binding*, Normen, IV, 1919, 501 ss.; *Engisch* (1930), 333 ss., 336-337.

[109] *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 11/49.

[110] En la misma línea, *Wagner* (2021), 104-105.

ciente —que describe un caso de falta de representación del riesgo—, es una forma de imputación «extraordinaria».

73 La segunda versión (ii) sostiene que la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente es cognitiva. Sin embargo, al afirmarlo, tiene que admitir que la propia expresión «culpa consciente» es confundente. En efecto, según este punto de vista, no existe ninguna situación de imprudencia en la que el sujeto se represente el riesgo concreto. Así pues, en toda imprudencia —también la llamada «consciente»— se da un cierto error, de modo que la consciente es, en realidad, «parcialmente inconsciente». Así las cosas, la diferencia entre dolo e imprudencia tiene carácter cualitativo —de *aliud*—, mientras que la existente entre culpa consciente e inconsciente es de grado —*plus/minus*—. Al ser toda imprudencia, como mínimo, parcialmente inconsciente, la imputación de responsabilidad es «extraordinaria» en todas sus variantes.

74 Ahora bien, la adopción de la terminología «imputación extraordinaria» tiene aquí una pretensión ante todo aclaratoria. En efecto, junto a ello procede considerar que, desde un punto de vista funcional, dolo e imprudencia tienen en común ser formas de infracción de un deber. Esto las convierte en formas ordinarias de imputación de responsabilidad, diferentes cuantitativamente entre sí. De hecho, la dificultad que ofrece su delimitación lo pone claramente de relieve. Como ya se indicó, en esta obra se acoge la tesis de que el dolo se caracteriza por un «conocimiento práctico» o «afectivo», esto es, por una representación con implicación personal que trasciende al conocimiento teórico del observador. Esto es lo que no existe en la imprudencia, en la que, por lo demás, se dan diversos grados de representación acerca de la conducta intersubjetivamente desaprobada.

4. LA «IMPRUDENCIA INTERSUBJETIVA-GENERAL» Y LA INDIVIDUAL-PERSONAL

4.1. Planteamiento

75 Las discrepancias sobre la ubicación sistemática de la imprudencia expresan también una divergencia sobre el significado de la afirmación de que un sujeto «obra imprudentemente». En concreto, caben dos significados posibles: (i) que la expresión aluda a la imprudencia como vulneración de una regla general de comportamiento; o (ii) que aluda a un déficit del razonamiento práctico de un agente concreto, que tiene la capacidad individual de evitación de un resultado. Desde la primera perspectiva, la imprudencia se asocia a la lesión de una «norma objetiva de cuidado». Desde la segunda, en cambio, no. Sin embargo, ni siquiera con esta distinción se aclara el panorama. Ello se debe a dos razones que abundan en una cierta confusión de planteamientos. Por un lado, algunos autores que aceptan básicamente el postulado (i) no lo asocian específicamente a la noción de imprudencia, sino sencillamente a los presupuestos de la desaprobación de la conducta. Por lo demás, (ii)

incluso quienes identifican la imprudencia con la evitabilidad personal del resultado, no entienden que tal evitabilidad sea absolutamente individual, sino que tienden a adoptar en este punto un baremo generalizador-sectorial o estandarizado.[111]

Pues bien, desde la perspectiva legal, la imprudencia aparece como alterna- **76**
tiva al dolo. Esto significa que no puede verse como una forma de realización del tipo objetivo, sino únicamente como un título de imputación subjetiva. En definitiva, el tipo objetivo del delito imprudente viene constituido por la conducta intersubjetivamente desaprobada *ex ante*—y luego, por el resultado y la relación de imputación objetiva entre este y aquella—. Por su parte, la expresión de imputación subjetiva —a título de imprudencia— de la realización de la conducta intersubjetivamente desaprobada se identifica con la «infracción del deber (personal) de cuidado».

4.2. Los conocimientos y capacidades superiores e inferiores

La relevancia de los conocimientos y capacidades superiores del sujeto es **77**
objeto de permanente discusión. Normalmente se discute el caso en el que son superiores —entendido esto en el sentido de que permiten reconocer o neutralizar un riesgo que otros no podrían—.[112] Un sector de opinión, que acoge la doctrina de los roles sociales, rechaza su relevancia. Otra posición, en cambio, la afirma.[113] En todo caso, los conocimientos y capacidades superiores no inciden sobre la imputación subjetiva, sino que se integran ya antes en el contenido de la norma de conducta, en la medida en que co-determinan el significado del comportamiento del sujeto. Así pues, este puede realizar un comportamiento intersubjetivamente desaprobado, aunque su conducta no infrinja el estándar objetivo de cuidado. Ahora bien, por regla general, y si se actúa en sectores regulados, lo común es que la norma de conducta haga abstracción de los conocimientos especiales, de modo que el criterio rector viene dado exclusivamente por el cumplimiento de las condiciones administrativas de permisión del riesgo.[114] En efecto, en estos ámbitos se produce una estandarización de los conocimientos relevantes a los efectos de la configuración del contenido de la norma. Precisamente, de ello da cuenta la propia noción de riesgo permitido, que priva de relevancia a los conocimientos superiores del sujeto, puesto que estos se ven de algún modo reemplazados por el cumplimiento de las condiciones de permisión de aquel riesgo. Aun así, en el caso límite de la advertencia de un riesgo concreto de lesión inminente de un bien

---

[111] *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 9/5 y 6. Relativamente próximo, *Duttge* (2001), 279 ss., 356-357, 373 ss.

[112] Sin embargo, también se da el caso inverso. Hay conocimientos superiores que permiten reconocer que una situación que, para la mayoría, es peligrosa, en realidad no lo es. En tal caso, la conducta no es penalmente relevante: *Greco*, ZStW 117 (2005), 547 ss., 554; *Pantaleón Díaz* (2022), 123 ss., 126 ss.

[113] A favor de su relevancia, *Schünemann*, JA 1975, 435 ss.; *Sacher* (2006); *Freund*, FS Küper, 2007, 72-74; *de Vicente Remesal*, RECPC 22 (2020), 8; en contra, *Pantaleón Díaz* (2022), 198 ss.

[114] Ya *Wolter*, GA 1977, 266.

intrínseco, el sujeto que posee ese conocimiento especial está obligado a actuar para neutralizar aquel riesgo.

78 La cuestión es distinta cuando, fuera de los sectores específicamente regulados, el baremo de comportamiento viene dado por el criterio de la persona «cuidadosa». En tal caso, la concurrencia de capacidades y conocimientos especiales contribuye a la concreción del contenido de la norma de conducta. A su vez, tales capacidades y conocimientos pueden ser tanto psico-físicos —relativos a la percepción de la situación, fuerza corporal— como intelectuales —de interpretación y aplicación de leyes físicas, técnicas o estándares sociales, de uso de lenguas, etcétera—. En realidad, no se trata ni de que los conocimientos y capacidades individuales sean siempre relevantes, ni de que no lo sean nunca. La cuestión es el alcance de la posición de garante del sujeto, cuyo perímetro es el que determina la exigibilidad del recurso a ellos.[115] En efecto, esta posición puede determinar que no solo en los casos de riesgos concretos para la vida o la integridad física —límite general—, sino también en relación con otros bienes, pueda existir un deber de neutralización de riesgos, cuando estos son inminentes.

79 El problema de los conocimientos inferiores es distinto. En efecto, la imprudencia como criterio de imputación subjetiva manifiesta un defecto volitivo paralelo al dolo. Pues bien, en el caso de la imprudencia, tal defecto volitivo radica en la no evitación de un defecto cognitivo evitable. A su vez, esto significa que la imputación subjetiva debe excluirse en el caso de aquellos sujetos que, debido a sus capacidades inferiores, no pueden reconocer el riesgo o su desaprobación, o no son capaces de neutralizarlo. Ello, naturalmente, siempre que el defecto cognitivo —o, en su caso, físico— que padecen no fuera, a su vez, evitable. Con todo, la efectiva consideración de este extremo depende de si la imprudencia personal se construye en términos individuales o, por el contrario, generalizadores.

IV. EL TIPO OBJETIVO EN EL DELITO IMPRUDENTE (REMISIÓN A LOS CAPÍTULOS 10, 11 Y 14)

1. EL COMPORTAMIENTO PENALMENTE DESAPROBADO

1.1. Los elementos constitutivos

80 En la concepción clásica, naturalista o no, del delito, el tipo objetivo del delito imprudente se estimaba coincidente con el del delito doloso.[116] En efecto, la imprudencia se concebía únicamente como una posible configuración del lado subjetivo del hecho. Pues bien, a pesar de todos los cambios sistemáticos producidos, ello vale también para el modelo actual.[117] En térmi-

[115] *de Vicente Remesal*, RECPC 22 (2020), 1 ss.

[116] *Binding* (1919), 130.

[117] *Jakobs* (1972); *Frisch* (1983, 1988); *Corcoy Bidasolo* (1989), 293 ss., 375-376; *Duttge* (2001), 40 ss.; *Pérez del Valle* (2012).

nos estructurales, el tipo objetivo de los delitos imprudentes se configura de modo idéntico al de los delitos dolosos. También en él se trata, pues, de un comportamiento jurídico-penalmente desaprobado *ex ante*. Este constituye un desbordamiento de la propia esfera de libertad que vulnera el contenido de la norma de conducta. Ello tiene lugar en virtud de la injerencia en una esfera jurídica ajena, que redunda en la creación de un riesgo cuantitativa y cualitativamente relevante —en términos de significado y desvalor—.

En el comportamiento penalmente relevante *ex ante* se advierten dos ele- 81
mentos básicos: uno, de previsibilidad intersubjetiva; el otro, de desaprobación general.[118] Los diversos aspectos que deben tenerse en cuenta a este respecto se han expuesto en los capítulos 10 y 11, en los que se describe el contenido de la conducta desaprobada activa y omisiva. En resumen, es necesaria: (i) la constatación de una conducta que crea o incrementa un riesgo para el bien jurídico protegido, o que no lo neutraliza o disminuye; y (ii) la exclusión de la concurrencia de situaciones de adecuación social, riesgo permitido o neutralidad del comportamiento. Esto significa, en particular para los delitos de comisión por omisión, la concurrencia de una posición de garante típica, con la capacidad *ex ante* de evitación o disminución del resultado. En efecto, la posición de garante establece, por un lado, a qué fuentes de peligro se extiende el control del sujeto; por otro, con qué intensidad de examen.

1.2. Un problema práctico-aplicativo

La aplicación judicial del Derecho en el ámbito de los delitos imprudentes 82
se ve afectada por dos fenómenos, que se proyectan ya sobre el tipo objetivo. Es decir, sobre la propia determinación de la existencia de un comportamiento *ex ante* intersubjetivamente desaprobado. El primero es de psicología individual del juzgador y consiste en la combinación del «sesgo retrospectivo» y el «sesgo del resultado».[119] En efecto, las investigaciones sobre estos dos sesgos han puesto de relieve que quien pretende efectuar un juicio de peligro *ex ante* desde una posición *ex post*, se ve —en medida por determinar— condicionado por lo que finalmente haya sucedido.[120] Esto significa que, si se ha producido el resultado, se tiende a una sobrevaloración del peligro *ex ante*, mientras que en el caso de no producción del resultado se tiende a una infravaloración de dicho peligro.

El segundo fenómeno es de psicología social. En efecto, en la creciente 83
tendencia a buscar —y encontrar— «imprudencias» se pone de manifiesto uno de los fenómenos más relevantes las sociedades complejas contemporáneas. Este puede calificarse como la «expansión de la imputación». Tal fenómeno

---

[118] *Köhler*, AT, 1997, 183; *Frisch*, FS Sancinetti, 2020, 357.

[119] Respectivamente, en inglés, «*hindsight bias*» y «*outcome bias*».

[120] *Luhmann* (1991), 21; *Kuhlen* (1991), 356 ss., 360; *Prittwitz* (1993), 107; *Silva Sánchez*, FS Sancinetti, 2020, 669 ss.; *Linnenbank* (2020), 22 ss., 306 ss.

responde a la pérdida de los elementos tradicionales de asignación de sentido. Así, pone de relieve la dificultad que tienen las personas para asumir las adversidades como tales. A su vez, esto conduce a su permanente pretensión de convertirlas en hechos injustos para sobrellevarlas mejor;[121] expresado de otro modo, de transformar las desgracias —«accidentes» en sentido etimológico: *id quod accidit*— en hechos antijurídicos.[122] El resultado de esta pretensión es la tendencia a adoptar un concepto de diligencia irreal e inhumano.[123]

2. LA PRODUCCIÓN DEL RESULTADO Y SU IMPUTACIÓN OBJETIVA A LA CONDUCTA DESAPROBADA

84 Los criterios de imputación objetiva del resultado a la conducta imprudente son, en términos generales, comunes a los que deben utilizarse para la imputación del resultado en el caso del delito doloso consumado. Por eso, estos criterios se exponen de forma conjunta para unos y otros delitos en el capítulo 14. Allí donde por algún motivo deben advertirse particularidades, ello se expone con detenimiento.

V. LA IMPRUDENCIA COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA

1. CONSIDERACIONES GENERALES

85 En esta obra la imprudencia se entiende como un criterio de imputación subjetiva —imprudencia personal— paralelo al dolo. Así, el objeto de la imputación subjetiva a título de imprudencia es la conducta que consiste en la creación de un riesgo penalmente desaprobado —desde una perspectiva intersubjetiva *ex ante*—. A su vez, como se ha indicado, la apreciación de un riesgo jurídicamente desaprobado —de la tipicidad objetiva de la conducta— es el resultado de un doble juicio normativo. En primer lugar, de un juicio de sentido (o significativo); en segundo lugar, de un juicio de valoración. Este último permite apreciar en el comportamiento la vulneración de la valoración que se contiene en la correspondiente norma de conducta.

86 A partir de lo anterior, la afirmación de la concurrencia de una imprudencia (personal) es el resultado de un juicio normativo-adscriptivo de imputación. Sin embargo, esto no significa que pueda prescindirse de los datos psico-físicos del sujeto, ni de otros datos externos concurrentes en las circunstancias del hecho. Así pues, igual que se señaló a propósito del dolo, es preciso construir una regla de imputación subjetiva a título de imprudencia que no prescinda de los datos de la realidad. En primer lugar, el contenido de esta regla debe construirse con base en argumentos jurídicos. Es decir, procede determinar

---

[121] *Prittwitz* (1993), 109-112; *Lübbe* (1994), 223 ss.

[122] *Silva Sánchez* (2001), 45-46.

[123] *de Francesco*, RIDPP 1991, 130-131.

fundadamente qué conjunto de indicadores justifica la imputación subjetiva imprudente y, en cambio, cuáles no. Tales indicadores, a su vez, deben ser objeto de prueba con arreglo a los estándares probatorios del Derecho penal. Por tanto, la concurrencia de un determinado estado mental no es el resultado del juicio adscriptivo, sino uno de los indicadores de la adscripción. Igualmente lo son las aptitudes, los conocimientos generales y especiales, las capacidades físicas, psicológicas y técnicas, el carácter y el estado de ánimo, etc.[124]

87 La medida objetivo-normativa del riesgo inherente a la conducta del sujeto es, ciertamente, un indicador muy potente para la imputación subjetiva en los casos de concurrencia de capacidades y conocimientos medios. Sin embargo, no es posible inferir de ella, sin más, la concurrencia de una imprudencia personal. En efecto, la imprudencia como título de imputación subjetiva constituye un defecto cognitivo imputable a un defecto volitivo-emocional del sujeto. Expresado de otro modo, en ella se trata de un error que, además, es vencible. Esto es, precisamente, lo que pretende subrayar la fórmula clásica que la define como infracción de un deber individual de cuidado. Así, en este contexto, la expresión «cuidado» designa una volición. Cuando se dice «ten cuidado», a veces se pretende expresar un mandato general de estar atento —de mostrar una disposición general—; otras veces, en cambio, se pretende designar la concreta disposición a obtener una cognición —obtén información: debes querer informarte—; en otras, en fin, alude a la ejecución de una acción de un modo concreto.

2. EL CRITERIO DE LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA IMPRUDENTE —LA EXIGIBILIDAD DE EVITACIÓN—

2.1. La posibilidad de conocer, la evitabilidad y la exigibilidad

88 La imputación subjetiva a título de imprudencia personal-individual requiere la concurrencia de dos factores: posibilidad y exigibilidad. En primer lugar, requiere la posibilidad individual de evitación —la evitabilidad individual— de la conducta intersubjetivamente desaprobada. A su vez, esta requiere dos elementos: (i) la posibilidad de identificación de la conducta como desaprobada —en la doctrina tradicional, reducida a la cognoscibilidad del riesgo, o la previsibilidad del resultado—; y, a continuación, (ii) los requisitos adicionales relativos a la posibilidad del agente de neutralizar dicha conducta —en la terminología tradicional, la evitabilidad del resultado—. En efecto, quien se puede representar el riesgo inherente a la propia conducta no pasa con ello a poder neutralizarla de modo automático. Pues bien, la no neutralización de un riesgo únicamente se le imputa al sujeto que lo crea o no lo evita, si este hubiera podido neutralizarlo. Para ello es preciso que, además de representarse el riesgo, disponga de (los demás presupuestos de) tal capacidad. Esa

[124] *M.E. Mayer*, PG, 1915, 315.

«disposición» no solo requiere que tales presupuestos existan, sino también que el sujeto lo sepa. Si efectivamente existen, su desconocimiento por parte del agente añade un elemento adicional de posible culpa consciente —de cognoscibilidad—.

89 En segundo lugar, la imputación subjetiva a título de imprudencia requiere la exigibilidad de tal evitación posible.[125] Ciertamente, esta última no puede ir más allá de las capacidades individuales. Sin embargo, sí puede conducir a la exclusión de la imputación subjetiva en situaciones en las que no concurre incapacidad individual, aunque sí una elevada dificultad de evitación de la conducta desaprobada. Por tanto, los conceptos de previsibilidad y de evitabilidad aluden, a la posibilidad y, adicionalmente, a la exigibilidad de identificar la peligrosidad de la propia conducta y de neutralizarla. De todos modos, no está claro cuál es el baremo de lo que resulta exigible conocer y evitar. Desde luego, parece claro que a nadie se le puede exigir que mantenga toda la atención durante todo el tiempo, aunque ello le fuera posible. Aunque siempre es posible estar más atento, eso reduce las propias posibilidades de la vida en común. Con todo, ello solo determina la inexigibilidad penal de la evitación de imprudencias leves.

2.2. Su referencia a la conducta desaprobada

90 Sentado lo anterior, es necesario subrayar, en primer lugar, que el objeto de la evitabilidad que importa aquí no es el resultado lesivo, sino la conducta. En efecto, la evitabilidad del resultado es un problema de imputación objetiva (o subjetiva) de este último, para algunas doctrinas que la requieren (*cfr. infra* capítulo 14/84). Sin embargo, esto no debe mezclarse con la imputación subjetiva de la conducta. En segundo lugar, cabe advertir que el tipo objetivo de los delitos imprudentes, como el de los dolosos, requiere que la conducta no solo se muestre como intersubjetivamente «peligrosa», sino también como «desaprobada». Por lo tanto, la evitabilidad requiere que el sujeto pueda conocer no solo la peligrosidad de su conducta, sino también su desaprobación típica. Así pues, la cognoscibilidad requiere que el sujeto tenga: (i) La posibilidad de conocimiento de la dimensión cuantitativo-fáctica del peligro asociado a su conducta, a la que tradicionalmente se le llama previsibilidad; y (ii) la posibilidad de conocimiento de la dimensión cualitativo-normativa de tal peligro —es decir, de la desaprobación del riesgo—.

91 Esta segunda dimensión de posible conocimiento tiene por objeto un elemento normativo del tipo objetivo del delito imprudente. Por lo tanto, permite advertir que la imprudencia subjetiva puede expresar una *culpa facti* o una *culpa iuris*. Por ejemplo, si el sujeto se encuentra en una situación de peligro y obra de forma desaprobada, el hecho de que crea que está «actuando pru-

[125] *Maiwald*, FS Schüler-Springorum, 1993, 475; *Frisch*, FS Sancinetti, 2020, 357; *de Vicente Remesal*, RECPC 22 (2020), 1 ss.

dentemente» o, expresado de otro modo, que está cumpliendo todas y cada una de las condiciones de permisión del riesgo que gestiona, no excluye la realización de una conducta objetivamente típica. Ciertamente, si su error es invencible, sí procede excluir la imputación subjetiva a título de imprudencia. En cambio, si tal error es vencible, es decir, le es atribuible al propio sujeto —por una *culpa facti* o una *culpa iuris*— cabe sostener la imputación subjetiva a título de imprudencia.

2.3. Algunos ejemplos

92 Un ejemplo relativo a los delitos de peligro que responden al modelo de «imprudencias cortadas» puede contribuir a aclarar esta cuestión. Quien conduce un vehículo con un exceso de velocidad de ochenta kilómetros sobre lo permitido realiza el tipo del delito de peligro presunto del art. 379 CP español. Así pues, su conducta es «objetivamente imprudente», si se quiere denominar así. Sin embargo, si no sabe que está circulando con ese exceso, porque el cuentakilómetros de su vehículo se ha estropeado de forma imprevisible, entonces le falta el «dolo». Este es el que, en un delito de peligro, equivale a la imprudencia subjetiva como criterio de imputación. Otro ejemplo puede ser el del art. 259.1.9.ª CP español, que considera constitutiva de delito de insolvencia cualquier «conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos» a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor. Esta conducta puede realizarse, de entrada, dolosamente. Es decir, con dolo de infringir gravemente los deberes de diligencia en la gestión económica. Sin embargo, el art. 259.3 CP prevé que los hechos se hayan cometido por imprudencia. Es decir, que cabe que el sujeto haya infringido gravemente deberes de diligencia —una «imprudencia objetiva»—, pero para la imputación jurídico-penal de esta es preciso que concurra imprudencia subjetiva en relación con aquella.

93 En definitiva, cabe que el sujeto crea que no realiza la conducta objetivamente típica del delito imprudente, en virtud de suponer la concurrencia de un supuesto de riesgo permitido, cuando sí lo realiza. A su vez, el fundamento de su confianza puede ser un reglamento obsoleto, una autorización legítima o nula, o incluso el «programa de cumplimiento» de la empresa en la que trabaja.[126] En casos así, en los que el error sea invencible, debe excluirse la imputación subjetiva. De este modo, un ejemplo de posible ausencia de imputación subjetiva con imprudencia objetiva viene dado por el supuesto de hecho de las «transfusiones de sangre contaminada».[127] En efecto, en tal supuesto la conducta consistente en vulnerar la *lex artis*, aunque cumpliendo la normativa administrativa autonómica, se calificó por los tribunales como imprudencia (objetiva). Sin embargo, en casos así el sujeto acusado puede argüir, en prin-

[126] *Pastor Muñoz*, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 811 ss.

[127] STS de 18 de noviembre de 1991.

cipio, que confiaba en que el baremo de la imprudencia jurídica venía dado por las disposiciones de la administración.[128]

3. LA IMPRUDENCIA CONSCIENTE

3.1. Una aproximación conceptual

94 El déficit volitivo propio de la imprudencia como título de imputación subjetiva es el no haber salido de un déficit cognitivo del que era posible salir —*ultra posse nemo obligatur*—. Pues bien, el sujeto que obra con culpa consciente sí puede conocer que su comportamiento entraña un riesgo concreto y desaprobado de lesión. Por lo tanto, el criterio de imputación subjetiva en estos casos es la cognoscibilidad de esa dimensión del riesgo, que constituye el primer requisito de su evitabilidad. Ahora bien, esta apreciación parece que no justifica calificar a ninguna imprudencia con el adjetivo de consciente. En efecto, se diría que si el sujeto obra con conciencia del riesgo concreto inherente a su conducta ya obra con dolo eventual. Solo pueden afirmar lo contrario quienes exigen un elemento volitivo adicional para el dolo. Esto debe conducir a afirmar que la llamada culpa consciente en realidad es una culpa solo parcialmente consciente y asimismo parcial o relativamente inconsciente —es decir, en todo caso, no absolutamente inconsciente—. En definitiva, la imprudencia consciente es el déficit volitivo de quien actúa a sabiendas de que está llevando a cabo una conducta peligrosa y desaprobada sin «conocimiento práctico» del «riesgo desaprobado concreto» de producción del resultado.

3.2. Las concreciones

3.2.1. Los casos de imprudencia consciente

95 El caso más comúnmente identificado de imprudencia consciente es el de quien —sin dolo— realiza a sabiendas una conducta peligrosa que debería haber omitido, por hallarse esta incondicionadamente desaprobada. En efecto, el sujeto (i) conoce que su conducta entraña un riesgo *ex ante* —abstracto-estadístico— penalmente desaprobado. Sin embargo, pese a ello, (ii) excluye —en términos de conocimiento práctico— que aquel sea un riesgo concreto de producción del resultado lesivo. Debido a esto último, cabe afirmar que la imprudencia consciente es solo «parcialmente consciente», como se ha indicado.[129] A su vez, ello permite concluir que toda imprudencia es un error del agente —un error vencible— (art. 14.1, II CP español). La cuestión es qué lleva a un sujeto que conoce la existencia de peligro para un bien jurídico a descartar, en términos de conocimiento práctico, su concurrencia en el caso concreto. Pues bien, si se parte de que el sujeto conoce los factores genéri-

---

[128] *Silva Sánchez* (2022), 142 ss.

[129] *Binding* (1919), 131: toda imprudencia es falta de conciencia de la antijuridicidad, por razones fácticas (relativas al curso causal) o jurídicas. Por tanto, a su juicio, la noción de imprudencia «consciente» es una «ocurrencia» (o un «invento»:133).

cos del riesgo, debe concluirse que el suyo es, en realidad, un error inverso. En efecto, consiste en la suposición errónea de la concurrencia de factores concretos de neutralización o morigeración de ese riesgo. Por ejemplo, sobre todo, en la sobrevaloración de sus capacidades.

96 Sin embargo, existe otro caso de actuación sin dolo. En este el agente realiza una conducta peligrosa que puede llevar a cabo de modo lícito, pero incumpliendo las condiciones de su permisión. A ello se refiere la doctrina tradicional de la imprudencia cuando alude a la infracción de un «deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas». En efecto, tal actuar prudente requiere, en primer lugar, identificar las condiciones en cuyo cumplimiento se concreta el marco de actuación lícita y cumplirlas. En este contexto, el estado de error o de ignorancia[130] se debe normalmente a déficits previos: (i) de atención o información en relación con la situación de hecho en la que es preciso actuar; o (ii) de información en relación con el contenido de la disposición que establece las condiciones de una actuación permitida; o, en fin (iii), al consistente en un error de subsunción de aquella situación en la disposición estatal o privada correspondiente. En tal caso, la apreciación de una imprudencia requiere que el desconocimiento le sea atribuible a un déficit volitivo del sujeto —a la falta de esfuerzo físico, mental o económico—. Ello, a su vez, hace necesario que este dispusiera de la posibilidad de haber prestado atención o adquirido la referida información (*ad impossibilia nemo tenetur*). Además, es preciso que el mencionado esfuerzo cognitivo no solo fuera posible, sino también exigible.

97 En lo que hace en concreto a las omisiones imprudentes, estas pueden manifestarse en tres estructuras. En primer lugar, en la estructura del desconocimiento imprudente de la situación típica —error vencible—. A su vez, esta puede manifestarse no solo como (i) un error sobre la situación de peligro, sino también como (ii) un error relativo a la propia capacidad de actuar en evitación del resultado; y, en fin, (iii), en la comisión por omisión, como un error sobre la propia posición de garante y los deberes que le son propios. En segundo lugar, en la estructura de una incapacidad de actuar en evitación del resultado, debida a una imprudencia previa del sujeto. Estas son las situaciones de *omissio libera in causa* imprudente, que pueden mostrar la variante de la *omissio libera in agendo* o bien la de la *omissio libera in omittendo* (*cfr. supra* capítulo 11/154).[131] En fin, en tercer lugar, puede manifestarse como un intento defectuoso de cumplimiento de la norma de mandato, esto es, como la realización incorrecta de la conducta que el sujeto pretende que neutralice el riesgo o evite la producción del resultado. De estas tres estructuras, Armin Kaufmann, aplicando el denominado «principio de inversión» entre acción y omisión, solo había identificado la tercera.[132] Sin embargo, el reconocimiento de estas tres

---

[130] *Engisch* (1930), 265.

[131] *Silva Sánchez* (1986), 260 ss.; *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 1994, 5 ss.; *el mismo*, ADPCP 2000, 29 ss.; *el mismo*, LH Bajo Fernández, 2016, 91 ss.; *Lerman* (2013).

[132] *Arm. Kaufmann* (1959).

modalidades, que se corresponde con la intuición jurídica, es el resultado de la mejor reconstrucción conceptual de los delitos de omisión imprudente.[133]

3.2.2. Los factores determinantes del comportamiento imprudente

98 En efecto, las suposiciones erróneas del sujeto acerca de la inexistencia de un peligro concreto, o de la innecesaridad de observar determinadas cautelas al gestionarlo, pueden deberse a factores naturales o a comportamientos humanos, propios o de terceras personas. De hecho, el denominado «principio de confianza» reconoce relevancia excluyente de la imprudencia a algunos de esos errores, cuando no existe razón para pensar que los otros obrarán descuidadamente (*cfr. supra* capítulo 10/142). Sin embargo, como se ha indicado, los ejemplos más característicos de culpa consciente consisten en una representación errónea acerca de las propias capacidades. En efecto, provienen de que estas se sobrevaloran considerándolas suficientes para la evitación del resultado, cuando realmente no lo son. Así pues, la confianza en uno mismo puede redundar en un desconocimiento de las circunstancias concretas de riesgo.

99 La suposición errónea del agente relativa a la ausencia de un riesgo concreto puede deberse a factores emocionales episódicos —por ejemplo, la euforia—. Sin embargo, también puede responder a otros fenómenos menos transitorios, como el acostumbramiento o la habituación a un determinado foco de riesgo, de quienes se ocupan a diario en actividades peligrosas. De hecho, esta situación es una de las fuentes básicas de la imprudencia en el marco de actividades profesionales. Asimismo, cabe que responda al propio carácter del sujeto —innato o forjado, así como debido a la influencia de terceros—. De hecho, no es infrecuente la incidencia de factores emocionales-caracterológicos no patológicos en la errónea percepción o en la minusvaloración del riesgo. En este punto cabe tomar en consideración determinados sesgos cognitivos, entre los que se cuentan la proclividad al riesgo, el sobreoptimismo, el descuento del futuro, etcétera. Precisamente, la imputación subjetiva a título de imprudencia se basa en el deber de neutralizar esas emociones o de corregir aspectos del carácter. Ahora bien, esto último requiere la capacidad del sujeto para hacerlo, que no se puede presumir siempre.

100 Con todo, tampoco puede descartarse que el error vencible en que consiste la imprudencia se deba a una alteración o anomalía mental temporal o permanente. En efecto, la anomalía mental temporal que da lugar a la comisión de imprudencias con mayor frecuencia es consecuencia de la ingesta de alcohol u otras drogas. En cambio, las alteraciones mentales permanentes relacionadas con la imprudencia son, sobre todo, los déficits de inteligencia o las patologías que redundan en una representación errónea de la realidad. Pues bien, si la causa de la errónea representación de la realidad es una anomalía o alteración mental, lo correcto es apreciar un error de tipo personalmente invencible condicionado

[133] *Struensee* (2005), 239 ss.

por aquella. Por lo tanto, debe excluirse la imprudencia personal, procediendo a apreciar, en su caso, las consecuencias legalmente establecidas para la peligrosidad derivada de la patología. En otros casos, en los que la alteración tenga efectos sobre la cognición de la antijuridicidad o bien volitivos-emocionales en relación con esta, lo correcto es proceder a la imputación subjetiva a título de imprudencia y excluir o atenuar la medida de la imputabilidad.

3.3. El problema temporal en la imprudencia consciente y el límite con la culpa inconsciente

3.3.1. La existencia de tres planos de deberes

3.3.1.1. El deber de examen e información

101 En la dogmática de la imprudencia desempeña un papel decisivo la dimensión temporal.[134] Así, a propósito del cuidado cuya no observancia da lugar a la realización del tipo objetivo en los delitos imprudentes hay que distinguir entre cuidado interno, por un lado, y externo, por el otro.[135] Como señala la jurisprudencia, «el deber de cuidado interno obliga a prever el peligro que con ciertas acciones y en determinadas situaciones se puede crear. El deber de cuidado externo obliga a comportarse de forma que el peligro advertido no se materialice en una lesión concreta».[136] Con todo, es preferible distinguir tres planos, dos de los cuales son previos a la acción típicamente relevante, mientras que el tercero se ubica en el momento de la acción. En efecto, el primer ámbito recoge la doctrina relativa a la existencia de un «deber de examen, comprobación e información previa» al obrar, que tiene la naturaleza de un deber secundario del imperativo principal.[137] En concreto, tal deber secundario tiene por objeto el esfuerzo intelectual consistente en que, antes de actuar, se intente determinar si la conducta que se pretende llevar a cabo puede generar algún peligro para bienes jurídicos. Ahora bien, ello requiere, además de esfuerzo intelectual, poseer la información que capacita para una correcta comprobación. Ciertamente, la infracción del deber de poseerla determina que, pese al aparentemente esforzado cumplimiento del deber de examen previo, no se identifiquen las conductas peligrosas.

3.3.1.2. El deber de capacitación

102 Una vez cumplido el deber de examen e información previa, en principio cabe distinguir entre acontecimientos previsibles e imprevisibles. Sin embargo, en función de cuál sea el resultado del examen efectuado, es posible que antes de proceder a la realización de la acción sea preciso cumplir deberes adicionales. Estos son: (i) el deber de conservar los conocimientos fácticos y técni-

---

[134] *Fellenberg* (2000); *Moura* (2016), 89 ss.

[135] *Engisch* (1930), 272-273 ss.; *Corcoy Bidasolo* (2.ª, 2005), 69 ss., 131 ss.

[136] STS 291/2001, de 27 de febrero.

[137] *Binding*, Normen, IV, 1919, 505.

cos —ontológicos y nomológicos—, las capacidades psico-físicas y los medios materiales que ya se poseen y son necesarios para realizar la acción debida; o (ii) el deber de adquirirlos, si no se poseían con anterioridad. Cumpliendo este segundo grupo de deberes, se puede alcanzar el resto de previsibilidad y, sobre todo, disponer de la capacidad de evitar las conductas desaprobadas. En fin, en función de esto último, debe tomarse la decisión de actuar o no. Ahora bien, la decisión de actuar solo procede cuando se ha advertido el peligro existente y se cuenta con los medios para neutralizarlo. En cambio, procede adoptar la decisión de no actuar cuando es previsible un resultado lesivo y no se cuenta con tales medios. Precisamente en este contexto es en el que se da la denominada «culpa por asunción».[138] En efecto, esta consiste en el ingreso en un ámbito de actividad, en el que la neutralización o minimización de riesgos desaprobados requerirá conocimientos y capacidades o instrumentos especiales, sin haberlos adquirido previamente.[139]

3.3.1.3. El deber de actuación correcta en el momento del peligro

103 El tercer momento relevante se produce en la realización de la acción. Como se ha indicado, en él se suscitan: (i) el deber de omisión de acciones peligrosas;[140] y (ii) el deber de actuación prudente en situaciones peligrosas.[141] En general, la doctrina dominante, cuando ejemplifica casos de imprudencia, piensa más en el primer supuesto que en el segundo. Sin embargo, en la práctica industrial y tecnológica es mucho más importante este último. Pues bien, la exigencia de actuación prudente en situaciones peligrosas comprende tres grupos de casos distintos. Así, su infracción se identifica, por un lado, (i) con la vulneración de las condiciones de permisión del riesgo en los supuestos de riesgo permitido (*cfr. supra* capítulo 10/94). Por otro lado, (ii) con la conducta de quien, realizando una actuación peligrosa de forma no permitida, no la lleva a cabo de la forma más prudente posible. En fin, (iii) con la conducta del sujeto que se encuentra con una situación peligrosa ya preexistente y no la afronta todo lo prudentemente que puede. Esto vale, en particular, para casos de posibles delitos de omisión, pero también para aquellos en los que se dan actuaciones peligrosas previas de otras personas y el agente no puede abstenerse de actuar.

3.3.2. La incidencia de la teoría de las normas de conducta

3.3.2.1. Planteamiento

104 Tales distinciones, propias de la dogmática clásica de la imprudencia, si se analizan a la luz de la teoría de las normas y de la doctrina del comportamiento

---

[138] *Köhler*, AT, 1997, 188.

[139] *Jakobs* (2012), 59 n. 119.

[140] *Engisch* (1930), 283 ss.

[141] *Engisch* (1930), 285 ss., 290 ss.

desaprobado, permiten advertir un problema. Este último deriva de que el momento de la infracción del deber de cuidado interno por parte del sujeto no coincide con aquel en que se pueda identificar en su conducta un riesgo intersubjetivo *ex ante* penalmente desaprobado. Ello sucede igualmente en los casos de culpa por asunción. En efecto, esta circunstancia genera un problema de congruencia objetivo-subjetiva. En concreto, que es posible que, cuando el sujeto obra de forma relevantemente peligrosa, no reconozca el peligro o no tenga la capacidad de neutralizarlo. A su vez, tal ausencia de reconocimiento o esa incapacidad de control pueden tener su origen en una conducta previa, realizada por el propio sujeto. Ciertamente este, en un momento anterior, habrá vulnerado deberes de examen, información o capacitación —cuidado—. Sin embargo, dicha conducta, consistente en proseguir la vida sin informarse o capacitarse en su momento, no era todavía típicamente peligrosa. La solución de este problema requiere analizar las cuestiones de congruencia objetivo-subjetiva en los delitos imprudentes.

3.3.2.2. La congruencia objetivo-subjetiva

La norma de conducta principal es infringida por quien realiza una con- **105**
ducta que *ex ante* resulta directamente peligrosa para el bien jurídico y además desaprobada.[142] Sin embargo, es posible que quien realiza esa conducta, en el momento de llevarla a cabo, no la reconozca siquiera como peligrosa, o como desaprobada; o bien, que, reconociéndola, no pueda evitarla. Es decir, cabe que al sujeto no se le pueda imputar subjetivamente la conducta de «imprudencia» intersubjetiva perfecta que realiza. Ello sucede, por ejemplo, en los casos de inevitabilidad personal de una conducta intersubjetivamente peligrosa. A su vez, la inevitabilidad personal puede deberse a dos razones: (i) Por un lado, a la imposibilidad de advertir el riesgo o de identificarlo como desaprobado; (ii) por el otro, a la imposibilidad de neutralizarlo, una vez identificado. Estos son, respectivamente, los casos de ausencia de imprudencia personal por culpa inconsciente —no cognoscibilidad— y por falta de capacidad de evitación —inevitabilidad—.

Para afrontar estos casos, la doctrina ha propuesto adelantar el análisis de **106**
la imprudencia a un momento anterior. En concreto, a aquel en el que el sujeto sí podría haberse representado la hipótesis de una posterior situación de riesgo, en la que tendría que obrar sin los medios para identificarla o para hacerle frente. Sin embargo, el problema es que en este momento anterior la conducta objeto de análisis ya no es un comportamiento que pone en peligro desaprobado a un bien jurídico. En su lugar, la analizada puede ser una de las siguientes dos clases de conductas. Por un lado, la consistente en no haberse proveído de los medios necesarios para la posterior identificación y neutralización del peligro —conocimientos, capacidades o instrumentos—. Por otro

[142] *Moore/Hurd*, CL&Phil 5 (2011), 148.

lado, si estos se poseían previamente, la de haber dilapidado tales medios, a sabiendas de que podrían ser necesarios para identificar o neutralizar el riesgo desaprobado en un momento posterior.

107 Desde luego, esto pone de relieve, ciertamente, que el posterior desconocimiento, así como la ausencia de información o la falta de medios, pueden provenir de una imprudencia previa —activa u omisiva— del agente. En realidad, si se observa bien, también pueden provenir de su previo actuar u omitir doloso. Ello es conocido desde la antigüedad. En efecto, la búsqueda de esa hipotética imprudencia previa da lugar al método que, en filosofía, se conoce como «trazado»[143] y que se remonta a la obra de Aristóteles.[144] Tal imprudencia previa cuenta incluso con una variante especialmente identificada por la doctrina jurídica: la ya mencionada «culpa por asunción».

3.3.2.3. La fase previa —los «actos preparatorios»— en la imprudencia

3.3.2.3.1. Planteamiento

108 La conducta de quien sigue actuando, pese a «no estar preparado» para afrontar las situaciones peligrosas que prevé que pueden darse en el futuro inmediato, equivale a los actos preparatorios punibles en el delito doloso. En efecto, todavía no constituye el comienzo de una «tentativa imprudente», puesto que esta última requiere una mayor proximidad de la realización del tipo objetivo del delito.[145] Por ejemplo, este es el caso del sujeto que asume la función de control de una instalación industrial peligrosa sin poseer la competencia profesional para neutralizar la situación de riesgo que, tarde o temprano, se presentará. En efecto, tal situación de peligro puede darse cualquier día. Por tanto, el hecho de iniciar cada jornada de trabajo sin la formación profesional adecuada ya es infractor de alguna norma de conducta. Sin embargo, tal obrar no infringe la norma de conducta principal del delito imprudente, puesto que en él no se da —todavía— un riesgo relevante en los términos de la doctrina del comportamiento desaprobado. Así pues, no constituye una conducta típica de «imprudencia perfecta» intersubjetiva, en la que el sujeto haya perdido el control del riesgo. Además, tampoco es una «imprudencia imperfecta», en la que el sujeto, que ha empezado a obrar imprudentemente, no llega a perder aún el control del riesgo. Estas dos figuras son equivalentes *mutatis mutandis* a la tentativa perfecta o imperfecta en el caso del delito doloso (*cfr. infra* capítulo 15/46). Pues bien, la infracción del deber de examen, información o capacitación previa no es relevante en sí, sino que solo adquiere relevancia bajo un presupuesto, a saber, la posterior realización del tipo objetivo del delito.[146]

---

[143] En el original inglés: «*tracing*». *Stoppenbrink* (2016), 245 ss.

[144] *Aristóteles*, Ética, 1113a-1114a; *Loening* (1903), 232.

[145] *Engisch* (1930), 321.

[146] *Binding* (1919), 124.

3.3.2.3.2. Las conductas de favorecimiento imprudente previo del propio actuar posterior desaprobado —pero no imputable subjetivamente—

En estos momentos anteriores, el sujeto que actúa realiza conductas imprudentes que constituyen, en puridad, modalidades de «(auto-)ayuda» imprudente. Es decir, está favoreciendo —es un auto-favorecimiento— sus conductas posteriores intersubjetivamente relevantes. Esto significa que se trata de conductas que se realizan en la fase previa de la posterior ejecución delictiva imprudente;[147] expresado de otro modo, actos preparatorios imprudentes. En efecto, el espectro de los actos preparatorios imprudentes, favorecedores de una posterior conducta imprudente —esta, propiamente ejecutiva— es muy amplio. Sin embargo, normalmente resultan irrelevantes, porque su desvalor es absorbido por la posterior ejecución imprudente. Por tanto, *mutatis mutandis* sucede aquí lo mismo que con los actos preparatorios realizados —en el ámbito de los delitos dolosos— por quien luego, durante la ejecución, se muestra como autor de estos. Ahora bien, los actos preparatorios del autor cobran relevancia cuando la conducta ejecutiva intersubjetivamente imprudente no puede ser imputada subjetivamente —o a título de culpabilidad— a quien la comete. En ese caso, es razonable construir la responsabilidad sobre la base de un «auto-favorecimiento» imprudente en la fase previa a la propia ejecución imprudente. En efecto, en el caso que ahora interesa, la peculiaridad de los actos preparatorios —comisivos u omisivos— imprudentes radica en que mediante ellos el sujeto ha hecho imposible (o no ha hecho posible) su posterior capacidad de evitación. **109**

Partiendo de una teoría de las normas distinta de la que se acoge aquí, se alude a conductas de este género como omisiones de «acciones auxiliares precautorias», que infringen incumbencias. Es decir, imperativos no categóricos, sino hipotéticos, que se establecen en beneficio del destinatario.[148] En el caso de que este no las cumpla, su infracción podrá fundamentar la responsabilidad pese a la ausencia de capacidad de evitación en un momento posterior. En cambio, desde la perspectiva que se acoge aquí, estas conductas infringen «normas derivadas» de la «norma de conducta principal» del delito imprudente (*cfr. supra* capítulo 8/157).[149] En efecto, de la norma principal —que prohíbe, por ejemplo, crear riesgos concretos para la vida— deriva la norma que prohíbe realizar conductas que impiden apreciar la concurrencia de riesgos concretos para la vida. Esta es la norma derivada que establece el deber de examen previo, y cuya apelación se prolonga a lo largo de la fase preparatoria. **110**

Como se ha indicado, estas normas pueden ser mandatos de adquisición de conocimientos, de capacidades o de medios instrumentales —información, **111**

---

[147] Próximos en el análisis, con resultados diferentes, *Kindhäuser*, FS Schünemann, 2014, 150; *Montiel Fernández* (2020), 665 ss.

[148] *Kindhäuser* (1989), 65 ss.; *el mismo*, FS Schünemann, 2014, 150 ss.; *el mismo*, REJ 22 (2015), 22 ss.; *Pawlik* (2012), 310-311.

[149] *Ast* (2019), 185.

entrenamiento, herramientas—. Sin embargo, también cabe que sean prohibiciones de la realización de conductas que puedan redundar en la pérdida de conocimientos, de capacidades o de medios instrumentales —prohibición de agotarse, de ingerir alcohol, de estar días sin dormir—. Pues bien, la conducta infractora de una de esas normas derivadas debe ser calificada como favorecimiento —cooperación necesaria o complicidad— de la posterior conducta penalmente desaprobada en virtud de la norma principal. Es decir, constituye una conducta preparatoria intersubjetivamente desaprobada —e imputable subjetivamente a título de imprudencia—, favorecedora de una posterior conducta ejecutiva imprudente —esta, no imputable subjetivamente—.

112 La identificación de tal conducta imprudente de auto-favorecimiento, refiriendo a ella la imprudencia personal, constituye la única forma de salvar los principios de coincidencia y de congruencia entre la relevancia intersubjetiva de la conducta y la posibilidad de imputarla subjetivamente.[150] Por ello, es preciso generalizar esta estructura. En concreto, esta vale igualmente para los casos de auto-favorecimiento imprudente de una posterior situación de ausencia de acción o de incapacidad de evitación del resultado; o de una posterior conducta dolosa, pero no imputable a título de culpabilidad.[151] Así, por ejemplo, el caso del guardabarrera que imprudentemente se embriaga horas antes de que le corresponda bajar las barreras y que constituye una variante de *omissio libera in agendo*. En efecto, en este caso es preciso distinguir entre (i) la provocación imprudente de la incapacidad física de evitación del resultado; y (ii) la provocación imprudente de la incapacidad de motivación por la norma. La diferencia entre unos y otros radica en que los primeros se mueven ya en el ámbito de la realización típica, mientras que los segundos, los de *actio libera in causa* en sentido estricto, lo hacen en el ámbito de la inimputabilidad (*cfr. supra* capítulo 11/154; *infra* capítulo 24/59).

3.3.2.3.3. El tránsito del ámbito de las «normas de conducta derivadas» al de las «incumbencias»

113 El problema adicional que se suscita en estos supuestos es que la búsqueda de una *culpa praecedens* puede conducir a momentos muy anteriores en el tiempo a la aparición de la situación de peligro intersubjetivo para un bien

---

[150] Obviamente, resulta asimismo posible construir una participación imprudente de un sujeto llevada a cabo en la fase previa de posteriores conductas de autoría de terceros, dolosas o imprudentes. Quizá la más evidente sea la consistente en un déficit de selección, esto es, en una *culpa in eligendo*, favorecedora de la posterior realización de conductas imprudentes por la persona erróneamente elegida (*Cornacchia*-2004-, 529-530). Sin embargo, estas cuestiones deben ser expuestas en el contexto de la doctrina de la autoría y la participación.

[151] Así el denominado «caso del chapista» (STS de 14 de abril de 1993), comentado por *Martín Lorenzo* (2011), 405 ss. Se trataba de una persona irritable y nerviosa, que llevaba tiempo padeciendo fuertes dolores de cabeza. Una noche, al provenir de casa de su vecino una música a gran volumen, se encamina hacia allá con un destornillador en la mano. Al llegar allí, le sobreviene un trastorno mental transitorio incompleto, en cuyo momento acomete a puñaladas a aquel, causándole la muerte.

jurídico —el hecho objetivo penalmente relevante—. Así, a medida que tales imprudencias previas se producen en momentos muy anteriores a la conducta típica, las infracciones de normas derivadas en las que consisten tienden a considerarse cada vez de menor gravedad. Además, llega un momento en el que ya no pueden calificarse razonablemente como infracciones de normas derivadas en la fase preparatoria de un delito, sino solo de incumbencias en el sentido material de la expresión que se ha defendido aquí (*cfr. supra* capítulo 8/161). Por lo tanto, salvo que se construya alguna forma de responsabilidad por actos que revelan una errada conducción de la vida, parece que deben considerarse irrelevantes en relación con el resultado finalmente producido.

4. LA IMPRUDENCIA INCONSCIENTE

4.1. Generalidades

114 En los casos de imprudencia inconsciente el sujeto padece un déficit cognitivo total, e inevitable *in actu*, sobre el peligro desaprobado inherente a su conducta, debido a una falta de percepción de la situación o de interpretación del significado de esta.[152] A su vez, ello puede derivar de déficits volitivos. Así: (i) de una desatención permanente o de un fallo sobrevenido de atención —un «descuido» momentáneo—; (ii) de una deficiencia absoluta o relativa en la obtención de determinadas informaciones previas; o (iii) del «olvido» de la información previamente obtenida.[153] La peculiaridad de estas situaciones determina que las posiciones doctrinales en cuanto a la sanción penal de la culpa inconsciente —o culpa sin representación— hayan estado siempre divididas.[154]

4.2. El debate sobre su castigo

4.2.1. En el ámbito angloamericano

115 La discusión angloamericana sobre la punición de la culpa inconsciente se halla muy condicionada por la regulación del Código penal modelo. En efecto, este distingue dos grupos de conductas imprudentes: por un lado, los casos muy graves de imprudencia consciente;[155] por otro lado, los casos menos graves de esta, junto con todos los de imprudencia inconsciente.[156] Estos últimos se castigan excepcionalmente y, además, siempre con una pena menor. Pues bien, ello ha dado lugar a que existan dos debates interrelacionados. El primero de ellos versa sobre si debe sancionarse la culpa inconsciente, en general; el

---

[152] *Hava García* (2002); *Sousa e Brito* (2015). En la discusión angloamericana: «*negligent inadvertence*» o, simplemente, «*negligence*» o «*inadvertence*».

[153] *Husak*, CL&Phil 5 (2011), 199.

[154] La historia dogmática en: *Koch*, ZIS 2010, 175 ss.

[155] En inglés: «*recklessness*» (temeridad).

[156] En inglés: «*negligence*».

segundo, en cambio, tiene por objeto el problema de los casos especialmente graves de inconsciencia.

116 En el debate general sobre la culpa inconsciente, un sector de la doctrina angloamericana se muestra en contra de la responsabilidad del sujeto. A su vez, tal oposición se sostiene aduciendo razones diversas.[157] Desde una perspectiva deontológica, se arguye la similitud entre ella y la responsabilidad objetiva.[158] Algunos autores han respaldado esta aproximación con base en la distinción entre el «sistema 1» de pensamiento —en principio, egoísta— y el «sistema 2» —controlado, más influido por consideraciones éticas— (*cfr. supra* capítulo 9/34). En efecto, partiendo de esa distinción se afirma que la culpa inconsciente es producto del «sistema 1» de pensamiento, hasta cierto punto, natural y, por lo tanto, ubicua.[159] Así las cosas, su incriminación vulnera el principio de *ultima ratio*, trivializando el propio sentido de la criminalización de conductas. Enlazando con esto último, desde una óptica consecuencialista se esgrime la ineficiencia del castigo de esta forma de imprudencia, pues su sometimiento a la amenaza de pena desincentiva la realización de un amplio espectro de conductas que se mueven dentro de la legalidad.[160] Con todo, frente a estas posiciones, otro sector doctrinal sostiene su punición, con base en razones preventivas y atendiendo a que el sujeto haya tenido previamente alguna posibilidad de cumplir con el cuidado debido.[161] Sin embargo, la cuestión es que, como se verá, esto último no se da en todo caso de culpa inconsciente.

117 El segundo debate, como se ha apuntado, versa sobre el problema de los casos especialmente graves de imprudencia inconsciente. Así, los de graves olvidos o distracciones que, además, se relacionan con bienes jurídicos intrínsecos. A propósito de ellos, la perspectiva de la eficiencia sí admite que puede ser razonable desincentivar la realización de un abanico amplio de conductas con el fin de evitar el resultado lesivo. Además, el punto de vista retributivo no descarta la posibilidad de advertir en ellos alguna forma de representación, que permita su calificación como supuestos de «temeridad». En definitiva, los casos más graves ponen en cuestión a la posición contraria a la punición de la culpa inconsciente. En este punto, se dan sentimientos encontrados. Por un lado, es cierto que la actuación «sin darse cuenta» muestra una creciente importancia en la vida social y económica. Por otro, parece que una concepción del delito que lo entiende como lesión objetivo-subjetiva del Derecho en tanto que Derecho debería tender a dejarla al margen.[162]

---

[157] *J. Hall*, Columbia L. R. 63 (1963), 632 ss.; *Duff*, L&Ph 12 (1993), 345 ss.; *Finkelstein*, Ohio St. J. C. L. 2 (2005), 579 ss.; *Alexander/Ferzan*, (2009), 69 ss.; *Moore/Hurd*, CL&Phil 5 (2011), 147 ss.

[158] *J. Hall*, Columbia L. R. 63 (1963), 641-642; *Alexander*, Soc. Phil. & Policy 7 (1990), 101.

[159] *Moore/Loewenstein*, Social Justice Research 17 (2004), 195.

[160] *Posner*, Columbia L. R. 85 (1985), 1226.

[161] *Hart* (1968), 156-157; *Brady*, Buffalo L. R. 22 (1972), 107 ss.; desde una perspectiva aristotélica, *Huigens*, Buffalo C. L. R. 1 (1998), 447 ss.

[162] *Köhler*, AT, 1997, 172 ss.

4.2.2. En la tradición jurídica de cuño alemán

En nuestra tradición jurídica no ha existido el condicionante legal expues- 118
to. Así, la doctrina claramente dominante sostiene el merecimiento de pena de la imprudencia inconsciente. Ahora bien, un sector doctrinal minoritario ha sostenido de forma permanente que no debería ser castigada, sino que la reacción frente a ella tendría que ser un acto de reparación social sin contenido punitivo y, en todo caso, no imponible en el marco de un juicio penal.[163] En la actualidad sigue existiendo una relevante corriente doctrinal minoritaria que sostiene que un Derecho penal liberal no debe castigar las conductas imprudentes inconscientes, pues en ellas el sujeto no se enfrenta directamente al Derecho ni, por tanto, niega la libertad ajena. Este es el punto de vista de los autores de la denominada «escuela de Wolff»,[164] que parte de que en la culpa inconsciente está ausente toda conexión psicológica entre el sujeto y el resultado.[165] Por tanto, no se ha llegado a constituir una relación en el marco de la cual quepa apreciar que el sujeto activo ha negado el debido reconocimiento recíproco al sujeto pasivo. Sobre esta premisa básica, defiende que el ámbito de lo punible se reduzca a la culpa consciente y grave.

4.3. Las doctrinas sobre el fundamento del castigo de la imprudencia inconsciente

4.3.1. Planteamiento

La doctrina dominante afirma que debe procederse a la sanción de la culpa 119
inconsciente, generalmente arguyendo un criterio pragmático de necesidad preventiva. Esta fundamentación es muy próxima a la de los supuestos de responsabilidad estricta existentes en la legislación angloamericana, de modo que guarda relación con las doctrinas económicas del castigo. En efecto, sostiene que, mediante la sanción penal de las conductas de imprudencia inconsciente, se trata de incentivar que las personas realicen actos de examen y de obtención de información previa. Alternativamente, se pretende desincentivar el acceso a ámbitos de actividad desconocidos para el agente. Con todo, cuando se trata de buscar una base dogmática para esta posición, básicamente se ofrecen dos posibilidades. Así, la primera fundamentación es deontológica y consiste en sostener la responsabilidad con base en: (i) una «culpa co-consciente»; [166] o bien (ii) en una culpa previa.[167] La primera opción es, desde luego, posible, en los términos que ya se señalaron. Sin embargo, en la mayoría de los casos

---

[163] *Arth. Kaufmann* (1949), 98-99; *el mismo* (1961), 153 ss., 186-187.

[164] Ernst Amadeus Wolff (1928-2008). En particular, *Köhler* (1982), 31 ss., 373 ss., 390-391; *el mismo*, AT, 1997, 173, 177 ss., 182-183.

[165] *Köhler*, AT, 1997, 178.

[166] *Hava García* (2002), 244 ss.

[167] *Molina Fernández* (2001), 711 ss.,724 ss. Una vía mixta es la de *González Lillo*, InDret 2/2019, 1 ss., mediante el recurso a un «concepto estipulativo de consciencia» y a la *actio libera in causa*.

problemáticos de culpa inconsciente no cabe plantear la hipotética concurrencia de «co-consciencia». A su vez, la segunda tropieza con dos problemas. El primero es que no en todos los casos de culpa inconsciente cabe identificar una culpa consciente previa —*culpa praecedens*—; esto es, una culpa por asunción. Por su parte, el segundo es que, aun cuando esta se identifique, su anticipación en el tiempo siembra dudas acerca de su capacidad para sostener la imputación subjetiva de la conducta que se realiza en un momento posterior. En el caso de que se encuentre la culpa consciente previa, la solución más razonable a este dilema de incongruencia es identificar en ella una conducta de favorecimiento imprudente —por infracción de una norma derivada— de una conducta posterior de autoría carente de un título de imputación subjetiva. Sin embargo, como se ha indicado, cuando la posible infracción consciente de un deber se remonta demasiado en el tiempo, es difícil reconstruir una imputación subjetiva congruente.

120 La segunda línea de fundamentación, a su vez, tiene dos variantes. Por un lado, la que asienta la responsabilidad, aun sin infracción consciente previa, en un déficit caracterológico del agente —es decir, en una culpabilidad por el carácter—. Así, la ignorancia de los peligros concurrentes en la propia conducta se valora como expresión de un carácter —o de una conducción de la vida— de falta de interés por los bienes jurídicos. Por otro lado, la que fundamenta la responsabilidad en un criterio objetivo-normativo, a saber, la ostentación de un rol social. Esta puede concretarse en sostener que quien ostenta un rol determinado está obligado a conocer los peligros inherentes a este; o, de modo más general, afirmar que todo ciudadano, por el hecho de su integración en la sociedad, tiene un deber de prever peligros. Este deber básico, ya se entienda de modo más específico o genérico, deriva de la atribución recíproca de racionalidad y es el que se infringiría en los casos de culpa inconsciente.

4.3.2. Un análisis de las posiciones dogmáticas

4.3.2.1. La búsqueda de una imprudencia consciente previa

121 La primera variante de las fundamentaciones retributivas es una concepción subjetiva en sentido estricto.[168] En este modelo, la sanción de la imprudencia inconsciente se basa en la reconducción del problema a la constatación de una imprudencia consciente en un momento anterior.[169] Esta última consiste en la infracción —en un «tiempo 1»— de un deber de prever que luego —en un «tiempo 2», seguro, probable o posible— existirá un riesgo y que no se estará en condiciones de advertirlo o de neutralizarlo —en virtud de la falta de información, del cansancio, etc.—. Es decir, que, si no se hace antes, en dicho «tiempo

[168] Es decir, busca un momento de elección («*choice*») o control.

[169] Mediante el mencionado proceso de «*tracing*»: *Stoppenbrink* (2016), 317 ss.

2» no se podrá advertir o neutralizar el riesgo desaprobado de producción de un resultado lesivo. Sin embargo, la apreciación de la infracción del deber de previsión en «tiempo 1» requiere que en ese momento exista la capacidad individual de previsión —previsibilidad subjetiva— y de adoptar los medios de evitación de la situación propia del «tiempo 2». En efecto, a este respecto hay que recordar la constante vigencia del principio *ad impossibilia nemo tenetur.*

Esto genera problemas cuando el sujeto, en el propio «tiempo 1» —por 122
cansancio, enfermedad física, u otras causas de disminución de las capacidades cognitivas—, tampoco tiene la capacidad de prever los posteriores déficits de previsión y evitación, que en un hipotético «tiempo 2» no podrá neutralizar. En efecto, en tal caso no cabe afirmar que haya infringido su deber de prever, de modo que tampoco cabe imputarle responsabilidad a título de imprudencia inconsciente. Así se advierte que este planteamiento está expuesto a la objeción de que no siempre es posible situar la previsión —ni siquiera la capacidad de prever— en ese momento anterior. Ciertamente, cabe remontarse, en busca de un momento de previsión, a períodos anteriores al «tiempo 1». Sin embargo, ello entraña el riesgo de incurrir en un *regressus ad infinitum.* En definitiva, es preciso establecer hasta cuándo se puede retrotraer el juicio en busca de una conducta en la que se pueda identificar una vulneración personalmente atribuible de deberes de cuidado en relación con la producción del resultado lesivo.

La imprudencia inconsciente puede estar relacionada con algunas patolo- 123
gías. Así, los accidentes sobrevenidos en la conducción de automóviles, en el manejo de maquinaria industrial o, sin más, en el cuidado de terceras personas, pueden tener lugar: (i) por déficits de inteligencia y otras deficiencias cognitivas innatas, consolidadas de modo prolongado en el tiempo, sobrevenidas por la ancianidad o, sencillamente, episódicas; (ii) por déficits de atención o de memoria condicionados por una enfermedad permanente, por un trastorno provocado[170] o por estados de adicción; o (iii) por situaciones singulares, como la del «olvido» —la infracción del deber de recordar, esto es, de conservar de modo actualizable la información adquirida—, y la del «fallo —o lapsus— momentáneo», en la que se infringe el deber de activar la información y las capacidades de las que se dispone.

4.3.2.2. La búsqueda de una culpabilidad por el hecho derivada de la propia conducción de la vida

La segunda subvariante de las fundamentaciones retributivas recurre a una 124
teoría de la culpabilidad por el carácter, o bien por la conducción de la vida (*cfr. infra* capítulo 23/22, 23/87).[171] Es decir, a las disposiciones de acción del

---

[170] *Model Penal Code, Section* 2.08 (2): «*When recklessness establishes an element of the offense, if the actor, due to self-induced intoxication, is unaware of a risk of which he would have been aware had he been sober, such unawareness is inmaterial*».

[171] *Exner* (1910); *Engisch* (1930). En la cultura angloamericana, «*character liability*»: *Moore* (1990), 56.

sujeto que se manifiestan en su conducta concreta. En este punto, la acogida de un modelo de responsabilidad por la conducción de la vida o por el carácter depende de que, respectivamente, se tenga en cuenta la capacidad previa del agente para neutralizar esa disposición o bien se prescinda de ella.[172] En función de cómo se resuelva esta disyuntiva, el modelo se relaciona con la doctrina de Aristóteles[173] o con los postulados de Hume. Como puede observarse, esta posición avanza por la línea de la anticipación propia del modelo anterior, pero renuncia a identificar un momento de decisión en relación con la producción del resultado. De este modo, se trata de afrontar el problema propio de las tesis de la elección, que consiste en la dificultad de hallar una culpa consciente en el momento inmediatamente anterior a aquel en el que, por culpa inconsciente, se produce el resultado lesivo.

125 Desde esta perspectiva, el fundamento del castigo radica en que el sujeto, debido a una falta de reflexión y autoevaluación, no ha corregido un déficit de su carácter. Esta desidia en la formación de la capacidad individual de acción constituye la vulneración de un «deber secundario»,[174] que sentaría las bases de la responsabilidad por culpa inconsciente. De hecho, en el lenguaje ordinario, el adjetivo inconsciente se aplica a personas («¡eres un inconsciente!») más que a acciones concretas, y parece expresar ciertamente la imputación de un déficit caracterológico. A su vez, este defecto puede ser innato —por ejemplo, la condición de despistado o de estúpido— o bien propio de una etapa de maduración personal —la adolescencia— o, en fin, haber surgido en virtud de una determinada socialización, de la pertenencia a un grupo cultural determinado, de la marginalidad o de las adicciones. Ciertamente, a esta fundamentación cabe oponer que el carácter es algo que «se tiene», de modo que forma parte de la —buena o mala— suerte constitutiva, algo que no debería dar lugar a responsabilidad penal. Sin embargo, a ello es posible replicar que, al menos en algunos casos —ciertamente, con ayuda dinámica de otros y una planificación adecuada—, sí cabe modificar o no adquirir ciertos rasgos del propio carácter. En todo caso, el déficit cognitivo padecido por el sujeto solo debería dar lugar a responsabilidad si es imputable a déficits volitivos suyos —acciones u omisiones evitables— que se han manifestado previamente en la conducción de la propia vida. En cambio, los aspectos, innatos o adquiridos, inmodificables durante la vida adulta, no deben dar lugar a responsabilidad en ningún caso.

4.3.2.3. El baremo de la conformidad con el rol

126 La tercera subvariante de las fundamentaciones retributivas de la sanción penal de la culpa inconsciente no recurre ni a la elección, ni al carácter o la

---

[172] En el primer sentido, *Welzel* (1964), 151-154. En este segundo sentido *Moore/Hurd*, CL&Phil 5 (2011), 183.

[173] *Aristóteles*, Ética, 1114a.

[174] *Binding* (1919), 148.

conducción de la vida. Por el contrario, reconstruye lo subjetivo de la imprudencia inconsciente en términos estandarizados-normativos. Así, lo que en ella se sanciona es que el sujeto no advierte un riesgo que sí habría advertido el hombre medio en su posición y que, por ello, tenía el deber de prever. Sentado esto, el criterio normativo puede ser más o menos concreto en función de que se recurra al baremo del ciudadano medio o del hombre medio que opera en el rol del que se trate. Ahora bien, lo problemático de esta concepción es que resulta difícilmente compatible con el principio de imputación subjetiva —*ultra posse nemo obligatur*—. En realidad, la fundamentación, pretendidamente subjetivista, de la concurrencia de una imprudencia personal en el marco de este modelo se basa en una presunción *iuris tantum* de imprudencia previa, que solo podría refutarse alegando la concurrencia de una situación de inimputabilidad.

A esta fundamentación cabe objetarle su carácter presuntivo contra reo.[175] **127**
Además, a tal objeción no cabe replicar aludiendo al carácter adscriptivo de la imputación subjetiva. En efecto, el juicio extrínseco de imputación subjetiva tiene que partir no solo de un criterio jurídico-normativo, sino también de indicadores fácticos. Pues bien, la compatibilidad de esta posición con las garantías del Derecho penal exige recurrir como mínimo a indicadores que revelen la culpabilidad por la conducción de la vida antes mencionada. Es decir, al menos debería existir la posibilidad de identificar conductas pasadas, bajo el control del agente, a las que se pueda imputar la deficiencia presente. De lo contrario, al sujeto se le hace responsable por su déficit en términos muy próximos a la *strict liability*.[176] En definitiva, un concepto estandarizado-funcional de culpa inconsciente, derivado del rol general de ciudadano o, en particular, de la ostentación de una posición jurídica determinada —una posición de garante—, no alcanza el mínimo de una imputación subjetiva digna de tal nombre.

4.3.3. Un balance

Resumiendo lo anterior, cabe afirmar que existen dos grandes concep- **128**
ciones de la culpa inconsciente. La primera es radicalmente objetiva y se fundamenta en la necesidad preventiva de castigo para mantener los niveles de intimidación o la cohesión social. Por su parte, la segunda cuenta con tres variantes que muestran grados diversos de intensidad en su consideración de la subjetividad personal. De entre ellas, la que muestra una mayor implicación es la posición que advierte la necesidad de que la culpa inconsciente pueda reconducirse a alguna forma de elección —en este contexto, una culpa consciente— coetánea o previa del sujeto.[177] En cambio, manifiesta

---

[175] Lo admite *Walter* (2006), 132 ss.

[176] *Hurd* (2014), 386 ss.

[177] «*choice responsibility*».

una implicación menor la doctrina que requiere que la culpa inconsciente muestre un déficit del carácter del agente. A su vez, esta última puede mostrarse como más o menos comprometida con la dimensión personal del agente en función de que requiera o no que ese carácter se pueda explicar por una conducción voluntaria de la vida.[178] En fin, la menos subjetivista de todas ellas es la que se conforma con requerir una vinculación de la culpa inconsciente con la infracción de expectativas asociadas al rol específico que ocupa el agente en cuestión, o bien a su posición general de ciudadano.[179] Ello, hasta el punto de que cabe dudar sobre si esta constituye un criterio de imputación subjetiva o, por el contrario, en ella se trata de una variante de la responsabilidad objetiva (o estricta).[180]

129 En última instancia, el debate suscitado tiene una claro trasfondo jurídico-político. En efecto, en este último plano se puede objetar que la construcción de una responsabilidad jurídico-penal con base en la omisión —real o presunta— de corregir a lo largo del tiempo el propio carácter descuidado incurre en un perfeccionismo jurídico. Este solo sería defendible a partir de una teoría de la virtud, que exigiría realizar acciones de conservar y promover la propia capacidad de cumplir con el Derecho, así como omitir la provocación de afectaciones que pudieran alterarla. Sin embargo, la posición dominante es que tal concepción no es apta para fundar la responsabilidad penal en una sociedad plural, en la que no cabe efectuar consideraciones diacrónicas, sino solo (matizadamente) sincrónicas.[181] Sin embargo, no es seguro que lo anterior sea razonable. En efecto, como es sabido, toda acción humana posee una capacidad de incidencia diacrónica —autobiográfica— y, asimismo, interpersonal. Así, la vigencia del Derecho como orden de libertad depende de que la mayoría de los ciudadanos ejerzan las virtudes, pues de lo contrario aquel tiene que optar por formas más intensas de coacción. Este dato debería conducir, al menos, a plantear que la vulneración autorresponsable de deberes de cuidado en momentos anticipados de la vida pueda recibir alguna sanción si finalmente redunda en la producción de un resultado lesivo grave. Ello no significa necesariamente que tenga que dar lugar a la imputación subjetiva —a título de imprudencia— del resultado lesivo que se produzca algún día. Sin embargo, sí podría calificarse como una forma de insolidaridad. En concreto, se trataría de que fuera sancionada en sí misma, incluso penalmente en casos de especial gravedad, exigiendo en todo caso como condición de su punibilidad que se produjera un resultado lesivo de bienes intrínsecos. En todo caso, esto permite advertir con claridad que la imprudencia inconsciente marca uno de los confines del sistema jurídico del delito.

---

[178] «*character responsibility*».

[179] «*role responsibility*».

[180] «*strict liability*».

[181] *Stoppenbrink* (2016), 325-326.

VI. LA PRETERINTENCIONALIDAD Y LOS DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO

1. LA TRADICIÓN DEL *VERSARI IN RE ILLICITA*

Como se indicó en su momento, el principio de responsabilidad por el resultado, vigente desde la antigüedad, experimentó una morigeración en virtud de la doctrina jurídico-canónica del *versari in re illicita*. Según esta, a quien realiza una conducta se le imputan las consecuencias lesivas unidas a aquella por un vínculo de mera casualidad solo si dicha conducta inicial era ilícita. La doctrina del *versari* se manifestó, en la Parte General, en la figura de la preterintencionalidad;[182] y en la Parte Especial, en los delitos calificados por el resultado.[183] La primera partía de la presunción de responsabilidad a título de dolo por todos los resultados lesivos derivados de una actuación inicial dolosa. Sentado esto, establecía una atenuación de la penalidad propia del delito doloso solo para aquellos casos en los que el resultado se producía más allá de la intención —*praeter intentionem*— del agente. **130**

Por su parte, los delitos cualificados por el resultado concretaban esta idea en algunos casos específicos de delito. En efecto, estos delitos contemplan, en primer lugar, un delito básico doloso, al que se impone una determinada pena. A continuación, contemplan la hipótesis de que se produzca un resultado más grave al previsto para aquel delito doloso inicial, agravando la pena sin hacer expresa mención del título de imputación subjetiva que debe acompañar al resultado agravado producido. En la segunda mitad del siglo XX la doctrina intentó establecer restricciones dogmáticas a su aplicación. La primera de ellas fue la de exigir que entre el hecho ilícito inicial y el resultado finalmente protegido existiera una relación de imputación objetiva. Expresado de otro modo, que el hecho ilícito inicial pudiera contemplarse *ex ante* como un riesgo relevante y desaprobado de producción del resultado lesivo final. Además, a ello debía añadirse que este último resultado pudiera reconducirse *ex post* a la conducta inicial ilícita en términos de una relación de sentido. En el último tercio del siglo tuvo lugar una propuesta adicional de restricción. Esta requería que el resultado lesivo cualificante fuera imputable subjetivamente al agente, al menos a título de imprudencia. Esta ha sido la opción seguida por los Códigos penales que siguen acogiendo delitos con esa estructura. **131**

En realidad, los delitos cualificados por el resultado, aunque exijan que este último sea imputable a imprudencia, siguen constituyendo una manifestación, atemperada, del principio del *versari in re illicita*. En su virtud, a quien comete dolosamente un hecho típico, se le atribuyen además determinadas consecuencias imprudentes del hecho cometido. Ahora bien, lo determinante es que la pena que se impone a esa combinación de dolo e imprudencia es superior a la que procedería en aplicación de las reglas generales del concurso **132**

---

[182] *Canestrari* (1989); *Bacigalupo*, LH Fernández Albor, 1989, 45 ss.

[183] *Gimbernat Ordeig* (1966); *Jakobs* (2020), 6-7.

de delitos. Es cierto que al principio del *versari* le subyace una razón jurídico-política de prevención de delitos. Así, mediante él se pretende disuadir cualificadamente de la realización de ciertos hechos dolosos, singularmente de delitos de lesiones. Ahora bien, a tal fin se impone una pena que supera el ámbito del merecimiento del sujeto. Por tanto, el *versari in re illicita,* incluso en esta versión limitada, constituye una excepción al principio retributivo, que debe reputarse injusta.

2. ALGUNAS MANIFESTACIONES PERSISTENTES

133 La reforma del régimen legal de la imprudencia en la conducción de vehículos llevada a cabo en España ha dado lugar a una regulación que mezcla los aspectos relativos a la conducta desaprobada, a la imputación subjetiva de esta, y a la producción del resultado.[184] Así, por un lado, la entidad de la imprudencia se vincula a la infracción de la legislación administrativa de tráfico. Por otro lado, se establece la posibilidad de una hiperagravación de las penas, cuando el hecho revistiera notoria gravedad, en atención, por un lado, «a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido» y, por otro lado, a la producción de lesiones graves a una pluralidad de personas (arts. 142 bis y 152 bis CP). Además, siguen existiendo instituciones que responden a la lógica de un incremento de responsabilidad del sujeto —o de un aumento de las posibilidades reactivas de terceros en su contra— en virtud de un actuar precedente fortuito. Este es el caso de figuras como la omisión de socorro agravada por actuar precedente fortuito (art. 195.3 CP español) o la del estado de necesidad defensivo, si es que esta última se admite frente a un obrar meramente causal de un tercero.

[184] Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo; Ley Orgánica 11/2022, de 13 de septiembre.

Capítulo 14

LA TIPICIDAD *EX POST*
LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO

Bibliografía seleccionada: Además de las referencias de los **capítulos 10 y 11**, *Acale Sánchez*, El tipo de injusto de los delitos de mera actividad, 2001; *la misma*, Los delitos de mera actividad, RDPC 10 (2002), 11; *Aichele*, Ex contradictione quodlibet. Die Untauglichkeit der Äquivalenztheorie zur Erklärung von Kausalität, ZStW 123 (2011), 260; *Aleo*, Causalità, complessità e funzione penale, 2003; *Anarte Borrallo*, Causalidad e imputación objetiva, 2002; *Ast*, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, 2010; *Baldó Lavilla*, Sobre las desviaciones causales: consumación anticipada y dolus generalis, ADPCP 1995, 339; *Bartoli*, Il problema della causalità penale, 2010; *Beckemper*, Unvernunft als Zurechnungskriterium in den Retterfällen, FS Roxin, 2011, 397; *Berdugo Gómez de la Torre*, El delito de lesiones, 1982; *Bernsmann*, Zum Verhältnis von Wissenschaftstheorie und Recht, ARSP 1982, 536; *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, III, 1905; *Biewald*, Regelgemäßes Verhalten und Verantwortlichkeit, 2003; *Blaiotta*, Causalità giuridica, 2010; *Bolea Bardon*, Interrupción de la imputación objetiva por intervención de terceros, ADPCP 1994, 375; *la misma*, Causalidad hipotética e incertidumbre en la omisión, LH Mir Puig, 2017, 464; *la misma*, La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad, InDret 4/2018, 1; *la misma*, Conducta alternativa e imputación del resultado, 2020; *Bonet Esteva*, La víctima del delito (la autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto), 1999; *Brusco*, Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti, 2012; *Bunge*, Causalidad, 3.ª, 1972; *Burchard*, Irren ist Menschlich, 2008; *Bustos Ramírez*, La imputación objetiva, RDPC especial 2000, 211; *Bustos Rubio*, Insignificancia y Derecho penal económico, InDret 4/2023, 110; *Cancio Meliá*, Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal, 1998 (2.ª, 2001; 3.ª, 2022); *el mismo*, La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (imputación a la víctima), RDPC 2 (1998), 49; *el mismo*, Caso Contergan, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 207; *el mismo*, Viktimologischer Ansatz vs. Selbstverantwortungsgrundsatz (zugleich: Allgemeiner Teil vs. Besonderer Teil)?, FS Schünemann, 2014, 313; *el mismo*, Selbstverantwortung des Opfers und Rechtsgüterschutz in der objektiven Zurechnungslehre Roxins, GA 2021, 255; *Cancio/Pantaleón*, ¿Responsabilidad penal por contagios individuales de coronavirus?, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 489; *Caro John*, Das erlaubte Kausieren verbotener Taten, 2007; *el mismo*, Conductas neutrales no punibles en virtud de la prohibición de regreso, LH Jakobs, 2008, 285; *Caruso*, Gli equivoci della dogmatica causale. Per una ricostruzione critica del versante obiettivo del reato, 2013; *Castaldo*, Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento, RIDPP 1987, 881; *el mismo*, Non intelligere quod omnes intelligunt, 1992; *Castiñeira/Llobet/Montaner*, Concurrencia de culpas en accidentes laborales, ADPCP 2005, 233; *Castiñeira/Robles*, ¿Cómo absolver a los top manta? Panorama jurisprudencial, InDret 2/2007, 1; *Contreras Chaimovich*, Tratamiento penal de los casos de concurrencia de riesgos en el tráfico rodado, REJ 30 (2019), 95; *Corcoy Bidasolo*, El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, 1989 (2.ª, 2005); *la misma*, Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva, ADPCP 1996, 301; *la misma*, La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso, LH Cerezo Mir, 2002, 593; *la misma*, Participación y autoría accesoria, LH Bajo Fernández, 2016, 71; *F. Córdoba*, La competencia

de la víctima, FS Sancinetti, 2020, 237; *Cornacchia*, Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio, 2004; *Cuello Contreras*, Causalidad, imputación y ciencia, CPC 102 (2010), 5; *de la Cuesta Aguado*, Causalidad de los delitos contra el medio ambiente, 1995; *Demuth*, Der normative Gefahrbegriff, 1980; *Dencker*, Kausalität und Gesamttat, 1996; *Diel*, Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht, 1997; *Donini*, La causalità omissiva e l'imputazione per l'aumento del rischio, RIDPP 1999, 32; *el mismo*, Imputazione oggettiva dell'evento. Nesso di rischio e responsabilità per fatto proprio, 2006; *el mismo*, Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono, RIDPP 2011, 494; *el mismo*, Nesso di rischio, RIDPP 2022, 25; *Dopico Gómez-Aller*, La estafa sobre datos registrales, InDret 3/2006, 1; *el mismo*, Transmisiones atípicas de drogas, 2014; *el mismo*, Ley causal general: de nuevo sobre el abordaje de problemas probatorios con reformulaciones dogmáticas, LH Luzón Peña, I, 2020, 617; *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931 (=La causalidad como elemento de los tipos penales, 2008); *Erb*, Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht, 1991; *Feijóo Sánchez*, Teoría de la imputación objetiva, 2000; *el mismo*, El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal, RDPC extra 1 (2000), 93; *el mismo*, Actuación de la víctima e imputación objetiva, RDPC 5 (2000), 265; *el mismo*, Resultado lesivo e imprudencia, 2001; *el mismo*, ¿Imputación a la víctima que provoca a su agresor?, LH Bacigalupo, I, 2004, 235; *el mismo*, Seguridad colectiva y peligro abstracto, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 307; *el mismo*, Caso de los pelos de cabra, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 143; *Flor*, La rilevanza causale delle interazioni psichiche nel diritto penale, 2021; *Fornasari/Corn*, Caso Franzese, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 717; *Freund*, Das Spezifikum der vollendeten Vorsatztat, FS Maiwald, 2010, 211; *Frisch*, Die Conditio-Formel: Anweisung zur Tatsachenfeststellung oder normative Aussage, FS Gössel, 2002, 51; *el mismo*, Defizite empirischen Wissens und ihre Bewältigung im Strafrecht, FS Maiwald, 2010, 239; *el mismo*, La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas, 2015; *el mismo*, Das Opfer in der Straftatdogmatik. Gedanken zu Einwilligung, Selbstgefährdung und einverständlicher Fremdgefährdung, GA 2021, 65; *Frisch/Robles*, Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal, 2004; *Frister*, Psychisch vermittelte Kausalität, FS Sancinetti, 2020, 367; *Frommel*, Opferschutz durch hohe Strafdrohungen?, MschKrim 1985, 350; *García Álvarez*, La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular, 1999; *la misma*, Los límites de la exclusión del tipo de injusto por conducta autodefensiva de la víctima, RDPP 2 (2000), 1; *Gil Gil*, El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado, 2007; *Gimbernat Ordeig*, La causalidad en Derecho penal, ADPCP 1962, 543; *el mismo*, Delitos cualificados por el resultado y causalidad, 1966; *el mismo*, ¿Qué es la imputación objetiva?, EPC X (1985-1986), 169; *el mismo*, La omisión impropia en la dogmática penal alemana, ADPCP 1997, 5; *el mismo*, La causalidad en la omisión impropia y en la llamada omisión por comisión, ADPCP 2000, 29; *el mismo*, Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, LH Ruiz Antón, 2004, 431; *el mismo*, Imputación objetiva y conducta de la víctima, ADPCP 2005, 733; *el mismo*, Imputación objetiva y conducta de la víctima, 2007; *el mismo*, Fin de protección de la norma e imputación objetiva, ADPCP 2008, 5; *el mismo*, Cursos causales irregulares e imputación objetiva, ADPCP 2010, 15; *el mismo*, Cursos causales irregulares e imputación objetiva, 2011; *el mismo*, ¿Se puede imputar objetivamente al delincuente que se está fugando las muertes o las lesiones que se autocausen los policías que le persiguen?, LH Suárez Montes, 2013, 289; *el mismo*, Los orígenes de la teoría de la imputación objetiva, LH Rodríguez Ramos, 2013, 95; *el mismo*, El caso de los perseguidores, LH Agudelo Betancur, I, 2013, 561; *el mismo*, Teoría de la evitabilidad vs. teoría del aumento del riesgo, ADPCP 2015, 21; *el mismo*, El comportamiento alternativo conforme a Derecho, 2017; *el mismo*, Comportamiento alternativo conforme a Derecho y omisión impropia, LH Morillas Cueva, 2018, 273; *el mismo*, La participación dolosa en una autopuesta en peligro con resultado de lesiones o de muerte, LH Queralt Jiménez, 2021, 217; *di Giovine*, Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause

sufficienti e condizioni necessarie, RIDPP 2002, 634; *la misma*, Il contributo della vittima nel delitto colposo, 2003; *Gómez Benítez*, Causalidad, imputación y cualificación por el resultado, 1988; *el mismo*, La realización del peligro en el resultado y la imputación al dolo en las desviaciones causales, LH Roxin, 1994, 91; *Gómez Rivero*, La imputación de los resultados producidos a largo plazo, 1998; *la misma*, Causalidad, incertidumbre científica y resultados a largo plazo, RGDP 9 (2008), 1; *la misma*, Víctimas culpables ¿victimodogmática, dogmática penal o intuición?, CPC 113 (2014), 105; *González Cussac/Mira Benavent*, Ámbito de responsabilidad de la víctima y teoría de la imputación objetiva, LH Cerezo Mir, 2002, 711; *González Lagier*, Sobre el concepto de causa, PJ 33 (1994), 83; *González Lillo*, Notas sobre la concurrencia de comportamientos y la construcción del nexo de imputación en el delito imprudente, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 629; *Gössel*, Die Verknüpfung sorgfaltswidrigen Verhaltens mit der Rechtsgutsbeeinträchtigung in der Fahrlässigkeitstat — keine Frage der objektiven Zurechnung, sondern der Beurteilung nach dem Satz vom Grunde, FS Frisch, 2013, 423; *el mismo*, Objektive Zurechnung und Kausalität, GA 2015, 18; *Greco*, Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei den unechten Unterlassungsdelikten, ZIS 2011, 676; *Grosse-Wilde*, Verloren im Dickicht von Kausalität und Erfolgszurechnung, ZIS 2017, 638; *H.-L. Günther*, Das viktimodogmatische Prinzip aus anderer Perspektive: Opferschutz statt Entkriminalisierung, FS Lenckner, 1998, 69; *K. Günther*, Die Feststellung der Kausalität im Strafprozeß, KritV 1997, 211; *Guzmán Dálbora*, La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico, RDPC 5 (1995), 513; *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002; *el mismo*, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008; *el mismo*, Die Bedeutung hypotehtischer Kausalverläufe, GA 2015, 86; *el mismo*, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit wegen fahrlässiger Tat bei Selbstgefährdungen und Selbstschädigungen des Opfers, FS Yamanaka, 2017, 71; *Hamer*, Factual causation and scope of liability: What's the difference?, MLR 77 (2014), 155; *Hardwig*, Die Zurechnung, 1957; *Harel*, Efficiency and Fairness in Criminal Law: The Case for a Criminal Law Principle of Comparative Fault, California L. R. 82 (1994), 1181; *Hart/Honoré*, Causation in the Law, 2.ª, 1985; *Hassemer*, Rücksichten auf das Verbrechensopfer, FS Klug, II, 1983, 217; *Hernández Basualto*, El problema de la causalidad general en el Derecho penal chileno, PolítCrim 1 (2006), 1; *Hillenkamp*, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981; *el mismo*, Der Einfluß des Opferverhaltens auf die dogmatische Beurteilung der Tat, 1983; *el mismo*, Was macht eigentlich die Viktimodogmatik?, ZStW 129 (2017), 596; *Hölzel*, Gibt es Tätigkeitsdelikte?, 2016; *Hörnle*, Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección, en: Robles (ed.), Límites, 2012, 87; *Horn*, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973; *Hoyer*, Die Eignungsdelikte, 1987; *el mismo*, Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen, GA 1996, 160; *el mismo*, Kausalität und/oder Risikoerhöhung, FS Rudolphi, 2004, 95; *el mismo*, Überbedingte Erfolge, FS Jakobs, 2007, 175; *Husak*, The De Minimis Defence to Criminal Liability, en: Duff/Green (eds.), Philosophical Foundations of Criminal Law, 2011, 328; *Izquierdo Sánchez*, Estafas por omisión, 2018; *Jakobs*, La imputación objetiva en Derecho penal, 1996; *el mismo*, Der Kern der Gesellschaft ist getroffen, KritV 1996, 320; *el mismo*, La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del riesgo permitido, la prohibición de regreso y el principio de confianza, en: el mismo, Estudios, 1997, 209; *el mismo*, Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal, en: el mismo, Estudios, 1997, 271; *el mismo*, Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal, 2003; *Johnson*, Criminal Liability for Loss of a Chance, Iowa L. R. 91 (2005), 59; *Kahlo*, Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt, 2001; *Kahmen/Stepanians* (eds.), Critical Essays on Causation and Responsibility, 2013; *Kahrs*, Das Vermeidbarkeitsprinzip und die conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht, 1968; *Arm. Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *el mismo*, Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren, JZ 1971, 569; *Arth. Kaufmann*, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, FS E. Schmidt, 1961, 200; *el mismo*, Kritisches zur Risikoerhöhungslehre, FS Jescheck, I, 1985, 273; *Kindhäuser*, Zur Kausalität im Strafrecht, FS Kargl, 2015, 253; *el mismo*, Verursachen und Bedingen, FS Paeffgen, 2015, 129; *el mismo*, Zur Alternativstruktur des strafrechtlichen Kausalbegriffs, ZIS 2016, 573; *el mismo*, La alternativa como

estructura de pensamiento en el derecho penal: sobre la causalidad de la omisión, LH Mir Puig, 2017, 651; *el mismo,* Zur Logik der Zurechnung, JRE 27 (2019), 383; *Knobe/Shapiro,* Proximate Cause Explained: An Essay in Experimental Jurisprudence, U. Chicago L. R. 88 (2021), 165; *Koriath,* Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994; *el mismo,* Kausalität und objektive Zurechnung, 2007; *Krümpelmann,* Die Bagatelldelikte, 1966; *Kuhlen,* Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989; *Kunz,* Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984; *Lacruz López,* La causalidad como elemento caracterizador de la conducta humana, LH Cerezo Mir, 2002, 809; *Lampe,* La causalidad y su función jurídico penal, en: el mismo, La dogmática, 2003, 59; *Lascuraín Sánchez,* Caso del trabajador imprudente, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 763; *Laurenzo Copello,* El resultado en Derecho penal, 1992; *Lerman,* La omisión por comisión, 2013; *Licci,* La metafora della causalità giuridica, 2011; *Ling,* Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges durch willentliches Dazwischentreten eines Dritten, 1996; *Longobardo,* Causalità e imputazione oggettiva, 2011; *Lübbe,* Die Theorie der adäquaten Verursachung, ZAW 24 (1993), 87; *Luzón Peña,* Causas de atipicidad y causas de justificación, en: Luzón/Mir (eds.), Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal, 1995, 21; *el mismo,* Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad, RGDP 15 (2011), 1; *el mismo,* Comisión por omisión e imputación objetiva sin causalidad, LH Mir Puig, 2017, 685; *Maiwald,* Kausalität und Strafrecht, 1980; *el mismo,* Risikoerhöhung oder an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit? - Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Kausalität des Unterlassens, FS Küper, 2007, 329; *Manjón-Cabeza Olmeda,* Venta de cantidades mínimas de droga, ADPCP 2003, 45; *Mañalich,* Norma, causalidad y acción, 2014; *Vico Mañas,* O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal, 1994; *Marinucci,* Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria, RIDPP 2009, 523; *Martínez-Buján,* La autoría en Derecho penal, 2019; *Martínez Escamilla,* La imputación objetiva del resultado, 1992; *la misma,* ¿Relevancia de los comportamientos alternativos conformes a Derecho?, LH Roxin, 1994, 103; *Masera,* Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale, 2007; *el mismo,* Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale, DPC-RT 3-4/2014, 355; *Massaro,* Perfiles problemáticos en la verificación de la denominada causalidad omisiva, en la experiencia jurídica italiana, RDP 1 (2011), 423; *McGrath,* Causation by Omission: A Dilemma, Philosophical Studies 123 (2005), 125; *McLaughlin,* Proximate Cause, Harvard L. R. 39 (1925), 149; *de Sousa Mendes,* Causalidade complexa e prova penal, 2019; *R. Merkel,* Über einige vernachlässigte Probleme des Kausalbegriffs, FS Puppe, 2011, 151; *Mezzetti,* Autore del reato e divieto di regresso nella società del rischio, 2021; *H. Miguel* (ed.), Causación, explicación y contrafácticos, 2014; *Militello,* La responsabilità penale dello spaciatore per la morte del tossicodipendente, 1984; *Mir Puig,* Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente, ADPCP 1991, 259; *Miraglia,* Introduzione alla teoria controfattuale della causalità, 2015; *Mitsch,* Opfer und Schuldurteil, en: Fischer/Hoven (Hrsg.), Schuld, 2017, 303; *Modolell,* El tipo objetivo en los delitos de mera actividad, PolítCrim 11 (2016), 368; *el mismo,* Sobre los conceptos naturalísticos en la teoría del delito, LH Mir Puig, 2017, 725; *Moeller,* Definition und Grenzen der Vorverlagerung von Strafbarkeit, 2018; *Moore,* Causation and Responsibility, 2009; *Mucciarelli,* Omissione e causalità ipotetica: qualche nota, Dir. & Quest. pubbl., 2010, 137; *Münzberg,* Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966; *Murmann,* Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005; *Ostendorf,* Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel, GA 1982, 333; *Otto,* Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, FS Maurach, 1972, 91; *el mismo,* Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz, NJW 1980, 417; *Palermo,* Resultados tardíos y teoría del delito, en: Carnevali (ed.), Derecho, sanción y justicia penal, 2017, 141; *Pantaleón Díaz,* Delito y responsabilidad civil extracontractual, 2022; *Papayannis* (ed.), Causalidad y atribución de responsabilidad, 2014; *Paredes Castañón,* De nuevo sobre el caso de la colza, RDPC 5 (2000), 87; *el mismo,* Caso del aceite de colza, en: Sánchez-Ostiz (ed.), Casos, 2011, 425; *Paredes Castañón/Rodríguez Montañés,* El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos, 1995; *Pastor Muñoz,* La determinación del engaño típico en el delito de estafa, 2004; *Pérez Barberá,* Causalidad y determinabilidad, LH

Roxin, 2001, 87; *el mismo*, Causalidad, resultado y determinación, 2006; *Pérez del Valle*, La causalidad ¿una solución procesal para un problema dogmático?, ADPCP 1996, 979; *Perin*, La crisi del modello nomologico fra spiegazione e prevedibilità dell'evento nel diritto penale, RIDPP 2014, 1371; *el mismo*, La contribución de la víctima y la imputación objetiva del resultado en la teoría del delito imprudente, RECPC 18 (2016), 1; *el mismo*, L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria. Argomenti a favore della diminuzione di chances, AP 2 (2018), 1; *Philipps*, Der Handlungsspielraum, 1974; *Piña Rochefort*, Causalidad e imputación, RChD 30 (2003), 515; *Piña Rochefort/ Cox Vial*, Consideraciones sobre la vigencia del principio de confianza en la imputación en el seno de la empresa, en: Silva/Miró (eds.), Teoría del delito, 2013, 185; *Portilla Contreras*, Tratamiento dogmático-penal de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación por la víctima de la situación de riesgo, CPC 45 (1991), 695; *Puppe*, Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 92 (1980), 863 (=El resultado y su explicación causal, InDret 4/2008, 1); *la misma*, Zurechnung und Wahrscheinlichkeit. Zur Analyse des Risikoerhöhungsprinzip, ZStW 95 (1983), 287; *la misma*, Causalidad, ADPCP 1992, 681; *la misma*, La imputación del resultado en Derecho penal, 2003; *la misma*, Lob der Conditio-sine-qua-non-Formel, GA 2010, 551; *la misma*, El Derecho penal como ciencia, 2014; *la misma*, La imputación del resultado al dolo, LH Mir Puig, 2017, 803; *la misma*, Verursachung durch Verhinderung rettender Kausalverläufe und durch Unterlassen, ZIS 2018, 484; *la misma*, El sistema de imputación objetiva, InDret 1/2021, 588; *Puppe/Grosse-Wilde*, A NESS-Causation Based Concept for Imputation of Harm in Criminal Law, U. Western Australia L. R. 49 (2022), 306; *Reinhold*, Unrechtszurechnung und der Abbruch rettender Verläufe, 2009; *Renzikowski*, Pflichten und Recht - Rechtsverhältnis und Zurechnung, GA 2007, 561; *el mismo*, Ist psychische Kausalität den Begriff nach möglich?, FS Puppe, 2011, 201; *Reyes Alvarado*, Fundamentos teóricos de la imputación objetiva, ADPCP 1992, 933; *el mismo*, Imputación objetiva, 1994; *el mismo*, Causalidad y explicación del resultado, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 875; *Robles Planas*, De efectos retardados: sobre la imputación objetiva y el transcurso del tiempo, en: Carnevali (ed.), Derecho, sanción y justicia penal, 2017, 133; *Rodríguez Montañés*, Delitos de peligro, dolo e imprudencia, 1994; *Rödig*, Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, 1969; *el mismo*, Einführung in eine analytische Rechtstheorie, 1986; *Röh*, Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge im Strafrecht, 1995; *Rolinski*, Statistische Kausalität im Strafrecht?, FS Miyazawa, 1995, 483; *Romeo Casabona*, Causalidad, determinismo e incertidumbre científica en Derecho penal, RGDP 8 (2007), 1; *el mismo*, Conocimiento científico y causalidad en el Derecho penal, en: el mismo (ed.), La adaptación del Derecho penal al desarrollo científico y tecnológico, 2010, 117; *Romero Barranquero*, La conexión entre acción y resultado en los delitos de lesión, CPC 19 (1983), 157; *Ropero Carrasco*, ¿Hay que merecer la protección del Derecho penal?, en: Cuerda Riezu (ed.), La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos, 2006, 115; *Roso Cañadillas*, Autoría mediata, imputación objetiva y autopuestas en peligro, RDPC 12 (2003), 357; *Rostalski*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für spezifische Fehlverhaltensfolgen bei alternativer Tatsachengrundlage und statistischen (Kausal-) Zusammenhängen am Beispiel des Bottroper Apothekerfalls, GA 2018, 700; *Rothman*, Causes, American Journal of Epidemiology 104 (1976), 587; *Roxin*, Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes, en: el mismo, Problemas, 1976, 149; *el mismo*, Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes, en: el mismo, Problemas, 1976, 181; *el mismo*, La causalidad en la omisión, LH Cerezo Mir, 2002, 963; *el mismo*, Streitfragen bei der objektiven Zurechnung, FS Maiwald, 2010, 715; *el mismo*, Probleme psychisch vermittelter Kausalität, FS Achenbach, 2011, 421; *el mismo*, Der Verunglückte und Unglück bewirkende Retter im Strafrecht, FS Puppe, 2011, 909; *el mismo*, La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida, InDret 1/2013, 1; *el mismo*, Cocausación culpable subsiguiente de la víctima, LH Luzón Peña, I, 2020, 1035; *Rudolphi*, Causalidad e imputación objetiva, 1998; *Ruiz de Erenchun*, Desviaciones del curso causal e imputación objetiva, Actualidad Penal 1997, 1025; *Salvador Coderch*, Causalidad y responsabilidad, InDret 3/2002, 1; *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972; *Sánchez Dafauce*, Desviación del curso causal e imprudencia incons-

ciente, RDPC 20 (2018), 181; *Sánchez Lázaro,* Hacia la superación de la teoría de la imputación objetiva del resultado, ADPCP 2005, 421; *Sánchez-Ostiz,* ¿Qué sentido tiene la categoría de los delitos de mera actividad?, *LH Luzón Peña,* I, 2020, 1073; *Sánchez-Vera,* Caso Vinader, en: Sánchez-Ostiz (coord.), Casos, 2011, 259; *Sancinetti, ¿Son irrelevantes los cursos causales hipotéticos para la responsabilidad penal?, LH Gimbernat Ordeig, II, 2008, 1579; el mismo,* Hacia un Derecho penal más racional, 2022; *Schaffer,* Causation by Disconnection, Philosophy of Science 67 (2000), 285; *el mismo,* Overdetermining Causes, Philosophical Studies 114 (2003), 25; *el mismo,* Causes Need not be Physically Connected to their Effects: The Case for Negative Causation, en: Hitchcock (ed.), Contemporary Debates in Philosophy of Science, 2004, 197; *el mismo,* Contrastive Causation in the Law, LTh 16 (2010), 259; *el mismo,* Disconnection and Responsibility, LTh 18 (2012), 399; *Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts,* 1930-1932; *el mismo,* Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip, FS Honig, 1970, 169; *Schauer/Spellman,* Probabilistic Causation in the Law, Journal of Institutional and Theoretical Economics 2020, 176; *Schmoller,* Verwirklichung einer unerlaubten Gefahr bei Risikoerhöhung, FS Wolter, 2013, 480; *H. Schröder,* Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?, JZ 1967, 522; *Schünemann,* Die Zukunft der Viktimodogmatik, FS Faller, 1984, 357; *el mismo,* Sistema del Derecho penal y victimodogmática, LH Cerezo Mir, 2002, 159; *el mismo,* Die kriminalpolitischen und dogmatischen Grundfragen der Unternehmenskriminalität, FS Rudolphi, 2004, 297; *Sereni,* Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d'impresa ai crimini internazionali, 2008; *Serrano González de Murillo,* Teoría del delito imprudente, 1991, *el mismo,* El comienzo del cómputo de la prescripción en los casos de resultados muy posteriores a la conducta típica, CPC 93 (2007), 113; *Silva Sánchez,* Aberratio ictus e imputación objetiva, ADPCP 1984, 347; *el mismo,* Límites en la responsabilidad por imprudencia, LL 4 (1984), 1040; *el mismo,* ¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito?, LH Beristain, 1989, 633; *el mismo,* Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado, LH Fernández Albor, 1989, 677; *el mismo,* Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión, EPC XXV (2005), 331; *el mismo,* Sobre la construcción del hecho punible en la obra de Santiago Mir Puig, LH Mir Puig, 2017, 877; *Simmert/Renzikowski,* Causa efficiens, FS Merkel, I, 2020, 667; *Sowada,* Die Zurechenbarkeit von Schockschäden im Strafrecht, FS Beulke, 2015, 283; *Spendel,* Der Conditio-sine-qua-non-Gedanke als Strafmilderungsgrund (1969), en: el mismo, Für Vernunft und Recht. Zwölf Studien, 2004, 171; *el mismo,* Der hypothetisch gleiche oder schwerere Deliktserfolg als Strafmaßproblem (1978), en: el mismo, Für Vernunft und Recht, 2004, 191; *Stella,* Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale, 1975 (2.ª, 2000); *Strasser,* Die Zurechnung von Retter-, Flucht- und Verfolgerverhalten im Strafrecht, 2008; *Stratenwerth,* Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, FS Gallas, 1973, 227; *Struensee,* Atribución objetiva e imprudencia, en: el mismo, Avances del pensamiento penal y procesal penal, 2005, 205; *Summerer,* Causalità ed evitabilità: formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale, 2013; *Toepel,* Legal Proof and Scientific Explanation, ARSP Beiheft 69 (1998), 80; *el mismo,* Hinreichende Mindestbedingung, FS Puppe, 2011, 289; *Torío López,* Los delitos del peligro hipotético, ADPCP 1981, 825; *el mismo,* Cursos causales no verificables en Derecho penal, ADPCP 1983, 221; *el mismo,* Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma, EPC X (1985-1986), 381; *el mismo,* Significación dogmática de la compensación de culpas en Derecho penal, LH Fernández Albor, 1989, 709; *el mismo,* Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización, LH Casabó Ruiz, II, 1998, 911; *Traeger,* Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 1929; *Ulsenheimer,* Pflichtwidrigkeit und Erfolg, 1965; *Valentine,* Defense Categories and the De Minimis Defense, CL&Phil 11 (2017), 545; *Vásquez Shimajuko,* Responsabilidad penal por contagio de SIDA, 2004; *el mismo,* La imputación de los resultados tardíos, 2013; *el mismo,* Resultados tardíos y la dimensión temporal de la imputación objetiva, en: Carnevali (ed.), Derecho, sanción y justicia penal, 2017, 89; *de la Vega Martins,* El delito de omisión y su explicación causal, 2010; *Viganò,* Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese, DPC-RT 3/2013, 380; *Walter,* Das Märchen von den Tätigkeitsdelikten, FS Beulke, 2015,

327; *Winter*, Der Abbruch rettender Kausalität, 2000; *Wolff*, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965; *Wolter*, Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung, ZStW 89 (1977), 649; *el mismo*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; *el mismo*, La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal, LH Roxin, 1994, 65; *el mismo*, La imputación objetiva en un sistema del delito de doble vía, LH Luzón Peña, I, 2020, 1173; *R. Wright*, The NESS Account of Natural Causation: A Response to Criticisms, en: Goldberg (ed.), Perspectives on Causation, 2011, 285; *el mismo*, Causation: Metaphysics or Intuition?, FS Moore, 2016, 171; *R. Wright/Puppe*, Causation: Linguistic, Philosophical, Legal and Economic, Chicago-Kent L. R. 91 (2016), 461; *Zaczyk*, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, 1993; *Zirulia*, Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale, 2018.

I. LA TIPICIDAD COMO JUICIO *EX POST* Y LA PRODUCCIÓN DEL RESULTADO

1. GENERALIDADES

Las conductas penalmente desaprobadas son aquellas a las que, desde una perspectiva intersubjetiva *ex ante*, es posible atribuir idoneidad de significado y desvalor para realizar un tipo de delito (*cfr. supra* capítulos 10 y 11). Como es sabido, tales comportamientos, que vulneran el contenido de la respectiva norma de conducta —salvo que se hallen justificados (*cfr. infra* capítulo 18)—, pueden ser de comisión activa, de comisión por omisión o de interrupción de cursos causales salvadores. Sin embargo, para concluir que realizan efectivamente el tipo correspondiente, es preciso añadir, al mencionado juicio *ex ante* de desaprobación de la conducta, un doble juicio *ex post*.[1] Por un lado, este se refiere a la producción del resultado y a su desvaloración típica. Por otro, tiene por objeto la existencia de una relación de imputación objetiva entre dicho resultado desvalorado y la conducta *ex ante* desaprobada. Esta última relación se conoce también con la expresión de «realización del riesgo en el resultado». El examen de los presupuestos de dicho juicio *ex post* constituye el objeto de este capítulo. 1

2. EL CONCEPTO Y LA FUNCIÓN DEL RESULTADO

2.1. Los tres sentidos del término

El comportamiento *ex ante* penalmente desaprobado infringe típicamente la norma de conducta, pero todavía no es penalmente típico. Para ello es necesario, además, que se produzca un resultado típico. Por tanto, la concurrencia de este último —que se determina *ex post*— es condición de la tipicidad de la conducta. En general, el resultado se define como la producción de un estado de cosas que implica un cambio en el mundo.[2] Ahora bien, en 2

[1] *Castaldo*, RIDPP 1987, 881 ss.; *Feijóo Sánchez* (2001), 379 ss.; *Frisch/Robles* (2006), 1 ss., 61 ss.

[2] *Mañalich* (2014), 35 ss.

Derecho penal dicho término es ambiguo.[3] Para reducir tal ambigüedad se distingue con frecuencia entre resultado en sentido formal y material. Sin embargo, es necesario trazar una distinción todavía un poco más compleja. En efecto, en el sentido más amplio —formal— de la expresión, el resultado típico se identifica con la plena realización *ex post* de la descripción de la figura de delito, es decir, del tipo. Así entendido, todos los delitos consumados son de resultado. Es más, en la tentativa perfecta idónea también cabe identificar un estado de cosas —de peligro— separado de la conducta del sujeto y no identificado con la realización de esta. En cambio, más allá de este supuesto, en la tentativa imperfecta y en la tentativa perfecta inidónea lo relevante es la mera realización de la conducta penalmente desaprobada —aunque *ex post* no produzca resultado alguno de lesión ni de peligro—.

3 El concepto de resultado típico puede ser entendido también en un sentido jurídico-material,[4] al que le es inherente la idea de perjuicio o de empeoramiento. Así, se define como aquella modificación de un objeto que resulta perjudicial para un bien jurídico[5] o, en términos no exactamente coincidentes, «lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido en el tipo». Aquí, de nuevo, la concurrencia del resultado se determina mediante un juicio *ex post*, pero que ya tiene un contenido de desvalor. Ahora bien, una lesión o puesta en peligro del bien jurídico puede tener lugar en toda clase de delitos.[6] Por lo tanto, todos ellos son delitos de resultado en este segundo sentido; y lo mismo cabe afirmar de la tentativa perfecta idónea. En cambio, tal elemento tampoco se da ni en la tentativa imperfecta, ni en la perfecta inidónea. Lo relevante de este segundo concepto de resultado es que no toda realización formal-gramatical de un tipo —de la clase que sea— conlleva la producción de un resultado típico en tal sentido material. Como se ha indicado, para constatar esto último es necesario llevar a cabo, de modo adicional, un juicio interpretativo sobre la lesividad de la conducta (*cfr. supra* 8/48 ss.).

4 Una tercera acepción del término «resultado» es la usada en el contexto —más reducido— de aquellos delitos cuya consumación requiere la producción de un resultado separable —en el espacio y en el tiempo— de la conducta llevada a cabo por el agente. Estos son los denominados «delitos de resultado material», en donde material significa «fáctico». Con frecuencia la doctrina se refiere a ellos —por ejemplo, el homicidio, las lesiones o los daños— sencillamente con la expresión «delitos de resultado». Por lo demás, las formas de participación en el delito son asimismo delitos de resultado en el sentido mencionado. En efecto, requieren que se produzca la conducta del partícipe y que, después, esta incida de algún modo en la conducta del autor, una vez iniciada la ejecución del delito por este último. En cambio, no son delitos de

---

[3] *Goeckenjan* (2017), 49 ss., 53; *Moeller* (2018), 127 ss.; *Pantaleón Díaz* (2022), 241 ss.

[4] *Laurenzo Copello* (1992), 178.

[5] *Puppe*, ZStW 92 (1980), 880 ss.; *la misma* (2014), 152.

[6] *Sánchez-Ostiz*, LH Luzón Peña, I, 2020, 1073 ss.

resultado material ni la tentativa imperfecta ni la perfecta inidónea de cometer delitos de resultado.

Es común clasificar los delitos de resultado, por un lado, en delitos de resul- 5
tado de peligro —delitos de peligro concreto— y de resultado de lesión. Por otro lado, también cabe subdividirlos en delitos puros de resultado —o resultativos— y delitos de medios determinados. En estos últimos no basta con que la conducta del agente dé lugar a la producción de un determinado resultado, sino que además tiene que producirlo del modo concretamente establecido en el tipo —esto es, a través de los medios o modalidades de conducta previstos en él—. Este es el caso, por ejemplo, del delito de estafa, que requiere la producción de un perjuicio mediante engaño, o de la administración desleal, que requiere su producción mediante la vulneración de deberes fiduciarios.

2.2. La ubicación sistemática del resultado y la relevancia de su vinculación con la conducta

El resultado de lesión o de peligro es un elemento del tipo de delito. Ade- 6
más, es objeto de una desvaloración jurídica. De hecho, el desvalor asociado a su producción constituye el primer fundamento de la desvaloración —dadas determinadas condiciones— de las conductas que pueden producirlo y de la prohibición de estas últimas. Por lo tanto, como se ha indicado, tiene sentido hablar de un desvalor jurídico del resultado. Además, si se realiza una conducta desaprobada y, a continuación, tiene lugar el resultado de lesión, ya no se puede afirmar sin más que este último sea producto del azar. En efecto, el resultado lesivo, en la medida en que se haya producido de forma objetivamente imputable a una conducta desaprobada, es un producto de aquella, de modo que pertenece al mundo del sentido —del significado— (*cfr. supra* capítulo 8/124 ss.).

Sin embargo, la producción o no del resultado no incide en el merecimiento 7
conmutativo de pena del agente. En efecto, el máximo merecimiento de pena de este último deriva tan solo de la realización perfecta de la conducta desaprobada. Es verdad que la producción efectiva del resultado —en las condiciones que se verán— es fruto de aquella conducta. Sin embargo, su no producción sí puede ser debida a un factor que —desde la perspectiva del agente— es de azar. Pues bien, esta no-producción del resultado deja indemne el juicio de desvaloración efectuado sobre su conducta y, por tanto, el merecimiento de pena del sujeto activo del delito. No obstante, tal ausencia de producción del resultado determina que sea excesivo castigar al sujeto con toda la pena que merece. Esta consideración conlleva añadir al análisis ético-deontológico de su conducta un nuevo análisis, tanto ético-consecuencialista como jurídico-político. Por su parte, estos últimos tienen en cuenta el hecho de que no se den las emociones reactivas que se asocian comúnmente a la producción del resultado lesivo. Así, puesto que no es socialmente necesario el castigo, o la misma medida de castigo, la punición abstractamente merecida por el

sujeto resulta innecesaria, excesiva y, en fin, inequitativa en concreto (*cfr. supra* capítulo 8/128).

8 El llamado «injusto del resultado» —mejor, desvalor del resultado— no afecta al merecimiento de pena del agente, pues no comporta una mayor infracción por su parte de la directiva de conducta. Ciertamente, sí conlleva una mayor lesividad del hecho. Sin embargo, el juicio de merecimiento de pena no tiene por objeto tal lesividad, sino únicamente la conducta del agente. Ello se debe a que solo esta última se encuentra sometida a su control. Así las cosas, la producción del resultado imputable objetivamente a la conducta permite ciertamente imponer al autor toda la pena que merece. En cambio, la ausencia de ese resultado no le hace merecer menos sino, como se ha indicado, que la pena merecida no deba imponerse en su totalidad por razones jurídico-políticas.

9 El resultado se ubica en el ámbito sistemático de la norma de sanción. Expresado de otro modo, es un elemento integrante del juicio de antijuridicidad del hecho, si este se entiende como juicio acerca de la lesión de la valoración jurídica. En cambio, no forma parte del contenido de antinormatividad del comportamiento —como infractor de la norma de conducta—. De este modo es posible comprobar de nuevo lo que ya se indicó acerca de que la antijuridicidad objetiva —entendida como lesión no justificada del bien jurídico— constituye un eje del sistema del delito. Sin embargo, este se cruza con el otro eje, que surge de la lógica de las normas de conducta —a saber, la antinormatividad, o infracción de la norma de conducta—.[7] Pues bien, en el centro de esta cruz entre el eje de la lesividad y el eje de la antinormatividad se encuentra la conducta prohibida. Esta, por su parte, tiene que estar intersubjetivamente desaprobada *ex ante* —lo que requiere ser aparentemente idónea para lesionar—, de modo que se conforme una primera garantía de lesividad del hecho (*cfr. supra* capítulo 8/53 ss.). En efecto, esto es lo que hace posible excluir la relevancia jurídica de las tentativas denominadas irreales. A continuación, la segunda garantía de lesividad del hecho la proporciona el requerimiento adicional de la producción del resultado. En fin, la tercera garantía de lesividad deriva de la exigencia de un nexo de imputación objetiva entre los mencionados conducta y resultado (*cfr. supra* capítulo 8/103). Por eso no cabe afirmar que el resultado constituye una «mera» condición objetiva de punibilidad. Ciertamente, por razones de lógica de las normas, aquel queda fuera del objeto de la norma de conducta. Por eso mismo, se encuentra al margen de lo que se atribuye al agente a título de imputación subjetiva. Expresado de otro modo, no es el objeto del dolo ni de la culpabilidad. En cambio, su producción sí constituye una condición de equidad para poder castigar a quien ha realizado un intento perfecto e idóneo con la máxima pena que merece. En suma, el

[7] Esta última terminología es de *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 6/28 ss. Aquí, el uso varía algo: *Silva Sánchez*, LH Mir Puig, 2017, 879-881, 886 ss.

resultado objetivamente imputable se encuentra estrechamente vinculado con la conducta desaprobada y prohibida.

2.3. La distinción entre delitos de «mera actividad» y de resultado

10 La doctrina ha venido distinguiendo, aunque siempre con la oposición de ciertos sectores,[8] entre delitos de resultado y delitos de mera actividad, en los que no cabe advertir un resultado separado —en el espacio y en el tiempo— de la realización de la conducta. Pues bien, en las últimas décadas la clase de los delitos de mera actividad ha sido sometida a una crítica intensa.[9] Al respecto se afirma que, en realidad, todos los tipos de delito son de conducta y resultativos, de modo que los delitos de mera actividad, y su dogmática pretendidamente específica, devienen innecesarios. Lo cierto es que el juicio relativo a la consumación de los delitos clásicamente entendidos como de mera actividad —categoría que comprende delitos de lesión, de peligro abstracto, así como de mera omisión u omisión pura— no solo requiere la realización de un juicio intersubjetivo *ex ante* sobre la conducta. Además, es preciso también que *ex post* concurran en ella el significado y la desvaloración específicos, de conformidad con la descripción legal del delito.[10] Por lo tanto, también en ellos la conducta relevante y el resultado consumativo son separables en términos conceptuales, aunque ciertamente coincidan en el tiempo. Al respecto, puede pensarse en los delitos de expresión, así como en los de contenido sexual. Con todo, es objetable que la tesis de que no existe una distinción conceptual con los delitos de resultado proporcione alguna ventaja dogmática.

11 En el ámbito de los delitos de peligro abstracto es preciso distinguir entre los de peligro presunto y los de peligro real. En efecto, los delitos de peligro presunto son aquellos cuya tipicidad supuestamente no requiere siquiera constatar la peligrosidad *ex ante* de la conducta. Así, se afirma que en ellos la peligrosidad de la conducta constituye solo el motivo de su incriminación por el legislador, sin que sea preciso que el juez la constate en el enjuiciamiento del caso. Ahora bien, en realidad, en tales casos no cabe afirmar la existencia de merecimiento de pena y, desde luego, no deben calificarse como delitos de peligro abstracto. Más bien, deben ser objeto de una reducción teleológica que los reconstruya como delitos de peligro abstracto real, exigiendo la concurrencia en el caso objeto de enjuiciamiento de un peligro intersubjetivo *ex ante*. Así, por ejemplo, no hay peligro real *ex ante* cuando quien conduce un automóvil sin permiso, o con cierto nivel de alcohol en sangre, lo hace un domingo por la tarde en un polígono industrial manifiestamente desierto. Frente a esto, en los delitos de peligro abstracto real —que también se denominan de peligro abstracto-con-

---

[8] Que sostenían que en todos los delitos existe un resultado natural.

[9] Desde perspectivas distintas, *Acale Sánchez* (2001); *la misma*, RDPC 10 (2002), 41 ss.; radical, *Hölzel* (2016), 146; *Sánchez-Ostiz*, LH Luzón Peña, I, 2020, 1073 ss.

[10] *Silva Sánchez* (2.ª, 2010), 670; *Walter*, FS Beulke, 2015, 327 ss.; *Modolell*, PolítCrim 11 (2016), 368 ss.; *el mismo*, LH Mir Puig, 2017, 733-734.

creto, de peligro hipotético o de «idoneidad»—[11] es preciso que el juez lleve a cabo un juicio que advierta un peligro que, aparentemente, se encuentra descontrolado. Específicamente, este juicio debe versar sobre la concurrencia en la conducta del agente de un peligro intersubjetivamente desaprobado *ex ante*.

12 Al respecto, es común afirmar que los delitos de peligro abstracto muestran una estructura próxima a la de la tentativa idónea *ex ante*, que se muestra *ex post* inidónea para producir el resultado lesivo —como se verá, a esta se la denomina aquí precisamente «tentativa inidónea»— (*cfr. infra* capítulo 15/92). La diferencia radica en que en la tentativa es preciso que concurra un elemento significativo tendencial —la voluntad de producción del resultado—. En cambio, en los delitos de peligro abstracto esto obviamente no se requiere. Esta es la razón que explica por qué no se puede equiparar el «dolo de peligro» y el «dolo de lesión». En efecto, no se trata de que el contenido del dolo en sí sea distinto, sino de que la conducta que constituye su objeto es significativamente distinta en uno y otro caso.

13 Por su parte, los delitos de peligro concreto siempre han sido considerados delitos de resultado. Lo que sucede es que este resultado, separable de la conducta, no es de lesión, sino solo de peligro —concreto—. La producción de este último requiere un acceso de la conducta del agente a la esfera del bien jurídico del que se trate,[12] para cuya constatación no basta con confirmar *ex post* el carácter peligroso *ex ante* de la conducta, sino que es preciso añadir un juicio de contenido adicional. Así, los delitos de (resultado de) peligro concreto se corresponden con la estructura de la llamada tentativa idónea —que es idónea tanto *ex ante* como *ex post*—, con el matiz de que en ellos no concurre el ya mencionado elemento significativo tendencial —la voluntad de producción del resultado—. Sentado lo anterior, existen divergencias sobre qué es lo específicamente propio de los delitos de peligro concreto. En efecto, algunas concepciones los habían caracterizado en términos negativos, esto es, por la no producción del resultado, pese a que *ex post* no sea posible advertir una razón estructural que lo explique. Expresado de otro modo, por el hecho de que no se produce la lesión y no se sabe por qué.[13] Sin embargo, en las últimas décadas han proliferado concepciones que identifican el estado de cosas de peligro concreto con un proceso que *ex post* se advierte como no dominable, esto es, que se encuentra sustraído al control del sujeto agente.[14] Este estado de cosas es el denominador común de la tentativa idónea perfecta y de los delitos de peligro concreto.

2.4. Balance: La teoría del resultado típicamente relevante

14 Por lo tanto, para que pueda darse una relación de imputación objetiva —de realización del riesgo— entre una conducta desaprobada y un resultado,

---

[11] *Schröder*, JZ 1967, 522 ss.; *Torío López*, ADPCP 1981, 825 ss.; *Hoyer* (1987).

[12] *Wolter* (1981), 223 ss.

[13] *Horn* (1973), 106 ss.

[14] *Demuth* (1980), 203 ss., 218; *Kindhäuser* (1989), 201 ss., 214; *Rodríguez Montañés* (1994), 37-38.

este último debe caracterizarse de modo previo como un resultado penalmente relevante. Esto requiere tener en cuenta que en el plano extrajurídico se mueven los conceptos de «conducta», «resultado» y «causalidad (u otras correlaciones)» entre ambos. En cambio, de modo paralelo, en el plano jurídico-penal discurren los de «conducta típicamente desaprobada», «resultado típicamente desvalorado» y «relación de imputación objetiva» entre ambos. Por su parte, el concepto jurídico-penal de resultado desvalorado no se puede identificar exclusivamente con la consumación de los delitos. Además, existe también un resultado típicamente desvalorado en relación con la conducta de tentativa e igualmente en relación con las conductas de participación. Está clara, pues, la necesidad de construir una teoría normativa del resultado.[15] Cuestión distinta es que la determinación de cuál es el resultado desvalorado y cuándo se produce —la doctrina del momento consumativo— sea, en última instancia, una cuestión de cada tipo de delito de la Parte especial.

2.5. La insignificancia del resultado

2.5.1. El principio de insignificancia y sus límites

El principio de insignificancia[16] —o «de bagatela»—[17] guarda relación con 15
la garantía político-jurídica de lesividad u ofensividad del hecho (*cfr. supra* capítulo 2/133 ss.). Sin embargo, tal principio, cuyo origen remoto se halla en la máxima romana *de minimis non curat praetor*,[18] tiene diversas proyecciones. Así, en primer lugar, puede ser entendido como un criterio jurídico-político para despenalizar una clase de hechos. En segundo lugar, cabe adoptarlo como criterio pragmático-procesal para fundamentar la no persecución penal de hechos punibles —con base en consideraciones de eficiencia—. Entendido así, como un criterio rector de la persecución, el principio se traduce, por ejemplo, en que los ilícitos de muy poca entidad no sean siquiera perseguidos por la policía. Sin embargo, también ha dado lugar al surgimiento de nuevas instituciones procesales. Así, el sobreseimiento del procedimiento por insignificancia, que está presente en no pocas legislaciones procesales acusatorias en las que rige el principio de oportunidad. Con todo, aquí no se trata de ninguna de las dos vertientes mencionadas, sino de una tercera. En concreto, la que determina que opere como un principio interpretativo de los tipos, orientado a excluir de ellos los casos en los que la conducta desvalorada produce un resultado de lesividad mínima.

---

[15] *Puppe* (2014), 170.

[16] Es decir, «el juez no se ocupa de los asuntos mínimos». En italiano: «*tenuità del fatto*». En el ámbito angloamericano, existe el principio «*de minimis*» (*Model Penal Code*, § 2.12), aunque entremezclado con la adecuación social y la tolerancia. Al respecto, *Husak* (2011), 328 ss.; *Valentine*, CL&Phil 11 (2017), 545 ss.

[17] *Krümpelmann* (1966); *Ostendorf*, GA 1982, 333 ss.; *Kunz* (1984); *Vico Mañas* (1994); *Guzmán Dálbora*, RDPC 5 (1995), 513 ss.; *Luzón Peña* (1995), 22.

[18] *Paliero* (1985). En cambio, el principio «*de minimis non curat lex*» sería el aplicable a los procesos de criminalización.

2.5.2. *El ámbito de aplicación*

16 El criterio de la insignificancia resulta especialmente útil en aquellos tipos relativos a bienes jurídicos susceptibles de afectación cuantificable —salud, integridad física, patrimonio y todos los bienes jurídicos supraindividuales—.[19] En efecto, en todos ellos la infracción de bagatela suele realizar el tipo en términos literales. Sin embargo, ya *ex ante* se advierte que la lesión previsible del bien jurídico es nimia, lo que se ratifica en la medida de su afectación *ex post*. Ciertamente, ello no obsta a que la conducta esté *ex ante* desaprobada. Por tanto, las autoridades tienen el deber de impedirla y el sujeto afectado por ella puede reaccionar para evitar que se produzca. Sin embargo, la tipicidad *ex post* de la conducta puede excluirse por razones derivadas de la limitada desaprobación jurídica de la conducta —su limitado merecimiento de pena— a las que se une la falta de equidad de la imposición de esta última.[20] En efecto, si «R = P × L» y la magnitud de «L» es muy baja, entonces «R» tiende a descender. Este criterio opera básicamente en ilícitos de naturaleza patrimonial en los que no existe un mínimo cuantitativo de la lesión del bien jurídico.[21] Con todo, también cabe aplicarlo a casos límite de lesiones —por ejemplo, al caso de dar un pellizco, o de arrancar uno o varios pelos de cuajo—.

17 En ambos casos, la técnica empleada para su aplicación debe ser la modalidad de interpretación sistemático-teleológica que se conoce como «interpretación orientada al marco penal» (*cfr. supra* capítulo 6/101 ss.).[22] En efecto, si la definición formal del comportamiento típico incluye conductas de mínima gravedad y, en cambio, el mínimo de la penalidad típica muestra ya cierta entidad, es posible concluir que el tipo materialmente no comprende aquellas conductas para las que ese mínimo punitivo ya sería desproporcionado. En definitiva, pues, se trata de acoger una variante de la interpretación conforme a la Constitución, orientada al principio de proporcionalidad. Sin embargo, dado que la insignificancia admite grados, no es fácil determinar su alcance exacto.

2.5.3. *La ubicación sistemática*

18 Así entendida, la insignificancia debe operar en los casos de hurto de poca monta —o «hurto hormiga»—;[23] de microtráfico de drogas;[24] del denominado *top manta*, como modalidad de defraudación leve de la propiedad industrial

---

[19] Un sector de la doctrina distingue entre delitos de bagatela autónomos y no autónomos. Así, *Krümpelmann* (1966), 36-37. Los primeros son hechos de escasa lesividad en sí mismos considerados. En cambio, los segundos se integran en el límite inferior de hechos que en sí mismos tienen gran dañosidad social.

[20] En este sentido, *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 10/41.

[21] Así, el art. 234.2 CP español.

[22] Próximo, *Ostendorf*, GA 1982, 345.

[23] Posiciones encontradas en *Jakobs*, KritV 1996, 320 ss.; *Silva Sánchez*, EPC XXV (2005), 331 ss.

[24] *Dopico Gómez-Aller* (2014).

o intelectual;[25] del llamado «menudeo» en el blanqueo de activos;[26] o bien de los denominados «cibermuleros» en casos de estafas informáticas[27] o del propio blanqueo. En efecto, en ellos la conducta debe ser calificada como típicamente antijurídica, pese a lo cual cabe sostener que no resulta proporcionada la imposición de una pena criminal al sujeto que la realiza.[28] Esto significa que el principio no opera en el ámbito sistemático de la norma de conducta, sino en el de la norma de sanción. Esta segunda opción conduce a ubicarlo en el ámbito de la exclusión *ex post* de la tipicidad penal (punible) del hecho, con base en consideraciones de equidad.[29] Ciertamente, la reducción de la insignificancia a la condición de «principio interpretativo» es coherente con esta ubicación. En efecto, si se situara en el ámbito de la desaprobación de la conducta —como la adecuación social o el riesgo permitido— habría que aceptar la relevancia de los errores acerca su concurrencia. Sin embargo, esto no se puede admitir.

El recurso al principio de insignificancia en el juicio *ex post* acerca de la san- **19**
ción de la conducta genera el riesgo de que el fundamento de la ausencia de sanción en estos casos —la equidad— se desfigure en virtud de consideraciones de necesidad preventiva de pena. En efecto, la doctrina y la jurisprudencia tienden a excluir la aplicación del principio de insignificancia cuando la conducta del autor se enmarca en: (i) una situación de acumulación de conductas de distintos sujetos en relación con el mismo objeto del bien jurídico, como por ejemplo sucede en materia medioambiental; (ii) un caso de acumulación sucesiva de conductas del mismo sujeto en relación con ese mismo objeto del bien jurídico (art. 326.2 CP español); (iii) un fenómeno masivo o ubicuo, en el que distintos sujetos afectan al mismo bien jurídico, pero sobre objetos de titulares distintos, como por ejemplo sucede con la difusión de los hurtos leves; o, en fin (iv), el caso de la reiteración delictiva del mismo sujeto en relación con el mismo bien jurídico, pero con objetos y titulares distintos (el caso del delincuente leve habitual).[30] En este punto solo cabe reiterar las críticas ya vertidas en su momento a cualquier forma de construcción de la tipicidad de la conducta de un sujeto con base en el injusto de otro —*ex iniuria tertii*— (*cfr. supra* capítulo 2/146 ss.). En consecuencia, ninguna de las mencionadas circunstancias debería obstar a la exención de pena.

---

[25] *Castiñeira/Robles*, InDret 2/2007, 1 ss. En la Ley española 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, el art. 5 alude en los siguientes términos a las que denomina «conductas de menor importancia»: «Las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado». Sin embargo, conductas así se tipifican en los arts. 270.1, párrafo segundo, y 274.2, párrafo segundo, CP español.

[26] SSTS 809/2014, de 26 de noviembre; 642/2018, de 13 de diciembre.

[27] Denominadas, en inglés, «*phishing*».

[28] *Silva Sánchez*, EPC XXV (2005), 347, 349-350.

[29] Próximo, *Bustos Rubio*, InDret 4/2023, 135.

[30] *Jakobs*, KritV 1996, 320 ss.

II. LA «REALIZACIÓN DEL RIESGO EN EL RESULTADO» EN LOS DELITOS DE COMISIÓN ACTIVA (1): LAS CUESTIONES DE CAUSALIDAD

1. LA RELACIÓN DE SENTIDO Y LA CAUSALIDAD

1.1. Generalidades

20 La realización del riesgo desaprobado en el resultado típico es un requisito de la consumación. Ciertamente, esta última no se produce igual en todos los delitos. Sin embargo, su relevancia jurídica es fundamentalmente normativa-significativa. En efecto, para que sea posible construir un delito de resultado consumado —es decir, formular un pleno juicio normativo de sentido sobre el hecho— no basta con que se produzca la conducta desaprobada y el resultado lesivo. Además, debe existir un determinado vínculo entre ambos. Este se establece en virtud de un juicio que se denomina comúnmente de «imputación objetiva del resultado» en sentido estricto, o bien de «realización del riesgo en el resultado». Pues bien, a este respecto lo primero que debe afirmarse es que la imputación de un resultado a la conducta de un agente constituye un problema de filosofía práctica. Por tanto, no es una cuestión empírico-experimental, ni tampoco de lógica formal. Con todo, en la cultura de los siglos XIX y XX el marco de lo razonable tendió a asociarse a aquello que podía ser objeto de un juicio experimental o lógico.[31] Por otro lado, todavía en la actualidad cabe advertir un doble fenómeno. Por un lado, que las razones morales inciden en los juicios humanos sobre relaciones empíricas.[32] Viceversa, que es común atribuir consecuencias morales a los propios juicios empíricos.[33] Pues bien, en este complejo ámbito de interacción de cuestiones distintas es en el que tiene lugar la imputación de resultados en Derecho penal.[34]

1.2. El papel de la causalidad

21 Lo anterior explica que esté muy asentada la idea de que la imputación objetiva de un resultado a una conducta requiere que esta última lo haya causado. Pese a ello, lo cierto es que en muchos delitos la relación entre conducta y resultado no es de causalidad, sino que responde a conexiones de naturaleza diversa. Por lo demás, incluso en los casos en que se puede establecer una vinculación causal entre ambos, esa primera relación no tiene todavía un significado específicamente jurídico. Por el contrario, en el juicio sobre el vínculo penalmente relevante se exigen conexiones jurídico-normativas adicionales, más estrechas. Son estas las que finalmente hacen posible establecer una específica relación de comprensión —de significado jurídico— entre

[31] *Jakobs* (2003), 34-35.

[32] *Moore* (2009), 132.

[33] *Knobe/Shapiro*, U. Chicago L. R. 88 (2021), 181.

[34] *Hernández Basualto*, PolítCrim 1 (2006), 11.

ambos elementos.[35] Un sector minoritario de la doctrina las designa con las expresiones «relación de antijuridicidad» —o «de infracción de un deber»—, o bien «causalidad de la antijuridicidad» —o «causalidad de la infracción de un deber»—.[36] De este modo pretende subrayar su divergencia con respecto a la doctrina de la imputación objetiva.

Sin embargo, la relación entre una infracción de un deber y un resultado no puede calificarse de causal, salvo que con la expresión «causalidad» se quiera aludir a una relación explicativa de sentido —a una relación de comprensión—. Así, la doctrina dominante, que no adopta tal uso, considera que el juicio de realización del riesgo desaprobado en el resultado —o juicio de imputación objetiva de este último— tiene carácter jurídico-normativo. En su virtud tiene lugar la atribución a un hecho del pleno sentido del tipo de delito correspondiente, mediante el establecimiento de un vínculo entre el resultado y la conducta desaprobada del agente. 22

2. LA CAUSACIÓN DEL RESULTADO

2.1. Causalidad, determinación e indeterminación

El debate jurídico-penal sobre la causalidad no ha disminuido en las últimas décadas. En efecto, la prevalencia de las concepciones significativas-valorativas de la teoría del delito no ha tenido el efecto de normativizar plenamente la relación entre conducta desaprobada y resultado lesivo.[37] Así, el marco general de la discusión se mantiene en los mismos términos de los últimos ciento cincuenta años. El punto de partida del debate es que en la realidad exterior existen ámbitos regidos por el principio de determinación y otros en los que, en cambio, rige el principio de indeterminación. Dentro de los espacios de determinación aparecen, a su vez, dos grandes ámbitos. Por un lado, aquel en el que la determinación de un fenómeno por otro tiene lugar conforme a leyes de necesidad. Solo estas, es decir, las que permiten concluir que «siempre que A, entonces B» pueden denominarse leyes causales.[38] Por otro lado, el ámbito en el que dicha determinación tiene lugar con arreglo a leyes de probabilidad o estadísticas —«si A, entonces es probable B»—, con porcentajes variables. Estas últimas, además, no tienen por qué ser científicas en sentido estricto, sino que pueden reflejar también nexos de experiencia común y otros vínculos de razonabilidad. En todo caso, en este punto la terminología utilizada es ambigua. Un sector doctrinal denomina indistintamente «relación de causalidad» —o causación—[39] a todas las relaciones 23

---

[35] En el ámbito angloamericano: «*causation in the law*», «*proximate causation*», o incluso «*scope of liability for consequences of breach*». Así, por todos, *Robinson* (1997), 24.

[36] *Struensee* (2005), 206.

[37] Sin embargo, *Frisch*, FS Gössel, 2002, 68 ss.

[38] *Bunge* (3.ª, 1972), 266; *Silva Sánchez*, LL 4 (1984), 1044; *Pérez Barberá* (2006), 61 ss.

[39] En la terminología angloamericana: «*causation in fact*».

de determinación, aunque ello solo es correcto para los supuestos de determinación necesaria o segura. Otros sectores, por su parte, llaman ámbitos indeterminados a aquellos en los que rigen leyes de probabilidad o criterios de experiencia en cuanto a la motivación de conductas. Como puede advertirse, tampoco esto último es correcto.

24 En Derecho penal es frecuente que el problema del vínculo entre conducta y resultado se suscite en ámbitos de determinación regidos por leyes de probabilidad e incluso en ámbitos de posible indeterminación. En efecto, más allá de los espacios del mundo natural en los que rige una determinación no causal, el problema se plantea siempre que la relación entre conducta y resultado tiene lugar por la incidencia sobre el proceso de decisión de otra persona. Es decir, cuando se trata de establecer un vínculo motivacional. Ello sucede, por ejemplo, en los casos en que es preciso decidir si «A» ha engañado o corrompido a «B», o bien le ha inducido a matar a «C». Cuando se alude a estas relaciones es relativamente común hablar de «causalidad psíquica».[40] Sin embargo, esta expresión, más que revelar, oculta la peculiaridad de la estructura y del modo de proceder en estos casos.[41] Al margen de estructuras así, en otros delitos tampoco son leyes causales, sino convenciones o acuerdos sociales, los que rigen la vinculación entre conducta y resultado.[42] Así, por ejemplo, el abuso de información privilegiada por parte de un inversor se relaciona con el perjuicio sufrido por otro si se entiende que aquella información, de haber sido divulgada, habría sido considerada relevante por un inversor prudente. En definitiva, la doctrina dominante se sirve de un concepto de causalidad que es excesivamente amplio, resulta ambiguo y no contribuye al esclarecimiento de los problemas que se dan aquí.

2.2. Causalidad real y gnoseológica

2.2.1. Planteamiento

25 Una vez en el marco del concepto estricto de causalidad, se dan dos posiciones básicas cuya distinción es imprescindible para analizar las distintas opiniones doctrinales.[43] La primera de ellas la entiende como un vínculo real, físico o metafísico —en todo caso, externo a la mente humana—, entre un factor antecedente y su consecuencia.[44] Para esta posición la causalidad es una fuerza real dinámica, o una transmisión de energía, a la que se ha denomina-

---

[40] *Bierling* (1905), 54 ss.; *Bernsmann*, ARSP 1982, 544-545; *de Sousa Mendes* (2019), 291 ss.; *Frister*, FS Sancinetti, 2020, 370 ss.; *Flor* (2020).

[41] *Silva Sánchez*, LL 4 (1984), 1044; *Puppe*, InDret 4/2008, 1 ss.; *Roxin*, FS Achenbach, 2011, 421 ss.; *Renzikowski*, FS Puppe, 2011, 201 ss.

[42] *Paredes Castañón* (1995), 171 ss.; *Flor* (2020), 163 ss.: gestión racional de máximas de experiencia.

[43] *Honig*, FG Frank, I, 1930, 189-190; *Samson* (1972), 31-32. De modo general, *Bunge* (3.ª, 1972), 16-17; *de Sousa Mendes* (2019), 110 ss.

[44] *Bunge* (3.ª, 1972), 18, 59-60, 240; *Welzel* (1975), 55-56; *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 2000, 42. Crítica *Puppe* (2014), 148-149.

do tradicionalmente causalidad eficiente —*causa efficiens*—.[45] La segunda, en cambio, concibe la causalidad como un vínculo no real, sino epistemológico o gnoseológico. Así, es entendida como una relación que establece la mente humana entre fenómenos que se suceden. Esta segunda posición integra en el concepto de causalidad relaciones de condicionamiento lógico.[46]

2.2.2. La causalidad como relación «real»

El primer punto de vista conduce a negar la existencia de causalidad en los **26**
casos de omisión, así como en los de interrupción de cursos salvadores. En efecto, con base en él no es posible afirmar que quien no impide la muerte de otro, cuando la podría haber evitado, la causa. Igualmente, se entiende que tampoco causa la muerte de otro quien impide que un tercero le salve. Sin embargo, ello produce menos problemas en los delitos de omisión que en las interrupciones de cursos salvadores. En efecto, estas últimas son consideradas por la doctrina dominante como una variante de la comisión activa —aunque sigue habiendo debate al respecto—.

La controversia no alcanza a los supuestos que los filósofos de la acción **27**
denominan «desconexiones».[47] Estos se refieren a la interrupción por parte de un tercero de un curso salvador humano o natural ya plenamente eficaz. Por ejemplo, la conducta de «A», que inyecta un inmunodepresor a «B» y, al disminuir las defensas naturales de este, hace posible su muerte por una infección vírica. Ciertamente, estos casos se consideran unánimemente como supuestos de comisión activa, a diferencia de lo que sucede con la interrupción de cursos salvadores todavía no eficaces —sobre los que, como se ha indicado, existe discusión— (*cfr. supra* capítulo 11/165). Pues bien, la doctrina de la causalidad como vínculo real de transmisión de energía conduce a negar la causalidad también en las referidas desconexiones. Por tanto, en definitiva, la acogida de esta doctrina causal tiene que conducir a afirmar que la comisión activa de delitos no requiere siempre una relación de causalidad entre conducta y resultado.

2.2.3. La causalidad como relación mental

Frente a lo anterior, la acogida del concepto gnoseológico de causalidad **28**
permite afirmar que en los casos de omisión y de interrupción de cursos salvadores existe la misma relación (causal) entre conducta y resultado que en los supuestos de comisión activa. De este modo, ambas concepciones causales coinciden en que la existencia de una relación de causalidad entre conducta y

---

[45] *Haas* (2002), 182 ss.; *Simmert/Renzikowski*, FS Merkel, I, 2020, 667 ss.

[46] *Engisch* (1931), 29 ss.; *Puppe*, ZStW 92 (1980), 870 ss.; *la misma*, GA 2010, 558. Críticos, *Bunge* (3.ª, 1972), 56; *Pérez Barberá* (2006), 65 ss.

[47] *Schaffer*, Philosophy of Science 67 (2000), 299.

resultado no es un rasgo diferencial de la comisión activa. Para la concepción realista, porque existen casos de comisión activa en los que no concurre causalidad. Para la concepción mentalista, porque se afirma la causalidad también en casos que no son de comisión activa, singularmente en las omisiones. Pues bien, en el debate entre ambas teorías, la doctrina mayoritaria en Derecho penal suele rechazar el concepto realista, lo que tiene relevantes consecuencias no siempre extraídas.[48] Con todo, la discusión fundamental en cuanto a la relación entre conducta y resultado no tiene por objeto la disyuntiva entre una y otra concepción de la causalidad. En términos prácticos la polémica decisiva versa sobre otra cuestión diferente: a saber, si un vínculo estadístico entre conducta y resultado —basado en una ley de probabilidad y no de necesidad— es suficiente para la afirmación de que ha tenido lugar la realización típica de un delito consumado.

2.3. La doctrina de la equivalencia de las condiciones

2.3.1. Las doctrinas individualizadoras y generalizadoras de la causalidad

29 El inicio del debate jurídico moderno sobre los criterios de determinación de la relación de causalidad entre conducta y resultado tuvo lugar a finales del siglo XIX. Dicha polémica manifestó el tránsito desde aproximaciones filosóficas o estrictamente jurídicas al problema, a otras orientadas a las disciplinas abstractas —la lógica y las matemáticas— o experimentales —la física, la química o la biología—. Como puede advertirse, se refleja aquí el cambio de actitud intelectual característico del último tercio del siglo XIX y, en concreto, su reduccionismo del ámbito del conocimiento relevante a lo propio de las ciencias abstractas y las factuales (*cfr. supra* capítulo 7/38). El marco del debate fue la consideración de que los verbos de las definiciones típicas de los delitos de resultado tenían que ser entendidos como remisiones a procesos causales. Ahora bien, la cuestión era cómo entender dicho vínculo causal.

30 Este debate enfrentó a diversas «doctrinas individualizadoras» con una doctrina generalizadora —la «teoría de la equivalencia de las condiciones»—. Las primeras, que tenían progenie filosófica o jurídica,[49] afirmaban que no todas las condiciones de un resultado son causas de este último. Por el contrario, en su planteamiento solo puede ser reputada causa aquella condición que reúna determinados requisitos.[50] Así, por ejemplo, el de ser la condición última, la condición eficaz, la condición desequilibrante entre las positivas y negativas,[51] o la condición decisiva para la producción del resultado. En cambio, la teoría generalizadora se orientaba a la lógica y sostenía que todas las

---

[48] *Puppe* (2003), 72. Distintos, *Haas* (2002), 182 ss.; *Simmert/Renzikowski*, FS Merkel, I, 2020, 667 ss.

[49] *Schaffstein* (1930/1932), 51 ss.

[50] *Traeger* (1929), 80 ss.

[51] *Binding*, Normen, I, 1872, 115-116; *el mismo*, Normen, II.1, 2.ª, 1914, 604-605. Crítico, *A. Merkel*, PG, s/f, 104-108.

condiciones necesarias de la producción de un resultado son equivalentes, de modo que todas ellas deben reputarse causa de aquel. Así las cosas, se trataba de determinar cuáles de las circunstancias previas a tal resultado tienen que ser entendidas como condición necesaria de este último.

A pesar de la relevancia de sus defensores, las propuestas individualizadoras 31
fueron rechazadas mayoritariamente. Desde entonces, el criterio dominante para la apreciación de la relación de causalidad entre una conducta y un resultado lo ha proporcionado la doctrina de la equivalencia de las condiciones. Sin embargo, es cierto que en las últimas décadas se ha producido un cierto renacimiento de dichas doctrinas individualizadoras. Así, por ejemplo, un sector doctrinal entiende ahora que no es causa toda condición del resultado, sino solo la condición última suficiente —*condicio per quam*—, que se identifica con la generada por la conducta del autor directo.[52] En efecto, esta conducta es la condición *ceteris paribus* suficiente, que da lugar de modo inmediato a la producción del resultado.[53] Además, a partir de ella, se establece una «prohibición de regreso» con respecto a cualesquiera aportaciones anteriores, frente a la que la única excepción son las otras formas de autoría o las de participación en el delito. Como se advierte, de este modo se conforma el presupuesto de la realización típica a título de autoría directa, sentando la distinción entre esta y las demás formas de autoría y de participación.[54] Sentado esto, a las conductas anteriores a la *condicio per quam* se les atribuye la cualidad de ser «contributivas».[55] Este concepto de causalidad tiene de nuevo un claro sentido jurídico y guarda estrecha relación con ciertas variantes de la doctrina del concepto restrictivo de autor.

2.3.2. La crítica por exceso a la doctrina de la equivalencia

Las teorías individualizadoras pretendían ofrecer un concepto de causa 32
inmediatamente apto para construir sobre él la imputación del resultado típico a título de autor. En cambio, quienes acogen la doctrina de la equivalencia de las condiciones solo intentan delimitar un círculo externo de posibles conductas penalmente típicas, excluyendo ya de entrada a algunas de ellas. Por tanto, no proponen un concepto inmediatamente apto para establecer una relación jurídica de imputación del resultado. Es cierto que algunos autores del siglo XIX e inicios del XX entendieron que la única limitación de la responsabilidad de quien aportaba una condición necesaria del resultado venía dada por la negación de su culpabilidad dolosa o culposa. Esto dio lugar a que se les criticara que incurrían en un *regressus ad infinitum*.[56] En efecto, conforme a la

---

[52] *Haas* (2002), 183-184, 194 ss.; *el mismo* (2008), 64 ss.; *Renzikowski*, GA 2007, 572; *Koriath* (2007), 150-151; *Kindhäuser*, FS Kargl, 2015, 143; *el mismo*, ZIS 2016, 574.

[53] *Koriath* (2007), 150-151; *Kindhäuser*, ZIS 2016, 585.

[54] *Kindhäuser*, ZIS 2016, 590.

[55] *Kindhäuser*, ZIS 2016, 591.

[56] Un «retroceso hasta el infinito». *A. Merkel*, PG, s/f, 108 ss.

doctrina de la equivalencia de las condiciones, cualquier causa de una causa debía reputarse, a su vez, causa del resultado causado por esta última,[57] y así sucesivamente hasta retrotraerse a Dios —única *causa incausata*—.

33 Sin embargo, más allá de esta consideración causal, lo realmente problemático era que la doctrina de la equivalencia pudiera conformar la base del concepto de antijuridicidad. En efecto, con ello se producía una amplitud inaceptable del ámbito de lo antijurídico. Por eso, en realidad, prácticamente ningún partidario de esta doctrina sostuvo que el resultado se imputara a todas y cada una de las condiciones de este, con independencia de su lejanía con respecto a él. De hecho, enseguida se establecieron restricciones que se ubicaban indebidamente en el propio ámbito de lo causal, como las doctrinas de la «causalidad adecuada»[58] o de la «causalidad relevante» (*cfr. supra* capítulo 10/3). Ahora bien, estas se proyectaban sobre la conducta del agente, introduciendo juicios de probabilidad *ex ante*, o bien juicios de sentido típico. Con ello, ya se movían en el terreno de lo que después constituyó la doctrina de la imputación objetiva, como conjunto de criterios de sentido que asocian conducta y resultado desde la perspectiva de las ciencias de la comprensión.

2.3.3. La crítica por defecto

2.3.3.1. Planteamiento

34 El problema actual de la doctrina de la equivalencia de las condiciones no es solo que resulte inadecuada por exceso para construir el tipo objetivo del delito consumado. En efecto, la aplicación de la doctrina de la conducta penalmente desaprobada (*cfr. supra* capítulo 10/12 ss.), de modo lógica y axiológicamente previo a los juicios de causalidad del resultado, ha eliminado por completo ese problema. Así pues, desde la perspectiva actual, lo más criticable de algunas versiones de la doctrina de la equivalencia es que, paradójicamente, conducen a excluir la imputación del resultado a la conducta en casos en los que ello es manifiesta e intuitivamente erróneo. Por tanto, se muestran necesitadas de una corrección por defecto. Ciertamente, según la versión más difundida de la doctrina de la equivalencia de las condiciones, es causa toda condición necesaria del resultado. Ahora bien, no todas las circunstancias previas a un resultado son condiciones de este último. En este punto es preciso evitar incurrir en la falacia *post hoc, ergo propter hoc.*[59] Así, con el fin de determinar si una determinada circunstancia constituye una condición necesaria del resultado producido, es común el recurso a un procedimiento de eliminación mental. Para ello, en primer lugar, hay que pensar un mundo hipotético en el que no esté presente el factor del mundo real de cuyo análisis se trata. A continua-

---

[57] «*Quidquid est causa causae, est causa causati*» (Nicolás de Amiens, 1147-1200).

[58] Crítico, *Engisch* (2008), 83 ss.

[59] Esto es, que, si un acontecimiento sucede a otro, entonces el segundo es consecuencia del primero.

ción, si, eliminado mentalmente el factor, desaparecería también el resultado, debe concluirse que dicho factor es condición necesaria del resultado y, por tanto, causa. En cambio, si no desaparecería el resultado, debe concluirse que la circunstancia en cuestión no constituye una condición necesaria y, en consecuencia, tampoco causa. Esta forma de proceder se expresa a través de la fórmula de la *condicio sine qua non*: es causa la conducta que constituye una condición «sin la cual no se habría producido el resultado».[60]

En efecto, mediante la aplicación de esta fórmula se establece, entre con- **35**
ducta y resultado, un vínculo que no es fáctico, sino contrafáctico. De este modo, se pretende excluir la posibilidad de que haya explicaciones del resultado alternativas a la representada por el factor objeto de examen.[61] Todo ello, como luego se verá, cumple una importante misión de garantía.[62] Ahora bien, como se ha indicado, este enfoque hipotético —o contrafáctico— de la determinación de la relación de causalidad ha planteado problemas. En efecto, en su pretensión de excluir explicaciones alternativas, la fórmula de la *condicio sine qua non* conduce en ocasiones a negar indebidamente la relación de causalidad entre la conducta objeto de examen y el resultado producido.

2.3.3.2. Los supuestos de causalidad alternativa

El primer grupo de ejemplos de ello viene dado por los supuestos de «cau- **36**
salidad alternativa».[63] Por ejemplo, el caso en el que dos sujetos inyectan a la víctima sendas dosis de veneno, cada una de las cuales por separado ya es suficiente para matar. En efecto, en ellos la aplicación de la fórmula de la *condicio* conduce a la conclusión de que ni uno ni otro sujeto han causado la muerte, porque, si se elimina mentalmente cada una de las dos conductas por separado, no desaparece el resultado. Ahora bien, es obvio que el resultado tiene que haber sido causado por la una o por la otra, de modo que el verdadero problema de estos supuestos es de prueba de la causalidad. En definitiva, de determinación empírica de cuál de los dos venenos mató. Sin embargo, la teoría de la equivalencia conduce a tener que rechazar por razones lógicas la cualidad causal de ambas conductas, lo que no puede aceptarse.

2.3.3.3. Los casos de causalidad sustitutiva

Un segundo grupo de ejemplos está integrado por los casos de «causalidad **37**
sustitutiva», esto es, aquellos en los que, si una cadena causal no hubiera producido el resultado, lo habría hecho otra.[64] Por ejemplo, los de causalidad

---

[60] *Fletcher* (1978), 589 ss. En el ámbito angloamericano la denominación es «*but for test*».

[61] Crítica, *Puppe* (2003), 67.

[62] *Donini*, RIDPP 2011, 494 ss.

[63] Crítico, *Mañalich* (2014), 43 ss.

[64] *Puppe*, ZStW 92 (1980), 888-889; *de Sousa Mendes* (2019), 233 ss.

«adelantada» que, en una variante del caso del veneno, se producen cuando el curso causal iniciado con posterioridad —el veneno inyectado en segundo lugar— es el que produce el efecto en primer lugar. Ciertamente, los supuestos de causalidad sustitutiva dan lugar a la discusión sobre la relevancia de los denominados «cursos causales hipotéticos», un buen ejemplo de los cuales es el «caso del verdugo».[65] En el planteamiento de este supuesto, el padre de la víctima asiste a la ejecución del asesino de esta última. De repente, y para vengarse personalmente, sube corriendo al patíbulo, toma el hacha del verdugo y decapita al condenado. Sin embargo, si no lo hubiera hecho él, el reo habría sido obviamente decapitado por el verdugo. Pues bien, en casos así, la aplicación irrestricta de la fórmula de la *condicio sine qua non* conduce asimismo a la exclusión de una relación de causalidad entre la conducta causante adelantada —por ejemplo, el padre vengativo— y el resultado.

38 Otro supuesto es el de quien, desde un balcón, dispara y destruye un valioso jarrón chino mientras este iba cayendo desde la terraza del piso superior. Ciertamente, de no haberla roto él, la pieza se habría destruido al impactar con el suelo, de modo que la fórmula de la *condicio sine qua non* podría conducir a excluir la relación de causalidad entre el disparo y la destrucción del jarrón. En fin, un último ejemplo, muy discutido por la doctrina, es el siguiente: «A» le roba la cantimplora a «V», que atraviesa el desierto, produciendo su muerte de sed. Sin embargo, *ex post* se advierte que, aunque no lo hubiera hecho, la víctima también habría fallecido. Concretamente, habría muerto al beber el agua de la cantimplora, porque aquella había sido envenenada por «B».[66] Este caso plantea múltiples dificultades, pues permite además múltiples variantes.[67] En la variante del robo se trata, más bien, de la interrupción de un curso causal —pero no salvador, sino lesivo—. Distinta es la variante en que «A» dispara a «V» y le deja malherido, con lo que impide que beba el veneno; en tal caso «V» muere del disparo, pero más tarde de lo que lo habría hecho si hubiera bebido. Así, quien causa empíricamente el resultado a su vez mejora la situación del bien jurídico —prolonga algo la vida—.[68] En cambio, el que empeoró la situación del bien jurídico no causa el resultado. La consecuencia paradójica es que parece que el resultado producido no le es imputable a nadie.

2.3.3.4. Los ejemplos de causalidad acumulativa

39 El tercer grupo de ejemplos problemáticos lo plantean las situaciones de «causalidad acumulativa».[69] A este respecto, el caso clásico es el de la muerte

---

[65] *Engisch* (1931), 15 ss.

[66] El caso original es de *McLaughlin*, Harvard L. R. 39 (1925), 155 n. 25, pero se suele discutir esta variante, que procede de *Hart/Honoré* (1985), 239.

[67] Sobre este *Mañalich* (2014), 91 ss.

[68] Análisis en *Mañalich* (2014), 110 ss.

[69] *Puppe*, ZStW 92 (1980), 877-878.

de Julio César en el Senado romano por veintisiete puñaladas,[70] de las que no se sabe a ciencia cierta si todas ellas fueron necesarias para matarle. Así, cada uno de los intervinientes en el magnicidio puede sostener que, aunque él no hubiera clavado su puñal en el cuerpo del cónsul, este habría muerto de todos modos. Pues bien, estos supuestos de «sobrecondicionamiento» o de sobredeterminación[71] son debatidos también en casos más próximos a la práctica judicial penal de nuestro tiempo. En particular, han sido muy discutidos en las últimas décadas a partir del caso de las votaciones en órganos colegiados de entidades públicas o privadas.[72] Por ejemplo, el de la reunión de un consejo de administración de cinco miembros, en cuya sesión cuatro de ellos votan a favor de la realización de un hecho delictivo. En este supuesto, eliminada mentalmente la aportación de uno cualquiera de esos cuatro, la decisión criminal no desaparecería del mundo, pues existirían de todos modos tres votos suficientes para la aprobación de la resolución por mayoría absoluta. Sin embargo, parece obvio que en un supuesto así tiene que poder construirse la imputación del resultado también al cuarto voto.[73] En realidad, es discutible si el problema es de causalidad o, por el contrario, de dogmática de la coautoría, en la medida en que el acuerdo entre los miembros es el que precisamente asigna sentido a las conductas de estos. Sin embargo, en esto último ya incide una discusión muy profusa, que además no llega a los mismos resultados en casos de imputación subjetiva dolosa e imprudente.

La fórmula de la *condicio sine qua non* afronta serias dificultades prácticas 40
en los casos de causalidad múltiple o multifactorial. Este problema se manifiesta en la producción de efectos acumulativos o sinergéticos en virtud de la concurrencia de factores distintos de modo no coordinado. Así, el ejemplo clásico es el de dos sujetos «A» y «B» que, sin relación entre sí, aportan dosis *ex ante* insuficientes de veneno —es decir, sustancias por sí mismas inocuas—; estas últimas, sin embargo, producen la muerte de la víctima mediante su incidencia conjunta o sinergética. Pues bien, en este supuesto, la aplicación de la fórmula de la *condicio* conduce a la afirmación correcta de la causalidad tanto de la conducta de «A» como de la de «B». De este modo se puede advertir que el problema no es de causalidad, sino de ausencia de desaprobación de la conducta. En efecto, de entrada, ni una ni otra conducta pueden ser objeto de desvalor.

---

[70] En los *idus* de marzo —el día 15— del año 44 antes de Cristo.

[71] *Schaffer*, Philosophical Studies 114 (2003), 25 ss.; *Hoyer*, FS Jakobs, 2007, 175 ss.

[72] Así, en las sentencias del Tribunal Supremo alemán de 6 de julio de 1990, sobre el «pulverizador para el cuero» («*Lederspray-Fall*») y del 2 de julio de 1995, sobre el «barniz» o «producto protector de la madera» («*Holzschutzmittel-Fall*»). En ambos se trata de que los miembros de un órgano colegiado de administración de una sociedad mercantil, que habían comercializado un producto, deciden no retirarlo del mercado, pese a que de modo sobrevenido les consta su toxicidad. Uno de los que votó a favor de no retirarlo alegó su no responsabilidad, pues, aunque él hubiera votado en sentido contrario, habría habido mayoría absoluta para hacerlo.

[73] STS 906/2016, de 30 de noviembre.

41 En cambio, en una variante del caso en el que ambas conductas sí estén desaprobadas —por ejemplo, en las interacciones entre dos focos de riesgo desaprobado no coordinados—, o se trate de la concurrencia de la conducta del autor y la de la víctima, el problema es la imputación del resultado. A este respecto, un ejemplo importante en términos prácticos es el de la muerte —como consecuencia de una patología pulmonar— de una persona que, por un lado, ha sufrido una exposición prolongada al amianto en su centro de trabajo y, por otro, era un fumador empedernido.[74] La doctrina y la jurisprudencia han propuesto varias soluciones *ad hoc* para resolver estos supuestos problemáticos sin renunciar a la doctrina de la equivalencia de las condiciones. Una de ellas, muy difundida, es la de la «configuración concreta del resultado».[75] Según este criterio, para excluir la relación de causalidad es preciso que, eliminado mentalmente el factor antecedente, desaparezca el resultado en su modo concreto de producción. Esto supone, en particular, introducir el dato temporal del momento en el que se produjo; y, además, es importante considerar los factores empíricos determinantes de la producción del resultado. Otro método propuesto es el de que la eliminación mental no tenga lugar solo respecto de una, sino del conjunto de aportaciones.[76] Este, en la práctica, consiste en considerar a dicho conjunto como factor causal único —en términos de una especie de acción colectiva—, lo que, de nuevo, conduce a enfocar el problema desde la doctrina de la coautoría.

2.3.3.5. Un balance

42 Sea como fuere, todos estos supuestos ponen de relieve un déficit general de la fórmula de la *condicio*. En efecto, en la base de esta se encuentra el problema de que, cuando quien se sirve de ella no dispone de una experiencia causal acerca del ámbito en el que opera, mediante su utilización no se obtiene ninguna respuesta.[77] Así, no es posible saber si, eliminado un determinado factor, desaparecería el resultado o no. Es verdad que, con frecuencia, esta circunstancia no se advierte. Ello se debe a que el observador, al aplicar la fórmula de la *condicio*, utiliza de modo implícito la experiencia causal común de la que dispone en virtud de su normal socialización. Por ejemplo, si ve a «A» lanzar una piedra y que esta golpea en la cabeza de «V», que a su vez empieza a sangrar, no necesita la aportación de un experto científico para aplicar la fórmula de la *condicio* y concluir que la conducta de «A» ha sido causa de la hemorragia de «V». Ahora bien, juicios así pueden conducir a errores. En todo caso, cuando se trata de un sector de conocimiento especializado, el observador ignorante no puede afirmar ni negar nada del resultado (lesión

---

[74] *Zirulia* (2018).

[75] Críticos, *Engisch* (1931), 9 ss.; *Puppe*, ZStW 92 (1980), 870 ss.; *la misma*, GA 2010, 558; *Mañalich* (2014), 63 ss.

[76] *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 45; *Rödig* (1969), 136 ss.; *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 11/19.

[77] *Köhler*, AT, 1997, 140.

de «V») a partir de la eliminación mental de una circunstancia (conducta de «A»). A partir de esto, se advirtió que la orientación de la fórmula de la *condicio* a los criterios de la lógica debía ser complementada con una orientación a las ciencias experimentales o incluso sustituida por ella.

2.4. El debate actual sobre la causalidad

2.4.1. La causalidad conforme a leyes de experiencia científica

2.4.1.1. Planteamiento

Lo anterior fue decisivo para la acogida por parte de la doctrina de la deno- 43
minada teoría de la «condición ajustada a las leyes de la experiencia científica» como criterio —ampliamente dominante— de determinación de la causalidad general en Derecho penal.[78] Ahora bien, el recurso a este método debe someterse a algunas matizaciones. En efecto, las leyes científicas, como leyes generales, proporcionan explicaciones suficientes. Esto es lo coherente con su misión de explicar el pasado y predecir el futuro.[79] De conformidad con ello, la doctrina de la condición ajustada a las leyes de la experiencia científica sostiene que es causa el conjunto de condiciones que hace posible la producción de una clase de resultado —la «condición suficiente»—. En cambio, no entra en la relación entre una conducta y un resultado en un caso concreto. Sin embargo, esta última es la que le interesa al Derecho penal en su misión de establecer un nexo de imputación objetiva. Así pues, la causalidad general y la causalidad singular se mueven en planos distintos, de modo que hay que encontrar el modo de subsumir la conducta concreta en la ley general.

2.4.1.2. El modo de operar

Según el tenor de la doctrina de la condición ajustada a las leyes de la 44
experiencia científica, la afirmación de que un determinado factor «f-1» ha causado un resultado «r» exige construir una ley causal. Para ello, en primer lugar, debe irse constatando de forma reiterada una asociación entre unos fenómenos «f-1» y otros «r». En segundo lugar, esa asociación debe generalizarse mediante un procedimiento de inducción. En tercer lugar, debe establecerse una regularidad —una conexión conforme a reglas— entre el conjunto de factores «F1» y la clase de resultados «R». Así: «F1 implica R». Si la conexión es estrictamente causal, esto significa que «si F1, entonces R» (o: «siempre que F1, entonces R»), de modo que «no es posible F1 y no-R». Ahora bien, hay que advertir que este modelo, por sí solo, no excluye la posibilidad de explicaciones alternativas de «R», pues solo proporciona una explicación suficiente de la producción de «R».

---

[78] *Engisch* (1931), 17 ss., 21; *Maiwald* (1980); *Stella* (2.ª, 2000), 67 ss.; *Hilgendorf*, ADPCP 2002, 95-96.

[79] *Puppe*, ZStW 92 (1980), 875-876.

45 En efecto, cabe que la producción de un resultado de la clase «R» se deba también al conjunto de factores «F2» («F2 implica R»), de modo que suceda «R y no-F1». Obsérvese por qué esto es así. En efecto, la afirmación «F1 implica R» no conlleva que «solo F1 implique R», de modo que «no-F1 implica no-R». Por eso, cabe incluso que, produciéndose en un caso concreto tanto «F1» como «R», en dicho caso la aparición de «R» no se deba a «F1», sino a ese otro conjunto de factores alternativo que hemos denominado «F2». Así las cosas, dado un resultado «R», la única explicación suficiente que estuviera en condiciones de excluir radicalmente otras explicaciones alternativas tendría que venir dada por una regla «F1 implica R y no-F1 implica no-R» o bien «R se produce si, y solo si, previamente se ha producido F1». De este modo, producido un resultado «R», sería posible ponerlo en relación de necesidad con «F1». Ahora bien, esto significa que la explicación completa de «R» a partir de un factor suficiente «F1» tiene que comprender la exclusión de explicaciones alternativas «F2». Solo esto último permite afirmar de modo concluyente que «R» se ha producido —necesariamente— debido a «F1». Así pues, la exclusión de explicaciones suficientes alternativas constituye un elemento clave del modelo. Sin embargo, existe amplio acuerdo en que tales explicaciones alternativas no pueden ser excluidas por completo, esto es, con total seguridad.[80] En realidad, ello responde, por un lado, a cuestiones epistemológicas. Pero también tiene que ver con cuestiones prácticas derivadas de las características del proceso penal, caracterizado por la limitación de tiempo y de medios. Por tanto, en este ámbito es preciso abandonar la pretensión de certeza empírica. Por poner un ejemplo, cabe pensar en el caso de ciertas personas que, en los tiempos de la epidemia del SIDA, contrajeron este virus tras intervenciones quirúrgicas en las que habían recibido transfusiones de una sangre no debidamente cribada. Ciertamente es posible sostener que fueron contagiadas mediante la respectiva transfusión. Sin embargo, también podría sostenerse, como explicación alternativa, más o menos verosímil según los casos, que se infectaron del virus como consecuencia de relaciones sexuales sin protección o mediante el consumo compartido de drogas por vía parenteral.

46 Una vez que se dispone de una ley de determinación causal general, es imprescindible subsumir en esa regularidad el resultado producido y el factor supuestamente causal representado por la conducta objeto de análisis. Ciertamente, lo que interesa a efectos de imputación del resultado no es la causalidad general, sino la relación de causación singular entre una conducta «f» —penalmente relevante— y un resultado «r». Es preciso, por tanto, integrar el factor «f» en el conjunto «F1» y subsumir «r» en la clase «R». En el caso concreto, a la ya mencionada dificultad en la determinación de las reglas generales, se suma el hecho de que cabe que la relación entre dos fenómenos concretos «f» y «r» consista en una cadena en la que haya varios eslabones regidos por leyes distintas. Estas, como ya se ha indicado, pueden ser de determinación causal

[80] *Puppe* (2003), 67.

o no causal, sino estadística. En fin, lo anterior no obsta a que alguno de los eslabones de la cadena se rija por una regla de experiencia no científica, por ejemplo, por una de experiencia social o de razonabilidad. En tales eslabones se opera mediante la fórmula de la *condicio* con apoyo en consideraciones ampliamente intuitivas o de sentido común.

2.4.2. La doctrina de la condición NESS

Para corregir las deficiencias de la doctrina de la equivalencia de las condiciones, así como las limitaciones de la doctrina de la condición ajustada a leyes de la experiencia, se han propuesto algunas soluciones. Una de ellas, muy difundida en el ámbito angloamericano, entiende que, en un caso concreto, es causa todo «componente contingentemente necesario de una explicación mínima suficiente del resultado» producido. Expresado de modo breve, se alude a esta doctrina como la de la «condición mínima suficiente». Sin embargo, su formulación filosófica ha ido cambiando de nombre, al tiempo que se introducían en ella algunos matices. Así, inicialmente se la denominaba «doctrina de la condición INUS»,[81] aunque se ha difundido fundamentalmente como «doctrina de la condición NESS».[82] 47

En realidad, más allá de su fundamentación lógico-empírica, esta posición tiene algunas ventajas prácticas. Una de ellas es su proximidad a la realidad del proceso. Ciertamente, en la práctica forense el problema causal se afronta buscando en primer lugar una hipótesis causal —un conjunto de condiciones— que explique de modo suficiente el resultado. A continuación, se trata de establecer si la concreta conducta del sujeto investigado o acusado constituye un elemento que integra de modo necesario aquella explicación suficiente. De este modo parece que las paradojas derivadas de la incidencia de los cursos causales hipotéticos desaparecen —al menos, como problema causal—. En efecto, el único procedimiento de eliminación mental que se lleva a cabo es interno a la hipótesis explicativa —mínima suficiente— que se ha adoptado. Dicho método, por su parte, sirve para determinar cuáles son sus componentes necesarios y cuáles no. Así pues, causa es una condición necesaria de una explicación mínima suficiente del resultado, no del resultado mismo. 48

Sin embargo, la desaparición de los problemas es más aparente que real. En efecto, el propio concepto de explicación mínima suficiente presupone la 49

---

[81] El acrónimo alude a «*an Insufficient but Non-redundant part of an Unnecessary but Sufficient condition*». Tal concepto procede del filósofo *Mackie* (1974), 59 ss., aunque ya antes *Hart/Honoré* (1959) habían formulado la idea. Esta también había sido presentada por el epidemiólogo *Rothman*, American Journal of Epidemiology 104 (1976), 587 ss. En Derecho penal, *Puppe*, ZStW 92 (1980), 909; *Kindhäuser*, GA 1982, 486; *di Giovine*, RIDPP 2002, 665 ss.; *Wright/Puppe*, Chicago-Kent L. R. 91 (2016), 461 ss.

[82] «*Necessary Element of a Sufficient Set*». Ya para el Derecho, *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863 ss.; *la misma*, ADPCP 1992, 681 ss. En el mismo sentido, *Koriath* (1994), 405 ss., 423; *Röh* (1995), 4 ss.; *Hernández Basualto*, PolítCrim 1 (2006), 1 ss.; *Wright* (2011), 285 ss.; *Wright/Puppe*, Chicago-Kent L. R. 91 (2016), 461 ss.

corrección de una determinada hipótesis explicativa. A saber, la que se adopta como punto de partida. Sin embargo, de este modo se corre el riesgo de reducir el mundo a una hipótesis que, además, puede configurarse de modo más amplio o bien más restringido. Ello puede conducir a excluir posibles explicaciones alternativas correctas. Por tanto, aplicando este método siempre va a quedar un espacio para la duda, al menos por la dificultad de alcanzar la conclusión de que se ha podido excluir las explicaciones alternativas. En definitiva, no es posible sostener que las conclusiones que se alcancen gozarán del marchamo de la certeza. Por eso la jurisprudencia tiende a requerir, junto a la concurrencia de los elementos de la condición NESS, una razonable exclusión de explicaciones alternativas.[83]

2.4.3. Las doctrinas estrictamente contrafácticas

50 A la doctrina de la condición NESS —que construye una relación empírico-lógica entre conducta y resultado— se le han opuesto en las últimas décadas nuevas doctrinas contrafácticas.[84] Estas tratan de recuperar la lógica de la *condicio sine qua non* como marco de una doctrina de la causalidad entendida como evitabilidad del resultado. Al igual que la doctrina de la condición NESS, las doctrinas de la evitabilidad se mantienen en el marco de concepciones mentalistas de la causalidad. Esto significa que unas y otras afirman la causalidad de las condiciones negativas, es decir, sostienen que existe causalidad también en las omisiones de evitación del resultado y en las interrupciones de cursos salvadores. Sin embargo, la concepción contrafáctica de la causalidad, que se describe en términos condicionales irreales, no atribuye relevancia precisamente al dato positivo de la causación del resultado, sino, por el contrario, a la posibilidad de evitarlo. Es decir, la base del juicio de causalidad no es lo que ha sucedido, sino la comparación de esto con lo que habría sucedido en el mundo hipotético. Entonces, la pregunta es si, en el caso de que, en lugar del factor real «f», se hubiera producido «no-f», habría desaparecido el resultado «r».

51 En relación con una conducta humana, este planteamiento suscita la cuestión de si el agente, en lugar de haber realizado la conducta que llevó a cabo, hubiera realizado una conducta alternativa, habría evitado con ello el resultado. Como se ha visto, ciertamente tampoco la doctrina NESS prescinde del juicio contrafáctico. Ahora bien, lo realiza en el marco de una explicación suficiente del resultado, de modo que no entra en el problema de las explicaciones de ese resultado que sean alternativas a aquella. En cambio, la doctrina abiertamente contrafáctica afronta de modo directo este problema. Así, la cuestión de la causalidad se transforma en una pregunta acerca de la evitabilidad individual del resultado. En su proyección concreta en Derecho penal, puede afirmarse

---

[83] Por ejemplo, la STS de 23 de abril de 1992.

[84] *Mañalich* (2014); *Kindhäuser*, FS Kargl, 2015, 129 ss.; *el mismo*, LH Mir Puig, 2017, 651 ss. Al respecto, también *Miraglia* (2015).

que se convierte en un problema de imputación subjetiva. Así, la doctrina de la evitabilidad sostiene que, si no se prueba la evitabilidad del resultado para quien actúa, no es posible atribuirle responsabilidad. Sin embargo, para probarla con seguridad —en términos procesales, con una probabilidad rayana en la seguridad, que excluya toda duda razonable— es necesario excluir todas las explicaciones alternativas. Ahora bien, esto es imposible, de modo que tal posición sostenida coherentemente conduce a la práctica imposibilidad de imputar resultados en supuestos controvertidos.

En realidad, una concepción contrafáctica de la causalidad es compatible 52
con aproximaciones normativas de diversa entidad. Por ejemplo, a efectos de imputación del resultado cabe admitir la relevancia de cualquier conducta que haya provocado una diferencia en perjuicio de la posición jurídica del sujeto pasivo —por ejemplo, que haya determinado una disminución de sus posibilidades de salvación—. Así pues, el tema adquiere una configuración más compleja.[85] Por un lado, la no identificación de causas alternativas del resultado no tiene por qué implicar necesariamente la imputación del resultado a la conducta del sujeto, pues siempre podría alegarse que ha faltado tiempo en el marco del proceso para seguir buscándolas. En consecuencia, la exclusión de causas alternativas debe ubicarse en un contexto de razonabilidad, en el que entran en juego el tiempo y los recursos. Por otro lado, la identificación de una causa alternativa del resultado no implica necesariamente la negación de un nexo de imputación de este con la conducta del agente. En efecto, en muchos supuestos de hecho en contextos industriales lo común es, precisamente, la causalidad acumulativa o, en otras palabras, la concurrencia de riesgos. De modo no infrecuente, esta concurrencia produce una aceleración de la producción del resultado. Así pues, ambas aportaciones son relevantes.

2.4.4. Un balance

La relación de causalidad tiene una naturaleza real-metafísica. En efecto, 53
expresa un vínculo real singular, que se concreta en la transmisión de energía, y no constituye la mera proyección de una categoría del conocimiento.[86] Así las cosas, ni en las omisiones ni en las interrupciones de cursos causales salvadores existe relación de causalidad con el resultado producido. Ahora bien, tanto la causalidad como otras formas de determinación no causal pueden ser objeto de un conocimiento teórico. En este plano, las aproximaciones a aquella son de naturaleza lógico-filosófica o empírica. Sin embargo, la imputación jurídica de un resultado a una conducta no es una cuestión de filosofía teórica, sino de razón práctica. Entre otras cosas, esto significa que no contempla un problema general, sino singular; ciertamente, ningún órgano judicial formula enun-

---

[85] Próximo, *Kindhäuser*, LH Mir Puig, 2017, 659.

[86] Ya *Arth. Kaufmann*, FS E. Schmidt, 1961, 209-210; *Haas* (2002), 182 ss.; *Moore* (2009), 138-139, 457 ss., 461; *Simmert/Renzikowski*, FS Merkel, I, 2020, 667 ss.

ciados científicos, ni metafísicos. En este contexto, la cuestión es determinar cuál es el contenido de la regla que establece la conexión práctica entre una conducta y un resultado y cuáles han de ser son los indicadores empíricos de los que parte la regla. Por lo tanto, la imputación jurídica de resultados, que ciertamente en ocasiones se asienta en una relación de causalidad real, no precisa la constatación de esta última.

54 A diferencia de las relaciones causales generales, la incidencia de una conducta concreta en la explicación causal de un resultado solo puede establecerse mediante la eliminación mental. Esto significa que tiene que afrontar directamente el problema de la inseguridad del conocimiento de la realidad. En efecto, la seguridad solo se alcanza si, para afirmar la relación de causalidad entre resultado y conducta, se exige la exclusión segura de toda explicación alternativa. Sin embargo, en la eliminación de la posible relevancia de las explicaciones alternativas, resulta imposible alcanzar la certeza. De hecho, esta es una cuestión que ninguna de las doctrinas parece estar en condiciones de resolver. En cambio, el método de eliminación mental sí permite establecer relaciones de dependencia contrafáctica que no sean de seguridad, sino de probabilidad. Así, por ejemplo, entre el resultado y aquella conducta cuya no realización habría supuesto un incremento contrafáctico de probabilidades de evitación de aquel.

2.5. El problema de las correlaciones estadísticas

2.5.1. Planteamiento

55 Sentado lo anterior, ninguna de las concepciones en disputa acerca de la relación de causalidad parte con ventaja al abordar el problema de los ámbitos de la realidad en los que no existe una experiencia causal concretada en la formulación de leyes de determinación necesaria. Por su parte, la existencia de ámbitos así puede deberse a dos razones. Por un lado, a la constatación de que en un sector dado resulta imposible la formulación de una ley de necesidad. Por otro, a déficits de investigación científica. De hecho, la creciente admisión de la existencia de ámbitos tanto de determinación no necesaria como de indeterminación es una de las características de la ciencia moderna. En todo caso, hay que distinguir entre espacios de indeterminación —el de lo cuántico, el de lo relativo a la mente humana—, ámbitos de determinación no necesaria y ámbitos de determinación por leyes de necesidad en contextos fácticos de incertidumbre (cursos causales no verificables o no verificados).

56 En el último medio siglo se ha generado con frecuencia el problema de la imputación de resultados en ámbitos que se consideran determinados, pero en los que se da un contexto fáctico de incertidumbre.[87] Algunos de estos casos, en los que solo es posible establecer correlaciones estadísticas entre conducta y

[87] *de Sousa Mendes* (2019), 289 ss.

resultado, han accedido a los altos tribunales de diversos países. Sin embargo, el fenómeno es cotidiano en sectores relacionados con la tecnología, la medicina o el medio ambiente. En efecto, en casos así los peritos, al comparecer ante los órganos judiciales, solo alcanzan —con base en los estudios científicos— a constatar determinadas regularidades probabilísticas entre la clase de factores «F» y la clase de resultados «R». Eso significa que —a la hora de proceder a la subsunción del caso en la regularidad general— es imposible superar la duda sobre la concurrencia de una relación de determinación en términos de necesidad entre un factor «f» y un resultado «r».

2.5.2. La naturaleza del vínculo entre conducta y resultado

2.5.2.1. Los casos

El primer supuesto de hecho relevante en relación con este problema fue seguramente el «caso de la talidomida» (o del «Contergan»).[88] A propósito de este último, un sector doctrinal sostuvo la tesis de que la existencia de una relación de determinación necesaria entre conducta y resultado constituye un elemento no escrito del tipo del delito de homicidio o de lesiones. Es decir, que el verbo típico de los delitos de resultado reenvía a leyes estrictamente causales.[89] Por lo tanto, no constatada tal relación de determinación necesaria, procede la absolución. En España, el caso más importante en esta misma línea fue el del aceite de colza desnaturalizado.[90] El debate doctrinal relativo al «caso de la colza» enfrentó a las posiciones favorables y las contrarias a la condena. Sin embargo, en ambos grupos se dieron posturas matizadamente distintas entre sí. Así, la solución condenatoria se defendió con base en la tesis de que la imputación del resultado requiere causalidad necesaria y que esta última concurría en el caso.[91] Ahora bien, asimismo fue sostenida con base en la tesis de que tal imputación no requiere constatar la causalidad como expresión de una ley de necesidad.[92] Por su parte, la solución absolutoria fue planteada por quienes sostienen que la imputación del resultado requiere la relación de causalidad como expresión de una ley de necesidad y que esta última no se acreditó en el caso.[93] Por lo tanto, el fundamento de la absolución

57

---

[88] A un gran número de mujeres gestantes se les prescribió un antiemético (la talidomida, bajo el nombre comercial de Contergan) para reducir las náuseas propias de los primeros meses de embarazo. En relación con la ingesta de ese fármaco se produjeron malformaciones en las extremidades de los niños nacidos. El caso es comentado por *Cancio Meliá* (2011), 207 ss.

[89] *Arm. Kaufmann*, JZ 1971, 569 ss.; próximo, *Paredes Castañón* (2011), 432 ss.

[90] Unos comerciantes sometieron a diferentes lavados un aceite de colza desnaturalizado para su uso industrial, desviándolo luego para el consumo humano. En relación con el consumo de ese aceite tuvieron lugar múltiples patologías. El caso fue enjuiciado en la STS de 23 de abril de 1992. Un comentario del caso es el realizado por *Paredes Castañón* (2011), 425 ss.

[91] *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 1997, 5 ss.; *el mismo*, ADPCP 2000, 29 ss.

[92] *Gómez Benítez* (1988), 67 ss., 73 ss.; *Pérez del Valle*, ADPCP 1996, 998 ss.; *Dopico Gómez-Aller*, LH Luzón Peña, I, 2020, 620 ss.

[93] *Paredes/Rodríguez* (1995), 98, 112 ss.; *Paredes Castañón* (2011), 429 ss.

sería la presunción de inocencia y, en concreto, la aplicación del principio *in dubio pro reo.*[94]

2.5.2.2. Lo sustantivo y lo procesal

2.5.2.2.1. El nexo entre conducta y resultado como cuestión de adscripción

58 Una aproximación razonable a este problema requiere, en primer lugar, distinguir dos planos: el sustantivo y el procesal.[95] En el primer nivel hay que plantearse la cuestión de si, para el Derecho penal, el vínculo entre conducta y resultado es pre-jurídico o, por el contrario, estrictamente jurídico. Es decir, si el concepto jurídico-penal de imputación objetiva del resultado —o de realización del riesgo en el resultado— es empírico-descriptivo o jurídico-significativo. Pues bien, el elemento típico no escrito que pone en conexión a la conducta y el resultado establece entre ellos una relación de sentido. En efecto, lo único que tienen en común las diversas situaciones en las que se imputa un resultado «R» a la conducta «C» de un agente es el establecimiento de una relación jurídico-normativa mediante la adscripción de «R» a «C» en términos de unidad de sentido. Entonces, esta es una cuestión de derecho (*quaestio iuris*).

59 Como ya se ha señalado, la formulación de un juicio de adscripción —en este caso, de adscripción de sentido— requiere: (i) la construcción de una regla jurídica que asocie, a la concurrencia de determinados datos externos, una determinada adscripción, en este caso, de significado; y (ii) la prueba del conjunto de datos externos que se reputan suficientes, en virtud de la regla, para efectuar la adscripción (*cfr. supra* capítulo 7/124 ss.). En efecto, ninguna regla jurídica se puede construir sobre la nada pre-jurídica. Por el contrario, en la base real de cualquier concepto jurídico-adscriptivo existen elementos pertenecientes al mundo pre-jurídico. A su vez, estos datos externos deben denominarse «indicadores» y su determinación es una cuestión de hecho (*quaestio facti*). Por tanto, deben ser objeto de prueba con arreglo al estándar común en Derecho penal, que es el de más allá de toda duda razonable.

2.5.2.2.2. Los indicadores de la relación de sentido

2.5.2.2.2.1. Planteamiento

60 El hecho de constatar una relación entre conducta y resultado conforme a leyes científicas de necesidad puede ser un indicador muy potente. Sin embargo, no tiene por qué ser el único indicador que acoja una regla jurídica que establece una unidad de sentido entre una conducta y un resultado. Por

---

[94] *Maiwald* (1980), 107-109; *Paredes/Rodríguez* (1995), 123 ss.

[95] Ya *Arth. Kaufmann*, FS Jescheck, I, 1985, 281 ss.; ahora, *Dopico Gómez-Aller*, LH Luzón Peña, I, 2020, 622 ss.

ejemplo, una alternativa a tal relación de necesidad puede venir dada por el establecimiento de una correlación estadística entre ambos fenómenos, complementada con requisitos adicionales. Desde luego, existe una posición crítica que argumenta que hacer esto supone convertir los delitos de lesión en delitos de peligro. Sin embargo, esta opinión mezcla dos planos distintos.[96] Por un lado, el de las relaciones entre hechos a los efectos de las ciencias teórico-experimentales, que pretenden la explicación y la predicción de fenómenos. Por otro lado, el de las relaciones requeridas a los efectos de las ciencias sociales-prácticas, que pretenden establecer nexos significativos de comprensión. Pues bien, las reglas de imputación objetiva de un resultado a una conducta en términos de unidad de sentido pertenecen a este segundo plano. En él, la discusión debe versar sobre la suficiencia significativa del contenido de una determinada regla jurídico-dogmática de imputación del resultado.

2.5.2.2.2.2. Los términos del debate

Lo que se acaba de señalar permite poner de relieve dónde radica realmente **61**
el problema. En efecto, como se ha mostrado, una opinión doctrinal entiende que en estos casos (i) el objeto de la prueba es la relación de causación entendida como relación conforme a leyes de necesidad científica entre conducta y resultado; y (ii) que la concurrencia de aquella tiene que probarse más allá de toda duda razonable. Entonces, si los peritos no la pueden aportar o bien existen dudas en la comunidad científica al respecto, el juez tampoco puede considerar probada la relación de sentido entre el factor «f» y el resultado «r». En consecuencia, tiene que absolver del supuesto delito consumado con base en el principio *in dubio pro reo*.[97] Ahora bien, esta concepción presupone lo que tiene que justificar, es decir, que en la base de los tipos existen relaciones empíricas establecidas conforme a leyes de necesidad. Expresado de otro modo, entiende la relación típica como una relación empírica de contenido muy concreto, cuando es precisamente la exigencia de ese presupuesto lo que tiene que argumentar.[98]

Por su parte, otra opinión considera asimismo que (i) el objeto de la prueba **62**
es la relación de causación concreta entre conducta y resultado; pero que (ii) para su prueba no tiene por qué recurrirse a una ley de necesidad científica. Por el contrario, entiende que, al respecto, basta con que la prueba practicada en el juicio esté en condiciones de producir en el juez una certeza práctica, cuyos estándares son distintos de los que necesita un científico para formular una ley general. En efecto, tal certeza normativo-práctica se considera suficiente para la imputación.[99] Este fue el criterio acogido por el Tribunal

---

[96] *K. Günther*, KritV 1997, 214.

[97] *Paredes/Rodríguez* (1995); *Paredes Castañón*, RDPC 5 (2000), 87 ss.; *el mismo* (2011), 434.

[98] *Hoyer*, GA 1996, 165.

[99] *Köhler*, AT, 1997, 142.

Supremo español en el caso de la colza y es asimismo sostenido por un sector de la doctrina.[100] Como se advierte, esta segunda posición acepta que a los tipos les subyacen relaciones empíricas de determinación necesaria. Ahora bien, desplaza el núcleo del problema fuera del Derecho penal sustantivo. Una vez ubicado aquel en el ámbito procesal, lo convierte en una cuestión de suficiencia probatoria.

2.5.2.2.2.3. Una posible conclusión

63 En realidad, hay que insistir en que una relación entre conducta y resultado que no se ajuste a leyes de determinación necesaria puede ser suficiente a los efectos de establecer el nexo jurídico-significativo que es propio de la consumación. Para advertirlo basta con reiterar que existen muchos casos —en ámbitos de entrada no sometidos a una ley de necesidad— en los que se aprecia de modo generalmente aceptado una consumación delictiva sin relación siquiera de determinación.[101] Por ejemplo, en los casos de influencia motivacional, en los que se produce la incidencia de una persona sobre otra —por tanto, con una intermediación de la libertad—. Así sucede entre la conducta de engaño, el error y el resultado de perjuicio en los delitos de estafa; o entre la oferta del incentivo y la decisión desleal en los delitos de corrupción; o, de modo general, entre la inducción y la decisión delictiva. Un amplio sector doctrinal alude aquí impropiamente a la existencia de una relación de «causalidad» psíquica. Sin embargo, como se ha indicado, no se la debe calificar de causalidad, puesto que en ella se trata de la incidencia de razones y otros móviles.[102] Si se admite que hay que distinguir entre causas y razones para la acción, carece de sentido designar del mismo modo lo uno y lo otro. Además, en estos casos no solo se dan razones, sino que en ocasiones se provocan estados emocionales.[103]

64 Desde luego, el vínculo exigible no es de necesidad, ni siquiera de determinación. Por el contrario, lo relevante es que esa relación contribuya a conformar la base extrapenal que se tiene por suficiente —el indicador— para aplicar una regla jurídica de comprensión —de unidad de sentido—. Así, por ejemplo, en los casos de la (mal) denominada causalidad psíquica la relación normativo-adscriptiva de unidad de sentido se construye con base en indicadores motivacionales. Y lo mismo sucede en otros ámbitos que se rigen por relaciones convencionales o prudenciales entre conducta y resultado. Por tanto, no es claro por qué en ámbitos en los que se parte de la (supuesta) existencia de una ley de necesidad las cosas deberían ser de otro modo.

---

[100] Así, *Kuhlen* (1989), 69 ss.

[101] Ya *Puppe*, ZStW 95 (1983), 295-300; *Frisch*, FS Gössel, 2002, 67.

[102] *Koriath* (2007), 135-136, 144; *Flor* (2020), 205 ss.; *Frister*, FS Sancinetti, 2020, 374-375.

[103] *Bernsmann*, ARSP 1982, 536 ss.; *Roxin*, FS Achenbach, 2011, 421 ss.; *Renzikowski*, FS Puppe, 2011, 201 ss.

Un argumento a favor de la distinción de tal duplicidad de ámbitos es que 65
quien se conforma con relaciones de probabilidad en un sector que se considera determinado por leyes de necesidad está cargando su inseguridad al sujeto acusado y vulnerando el principio *in dubio pro reo*.[104] Por ello, un sector doctrinal propone limitar la aceptación de indicadores de mera probabilidad a los ámbitos regidos por una correlación estadística, en los que de entrada no es posible salir de dudas.[105] En cambio, en los ámbitos en los que se entiende que existe una auténtica determinación —es decir, una relación de necesidad— entonces sostiene que su constatación debería ser exigida como base del juicio de imputación objetiva. Sin embargo, son muchos los ámbitos en los que se supone que existen leyes de necesidad, pero reina incertidumbre fáctica. Además, la determinación de esos espacios de certeza legal-experimental resulta enormemente compleja. En realidad, en tiempos en los que las propias ciencias experimentales, lejos de las pretensiones de certeza de los siglos XVIII-XIX, han admitido modelos probabilísticos, resulta incongruente la voluntad de cierta doctrina jurídico-penal de alcanzar «seguridad científica». Sobre todo, porque el Derecho se mueve en el mundo de la filosofía práctica, en el que lo común es atribuir responsabilidad en contextos de incertidumbre.

2.5.2.3. El método de aproximación a los casos

2.5.2.3.1. Los tres requisitos de la regla de adscripción de sentido

2.5.2.3.1.1. Planteamiento

El juicio jurídico de imputación objetiva del resultado puede tomar como 66
primer indicador empírico una regularidad determinista no regida por un criterio de necesidad. A tal efecto, un sector de la doctrina esgrime los que denomina conceptos «probabilístico» o «estadístico» de causalidad.[106] Ciertamente, con ello pretende aludir a un supuesto vínculo de causalidad que habría que entender en términos no experimentales, sino profanos o sociales. Sin embargo, esa relación, que tiene una estructura distinta, no debe denominarse causalidad,[107] sino sencillamente «correlación estadística». Con todo, más allá de discusiones bizantinas, lo importante no es el nombre. Lo relevante es especificar los elementos fácticos que, en estos casos, conforman los indicadores de una relación de imputación objetiva del resultado a la conducta en términos razonablemente garantistas.

Pues bien, el primero de ellos (i) es que conste una correlación estadística 67
entre la clase de factores «F» y la clase de resultados «R». El segundo (ii), que

---

[104] *Puppe*, ZStW 92 (1980), 902-903; *la misma*, ZStW 95 (1983), 302.

[105] *Puppe* (2003), 81, que denomina «espacios de indeterminación» a aquellos ámbitos en los que no existe una determinación en términos de necesidad.

[106] *Rolinski*, FS Miyazawa, 1995, 500.

[107] Similar, *Pérez Barberá* (2006), 72.

la concurrencia del factor del grupo «F» incremente el riesgo de producción del resultado «R» frente al *statu quo* preexistente —produciendo un efecto de intensificación—; y el tercero (iii), que además puedan excluirse razonablemente explicaciones causales alternativas —dando lugar a un efecto de asunción—.[108] Ciertamente, estos elementos, que permiten establecer una relación cualificada de probabilidad entre conducta y resultado, deben ser objeto de prueba más allá de toda duda razonable.[109] En realidad, solo así es posible eliminar relaciones aparentes de determinación,[110] que conduzcan a errores crasos como el de sostener que el hielo causa la ebriedad, porque cuanto más hielo bebe un sujeto tanto más embriagado está. Sin embargo, el problema real no es el hielo, sino el güisqui que el sujeto toma junto con el hielo. Así, una regla jurídica de adscripción razonable de sentido, en cuya virtud se pueda establecer una relación típicamente relevante entre una conducta perteneciente a la clase «F1» y un resultado perteneciente a la clase «R», es la que sigue.

2.5.2.3.1.2. La correlación estadística

68 En primer lugar, es necesario constatar una relación estadística entre la clase de «F1» y la clase de «R». Esto significa admitir que ciertamente puede haber casos de «F1 y no-R», pues para 100 casos de «F1», «R» se produce en un número más o menos elevado, que nunca es igual al 100%. Además, tampoco puede descartarse que «R» se pueda producir sin «F1» («no-F1 y R»). Por ejemplo, porque haya un factor «F2» que implique «R». Esto último, como ya se advirtió, es un problema común de las explicaciones suficientes. Ciertamente, cuanto mayor sea el porcentaje de la correlación, tanto mejor. Sin embargo, la mera correlación estadística de dos fenómenos no puede ser suficiente en ningún caso para apreciar la relación de imputación objetiva de un resultado a una conducta. Ello podría conducir a la mencionada falacia de afirmar que una realidad que sucede en el tiempo a otra de forma repetida ha sido causada por la primera —*post hoc ergo propter hoc*—. Este problema no solo se da en el caso de correlaciones muy inferiores al 100%. Por el contrario, subsiste incluso en juicios de «probabilidad rayana en la seguridad».

69 Por ejemplo, si de cada 10 mujeres gestantes que toman un medicamento, nueve dan a luz niños con malformaciones, en el caso de una mujer concreta que tomó ese medicamento y ha dado a luz un niño con malformación no es posible concluir con seguridad la relación entre lo uno y lo otro. Es más, esta conclusión vale incluso para casos en los que haya una correlación del 100%. Así, aunque, en términos estadísticos, todas las mujeres gestantes que toman un medicamento hayan dado a luz niños con malformaciones, en el caso de

[108] *Hoyer*, GA 1996, 169.

[109] Ya *Arth. Kaufmann*, FS Jescheck, I, 1985, 282-283.

[110] Similar *Hoyer*, GA 1996, 170-171.

una mujer concreta que haya ingerido ese medicamento y haya dado a luz un niño con malformación no es posible afirmar con seguridad que ello haya tenido lugar «a causa del medicamento». En efecto, la correlación anterior no significa que no haya habido o no vaya a haber nacimientos de niños con malformaciones por otras razones.

2.5.2.3.1.3. El efecto de intensificación

70 En segundo lugar, es preciso constatar que la aparición del factor «F1» ha incrementado el riesgo de «R» en comparación con un estado de cosas previo de «no-F1». Es decir, que los casos de «R» han aumentado de modo correlacionado con «F1». Por ejemplo, que en una región antes de instalarse una empresa química se producía una incidencia de una determinada patología en un 1/1.000 y ha ascendido al 10/1.000. Ahora bien, el efecto de intensificación puede consistir tanto en un incremento de la probabilidad, como en un aumento del daño o bien en una aceleración en el tiempo (*cfr. supra* capítulo 10/26). Ciertamente, el adelantamiento del momento de la producción del resultado constituye asimismo una forma de incremento del riesgo. Este efecto de adelantamiento es propio, por ejemplo, de los casos de interacción del consumo de tabaco y la exposición a un agente patógeno propio de los procesos industriales (así, en el «caso del amianto» o «asbesto»).[111]

2.5.2.3.1.4. La exclusión de explicaciones alternativas

71 En tercer lugar (iii), deben excluirse posibles explicaciones alternativas suficientes de «R», de modo que se pueda descartar que se dé un caso de «no-F1 y R», porque haya ocurrido un factor «F2», que también implique de modo suficiente «R». Así, por ejemplo, ayuda a excluir explicaciones alternativas el hecho de que, desaparecido el factor objeto de análisis, los valores regresen a sus medidas anteriores. Sin embargo, este es un apartado especialmente delicado pues, en efecto, la asunción del criterio admite diversas medidas de intensidad. En concreto, cabe exigir que las explicaciones alternativas se hayan podido excluir de modo absoluto, o bien que tal exclusión se dé en los límites de lo posible y razonable en el contexto del caso. Desde luego, la pretensión es aproximarse en la mayor medida posible al ideal: «no-F1 implica no-R». Esta es precisamente la razón de ser de la fórmula de la *condicio sine qua non*: que, eliminado el factor antecedente, desaparezca el resultado. En efecto, como se ha señalado, el recurso a esta fórmula se justificaba, sobre todo, porque la afirmación de la causalidad conllevaba la eliminación de la posibilidad de explicaciones alternativas. Es decir, afirmaba la virtualidad causal de un factor fundamentalmente por exclusión de la causalidad de todos los demás.

---

[111] *Viganò*, DPC-RT 3/2013, 384.

72 Ahora bien, el problema es su manejo en contextos de probabilidad, en los que solo se puede aspirar a establecer una relación de «dependencia contrafáctica». Ciertamente, en este punto solo cabe establecer criterios de razonabilidad y no de certeza, como se ha venido señalando de modo reiterado. Por ejemplo, para afirmar con seguridad que una transfusión de sangre mal cribada —negligentemente llevada a cabo en un hospital— ha causado la infección del VIH en una persona concreta,[112] es necesario excluir que esa infección se produjera por el consumo compartido de drogas; o por una relación sexual con personas infectadas; o incluso porque el cirujano u otro integrante del equipo médico-quirúrgico estuvieran infectados. Pues bien, como ya se adelantó, parece imposible excluir con completa certeza tales explicaciones alternativas. De manera que basta con excluirlas razonablemente. O, en otro ejemplo, para afirmar con seguridad que la enfermedad de una persona concreta se debe a la ingesta de aceite de colza desnaturalizado, es preciso excluir que tal patología fuera causada por un pesticida adherido a los tomates que esa persona consumió en ensalada junto con el mencionado aceite. De nuevo, cabe que esta explicación alternativa no se pueda excluir con certeza absoluta. Sin embargo, basta con que se pueda excluir razonablemente, teniendo en cuenta, además, las limitaciones de tiempo y de medios que son características del proceso y, en particular, del juicio oral.

73 Volviendo a los requisitos primero (i) y segundo (ii), existen todavía problemas adicionales. Estos se concretan en la exigencia de determinación de los dos siguientes extremos: (a) qué correlación mínima debe exigirse entre «F1» y «R»; y (b) cuánto incremento de la probabilidad de acaecimiento de «R» debe exigirse entre la situación previa de «no-F1» y la aparición de «F1». En cuanto a lo primero existen posiciones que sostienen que basta con una correlación baja (por ejemplo, un 1%), pues lo decisivo es la exclusión de explicaciones alternativas.[113] Sin embargo, no cabe negar que cuanto más elevada sea la correlación, el indicador adquiere una mayor fuerza y, por tanto, se hace más razonable la adscripción de sentido. En cuanto a lo segundo, hay que exigir que el factor representado por la conducta, contemplado *ex post*, incremente con claridad el riesgo preexistente de acaecimiento del resultado.

2.5.2.3.2. Otras incertidumbres adicionales

2.5.2.3.2.1. Los casos de sinergias

74 Sobre la base de lo anterior, pero incluso al margen de las cuestiones planteadas, deben considerarse dos grupos de supuestos especialmente problemáticos. Estos son (i) los de indeterminación del factor concretamente causante; y (ii) los de indeterminación del resultado concretamente causado. El primero se

[112] STS de 18 de noviembre de 1991.

[113] Así, la sentencia de la *Corte di Cassazione* italiana de 10 de julio de 2001, en el denominado «caso Franzese», comentado por *Fornasari/Corn* (2011), 717 ss.

suscita en el marco general de la interacción de varios focos de riesgo procedentes de diversos sujetos activos —en general, diversas empresas—. Por ejemplo, cuando se trata de la imputación de resultados lesivos derivados de la contaminación del aire o de las aguas y resulta que su toxicidad es el resultado de la concurrencia de las emisiones o los vertidos de diversos establecimientos industriales.[114] Sin embargo, como ya se adelantó, el problema también puede suscitarse en los casos de interacción de focos de riesgo correspondientes a uno o varios sujetos activos y, además, al propio sujeto pasivo. Por ejemplo, la imputación de resultados lesivos del sistema respiratorio en contextos de toxicidad laboral y de simultáneo consumo de tabaco por parte de un trabajador. En efecto, algunos de los casos más difíciles se producen a propósito de la pretensión de imputar lesiones o muertes de trabajadores producidas tras un largo tiempo de exposición a fuentes de toxicidad industrial.[115]

En este punto, no puede hablarse de que exista una explicación alternativa **75**
suficiente cuando lo único que da razón de la producción del resultado es la combinación (la acumulación) del factor «F1» y del factor «F2». Por eso, es débil el argumento que pretende apelar al consumo de tabaco por parte de un trabajador para excluir la incidencia de un tóxico industrial —por ejemplo, el amianto o asbesto— en su fallecimiento. En efecto, la cuestión es si el consumo de tabaco da razón exclusiva del resultado, en su dimensión cuantitativa y temporal completa. Pues bien, para evaluar esto es necesario considerar cuáles son los factores que han incrementado la probabilidad de producción de la lesión, que la han adelantado en el tiempo o han intensificado su magnitud. Si ninguna explicación alternativa es suficiente, entonces hay que afrontar la posibilidad de que sea necesaria una explicación combinada. Esta noción reconduce la producción del resultado a la concurrencia de causas procedentes de agentes lesivos distintos. En efecto, una vez apreciada tal «concurrencia de riesgos» —de varios sujetos activos o de estos últimos y el propio sujeto pasivo— aquella tiene que ser analizada desde perspectivas estrictamente jurídicas de imputación objetiva. Pues bien, en este punto el criterio de imputación debe basarse en si la conducta objeto de examen dio lugar a una «pérdida de oportunidades» para el sujeto pasivo.[116]

2.5.2.3.2.2. Los casos de imposibilidad de identificación de las víctimas concretas

El segundo grupo de supuestos problemáticos de toxicidad viene dado por **76**
la imposibilidad de determinar *ex post* si un resultado lesivo concreto —el fallecimiento de un trabajador en particular— se debe al factor patológico

---

[114] En inglés: «*toxic cases*».

[115] *Bartoli* (2010), 76 ss.

[116] En los términos de la doctrina civilista francesa, ampliamente difundida, de la «*perte de chance*» o «*loss of opportunity*».

objeto de examen o no. En efecto, en estos casos se puede establecer: (i) la correlación estadística, en el porcentaje que sea, entre la aparición del factor patológico y de los resultados letales —esto es, su capacidad lesiva general—; y (ii) asimismo, el efecto de intensificación que ha producido la aparición del factor patológico sobre los porcentajes de morbilidad preexistentes en la misma población estadística —esto es, su efecto de incremento del riesgo *ex ante*—. Sin embargo, aun así, no se puede determinar si el factor en cuestión —por ejemplo, el amianto en la salud de múltiples trabajadores de una empresa—, ha tenido incidencia en la muerte de una persona concreta.[117]

III. LA «REALIZACIÓN DEL RIESGO EN EL RESULTADO» EN LOS DELITOS DE COMISIÓN ACTIVA (2): EL PLANO JURÍDICO

1. GENERALIDADES

1.1. Lo lógico-empírico y lo significativo-jurídico

77 Una vez constatada una relación de dependencia entre una conducta y un resultado, debe establecerse la relación jurídica concreta entre la conducta, en tanto que desaprobada, y el resultado en tanto que desvalorado. Ahora bien, la determinación de este vínculo no es ajena al significado que se le atribuya al resultado en la sistemática del hecho punible. En efecto, cabe entender que la producción del resultado es un factor de incremento del merecimiento de pena, al que debe hacerse frente en términos de justicia conmutativa. Sin embargo, también es posible pensar que el resultado es un factor cuya ausencia determina una ausencia de equidad o de necesidad en la imposición de la pena merecida —desde perspectivas políticas de justicia distributiva—. La acogida de lo uno o de lo otro influye en el modo en que debe articularse el juicio sobre la realización del riesgo en el resultado.

1.2. Una panorámica de los criterios doctrinales

78 En general, los criterios acogidos por la doctrina y la jurisprudencia recurren a juicios hipotéticos. Así proceden las doctrinas del comportamiento alternativo conforme a Derecho y, en cierto modo, la doctrina del incremento del riesgo *ex post*. En efecto, también esta última compara el mundo real con un mundo hipotético en el que el agente hubiera obrado correctamente.

---

[117] En este contexto, la doctrina se divide. Así, un sector propone recurrir a la denominada «determinación alternativa». Así, procede a imputar al factor patógeno «F1» un número de muertes «R», en el contexto de un grupo poblacional y durante un tiempo determinado. Ciertamente, no puede individualizar, de todos los trabajadores o consumidores fallecidos en ese marco espaciotemporal, cuál es la identidad concreta de los que fallecieron debido, en todo o en parte, al producto en cuestión. Sin embargo, sí puede sostener unas identidades alternativas. Sea como fuere, la solución es discutida. Al respecto, *Masera* (2007); *el mismo*, DPC-RT 3-4/2014, 355 ss.; *Zirulia* (2018).

La diferencia radica en que, mientras la primera desplaza todos los efectos de la inseguridad a la posición acusadora, la segunda maneja un juicio de probabilidad que resulta más equitativo para las pretensiones de las partes. En cambio, un criterio claramente no hipotético es el proporcionado por la doctrina teleológico-normativa del fin de protección de la norma.

2. LAS DOCTRINAS DEL COMPORTAMIENTO ALTERNATIVO CONFORME A DERECHO

2.1. Distinciones

2.1.1. El pensamiento en alternativas

79 Los criterios relativos a la relevancia de los comportamientos alternativos conformes a Derecho afrontan el problema de la imputación del resultado a la conducta mediante un método muy asentado en el lenguaje ordinario de la responsabilidad. Este es el del pensamiento en alternativas.[118] En efecto, cuando se imputa responsabilidad en la vida ordinaria se recurre con frecuencia a enunciados condicionales irreales, formulados en el tiempo verbal pluscuamperfecto de subjuntivo. Así, se imputa a alguien una consecuencia «r» de su conducta «f», porque «si hubiera hecho no-f, no se habría producido r». Por ejemplo, se imputa al estudiante la mala calificación obtenida, arguyendo que, si hubiera estudiado en lugar de salir de fiesta, habría superado el examen. Como se advierte, de este modo se establece un vínculo entre fenómenos con base en lo que habría sucedido en un mundo hipotético, alternativo. Por lo tanto, este método es contrafáctico, igual que también lo es —según ya se ha indicado— la propia fórmula de la *condicio sine qua non*. Sin embargo, se distingue de ella en que para el vínculo que ahora se trata de establecer no se elimina mentalmente —sin más— la conducta del sujeto. En efecto, se la elimina en tanto que «desaprobada», procediendo a añadir mentalmente una conducta del propio agente, alternativa a la realizada.[119] En concreto, una conducta lícita, que constituye normalmente un riesgo permitido.[120]

2.1.2. La relevancia de los cursos causales hipotéticos

2.1.2.1. Generalidades

80 Esto último permite distinguir la doctrina del comportamiento alternativo de aquellas posiciones doctrinales que sostienen que las causas sustitutivas —los cursos causales hipotéticos— deben tener relevancia jurídico-penal.[121]

---

[118] *Rödig* (1969), 25 ss., 110 ss.

[119] *Frisch* (1988), 567.

[120] *Haas*, GA 2015, 92; *Kindhäuser*, JRE 27 (2019), 398. Críticos, *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 7/75 c); *Feijóo Sánchez* (2001), 127 ss.

[121] Al respecto, *Summerer* (2013), 119 ss.; *Bolea Bardon* (2020).

Ciertamente, estas últimas consideran la repercusión que ha de tener —en la imputación del resultado a la conducta del agente— el dato de que ese resultado se habría producido de todos modos, por la incidencia hipotética de otros cursos causales humanos o naturales distintos del propio agente.[122] Pues bien, la doctrina mayoritaria rechaza que los cursos hipotéticos tengan relevancia alguna.[123] Sin embargo, es cierto que autores relevantes han sostenido lo contrario. Ahora bien, unos lo han hecho adoptando una perspectiva *ex post*, mientras que otros han recurrido a la perspectiva *ex ante*.

2.1.2.2. La argumentación ex post

81 Adoptando la perspectiva *ex post*, un sector doctrinal ha propuesto distintas soluciones para los casos de cursos causales hipotéticos, en función de si el delito del agente es doloso o imprudente.[124] Así, para el hecho doloso, se sostiene que con base en aquellos cabe excluir la penalidad del delito consumado, aunque no la de la tentativa. Por lo que hace a los delitos imprudentes, la misma línea argumental sostiene la absolución. Con todo, y como propuesta de consenso, se sostiene que en todo caso procedería atenuar la pena, con base en la apreciación de un menor «desvalor del resultado»,[125] e incluso del menor desvalor de la acción (*cfr. infra* capítulo 28/68). A este respecto, el argumento ofrecido es que, si un bien jurídico se encuentra irremediablemente abocado a la lesión, en el momento en el que actúa el agente ya «vale menos». Así pues, la pena imponible al sujeto debe ser inferior. Por ejemplo, quien dispara a un jarrón que está cayendo desde la terraza de un edificio, rompiéndolo antes de que se estrelle contra el suelo, no debe responder igual que si lo rompe cuando el jarrón no estaba ya en riesgo de romperse. O, por poner otro ejemplo, el padre de la víctima que ejecuta con sus propias manos al asesino, segundos antes de que lo haga el verdugo —o incluso haciéndose pasar por el verdugo, encapuchado, en el mismo momento en que correspondería ejecutar al asesino—, no debe responder igual que en los casos comunes de matar a otro.

82 Pues bien, desde luego, este criterio puede ser tenido en cuenta a propósito de las afectaciones de los bienes patrimoniales. En efecto, un activo económico en peligro de devaluación —por los riesgos que se ciernen sobre él— tiene efectivamente menos valor de mercado, o a efectos de seguro. Sin embargo, el argumento no puede ser acogido a propósito de bienes personales. Así, por ejemplo, matar a un sujeto agonizante no puede dar lugar a un menor «desvalor del resultado».[126] En el Derecho penal, a diferencia del Derecho

---

[122] *Samson* (1972), 86 ss.

[123] Críticos *Samson* (1972), 18-19, 33; *Sancinetti* (2022), 210 ss.

[124] *Arth. Kaufmann*, FS E. Schmidt, 1961, 223 ss.; *Wolff* (1965), 21 ss. Crítico *Roxin*, ZStW 74 (1962), 427.

[125] *Arth. Kaufmann*, FS E. Schmidt, 1961, 225 ss.; *Spendel* (2004), 185 ss., a propósito del «caso de los psiquiatras» durante el nacionalsocialismo; *el mismo* (2004), 191 ss.

[126] *Samson* (1972), 35 ss.

civil de daños, el resultado no es un daño indemnizable, sino que expresa si el injusto de la conducta, fundamento del merecimiento de pena, debe ser objeto de sanción o ello no procede por razones de equidad.[127] Pues bien, el resultado producido, aun en el caso de la posible incidencia de cursos causales hipotéticos, es suficiente para cumplir con esa función. Sin embargo, ello ciertamente no excluye la posibilidad de alguna clase de atenuación debida a una menor necesidad de pena o a la inequidad de imponer toda la pena.

2.1.2.3. La argumentación ex ante

Otro sector doctrinal argumenta desde un punto de vista distinto. En 83
concreto, desde la perspectiva *ex ante* de la teoría de las normas de conducta. Así, señala que estas no pueden prohibir conductas que *ex ante* no conducen a un empeoramiento de la situación del bien jurídico.[128] Pues bien, este argumento es el verdaderamente sólido. Sin embargo, solo es aplicable a supuestos muy concretos. En efecto, estos son aquellos en los que la conducta del sujeto activo, desde una perspectiva intersubjetiva *ex ante*, no es idónea para adelantar, ni para intensificar, ni para hacer más probable la producción del resultado.[129] Si concurren estos tres requisitos en la conducta del agente, esta última no puede ser prohibida. En cambio, si *ex ante* se da idoneidad para el empeoramiento de la situación del bien jurídico, pero *ex post* se advierte que no ha existido empeoramiento alguno, lo que concurre es una tentativa inidónea.

2.2. La doctrina de la evitabilidad

2.2.1. Planteamiento

La doctrina de la evitabilidad considera exclusivamente el hecho hipotético 84
de si el resultado habría sido producido también en el caso de que el sujeto hubiera realizado una conducta conforme a Derecho, integrada en el mismo ámbito de comportamiento.[130] Por tanto, para decidir sobre la imputación de un resultado lesivo a un comportamiento desaprobado, procede a eliminar mentalmente el comportamiento desaprobado y a sustituirlo por un comportamiento alternativo adecuado a Derecho del mismo autor. Entonces, si en tal escenario desaparece el resultado, concluye que existe un nexo penalmente relevante entre la conducta y el mencionado resultado. La doctrina clásica de los delitos imprudentes denominó a este vínculo «relación de infracción

---

[127] *Bolea Bardon* (2020), 49 ss.

[128] *Samson* (1972), 100 ss., 108, 116; *Sancinetti*, LH Gimbernat Ordeig, II, 2008, 1579 ss.; *el mismo* (2022), 254 ss., 512 ss. Crítico, *Haas*, GA 2015, 90-91.

[129] *Sancinetti* (2022), 260.

[130] *Rödig* (1969), 114 ss.; *Köhler*, AT, 1997, 147; *Schaffer*, LTh 16 (2010), 279; *Kindhäuser*, FS Kargl, 2015, 129 ss.

del deber».[131] Por el contrario, si el juicio hipotético pone de relieve que, aun habiéndose realizado el comportamiento correcto, no desaparecería el resultado, entonces debe negarse la concurrencia de un vínculo entre conducta y resultado.[132] Como se advierte, la idea central de este planteamiento es que lo decisivo para el Derecho penal no es si un comportamiento desaprobado ha causado un resultado lesivo. Lo determinante es si el sujeto, en su situación concreta de acción, habría podido evitar ese resultado lesivo comportándose de acuerdo con las normas jurídicas. Así descrita, esta posición es mayoritaria en la doctrina.[133]

85 El pensamiento en alternativas conduce a entrar en un mundo posible. Ahora bien, la entrada en los mundos posibles no se produce en los términos de los códigos binarios (0/1). En efecto, introducida mentalmente la hipótesis de un comportamiento correcto del sujeto, no siempre es posible determinar si el resultado lesivo se habría producido o no. Por el contrario, en la mayoría de los casos, no se sabe con seguridad ni lo uno ni lo otro. Pues bien, la variante estricta de la doctrina del comportamiento alternativo conforme a Derecho concluye que solo procede la imputación del resultado a la conducta del sujeto en los casos en los que se sepa con seguridad que el comportamiento alternativo lícito de aquel lo habría evitado. En cambio, otras variantes del modelo se conforman para la imputación del resultado con que la evitabilidad se dé con una probabilidad rayana en la certeza. Incluso una variante antigua —ciertamente, abandonada— lo formulaba al revés. Así, exigía para excluir la imputación objetiva precisamente que el acusado probara que, de haber llevado a cabo el comportamiento alternativo, el resultado también se habría producido.

2.2.2. *La discusión sobre la vigencia del principio* in dubio pro reo

86 Los partidarios de la doctrina de la evitabilidad oponen a las demás posiciones que la imputación de un resultado sobre cuya evitabilidad individual se duda vulnera el principio *in dubio pro reo*.[134] Algo que, por cierto, podría esgrimirse también contra la mencionada variante abandonada de la misma doctrina.[135] El argumento del principio *in dubio pro reo* pretende afirmar, críticamente, que nos hallamos ante una cuestión de rango constitucional, de modo que las demás posiciones no se pueden sostener. Sin embargo, no resulta convincente.[136] En efecto, el vínculo que pretende establecer la doctrina de la evitabilidad entre la conducta desaprobada y el resultado lesivo no es una relación fáctica —descriptiva—, sino precisamente normativa, adscriptiva de sentido.

---

[131] En alemán, «*Pflichtwidrigkeitszusammenhang*».

[132] *Münzberg* (1966), 109-112; *Kahrs* (1968), 36-37.

[133] *Bolea Bardon* (2020), 77; crítica, *Pantaleón Díaz* (2022), 279 ss., 296-297.

[134] *Kindhäuser* (2007), 123-124. Ya, *Arth. Kaufmann*, FS E. Schmidt, 1961, 217-218. Crítico, *Gimbernat Ordeig* (2017); *el mismo*, LH Morillas Cueva, 2018, 273 ss.

[135] *Bolea Bardon* (2020), 75-76.

[136] *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 2015, 61-62.

A este respecto, no debe olvidarse que en el mundo real: (i) el agente ha creado un riesgo penalmente desaprobado; (ii) se ha producido el resultado; y (iii) existe relación de causalidad entre este último y aquel. Por lo tanto, el nexo adicional entre conducta y resultado sobre el que ahora se discute es de naturaleza jurídico-dogmática. Ahora bien, así las cosas, no constituye una *quaestio facti*, sino una *questio iuris*, sobre la que cabe discutir en el marco de la Constitución. Ciertamente, en las cuestiones jurídicas no rige ni la presunción de inocencia ni, en concreto, el principio *in dubio pro reo*. En su caso, el criterio que podría adoptarse sería el que deriva del principio *in dubio pro libertate* o *in dubio mitior*. Sin embargo, este no tiene el mismo efecto vinculante que ejerce el principio de la duda en cuanto a la prueba de los hechos (*cfr. supra* capítulo 6/60). Sencillamente, constituye un argumento jurídico que puede desvirtuarse con base en razones de signo opuesto.[137] 87

Ciertamente hay casos en los que es posible concluir con seguridad o probabilidad rayana en la seguridad que el resultado se habría producido igualmente con un comportamiento conforme a Derecho del agente. Pues bien, con respecto a ellos existe amplio consenso en que no debe establecerse un nexo jurídico de sentido entre conducta desaprobada y resultado. Sin embargo, son muchos los casos en los que a un comportamiento conforme a Derecho se le asigna una probabilidad inferior al 100%, pero igual o mayor que el 1%, de evitación del resultado. Con respecto a todos ellos puede debatirse la exclusión de la imputación de este último a la conducta del agente. De hecho, incluso partiendo de la propia noción de evitabilidad, cabe construir la imputación del resultado a la conducta en todos aquellos casos en los que el comportamiento conforme a Derecho habría abierto posibilidades objetivas de evitación.[138] Las diferencias que existen en este punto entre las versiones rígidas y flexibles de las doctrinas de la evitabilidad lo ponen de manifiesto. 88

2.2.3. Los problemas de aplicación en los casos de riesgo permitido

La doctrina del comportamiento alternativo puede contemplarse como una teoría de la causalidad del comportamiento desaprobado, es decir, como un concepto jurídico de causalidad. Conforme a ella, una conducta es causal de un resultado cuando una alternativa a ella es incompatible con tal resultado. Expresado de otro modo, a una conducta solo se le imputa jurídicamente el resultado, si la alternativa conforme a Derecho habría evitado el resultado. Ahora bien, la mayor parte de los casos a los que se pretende aplicar tal criterio constituyen supuestos en los que el agente se mueve en un espacio de riesgo permitido (*cfr. supra* capítulo 10/85 ss.). En efecto, el punto de partida de estos casos es que el sujeto activo realiza una conducta que incumple alguna de las condiciones de permisión del riesgo y, de ese modo, causa el resultado. 89

---

[137] STC 18/2021, de 15 de febrero («caso Madrid Arena»).

[138] *Kahrs* (1968), 64.

Sin embargo, precisamente en estos casos la fórmula del comportamiento alternativo plantea problemas insalvables.

90 En efecto, la institucionalización de la figura jurídico-pública del riesgo permitido no se justifica por la evitación del resultado en todos los casos. Por el contrario, lo que pretende es asegurar espacios de libertad de acción *ex ante,* consiguiendo a la vez una disminución de los riesgos que se darían si la actividad se permitiera sin límites. El mecanismo de esta disminución viene dado por las «condiciones» de la permisión. Por eso, el riesgo permitido es siempre «riesgo permitido condicionado». Además, cabe la posibilidad de que las disposiciones administrativas que determinan el espacio de riesgo permitido hayan quedado obsoletas. De este modo, aumenta la probabilidad de que un comportamiento que cumpla tales condiciones también dé lugar a la producción del resultado lesivo. En este último caso, el problema no radica en la esencia del riesgo permitido, sino en que existan conductas que, por la pasividad de las autoridades administrativas, están indebidamente permitidas conforme al propio criterio valorativo de esa autoridad.[139]

91 Así las cosas, la lógica de la doctrina del comportamiento alternativo conduce a que nunca se pueda imputar el resultado a quien realiza una conducta imprudente, por vulnerar las condiciones de permisión del riesgo. En efecto, jamás cabe excluir por completo que el comportamiento permitido —peligroso, pues es un riesgo— también hubiera dado lugar a la producción del resultado.[140] La institución del riesgo permitido no se basa en si el resultado era previsible y evitable para el agente. Por el contrario, lo determinante en ella es si la producción de ese resultado previsible y evitable en todo caso —absteniéndose de la actividad peligrosa— puede ser imputada a la conducta imprudente del agente. Así pues, el criterio es que el ordenamiento jurídico asume la producción estadística de resultados lesivos como efecto colateral de la realización de conductas provechosas, siempre que estas últimas se lleven a cabo con las condiciones establecidas. Y, en consecuencia, debe imputar el resultado a quien lo causa habiendo incumplido las condiciones de permisión del riesgo.

92 Así sucede en los tres famosos casos jurisprudenciales alemanes: el «caso del pelo de cabra»,[141] el «caso de la novocaína»[142] y el «caso del ciclista (o del camionero)».[143] En efecto, en cualquiera de ellos resulta imposible sostener un criterio

---

[139] *Silva Sánchez* (2022), 117 ss.

[140] *Gimbernat Ordeig* (2017); *el mismo,* LH Morillas Cueva, 2018, 282.

[141] Un fabricante de pinceles importó de China pelo de cabra, pero el pelo de cabra chino tenía riesgo de infección por carbunco. En consecuencia, la permisión de su manejo estaba condicionada a un proceso de desinfección. El empresario lo incumplió y algunas de sus trabajadoras fallecieron como consecuencia de su manipulación.

[142] Un dentista utilizó como anestésico, en lugar de la novocaína —que era el permitido—, cocaína. El paciente falleció. *Ex post* se acreditó que también habría muerto si se hubiera utilizado el anestésico permitido.

[143] Un camionero adelantó a un ciclista sin respetar la separación lateral de seguridad. Durante el adelantamiento, el ciclista giró a la izquierda y cayó bajo las ruedas traseras del camión. *Ex post* se

de imputación basado en la evitabilidad del resultado. Ciertamente, ni la fabricación de pinceles con pelo posiblemente contaminado cumpliendo las reglas administrativas de desinfección, ni la extracción de piezas dentales aplicando la novocaína como anestésico, ni el adelantamiento de ciclistas respetando la separación lateral de un metro y medio, están en condiciones de garantizar que no tendrá lugar la producción de resultados lesivos. Simplemente, su seguimiento produce una reducción de la peligrosidad de la conducta. Ahora bien, esta posibilidad disminuida de producir el resultado como efecto colateral se asume por el sistema jurídico, siempre y cuando se cumplan las condiciones de la permisión del riesgo. Por ello, la producción del resultado no puede utilizarse como argumento para dejar sin consecuencias el incumplimiento de dichas condiciones.[144] Por lo demás, la aplicación consecuente del principio de evitabilidad en supuestos de causalidad sustitutiva, de causalidad cumulativa y de causalidad múltiple conduce a una solución indeseable. A saber, que todo aquel que haya aportado una de las diversas condiciones mínimas suficientes concurrentes quede exento de responsabilidad mediante el argumento de que otro ha aportado una condición semejante. En fin, esta doctrina tampoco es viable en todos aquellos casos en los que concurran infracciones del deber de cuidado de varios sujetos, de modo que cada una de estas pueda reputarse suficiente para explicar el resultado.[145]

2.2.4. La evitabilidad como «evitabilidad individual»

93 Por lo demás, la doctrina expuesta pone el acento en la evitabilidad «individual» del resultado.[146] Ahora bien, esto conlleva adicionalmente una toma de posición sobre la ubicación sistemática del juicio que se lleva a cabo. En efecto, para un sector de los defensores de esta doctrina, tal juicio no se refiere a la realización del tipo objetivo del delito —para el que lo único que se reputa relevante es una causalidad jurídica—, sino de la imputación subjetiva del resultado a la imprudencia personal del agente. En definitiva, esta variante de la teoría de la evitabilidad se mueve al margen de la doctrina de la imputación objetiva del resultado, partiendo precisamente de una toma de posición crítica frente a ella.

2.3. La doctrina de la causalidad de la infracción del deber

94 La doctrina de la causalidad de la infracción del deber discrepa del método hipotético de la doctrina del comportamiento alternativo. Frente a ello, sostiene que es preciso reproducir aquí el razonamiento realizado ya en el plano de la causalidad. La diferencia viene dada por el hecho de que ahora se trata

---

comprueba que el ciclista, que iba bebido, habría caído bajo las ruedas, aunque el camionero hubiera respetado la separación requerida.

144 En esta línea, *Martínez Escamilla*, LH Roxin, 1994, 103 ss.; *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 2015, 31.

145 *Puppe* (2003), 109, 127.

146 *Kahrs* (1968), 26-27; *Kindhäuser*, JRE 27 (2019), 383 ss.

de referir el examen causal no a la conducta del sujeto, sino a su propiedad de constituir un riesgo penalmente desaprobado —de infringir el deber de cuidado—. Para ello, debe partirse de la conformación de una explicación suficiente del resultado. A continuación, debe determinarse si el riesgo desaprobado —la infracción del deber de cuidado— constituye un componente necesario de esa explicación suficiente del resultado en los términos de la doctrina de la condición NESS. Si, eliminada de dicha explicación la infracción del deber del sujeto, no se tiene una explicación suficiente del resultado producido, entonces se dan las razones para imputar objetivamente dicho resultado a la conducta desaprobada.[147]

95 Para la doctrina de la causalidad de la infracción del deber, este análisis constituye una aplicación más del método causal. En efecto, se entiende que este último resulta mucho más seguro y simple que las consideraciones normativistas abundantes en la doctrina de la imputación objetiva. Estas, a su vez, son tachadas de tópicos sin capacidad sistematizadora.[148] Sin embargo, es discutible que el razonamiento que esgrime tenga naturaleza empírica puesto que una infracción de deber no es causa en tal sentido. Ciertamente, puede establecer un vínculo lógico entre la infracción del deber y la explicación (no empírica) del resultado, de modo que sea una razón de peso para su imputación a la conducta. No obstante, el nexo que se establece entre conducta y resultado, bajo la denominación de causalidad, es jurídico, de comprensión o de sentido.[149]

96 La doctrina de la causalidad de la infracción de un deber alcanza resultados generalmente coincidentes con los que proporcionan las tesis del incremento del riesgo en combinación con el criterio del fin de protección de la norma, que se expondrán a continuación. Sin embargo, no coincide siempre. En concreto, las divergencias tienen lugar fundamentalmente en los casos de resultados secundarios a la actuación desaprobada del agente, producidos en última instancia por la intervención de otro. En efecto, para responder a la pregunta de si estos resultados deben imputarse al primer agente o no, el criterio que se propone es el de la continuidad o discontinuidad del resultado con respecto al riesgo generado inicialmente.[150] Sin embargo, este criterio genera dudas en muchos casos. En concreto, en todos aquellos en los que el primer agente genera un riesgo que redunda en la necesaria exposición de la víctima a un segundo riesgo, que luego se realiza en el resultado. Por ejemplo, «A» dispara dolosamente sobre «V», que, malherido, es trasladado al hospital, en el que sigue convaleciente. Entonces se desencadena un incendio en el hospital, del que «V» no se libra por la dificultad de movimientos propia de la convalecencia.

---

[147] *Puppe*, InDret 1/2021, 597.

[148] *Puppe*, InDret 1/2021, 591.

[149] En realidad, se aproxima a los argumentos angloamericanos que pertenecen a la doctrina de la denominada «*proximate causation*» —en el marco de la «*causation in the law*»—.

[150] *Puppe*, InDret 1/2021, 601.

Para esta opinión, el resultado debe imputarse objetivamente a la conducta de «A» por la continuidad del estado de cosas ilícito o, expresado de otro modo, porque todavía no se ha estabilizado el riesgo ilícito creado por «A».

2.4. La doctrina del incremento del riesgo *ex post*

2.4.1. Generalidades

97 La doctrina del comportamiento alternativo agudiza los problemas de prevención que ya suscita la regulación legal de los delitos imprudentes de resultado. En efecto, a partir de tal construcción, el agente recibe el siguiente mensaje: no actúes descuidadamente; pero, aunque lo hagas, si no se produce el resultado no serás castigado. Sin embargo, el sujeto que obra imprudentemente —con culpa consciente— se caracteriza precisamente por confiar en que no producirá el resultado. Por tanto, la estructura típica de los delitos imprudentes de resultado no incentiva de modo suficiente el actuar cuidadoso. Pues bien, la doctrina del comportamiento alternativo añade a lo anterior el siguiente mensaje: aunque hayas actuado descuidadamente y se produzca el resultado, tampoco serás castigado si no se logra acreditar que un comportamiento cuidadoso tuyo habría evitado con seguridad el resultado. Como puede advertirse, esto disminuye aún más las razones instrumentales para abstenerse de realizar la conducta contraria a Derecho.[151] Esta constatación constituye precisamente el punto de partida de la doctrina del incremento —o aumento— del riesgo, cuya versión más difundida se debe a Roxin.[152]

2.4.2. La pretensión de la doctrina

98 La doctrina del incremento del riesgo *ex post* sostiene ciertamente la imputación del resultado en los casos (i) en que *ex post* se concluye que la conducta alternativa conforme a Derecho habría evitado con seguridad el resultado producido. Por tanto, hasta aquí su solución coincide con la propuesta de la doctrina de la evitabilidad. Sin embargo, la diferencia aflora (ii) en los casos en que el resultado lesivo también se habría producido con seguridad, aunque el sujeto hubiera realizado una conducta correcta y, por supuesto, (iii) en los casos de duda. En efecto, en estos últimos la doctrina de la evitabilidad conduce a excluir la imputación del resultado. En cambio, las doctrinas del incremento del riesgo tienden a sostener la imputación.[153] Ciertamente, si se parte de que la conducta del agente está desaprobada *ex ante*, la doctrina del incremento del riesgo parece tautológica. En efecto, si una clase de conductas se prohíbe *ex ante*, eso es porque la probabilidad de que produzca el resultado

---

[151] *Stratenwerth*, FS Gallas, 1973, 239; *Perin*, AP 2 (2018), 38.

[152] *Roxin*, ZStW 74 (1962), 432 ss. Al respecto, *Gimbernat Ordeig*, LH Rodríguez Ramos, 2013, 108 ss.

[153] *Otto*, FS Maurach, 1972, 102; *Schünemann*, JA 1975, 649; *Wolter* (1981), 335 ss.; *Gimbernat Ordeig* (2017), 27 ss.; STS 805/2017, de 11 de diciembre.

es superior a la que ofrecen las no prohibidas. Sin embargo, la doctrina del incremento del riesgo adopta la perspectiva *ex post*. Esto es, requiere que *ex post*, en las circunstancias del caso concreto, se confirme que el juicio *ex ante*, emitido con base en criterios generales de experiencia, era correcto. Desde luego, con ello no se libera del pensamiento en alternativas, aunque su objeto sea distinto. Así, compara el mundo real y el mundo hipotético para constatar que la conducta realizada en el mundo real ha incrementado el riesgo de producción del resultado con respecto a la conducta lícita que el sujeto podría haber adoptado. Expresado de otro modo, para advertir que ha producido más «peligro concreto». Sobre cómo se debe proceder exactamente a este respecto, existen discrepancias. Estas, a su vez, se dan a propósito de si el incremento del riesgo *ex post* debe constar como una posibilidad o, por el contrario, debe constatarse con certeza.[154]

2.4.3. Las críticas

99 La crítica más reiteradamente dirigida a las doctrinas tradicionales del incremento del riesgo es la de que convierten los delitos de lesión en delitos de peligro concreto.[155] En otros términos, que reducen las consumaciones a tentativas. Sin embargo, a este respecto lo primero que hay que subrayar es que, en cuanto al desvalor de la conducta —es decir, el merecimiento de pena—, las tentativas perfectas y las consumaciones no divergen (*cfr. infra* capítulo 15/57). Igualmente, tampoco divergen en ese punto las conductas imprudentes con resultado y sin él (*cfr. supra* capítulo 13/43 ss.). Por tanto, la sanción del delito doloso con la pena de la consumación (en vez de la de la tentativa), o la sanción —sin más— de la conducta imprudente, tienen que ver con otras razones. En concreto, con la producción del resultado (que desencadena una necesidad política consecuencialista de castigo) y la existencia de un nexo de sentido que justifique (en términos de justicia distributiva) la imposición de una pena máxima que ya es merecida por el desvalor de la conducta realizada.

100 Así pues, no es que se castigue al sujeto por algo que este último no merece. En efecto, el merecimiento moral-deontológico se encuentra ya en la conducta contraria a la norma. Se trata simplemente de poder fundamentar que es distributivamente justo y razonablemente necesario imponerle al agente la pena que, de todos modos, merece. Si ello no es distributivamente justo, entra en juego un límite a la retribución y no se impone la pena que el sujeto merecería, sino una inferior o, en el caso de los delitos imprudentes, ninguna. Pues bien, el criterio del incremento del riesgo es un modo distributivamente justo de imputar el resultado lesivo. Este resultado, en lugar de aparecer como un producto del azar que debería soportar la víctima o la sociedad, se le imputa

---

[154] *Stratenwerth*, FS Gallas, 1973, 235-236.

[155] *Ulsenheimer* (1965), 138 ss.; *Samson* (1972), 152 ss.; *Jakobs*, AT, 2.ª, 1991, 7/101; *Feijóo Sánchez* (2001), 162 ss., 169.

a quien ha infringido una norma de conducta. Tal sujeto, además, ha causado el resultado y su conducta puede relacionarse con este último en términos de incremento del riesgo *ex post*.[156]

A la doctrina del incremento del riesgo se le atribuye también una vulnera- **101**
ción del principio *in dubio pro reo*. Sin embargo, como ya se ha indicado, este último principio afecta a la prueba de los hechos,[157] exigiendo que en ella se supere el estándar «más allá de toda duda razonable». En cambio, no procede aplicarlo ni a la interpretación de la ley, ni a una construcción jurídica argumentada, siempre que esta última sea compatible con el principio de legalidad. Por su parte, el principio *in dubio pro libertate* carece de fuerza argumental frente a una doctrina jurídica que no abriga dudas sobre su razonabilidad o frente a una propuesta interpretativa que no duda sobre su inclusión en el marco legal.

2.4.4. La propuesta de una versión gradualista

El criterio del incremento del riesgo *ex post* conduce a la adopción de decisio- **102**
nes difíciles en los supuestos de duda. Pues bien, a propósito de estos últimos procede obrar así: (i) en aquellos supuestos en los que se puede determinar con seguridad *ex post* que el comportamiento desaprobado ha incrementado el riesgo de producción del resultado producido, cabe establecer el nexo de imputación objetiva. En cambio, (ii) debe excluirse la imputación objetiva en aquellos en los que es seguro que no se incrementó *ex post* el riesgo de producción del resultado. Igualmente (iii), debe excluirse la imputación objetiva en aquellos casos en los que existen dudas al respecto.[158] En definitiva, cabe afirmar que el riesgo se ha realizado en el resultado cuando es posible establecer no solo que la conducta era *ex ante* peligrosa (y desaprobada) y que se produjo el resultado, sino que, entre lo uno y lo otro, existe una relación de incremento del riesgo *ex post*.

En efecto, el criterio del incremento del riesgo *ex post* prosigue —en un **103**
momento *ex post*— la lógica del juicio de peligro *ex ante*. Así, una conducta es desaprobada cuando su realización incrementa *ex ante* el riesgo preexistente y no está permitida. A su vez, el juicio *ex ante* se realiza sobre la base de consideraciones estadísticas referidas a la clase de conducta, delimitada de modo más o menos amplio. En esa medida, el juicio *ex ante* se corresponde con un juicio de peligro abstracto. En cambio, el juicio sobre el incremento del riesgo *ex post* es un juicio de peligro concreto, puesto que el juicio de peligro se lleva a cabo: (i) con respecto a una conducta determinada; y (ii) una vez que esta ya se ha realizado y, además, se ha constatado su relación de causalidad con el resultado lesivo. En el juicio *ex post* se trata de confirmar el pronóstico de peligro formulado *ex ante*. Ciertamente, salvo error regulatorio, lo normal

---

[156] *Wolter* (1981), 335 ss., 356 ss.

[157] *Schünemann*, JA 1975, 650-651.

[158] Próximo, *Gimbernat Ordeig* (2017), 83 ss.

es que la conducta alternativa conforme a Derecho —el cumplimiento de las condiciones del riesgo permitido— como mínimo hubiera disminuido la posibilidad de producción del resultado lesivo. Es decir, que la conducta descuidada haya incrementado el riesgo de producción del resultado.

104 Sentado esto, la cuestión decisiva es si resulta equitativo imponer la misma medida de pena en todos los casos de incremento del riesgo, sin atender al mayor o menor incremento producido. Pues bien, la respuesta debe ser negativa. Ciertamente, el incremento del riesgo debe dar lugar a la imputación del resultado. Pero no cabe afirmar que la necesidad de pena del hecho sea la misma con independencia de cuál sea la cuantía del incremento. Esto hace plausible una aproximación a los casos teniendo en cuenta un criterio cuantitativo o gradualista. En virtud de este último, debe procederse a una atenuación de la pena del delito consumado, que eventualmente puede desbordar el límite inferior del marco penal abstracto. Más adelante se especifica esta aproximación.

2.5. La doctrina del fin de protección de la norma

2.5.1. Planteamiento

105 La doctrina del fin de protección de la norma procede del Derecho civil de daños, en cuyo ámbito constituye un principio regulativo, que debe concretarse caso por caso. Ahora bien, su introducción en la dogmática del Derecho penal tuvo lugar básicamente mediante la obra de Gimbernat Ordeig.[159] En cuanto a su manejo, existen dos concepciones básicas. La primera lo concibe como un criterio que debe operar en lugar de los del comportamiento alternativo y del incremento del riesgo.[160] En efecto, a estos últimos les critica su naturaleza hipotética, que determina que su utilización para fundamentar una condena a título de consumación vulnere el principio *in dubio pro reo*. Por tanto, considera que el recurso a ellos puede ser únicamente argumental, es decir, como un instrumento de ayuda. En definitiva, admite la posibilidad de que haya evitabilidad e incremento del riesgo, pero no se cumpla el criterio del fin de protección. Y viceversa. Por su parte, la segunda concepción entiende que los criterios anteriores podrían incluirse en una noción amplia de «fin de protección», pero considera preferible concebir esta última doctrina como una restricción adicional, tras la aplicación de aquellos.[161]

106 La idea subyacente al criterio del «fin de protección» es que las normas que imponen deberes de diligencia no los establecen para impedir un resultado lesivo en general, sino uno determinado.[162] Por tanto, para aplicar esta doctrina

---

[159] Al respecto, *Gimbernat Ordeig*, LH Rodríguez Ramos, 2013, 110 ss.

[160] *Gimbernat Ordeig* (1966), 140 ss., 171 ss.; *el mismo*, ADPCP 1994, 30; *el mismo*, ADPCP 2008, 5 ss.; *Feijóo Sánchez* (2001), 323 ss.; *el mismo* (2011), 152 ss.; *Gil Gil* (2007), 315 ss., 382 ss.

[161] *Roxin* (1976), 182-183, 193.

[162] *Gimbernat Ordeig* (1966), 135 ss.; *Martínez Escamilla* (1992), 259 ss., *la misma*, LH Roxin, 1994, 106 ss. Crítica, *Rueda Martín* (2001), 363 ss.

es preciso preguntarse en cada caso por qué se prohíbe la conducta de la que se trate.[163] Esto puede comprobarse de forma razonable en el «caso de los dos ciclistas». Este caso de la jurisprudencia alemana alude a dos ciclistas que, una noche, circulan sin luz uno detrás de otro. El primero de ellos, al iniciar un giro a la izquierda, es arrollado por un automóvil que circulaba en sentido contrario. Entonces se plantea la posible responsabilidad del segundo ciclista. Este —que conduce sin luz delantera— obra de forma jurídicamente desaprobada. Sin embargo, ello no permite que se le pueda imputar el atropello del ciclista que le precede —que circula asimismo sin luz— por el mencionado automóvil. Ciertamente, si aquel hubiera llevado la luz, el ciclista precedente habría sido visto por quien le atropelló. Sin embargo, a este argumento hipotético se opone que el fin de protección de la norma que obliga a llevar la luz delantera es que el propio ciclista pueda ver obstáculos y no contribuir a la iluminación de la vía pública.

Este razonamiento se puede ejemplificar también en el «caso de la señora en *shock*».[164] En él un automovilista, que circulaba imprudentemente, se subió a la acera derecha y embistió a un peatón. Una señora que acompañaba a este último, y que pudo eludir el atropello, al ver el cuerpo tendido salió corriendo para avisar a la esposa del sujeto malherido, cruzando la calle sin mirar. Entonces fue atropellada a su vez por un automóvil que circulaba correctamente en sentido contrario. El Tribunal Supremo imputó la muerte de la esposa al primer automovilista.[165] Sin embargo, una consideración relativa al fin de protección de la norma infringida por aquel permite fundamentar la solución absolutoria. **107**

2.5.2. La relación teleológica

La doctrina del fin de protección de la norma es distinta de la denominada «doctrina del alcance del tipo».[166] En efecto, la primera se refiere a las disposiciones —«normas»— de cuidado en los delitos imprudentes.[167] En cambio, la segunda se refiere a la norma de conducta subyacente al tipo de delito, o al propio tipo de delito.[168] Con todo, ambas propugnan la introducción de un vínculo teleológico —y no solo lógico-causal— entre la conducta y el resultado.[169] Este viene dado por el hecho de que el resultado producido sea uno de los que pretende evitar la norma en cuya virtud se desaprueba y se prohíbe la **108**

---

[163] Lo decisivo será si el resultado es de aquellos cuya producción la norma de cuidado infringida tenía por misión evitar o reducir: *Martínez Escamilla* (1992), 236.

[164] *Silva Sánchez*, LL 4 (1984), 1040 ss.

[165] STS de 27 de enero de 1984.

[166] *Feijóo Sánchez* (2001), 339 ss., refiriéndose a la delimitación operada por el principio de autorresponsabilidad.

[167] *Martínez Escamilla* (1992), 324.

[168] En la terminología angloamericana, «*scope of liability*». *Torío López*, EPC X (1985-1986), 384.

[169] *Gimbernat Ordeig* (1966); *Roxin*, FS Gallas, 1973, 241; *Wolter* (1981), 341 ss.

conducta del agente.[170] Así pues, la doctrina del fin de protección guarda una estrecha relación con el método teleológico-valorativo y, en particular, con la interpretación teleológica de las leyes. En su manifestación concreta, conduce a llevar a cabo una reducción teleológica, así que viceversa cabe afirmar que la reducción teleológica de los tipos es expresión de su examen a la luz de la noción del fin de protección de bienes jurídicos.

109 El problema es que, en el caso de muchas disposiciones que prohíben clases de conducta, no se sabe a ciencia cierta cuál es su fin de protección.[171] Además, una vez fijado el fin, tampoco es fácil determinar si el riesgo realizado en el resultado era precisamente el riesgo paradigmático que la norma tuvo en cuenta a la hora de prohibir determinadas conductas.[172] Por eso, en general el criterio del fin de protección de la norma se ha utilizado para afrontar la resolución de casos de interposición de terceros autorresponsables, que posteriormente se resuelven mediante doctrinas más distintivas. En concreto, para excluir del ámbito de la imputación del resultado aquellas conductas que ocasionan daños por *shock* —derivados de la visión del hecho delictivo o de la comunicación de noticias relativas a este— o que producen daños secundarios.[173]

110 La doctrina del fin de protección de la norma se mueve en un plano valorativo-real, mientras que las de la evitabilidad y del incremento del riesgo se integran en un plano hipotético-cuantitativo. Por eso, en realidad, la noción de «fin de protección» de la norma de conducta incluso se puede considerar ya *ex ante*. En primer lugar, partiendo de que en toda conducta pueden identificarse diversos riesgos —probabilidades alternativas y acumulativas de lesión, ya sea por afectar a diversos bienes, ya por hacerlo de diversos modos—. Pues bien, ciertamente es posible que la dimensión de riesgo realizada en el resultado ya no estuviera *ex ante* desaprobada; y, viceversa, que dimensiones de riesgo desaprobadas *ex ante* luego no se hayan realizado en el resultado. Así pues, en muchos de estos casos lo que sucede es que no existe siquiera una infracción de la norma de conducta en relación con el bien jurídico lesionado. Expresado de otro modo, en relación con tal bien, el problema no es de imputación objetiva del resultado, sino que concierne ya a la doctrina de la conducta penalmente desaprobada. Esto significa que la combinación de la doctrina del fin de protección de la norma —que puede ser fijada ya *ex ante*, enmarcando el ámbito de protección de la norma de conducta— con la del incremento del riesgo *ex post* produce resultados aplicativos correctos.

---

[170] *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 2008, 5-6, 26-27.

[171] *Frisch* (1988), 81 ss.

[172] Crítico, *Reyes Alvarado*, ADPCP 1992, 933 ss.

[173] En el «caso Rudi Dutschke», un famoso líder estudiantil alemán de los años sesenta del siglo XX sufrió un intento de asesinato. Se le pudo extraer la bala de la cabeza, pero quedó con secuelas cerebrales. Años después, exiliado en Dinamarca, mientras se bañaba en su casa, Dutschke sufrió un ataque epiléptico y se ahogó. A favor de la imputación del resultado de muerte al autor del atentado, *Puppe* (2003), 257 ss.

3. LA RELACIÓN DE IMPUTACIÓN OBJETIVA COMO JUICIO DE SENTIDO SUSCEPTIBLE DE CUANTIFICACIÓN

3.1. Las interacciones de conductas

111 La doctrina tradicional del incremento del riesgo considera suficiente, para la imputación objetiva del resultado causado, la constatación *ex post* de que la conducta ha conllevado un aumento de riesgo con respecto al *statu quo* preexistente, siempre que tal aumento sea claro. Es decir, expresado de otro modo, se conforma con que la conducta haya producido un efecto de disminución de las oportunidades de salvación del bien jurídico.[174] A su vez, tal disminución de posibilidades —el incremento del riesgo— puede redundar en un aumento del grado de probabilidad o de intensidad del resultado, pero asimismo en un adelantamiento del momento de producción de este. A su vez, esto tiene dos consecuencias. Por un lado, que no existe un incremento del riesgo seguro y claro cuando cabe la posibilidad de que sea un riesgo alternativo concurrente el que se haya realizado de modo exclusivo en el resultado, tal y como este último se produjo. En definitiva, la adopción del criterio del incremento del riesgo claro obliga a que el juez descarte por completo riesgos alternativos autosuficientes para la producción del resultado concreto. En cambio, por otro lado, la existencia de un incremento del riesgo seguro y claro es perfectamente compatible con la posibilidad de que en el resultado se realice también otro riesgo, además del generado por el comportamiento desaprobado del agente.[175]

112 La doctrina de la evitabilidad no tiene suficientemente en cuenta estas configuraciones fácticas. En concreto, no resuelve aquellos casos en los que un hipotético comportamiento lícito del agente no habría podido evitar el resultado, porque hay otro comportamiento ilícito de un tercero que también ha contribuido a él. Ahora bien, que un sujeto no pueda evitar un resultado absteniéndose de realizar su conducta no quiere decir que, realizándola, no haya contribuido a aquel. Esto es lo que sucede, de modo constante, por ejemplo, en los casos en los que tal conducta adelanta el momento de producción o incrementa la magnitud de la lesión. Por tanto, es fácil advertir que cabe incrementar un riesgo y que quien lo incrementa, a su vez, no esté en condiciones de evitar el resultado. La consideración de esto último resulta imprescindible para estar en condiciones de afrontar algunos de los problemas más importantes en la práctica. En efecto, estos tienen que ver con la existencia de combinaciones, acumulaciones o sinergias de conductas, producidas en virtud de la interacción de distintos agentes, pero en particular entre el sujeto activo y el sujeto pasivo.

3.2. La gradualidad del nexo de imputación objetiva

113 Ahora bien, sentado lo anterior, un problema importante de la doctrina tradicional del incremento del riesgo es que, conforme a ella, cualquier incre-

---

[174] Ya *Wolff* (1965), 25.

[175] Próxima, *Bolea Bardon* (2020), 106-107.

mento cuantitativo tiene que dar lugar a la máxima responsabilidad por el hecho.[176] Esto se percibe con más claridad todavía en los casos de omisión de disminución de riesgos generados por terceros. Pues bien, desde luego la realización de conductas de privación de posibilidades de salvación o que producen incrementos cuantitativos del riesgo debe dar pie a la posibilidad de imputar el resultado. Sin embargo, es razonable que ello tenga lugar con una penalidad disminuida en función de la medida de disminución de posibilidades o del incremento del riesgo. Expresado de otro modo, en estos casos cabe apreciar una «consumación con pena atenuada». En realidad, otro tanto cabe afirmar a propósito de los casos en los que entre conducta y resultado existen correlaciones estadísticas, que desde luego dan cuenta de una disminución de oportunidades de salvación para el bien jurídico.

114 Para afrontar este problema no es indiferente partir de la premisa de que lo retribuido con la pena es la causación del resultado o únicamente la conducta. En efecto, si se acoge la primera opinión, el núcleo del injusto del hecho es la causación del resultado. Pues bien, desde esta perspectiva parece claro que no cabe retribuir algo inevitable: por lo inevitable no se puede generar merecimiento alguno de pena. Así pues, desde esta premisa, para establecer la relación de imputación entre conducta y resultado hay que recurrir a la doctrina de la evitabilidad. Solo se puede imputar el resultado si una conducta conforme a Derecho habría logrado evitarlo. Lo contrario supondría retribuir lo inevitable. Esta conclusión debería ser adoptada igualmente por quien entienda que se retribuye tanto el resultado lesivo como la conducta —los dos, elementos del injusto—.

115 En cambio, aquí se entiende que lo retribuido es solo la conducta del sujeto. Por tanto, la determinación de la relación jurídica entre aquella y el resultado tiene como única misión confirmar si la pena ya merecida por el agente es equitativa y necesaria. Pues bien, para establecer esta relación de necesidad y equidad de la pena —entre el resultado y la conducta merecedora de pena— puede ser suficiente un vínculo más débil que el de la evitabilidad del resultado. Así, en concreto, el del incremento del riesgo *ex post*, el del fin de protección de la norma, o ambos. Así pues, para la imputación objetiva del resultado no es preciso probar que la conducta conforme a Derecho del agente habría evitado con seguridad el resultado. Ciertamente, viceversa, la imputación objetiva debe excluirse si consta que el comportamiento alternativo adecuado a Derecho habría dado lugar igualmente a la producción del resultado. Por tanto, esta flexibilización resulta especialmente importante para los casos en los que es dudoso si el comportamiento alternativo habría evitado el resultado o habría dado lugar igualmente a él.

116 Ahora bien, así las cosas, la vinculación establecida entre la conducta desaprobada y el resultado lesivo debe ser objeto de graduación. Ello se observa

---

[176] Crítico ya *Arth. Kaufmann*, FS Jescheck, I, 1985, 279-280.

con más claridad en los delitos de comisión por omisión. Sin embargo, se plantea del mismo modo en la comisión activa. En efecto, dada una conducta penalmente desaprobada y la producción de un resultado relacionado con aquella caben varias posibilidades. En un primer plano, cabe que se dé entre ellos una relación de determinación necesaria o de determinación probable (estadística, en sentido amplio). En un segundo plano, cabe que el comportamiento desaprobado —contemplado *ex post*— haya incrementado el riesgo, en relación con el ilícito, en mayor o menor medida. Expresado de otro modo, la probabilidad de que un comportamiento lícito habría producido un resultado menos grave puede ser mayor o menor. Ello determina que, debiendo tomarse como base de la imputación objetiva el criterio del incremento del riesgo, la individualización de la pena deba tomar como base la mayor o menor medida de ese incremento. Para la individualización de la pena en estos casos, la legislación española ofrece dos vías. En primer lugar, la atenuante de análoga significación (art. 21.7.ª CP), que, apreciada como muy cualificada, permite imponer una pena por debajo del marco típico. En segundo lugar, la referencia a la «gravedad del hecho» de la cláusula general de determinación de la pena del art. 66.1.6.ª CP. Sin embargo, esta última es insuficiente para afrontar el problema (*cfr. infra* capítulo 28).

4. LA RELACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA CON EL DEBATE SOBRE LA «CONCRECIÓN» DEL DOLO

4.1. Planteamiento

La relación de imputación objetiva —de realización del riesgo en el resultado— debe ser constatada tanto en los delitos imprudentes como en los dolosos. En estos últimos, la producción de un resultado objetivamente imputable a la conducta desaprobada subjetivamente imputada a título de dolo determina que no se dé una tentativa, sino una consumación. Ahora bien, ya se indicó que el dolo, como criterio de imputación subjetiva, no tiene por objeto el resultado, ni tampoco la relación entre este último y la conducta desaprobada. El objeto del dolo —como el de la imprudencia— viene dado únicamente por el comportamiento desaprobado, que vulnera el contenido de la norma de conducta (*cfr. supra* capítulos 12/38; 13/85). Esto determina que, en el modelo acogido aquí, no tenga sentido plantear si las características del nexo entre conducta y resultado dan lugar a una «desviación» con respecto a la representación del sujeto activo. Igualmente, carece de sentido la expresión relativa a supuestos «errores sobre el proceso causal». **117**

4.2. Las «desviaciones» del curso causal, o cursos causales «irregulares»

Con la denominación de «cursos causales irregulares» la doctrina tradicional se viene refiriendo a supuestos de hecho muy diversos. Estos, sin embargo, **118**

pueden ordenarse en dos grupos distintos.[177] En el primero de ellos concurre la conducta jurídicamente desaprobada de un solo agente, que produce el resultado típico de un modo distinto al que el espectador intersubjetivo o, al menos, el propio sujeto activo se había representado preferentemente. En cambio, en el segundo grupo de casos la irregularidad del curso causal deriva de que tras la conducta de un primer sujeto activo intervienen, de forma desvinculada de aquel, otros sujetos, entre los que se puede contar el propio sujeto pasivo. En este momento procede examinar solo el primer grupo de casos. Por ejemplo, el de un sujeto que dispara a otro con la intención de matarlo mediante el impacto de la bala en un órgano vital y la consiguiente hemorragia letal. Sin embargo, el disparo no acierta en el blanco. Ahora bien, el ruido provoca una estampida de caballos —o un alud de nieve— que en todo caso matan a la víctima. Otro ejemplo menos cinematográfico es el de quien dolosamente dispara a otro, que queda herido. Entonces es trasladado a un hospital, donde fallece como consecuencia de una neumonía provocada por bacterias resistentes a los antibióticos. Otra variante es que fallezca como consecuencia de un incendio fortuito que se desencadena en el citado hospital; o, en fin, que muera en el hospital, en el contexto de un segundo intento de asesinato, a manos de otra persona.

119 La doctrina tradicional había distinguido entre desviaciones causales esenciales e inesenciales. En efecto, los llamados «errores sobre el proceso causal» constituyen, de entrada, un problema de relación entre la conducta desaprobada y el resultado lesivo.[178] Sin embargo, una forma de abordarlos de modo más coherente con la doctrina del comportamiento *ex ante* desaprobada es poner de relieve —como ya se ha hecho— que en toda conducta se dan varios «riesgos», así como varias «dimensiones de riesgo». Esto significa que cualquier conducta comprende diversas posibilidades de afectación lesiva: (i) a bienes jurídicos de varias personas; (ii) a varios bienes jurídicos distintos de la misma persona; o incluso (iii) a un mismo bien jurídico de la misma persona, pero a través de procesos lesivos diversos.[179] Pues bien, cada una de esas dimensiones de riesgo debe examinarse de modo separado en cuanto a su significado, su desaprobación y, luego, su imputación subjetiva al agente.

4.3. Una propuesta de solución

120 Así pues, lo primero que debe establecerse es qué indica el juicio intersubjetivo *ex ante* sobre la conducta del agente. Esto permite determinar qué «desviaciones causales» ya eran *ex ante* imprevisibles. Es decir, con respecto a qué procesos no existe un riesgo *ex ante*. En segundo lugar, es preciso establecer cuáles de las dimensiones de riesgo realmente constatables *ex ante* se hallan

---

[177] *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 2010, 15 ss.; *el mismo* (2011).

[178] *Wolter*, ZStW 89 (1977), 649 ss.; en contra, *Puppe*, LH Mir Puig, 2017, 803 ss.

[179] *Silva Sánchez*, ADPCP 1984, 370 ss.

desaprobadas. En fin, es preciso determinar cuáles de ellas son imputables subjetivamente a título de dolo y cuáles a título de imprudencia. En función de ello, en el contexto de un delito doloso, cabe (i) que el curso causal producido sea imputado a título de dolo —delito doloso consumado—; o (ii) que se descomponga en una tentativa dolosa y una consumación imprudente; o (iii) que dé lugar solo a una tentativa dolosa, dado lo imprevisible del modo de producción del resultado.

121 Una cuestión perteneciente, más bien, a la doctrina del comportamiento desaprobado es la de si está desaprobado el hecho de insertar a otro sin su consentimiento en un espacio de riesgo general o especial de la vida (*cfr. supra* capítulo 10/144 ss.). En particular, pueden considerarse dos situaciones: (i) aquella en la que se introduce a alguien en un espacio de riesgo ordinario mediante una conducta delictiva —por ejemplo, el disparo imprudente o doloso que determina que la persona herida se vea expuesta al riesgo general de la vida derivado del traslado en ambulancia y del ingreso en un hospital—; y (ii) aquella en la que se introduce a alguien en un espacio de riesgo general de la vida mediante una conducta en principio no delictiva —por ejemplo, cuando alguien lleva a un anciano de visita a enfermos ingresados en un hospital, abrigando además la esperanza de que se contagie de una bacteria resistente—. Si el anciano tiene un déficit neurológico, de modo que carece de simetría informativa y de la capacidad de consentir razonablemente, no parece que el comportamiento de llevarlo al hospital sea irrelevante. Menos, si adicionalmente padece alguna medida de inmunodepresión. Trasladadas estas consideraciones al primer caso, puede concluirse que también en este se trata de un riesgo relevante.

5. EL NEXO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LOS SUPUESTOS DE ACTUACIONES SUCESIVAS DE VARIOS SUJETOS ACTIVOS

5.1. Planteamiento

122 Los casos en los que intervienen de forma sucesiva varios sujetos, cuyo comportamiento da lugar a la producción de un resultado deben examinarse, en función de su precisa configuración, en diversos lugares sistemáticos de la teoría del delito. Uno de ellos es el de la imputación objetiva del resultado, que ahora nos ocupa.[180] Sin embargo, también procede hacerlo previamente en el de la doctrina del comportamiento desaprobado (*cfr. supra* capítulo 10/13). En efecto, la cuestión de si la conducta de un «sujeto 2» rompe el nexo de imputación objetiva entre la conducta desaprobada de un «sujeto 1» —que carece de relación con aquel— y el resultado lesivo se relaciona, ante todo, con la doctrina de la conducta desaprobada. Es decir, con el hecho de

[180] También en la cultura angloamericana, como problema de «*causation in the law*» o de «*proximate causation*», bajo la plástica expresión de «*novus actus interveniens*». Esta doctrina de la «*causa superveniens*» proviene del *ius commune: Schaffstein* (1930/1932), 49 ss.

que la conducta del «sujeto 1» realmente ni siquiera pueda reputarse desaprobada en su relación con el resultado finalmente producido. Más adelante debe hacerse en el ámbito de la autoría y la participación. Sin embargo, en este último solo procede examinar los comportamientos que se encuentran unidos entre sí en virtud de un vínculo de autoría o participación, que evita que opere la doctrina de la prohibición de regreso. En efecto, la intervención conjunta es precisamente una de las excepciones a esta última. En definitiva, en lo que sigue se examinan los casos de intervención sucesiva de sujetos no relacionados entre sí, a los efectos de examinar cuáles son sus consecuencias en la imputación objetiva del resultado. En especial procede examinar las interacciones entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del delito.

5.2. Las distintas variantes

5.2.1. Las actuaciones sucesivas de sujetos desvinculados

5.2.1.1. Las actuaciones sucesivas a una conducta dolosa inicial

123 Supongamos que un terrorista —un «sujeto 1»— pretende matar a un jefe de Estado. Sin embargo, solo le hiere de gravedad y el mandatario, malherido, es recogido por una ambulancia. Ahora bien, esta última sufre un accidente por la impericia de su conductor —un «sujeto 2»—, y el mandatario fallece. En casos de este jaez, la cuestión es si el resultado de muerte debe imputarse a la conducta del terrorista, a la del conductor, o a ambas —por separado—. Expresado de modo general, es preciso resolver el problema de si la actuación —desaprobada o no— del «sujeto 2» interrumpe el nexo de imputación del resultado con respecto a la conducta desaprobada llevada a cabo por el «sujeto 1»; o bien dicho resultado se imputa de forma acumulada a ambas —en una estructura de autoría paralela— (*cfr. infra* capítulo 17/103). Pues bien, dado que esta es una cuestión de tipicidad objetiva, tales problemas deben resolverse de forma común para hechos dolosos —el del mencionado terrorista— e imprudentes —por ejemplo, el disparo de un cazador que confunde al paseante con una pieza de caza—. Por eso, se analizan conjuntamente.

124 Sin embargo, un sector doctrinal sostiene que el hecho de que el «sujeto 1» obre dolosamente tiene especial relevancia. Así, afirma que, por muy grave que sea el comportamiento imprudente posterior de un tercero o de la propia víctima —salvo casos muy extremos—, si el «sujeto 1» obró dolosamente, el resultado que se produzca al final se le debe imputar.[181] El fundamento de esta posición es un argumento *a maiore ad minus* a partir de la regulación española del desistimiento voluntario en caso de pluralidad de intervinientes. En efecto, con base en esta, se afirma que el desistimiento solo exime de la pena cuando, como mínimo, tiene lugar un esfuerzo serio del sujeto por evitar el resultado (art. 16.3 CP español). Entonces, *a fortiori*, quien —como el «sujeto

[181] *Gimbernat Ordeig* (2011), 103 ss., 106-108.

1» de nuestro caso— no ha llevado a cabo ningún comportamiento de desistimiento, no puede quedar exento de pena. Sin embargo, el argumento no es concluyente. En efecto, cuando el actuar de un «sujeto 1» se realiza con dolo y no logra matar, sino que produce lesiones, nadie pone en cuestión que en el caso se le imponga la pena de la tentativa de homicidio y del delito de lesiones consumadas, con independencia de lo que ocurra después. Ahora bien, lo que se debate en la discusión sobre la relevancia o no de las actuaciones sucesivas es la imposición al «sujeto 1» de la pena del homicidio consumado. Por lo tanto, no es posible argumentar en estos casos a partir de una regulación del desistimiento que pretende establecer los casos en los que no procede imponer ni siquiera la pena de la tentativa.

5.2.1.2. Las actuaciones sucesivas a una conducta imprudente inicial

5.2.1.2.1. Planteamiento

Imaginemos, entonces, que un cazador —«sujeto 1»—, que pretende abatir una pieza, lesiona por imprudencia a un excursionista. Entonces este último, malherido, es recogido por una ambulancia del servicio de urgencias. A su vez, la ambulancia sufre un accidente por la impericia de su conductor —«sujeto 2»—, y el excursionista fallece. Al cazador se le imputan desde luego las lesiones imprudentes previas. Ahora bien, la cuestión es si el resultado de muerte debe imputarse a la conducta del cazador, a la del conductor, o a ambas por separado.[182] Expresado de modo general, es preciso resolver el problema de si la intervención —desaprobada o no— del «sujeto 2» interrumpe el nexo de imputación del resultado con respecto a la conducta desaprobada llevada a cabo por el «sujeto 1»; o bien dicho resultado se imputa de forma acumulada a las dos conductas desaprobadas. **125**

Los intentos tradicionales de abordaje de estas situaciones han pasado por distinguir si el «sujeto 2» obró de forma activa u omisiva, dolosa o imprudente.[183] Así, a grandes rasgos, se indica: (i) que las conductas dolosas activas y las gravemente imprudentes interrumpen;[184] (ii) que las conductas imprudentes leves —y, *a fortiori*, los casos fortuitos— no interrumpen; y (iii) que las omisiones no interrumpen.[185] En la base de esta visión se hallaba la noción de previsibilidad objetiva *ex ante* como criterio de imputación objetiva de resultados.[186] En efecto, se partía de que las conductas dolosas o gravemente imprudentes no son previsibles y, por tanto, rompen el nexo de imputación entre la conducta **126**

---

[182] Art. 13 § 1 CP brasileño: «*A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou*».

[183] Críticas, *Corcoy Bidasolo* (1989), 536, 543; *Martínez Escamilla* (1992), 330; *Bolea Bardon*, ADPCP 1994, 385.

[184] *Castaldo* (1992), 56; *Gimbernat Ordeig* (2011), 56-57.

[185] Crítico *Castaldo*, RIDPP 1987, 921 n. 132.

[186] *Martínez Escamilla* (1992), 325 ss.

del «sujeto 1» y el resultado finalmente producido. Sin embargo, si se trata de una cuestión de tipicidad objetiva, debería poder resolverse antes de atender a la imputación subjetiva.

5.2.1.2.2. Los criterios objetivos aplicables

127 En realidad, en aquellos casos en los que, en el momento de actuar el «sujeto 1», existe imprevisibilidad intersubjetiva *ex ante* del resultado lesivo finalmente producido, lo correcto es afirmar que su conducta no contiene un riesgo penalmente relevante en relación con el resultado finalmente producido (*cfr. supra* capítulo 10/46 ss.). Es decir, que tal conducta no está penalmente desaprobada en relación con su contribución a la producción de dicho resultado. Sin embargo, en ocasiones no es posible afirmar que la producción de hechos dolosos o gravemente imprudentes de terceros vinculados con el resultado de la propia conducta sea intersubjetivamente imprevisible *ex ante*. Así, aunque los criterios referidos puedan conducir a soluciones correctas en muchos casos, resulta preferible partir de bases distintas.

128 Un criterio recurrentemente utilizado por la doctrina y que puede prestar buenos servicios en estos casos es el del «fin de protección» de la norma infringida por el autor. Así, por ejemplo, puede concluirse que cualquier conducta realizada en estado de necesidad por el «sujeto 2» para intentar neutralizar los efectos de la conducta del «sujeto 1» no rompe el nexo de imputación objetiva. Así, la conducción a velocidad excesiva por riesgo inminente de muerte del sujeto malherido; o la operación a vida o muerte de este último. Por lo tanto, en tales casos el resultado se le imputa al sujeto que llevó a cabo el disparo inicial. En cambio, los riesgos generados por el «sujeto 1», una vez estabilizados, no dan lugar a ninguna responsabilidad por resultados sucesivos debidos a conductas dolosas o imprudentes de terceros. Así pues, el caso más problemático es el del riesgo todavía no estabilizado del «sujeto 1» que interacciona con una conducta imprudente o incluso dolosa de un «sujeto 2». En supuestos de esta factura, la doctrina de las diversas «dimensiones de riesgo» puede permitir distinguir las diversas variantes, comprobando si el resultado finalmente producido da cuenta del riesgo generado por el primer sujeto. Así, por ejemplo, en el caso en el que un sujeto dispara a otro y este último, herido es trasladado al hospital en un taxi. Entonces, una imprudencia del taxista, no amparada por estado de necesidad, determina que el vehículo caiga puente abajo y el herido fallezca por el traumatismo. En un caso como este es razonable no imputar el resultado a quien disparó en primer lugar.

129 Por lo demás, es común afirmar que una omisión no puede interrumpir el nexo de imputación.[187] En efecto, lo cierto es que la omisión del médico de curar la herida producida por el disparo o la de derivar al paciente a un centro con las adecuadas condiciones terapéuticas dan lugar a la responsabi-

[187] *Bolea Bardon*, ADPCP 1994, 384-385.

lidad dolosa o imprudente de aquel. Además, no cabe descartar que puedan interrumpir el nexo de imputación, sin embargo, ello se deberá por lo común a que el riesgo *ex ante* de la conducta del «sujeto 1» no era suficiente de cara al resultado que se acaba produciendo. Por lo demás, la interrupción de un curso salvador tampoco interrumpe el nexo de imputación objetiva, sino que da lugar a una autoría paralela del «sujeto 1» y el «sujeto 2» (*cfr. infra* capítulo 17/103).[188] En resumen, puede afirmarse que, en los casos de interacciones, el resultado imprevisible no puede imputarse por ausencia de riesgo desaprobado *ex ante*. Por su parte, el resultado no imprevisible puede imputarse al «sujeto 1» siempre y cuando el riesgo creado por este no haya quedado estabilizado. Por lo común, esto sucederá cuando dicho riesgo obliga a que el «sujeto 2» actúe en un determinado sentido, o bien favorece su conducta, o, en fin, estando en posición de garante, no la impide.

IV. LA INTERACCIÓN ENTRE EL SUJETO ACTIVO Y EL SUJETO PASIVO

1. INTRODUCCIÓN

Como ya se ha indicado, algunas de las interacciones entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del delito dan lugar a que el comportamiento de aquel no constituya un riesgo penalmente desaprobado. Estas son las que tienen que ver con la prestación de consentimiento del sujeto pasivo en relación con bienes disponibles. En efecto, en los casos en que el sujeto activo pone en peligro concreto de modo doloso los bienes del sujeto pasivo, aunque sea con el consentimiento de este último —heteropuesta en peligro consentida—, es preciso llevar a cabo diferenciaciones en función del bien de que se trate. Así, cabe que la conducta no sea desaprobada, si el legislador ha establecido la disponibilidad del bien. **130**

En cambio, en otros casos la conducta típicamente desaprobada no está prohibida. Tal exclusión de su prohibición se sostiene con base en una causa de justificación mixta, que requiere que el consentimiento del sujeto pasivo se enmarque en un procedimiento legalmente reconocido. En este ámbito deben ubicarse los casos de la práctica de deportes consustancialmente lesivos, como el boxeo. Sin embargo, también deben considerarse los casos de **131**

---

[188] Un ejemplo de esto se encuentra en la STS de 27 de marzo de 1990. En el caso, una señora —miembro de la confesión de los Testigos de Jehová— había sufrido un apuñalamiento masivo a manos de su esposo. Trasladada a un hospital, se le suturaron las heridas y, constatada su gravedad, fue sometida a una transfusión de sangre. Encontrándose inconsciente en la habitación y sujeta a dicho tratamiento, apareció en la habitación un hombre manifestando que no le podían hacer transfusiones. La acompañante de la enferma se enfrentó al hombre y salió de la habitación a buscar a la enfermera. Cuando ambas regresaron, «encontraron que el catéter había sido quitado por el procesado y que éste presionaba con su mano el brazo de la hospitalizada impidiendo la hemorragia que se había producido». Posteriormente, cuando el médico de guardia ordenó que se repusiera la cánula y que continuase la transfusión, el procesado se opuso a ello. El Tribunal Supremo imputó el resultado de muerte tanto al marido que apuñaló a la señora como a quien arrancó el catéter.

esterilización, extracción de órganos para trasplantes y operaciones de cambio de apariencia sexual. Igualmente, de modo general, las intervenciones quirúrgicas, en lo relativo a las lesiones inherentes a la propia intervención. Todos ellos constituyen excepciones al carácter punible de las lesiones consentidas, siempre y cuando la conducta se adapte a los requisitos del procedimiento estatal correspondiente. Ciertamente, en los demás supuestos la conducta consentida es punible, aunque reciba alguna atenuación. Esto sucede en el caso de los bienes jurídicos intrínsecos —indisponibles—, como son la vida y la integridad física y moral (*cfr. infra* capítulo 22/44 ss.).

132 Otro grupo de casos muestra una estructura distinta. En concreto, en ellos la conducta del sujeto pasivo determina que una conducta del sujeto activo —que no está penalmente desaprobada— redunde en lesión de los bienes de aquel. Esto último sucede, por ejemplo, en el marco del delito de estafa, cuando el sujeto activo solo lleva a cabo un engaño burdo —no bastante (art. 248 CP español)— y, sin embargo, el sujeto pasivo efectúa un acto de disposición que le produce perjuicio. En fin, el resto de las interacciones deben ser examinadas preferiblemente en el marco de la doctrina de la imputación objetiva del resultado, que se trata aquí. Esto no significa que se considere que en ellas la conducta del sujeto activo está siempre desaprobada. La razón es fundamentalmente práctica y responde a la agrupación de casos y de la discusión doctrinal en torno a ellos. Con todo, sí es cierto que en algunos de ellos la conducta del sujeto activo debe entenderse como penalmente desaprobada y, además, prohibida. Ahora bien, lo que sucede después es que la actuación del sujeto pasivo conlleva una reorganización de la situación que rompe el nexo de imputación objetiva. En definitiva, en ellos el comportamiento autorresponsable del sujeto pasivo con posterioridad a la tentativa perfecta del autor no excluye la sanción del hecho a título de tentativa. Sin embargo, sí puede excluir la pena del delito consumado.[189]

2. LA LLAMADA «VICTIMO-DOGMÁTICA»

2.1. Generalidades

133 Una vía —discutida— de reconstruir las bases conceptuales de este problema es la denominada «victimo-dogmática». Esta doctrina, elaborada a partir de los años ochenta del siglo pasado, analiza las posibles restricciones del alcance de la responsabilidad de un autor como consecuencia del comportamiento de la víctima,[190] sobre todo a propósito de los delitos denominados «de relación» interpersonal. Estos son, por ejemplo, la estafa, los delitos contra la libertad —coacciones o amenazas—, contra la intimidad o los relativos a la protección

[189] *Cancio Meliá* (1998; 2.ª, 2001; 3.ª, 2022); *di Giovine* (2003); *Gimbernat Ordeig* (2007).

[190] *Hassemer*, FS Klug, II, 1983, 223; *Schünemann*, FS Faller, 1984, 362; *el mismo*, LH Cerezo Mir, 2002, 165 ss.; *Harel*, California L. R. 82 (1994), 1181 ss. Con matices, *Frommel*, MschKrim 1985, 351; *Silva Sánchez*, LH Beristain, 1989, 633 ss.

del secreto de empresa.[191] La premisa mayor de la victimo-dogmática, desarrollada fundamentalmente en torno al delito de estafa, fue que la disminución o exención de pena del sujeto activo en estos casos responde a un criterio de subsidiariedad del Derecho penal con respecto a la autoprotección posible y exigible del sujeto pasivo.[192] Pues bien, esta posición ha sido mayoritariamente rechazada. Para ello se ha argüido que la protección jurídico-penal no hay que merecerla,[193] de modo que tal construcción da lugar a un clima social de desconfianza hacia el Derecho y a un retorno a formas de venganza privada.[194] Igualmente se ha objetado que la victimo-dogmática se asienta en una errónea concepción del principio de subsidiariedad y de la noción de *ultima ratio*.

Al respecto es preciso señalar que la expresión «victimo-dogmática» consti- 134
tuyó en su día una novedad más nominal que material. En efecto, las interacciones entre sujeto activo y sujeto pasivo constituyen un objeto tradicional de la dogmática de la teoría del delito. Además, ciertamente las soluciones que se propongan en este punto no pueden basarse en el principio de subsidiariedad. En efecto, este solo se refiere a la relación entre el Derecho penal y otros recursos estatales y no, en cambio, a la relación entre el Derecho penal y las eventuales medidas defensivas de la víctima.[195] Por el contrario, la base de las soluciones más razonables tiene que hallarse en el principio de proporcionalidad en sentido estricto.[196] En efecto, la cuestión es determinar cuál es el concreto merecimiento de pena del sujeto activo, o bien la equidad y necesidad de su castigo. Por eso, las propuestas de la victimo-dogmática deben encauzarse, respectivamente, a través de la doctrina del comportamiento desaprobado y de la imputación objetiva del resultado.[197] Más allá de esto, las conductas provocadoras de la víctima —cuyo abordaje se encuentra muy contaminado por la polémica sobre los delitos sexuales— pueden tener relevancia en el ámbito de las causas de justificación y en el juicio de culpabilidad. Así, por ejemplo, la provocación previa puede dar lugar a una limitación de la legítima defensa del sujeto luego agredido; igualmente, la provocación puede dar lugar a que el estado pasional del sujeto activo tenga efectos atenuantes.[198]

2.2. Algunas concreciones

Una vez canalizada la victimo-dogmática a través de la teoría del tipo, hay 135
que establecer algunas distinciones, para las que puede ser útil recurrir al ejemplo del delito de estafa. Como ya se ha indicado, existen casos en los

---

[191] *Schünemann*, FS Faller, 1984, 364; *Dopico Gómez-Aller*, InDret 3/2006, 1 ss.

[192] *Schünemann*, FS Faller, 1984, 362; SSTS 53/2013, de 24 de enero; 319/2013, de 3 de abril.

[193] *Hassemer*, FS Klug, II, 1983, 218, 224; *Ropero Carrasco* (2006), 122 ss.

[194] *Hillenkamp* (1981), 205 ss.; *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 14/21.

[195] *Hillenkamp* (1983), 14; *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 14/20.

[196] *Silva Sánchez*, LH Beristain, 1989, 640 ss.; *Hörnle* (2012), 92 ss.

[197] Próxima, *Gómez Rivero*, CPC 113 (2014), 130 ss.; STS 533/2023, de 29 de junio.

[198] *Mitsch* (2017), 303 ss.

que la conducta del sujeto activo no es desaprobada *ex ante*, de modo que el resultado lesivo se produce de forma imputable exclusivamente a una conducta de la víctima. Esto sucede en ciertos casos en que el engaño no puede ser reputado intersubjetivamente «bastante», pero ha resultado ser eficaz en el caso concreto. Dada esa eficacia, se plantea la duda de si procede apreciar la concurrencia de una conducta de estafa o no. Pues bien, para afrontar el problema, es necesario optar entre (i) la adopción de un criterio subjetivo-individualizador *ex post*—hay conducta de estafa cuando el engaño ha resultado ser eficaz—; y (ii) uno intersubjetivo-generalizador *ex ante*—no hay conducta penalmente desaprobada de estafa si el engaño no supera determinados estándares intersubjetivos—.[199] Aquí se ha asumido, como marco, esta segunda posición, que es la única coherente con la distinción de las perspectivas *ex ante* y *ex post*, así como con la construcción de la doctrina del comportamiento desaprobado. Sin embargo, la especial debilidad de la víctima —física, intelectual o emocional—, en la medida en que sea intersubjetivamente identificable *ex ante*, puede determinar que un riesgo que, en general, no sería penalmente relevante, sí lo sea en su caso. Además, la determinación del significado típico de la conducta del autor requiere incluir sus conocimientos especiales. Por lo tanto, si el sujeto activo conoce que el sujeto pasivo es una persona débil y no corrige su mensaje de forma adecuada a esta circunstancia, su comportamiento puede constituir una conducta penalmente desvalorada. La debilidad puede derivar de que se trate de un niño, de un anciano, etcétera.[200]

136 Sentado lo anterior, cabe que no se deba imputar el resultado a la conducta desaprobada del sujeto activo, si es que se entiende que la «debilidad» de la víctima le es imputable a esta última y ello ha sido lo que ha dado lugar al resultado. Con todo, estos casos serán relativamente excepcionales. Más frecuentes serán aquellos en los que concurra tanto un riesgo desaprobado como la imputación del resultado, pero quepa una atenuación de la pena del sujeto activo.[201] Por ejemplo, la conducta de quien recurre a un engaño o a una intimidación relacionados con la superstición está ciertamente desaprobada cuando se dirige a un sujeto que tiene la condición de supersticioso. Ahora bien, una cuestión distinta es si el resultado lesivo se le debe imputar plenamente a la conducta del autor o si aquel debe imputarse, en parte, también a la propia condición supersticiosa del sujeto pasivo. En este punto todo depende del juicio social acerca de la «superstición» como forma peculiar de labilidad de un sujeto;[202] y lo mismo vale para cualesquiera otras formas de debilidad.

---

[199] *Dopico Gómez-Aller*, InDret 3/2006, 1 ss.; *Izquierdo Sánchez* (2018). El Tribunal Supremo, tras una fase favorable a esta posición, en la última década ha optado mayoritariamente por la solución contraria, que solo lleva a cabo un juicio *ex post*.

[200] *Pastor Muñoz* (2004), 243 ss.; *Izquierdo Sánchez* (2018), 109 ss.

[201] *Hillenkamp* (1981), 211 ss.; *el mismo* (1983), 18; *el mismo*, ZStW 129 (2017), 596 ss.; *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 14/15 ss.

[202] A propósito de los casos de sujeto pasivo supersticioso, existen divergencias en el Tribunal Supremo español. Así, las SSTS 778/2002, de 6 de mayo, y 276/2005, de 2 de marzo, fueron condenatorias,

3. LA PARTICIPACIÓN EN UNA AUTOPUESTA EN PELIGRO AJENA

137 Es común afirmar que la conducta que favorece de modo imprudente la autopuesta en peligro de un tercero autorresponsable no puede calificarse como penalmente desaprobada. En este punto, las posiciones que argumentan *ex post* sostienen que la conducta autorresponsable del sujeto pasivo produce un efecto de «prohibición de regreso» sobre la conducta del favorecedor, o bien que el resultado producido queda fuera del fin de protección de la norma. Así sucede, por ejemplo, en el caso de quien vende droga a un tercero que, tras inyectársela, fallece por sobredosis —es decir, por excesiva pureza de la sustancia—. En efecto, se entiende mayoritariamente que el vendedor no responde de la muerte del consumidor si ha cumplido con los deberes de información sobre el producto y, a su vez, el adquirente no es un inimputable ni ha sido instrumentalizado.[203] Más concretamente, se tiende a afirmar que si quien se pone a sí mismo en peligro es plenamente consciente del riesgo que corre y solo tiene un déficit volitivo, el favorecedor debe quedar impune. En cambio, si tiene un déficit cognitivo, de modo que no es consciente del riesgo, entonces el favorecedor puede ser hecho responsable. En este punto, el «principio de autorresponsabilidad» de la víctima sostiene que esta última ostenta una prerrogativa —de rango constitucional— para la configuración de su esfera de bienes. Ciertamente, este es un postulado con gran fuerza argumental. Desde otras perspectivas se señala que la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa o imprudente, de cuyo riesgo era suficientemente consciente la víctima, a pesar de concurrir la realización del riesgo en el resultado, no cae dentro del ámbito de protección de la norma. En realidad, cabría decir mejor que la conducta de cooperación no es penalmente desaprobada. Con todo, lo cierto es que la realidad no es binaria, de modo que hay que admitir distinciones en función del grado de conocimiento y de autorresponsabilidad del sujeto que se pone a sí mismo en peligro.[204] En definitiva, las restricciones de la libertad del ejecutor de la autopuesta en peligro redundan en responsabilidad del inductor o cooperador.

138 El juicio sobre la intervención de alguien en la autopuesta en peligro de un tercero debe ser modificado tan pronto como concurre una posición de garante. Este es el caso, por ejemplo, del empresario en cuanto a los resultados lesivos padecidos por un trabajador, aunque este sea autorresponsable. En efecto, es dominante la opinión que sostiene que la posición de garante del empresario comprende la protección del trabajador incluso frente a sus

---

con base en el criterio de la «víctima débil». En cambio, la STS 89/2007, de 2 de febrero, fue absolutoria, afirmando que: «no existe estafa cuando el sujeto pasivo acude a médiums, magos, poseedores de poderes ocultos, echadoras de cartas o de buenaventura o falsos adivinos»; así, «el engaño es tan burdo e inadmisible que resulta inidóneo para erigirse en el fundamento de un delito de estafa».

[203] En contra, la STS de 20 de febrero de 1993. Crítica de esta última, *Corcoy Bidasolo*, ADPCP 1996, 312 ss.

[204] *Militello* (1984), 144 ss., 149-150.

propias imprudencias.[205] Una premisa de ello es que estas últimas pueden deberse, en algunos casos, a déficits de información o a situaciones coactivas sufridas por el trabajador, que alteran la vigencia del principio de autorresponsabilidad.[206] Con todo, más allá de estas situaciones, la idea de que todo trabajador se encuentra en un estado de necesidad permanente no es de recibo.[207] En cambio, aquí puede adquirir fuerza explicativa la doctrina de los sesgos cognitivos y, en particular, la habituación al riesgo y la subestimación de este, que experimenta el trabajador y que le puede conducir a la adopción sistemática de menos cautelas de las necesarias.

4. LA HETEROPUESTA EN PELIGRO CONSENTIDA Y LA ORGANIZACIÓN CONJUNTA

139 Los casos de heteropuesta en peligro consentida son objeto de discusión desde hace décadas. A propósito de ellos, la posición tradicional sostiene la punición de la conducta de quien pone en peligro a otro, aunque sea de modo consentido.[208] En cambio la postura contraria admite que la heteropuesta en peligro consentida y la autopuesta en peligro se distinguen en que en esta última el sujeto pasivo produce de forma más directa el resultado.[209] Sin embargo, añade que, existiendo una organización conjunta entre sujeto activo y pasivo, carece de sentido distinguir entre aportaciones en función del dominio sobre el hecho que respectivamente se tenga. Frente a esto último, lo decisivo sería si el proceso peligroso tiene lugar en el ámbito de autoorganización del titular del bien jurídico y, por tanto, en él se expresa su autorresponsabilidad. Así las cosas, solo cabe imputar la lesión al sujeto activo cuando el sujeto pasivo ha sido instrumentalizado por aquel —autoría mediata— o bien cuando aquel tiene un deber de protección especial frente a los bienes de este.[210] En cambio, en los casos de simetría cognitiva, volitiva y normativa —de deber— entre los intervinientes, la organización conjunta debe excluir toda responsabilidad, con independencia de quién ostente el control físico del riesgo.

140 Con el paso de los años, en el seno de la posición más restrictiva se ha ido admitiendo la existencia de casos de heteropuesta en peligro consentida en los que se da una «equivalencia» —«o equiparación»— con la participación en una autopuesta en peligro.[211] Así, se ha propuesto realizar una reducción

---

[205] En España, art. 15.4 Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece que «la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador». STS 1329/2001, de 5 de septiembre. Matizadamente crítico, *Perin*, RECPC 18 (2016), 12 ss., apuntando a casos de imprevisibilidad *ex ante*.

[206] *Lascuraín Sánchez* (2011), 768 ss.

[207] *Schünemann*, FS Rudolphi, 2004, 299.

[208] *Gimbernat Ordeig*, LH Ruiz Antón, 2004, 431 ss.

[209] *Cancio Meliá* (2.ª, 2001), 214-215, 278 ss., 283 ss.

[210] *Cancio Meliá* (2.ª, 2001), 286 ss. SSTS 528/2011, de 6 de junio; 1218/2011, de 8 de noviembre.

[211] *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 11/100; *el mismo*, InDret 1/2013, 14 ss. Crítico, *Luzón Peña*, RGDP 15 (2011), 1 ss.

teleológica del tipo de lesiones imprudentes. Para su práctica se exigen los siguientes requisitos: en primer lugar, es necesario que la víctima que consiente conozca el riesgo en la misma medida que quien realiza la puesta en peligro; en segundo lugar, es preciso que la lesión sea consecuencia del riesgo asumido y no de otro distinto; y, en tercer lugar, que quien es puesto en peligro sea «tan responsable del acontecer» como quien genera el riesgo. De este modo ha sido construida una especie de «cuasi-coautoría imprudente» de la víctima con efecto eximente para el (co-)autor.

141 En relación con esta discusión, lo primero que debe subrayarse es que existen casos que se resisten a la distinción entre auto- y heteropuesta en peligro. En efecto, en ellos la actuación conjunta muestra una unidad real de sentido, que es lo propio de la coautoría. Expresado de un modo más físico, existe un control conjunto del riesgo.[212] Así, por ejemplo, en las relaciones sexuales.[213] En tales supuestos, puede hablarse de atipicidad de la conducta de lesiones, incluso doloso-eventuales. En cambio, esto no sucede en los casos de las lesiones sadomasoquistas ni en los de homicidio a petición. En efecto, la unidad de sentido no debe entenderse en términos ideales, al margen de la concreta interacción física, sino en su proyección sobre la realidad físico-corporal. Sentado esto, los casos de auténtica heteropuesta en peligro consentida deben examinarse en el marco de la doctrina del consentimiento del sujeto pasivo, con los límites que allí se establecen (*cfr. infra* capítulo 22/94).

5. LA CONCURRENCIA DE RIESGOS IMPRUDENTES: LA «DESORGANIZACIÓN» CONJUNTA

5.1. La pluralidad de sujetos activos y pasivos

142 En relación con las conductas imprudentes, es preciso llevar a cabo algunas distinciones. Así, por ejemplo, cuando cuatro personas se suben a una motocicleta estropeada, puede hablarse de una autopuesta en peligro conjunta —coautoría imprudente— de modo que la muerte de una de ellas no sea imputable a los demás.[214] Ahora bien, incluso esto se puede discutir si se parte de que en estos casos más bien se genera una posición de garante recíproca en virtud de la concurrencia de una comunidad de peligro. Por tanto, un análisis de casos con esta estructura debe especificar cuáles son las

---

[212] *Luzón Peña*, RGDP 15 (2011), 1 ss.

[213] La STS 690/2019, de 11 de marzo de 2020, absolvió al acusado de haber transmitido el virus del SIDA en el contexto de unas relaciones sexuales. Su criterio exige que la víctima no actúe «impulsada por una marcada incitación del autor» y que «hasta el momento del completo descontrol del riesgo, haya podido dominarlo de una manera equivalente al autor mismo». Comentada favorablemente por *Gimbernat Ordeig*, LH Queralt Jiménez, 2021, 217 ss.; *Cancio/Pantaleón*, LH Corcoy Bidasolo, I, 2022, 489 ss.

[214] *Corcoy Bidasolo* (2.ª, 2005), 552 ss.

condiciones psíquicas —las facultades cognitivas y volitivas— de cada uno de los intervinientes, para determinar si existe simetría entre ellas o, por el contrario, asimetrías de signo diverso.

5.2. La relevancia de la conducta del sujeto pasivo

5.2.1. El «consentimiento al riesgo»

143 El supuesto más corriente en la conducción de automóviles o motocicletas no es el que se acaba de mencionar. Por el contrario, se suscita cuando el pasajero consiente implícitamente en el manejo imprudente del conductor —en estado de ebriedad, o a una velocidad excesiva— y sufre lesiones como consecuencia de un accidente derivado de esa conducción. En tales casos, el consentimiento presunto del pasajero, pretendidamente derivado del mero hecho de viajar en el vehículo, no obsta a la responsabilidad del conductor, que se encuentra en posición de garante por el control de una fuente de peligro. La única excepción puede venir dada por el caso en el que concurre un consentimiento informado y expreso, y además el sujeto activo y el pasivo se encuentran en perfectas condiciones de autorresponsabilidad. En efecto, esto último pretende excluir la relevancia de la prestación de consentimiento expreso a la puesta en peligro por parte de otro, pero con las condiciones mentales alteradas. Así sucedió, por ejemplo, en el «caso de la botella», en el que, en el contexto de una fiesta, una persona aceptó colocarse una botella en la cabeza para que otra disparara, de modo que la bala le impactó en la cabeza.[215] En efecto, la conducta de disparar a la botella que otro se ha puesto en la cabeza es, con claridad, una conducta jurídicamente desaprobada, puesto que el consentimiento al riesgo prestado en condiciones de alteración cognitiva y volitiva (de ebriedad) no puede ser reputado relevante.

144 En estos casos, como se indica a continuación, es posible «imputar» el resultado tanto a la conducta del sujeto activo como a la del pasivo, lo que debe redundar en una disminución de la pena de aquel. Además, ello es coherente con la legislación española vigente. En efecto, la exégesis de esta última pone de relieve que la eficacia solo atenuante del consentimiento en las lesiones alcanza también a las imprudentes (art. 155 en relación con el art. 152 CP español). *A fortiori*, no puede tener un efecto eximente si el riesgo colateral de la conducta es de muerte. Por tanto, sin descartar que en algún caso pueda llegar a eximir, lo razonable en estos casos de consentimiento de la víctima es optar por la solución de la atenuación de pena hasta dos grados. En consecuencia, la plena exención debe quedar reservada para estructuras análogas a la coautoría.

---

[215] La STS de 17 de julio de 1990 optó por una solución condenatoria. En contra, la mayoría de la doctrina: *Berdugo* (1982), 83; *Mir Puig*, ADPCP 1991, 263; *Portilla Contreras*, CPC 45 (1991), 695 ss.; *García Álvarez* (1999), 333.

5.2.2. La omisión de medidas de autoprotección del sujeto pasivo en casos de imprudencia

5.2.2.1. Planteamiento

No es nada infrecuente el caso del accidente derivado de la conducción con exceso de velocidad o en estado de ebriedad, que redunda en muerte o lesiones de un pasajero que no se había ceñido el cinturón de seguridad o que se había montado sin casco en una motocicleta conducida por otro.[216] En casos así, la doctrina de los tribunales suele aludir a la existencia de una «concurrencia» de culpas.[217] A su vez, dicha concurrencia tendría como efecto una cierta «degradación» de la imprudencia del sujeto activo. En términos técnicos, ello parece significar que tiene lugar una «disminución del injusto» de dicho autor. Sin embargo, en realidad aquí no se trata de que la infracción del deber de cuidado en la que incurre el conductor sea menos grave. Por el contrario, la conducta típicamente desaprobada del autor se mantiene incólume con independencia de si la víctima —al infringir deberes de autoprotección— también realizó un comportamiento relevante en cuanto a la producción del resultado. En realidad, incluso puede afirmarse que es más grave, puesto que el riesgo para el pasajero es superior que si este fuera correctamente protegido. **145**

En tales casos se produce una infracción de deberes de cuidado tanto por parte del sujeto activo como del sujeto pasivo. Ciertamente, cabe que el resultado responda exclusivamente a la conducta de este último —«culpa exclusiva» o plena «autorresponsabilidad»—, o bien únicamente a la conducta del primero. Sin embargo, en muchos de los casos problemáticos de interacción entre un sujeto activo y un sujeto pasivo no es posible afirmar la plena responsabilidad del primero, ni tampoco sostener que todo el hecho queda en el ámbito de responsabilidad del segundo. Por el contrario, se debe apreciar una concurrencia de aportaciones «responsables».[218] Expresado de otro modo, ha de tener lugar una especie de «fragmentación del resultado». **146**

5.2.2.2. Una propuesta de solución

Cuando el resultado lesivo da cuenta de riesgos procedentes del sujeto activo y del sujeto pasivo —en el caso, conductor y pasajero— lo razonable es imputarlo a ambos riesgos.[219] Así pues, la «concurrencia de riesgos», respectivamente atribuibles al conductor y el pasajero —por la infracción del deber de autoprotección—, puede producir uno de estos efectos: (i) conducir a imputar **147**

---

[216] En España el art. 82 a) de la Ley de Tráfico establece la mencionada posición de garante del conductor en relación con el pasajero, lo que pone de relieve que el ordenamiento jurídico no parte del principio de separación de esferas.

[217] *Torío López*, LH Fernández Albor, 1989, 709 ss.; *Cornacchia* (2004); *Castiñeira/Llobet/Montaner*, ADPCP 2005, 233 ss.

[218] *Harel*, California L. R. 82 (1994), 1181 ss.; *Contreras Chaimovich*, REJ 30 (2019), 107-108.

[219] *Puppe* (2003), 146; *Perin* (2020).

el resultado solo al sujeto pasivo —prohibición de regreso o bien culpa exclusiva de la víctima—;[220] (ii) imputárselo tanto al sujeto activo como al pasivo, en los términos de una concurrencia de culpas —«autoría paralela»—.[221] En el primer supuesto, se produce la ruptura del nexo de imputación objetiva del resultado con la conducta del sujeto activo —que puede calificarse también como «no desaprobada» en relación con dicho resultado—. En cambio, en la segunda variante es necesario comparar las diversas aportaciones no articuladas y cuantificarlas en lo relativo a su realización en el resultado. Ello se traduce en un «debilitamiento del nexo de imputación objetiva» del resultado con respecto a la conducta del autor.[222] En general la conclusión de todo ello debe ser la rebaja de la pena del autor en el marco de la individualización judicial, que en España debería canalizarse, más allá del art. 66.1.6.ª CP, por la vía del art. 21.7.ª CP (*cfr. infra* capítulo 28/68). Como puede advertirse, la atenuación de la pena por debilitamiento del nexo de imputación objetiva es en Derecho penal el equivalente funcional de la reducción de la indemnización en Derecho civil.

5.2.2.3. La responsabilidad civil

148 El Derecho civil considera la mencionada concurrencia de riesgos mediante los criterios de «compensación de culpas» que permiten cuantificar el monto de la indemnización.[223] Así, la jurisprudencia reduce el importe de la indemnización desde un 25% hasta incluso un 50%. En España, ello tiene lugar en aplicación del art. 114 CP, que señala que: «Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los jueces o tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización». Esta disposición, que comprende en su tenor literal a los delitos dolosos, permite considerar cualquier forma de contribución del sujeto pasivo.[224]

6. EL COMPORTAMIENTO POSTERIOR DEL SUJETO PASIVO

6.1. El comportamiento del sujeto pasivo no excluyente de la desaprobación de la conducta, sino de la imputación objetiva del resultado

6.1.1. La renuncia a la autoprotección en casos de estafa

149 Como ya se ha indicado, existen casos en los que la conducta del sujeto activo se encuentra efectivamente desaprobada *ex ante*, pero aun así el sujeto

---

[220] *Sánchez Lázaro*, ADPCP 2005, 455 ss., que propone para estos casos, *de lege ferenda*, una forma de tentativa imprudente.

[221] Próximo, *Martínez-Buján* (2019), 334 ss.

[222] *Cancio Meliá* (2.ª, 2001), 345 ss.; *Corcoy Bidasolo*, LH Bajo Fernández, 2016, 76 ss.

[223] *Torío López*, LH Fernández Albor, 1989, 709 ss.

[224] El contenido de la disposición guarda parentesco con la doctrina angloamericana de la «*contributory fault*» o bien «*comparative negligence*» del sujeto pasivo, pero es más amplio.

pasivo podría haber evitado el resultado lesivo. No obstante, opta por no hacerlo mediante un comportamiento autorresponsable de renuncia a la autoprotección. Para ilustrar este problema pueden servir algunos casos de estafa cuyo denominador común es el siguiente: en primer lugar, (i) se trata de sujetos pasivos dotados de experiencia en el mundo del comercio como, por ejemplo, entidades bancarias o compañías de seguros. Entonces, en segundo lugar, (ii) se produce un engaño bastante —por ejemplo, en la solicitud de un crédito o en la provocación fraudulenta de un siniestro— que, sin embargo, suscita dudas, lo que haría razonable adoptar la decisión de investigar al cliente. No obstante, en tercer lugar, por razones comerciales, (iii) se opta por la concesión inmediata del crédito o por el abono de la indemnización del siniestro. Todo ello determina la producción del perjuicio patrimonial. Pues bien, en estos casos cabe apreciar ciertamente tanto un comportamiento desaprobado del autor, como una relación de causalidad con el resultado. Sin embargo, es razonable excluir la imputación objetiva de este último a aquella conducta desaprobada, de modo que el sujeto activo responda únicamente de una tentativa de estafa. En efecto, el resultado se imputa a la infracción de un deber de autoprotección razonable y exigible al sujeto pasivo del delito de estafa.[225] Quien estime irrazonable la solución de la tentativa concederá, al menos, que procede atenuar la pena del delito consumado.

6.1.2. Las altas voluntarias y los documentos de voluntades anticipadas

Una variante de esta estructura, que se mueve en el marco de los delitos contra la vida, puede ser más plástica. Así, por ejemplo, el supuesto del sujeto pasivo de un intento de homicidio que, tras ser trasladado a un hospital, toma la decisión —informada y tras efectuarse un juicio acerca de su capacidad— de solicitar el alta hospitalaria voluntaria. En efecto, si el herido fallece luego en su domicilio, a causa de las graves lesiones, la responsabilidad del sujeto activo solo alcanza a la tentativa —con las lesiones consumadas que se hayan producido—.[226] Por su parte, el resultado de muerte se asocia a la decisión de solicitar la alta voluntaria, aunque ciertamente ello requiere sostener que tal decisión incrementó el riesgo de muerte. El criterio es análogo en los casos en los que un sujeto sufre heridas que se agravan porque no sigue las pautas de curación médicamente prescritas; en efecto, tampoco aquí es imputable la agravación a quien realizó la conducta lesiva. Obviamente, el caso es distinto si la decisión de la víctima se toma en condiciones de incapacidad. Por ejemplo, porque el sujeto pasivo, aturdido por la agresión, decide no ir al hospital, sino que se acuesta en su cama, en la que muere.[227] La vigencia de la legislación en materia de documentos de voluntades anti- **150**

[225] *Izquierdo Sánchez* (2018), 149 ss.

[226] SSTS 301/2011, de 31 de marzo; 712/2016, de 21 de septiembre.

[227] *Roxin*, LH Luzón Peña, I, 2020, 1035 ss.

cipadas —de instrucciones previas de los pacientes—, así como la de las leyes de homicidio a petición, genera nuevos problemas en este punto. Así, por ejemplo, cabe pensar en los casos en los que la víctima inconsciente de una agresión dolosa —o incluso de una conducta imprudente— ha dejado un documento de instrucciones previas rechazando la reanimación, lo que determina su muerte.

151 Por lo demás, concurrentes los elementos anteriores, la conclusión vale tanto para los casos de conducta imprudente del sujeto activo como para aquellos en que la conducta es dolosa. La opinión contraria, formulada para los casos de delitos dolosos, no tiene en cuenta que en ellos nadie discute la procedencia de imponer la pena de la tentativa, sino únicamente la de la consumación. Por lo tanto, como ya se indicó, no procede argumentar *a fortiori* con la regulación del desistimiento, figura que tiene como finalidad precisamente excluir la pena de la tentativa.

6.2. La autopuesta en peligro como reacción del sujeto pasivo de una agresión

152 En este contexto es necesario plantear el problema de si el resultado de la autopuesta en peligro —o incluso de la puesta en peligro de un tercero— por parte de la víctima que está siendo agredida puede imputarse a la conducta del agresor. En general, se trata de casos en los que la víctima agredida huye del agresor. Ahora bien, para imputar el resultado lesivo a este último es necesario construir una estructura de autoría mediata con instrumento en estado de necesidad —justificante o, como mínimo, disculpante—.[228] Es decir, resulta preciso que la conducta de la víctima sea razonable y no pueda ser interpretada como un exceso.[229] En cambio, si el agredido lleva a cabo una conducta irrazonable dada la naturaleza de la agresión, el exceso se le debe imputar a él mismo y no al agresor.

153 En definitiva, si la agresión afecta a bienes personales, una conducta del agredido que redunde a su vez en la autopuesta o heteropuesta en peligro de bienes personales se le debe imputar al agresor. Por ejemplo, si un camionero inicia una agresión sexual contra una persona a la que acaba de recoger en autoestop, se le imputan las consecuencias lesivas del hecho de que esta última se arroje de la cabina, siendo aplastada por las ruedas traseras del vehículo.[230] En cambio, tales efectos no se le imputan al camionero si se trata de una agresión patrimonial —por ejemplo, le reclama a un autoestopista que le entregue

---

[228] En la STS de 30 de diciembre de 1996 se trató del caso de una esposa que, asustada por las amenazas de su marido, en un momento en que la tiene agarrada del cuello y la muñeca, se suelta y se tira por el balcón de la vivienda, causándose lesiones.

[229] *Cancio Meliá* (2.ª, 2001), 362 ss.; *Feijóo Sánchez*, RDPC 5 (2000), 313 ss.: una especie de situación de necesidad.

[230] SSTS de 8 de noviembre de 1991; 1094/2005, de 26 de septiembre; 449/2009, de 6 de mayo; 353/2011, de 9 de mayo; 928/2013, de 5 de diciembre; 869/2015, de 28 de diciembre.

sus objetos de valor—.[231] Ahora bien, es importante que en la conducta del agresor no estuviera implícita la amenaza de causar otros males, en cuyo caso podría ser igualmente inexigible mantenerse en la cabina del vehículo. Por lo demás, la conducta del agredido que en su huida lesiona a terceros puede ser imputada al agresor si concurre un estado de necesidad coactivo, es decir, una instrumentalización no resoluble de otro modo (*cfr. infra* capítulo 20/98). De nuevo aquí debe tratarse de una autopuesta en peligro de la víctima que no sea irrazonable, en cuyo caso permanece activa la injerencia del sujeto activo —por concurrencia de una posición de garante o por darse una estructura de autoría mediata—.[232]

V. LA ACTUACIÓN SALVADORA DE UN TERCERO SOCORRISTA

1. PLANTEAMIENTO

154 Una cuestión distinta es la de si quien realiza una conducta lesiva dolosa o imprudente que pone en peligro a otra persona, debe responder por los resultados sufridos por terceros ajenos al proceso lesivo.[233] Por ejemplo, por los padecidos por terceros defensores de la víctima, terceros socorristas de esta e incluso por los daños causados por estos últimos a otros sujetos. Pues bien, un sector de la doctrina alude a que el criterio rector debe ser que «nadie debe poner a otro en una situación en la que la autopuesta en peligro resulta racional, esto es, indicada».[234] Mediante esta idea se trata de concretar la premisa general según la cual la prohibición de regreso no opera para limitar las responsabilidades de los sujetos especialmente obligados.[235] Así pues, el autor respondería de las lesiones sufridas por aquellos terceros. En cambio, la tesis contraria sostiene que los terceros salvadores actúan libremente, de modo que su lesión queda fuera del alcance del tipo. Esta posición concluye que no es punible el «favorecimiento» imprudente de una autopuesta en peligro libre,[236] aunque esta última tenga lugar en cumplimiento de un deber.

2. LOS CASOS DE OBLIGACIÓN DE ACTUAR

155 Quien genera una situación de peligro para otro está activando, a su vez, los deberes que otros muchos sujetos tienen en relación con este último. Ahora bien, esto significa que de ese modo también está generando peligros

---

[231] STS 270/2000, de 26 de febrero, con valoraciones doctrinales divergentes. Sobre el amplio debate doctrinal, con conclusiones mayoritariamente contrarias al fallo de la sentencia, *Gómez Rivero*, CPC 113 (2014), 144 ss.

[232] STS 265/2021, de 24 de marzo.

[233] *Biewald* (2003); *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 2005, 733 ss.; *el mismo*, LH Suárez Montes, 2013, 293 ss.; *Strasser* (2008); *Roxin*, FS Puppe, 2011, 909 ss.

[234] *Puppe* (2003), 248.

[235] *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 2005, 740 ss., 759.

[236] *Roxin*, AT, I, 4.ª, 2006, 11/99 ss.; *Martínez Escamilla* (1992), 362-363.

para estos —a saber, los que se susciten en el contexto del cumplimiento del deber respectivo—. En efecto, tales peligros no quedan fuera del ámbito de responsabilidad del primer agente, cuya conducta peligrosa no estabilizada ha desencadenado la actuación de otros. En concreto, de quienes tienen deberes de garante preexistentes o sobrevenidos —por asunción—, o bien deberes de socorro, derivados de esa situación. Ahora bien, la responsabilidad del sujeto activo requiere que los «terceros socorristas» hayan actuado en términos de necesidad y proporcionalidad, es decir, en el marco de los límites de exigibilidad del deber.[237] En cambio, si emprenden intentos salvadores carentes de sentido, manifiestamente desproporcionados, o los llevan a cabo de modo defectuoso, las consecuencias de estos últimos no se le pueden atribuir a aquel.[238]

156 Así, por ejemplo, quien arroja a otro al mar responde de las lesiones sufridas por el socorrista que va a salvarlo; quien genera un incendio de una vivienda responde por las lesiones sufridas por los bomberos al intentar salvar a sus ocupantes;[239] y quien hiere a un tercero responde por las lesiones sufridas por los médicos y sanitarios en el intento de salvar a este último. Esta estructura, por lo demás, se extiende a las lesiones sufridas por los agentes de la autoridad que intentan neutralizar graves desórdenes públicos o, en general, evitar la consumación de un delito. En cambio, un problema distinto es el de si responden los delincuentes en fuga por las lesiones sufridas por los agentes de la autoridad en su persecución. En efecto, la fuga, por un lado, no puede reputarse antijurídica[240] y, sobre todo, no justifica la exposición de los policías a conductas lesivas de sí mismos o de terceros.[241]

3. LOS CASOS DE CONDUCTAS SUPEREROGATORIAS

157 Un caso distinto se produce cuando el tercero socorrista no tiene ningún deber jurídico de actuar, sino que su conducta es supererogatoria. En estos últimos, el principio de autorresponsabilidad de quien decide intentar la salvación de la víctima constituye un argumento contrario a la imputación jurídico-penal del resultado lesivo que sufre.[242] Sin embargo, un sector de la doctrina se muestra a favor.[243] Pues bien, si la conducta, aunque no sea obligatoria, se halla jurídicamente permitida por responder, por ejemplo, a una legítima defensa de tercero, a su auxilio necesario, o a la actuación en ejercicio de un

---

[237] *Feijóo Sánchez*, RDPC 5 (2000), 317 ss., con examen de la casuística.

[238] *Beckemper*, FS Roxin, 2011, 397 ss.

[239] *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 2005, 739 ss.

[240] Salvo en el caso del autoquebrantamiento de condena. Cuestión distinta es la responsabilidad civil derivada de delito.

[241] *Gimbernat Ordeig*, LH Suárez Montes, 2013, 293 ss.

[242] Sobre la posibilidad de incluir este supuesto en la gestión de negocios sin mandato, *Rödig* (1986), 71.

[243] *Feijóo Sánchez*, RDPC 5 (2000), 277.

derecho, entonces debe hacerse responsable a quien generó el peligro. Desde luego, si se quiere incentivar la razonable intervención de estos sujetos, deben imputarse al agresor tanto los resultados lesivos que sufran, como los daños que puedan causar a terceros. El requisito es que las conductas llevadas a cabo se muevan en los límites que establece el estado de necesidad.[244]

158 En fin, ha sido objeto de discusión el caso de las autopuestas en peligro dolosas —intentos de suicidio— e imprudentes —práctica de deportes de riesgo— que dan lugar a situaciones en las que terceros —funcionarios públicos o particulares— emprenden un intento de rescate en el que sufren lesiones patrimoniales o personales. En este ámbito, la doctrina mayoritaria tiende a excluir la responsabilidad penal, en la medida en que la conducta inicial no es típicamente antijurídica. Por lo tanto, no existe un comportamiento penalmente desaprobado al que conectar el resultado en términos de imputación objetiva. Una cuestión distinta es la de si en estos casos procede estimar una responsabilidad civil de quien se pone en peligro por los daños sufridos por los terceros al salvarle. En efecto, las conductas supererogatorias de salvación generan una pretensión razonable de resarcimiento del daño que eventualmente se sufra. En cambio, si se dirige a los socorristas el mensaje de que pueden sufrir daños que, además, no serán cubiertos por nadie, se desincentivan las conductas voluntarias de salvación.

VI. EL PROBLEMA DE LOS RESULTADOS DIFERIDOS EN EL TIEMPO

1. PLANTEAMIENTO

159 Las conductas que dan lugar a la producción de resultados tardíos no constituyen una única institución dogmática. Por lo tanto, deben ser sometidas a algunos criterios de distinción, que permiten considerar, al menos, cuatro grupos de casos diferentes.[245] En el primer grupo (i) se integran conductas que producen un primer efecto lesivo, todavía no estabilizado, que a su vez forma parte de la explicación causal de un segundo resultado, producido en virtud de la adición de nuevos factores. Así, por ejemplo, cuando la persona ingresada en un hospital por un traumatismo fallece a consecuencia de una neumonía contraída en el centro sanitario. En cambio, el segundo grupo (ii) se integra por aquellos casos en los que la conducta produce una primera lesión al sujeto pasivo y, tras la estabilización de esta —su curación—, como secuela de aquella, queda una limitación permanente de facultades. Dicha secuela es la que forma parte de la explicación de un resultado sobrevenido con posterioridad —a veces, muy posteriormente—. Así, por ejemplo, cuando un sujeto hiere a otro que, como consecuencia de la lesión, queda cojo. Meses después, el sujeto con limitación de movilidad va a un cine, en el que se desencadena un incendio; su cojera impide que lo abandone con rapidez y fallece asfixiado.

---

[244] Aquí, de nuevo, la responsabilidad civil es clara.

[245] *Silva Sánchez*, LH Fernández Albor, 1989, 677 ss.

El tercer grupo (iii) comprende los casos en los que la noticia relativa a la conducta del sujeto activo, una vez recibida —de modo visual, o auditivo— por un tercero, le produce a este un daño por *shock*. En fin, el cuarto grupo (iv) es aquel en el que la conducta produce una mengua estacionaria de salud que reduce la expectativa de vida del sujeto pasivo. Entonces, la muerte de este se produce, por ejemplo, veinte años después de la realización de aquella conducta, cuando, en condiciones normales, gozaría de una expectativa de vida de cuarenta años.

2. CRITERIOS PARA LA SOLUCIÓN DE LOS CASOS

2.1. Los tres primeros grupos de casos

160 Los grupos de casos (i), (ii) y (iii) pueden afrontarse con las herramientas conceptuales ya expuestas más arriba, tanto en lo relativo al riesgo general de la vida (*cfr. supra* capítulo 10/144), como mediante los criterios del fin de protección de la norma, de la interrupción del nexo de imputación objetiva y de la autorresponsabilidad del sujeto pasivo. En efecto, se trata de situaciones en las que el resultado, en su relación con la conducta del sujeto activo, tiene lugar de modo no solo tardío, sino también indirecto. En todos ellos, es preciso combatir la tendencia intuitiva a responsabilizar a un sujeto por los daños secundarios e indirectos de su conducta, que trae causa del criterio del *versari in re illicita*. Así, el primero de los grupos mencionados (i) debe afrontarse con el argumento relativo a si se ha producido ya la estabilización del primer riesgo —y su sustitución por un riesgo general de la vida— o no. De este modo, a quien causa de forma desaprobada una lesión o enfermedad a otro, que determina su ingreso en un hospital, no se le imputa el fallecimiento del sujeto pasivo, debido a una neumonía por infección de bacterias resistentes a los antibióticos, que se encuentran en todos los hospitales.[246] Sin embargo, sí se le imputa cuando la primera lesión le produjo una inmunodepresión no superada, que fue un factor determinante de que la infección acabara siendo letal.

161 Por su parte, el segundo grupo (ii) debe abordarse con el argumento relativo a la autorresponsabilidad del sujeto pasivo.[247] En efecto, este último tiene que asumir las consecuencias de la primera lesión y afrontar su vida futura con responsabilidad, atendiendo a su situación de discapacidad. Ahora bien, para replantear los casos en estos términos, en realidad sería preciso que las secuelas del primer hecho hubieran sido objeto de una indemnización que constituyera una compensación integral. Dicha indemnización debería permitir disponer de las ayudas necesarias para que la vida diaria constituya un riesgo asumible. En cambio, para solucionar los casos del tercer grupo (iii) es preciso recurrir tanto al criterio del fin de protección de la norma, como a los

---

[246] *Gómez Rivero* (1998), 45 ss.

[247] *Roxin* (1976), 193; *Gómez Rivero* (1998), 46.

del riesgo general de la vida y de la autorresponsabilidad del sujeto pasivo.[248] A este respecto, resulta importante distinguirlos de aquellos otros supuestos en los que la conducta produce directamente el resultado lesivo por la vía de producir un *shock* en el sujeto pasivo.[249]

2.2. Los daños tardíos directos

El grupo cuarto (iv) se refiere a supuestos de producción directa del resulta- **162**
do. Ahora bien, lo distintivo es que en ellos el resultado acontece años después de la realización de la conducta. Expresado de otro modo, en el ejemplo de un delito contra la vida, que la conducta realizada no constituye en su momento la eliminación del cien por cien de la expectativa de vida del sujeto pasivo, sino la reducción de tal expectativa. El problema real que, en su día, desencadenó esta discusión vino dado por los casos de contagio del virus del SIDA, en los que la muerte del sujeto pasivo no se producía de modo inmediato, sino después de años de padecer la enfermedad. Pues bien, en este punto, se han dado cuatro posiciones distintas. Así, un sector (i) entiende que el lapso existente entre la realización de la conducta y la producción del resultado es irrelevante; otra opinión (ii) entiende que su relevancia debe ceñirse a la atenuación de la pena por la menor desaprobación de la conducta y, en todo caso, por la debilidad del nexo de imputación objetiva; un tercer grupo de autores (iii) excluye la propia relación de imputación objetiva; en fin, la cuarta posición (iv) excluye la propia desaprobación jurídico-penal de la conducta.

En efecto, esta última posición sostiene que, si entre la realización de la **163**
conducta y la producción del resultado han transcurrido los plazos establecidos en la legislación para la prescripción de la pena, entonces debe rechazarse la propia desaprobación penal de la conducta.[250] Sin embargo, los argumentos de filosofía y de sociología del tiempo que emplea para sostenerlo no son suficientes para aceptarlo. En efecto, la conducta, desde una perspectiva intersubjetiva *ex ante*, se halla típicamente desaprobada, de modo que, en función de su carácter doloso o imprudente, debe apreciarse una tentativa o una conducta imprudente.[251] Desde luego, es cierto que el Derecho penal histórico conocía reglas de exclusión de responsabilidad del sujeto activo por la producción de resultados diferidos en el tiempo. Así, disposiciones de esta naturaleza pueden hallarse, entre otros ejemplos, en el Código penal español de 1822 o en el Derecho antiguo angloamericano.[252] No obstante, resulta discutible que tales reglas se debieran a razones de Derecho penal sustantivo y, en concreto, de exclusión de la desvaloración del hecho. Más bien, parece

---

[248] *Roxin* (1976), 196.

[249] *Sowada*, FS Beulke, 2015, 283 ss.

[250] *Vásquez Shimajuko* (2004); *el mismo* (2013); *el mismo* (2017), 89 ss., 113 ss., 119 ss. Críticos, *Robles Planas* (2017), 133 ss.; *Palermo* (2017), 153 ss.

[251] *Gómez Rivero* (1998), 80 ss.

[252] En concreto, la regla de «un año y un día» en casos de homicidio («*the year and a day rule*»).

que responden a razones procesales —en concreto probatorias, derivadas de la dificultad de hallar testigos fiables mucho tiempo después de la producción de los hechos—.

164 En realidad, en estos casos lo que sucede, de entrada, es que la conducta contiene ya un riesgo *ex ante* inferior al pensado como caso estándar, que se basa en la relativa inmediatez entre conducta y resultado.[253] Además, el nexo de imputación objetiva *ex post* se debilita por la posibilidad de que a lo largo del período de tiempo que se abre una vez realizada la conducta, se generen cursos salvadores. En los casos de transmisión del SIDA esto se pudo comprobar directamente por el descubrimiento de medicamentos que permitían prolongar la vida de los afectados durante décadas. Por lo tanto, la opción por la atenuación de la pena es seguramente la más razonable. Con todo, conviene tener presente que los casos de resultados diferidos en el tiempo plantean otros problemas de índole procesal. Por un lado, los de prescripción del delito, por ejemplo, en casos en que las lesiones se consumaron en su día y la muerte no se ha producido.[254] Por otro lado, los relativos al efecto de cosa juzgada de una sentencia que enjuiciara la conducta del sujeto activo y le condenara por lesiones o por tentativa de homicidio, o por ambos títulos. En efecto, resulta más que discutible la posibilidad de revisar la sentencia en virtud de un «hecho nuevo» que redunda en perjuicio del reo.[255]

VII. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO EN LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN Y EN LA INTERRUPCIÓN DE CURSOS CAUSALES SALVADORES

1. LA CAUSALIDAD EN LAS OMISIONES

1.1. Presupuestos conceptuales

165 Como ya se ha indicado antes, la existencia de relación de causalidad entre una omisión y el resultado lesivo —no evitado— ha sido generalmente objeto de discusión. En efecto, la posición que se adopte en este debate depende de si el concepto de causalidad que se asume es uno metafísico —real, intrínseco—, o bien lógico-epistemológico —extrínseco—. Así, si se acoge el concepto metafísico, que se basa en las ideas de fuerza o de energía, entonces no cabe afirmar la existencia de causalidad entre una omisión y un resultado no evitado por ella.[256] Desde luego, mediante una omisión no se genera energía alguna que pueda transferirse a la producción de un resultado. Esto es lo que se expresa

---

[253] *Silva Sánchez*, LH Fernández Albor, 1989, 682 ss.; con matices, *Gómez Rivero* (1998), 80 ss., relativos a casos en los que ello pudiera ir unido a situaciones de dolor del sujeto pasivo o de ensañamiento del sujeto activo.

[254] *Serrano González de Murillo*, CPC 93 (2007), 113.

[255] En España, lo veta el art. 954 LECrim.

[256] *Arth. Kaufmann*, FS E. Schmidt, 1961, 214; *Silva Sánchez* (1986), 235; *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 2000, 41 ss.; *Moore* (2009), 54-55; *Luzón Peña*, LH Mir Puig, 2017, 689-690.

con la máxima clásica «de la nada, nada surge» (*ex nihilo nihil fit*). En cambio, si se acoge un concepto lógico-relacional de causa, sí cabe afirmar la causalidad de las omisiones, como en general de todas las condiciones negativas.[257] Esto último lo pueden aceptar todos los que, con base en Hume, entienden la causalidad como una relación mental conforme a leyes. Así lo hacen en la actualidad los partidarios de la doctrina de la condición NESS —causa es todo componente contingentemente necesario de una explicación mínima suficiente del resultado, conforme a leyes naturales o máximas de experiencia—. En efecto, desde esta perspectiva, la omisión de la evitación de un resultado lesivo es incluso condición suficiente de este último, pues su ausencia —esto es, la realización de la acción omitida— habría sido componente necesario de la explicación suficiente de la evitación de dicho resultado.[258]

166 La aplicación de la fórmula de la *condicio sine qua non* a los delitos de omisión requiere siempre añadir hipotéticamente la consideración de que la conducta omitida habría evitado el resultado. Por lo tanto, una omisión es condición negativa del resultado, cuando la realización de la acción omitida —la conducta alternativa a la llevada a cabo por el omitente— habría evitado ese resultado. Aquí se muestra con claridad la causalidad como una relación de dependencia contrafáctica, lo que da lugar a divergencias en cuanto al juicio que merece. En efecto, los partidarios de construir la imputación del resultado en los delitos comisivos activos sobre la base de la doctrina de la evitabilidad no advierten diferencia alguna en este punto entre comisión activa y omisión.[259] En cambio, si se parte de la acogida de un concepto real de causalidad como base de la imputación jurídica, no es irrazonable sostener que la omisión, debido a su relación no estrictamente causal, sino de mera dependencia contrafáctica con el resultado, debe recibir menos pena.[260]

167 La discusión sobre la causalidad de las omisiones no es específica de la figura jurídica de la comisión por omisión, sino que tiene que ver con la filosofía de la acción. En efecto, desde el punto de vista causal no existen diferencias entre unas y otras clases de omisiones. Expresado de otro modo, si se adopta el punto de vista realista, ninguna omisión causa. En cambio, si se adopta el punto de vista mentalista, todas ellas causan el resultado no evitado.[261] Ciertamente, una omisión no es ni más ni menos causal con respecto al resultado no evitado por el hecho de que quien omite lo haga infringiendo deberes de la máxima intensidad —el padre que no socorre al hijo menor que se está ahogando ante

---

[257] *Engisch* (1931), 29, 30, 31 n. 2; *Arm. Kaufmann* (1959), 61-62, 202-203 (con el matiz de que el omitente no es causa de su omisión); *Rödig* (1969), 126 ss.; *Puppe*, ZStW 92 (1980), 895 ss., 900; *la misma*, ZIS 2018, 486-487; *Kindhäuser* (1980), 75 ss., 208 ss.; *el mismo*, GA 1982, 496-497; *el mismo*, LH Mir Puig, 2017, 659; *Kahlo* (2001), 183 ss.; *Schaffer* (2004), 214; *el mismo*, LTh 16 (2010), 266; *Ast* (2010), 101-102; Mañalich (2014).

[258] *Puppe*, ZStW 92 (1980), 900-901; *la misma* (2003), 267; *la misma*, InDret 4/2008, 30 ss., 34 ss.

[259] Ya *Kahrs* (1968), 40-41; *Mañalich* (2014), 56 ss.; *Kindhäuser*, LH Mir Puig, 2017, 659.

[260] *Moore* (2009), 426, 435-467.

[261] *Silva Sánchez*, LH Quintero Olivares, 2018, 461 ss.

él— o de mínima intensidad —un bañista que pasea por la playa—.[262] Por tanto, la pretensión de diferenciar entre unas y otras clases de omisiones desde la perspectiva causal solo se puede sostener desde una tercera posición distinta de las dos mencionadas. Esta última identifica la causalidad con la introducción de un factor «anormal» en una cadena que constituye la condición suficiente de un resultado. Aplicada a lo que aquí interesa, esta concepción conduce a apreciar que una omisión solo debe reputarse anormal cuando existe previamente una regularidad que consiste en la reiterada realización de la acción omitida. Así pues, limita la afirmación de causalidad para aquellas omisiones que conllevan el incumplimiento de la rutina esperada.[263] Es decir, para casos que, en Derecho penal, se denominan de comisión por omisión.

1.2. La causalidad en los delitos de comisión por omisión

168 La doctrina dominante en Derecho penal y el propio tenor del art. 11 del Código penal español parten de que en los delitos de comisión por omisión no existe causalidad. Ahora bien, el problema de ese texto legal es que transmite la impresión de que la infracción del deber y la equivalencia según el sentido del texto de la ley pretenden y permiten equiparar la «causación» y la «no evitación» del resultado. Sin embargo, lo cierto es que ambos elementos afectan solo a la equivalencia de la conducta típica omisiva con la comisiva activa y no a la respectiva virtualidad causal. En efecto, la diferencia jurídico-penal entre las omisiones equivalentes y las no equivalentes no tiene que ver con su eficacia causal, sino con el contenido de injusto de la conducta. Esto significa que el abordaje del problema de la imputación del resultado en los delitos de comisión por omisión presupone haber resuelto previamente la cuestión de la identidad normativa de una omisión con la comisión activa correspondiente. Es decir, que ambas se vean abarcadas por el sentido del tipo, en lo que hace a constituir conductas penalmente desaprobadas.

169 Desde el punto de vista específico de la imputación del resultado a una conducta ya desaprobada —a los efectos de apreciar una consumación típica— la cuestión es si se requiere constatar una relación de determinación con arreglo a leyes de necesidad o no. Ahora bien, como ya se indicó, lo cierto es que tampoco en los casos de comisión activa se requiere una determinación del resultado por parte de la conducta con arreglo a leyes de necesidad. Por ese motivo, en la comisión por omisión cabe reputar suficiente que, entre la omisión equivalente y el resultado, exista una relación (contra-)fáctica que sea normativamente significativa a los efectos de establecer un nexo de imputación objetiva. Importa reiterar que la acogida de esta premisa no implica el establecimiento de criterios distintos para la imputación del resultado en los delitos de comisión activa y en los de comisión por omisión. En efecto, es cierto que

---

[262] *Engisch* (1931), 31.

[263] *Nino*, LL-A 1979, 812; *McGrath*, Philosophical Studies 123 (2005), 125 ss.

en muchos casos de comisión activa existe una relación de causalidad eficiente entre conducta y resultado. Igualmente es verdad que, en otros, aunque no quepa apreciar una causalidad eficiente, se puede constatar una relación gnoseológica de determinación con arreglo a leyes de necesidad. Por ejemplo, ello sucede en los supuestos de disminución o eliminación de medios de protección que se encuentran ya operativos en la esfera de la víctima, como, sin ir más lejos, las defensas internas de su propio cuerpo. Así, inyectar una sustancia inmunodepresora a un enfermo no causa eficientemente su muerte, sino que hace posible que un virus la cause, mediante la neutralización de aquellas defensas —necesidad con arreglo a leyes—. Ahora bien, en otros casos de comisión activa ni siquiera se da esta última relación gnoseológica de necesidad. En efecto, en los supuestos de correlaciones estadísticas, así como en los de intermediación de la libertad —la denominada «causalidad» psíquica—, se aprecia la comisión activa de un delito consumado sin constatar ni una causalidad eficiente, ni tampoco una relación gnoseológica de determinación con arreglo a leyes de necesidad. Por el contrario, se establecen únicamente nexos de probabilidad.

Lo que sucede en la comisión por omisión es que en ella se invierte la frecuencia de algunas certezas, a las que la doctrina se ha acostumbrado en la comisión activa. En efecto, mientras que en la comisión activa existen muchos casos de causalidad eficiente, en la omisión esta última no se da nunca. Por otro lado, en la comisión activa se dan con frecuencia relaciones contrafácticas de dependencia necesaria. En cambio, en la comisión por omisión estas se dan de modo menos frecuente, aunque sí pueden afirmarse en algunos casos. Por ejemplo, es posible afirmar con práctica seguridad *ex post* que, si el policía hubiera activado la alarma de su coche, o hubiera soplado su silbato, la una y el otro habrían sonado. Ahora bien, lo más frecuente en los casos de comisión por omisión —como, en general, de omisión— es la existencia de una relación de dependencia contrafáctica no necesaria entre conducta y resultado, de mayor o menor intensidad. De hecho, es esto lo que ha sido denominado «cuasicausalidad». Por tanto, lo usual en la comisión por omisión es algo menos frecuente en los delitos de comisión activa, pero que también se suscita —de hecho, cada vez más— en estos últimos. A saber, que para la imputación objetiva del resultado sea preciso recurrir a juicios de probabilidad. En la comisión activa ello puede suceder tanto en el plano de la causalidad como en el de la imputación objetiva.[264] En la comisión por omisión, las dos fases —en realidad, frecuentemente entremezcladas— se funden en una. 170

1.3. La articulación de la doctrina del comportamiento desaprobado y de la imputación objetiva del resultado en la comisión por omisión

1.3.1. Consideraciones generales

Como se ha señalado, en los delitos de comisión activa la norma prohíbe realizar una conducta que *ex ante* sea idónea para hacer más probable la pro- 171

[264] *Reyes Alvarado*, LH Rodríguez Mourullo, 2005, 875 ss.

ducción del resultado, adelantar el momento de su producción o agravar su medida. Por su parte, en los delitos de comisión por omisión la norma de conducta manda actuar en evitación del resultado. En concreto, se trata de que —desde una perspectiva *ex ante*— se realice una conducta idónea para disminuir la probabilidad de producción de aquel, disminuir su gravedad (en daños cuantificables) o retrasar su producción, cuando no es posible neutralizar totalmente el riesgo. Todo aquel sujeto que tiene *ex ante* la posibilidad de actuar en cualquiera de estos tres sentidos cuenta con capacidad de acción y de (actuar en) «evitación» del resultado. Por lo tanto, si no lleva a cabo la acción mandada, omite de forma penalmente desaprobada.

172 El juicio *ex post*, que tiene por objeto la relación entre la omisión jurídicamente desaprobada y el resultado, puede tener tres contenidos: (i) la constatación de que la realización de la conducta debida habría impedido el resultado o, en todo caso, habría disminuido su probabilidad o su gravedad, o habría retrasado el momento de su producción; (ii) la constatación de una probabilidad rayana en la seguridad de haber alcanzado uno cualquiera de esos cuatro efectos; o (iii) una probabilidad mayor o menor de que ello hubiera tenido lugar. En el primer caso, existe un amplio consenso en que es posible imputar el resultado, castigando por un delito consumado. En el segundo caso, lo común es que se concluya lo mismo. En cuanto al tercer caso, la solución depende de la perspectiva teórica que se adopte. En particular, de si se acoge la «doctrina de la evitabilidad», ya analizada a propósito de la comisión activa, o se opta por alguna de las que se oponen a esta. La doctrina dominante —que acoge una variante limitada de la teoría de la evitabilidad— hace depender la imposición de la pena del delito consumado de la constatación de que el sujeto, de haber actuado, habría conseguido evitar el resultado lesivo. A su vez, entiende que esto debe establecerse con seguridad o, al menos, con una probabilidad rayana en la seguridad,[265] por la exigencia procesal de que la relación se determine más allá de toda duda razonable. Sin embargo, tal modelo, como se ha señalado, plantea problemas graves de impunidad en los delitos imprudentes. En efecto, con ello se desincentiva drásticamente el cumplimiento de la norma de conducta.[266]

1.3.2. La opción por la doctrina de la «disminución de oportunidades»

173 Así las cosas, es preferible acoger la «doctrina de la no disminución del riesgo». Ciertamente, una cosa es que *ex ante* no se minimice el riesgo —al omitir las medidas comprometidas— y otra que el resultado producido *ex post* constituya la expresión de esa no minimización. En suma, siempre es necesario proceder a una revisión *ex post*. Esta, a su vez, conlleva una comparación hipo-

---

[265] *Mir Puig*, PG, 10.ª, 2016, 12/82.

[266] Relativamente próximos, *Roxin*, LH Cerezo Mir, 2002, 969 ss.; *Greco*, ZIS 2011, 676 ss.; *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 2015, 21 ss.; *el mismo* (2017).

tética entre lo que ha sucedido y lo que habría sucedido si el sujeto hubiera cumplido con las actuaciones de disminución del riesgo a las que se había comprometido. Ahora bien, para afirmar la imputación objetiva del resultado basta con la constatación *ex post* de que la acción omitida habría aumentado las posibilidades de evitación de dicho resultado.[267] En este punto, debe reiterarse que no cabe oponer a esta construcción el argumento crítico de *in dubio pro reo*, porque en ella no se afronta una cuestión fáctica, sino normativa.[268] Con todo, es preciso reconocer que algunos autores, aunque defienden la doctrina del incremento del riesgo en la comisión activa, rechazan la tesis de la no disminución de dicho riesgo en el ámbito de la comisión por omisión.[269] La razón de ello es la adopción como punto de partida de un concepto físico-real de causalidad —eficiente—. Partiendo de ahí, se añade que en la omisión no existe causalidad, de modo que la no disminución del riesgo tendría que ocupar el lugar central que desempeña la causalidad como criterio de imputación objetiva en la comisión activa. Ello, según se entiende, rebaja excesivamente las exigencias necesarias para un criterio de imputación objetiva.[270]

174 Por su parte, un sector de la doctrina española pretende prescindir de cualquier juicio hipotético *ex post*. En su opinión, una vez que se ha constatado la equivalencia típica de la omisión con la comisión activa, debe imputarse a la omisión el resultado causado por el curso de riesgo cuyo control se ha omitido. Es decir, a su juicio, para la atribución de responsabilidad en comisión por omisión procede en primer lugar «tomar prestada» la causalidad del curso natural lesivo no evitado. A partir de ahí, la comisión por omisión debe someterse a las reglas propias de la comisión activa, sin que sea preciso añadir ningún criterio adicional.[271] En este sentido, se afirma que en la comisión por omisión se «crea peligro» y «se causa» el resultado, porque se ostenta un control seguro o absoluto sobre ambos.[272] Sin embargo, la realidad es que no se causa empíricamente el resultado, sino que el sujeto omitente «se apropia» de un curso causal ajeno a través del compromiso de control sobre este, asumido previamente. En efecto, en esta construcción se toma como causalidad de la omisión la causalidad del curso lesivo que el omitente tenía que haber neutralizado para evitar el resultado.

175 Ciertamente, esta posición doctrinal pretende llevar hasta el final las consecuencias de la plena equiparación entre comisión por omisión y comisión activa. En esa medida, rechaza la imputación del resultado —porque recha-

---

[267] *Hardwig* (1957), 162 ss.; *E.A. Wolff* (1965), 27; *Stratenwerth*, FS Gallas, 1973, 238-239; *Puppe*, ZStW 95 (1983), 296, 302; *Perin*, AP 2 (2018), 39 ss., 45 ss. STS 805/2017, de 11 de diciembre («caso Madrid Arena»).

[268] En el mismo sentido, *Greco*, ZIS 2011, 676 ss., 678-679.

[269] *Schaffstein*, FS Honig, 1970, 173; *Schünemann*, GA 1985, 357 ss.

[270] Matizada, *Bolea Bardon*, LH Mir Puig, 2017, 468-469.

[271] *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 1994, 25 ss., 41; *el mismo*, ADPCP 2000, 72; *el mismo*, LH Morillas Cueva, 2018, 286 ss. Similar, *Luzón Peña*, LH Mir Puig, 2017, 695-696.

[272] *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 1964, 551 ss.; *el mismo*, ADPCP 1994, 38 ss.

za la equiparación— en todos aquellos casos en los que el garante no tiene de modo previo a su omisión un control seguro del riesgo propio del curso causal lesivo. Sin embargo, al excluir en todos ellos la concurrencia de una comisión por omisión, remite la mayor parte de los casos de afectaciones masivas propias de la sociedad del riesgo a la omisión del deber de socorro. Si además se tiene en cuenta que este último delito solo opera en relación con bienes personales, la solución propuesta conduce a la impunidad de la mayoría de los casos. En efecto, en primer lugar, aquella posición no tiene en cuenta que muchos riesgos cuyo control es asumido por parte de un sujeto no son plenamente controlables por este último, sino que al garante solo se le exige su minimización. Ello sucede en el día a día de la actividad médica, del control técnico de instalaciones industriales y en cualesquiera otras actividades humanas, como por ejemplo en la economía. De hecho, esto es así porque los riesgos permitidos no pueden gestionarse de otro modo. En tales contextos, para la comisión por omisión basta con que se asuma la minimización de un riesgo —con frecuencia, ya desencadenado— en la medida de lo posible, omitiendo después esa minimización posible y exigible. Sin embargo, eso no determina que estos casos no sean equiparables con los de comisión activa. Lo que tiene lugar es un fenómeno que también se da en la comisión activa —una relativa debilidad del nexo de imputación objetiva— y que, como ya se ha expuesto, debe conducir a la atenuación de la pena.

176 Además, la posición mencionada afronta problemas en los supuestos de omisión en los que existe un curso causal de origen humano. Cuando el curso causal lesivo no es natural, sino humano (delictivo), resulta que este «ya» es de alguien. Por tanto, la doctrina del «control absoluto por omisión» tendría que conducir a sostener que aquí no concurre comisión por omisión. Sin embargo, lo cierto es que la figura dogmática de la comisión por omisión no comprende solo la realización típica a título de autoría, sino también las formas de participación, en particular, la cooperación necesaria y la complicidad. En este grupo de casos aparecen conductas lesivas dolosas que no han sido impedidas, dolosa o imprudentemente, por un garante; igualmente, conductas lesivas imprudentes que no han sido impedidas, dolosa o imprudentemente, por un garante. Por tanto, la doctrina del control seguro por omisión no ofrece un concepto de comisión por omisión que comprenda tanto la autoría, como la intervención accesoria, como en fin la autoría paralela por omisión. Ciertamente, en ninguno de estos casos puede hablarse de una plena capacidad del garante de neutralizar el curso causal potencialmente lesivo.

1.3.3. Las consecuencias prácticas de la acogida de esta posición

1.3.3.1. Planteamiento

177 Con independencia de si el curso principal lesivo es de naturaleza delictiva —dolosa o imprudente— o natural —una enfermedad—, la posibilidad *ex ante*

de que alguien actúe para (intentar) evitarlo muestra una naturaleza clara. En efecto, constituye una oportunidad a la que el sujeto pasivo tenía derecho o con respecto a la que, en todo caso, ostentaba una expectativa protegida por el Derecho. Por tanto, el que, pudiendo actuar, omite, priva al sujeto pasivo de esa oportunidad.[273] Por lo demás, aprovechar esa oportunidad es, precisamente, el contenido de la actuación debida por parte del garante, por limitadas que fueran las expectativas asociadas a ella. Ahora bien, como ya se ha indicado, este problema tiene una dimensión cuantitativa que es irresoluble en términos binarios y que resulta ineludible abordar. En efecto, es preciso considerar en qué medida, de haber intervenido el garante, se habría disminuido la probabilidad de la lesión, su magnitud o la celeridad de su producción. En definitiva, parece razonable distinguir entre casos de disminución radical de oportunidades para el sujeto pasivo y casos en que esta disminución no tiene la misma entidad. La solución solo puede consistir en la aplicación de una atenuante muy cualificada, que permita imponer en su caso la pena inferior en grado (art. 21.7.ª CP español).

1.3.3.2. Algunos ejemplos

178 Ejemplo (1): En el denominado «caso de la metástasis»,[274] un médico había llevado a cabo una intervención quirúrgica para extirpar un tumor maligno. Ahora bien, dado que en la zona operada podían quedar células cancerosas, lo indicado era proceder a un tratamiento sucesivo de radioterapia. El médico omitió prescribirlo. El informe pericial forense sostuvo que el 95% de los pacientes que habían recibido radioterapia en intervenciones similares, sobrevivieron algo más de dos años; pero el restante 5%, no. La condena se basó en esta disminución de oportunidades para el paciente. Ejemplo (2): Algo similar sucedió en el «caso Madrid Arena», en el que un médico omitió proseguir las maniobras de reanimación de una persona que había sufrido un traumatismo por pensar erróneamente que ya había fallecido. En el proceso no se pudo probar que, de haber proseguido con las maniobras, la paciente se habría salvado. Sin embargo, sí se acreditó que, de no haberlas interrumpido, se habrían incrementado las posibilidades de salvación. Ejemplo (3): Un empresario farmacéutico, que había obtenido un contrato de provisión de medicamentos citostáticos, vendió durante años a consultas y hospitales de la red pública un producto al que había privado del principio activo en un 90%.[275]

---

[273] En francés e inglés, respectivamente, la «*perte de chance*» o «*loss of opportunity*».

[274] *Puppe* (2003), 78-79.

[275] *Rostalski*, GA 2018, 700 ss. En este último caso, una alternativa a la imputación a título de delito consumado con atenuación puede venir dada por la tipificación expresa de delitos de peligro concreto como el de privación de eficacia terapéutica a un medicamento, con riesgo para la vida o salud de las personas (art. 362.2 CP español), a la que se añada una agravación. A este respecto, *Rolinski*, FS Miyazawa, 1995, 500.

1.3.4. El caso de los garantes sucesivos

179 Un caso singular viene dado por el supuesto de las «cadenas de deberes» existentes dentro de una misma organización humana, o incluso entre organizaciones humanas distintas (*cfr. supra* capítulo 11/107). En efecto, en algunos casos el cumplimiento de su deber de garante por parte de un sujeto solo constituye el presupuesto para que, a continuación, otro garante cumpla el suyo, evitando directamente el resultado. Es decir, el primer deber tiene por objeto el favorecimiento del cumplimiento del deber de evitación del resultado por parte de otro. Así, por ejemplo, su cumplimiento puede consistir en derivar a un paciente al especialista para su mejor tratamiento, en informar a la dirección de la empresa sobre la procedencia de retirar un producto, o en proporcionar a un tercero el instrumento adecuado para el mejor desempeño de sus funciones. La pregunta es si cabe esgrimir el argumento de que la realización de la conducta omitida no habría evitado el resultado porque el destinatario de la prestación de todos modos no habría actuado del modo debido. En este punto, la doctrina muestra discrepancias. Estas versan sobre si hay que partir de que el destinatario habría cumplido con lo debido;[276] o, por el contrario, hay que partir del comportamiento más probable según criterios de experiencia.[277]

180 En realidad, como se ha ido señalando, es preciso distinguir entre el juicio acerca de la desaprobación de la conducta y el de imputación del resultado. El primero es un juicio *ex ante,* para cuya formulación basta con que desde esta perspectiva se dé alguna posibilidad de actuar en evitación del resultado. El segundo, en cambio, es un juicio *ex post,* en el que lo decisivo es determinar si la omisión del primer sujeto ha disminuido o no las posibilidades de evitar el resultado en el caso concreto. Pues bien, siempre que no se pueda excluir radicalmente toda posibilidad de que el segundo garante actúe, habrá tenido lugar tal disminución. Entonces debe producirse la imputación objetiva, con una atenuación de la pena en los términos que se han indicado antes. Así, por ejemplo, en el caso de un garante de información —por ejemplo, un responsable de cumplimiento normativo en una empresa— que no investiga una denuncia relativa a un delito, así que tampoco proporciona la respectiva información al órgano de administración de la sociedad. Sin embargo, para establecer la responsabilidad de aquel es preciso determinar si el órgano de administración, de haber recibido la información, todavía podía neutralizar el riesgo, o solamente llegar a evitar el resultado delictivo o, en fin, solo perseguir el hecho. En el primer caso, la omisión de información podría ser una participación por omisión en el delito en cuestión; en el segundo, en cambio, constituiría tan solo una intervención paralela. En fin, en el tercero, únicamente un encubrimiento por favorecimiento real.

---

[276] *Puppe,* InDret 4/2008, 39: nadie puede pretender descargarse de responsabilidad esgrimiendo un hipotético comportamiento contrario a deber del garante que obra a continuación.

[277] *Gimbernat Ordeig,* ADPCP 2000, 59 ss.; *Greco,* ZIS 2011, 691.

2. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO EN LOS CASOS DE INTERRUPCIÓN DE CURSOS CAUSALES SALVADORES

2.1. Planteamiento

181 En la interrupción de cursos salvadores no concurre una causalidad eficiente entre la conducta del sujeto y el resultado lesivo. Por el contrario, sí se da una relación de causalidad en términos mentales o gnoseológicos. Así pues, cabe establecer una relación análoga a la que se aprecia en los casos de omisión.[278] Como ya se ha indicado, para un sector de la doctrina existe una diferencia metafísica entre esta relación y la causalidad intrínseca que considera propia de la comisión activa. Sin embargo, ya se ha indicado que en algunos casos que, de modo indiscutido, se califican de comisión activa tampoco se da tal causalidad eficiente. Por ejemplo, aquellos en los que se priva al sujeto pasivo de una defensa ya disponible en su ámbito de organización. Por lo tanto, las consideraciones efectuadas a propósito de la imputación objetiva en los delitos de omisión son aplicables aquí *mutatis mutandis*.

182 Al igual que en los casos de omisión, la relación entre la conducta de interrupción de un curso salvador y la producción del resultado lesivo puede alcanzar intensidades diversas. En algunos, es posible que se determine *ex post* que el curso salvador, de no haber sido interrumpido, habría evitado con seguridad el resultado lesivo. En cambio, en otros, *ex post* solo se determinará que muy difícilmente lo habría evitado. Entre uno y otro extremo, en la mayoría de los casos el juicio *ex post* no podrá abandonar las perspectivas de una probabilidad mayor o menor. Además, en los casos de cursos salvadores humanos, los juicios de probabilidad se ven afectados por la radical intermediación de la libertad. En efecto, resulta imposible excluir que el agente salvador hubiera desistido —voluntaria o involuntariamente— de proseguir su intento, aunque este no hubiera sido interrumpido, de modo que el resultado lesivo se habría producido igualmente. Por lo tanto, la cuestión es cómo abordar el gran número de situaciones de inseguridad que se suscitan.

183 Desde luego, *ex ante* —en el plano de las normas de conducta— tiene sentido obligar al sujeto a llevar a cabo cualquier conducta de salvación posible. Existe acuerdo en que, dada la no improbabilidad *ex ante* de que un curso salvador tenga éxito, su interrupción, si concurre dolo, constituye un intento penalmente relevante de comisión del delito de que se trate.[279] La cuestión es qué hacer en cuanto a la imputación del resultado. Pues bien, como en los casos de omisión, una posibilidad es prescindir de atribuir relevancia al juicio hipotético *ex post*.[280] De este modo, si, tras la interrupción penalmente desaprobada, se produce el resultado, entonces este último se le imputa al

---

[278] *Kahrs* (1968), 217; *Welzel*, AT, 11.ª, 1969, 44; *Philipps* (1974), 120 ss.

[279] Si la interrupción es imprudente, será una conducta desaprobada, aunque todavía no punible.

[280] *Gimbernat Ordeig*, ADPCP 2000, 72, cuyo criterio es si el sujeto mantuvo controlado o no el curso que dio lugar al resultado lesivo.

interruptor, haciendo abstracción de lo que habría ocurrido si no hubiera interrumpido el curso salvador.

2.2. Una propuesta de solución

184 El problema, por tanto, sigue existiendo si se determina *ex post* que en el caso concreto era muy improbable, sencillamente improbable o poco probable que el curso causal «salvador» interrumpido hubiera evitado la lesión. La doctrina de la (no) disminución del riesgo fundamenta la imputación del resultado en estos casos con base en la idea de que en todo caso no se ha disminuido el riesgo que podría haber sido menguado.[281] Sin embargo, no es igual interrumpir un curso salvador seguro o casi seguro que otro que lo más probable es que fracase. Ciertamente, en estos casos se ha privado al sujeto pasivo de una oportunidad, esto es, de posibilidades de neutralización del resultado.[282] Como se viene sosteniendo reiteradamente, lo razonable aquí es imputar el resultado, con una penalidad menos grave para el sujeto activo que, en la legislación española, podría canalizarse a través de la atenuante analógica, apreciada como muy cualificada. Así, por ejemplo, en el caso ya mencionado en el que un médico consigue, mediante engaño, que algunos pacientes suyos, que ya han entrado indebidamente en la lista de espera para trasplante de hígado, reciban un número de orden superior al que les corresponde. De este modo, otras personas, que habían entrado legítimamente antes, quedan pospuestas. Ciertamente, ello no permite asegurar que, de haber dejado intacta la lista de espera, tales personas habrían logrado un órgano adecuado, habrían recibido el trasplante y habrían sobrevivido. Sin embargo, sí se puede afirmar que con la maniobra fraudulenta se disminuyeron sus posibilidades de sobrevivir.[283]

---

[281] *Greco*, ZIS 2011, 674 ss.

[282] *Puppe*, ZStW 95 (1983), 296, 302: se trata de ámbitos en los que rige una determinación no necesaria.

[283] Estos son los hechos de la sentencia del Tribunal Supremo alemán del 28 de junio de 2017, que comenta *de Sousa Mendes* (2019), 253 ss.