

VALORACIONES, NORMAS Y ANTIJURIDICIDAD PENAL

Santiago Mir Puig

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

MIR PUIG, Santiago. Valoraciones, normas y antijuridicidad penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2004, núm. 06-02, p. 02:1-02:19. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-02.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 06-02 (2004), 28 mar]

RESUMEN: En el presente trabajo, el autor revisa la tesis que en su producción anterior venía defendiendo en torno a la antijuridicidad penal, que concebía como esencialmente consistente en la infracción del imperativo normativo. Con las

implicaciones y matices que en este trabajo desarrolla, su actual posición atribuye un papel fundamental también a las valoraciones jurídicas específicas distintas de la infracción de la norma primaria.

PALABRAS CLAVES: Desvalor, antijuridicidad penal, imperativo, infracción de la norma.

Fecha de publicación: 28 marzo 2004

I

Desde hace unos años concedo mayor importancia que antes a las valoraciones jurídicas en mi concepción de la antijuridicidad penal¹. Anteriormente entendía ésta desde la óptica de la norma penal primaria, como infracción del imperativo dirigido por ella al ciudadano. Siempre reconocí (expresamente)² que la norma imperativa presupone una

Nota previa: Una versión anterior de este artículo apareció en noviembre del año 2002 en el volumen colectivo *La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*

¹Cfr. Mir Puig, Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en derecho penal, ADPCP 1994, pp. 5 ss.; también en el mismo, El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, 1994, pp. 225 ss., y el mismo, Objektive Rechtswidrigkeit und Normwidrigkeit im Strafrecht, ZStW 108 (1996), pp. 759 ss.; el mismo, Derecho penal, Parte General, 4ª ed. 1996, Prólogo y pp. 111, 139 ss.; 5ª ed. 1998, pp. XXV ss., 111, 139 ss.

²Cfr. Mir Puig, Derecho penal, Parte General, 1ª ed. 1984, pp. 30 s., 3ª ed. 1990, pp. 43 s.; el mismo, Introducción a las bases del Derecho penal, 1ª ed. 1976, p. 57. Nunca he dudado de que las normas penales secundarias (las que imponen el deber de castigar) también presuponen una valoración previa. Atienza y Ruiz Manero, Las piezas del Derecho, 1996, p. 128, malinterpretaron mi posición cuando entendieron mi afirmación de que las normas secundarias no pueden “sino tener carácter imperativo” (citando la 3ª ed. de mi Derecho penal, Parte General, 1990, p. 43) en el sentido de que “aquí ni siquiera cabría hablar de que exista un elemento de valor” (como interpretaron Atienza y Ruiz Manero, loc. cit.). Lo único que quería decir al afirmar que las normas secundarias “no pueden sino tener carácter imperativo”, era que, ante la “alternativa” norma de valoración o norma imperativa, las normas secundarias no pueden sino ser normas imperativas. Dicha alternativa había acabado de plantearse en el párrafo anterior de mi Derecho penal, PG, en los términos siguientes: “Una norma sería de valoración si se limitase a expresar un *juicio de valor*, positivo o negativo, *sin imponer ningún imperativo dirigido a su destinatario*. ‘Norma de determinación’ significa, en cambio, la expresión de un *mandato* o *prohibición* que

valoración previa, pero creía y sigo creyendo que esta valoración no es lo específico de dicho concepto de norma. Entender la antijuridicidad como infracción de la norma primaria significaba, pues, para mí, que el hecho penalmente antijurídico infringía el mandato de la norma, era oposición al imperativo normativo. Esta oposición le confería su desvalor jurídico específico, y en sentido estricto sólo el hecho infractor del imperativo podía ser considerado disvalioso como contrario a Derecho. El ámbito de los hechos desvalorados como penalmente antijurídicos coincidía con el de los hechos infractores de alguna norma penal imperativa. En la actualidad, en cambio, creo que ni la categoría de antijuridicidad penal, ni ninguna otra de la teoría del delito puede comprenderse adecuadamente sólo desde su relación con la norma imperativa, sino solamente desde el reconocimiento de que las diferentes categorías del delito suponen valoraciones jurídicas específicas distintas a la de infracción de aquella norma. En este trabajo deseo fundamentar y desarrollar este planteamiento.

II

Pero antes justificaré la introducción de valoraciones jurídicas en la teoría del delito. Me parece muy conveniente tanto para el análisis del Derecho positivo, como para su evaluación crítica, y muy especialmente para una orientación consciente de la teoría del delito a una determinada Política criminal.

La dogmática jurídica, y en particular la dogmática jurídico penal, no se ha limitado a la tarea más indudablemente *científica* que, desde un concepto positivista de ciencia, correspondería a la teoría del Derecho: la de describir las normas y otras disposiciones expresamente previstas en un sistema jurídico y las que se deduzcan lógicamente de ellas

trata, a modo de imperativo o directivo, de *determinar* la conducta de su destinatario.” Seguía inmediatamente, en párrafo aparte, la frase anterior a la citada por Atienza y Ruiz Manero: “En el ámbito del Derecho penal de la pena la discusión de esta alternativa tiene sentido con relación a las normas primarias dirigidas al ciudadano”. A continuación venía la frase: “Me parece obvio que las ‘normas secundarias’ dirigidas al Juez no puedan sino tener carácter imperativo, puesto que sin duda *ordenan* la imposición de una *pena*”. Y se añadía: “En cambio, cabría discutir si las normas primarias son de valoración o de determinación”. En este contexto, lo que quería decirse al afirmar que las normas secundarias “no pueden sino tener carácter imperativo” era que era evidente que tales normas no podían tener el carácter de norma de valoración en el sentido acabado de indicar (“sin imponer ningún imperativo”), porque “sin duda *ordenan* la imposición de una *pena*”. No pretendía, en modo alguno, negar para las normas secundarias la existencia de una valoración previa. De hecho, en mi Derecho penal cit. (que es donde se encuentra la frase citada por Atienza y Ruiz Manero sobre las normas secundarias) mis conclusiones acerca del carácter imperativo de las normas penales y de que presuponen una valoración previa se referían literalmente tanto a las normas primarias como a las secundarias: “Las normas penales, *tanto las secundarias* como las primarias, deben entenderse, pues, ante todo como expresión de un imperativo (...) *Las normas secundarias* refuerzan esta motivación mediante la amenaza de la pena. Evidentemente, al imperativo precede la valoración negativa de la conducta” (Derecho penal cit., 1ª ed. p. 30, 3ª ed. pp. 43 s.; si en mi Introducción a las bases del Derecho penal no mencionaba las normas secundarias fue porque en esa otra obra anterior no me refería en absoluto a ellas respecto a la cuestión planteada). No establecí, pues, ninguna diferencia entre las normas primarias y las normas secundarias a la hora de concluir que “al imperativo precede la valoración negativa de la conducta”. Y no lo hice porque estoy completamente de acuerdo con Atienza y Ruiz Manero en que, como afirman, “la necesidad de justificación del imperativo es incluso más clara... en el segundo supuesto que en el primero: pues el imperativo ‘prohibido matar’ ordena abstenerse de realizar una acción disvaliosa, mientras que el imperativo ‘obligatorio imponer tal pena’ ordena realizar algo... que es, en sí mismo, disvalioso” (Ibidem). Por el contrario, me parece discutible que las valoraciones que dan lugar a las normas imperativas (primarias y secundarias) no sean sólo un presupuesto de éstas, sino que formen parte de su propio concepto.

(en el sentido estricto de estar implicadas lógicamente en aquéllas), añadiendo únicamente las relaciones lógicas entre las proposiciones que enuncian tales normas y su sistematización³. Desde una epistemología como ésta, la teoría del delito no sería posible tal como la conocemos, puesto que presupone elementos no expresados en los textos legales ni deducibles lógicamente de éstos. Así, las normas primarias o de conducta como las que la dogmática jurídico-penal supone infringidas por el delito, no están formuladas ni están implicadas lógicamente en los textos que prevén las normas que asignan penas a las conductas delictivas⁴. Sin embargo, la vía que ha seguido la dogmática jurídico-penal, aunque no sea *científica* en el sentido de las ciencias duras, resulta mucho más fructífera, porque permite, por una parte, profundizar en el significado material del Derecho positivo y, por otra parte, asumir la función de orientar al legislador en el perfeccionamiento del Derecho y al juez en su aplicación, que inevitablemente supone también una decisión en parte creadora (una elección en el marco de posibilidades que ofrece la ley, una *continuación creadora de la ley*)⁵.

1. La sola contemplación de los textos legales en su sentido literal no permite captar todo el sentido normativo del Derecho vigente. Por seguir con el ejemplo de las normas primarias no escritas, aunque no se deducen lógicamente de los textos legales, sólo su admisión explica adecuadamente la diferencia de significado que existe entre un hecho penado (que ha de verse como indeseado) y un hecho al que se pone un precio (que puede ser deseado, como el aparcamiento de pago que el dueño del estacionamiento desea que tenga lugar, a diferencia de lo que ocurre con el estacionamiento sancionado con una multa, que ha de considerarse indeseable). Y aunque la prohibición de los comportamientos penados no esté explicitada ni esté implicada en la literalidad de los

³Ver p. ej., Alchourron/Bulygin, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Buenos Aires 1975, *passim*; los mismos, La concepción expresiva de las normas, en los mismos, Análisis lógico y Derecho, 1991, pp. 129 s.; Bulygin, Dogmática jurídica y sistematización del Derecho, en Alchourron/Bulygin, Análisis lógico y Derecho, 1991, pp. 470 s., 477 s., insistiendo en que el dogmatismo no se limita a describir el Derecho vigente cuando *asignan* un determinado significado a textos legales ambiguos u oscuros, ni cuando *ajusta o adecua* el sistema a ciertas exigencias de completud, coherencia o justicia, lo que supone ya *cambiar* el Derecho cuando logra imponerse -aunque ahora Bulygin no parece del todo contrario a que la dogmática asuma esta función creadora-. Ya Kelsen, Teoría pura del Derecho, 11ª ed., Buenos Aires 1973, p. 170, excluía de la labor científica la determinación de la interpretación *correcta* entre las varias opciones que permite un texto legal. Una posición especialmente restrictiva de lo que puede considerarse ciencia jurídica ostiene en España Hernández Marín, Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica, 1989, pp. 455 ss.; el mismo, Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho, 1999, p. 18. Sobre modelos positivistas de ciencia jurídica, sin aceptarlos, Nino, Introducción al análisis jurídico, 1991, pp. 316 ss.

⁴Así Hernández Marín, Introducción a la teoría de la norma jurídica, pp. 212 ss.

⁵Cfr. Mir Puig, Dogmática creadora y Política criminal, en el mismo, El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, 1994, pp. 13 ss. Actualmente se suele admitir que la dogmática no se limita a describir el Derecho, sino que incluye también proposiciones que no se desprenden lógicamente de las normas jurídicas, aunque se refieran a éstas, y que en sí mismas tienen un sentido normativo. Cfr., p. ej., Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 2ª ed., 1991, pp. 314 ss., 320 s.; Atienza/Ruiz Manero, las piezas del Derecho cit., p. 20. La argumentación jurídica, y dentro de ella la dogmática, presupone un grupo social (el de los juristas) que comparte determinados valores y valoraciones, (lo que Perelman llama "auditorio" y tras lo cual habría lo que Wittgenstein llamó una determinada "forma de vida" y consideró condición de cada "juego de lenguaje", fuente a su vez de la aceptación intersubjetiva de los distintos usos lingüísticos): sobre esta base, y tras reconocer que la validez de una argumentación dogmática no tiene un fundamento empírico ni lógico, Aarnio, Linguistic Philosophy and Legal Theorie, en Rechtstheorie, Beiheft 1 (1979), pp. 23 ss., 36, 39 s., llega a la conclusión, compartible, de que la dogmática depende del *consenso* de la comunidad jurídica implicada, cuyos valores y valoraciones (en evolución) forman parte de sus criterios de validez.

textos legales, una *interpretación* de su significado material permite admitirla. Así, cabe entender que las disposiciones que castigan conductas presuponen que éstas están prohibidas⁶ o, mejor, que las disposiciones legales que castigan una conducta al mismo tiempo están transmitiendo de forma tácita e indirecta la prohibición de tal conducta⁷. Existen además antecedentes en el Derecho histórico, el hecho de que conductas menos graves como ciertas infracciones administrativas estén prohibidas expresamente, o que el propio Código penal designe como “infracción penal” (ahora ya en un lugar tan importante como la rúbrica del Capítulo Primero del Título Primero del Libro Primero, que empieza con la definición de delitos y faltas)⁸, que aconsejan entender que el Derecho vigente no sólo emite normas que castigan los delitos, sino también otras que los prohíben.

Del mismo modo, también contribuye a aprehender el significado pleno del Derecho positivo descubrir las valoraciones y principios que existen tras las normas jurídicas.⁹ Algunas valoraciones y principios del Derecho están explicitadas en la Constitución¹⁰ y en otros textos legales, y tal explicitación será muy útil para comprender e interpretar prescripciones jurídicas más concretas. Pero hay muchas otras valoraciones y principios que no están formulados en ningún texto legal y que, sin embargo, están en la base de normas jurídicas.¹¹ Mucho antes de la Constitución de 1978 el Código civil español (anterior art. 6) ya incluía los “principios generales del Derecho” entre las fuentes del Derecho, como sigue haciendo ahora en su art. 1. Estos principios no tienen que estar necesariamente escritos, sino que basta que informen materialmente el Derecho positivo para poder entender que forman parte de él.

⁶Así Nino, Introducción cit., p. 184

⁷Así Mir Puig, Derecho penal, Parte General, 5º ed. 1998, p. 28 ss.

⁸Cfr. Mir Puig, *Ibidem* y Comentarios al Capítulo Primero del Título Primero del Libro Primero del nuevo Código penal, Rev. Jurídica de Catalunya, 1997, pp. 314 s.

⁹Aunque importantes autores como Esser, Del Vecchio y García de Enterría ya habían subrayado anteriormente la importancia de los principios jurídicos, Dworkin reavivó el interés por los mismos en los años 70, al utilizarlos como muestra de la insuficiencia de la concepción de Hart. Cfr. sobre esto Puigpelat, Principios y normas, en Anuario de Derechos Humanos, nº 6 (1990), pp. 231 ss.

¹⁰Así ya el art. 1, 1 de la Constitución declara como “valores superiores” del ordenamiento jurídico “la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Estos valores, como el de dignidad humana proclamado en el art. 10 CE, han dado lugar a una rica reflexión por parte de filósofos del Derecho, constitucionalistas y juristas de otras ramas. Sobre parte de ese debate ver Llamas Cascón, Los valores jurídicos como ordenamiento material, 1993, pp. 172 ss. (refiriéndose a las aportaciones de Elías Díaz, Peces-Barba, Eusebio Fernández, Luis Prieto, Pérez Luño, Javier Lucas, Laporta, Ruiz-Miguel, De Páramo, Ollero, Parejo, etc.). La posición de este autor comparte la de buena parte de estos autores, que ve en la afirmación de tales valores superiores por parte de la Constitución la positivización de valores preexistentes, que supondría una puerta abierta a exigencias éticas y, por tanto, una cierta superación del modelo estrictamente positivista de Derecho; ello haría innecesario, por otra parte, seguir sosteniendo el modelo iusnaturalista como fundamento y/o límite del Derecho positivo, puesto que sus exigencias materiales podrían considerarse incorporadas al Derecho positivo a través de su reconocimiento de los valores superiores. En cualquier caso, en el Derecho no importan sólo tales valores superiores, que sin duda fueron tomados por la Constitución de aspiraciones fuertemente enraizadas en la cultura occidental, sino también los concretos valores y valoraciones que sirven de base a las distintas normas del ordenamiento jurídico. La búsqueda de estas valoraciones concretas, que han de ser punto de partida para la interpretación y la elaboración dogmática, estará condicionada por el contenido de las normas jurídico-positivas, pero también exigirá la contemplación del contexto cultural general y de la cultura jurídica en particular, desarrollada por la dogmática y la jurisprudencia. El presente trabajo pone de manifiesto la correlación de las distintas categorías de la dogmática del delito con valoraciones jurídicas aún más concretas que la que supone la infracción de una norma.

¹¹Cfr. Atienza y Ruiz Manero, Las piezas del Derecho cit., p. 6, 124.

Una dogmática que quiera penetrar en el sentido material de las instituciones jurídicas no puede renunciar a la búsqueda de las valoraciones y principios que las fundamentan. Y tal búsqueda no ha de limitarse a las valoraciones y principios jurídicos más generales, sino que ha de alcanzar hasta los más específicos. Es lo que hace la doctrina dominante cuando indaga qué bienes jurídico-penales se protegen por los distintos preceptos penales. El concepto de bien encierra una valoración positiva, y el concepto de bien jurídico-penal supone una valoración positiva por parte del Derecho penal. Esta valoración sirve de guía a la interpretación del precepto penal correspondiente: integra (junto a otras valoraciones) su *ratio legis*. También se manifiesta en las otras dos funciones que se suelen asignar a los bienes jurídicos tutelados por la ley penal: la clasificación de los delitos y faltas, y la graduación de la gravedad del hecho en la determinación de la pena. Aquí quiero subrayar que las valoraciones relacionados con los bienes jurídico-penales y otras valoraciones que mencionaré han de ser tomados en cuenta para comprender el significado específico de las distintas categorías de la teoría del delito, así como las diferencias que justifican su distinción y las relaciones que existen entre ellas.

2. Antes de desarrollar lo que acabo de enunciar, me detendré un momento para señalar la importancia de desvelar las valoraciones y principios del Derecho penal vigente para su evaluación crítica y para contribuir a su desarrollo. Se puede evaluar con más fundamento una norma jurídica si se conoce qué valores protege o cómo resuelve un conflicto de valores. Por otra parte, el conocimiento de las valoraciones que fundamentan determinada regulación jurídica tiende a provocar su evaluación crítica, positiva o negativa. Es un efecto que suele producir la manifestación de un juicio de valor: puesto que supone una pretensión de deber ser frente al receptor, entra en confrontación con los valores de éste y a generar en él conformidad o disconformidad. Si alguien me dice que algo es bueno, tiendo a tomar posición (tanto si la manifiesto como si no) coincidiendo o discrepando. Quien quiere evitar la crítica de lo que hace por egoísmo tratará de esconder este significado valorativo. La autoridad que no admite que sus normas sean contestadas no considera necesario motivarlas apelando a su racionalidad, porque hacerlo debilitaría la idea de que basta su voluntad para imponerlas y daría a entender que la legitimidad de sus normas no depende solamente de su poder, sino también de que sus valoraciones sean aceptadas por sus destinatarios. También hay otro camino, muy frecuentado, para evitar la crítica: encubrir el posible significado negativo afirmando otro positivo falaz o, por lo menos, ocultando los aspectos que podrían provocar valoraciones negativas y resaltando sólo aquéllos otros que merecerán una valoración positiva. El legislador democrático, por el contrario, ha de facilitar que sus normas puedan ser valoradas correctamente por los ciudadanos, puesto que su legitimidad depende de un consenso generado en condiciones válidas —entre las cuales cuenta el máximo conocimiento posible de los valores afectados positiva y negativamente por las normas—. La doctrina jurídica ha de contribuir a controlar la legitimidad de cada una de las normas poniendo de manifiesto las valoraciones que implica.

La evaluación crítica de la legislación por parte de la doctrina jurídica será más sólida y coherente si se basa en una orientación político-jurídica consciente de su significado global. Las valoraciones concretas deben inscribirse en un marco general de valores. Es

deseable que cada autor explicita cuál es su orientación político-jurídica, para que sus opiniones puedan también ser valoradas adecuadamente por sus lectores. Desde mi punto de vista, el jurista tiene que esforzarse por reflejar las aspiraciones más indiscutibles de su ámbito cultural. Las declaraciones internacionales de derechos humanos y las Constituciones de su ámbito cultural han de ser nuestro punto de partida. Las exigencias que impone el modelo político del Estado social y democrático de Derecho creo que son válidas para todos los países que comparten nuestra tradición jurídica, y no sólo en los que se exprese este modelo en la Constitución. Principios generales como éstos imponen exigencias que en muchos casos distan de haberse realizado concretamente. Admitir los principios no es aceptar el *statu quo*, sino reclamar que se vaya revisando en un proceso de progresiva realización de aquellos principios. Sólo pondré un ejemplo: admitir el principio de igualdad, que nadie discute seriamente en Occidente, no supone aceptar las desigualdades (importantes) que todavía existen en las legislaciones y en la realidad, por razón de sexo, económicas, etc.

Cada jurista ha de orientar consciente y declaradamente su elaboración dogmática en valores y principios que crea capaces de generar consenso. No cabe olvidar que, aunque no lo persiga, no podrá impedir que sus propuestas teóricas (aun las que pretendan presentarse como neutrales) favorezcan determinadas consecuencias político-jurídicas. Cuando se trata de la concepción global del Derecho penal o de algo también tan general como la teoría del delito, es especialmente importante ser consciente de su significado político-jurídico también global.

El papel que se atribuya a los valores protegidos y a las normas de conducta en la teoría del delito condiciona, a mi juicio, que ésta adopte una orientación más *liberal* (o garantista) o, por el contrario, más *autoritaria*. Ocurre aquí algo parecido a lo que sucede según se parta de una concepción del Derecho atenta en primer lugar a los *derechos* de los ciudadanos o de otra que empiece por destacar sus *deberes*. Incluso prescindiendo de su sentido técnico más preciso, resaltar los derechos o resaltar los deberes no es sólo resaltar la cara o la cruz de una misma moneda. No es casual que la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano fuese una bandera de la Revolución Francesa ni que las convenciones internacionales hayan formulado también otras declaraciones de derechos y no de deberes, como tampoco fue fortuito que los países comunistas consideraran preferentes los deberes para con la sociedad y relegaran los derechos individuales como manifestaciones burguesas. Los derechos son ventajas del individuo frente a la colectividad, mientras que los deberes son cargas para el individuo que se establecen en beneficio de otros. Pues bien: en Derecho penal el punto de vista de los derechos corresponde al de los valores protegidos, esto es, al de los bienes jurídico-penales¹², mientras que la perspectiva de los deberes corresponde a la de las normas prohibitivas o preceptivas. Y aquí conviene recordar que en la Alemania nacionalsocialista los penalistas de esta ideología contrapusieron a la idea de lesión de bienes jurídicos, que consideraron indivi-

¹²El concepto de bien jurídico vino a ocupar el lugar del concepto de derecho subjetivo que la Ilustración había visto como objeto de protección del Derecho penal, y siguió incluyéndolo, aunque además permitió comprender a los bienes colectivos. Cfr. Sina, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*, 1962, pp. 26 ss.

dualista, la de *infracción de un deber*, más adecuada a la concepción colectivista del Estado totalitario.¹³

Esta es una razón importante para oponerse a la propuesta de Jakobs de prescindir del concepto de bien jurídico y sustituirlo por el de lesión de la vigencia de la norma,¹⁴ que en sí misma —y con independencia de la intención de su autor—, tiene un significado autoritario. El principio de que el Derecho penal sólo puede proteger bienes merecedores de dicha tutela supone una limitación que desaparece cuando no se considera necesario comprobar tal merecimiento de protección, sino que se declara suficiente la infracción de cualquier norma y ésta se convierte —cualquiera que sea su contenido— en el único objeto de protección del Derecho penal. Mientras que el concepto político-criminal de bien jurídico condiciona la legitimidad de una norma penal a que sirva a la protección de valores que la merezcan, la concepción de Jakobs invierte en cierto modo el planteamiento y convierte a la norma en objeto en sí mismo legítimo de la protección penal: la norma pasa de instrumento que necesita ser legitimado por su fin, a fin en sí mismo legitimado. Ello no puede justificarse por el argumento de que el concepto de bien jurídico tampoco ofrece ningún límite porque es un concepto indeterminado: que sea discutible lo que merece ser considerado como un bien necesitado de protección jurídico-penal no significa que tal cuestión no deba discutirse, y exigir la comprobación de aquel merecimiento de protección supone precisamente declarar necesaria tal discusión. En realidad todos los principios generales están necesitados de concreción a través del debate público. Principios como el de democracia o el de igualdad son tan generales que permiten muy diferentes concreciones, pero nadie sensato extrae de ello la consecuencia de que es preferible dejar de invocar tales principios. Y, desde una perspectiva participativa, no ha de verse como un inconveniente, sino como una ventaja fundamental, el hecho de que los principios políticos y político-jurídicos estén abiertos a las opiniones de todos y, por tanto, al consenso democrático.

III

Volvamos al principio: las distintas categorías del delito sólo pueden entenderse adecuadamente en función de diferentes valoraciones y principios, y no sólo desde la idea de infracción de una norma de conducta. Esta última idea no permite, por sí misma, explicar la conveniencia de distinguir estadios intermedios anteriores a la completa infracción de la norma (como el tipo objetivo y el tipo subjetivo), ni tampoco basta para la responsabilidad penal del sujeto de la infracción (que, según la terminología dominante requiere no sólo la antijuridicidad penal, sino también la culpabilidad del sujeto).

1. La distinción de tipicidad penal, objetiva y subjetiva, y antijuridicidad penal no se explica desde la idea de infracción de una norma primaria. Entiendo por tal un mensaje prescriptivo (que puede llamarse imperativo) que procede de un emisor (legislador) y se

¹³ Cfr. Schaffstein, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935, y, como una de las obras más representativas de la doctrina penal nacional-socialista, Dahm/Schaffstein, *Methode und System des neuen Strafrechts*, 1937.

¹⁴ Cfr. Jakobs, ¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, traducción de Cancio, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, nº 1 (2000), p. 154).

dirige a determinados destinatarios (ciudadanos) y cuyo contenido consiste en la prohibición o prescripción de una conducta determinada en determinadas circunstancias. La infracción de una norma imperativa como ésta se da o no se da, pero no se da por partes, ni primero de forma provisional y luego de forma definitiva, o primero en abstracto y luego en concreto. Ni el tipo objetivo, ni el tipo objetivo-subjetivo completo suponen todavía la infracción de una norma penal. Nadie que admita que el tipo completo requiere no sólo una parte objetiva, sino también una parte subjetiva, pretenderá que la sola realización del tipo objetivo suponga alguna forma de infracción de la norma de conducta. Pero tampoco la completa realización del tipo, objetivo y subjetivo, implica necesariamente la infracción de la norma, puesto que no puede considerarse prohibida si tiene lugar al amparo de una causa de justificación.

No es admisible la tesis del finalismo según la cual el tipo agota la materia de prohibición y su realización supone la infracción de la norma de conducta, aunque concurra alguna causa de justificación.¹⁵ Los preceptos que tipifican los delitos y los que prevén las causas de justificación pertenecen a un mismo cuerpo legal (el Código penal) y están previstos para ser relacionados unos con otros. Su distinción y ubicación en lugares diferentes del Código obedece sólo a razones de economía legislativa. Si sólo existiese un delito en el Código penal, no sería necesario prever en diferentes preceptos la formulación del tipo del delito y la de las causas de justificación. Si ese delito fuera el de homicidio podría decirse, por ejemplo: “El que matare a otro será castigado con la pena de ..., salvo que lo hiciere en alguna de las circunstancias siguientes: legítima defensa, estado de necesidad, etc.” Pero, siendo muchos los delitos previstos por el Código, sería interminable repetir la salvedad de las causas de justificación para cada uno de ellos. Lo mismo ocurre con la tentativa o las formas de participación, cuya previsión se hace en la Parte general del Código para no tener que repetirla respecto a cada clase de delito.

La misma razón de economía legislativa es la única que explica también que las eximentes que no justifican el hecho, sino que sólo excluyen la posibilidad de su imputación personal al sujeto (culpabilidad), se hallen previstas en un precepto distinto a los que tipifican el hecho. Si sólo existiese el delito de homicidio también podría decirse: “El que matare a otro será castigado con la pena..., salvo que lo hiciere en alguna de las circunstancias siguientes: anomalía psíquica grave..., legítima defensa..., etc.” (incluyendo todas las eximentes con independencia de su naturaleza). Todas las eximentes son salvedades que delimitan el alcance de la norma secundaria formulada expresamente por el precepto legal que castiga una conducta, porque todas ellas contribuyen a completar el supuesto de hecho de dicha norma secundaria y a condicionar, por tanto, su consecuencia jurídica: el deber del juez de imponer la pena señalada. Aquí parece especialmente claro que el artículo que prevé las eximentes no opera como norma permisiva de una conducta previamente prohibida, puesto que no permite nada, sino que impide al juez castigar en los casos de exención. No queda otra opción entonces que considerar que la previsión de las eximentes tiene sólo la función de limitar la obligación de castigar del juez.

¹⁵Cfr. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 50; Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 249 ss.

Ahora bien, mientras que todas las eximentes limitan las normas secundarias, no todas ellas afectan a la norma primaria dirigida al ciudadano. Sí lo hacen las causas de justificación, y no lo hacen las eximentes que no excluyen la prohibición del hecho al sujeto, sino sólo la responsabilidad penal de quien infringe la norma primaria.

Pues bien, si se admite que las causas de justificación permiten realizar el hecho típico, es incongruente decir que cuando concurren no impiden que el sujeto infrinja la norma: ello supone decir, al mismo tiempo que el hecho permitido por el Código penal está prohibido por el mismo Código penal. Un mismo legislador promulgó el Código en el mismo momento y transmitió sus prohibiciones de modo que nunca pretendieron alcanzar a los hechos justificados. Aunque se admita la existencia de normas permisivas en un ordenamiento jurídico,¹⁶ en el precepto que prevé las eximentes no cabe ver una norma permisiva autónoma que levante alguna prohibición anterior o trate de impedir otra posterior, sino sólo una disposición que delimita el alcance de las normas prohibitivas que emite el mismo cuerpo legal. Téngase en cuenta que la norma primaria no se formula expresamente, sino que se transmite tácitamente, y que tampoco se dice expresamente qué eximentes justifican y por tanto permiten el hecho típico. Si ambas cosas se entienden por una interpretación del sentido material de los preceptos en juego, nada impide considerar también que el mensaje normativo final (la norma en su verdadero alcance, que no prohíbe los hechos típicos justificados) es el resultado de la interpretación global de dichos preceptos.

Pero si la tipicidad no supone por sí sola infracción alguna de la norma, necesitamos algún otro criterio distinto al de infracción de la norma para explicar el significado específico de aquella categoría del delito. Si no existiese, no habría argumentos para oponerse a la tesis de la teoría de los elementos negativos del tipo según la cual es innecesario y perturbador distinguir una parte de los presupuestos de la infracción por el solo hecho de que generalmente tengan un signo positivo, lo único que los diferenciaría de las causas de justificación, como elementos negativos de la infracción. Pero sucede que sí existe un criterio que aconseja distinguir diferentes niveles entre los distintos presupuestos de la infracción de la norma. Tal criterio es el del distinto significado valorativo de cada uno de dichos niveles.

Un hecho penalmente típico justificado tiene un significado valorativo distinto al de un hecho atípico. Y la realización de la parte objetiva del tipo permite ya una valoración específica que es independiente de que vaya seguida o no de la realización completa de

¹⁶La cuestión es una de las más discutidas por los teóricos del Derecho. Ver, p. ej., en contra, Alf Ross, *Lógica de las normas*, trad. española de Hierro, 1971, pp. 114 ss., que considera que las disposiciones que permiten algún comportamiento tienen la función de indicar excepciones a normas de prohibición o son prohibiciones de una autoridad superior a otra inferior de prohibir el comportamiento permitido. Le sigue pero completa este planteamiento Atienza, *Las piezas del Derecho* cit., p. 95, 107 ss. Distingue, en cambio, entre la situación de ausencia de prohibición, que sería de *permiso débil*, y la de permiso expresa, que sería de *permiso fuerte*, von Wright, *Norma y acción*, 1979, p. 101. Le siguen Alchourron /Bulygin, *Permisos y normas permisivas*, en los mismos, *Análisis lógico y Derecho* cit., pp. 215 s. Una posición más diferenciada sostiene Hernández Marín, *Introducción a la teoría de la norma jurídica* cit., pp. 359 ss. Es cierto que la permisión de un hecho por una norma de más rango (tanto si se entiende como norma indirecta de prohibición o como norma permisiva) puede plantear una colisión de normas con la prohibición del mismo hecho por otra norma de inferior rango, pero desde luego esto no ocurre en el caso de las causas de justificación previstas en el mismo Código que tipifica el delito.

un tipo doloso o imprudente. Estas diferencias valorativas son las que abonan la distinción de estos niveles de análisis.

Se trata de valoraciones jurídicas, esto es, del Derecho positivo, aunque no se hallen explicitadas de forma expresa. Proceden de la valoración positiva del bien jurídico protegido por la norma penal correspondiente. Tal valoración a veces se refleja en la propia Constitución o en alguna otra disposición jurídica, pero ello no es necesario. En el caso de la vida humana independiente su valoración positiva por el Derecho se expresa inequívocamente en el art. 15 de la Constitución cuando declara que “todos tienen derecho a la vida”. Es cierto que esta declaración contiene algo más que una valoración: un principio. Aunque a veces ambos términos se usan indistintamente, cabe decir que todo principio presupone una valoración, pero añade a la valoración una dimensión normativa explícita.¹⁷ De ahí que las valoraciones puedan referirse a cosas, estados, instituciones y otras realidades distintas a actos humanos, mientras que los principios siempre se refieren a conductas. La proposición “la vida es valiosa” expresa una valoración; la proposición “hay que respetar la vida” expresa un principio. Cuando decimos que la vida humana es un bien jurídico expresamos que es valorada positivamente por el Derecho; cuando decimos que no se debe matar expresamos un principio jurídico. Las normas primarias que sirven de base a los diferentes delitos contra la vida son más concretas, no sólo porque prohíben diferentes modalidades de matar, sino porque se hallan limitadas por las causas de justificación.

¹⁷En este sentido, Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 1993, pp. 139, 141, donde, acudiendo a la división de los conceptos prácticos que hace von Wright entre conceptos axiológicos, conceptos deontológicos y conceptos antropológicos, sitúa los valores entre los axiológicos, porque se refieren a lo *bueno*, y a los principios entre los deontológicos, porque se refieren a lo *debido*.

Por otra parte, cabe distinguir entre valores y valoraciones. Un valor (p. ej., la libertad) no es sólo algo que es objeto de una valoración (objeto de valoración puede ser cualquier cosa, p. ej., un automóvil) sino algo que ofrece un *criterio* de valoración (así Alexy, Teoría de los derechos fundamentales cit., pp. 143 s.). Una valoración se expresa a través de un juicio de valor (p. ej., ‘la libertad es buena’). En general, sobre los valores ver la obra clásica de Frondizi, ¿Qué son los valores?, 2ª ed., México 1962.

Se discute si los juicios de valor morales son descripciones o prescripciones. Véase una exposición de las distintas posiciones en Hudson., La filosofía moral contemporánea, 1974, *passim*; Alexy, Theorie der juristischen Argumentation cit., pp. 55 ss.; Nino, Introducción cit., pp. 355 ss. Aunque Hare (cuya primera obra fundamental fue The Language of Moral, 1952) sostuvo que los juicios de valor morales son prescripciones (por entender que quien dice sinceramente que un acto es bueno o malo moralmente está diciendo lo mismo que si dijera que dicho acto debe o no debe hacerse), lo sostuvo en el sentido de que de los juicios morales se deducen imperativos. Pero que una cosa implique otra no significa que sea la misma, sino que justamente presupone que son cosas distintas. El propio Hare (en su primera obra fundamental The Language of Morals, 1952) distinguió los juicios de valor morales de prescripción como las órdenes, porque los primeros se fundan en razones vinculadas a características fácticas de lo valorado y son universalizables. En realidad, todo ello ha de llevar a distinguir entre el significado semántico de los juicios de valor morales y su uso pragmático (lo que se hace al formularlos). Pueden usarse para prescribir, pero también con otras funciones, como la de evaluar retrospectivamente una determinada acción realizada. Desde la óptica de la teoría de los *actos de habla* iniciada por J.L. Austin, How to Do Things with Words, 1962, Searle (en su obra Speech Acts, 1969) criticó, en este sentido, la identificación que inicialmente efectuó Hare del significado del término “bueno” y uno de sus usos posibles, y ello llevó a Hare a una importante modificación de su formulación inicial (sobre esto ver Alexy, op. cit., pp. 86 ss.). Crítico respecto al prescriptivismo de Hare y en favor de una clara distinción de juicios de valor e imperativos se manifiesta Nino, Razones y prescripciones, en Análisis filosófico, nº 1, y el mismo, Ética y Derechos Humanos, 1989, pp. 81 ss. Por lo demás, hay que añadir que no todos los juicios de valor son morales: sólo son morales los que tienen por objeto actos humanos (internos o externos), o las personas que los realizan; no lo son muchos otros juicios de valor, como lo que se refieren a realidades biológicas como la propia vida humana, o a otras cosas o estados valiosos, como los bienes jurídicos, cuya valoración no puede ser en sí misma moral.

De la valoración positiva de un bien jurídico se desprenden valoraciones más concretas. La lesión del bien jurídico supondrá una valoración negativa. Si dicha lesión realiza la parte objetiva de un tipo de delito supondrá, por una parte, la valoración negativa de la conducta peligrosa que lo cause, y, por otra parte, la valoración negativa del resultado de lesión. Cuando la lesión no es imputable objetivamente a una conducta típicamente relevante (por ejemplo: la muerte por enfermedad o por accidente fortuito) es disvaliosa jurídicamente (si no lo fuera, no se explicaría por qué el Derecho prevé un sistema de sanidad público que trata de combatir las enfermedades y de retrasar la muerte en la medida de lo posible, ni por qué se admite en algunos casos la responsabilidad civil o administrativa objetiva por la muerte fortuita de una persona), pero no específicamente para el Derecho penal. Cuando la lesión es imputable objetivamente a un tipo de delito, tanto el desvalor objetivo de la conducta como el desvalor de resultado que ello requiere, constituyen valoraciones específicas del Derecho penal. También es jurídico-penal la valoración negativa que supone, si se da, el desvalor subjetivo de la conducta correspondiente a la parte subjetiva de un tipo de delito.

Todas estas valoraciones guardan relación con la valoración positiva del bien jurídico-penal y la valoración negativa consiguiente de su lesión. Sin embargo, las valoraciones del bien y de su lesión no bastan para explicar por qué no todas las lesiones de un bien jurídico-penal merecen el mismo desvalor, sino sólo las penalmente típicas, y por qué no merece el mismo desvalor la conducta sólo objetivamente imputable que la que además es subjetivamente imputable. La respuesta ha de buscarse añadiendo al desvalor representado por la lesión y por la probabilidad de la misma —que podemos denominar desvalor de dañosidad— el desvalor que significa su imputación a una conducta humana —que podemos denominar desvalor de imputación—. Un mismo desvalor de dañosidad puede no ir acompañado de ningún desvalor de imputación, o acompañado de distintos grados de desvalor de imputación: éste es menor si sólo puede imputarse el hecho objetivamente que si además puede imputarse subjetivamente. La combinación de estas dos clases de valoraciones da lugar a las diferentes valoraciones correspondientes al tipo objetivo, al tipo subjetivo y al tipo completo.

Cada una de estas valoraciones es *definitiva*, no sólo provisional o *prima facie* y condicionada a que no concurra alguna causa de justificación y el hecho infrinja una norma primaria. Por ello explican, por sí mismas, el significado específico de los dos niveles de imputación típica objetiva (imputación de la conducta e imputación del resultado) y el del nivel siguiente de imputación subjetiva. Si concurren todas, se añadirá la valoración correspondiente a la tipicidad completa.

Precisamente porque cada uno de los niveles de imputación típica permite una valoración jurídica específica, tiene sentido distinguirlos, y hacerlo en el orden secuencial en que se hace: primero la imputación objetiva, y dentro de ella primero la comprobación de una conducta peligrosa y luego la exigencia de que su peligrosidad se realice en el resultado, y a continuación la imputación subjetiva. Cada valoración presupone la anterior y no viceversa. No se trata sólo de distinciones clasificatorias formales, arbitrarias e intercambiables en su secuencia. Tenían razón los neokantianos cuando señalaron que la función de la dogmática jurídico-penal es captar el significado valorativo de los

conceptos jurídicos.¹⁸ Y el significado valorativo que corresponde a cada nivel de análisis de la teoría del delito es el que ha de servir de criterio para determinar qué presupuestos requiere. Así, cuando se advierte que lo decisivo en la distinción de parte objetiva y parte subjetiva del tipo no es el carácter objetivo o subjetivo de sus presupuestos, sino la distinta valoración correspondiente, se advierte que para la imputación objetiva de la conducta no hay que tener en cuenta todos los conocimientos objetivamente posibles de la situación, sino sólo los que tendría una persona prudente en la posición del autor, además de los conocimientos especiales del sujeto —puesto que la imputación objetiva de la conducta significa precisamente una valoración de la misma comparándola con la que habría considerado correcta una persona prudente.

La valoración específica de la tipicidad no sólo no desaparece si concurre una causa de justificación, sino que es necesaria para decidir si un hecho típico está o no justificado. La justificación no *borra* el desvalor del hecho típico —la lesión o puesta en peligro del bien jurídico objetiva y subjetivamente imputable—, sino que es el resultado de la concurrencia de dicho desvalor junto a una valoración positiva de otro aspecto del hecho: que es necesario para salvaguardar intereses jurídicos prevalentes en el caso. En el estado de necesidad justificante se salvaguarda un bien jurídico de más valor para el Derecho que el sacrificado, sin que resulte afectado algún principio superior como el de la dignidad humana. Si en la legítima defensa puede sacrificarse un bien jurídico del agresor en sí mismo más valioso, es porque el Derecho no tiene en cuenta sólo el valor intrínseco de los bienes del agresor y el agredido, sino también que el primero se enfrenta al Derecho mientras que el segundo lo defiende. Quien admita que el consentimiento no excluye en algunos casos la lesión típica, sino que sólo la justifica, verá en el valor del libre desarrollo de la personalidad, tutelado constitucionalmente, un bien jurídico de mayor valía que el lesionado. También el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber plantean situaciones de conflicto parecidas. La necesidad de justificación sólo se plantea precisamente cuando existe un desvalor típico, y la mayor o menor gravedad de éste determinará la importancia mayor o menor de los valores positivos requerida para la justificación.

En este contexto es oportuno señalar algo que suele pasar desapercibido. El carácter doloso o sólo imprudente de tipo realizado influye en el mayor o menor desvalor del mismo y ello ha de ser tomado en consideración a la hora de decidir si el hecho está o no justificado. Es más fácil justificar un tipo imprudente que un tipo doloso. Ejemplos: El conductor que, para evitar una muy probable muerte de un accidentado circula infringiendo la norma de cuidado y causa la muerte de otra persona, está justificado si la imprudencia era necesaria para evitar aquel primer resultado; en cambio, nunca estaría justificado matar dolosamente a una persona para evitar la muerte probable de otra. El agredido injustamente tiene que disparar precipitadamente para defenderse, pero lo hace sin intención de matar, aunque el disparo acaba produciendo la muerte del agresor; esta muerte imprudente estará justificada en casos en que, en cambio, no estaría justificado disparar directamente para matar. Estos ejemplos confirman que es correcto comprobar si

¹⁸Cfr. Mir Puig, Introducción a las bases del Derecho penal cit., pp. 227 ss.

concorre dolo o imprudencia en el tipo, antes de decidir si el hecho está o no justificado —contra lo que sostiene el causalismo—. El desvalor típico a compensar será mayor en el tipo doloso. También aquí —como en el caso de los conocimientos relevantes para la imputación objetiva— es el significado valorativo de las distintas categorías el que ha de decidir la posición sistemática *correcta* de un determinado elemento, en este caso el dolo. Y se confirma que no es un defecto sistemático *mezclar* elementos objetivos y subjetivos, sino que ello resulta necesario para completar la valoración de cada nivel del tipo (tipo objetivo, tipo subjetivo).¹⁹

2. La doctrina dominante considera que el hecho típicamente antijurídico encuentra su significado en ser infracción de la norma primaria, entendida —al menos en parte— como imperativa. Siempre he compartido esta concepción de la norma penal que se dirige al ciudadano, puesto que me parece evidente que dicha norma prohíbe el delito en el sentido prescriptivo más fuerte del verbo prohibir. Durante muchos años compartí también la identificación de antijuridicidad penal e infracción de la norma imperativa. Sin embargo, pensaba y sigo pensando que esta identificación conduce necesariamente a dos consecuencias que la doctrina dominante no extrae y que actualmente tampoco a mí me resultan aceptables: 1) la efectiva producción del resultado no podría considerarse antijurídica; 2) la posibilidad de conocimiento de la norma por el sujeto habría de exigirse como condición de la antijuridicidad.

Ello se desprende del modo de operar de una norma imperativa y de sus límites. Se emite por un sujeto (en Derecho penal, el legislador) y se dirige a unos destinatarios, para influir en su motivación y, a través de ella, en su conducta.²⁰ Un primer límite que encuentra este mecanismo es que la motivación normativa sólo puede influir en la voluntad de sus destinatarios, y sólo a través de ella en sus acciones. Sólo puede prohibir conductas voluntarias, en la medida en que su realización es —va siendo, en presente— guiada por la voluntad. No puede prohibir que dichas conductas consigan efectivamente producir un resultado posterior al despliegue de la voluntad. La motivación normativa sólo puede operar *ex ante*, no *ex post*. Pues bien, si lo antijurídico es lo prohibido por la

¹⁹En el tipo subjetivo no es necesario volver a comprobar los elementos objetivos del tipo, porque ya se han comprobado, pero es evidente que el tipo objetivo es un presupuesto necesario para afirmar el dolo, puesto que constituye su objeto: si la voluntad del sujeto no se refiere al tipo objetivo, no hay dolo. Por mucho deseo que tenga el sobrino de que su tío rico muera en el vuelo barato que le ha reservado, no habrá aquí dolo de matar. También el dolo requiere, pues, elementos objetivos. Sin embargo, no es correcto sostener que ello hace innecesaria la imputación objetiva para el tipo objetivo del delito doloso, como hizo Armin Kaufmann, ¿"Atribución objetiva" en el delito doloso?, ADPCP 1985, pp. 821 s., y más adelante Struensee, Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität, ZStW 102 (1990), pp. 21 ss., afirmando que las mismas consecuencias a que conduce la teoría de la imputación objetiva deben obtenerse de la negación del dolo. Esto es incorrecto, porque si en casos como el propuesto falta el dolo es porque falta su referencia a una conducta dotada del desvalor propio del tipo objetivo: desprovisto de los límites que le confiere la teoría de la imputación objetiva, el tipo objetivo no tendría el significado valorativo necesario para su imputación. Con ello se perdería un nivel valorativo significativo en la teoría del delito. Las consecuencias no serían las mismas.

²⁰Según von Wright, Norma y acción, 1970 (reimpresión de 1979), pp. 87 ss., son elementos de toda norma prescriptiva los siguientes: 1) carácter (obligatoria, prohibitiva o permisiva); 2) contenido (la acción prohibida, prescrita o permitida); 3) condición de aplicación; 4) autoridad (el emisor); 5) sujeto (el destinatario); 6) ocasión; 7) promulgación; 8) sanción. Este análisis puede simplificarse, como hace Bobbio, Contribución a la teoría del Derecho, ed. a cargo de Ruiz Miguel, 1990, p. 285, quien distingue tres elementos en toda prescripción: sujeto activo (emisor), sujeto pasivo (destinatario) y objeto (acción prescrita).

norma imperativa, sólo pueden ser antijurídicas las conductas voluntarias, no los resultados separados de ellas.²¹

La segunda consecuencia de definir la antijuridicidad como infracción de una norma imperativa se desprende de otro límite inherente a ésta: sólo puede tener efecto respecto a quienes pueden conocerla.²² En términos de teoría de la comunicación, la norma imperativa es un mensaje comunicativo, con todos sus elementos característicos: emite, contenido, medio y receptor.²³ Sin la recepción no se produce la comunicación. Pues bien, no tiene sentido suponer que las normas penales primarias se dirijan a motivar a aquellos seres que no pueden tomar conocimiento de ellas. Esta es la razón por la que nadie puede sostener que los animales no humanos sean destinatarios de las normas jurídicas imperativas. Del mismo modo, los niños muy pequeños y los oligofrénicos profundos, en cuanto son incapaces de recibir en absoluto (ni directa ni indirectamente) los mensajes prescriptivos de las normas primarias, no pueden tampoco ser destinatarios de las mismas. Y, por la misma razón, no pueden serlo las personas que se encuentran en una situación en que no pueden acceder al conocimiento de la prohibición de la conducta. Aunque la doctrina dominante en la actualidad suele proclamar que las prohibiciones penales se dirigen a todos, es evidente que si sólo existiesen, además de un legislador, incapaces profundos y personas imposibilitadas de acceder a las normas, no tendría ningún sentido dictarlas para regular su comportamiento. Lo único razonable es entender que los imperativos normativos requieren destinatarios capaces de recibirlos. Se trata de una exigencia inherente al uso pragmático de las prescripciones que, por tanto, no es necesario que se halle establecida expresamente por las normas. Sin embargo, la fórmula tradicional de promulgación de las leyes españolas incluye expresamente esta exigencia al decir: “a todos lo que vieren y entendieren”.

Ahora bien, si las normas primarias no se dirigen a quienes no pueden recibirlas, es que no les prohíben los comportamientos que sí prohíben a los destinatarios. Quien no es destinatario de una norma no es destinatario de la prohibición que ésta establece. Por tanto, no puede infringirla. Cuando el absolutamente incapaz de conocer una norma realiza la conducta que ésta prohíbe a sus destinatarios, no infringe dicha norma. Ello permite el siguiente silogismo: si la antijuridicidad penal se entiende como infracción de

²¹Cfr. Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed. 1982, pp. 60 ss. (=el mismo, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1994, pp. 57 ss.); el mismo, *Über das Objektive und das Subjektive im Unrechtstatbestand*, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 253 ss.; el mismo, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho cit.*, pp. 182 ss.

²²Sin embargo, la misma consecuencia vale también respecto a cualquier otra concepción de la norma primaria, con tal de que se admita que pretende influir en la decisión del ciudadano y no sólo efectuar una valoración. Raz, *Razón práctica y normas*, traducción de Ruiz Manero, 1991, que entiende las normas como una clase especial de razones para la acción (p. 57), no considera necesario en toda norma alguien que la dicte (p. ej., hay normas sociales y normas jurídicas consuetudinarias) (p. 58), pero sí que tenga algún destinatario (sujeto normativo) (p. 56); y si la norma es prescrita por alguien (lo cual es evidente en el Derecho penal), entonces lo es “para guiar la conducta de alguna otra persona o personas” e implica, además de la persona que establece la regla, “otra a la que se dirige la regla” (p. 93). “El prescriptor pretende que su orden sea tomada como una razón excluyente” (p. 94). Nada de ello es posible respecto a personas que no pueden tomar conocimiento de la norma.

²³Cfr. Mir Puig, *Derecho penal cit.*, 5ª ed., pp. 26 s., donde concibo la norma jurídica como “mensaje prescriptivo”. Por cierto, subrayar el carácter comunicativo de las normas dirigidas al ciudadano evita las connotaciones autoritarias que a veces se asocian al término “imperativo” y por el contrario destaca la necesidad del ciudadano (el receptor) para que se produzca la recepción de la norma.

una norma primaria en sentido estricto, y si el incapaz de conocer la norma no infringe dicha norma, no puede decirse que el mismo realice una conducta penalmente antijurídica. Entendida como infracción de la norma, la antijuridicidad requeriría la posibilidad de acceder ella. La inimputabilidad profunda y el error de prohibición invencible serían causas de exclusión de la antijuridicidad penal.

Ni esta consecuencia, ni la antes vista de que el resultado típico no podría considerarse en sí mismo antijurídico se admiten por la doctrina dominante, pero ello no es coherente con su concepción de la antijuridicidad como infracción de la norma imperativa. Actualmente comparto la idea de que es preferible incluir el resultado en lo injusto del hecho y afirmar que el inimputable profundo y el que actúa en error de prohibición invencible también pueden actuar antijurídicamente. Pero ambas cosas sólo pueden sostenerse si se abandona la premisa de que la antijuridicidad penal requiere la infracción de la norma primaria imperativa. Y entonces hará falta algún otro criterio para mantener en pie el concepto de antijuridicidad penal. *Este criterio no se encuentra en el campo de los imperativos, sino en el campo de las valoraciones.* Del mismo modo que la única forma de fundamentar adecuadamente la distinción de tipicidad penal (y dentro de ella la de tipo objetivo y tipo subjetivo) y antijuridicidad penal es, como se ha visto, encontrar un significado valorativo en aquellos niveles dogmáticos que no requiera la infracción de una norma, también el injusto penal ha de hallar su significado en una valoración jurídica que no implique la infracción de la norma.

Tal valoración es la que presupone la doctrina cuando usa el concepto de antijuridicidad penal: la valoración negativa que recibe un hecho típico no justificado. La tipicidad penal aporta el desvalor propio del resultado de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal (desvalor de dañosidad) objetiva y subjetivamente imputable a una conducta (desvalor de imputación), mientras que la ausencia de causas de justificación añade la falta de un valor superior derivado de la necesidad de proteger otros bienes jurídicos prevalentes (valor de salvaguarda de bienes) también objetiva y subjetivamente imputable (valor de imputación). Este desvalor del hecho penalmente antijurídico: a) incluye el devalor del resultado cuando es imputable a una conducta típica y no está justificado, y b) no requiere una valoración negativa de la actitud del sujeto frente a la norma, sino sólo del hecho frente a un bien jurídico-penal prevalente. Para la imputación del desvalor de dañosidad típico y para la imputación de la ausencia del valor de salvaguarda de bienes prevalentes a una conducta disvaliosa, no hace falta comprobar la capacidad de conocer la prohibición por parte del sujeto, sino sólo que la conducta creó un riesgo no permitido de producir el resultado disvalioso y, para el injusto doloso, que lo creó dolosamente. La valoración negativa de la conducta no requiere en ella un significado de oposición al imperativo de la norma, sino sólo una oposición (objetiva y, en el injusto doloso, subjetiva) al bien jurídico-penal atacado que no está justificada por la necesidad de proteger otros bienes jurídicos prevalentes en el caso.

Esta comprensión de la antijuridicidad penal como un juicio de desvalor relacionado sólo con la oposición del hecho a un bien jurídico-penal, y no con la oposición al imperativo de la norma, no es la única forma posible, pero es más *garantista*, menos *autoritaria*, que otra que lo entienda como desobediencia a la norma. Veamos en qué sentido.

Un Derecho penal preocupado por sus límites debe partir del principio de que sus normas, primarias y secundarias, han de resultar necesarias para la protección de aquellas condiciones fundamentales de la vida de los ciudadanos en sociedad que llamamos bienes jurídico-penales. Lo único que ha de querer evitar un Derecho penal liberal son lesiones o puestas en peligro de tales bienes imputables a conductas no justificadas. Esto es lo único *indeseable* por aquel Derecho penal: lo único penalmente antijurídico, contrario a los objetivos del Derecho penal. La sustancia de lo injusto penal. Esta antijuridicidad material contiene la razón necesaria de la prohibición penal,²⁴ aquello que tiene el hecho que lo hace prohibible por el Derecho penal. Hay que empezar preguntando por ella antes de comprobar si el sujeto reúne otras condiciones que permitan imputarle personalmente el hecho y hacerle penalmente responsable. El conocimiento de la prohibición, o su posibilidad, no importa entonces como condición de la oposición mental del sujeto a la norma primaria, esto es, de su *desobediencia* a la norma, porque esta oposición mental a la norma no es lo prohibible en un Derecho respetuoso del fuero interno. La posibilidad de acceso a la norma importa solamente como condición necesaria para poder imputar personalmente al sujeto su conducta contraria (objetiva y subjetivamente) a un bien jurídico y no justificada por bienes prevalentes. Importa como *límite* de la imputación, no como fundamento de la prohibición.

Por el contrario, un Derecho penal más preocupado por mantener en pie el principio de autoridad, o la autoridad de la norma, verá la razón material de la prohibición en el enfrentamiento a la norma (al imperativo de la norma). Lo indeseable de un hecho penalmente antijurídico se encontrará entonces en representar una *desobediencia* a la norma penal. No habrá motivo para anteponer a la infracción culpable de la norma como desobediencia consciente (que implica por lo menos un mínimo de imputabilidad y posibilidad de conocimiento de la prohibición) una categoría como la de antijuridicidad en la que se prescindía de la fundamental relación con el mandato de la norma. Ante el dilema clásico de si un hecho está prohibido porque es malo (*prohibitum quia malum*) o es malo porque está prohibido (*malum quia prohibitum*), este planteamiento optará por lo segundo.²⁵ Ello descargará al legislador de la necesidad de justificar sus prohibiciones penales por la dañosidad social de los hechos penados.

No es éste, ciertamente, el camino seguido por la doctrina dominante desde que von Liszt impuso un concepto de antijuridicidad en Derecho penal que parte de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Y, sin embargo, como decíamos, se ha extendido la idea de que el hecho típicamente antijurídico está prohibido por la norma imperativa. La objeción aquí expuesta de que todo imperativo requiere un destinatario capaz de recibirlo se suele rechazar diciendo que para la antijuridicidad no se examina la concreta conducta

²⁴Según Raz, Razón práctica y normas cit., p. 38, “todo valor es una razón para la acción”. Según esto, el desvalor de lo injusto penal es una razón para que el legislador lo prohíba, esto es, realice el acto de habla (en el sentido de J.L. Austin) a través del cual se establece la norma penal, como toda norma prescrita por alguien: Raz, op. cit., p. 93.

²⁵Esto no impide entender que lo “malo” se defina socialmente, en función de cada momento cultural, ni que sea cada Derecho positivo el que, sobre esta base, decida sus valoraciones. Significa sólo que toda norma jurídica razonable ha de estar al servicio de alguna valoración asumida por el Derecho, y que la evaluación de una norma jurídica ha de basarse en el mayor o menor grado de *consenso* que suscite la valoración de que tal norma parte. *Vid supra*, nota 5.

del sujeto, sino la conducta en abstracto, sin tener en cuenta todavía las condiciones en que actuó su autor. Esta respuesta da por supuesto dónde acaba el hecho en abstracto y dónde empiezan las condiciones personales en que lo realiza el sujeto. Pero esta distinción no es tanto la solución como el problema. La discusión entre causalistas puros, neoclásicos y finalistas se ha centrado precisamente sobre qué elementos (sólo los objetivo-externos, también algunos elementos subjetivos del tipo, o también el dolo “natural”) han de considerarse parte integrante del hecho en abstracto que importa para la antijuridicidad y qué elementos sólo son personales y afectan a la culpabilidad del sujeto. Si el conocimiento del hecho típico se considera hoy generalmente parte del hecho en abstracto, ¿por qué razón no ha de decirse lo mismo del conocimiento del significado antijurídico, que tradicionalmente se había venido integrando en el concepto de dolo? ¿No afecta también al conocimiento del completo significado del hecho el conocimiento de su significado antijurídico? En realidad, todas las condiciones mentales en que se realiza el hecho influyen de algún modo en éste. El hecho de un niño pequeño que rompe una cosa no *es* igual que el mismo daño causado conscientemente por un adulto. Desde luego ambos hechos tienen muy distinto significado y merecen valoraciones muy diferentes. La cuestión no es, entonces, si determinado estado mental afecta al hecho en abstracto o no, sino ¿qué estados mentales influyen en la valoración específica de la antijuridicidad penal, y qué estados mentales no son relevantes para esta valoración, sino sólo para la valoración propia de la imputación personal —que evidentemente también supone una valoración de aspectos del hecho?

Si se entiende la antijuridicidad penal como aquí lo hago, no importan a ésta las condiciones de acceso a la norma que no condicionan previamente la imputación objetiva y subjetiva de la lesión del bien jurídico.²⁶ No importan la concurrencia de un mínimo de imputabilidad o de posibilidad de conocimiento de la norma, porque no afectan a la relación de la conducta con el bien jurídico-penal. El niño muy pequeño que rompe una cosa queriendo realiza una conducta que tiene la misma relación objetiva y subjetiva con la cosa dañada que el adulto que asimismo la rompe a sabiendas. En cambio, sí son evidentemente relevantes para la relación con lo injusto del hecho, porque influyen en el ataque al bien jurídico, las características que requieren en el autor los delitos especiales. El ejemplo paradigmático de los delitos de funcionarios pone de manifiesto que en ellos la lesión del bien jurídico requiere la condición de funcionario.²⁷ El criterio que ofrece la relación con el bien jurídico permite, en definitiva, identificar qué es lo antijurídico del

²⁶Téngase en cuenta, p. ej., que el dolo típico no sólo condiciona el tipo de injusto, sino también el conocimiento de que el concreto hecho que realiza el sujeto está prohibido. El cazador que dispara contra lo que cree que es una pieza de caza lícita no cree realizar un hecho prohibido. Pero este desconocimiento de la ilicitud del hecho tiene lugar sólo indirectamente, es decir, sólo como consecuencia del error sobre el hecho típico, como lo prueba el que el cazador no desconoce la norma que prohíbe matar a una persona inocente.

²⁷También afecta a la relación con el bien jurídico la condición de funcionario o autoridad cuando sólo agrava la pena en delitos contra bienes jurídicos que también pueden lesionar particulares, pero en el sentido de hacer más grave el ataque a dichos bienes jurídicos cuando procede de un funcionario o autoridad. Esta mayor gravedad del injusto del funcionario puede explicarse por distintas vías, pero no debería bastar el señalar un mayor o especial deber del funcionario o autoridad, pues precisamente lo que hay que explicar, en un Derecho penal protector de bienes jurídicos y no de infracción de un deber, es si tal deber especial protege algún otro bien jurídico-penal o si refuerza la protección del bien jurídico central en el delito frente a la mayor posibilidad de acceso a su lesión que ofrece la función pública, etc.

hecho concreto y, abstrayendo de él lo demás, conseguir la delimitación del hecho antijurídico abstracto.

Este concepto de hecho antijurídico sólo coincide en parte con el de hecho prohibido por una norma imperativa. Como hemos visto, incluye el resultado posterior a la conducta, mientras que tal resultado no forma parte de lo prohibible por la norma (sólo puede prohibir la conducta voluntaria *ex ante*), y no incluye la posibilidad de recibir la prohibición por su destinatario, que es condición necesaria para afirmar que éste infringe la norma y realiza, por tanto, un hecho prohibido. Sin embargo, existe una conexión interna fundamental entre lo antijurídico y la norma imperativa, que más arriba hemos descrito diciendo que lo que tiene el hecho de antijurídico es lo que desea evitar la norma primaria y, en este sentido, la razón esencial de la prohibición.

Pero esta conexión existe gracias a la valoración negativa del ataque al bien jurídico que sirve de base a la prohibición, y no a partir del alcance del imperativo normativo — que no alcanza al resultado típico, punto de partida del desvalor del hecho antijurídico, ni a los sujetos que no pueden recibirlo ni infringirlo.

De ello se desprende una consecuencia importante para comprender la relación existente entre la valoración de la antijuridicidad penal y la norma penal primaria: ambos conceptos no tienen el mismo radio de acción, sino que aquella valoración tiene un ámbito más amplio que el imperativo normativo. *Lo desvalorado jurídico-penalmente es más amplio que lo prohibido por la norma penal primaria.*²⁸

No obstante, la valoración propia de la antijuridicidad es una valoración jurídica y tiene que poder obtenerse del Derecho positivo. Hay valores y principios jurídicos generales del Derecho positivo que sirven de fundamento a aquella valoración (por ejemplo: la valoración positiva de los bienes jurídicos y el principio correspondiente de deber de respeto de los mismos, y la valoración superior del bien más importante en caso de colisión de varios bienes y el principio correspondiente de salvaguarda del bien prevalente), pero la concreta valoración negativa de cada hecho típicamente antijurídico se obtiene de la correspondiente norma penal primaria. Toda norma que prohíbe un comportamiento presupone la valoración negativa de dicho comportamiento —por lo menos si admitimos la hipótesis del legislador racional que está en la base de la dogmática jurídica tal como la entendemos—. En un Derecho penal protector de bienes jurídico-penales que ha de evitar su lesión, la valoración negativa de la conducta prohibida ha de proceder de la valoración negativa del resultado de lesión que puede producir. En tal modelo político-criminal el conocimiento de la prohibición no es necesario para desvalorar el hecho, porque no es la desobediencia a la norma lo que se devalora como objetivo a evitar.

Si, como hemos visto, la valoración negativa de lo que quiere evitar la norma prohibitiva no es suficiente para considerarlo prohibido —no lo es el resultado posterior a la conducta ni las conductas de incapaces de recibir el imperativo—, es por los límites

²⁸Si se adopta el planteamiento de Raz, Razones cit., según el cual todo valor es una razón para la acción (p. 38) y, aunque es algo distinto a un valor, también la norma es una razón (excluyente de otras razones) para la acción (pp 38, 69 s., 93), puede decirse que el desvalor de lo injusto penal es razón para que el legislador penal lo

inherentes a la posibilidad de motivar mediante prescripciones. Estos límites proceden de la *naturaleza de la cosa*, que ha de admitirse —siempre desde la hipótesis del legislador racional— como razón empírica que justifica el principio jurídico fundamental *ad impossibilia nemo tenetur*.²⁹

Con este reconocimiento de uno de los fundamentos últimos de la construcción dogmática, quiero concluir este trabajo enfatizando mi acuerdo con una tesis básica de la línea teórica mantenida por el Profesor Cerezo Mir,³⁰ el gran penalista y amigo a quien dedico mi modesta contribución como muestra de gratitud y reconocimiento por una obra y una dedicación a la investigación verdaderamente ejemplares.

prohíba mediante una norma, pero esta norma prohibitiva carece de sentido respecto a quien no puede conocerla, porque no puede actuar como razón para su acción.

²⁹ La ley que desconozca este principio no conseguirá aplicación. Así, aunque la ley expresase inequívocamente que se dirige también a quienes no pueden conocerla, nunca podría influir en su comportamiento. Por ello, cuando el art. 6, 1 del Código civil dice: “La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento”, no puede interpretarse en el sentido de que pretenda motivar a cumplir las leyes a quienes no pueden conocerlas, puesto que ello no es posible. Dicho precepto sólo puede ser interpretado de otro modo. Cabe entenderlo en el sentido de que la ignorancia de la ley no excluye las consecuencias jurídicas que se prevean para el caso de su incumplimiento: en virtud de aquel precepto puede considerarse aplicable determinada sanción prevista por una norma incluso a quien la desconoce (porque el deber de imponer tal sanción se dirige a un juez que sí la conoce; si el juez tampoco la conoce, desde luego no la aplicará), o puede considerarse que un juez civil puede imponer el cumplimiento de una obligación aunque el condenado no hubiera sabido que la ley la establecía (porque en el momento de la sentencia el juez conoce esta ley y puede cumplirla, y el condenado también puede conocer la sentencia y cumplirla), o también puede suponer que la policía o incluso particulares deban o puedan impedir la realización de un hecho penalmente antijurídico a quien no sabe que lo es, en la medida en que aquéllos otros sí lo saben, etc. El art. 6, 1 del Código civil también puede determinar que el desconocedor de la ley quede obligado a cumplirla cuando toma conocimiento de ella y todavía puede cumplirla, aunque aquél hubiera realizado los hechos que hicieron nacer su deber antes de conocer la ley. Desde luego, el reconocimiento de la eficacia eximente del error de prohibición invencible por parte del Código penal (actualmente, art. 14) limita el alcance de la declaración general del art. 6, 1 del Código civil (que, por lo demás, actualmente va seguida, en el nº 2 del mismo art. 6 del Código civil, de una alusión a posible efectos del “error de derecho”).

³⁰ Cfr., p. ej., Cerezo Mir, *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, en el mismo, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1982, pp. 39 ss.