

Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho penal. Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid

I

La cuestión del objeto de la teoría general del delito se ha hecho crecientemente controvertible en la ciencia penal del presente. Ha quedado atrás el criterio de que el Derecho positivo es la materia exclusiva de la reflexión juridicopenal. La afirmación de Gustav Radbruch de que cada época está llamada a reescribir su propia ciencia del Derecho (1) se encuentra en mayor medida justificada en el Derecho penal, donde la tensión entre los valores del Derecho hace que en determinados períodos se anteponga como paradigma metódico la seguridad jurídica, lo que supone en sus manifestaciones radicales la vinculación unilateral al Derecho positivo, mientras que en otras fases opere éste más flexiblemente como marco, reclamado por el principio *nullum crimen sine lege*, dentro del cual los conceptos se deciden en sentido teleológico o ulteriormente valorativo.

En la actualidad, la seguridad jurídica, encarnada en el principio *nullum crimen sine lege*, o el postulado de tipicidad, constituye el límite constitucional dentro del que ha de comprobarse la peligrosidad de la acción para el bien jurídico y, en último término, ha de decidirse mediante valoración si la acción u omisión peligrosa se halla comprendida en el ámbito de prohibición de la norma. El concepto pasa, en consecuencia, por peldaños diferentes. En primer lugar, presenta un lado lógico formal, puesto que la acción u omisión ha de encontrarse claramente descrita en el tipo para que pueda estimarse juridicopenalmente relevante. La elaboración conceptual discurre después por un crisol teleológico. Sólo cuando ambos planos han sido con-

(1) Vid. *Filosofía del Derecho*, 4.^a ed., p. 161.

trastados, se suscita la cuestión de la definitiva valoración jurídica, es decir, se afirma, en su caso, que el hecho corresponde sustancialmente al sentido de la prohibición o mandato base del tipo. Lo que tratamos de destacar es que la reconducción del hecho al concepto, o al tipo, depende en último término de una valoración, es decir, de un juicio global sobre la antinormatividad de la acción u omisión. Esto pasa inadvertido con frecuencia. La síntesis valorativa por la que se afirma, por ejemplo, que el disparo a corta distancia, dirigido a producir la muerte de la víctima, está comprendido en el tipo del homicidio, presupone los siguientes momentos conceptuales. En primer lugar, que el hecho está descrito legislativamente en la figura de delito. En segundo término, que la acción originaria peligrosa ha cristalizado en la producción de la muerte de la víctima, es decir, la afirmación de la conexión de riesgo entre esa acción base y el resultado. Por último, lo que desde la perspectiva jurídica es decisivo, implica que el comportamiento está comprendido, precisamente, en el ámbito o radio de la prohibición de matar. Esta apreciación normativa, es decir, valorativa, corona metódicamente la actividad jurídica. Hruschka ha puesto de relieve el riesgo inherente a la supresión de alguno de los planos expuestos, es decir, el peligro de una penetración anticipada del momento axiológico en la determinación del concepto. Esto supondría, en nuestro criterio, que las decisiones juridicopenciales son producto de un pensamiento intuitivo, es decir, de una aprehensión emocional de la realidad jurídica, que no debe estar al comienzo, sino encontrarse al final, como Hruschka penetrantemente señala, del razonamiento jurídico (2). Procede advertir también que de prescindirse del momento formal, es decir, de la descripción precisa del comportamiento punible, se abriría paso al pensamiento analógico, cuyas huellas históricas no han desaparecido. Por el contrario, existen indicios de una reaparición subrepticia de tal perversión del Derecho penal en el escenario jurídico. La relajación o supresión del momento teleológico es, por su parte, igualmente incompatible con el Estado de Derecho. Dentro de él tiene el Derecho penal la función única de prohibir acciones peligrosas para bienes jurídicos firmemente delimitados. La prohibición de acciones u omisiones no peligrosas, por razones meramente éticas o políticas, constituye un abuso patológico del *ius puniendi* estatal. La consecuencia de ello es que la definitiva desvaloración o estigmatización del comportamiento como jurídicamente prohibido ha de apoyarse en la reconstrucción previa de la base lógica, lingüística, y en la determinación racional, crítica, de la antisocialidad o peligrosidad objetiva de la acción. Sólo con base en estos presupuestos es posible hablar valorativamente de una acción típica, o sea, juridicopenalmente prohibida.

(2) Vid. HRUSCHKA, J., *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1983, pp. XII y XVII.

La teoría general del delito responde en la actualidad a tal planteamiento del problema. Ha de ser escrita en nuestra época como una síntesis equilibrada de los diversos valores del Derecho.

Las declaraciones sobre su objeto —y sobre su orientación general— presentan múltiples variaciones en la literatura. Las ediciones sucesivas del Tratado de Jescheck, en el que confluye equilibradamente la evolución dogmática de la postguerra, presentan matizaciones sucesivas que impiden hablar de una toma de posición definitiva. En las primeras ediciones se indicaba que el sistema positivo sólo permite una reconstrucción fragmentaria del concepto y los elementos del delito, pues en la época de la promulgación del Código Penal, es decir, en 1871, la dogmática se encontraba en sus comienzos. Este punto de vista es modificado en la tercera edición, traducida al castellano por Mir Puig y Muñoz Conde, donde se sostiene que la teoría jurídica del delito se deduce de la ley, habida cuenta de que la reforma ofrece una clara base y estructura para elaborar el concepto y los elementos del delito. Este criterio es modificado en la edición cuarta de 1988, en la que se dice que la teoría general del delito ha de deducirse de la ley, o en todo caso, ser compatible con ella (3).

En otros escritores toma el debate distinta orientación. Para Maurach-Zipf, en la actualidad ha de renunciarse a un sistema lógicamente cerrado y ha de dispensarse significación mayor a la orientación hacia el problema y la penetración de puntos de vista politicocriminales en la elaboración del sistema penal. Debe, en todo caso, preservarse el objetivo de evitar en lo posible contradicciones intrasistemáticas. Este punto de vista responde a la transformación de la función del juez, en quien no sólo ha de verse un servidor de la ley, sino el titular de una función que permite la cooperación entre legislación y aplicación del Derecho (4). Hruschka va todavía más lejos. Destaca categóricamente que el Derecho positivo no es el objeto de la ciencia del Derecho penal: el sustrato de las doctrinas de la parte general no son las fortuitas regulaciones legales existentes en cualquier paraje del globo terráqueo, ayer diversas a las de hoy, hoy distintas a las de mañana. En la parte general se trata menos, a su juicio, de regulaciones positivas que de materias de la regulación, menos de las respuestas legales a los problemas que de los problemas mismos (5). En la literatura penal española plantea formalmente Mir Puig el problema del objeto de la teoría general del delito. Entiende que el Derecho penal positivo constituye el punto de partida, pero conforma solamente un marco, prefijado por el sentido literal de los

(3) JESCHECK, H. H., *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. T., 4 Aufl., 1988, p. 176: *Die allgemeine Verbrechenlehre muss aus dem Gesetz abzuleiten oder doch jedenfalls mit ihm zu vereinbaren sein.*

(4) MAURACH, R., y ZIPF, H., *Strafrecht*, Allg. T., 6 Aufl., 1983, p. 41.

(5) HRUSCHKA, J., *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1983, pp. XII y ss.

preceptos, que la elaboración dogmática no puede desbordar, pero dentro del que existe un margen de libertad doctrinal de acuerdo con las premisas valorativas de cada momento histórico. Esto permite explicar, a juicio de Mir Puig, la correlación entre la historia general de las ideas y la evolución de la teoría del delito (6).

Lo que parece firme hoy es que la vinculación de la construcción juridicopenal a la base legislativa positiva se ha debilitado. Las propuestas metódicas de la dirección tecnicojurídica, con su aspiración a la neutralidad valorativa, pertenecen al pasado. El sistema conceptual del Derecho penal no se limita a reflejar lo positivamente dado, articulándolo en un cuadro lógico, cerrado, de conceptos. Esto impediría la diversidad de las teorías del delito. Más bien incorpora la investigación criterios teleológicos que por su propia naturaleza no poseen fijeza, sino que se encuentran dotados de elasticidad. En último término, depende la decisión de los problemas particulares, y la orientación de la teoría como totalidad, de posiciones o premisas valorativas que comprometen la racionalidad de la construcción. Esta limitación no debe permanecer oculta, sino ser ahora puesta a la luz en cada uno de sus momentos característicos.

II

El lenguaje legislativo, mediante el que se circunscribe el marco de los tipos, presenta generalmente un considerable nivel de equivocidad. Suele admitirse que el tipo es un tipo cerrado, claro, preciso, que proporciona al Juez la imagen del hecho punible y concreta la aspiración constitucional a la seguridad y fijeza del Derecho. De acuerdo con ello, en la parte especial está garantizada la exclusión de la analogía y de la discrecionalidad judicial. Los tipos penales son tipos de garantía (*Garantietatbestände*), cuya exactitud e inequívocidad queda sólo comprometida por fenómenos excepcionales, como los elementos típicos normativos, las leyes penales en blanco o los denominados tipos abiertos. En general, cumple el tipo según la opinión dominante la función descriptiva postulada por el principio *nullum crimen sine lege*.

Esta imagen de la parte especial sólo relativamente coincide con la realidad. El ámbito de los tipos es siempre borroso. Depende de la elasticidad del lenguaje, elasticidad destacada por la hermenéutica contemporánea, de la flexibilidad propia del momento teleológico y de la carente racionalidad final de las decisiones valorativas.

En primer término, hay que destacar que el lenguaje natural, a diferencia de los lenguajes formales científicos, posee una característica ambivalencia, no logrando definir nunca con total exactitud los

(6) MIR PUIG, S., *Derecho penal, parte general*, 2.^a ed., 1985, p. 88.

hechos que constituyen su referente. La advertencia de Erik Wolf de que los elementos de los tipos no son en último término descriptivos, sino normativos, es decir, dependen de una valoración judicial final, resulta confirmada por las teorías actuales del lenguaje y del delito. Por ejemplo, el lenguaje legislativo no logra nunca decidir unívocamente si el hecho debe ser reconducido al tipo del hurto o del robo con violencia o intimidación, al de la estafa o al cuadro de un negocio anulable jurídicocivil.

Esta ambigüedad de la figura de delito, es decir, de la parte especial, se puede contrastar en los tipos centrales, es decir, en delitos paradigmáticos, pertenecientes al núcleo del Derecho penal.

A) En el tipo del homicidio simple, parece proporcionarse una imagen exacta e incuestionable del hecho prohibido. La realidad es, por el contrario, que cada elemento de la fórmula legal se halla afectado por una inseguridad considerable.

Es equívoco, en primer lugar, el resultado típico. La doctrina tradicional identifica la muerte de la víctima con la paralización completa de la actividad circulatoria y respiratoria, con consiguiente detención del curso de todas las células del organismo. Este punto de vista ha sido sustituido hoy por la noción moderna de muerte, en la que se reclama únicamente la cesación total de la actividad cerebral, revelada probatoriamente en la presencia de un trazado encefalográfico isoelectrico, compatible con el mantenimiento instrumental de la respiración y la circulación. La noción, en consecuencia, se ha relativizado. El concepto clásico se orientaba a la prevención de la muerte aparente. Era reconducible, pues, al principio de seguridad. La visión moderna ha sido promovida por las necesidades en materia de trasplantes de órganos, es decir, por el criterio de adecuación a fin. La utilización de uno u otro punto de vista puede llevar a consecuencias prácticas diferentes. Un criterio puede obligar a admitir la inexistencia de consumación donde el otro haga preceptivo apreciarla. La elección de una u otra concepción, dado que el problema no se encuentra categóricamente cerrado, depende del principio metódico que se elija, es decir, de que se conceda prioridad a la certeza o a necesidades prácticas que el Derecho no debe desconocer (7).

Esta equívocidad es mayor aún respecto al objeto material. La cuestión del objeto del acto en el homicidio es uno de los problemas más controvertidos de la parte especial, cuya significación metódica o filosoficojurídica generalmente pasa inadvertida. Un primer criterio orienta la decisión en el sentido de la seguridad jurídica. Exige la

(7) Sobre el problema, vid. TORIO LÓPEZ, A., *Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos*, en «Estudios penales y criminológicos», IV, 1981, pp. 195 y ss. Ver ahora BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho penal, parte especial, delitos contra las personas*, 1986, pp. 25 y ss.; COBO DEL ROSAL, M., y CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal, parte especial*, 2.^a ed., coordinador T. S. Vives Antón, 1988, pp. 489 y ss.

total separación del claustro materno. Mientras ésta no se ha producido no cabe hablar de homicidio, es decir, ha de apreñarse delito de aborto. Los autores apoyan este punto de vista en características típicas, formales, es decir, en el dato de que el infanticidio —una modalidad privilegiada del homicidio— requiere que la acción se dirija contra un recién nacido (8). El precio que ha de pagar esta solución es que las acciones imprudentes de los profesionales sanitarios, determinantes de la muerte del feto, o las lesiones dolosas o culposas durante el transcurso del parto son atípicas, pues el sistema penal no conoce el delito general de aborto culposo ni de lesiones prenatales, dolosas o culposas. La protección del bien jurídico es, en consecuencia, excesivamente limitada y fragmentaria, aunque la seguridad jurídica obtenga un grado considerable de realización.

Según otro punto de vista, el objeto material del homicidio se halla presente desde el comienzo del parto. El ser humano requiere una protección amplia, como decía Mezger, en el difícil tránsito de la vida intrauterina a la extrauterina. La necesidad de protección del bien jurídico aconseja anticipar la función de los tipos del homicidio y de las lesiones a un momento algo anterior a la separación del claustro materno. Lógicamente, es punible según este criterio como homicidio culposo la muerte del ser naciente mediante acciones discrepantes de la *lex artis*. No existe entonces inconveniente para que las lesiones dolosas o culposas prenatales se reconduzcan a los tipos generales que protegen la salud e integridad del ser humano.

Es claro, sin embargo, que esta solución establece una cesura normativa en el proceso biológico, lo que puede dar lugar a inseguridad en la aplicación del tipo del aborto o del homicidio. No posee la claridad del criterio antes expuesto. Los argumentos de carácter teleológico que cabe esgrimir en favor de ella están contrapesados por las deficiencias que presenta desde la perspectiva de la seguridad jurídica. Está aquí presente un conflicto de valores, cuya decisión no es ya racional. La solución ideal consistiría en coordinar satisfactoriamente ambos planos axiológicos. Dado que esto no puede conseguirse plenamente, es una última decisión valorativa la que lleva a elegir uno u otro punto de vista (9).

(8) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal, parte especial*, 11.^a ed., 1988, pp. 59 y 80; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, parte especial*, 5.^a ed., 1983, p. 40.

(9) GIMBERNAT ORDEIG, E., vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, 1, 2.^a ed., pp. 504 y ss., delimita el objeto material del aborto y el homicidio atendiendo a que sea o no exteriormente perceptible. Entiende que cuando se ha establecido una relación visual con el objeto material —aunque sea sólo de una parte de su cuerpo— la conducta aparece como más reprobable que cuando se causa la muerte de quien se sabe en el claustro materno, pero sin que tal relación visual se haya producido. El autor advierte que este punto de vista carece de viabilidad formal en el Derecho positivo. Es, pensamos, un criterio político criminal, cuya *ratio essendi* o fundamento es que «si el autor mata a quien percibe directamente... se preci-

La imprecisión y elasticidad del resultado y del objeto material son aún más profundas, según la dogmática contemporánea, en lo que concierne a la acción típica en el homicidio. La intelección del núcleo del tipo, es decir, de las características «matar a otro», se orienta en la literatura de múltiples formas. Los partidarios de la teoría de la equivalencia identifican la acción con cualquier condición que haya determinado la muerte de la víctima. Las restricciones pertinentes, según la formulación originaria de este punto de vista, sólo podrían conseguirse, como Von Buri proponía, en el ámbito del elemento subjetivo del delito. El criterio de la equivalencia de las condiciones posee gran exactitud. Pero es teleológica y valorativamente inaceptable, pues conduce a que se consideren comprendidas en la norma prohibitiva acciones carentes de peligrosidad. El caso del sobrino que induce al tío a ir al bosque en la tarde de tormenta, pone de relieve que el tipo del homicidio no puede referirse a cualquier condición del resultado, sino a una acción peligrosa para la vida humana; peligrosidad que no está presente en el ejemplo. También el célebre supuesto de la causación del aborto mediante conjuros, donde el resultado es extravagantemente condicionado por la acción básica, muestra que este criterio está necesitado de delimitación racional.

Esta delimitación desestabiliza, sin embargo, la seguridad creada por la doctrina de la equivalencia. En éste sentido, la teoría de la adecuación conduce a estimar que la acción típica es sólo la que conforme a la experiencia posee idoneidad o virtualidad para producir el resultado típico, es decir, la acción que calculable o pronosticablemente lleva a la causación de ese resultado. El pensamiento de la adecuación es, pues, teleológico. Requiere la conexión objetivo final entre la acción y el resultado. Por no citar otros criterios, la teoría de la relevancia, antecedente material directo de la doctrina de la imputación objetiva, considera insuficiente en los delitos materiales que la acción haya condicionado el resultado. Es necesario además que corresponda al sentido del tipo, lo que sólo puede determinarse mediante interpretación. Es pues, una teoría jurídica, valorativa, normativa. Por último, el criterio contemporáneo de la imputación objetiva, en el que cristaliza la evolución, reclama un doble presupuesto de la responsabilidad. No sólo la causación, sino también la imputación objetiva. La tipicidad depende, según este punto de vista, de un com-

sa una mayor energía criminal que cuando tal perceptibilidad se encuentre ausente...». La caracterización metódica de este argumento parece problemática. Hay que decir que el desvalor de resultado no es diverso en uno y otro caso. La cuestión de si el fundamento de la apreciación de homicidio es el desvalor de acción depende, naturalmente, de cómo se conciba este desvalor. El argumento de Gimbernat, al hacer depender la decisión de una supuesta energía criminal, hace penetrar en el problema puntos de vista criminológicos, que de relacionarlos con la literatura italiana, conectarían con el concepto de *spinta criminale* de G. D. Romagnosi o con la idea de *capacità criminale* del sujeto como fundamento de la reacción jurídica.

plejo cuadro de presupuestos, teleológicos y normativos. Solamente corresponde al sentido del tipo la acción peligrosa, jurídicopenalmente prohibida, cuya peligrosidad se haya materializado transitivamente (conexión de riesgo) en el resultado sobrevenido. La tipicidad de la acción depende, pues, de que satisfaga diversas exigencias. En primer lugar de una referencia teleológica: ha de tratarse de una acción que cree o aumente el riesgo para la vida. En segundo lugar ha de determinarse, mediante valoración, que la acción está comprendida en el ámbito o radio de prohibición del tipo. Las perplejidades que con frecuencia surgen en el nivel teleológico muestran la necesidad —por otra parte general— de una estimación global valorativa, donde se decide la antinormatividad final del comportamiento, en nuestro caso su pertenencia al tipo del homicidio.

Este cuadro profuso de posibilidades no habla de una certeza o taxatividad de la figura de delito. Más bien advierte sobre su condición flexible y elástica. No solamente aquellos tipos que se denominan «abiertos» exigen ser complementados por vía jurisdiccional. En la teoría contemporánea del delito, el trabajo coordinado de legislación, ciencia dogmática del Derecho y jurisdicción es inherente a la actividad jurídica. Al destacar esta situación no se debilita el principio *nullum crimen sine lege*. Sólo se pone teóricamente de relieve una situación real, es decir, se define la naturaleza de los procedimientos jurídicos, con lo que puede conseguirse, por otra parte, un mejor control crítico de la actividad de los jueces.

En este sentido, el proceso comienza con el análisis del lenguaje. En este primer momento se establece el límite primario a la penetración del emotivismo en la decisión de casos. El lenguaje establece una primera barrera contra él. Después se lucha contra el intuicionismo y la aprehensión emocional de la realidad, exigiendo un elemento material, es decir, la efectiva peligrosidad de la acción. Este requerimiento hace posible una dogmática realista, si no materialista, cuyas raíces se encuentran en la obra de Ihering, en la contribución de su discípulo Franz von Liszt, y con matiz metódico diverso, en la dirección teleológico valorativa y los esfuerzos contemporáneos para circunscribir el injusto penal como comportamiento peligroso, antisocial, atentatorio contra bienes jurídicos. En nuestro medio, donde el criterio de moralidad conspira ocultamente contra el principio de juridicidad, este momento objetivo final de los conceptos debe resaltarse con suficiencia. En último término, debe teóricamente reconocerse, sin embargo, que el destino del concepto —y la decisión del caso— depende de una apreciación valorativa. Esto sucede en todos los campos jurídicos.

B) La situación delatada respecto al delito de homicidio es igualmente visible en otras figuras de delito. En el de violación, la violencia o amenaza son realidades graduables, que pueden tener más o

menos intensidad. La existencia del delito depende de que el comportamiento peligroso sea idóneo para quebrantar la autodeterminación sexual de la mujer. Es éste un juicio sobre la dirección objetivo final de la acción. Las formas severas de fuerza o amenaza se encuentran comprendidas en el fin de protección y, ulteriormente, en el ámbito de prohibición de la norma. La acción cuya peligrosidad para la autonomía sexual de la mujer es prácticamente nula o insignificante, pese a ser subsumible formalmente en el tipo, no está comprendida sustancialmente en él. Entre ambos extremos ha de determinarse el grado de violencia o la naturaleza de la amenaza jurídicopenalmente relevante. La vieja doctrina acudía al *topos* desacreditado, incompatible con la dignidad de la mujer, de la *vis grata puellis*, evocado en sentencia reciente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (10). En realidad, la decisión sobre la tipicidad es un problema teleológico valorativo. Teleológico, en el sentido de que sólo la acción peligrosa para la libertad sexual de la mujer puede estar comprendida en el tipo. Y valorativo, pues como ponen de relieve nítidamente los supuestos límite, afirmar que la acción está o no comprendida en la prohibición normativa se determina únicamente mediante una decisión no arbitraria, pero sí discrecional, cuyas pautas regulativas son los principios superiores del Derecho (11).

C) La indeterminación final de la figura de delito es igualmente observable en la concreción del límite entre los delitos de hurto y robo con violencia o intimidación. Tampoco aquí logra el tenor formal, es decir, el lenguaje legislativo, trazar de forma inequívoca la línea de demarcación entre ambas figuras. La interpretación lingüísti-

(10) Vid. S. 6-4-1988.

(11) Una sentencia reciente de la Audiencia Provincial de Bilbao ha procedido a un cambio de criterio valorativo en la comprensión del elemento nuclear de la violación, es decir, del concepto *yacer*. Esta característica no posee vinculatoriedad lingüística definitiva y es reorientable, si no manipulable, conforme a la escala de valores del intérprete. La consideración semántica arroja un balance ambiguo sobre si además de la cópula heterosexual comprende las demás formas de acceso con la mujer. La ruptura con la interpretación histórico-comparada que la Sala realiza, expresa la adopción de un criterio fundamentalmente valorativo. Los cambios de jurisprudencia son inteligibles generalmente, ante todo en fases de tránsito de un modelo político-jurídico a otro, como mutaciones del orden de valores sobre el que reposan las normas jurídicas particulares. En la jurisprudencia norteamericana, se abandona progresivamente también el llamado *test* de resistencia de la mujer, determinándose la presencia de violación con base en el comportamiento del varón. Este cambio de acento responde a la incorporación de la idea de la dignidad femenina a la práctica jurídica. El riesgo que acecha en toda época de cambio es que se produzca un deslizamiento desde la interpretación extensiva a la analogía prohibida. En nuestro espacio jurídico, tal riesgo es que se confunda la interpretación de las normas «según... la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas...» (art. 3.1.º Cc.), con lo que evocadoramente cabría designar como «sano sentimiento popular». (En prensa este trabajo la L.O. 3/1989, de 21 de junio, ha dado nueva redacción al tipo de la violación del artículo 429 del Código Penal, precisamente en el sentido de ampliar la acción típica a otras formas de acceso carnal distintas del yacimiento.)

ca precisa del complemento de la interpretación racional, finalista, de la doctrina y la jurisprudencia. Las formulaciones legales del hurto y del robo no realizan la aspiración a la seguridad jurídica que los tipos deben concretar. Es ilusorio sostener que puede «deducirse» del Derecho positivo el perfil de cada figura de delito.

El problema de si el acto de apoderamiento de la cosa es hurto o robo —como cuando el autor arrebató el objeto que la víctima porta consigo o el aderezo que lleva sobre sí— presenta una estructura que la jurisprudencia todavía no ha conseguido evidenciar. La solución no se *deduce* del tenor formal, legislativo, de tales figuras de delito. Sólo puede ser buscada, por el contrario, acudiendo a puntos de vista teleológicos. El robo con violencia o intimidación es un delito pluriofensivo, que exige un ataque plural a los bienes jurídicos, es decir, a la libertad de actuación o decisión y a la propiedad. La determinación de si la libertad ha sido comprometida es un juicio de imputación objetiva. Requiere caracterizar la acción como peligrosa para este bien jurídico y, ulteriormente, comprobar que tal peligrosidad efectivamente se ha traducido en el menoscabo de la esfera de libertad del ofendido. Este *test*, extraño ordinariamente a la práctica, posee carácter teleológico. Pero la decisión de los casos límite es en último término valorativa. En el robo la fuerza no debe ser insignificante, pero tampoco requiere un grado considerable de intensidad. Cuándo la balanza se desequilibra y no cabe estimar ya hurto, sino robo con violencia, no sólo depende, lamentablemente, de apreciaciones racionales —por ejemplo, de la determinación física, científica, del grado de la fuerza—, sino de la apreciación concreta, valorativa, jurisdiccional. Lo que ha de exigirse es que hayan sido críticamente ponderados el plano lógico-lingüístico y empírico-teleológico anteriores a la valoración.

D) El método aquí elegido podría extenderse a toda figura de delito. Otro campo práctico importante es el de las falsificaciones documentales, en las que una comprensión puramente lógica, lingüística, de los tipos, debe de estimarse fracasada. El delito de falsedad, como es sabido, exige algo más que la discrepancia entre forma documental y realidad. La falsedad formal, es decir, la «mutación de verdad» inocua, según ha reconocido el pensamiento clásico, es atípica y, en consecuencia, impune (*falsitas quae nemini nocet non punitur; falsitas non punitur quae non solum non nocuit, sed nec erat apta nocere*).

El *test* sobre la irrelevancia de la falsedad es fundamentalmente un juicio teleológico, equivalente a que la acción no es objetivamente imputable al injusto, y valorativamente no se encuentra comprendida en el campo de prohibición de la norma.

El mismo planteamiento puede efectuarse en el delito de cohecho. La aceptación de regalos por el funcionario público es generalmente

punible. El radio de la norma debe delimitarse, sin embargo, racionalmente, a fin de no llegar a exageraciones que comprometan la seriedad del sistema penal y de la administración de justicia. En casos de una invitación insignificante, de la aceptación de un cigarrillo, etc., sólo un formalismo paroxístico podría evocar los tipos del cohecho. La acción carece de virtualidad corruptora. Es menester, dice Cuello Calón, que los regalos admitidos sean de cierto valor intrínseco; la ofrenda de objetos sin valor, y, en general, los de tipo honorífico, por lo común no integrarán el delito (12). Rodríguez Devesa sigue también esta línea teleológica. Indica que por regalos hay que entender objetos de valor material (económico) más o menos grande, pero suficientemente para descartar toda idea de mera afección (13). Destaca también que un retrato dedicado, unas flores u otro obsequio semejante no son regalos en el sentido del Derecho positivo, so pena de extender en términos inadmisibles la esfera punitiva. Es evidente que de esta forma se ha desbordado la interpretación lingüística, es decir, se acude a un criterio teleológico —falta de peligrosidad de la acción para la función pública— y valorativo —la acción no discrepa de la norma jurídica base de los tipos—. La doctrina siempre ha tratado de establecer un límite en este espacio. La ciencia penal francesa introduce en el tipo del cohecho un *topos* regulativo que es en el fondo un criterio teleológico: los regalos insignificantes no deben estimarse punibles (*Les petits cadeaux entretiennent l'amitié*). También la teoría finalista del delito ejemplificaba la doctrina de la adecuación social con el supuesto de las atenciones navideñas a los empleados del servicio postal. En algunas ciudades reciben presentes los agentes de tráfico en la fecha final del año. Sólo un formalismo paranoide podría ver en estas atenciones una admisión de ventajas juridicopenalmente prohibidas. La posibilidad de una valoración menos inflexible fue tomada positivamente en cuenta por el artículo 479 del Proyecto de Código Penal de 1980, que tipificaba la aceptación de regalos por los funcionarios en consideración a su cargo si *excedieren en su valor de las atenciones admitidas por los usos sociales* (una disparatada y sorprendente aplicación de la teoría de la adecuación social que desapareció en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983).

Todos estos supuestos revelan que el límite del concepto, es decir, del tipo del cohecho no puede «deducirse» sin más de la ley. La concordancia del hecho con el tenor formal del tipo determina la tipicidad formal, pero no la material. Para ésta es preciso contrastar si la acción puede desestabilizar la probidad del funcionario o poner

(12) Vid. *Derecho penal*, T. II, parte especial, adaptado por César Camargo Hernández, 12.^a ed., p. 397.

(13) Vid. *Derecho penal español*, 11.^a ed., revisada por Alfonso Serrano Gómez, pp. 1172.

en peligro la imparcialidad del ejercicio de funciones públicas. Es éste el plano teleológico. Mas la decisión última ha de conseguirse, sin embargo, en un nivel todavía más alto, es decir, en un plano valorativo. El ejemplo aludido por Rodríguez Devesa del (la) funcionario que recibe flores muestra el sentido de la referencia, reiterativa en el presente trabajo, de que el perfil de los conceptos es, en último término, valorativo. Si la funcionaria A recibe de un administrado un valioso ramo de flores, en atención a la celeridad con que ha sido atendido, se decidirá valorativamente con toda probabilidad, que la acción es atípica. Es más dudoso que la solución sea idéntica si la funcionaria B, en situación correlativa, admite, por ejemplo, un reloj de pulsera o una pluma estilográfica. En el caso de que la funcionaria C vaya más allá y acepte dinero equivalente por igual acto profesional, generalmente será afirmada la presencia del delito. Las implicaciones metódicas de los diversos casos son problemáticas. Lo que quizá estimule a afirmar la tipicidad no es un criterio teleológico —las flores pueden desestabilizar también la imparcialidad del funcionario hacia el futuro—, sino un criterio valorativo. El dinero posee una significación axiológica distinta. Es un instrumento genuino de corrupción. Este punto de vista valorativo puede ser decisivo para afirmar la existencia del delito. La cuestión de si con ello penetra subrepticamente en el delito de cohecho una característica del ánimo —la llamada vileza del móvil—, es decir, el problema de si se transita de esta forma a un Derecho penal de la *Gesinnung* puede sólo ser sugerido, no considerado en los detalles.

La discusión de las figuras examinadas no confirma, en consecuencia, la idea de que los conceptos juridicopenales pueden lógicamente deducirse de la ley. Demuestra, por el contrario, que el ideal de taxatividad y exactitud de la figura de delito se enfrenta con límites significativos en la realidad jurídica. El principio *nullum crimen sine lege* posee significación dialéctica. Está en relación con la tensión de los valores del Derecho. Es un postulado que el legislador tiene crecientemente que realizar mediante la formación crítica de los tipos. La propia naturaleza del Derecho muestra, sin embargo, que se circunscribe siempre por la adecuación a fin y las representaciones valorativas de la teoría y la jurisprudencia.

III

La teoría general del delito se halla vinculada en medida menor aún al Derecho positivo. Puede afirmarse que en alto grado se ha desenvuelto *extra legem* o por vía consuetudinaria. El sistema vigente carece con frecuencia de referencias a los problemas (por ejemplo, respecto a la punibilidad de la comisión por omisión) o proporciona puntos de apoyo accidentales o escasamente significativos (por ejem-

plo, relación de causalidad) para la formación del concepto. En otros casos, el concepto existe en el Derecho positivo, pero no es una noción cerrada, lógicamente definitiva. El trabajo teórico puede reorientarlo, atribuyendo nueva fisonomía a la figura legislativa originaria (por ejemplo, teorías de la codelincuencia y de la tentativa).

El desenvolvimiento de la teoría jurídica del delito pone de relieve el punto de vista de Hruschka de que la ciencia del Derecho trata de *problemas* a los que proporciona en cada momento histórico respuestas abiertas. La legislación suele caminar tras la teoría, como muestra la historia de la codificación en Italia, Suiza, Alemania, Austria o Portugal en las últimas décadas. La construcción de los sistemas penales se basa, pues, en el conocimiento científico, y en países de cultura jurídica razonable, en los dictámenes de expertos. Es la legislación penal la que se deduce de la teoría jurídica del delito. No sucede al revés, como se sostuvo por el positivismo jurídico. Esto se ve con claridad en la evolución de los dogmas más característicos de la parte general.

La teoría de la relación de causalidad se ha desenvuelto *extra legem*. El sistema penal alemán, a diferencia del Código Penal italiano de 1930, ha carecido siempre de disposiciones sobre esta materia. Las teorías de la causalidad —equivalencia de las condiciones, adecuación, relevancia típica, teorías individualizadoras de la causa eficiente, preponderante, etc.— han surgido de los contrastes entre corrientes metódicas, culturales o científicas diferentes. Se ha señalado antes que tales contrastes terminan por definir el ámbito de los tipos.

La admisibilidad de una u otra teoría es producto de múltiples factores. La teoría de la equivalencia está orientada fundamentalmente a la seguridad jurídica. Es teleológicamente indiferente. Presupone una imagen científica natural del hombre, cuya compatibilidad con la dignidad humana sería problemática de no corregirse con puntos de vista culturales, es decir, de no circunscribirse en función de la capacidad humana para pronosticar la conexión entre la acción y sus consecuencias, o sea, para aprehender la tendencia objetivo-final de la acción hacia la causación del resultado.

El sentido profundo de la doctrina de la adecuación es, en nuestro criterio, introducir una imagen antropológica diversa como presupuesto de la antijuricidad. El hombre no se presupone por ella como ser meramente causal, a quien puede imputársele todo resultado condicionado por él, sino un ser capaz de comprender —y, por tanto, de no comprender— las conexiones causales reales. Es un ser con capacidad limitada, no un adivino, como ha destacado Gimbernat Ordeig (14). Carece de sentido hacerle responder de consecuencias no pronosticables o imprevisibles. La causación material no fundamenta

(14) . Vid. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966.

por sí sola la responsabilidad por el hecho. Esta responsabilidad objetiva —anterior a la imputación personal subjetiva— presupone, además de la causación material (*quaestio facti*), la previsibilidad objetivo-general del resultado obtenido (*quaestio finalis*), es decir, no sólo la conexión objetivo-causal, sino objetivo-final entre acción y resultado típico.

La introducción de este momento teleológico en la definición de la responsabilidad —hecha abstracción de su posición en el sistema, es decir, de considerarlo como límite causal o como elemento tácito intratípico— hace perder estabilidad al concepto. Este no proporciona ya una imagen lógico-formal, descriptiva, agotadora, coherente con la seguridad jurídica, o sea, una descripción rigurosa del hecho punible, como en mayor medida sucedía con la doctrina de la equivalencia, sino una imagen teleológica, menos compacta, es decir, más fluida y elástica, y, en consecuencia, menos conforme con la certeza del Derecho. La penetración de la dirección teleológica en la ciencia penal implica una reorientación de la dialéctica entre los valores del Derecho. La decisión final en favor de uno u otro valor de ninguna manera está prefigurada por el Derecho positivo. Rodríguez Devesa ha concedido máxima significación al principio liberal de la seguridad jurídica. La lucha en favor del principio *nullum crimen sine lege*, llevada adelante sin concesiones, es definitiva de su contribución a la historia de la ciencia penal española.

La teoría de la omisión, en particular, de la comisión por omisión, se ha desenvuelto por completo al margen de los sistemas penales positivos. La equiparación de la comisión por omisión al hacer activo es el reflejo de exigencias jurídicas, es decir, una cuestión normativa, teleológica y, ulteriormente, valorativa. El Derecho asimila realidades estructuralmente diferentes, opuestas en la esfera del ser.

La causalidad real, material, inexistente en el delito de comisión por omisión, es suplida por una causalidad meramente hipotética —es decir, por algo que no es causalidad—, o sea, por el juicio de que la acción omitida, preceptuada, hubiera impedido el resultado típico. Penetra así subrepticamente en los presupuestos de la pena un dato artificioso, prácticamente equívoco, inseguro, pues en la experiencia difícilmente podrá afirmarse con seguridad que tal acción inejecutada hubiera verdaderamente impedido la producción del resultado. La práctica se toma las cosas a la ligera cuando condena sin vacilación por homicidio culposo cometido por omisión al médico que imprudente o negligentemente no estableció el tratamiento que hubiese impedido la muerte del paciente. Pero al proceder comúnmente así, se deja de verificar cómo se hubiera desarrollado el curso causal de no haberse omitido la acción, es decir, deja de comprobarse si el homicidio se hubiese impedido con seguridad, o, en su caso, se hubiera evitado con probabilidad rayana en la certidumbre. Salvo error, no existen sentencias donde estas cuestiones sean abordadas. Los delitos de co-

misión por omisión muestran en la dogmática y en la realidad judicial un genuino acento valorativo, paralelo a su distanciamiento de la seguridad jurídica.

La comisión por omisión no ha estado tradicionalmente prevista en los sistemas penales. En la actualidad se tiende a la introducción de una cláusula en la parte general equiparando hacer y omitir. Esto ocurre en el Código Penal alemán actual, cuyo parágrafo 13, bajo la rúbrica «comisión mediante omisión» establece que «quien omite impedir un resultado, perteneciente al tipo de una ley penal, es sólo punible según esta ley, si era responsable de que dicho resultado no se produjera y la omisión corresponde a la realización mediante acción del tipo legal». La existencia de esta cláusula general mejora, pero no consigue corregir, la tensión de este grupo de delitos con la certeza del Derecho (15).

Los delitos de comisión por omisión no se deducen de la ley. Es la ley la que, en algunos sistemas penales, toma de la teoría los criterios de incriminación. Esta cláusula, presente en diversos sistemas penales (Alemania, Italia, Portugal), proclama que no impedir un resultado que se tenía el deber jurídico específico de evitar *equivale* jurídicamente a causarlo. Se concede subrepticamente que la prueba de que la acción inejecutada hubiese evitado el resultado típico puede ser conseguida, pero en realidad tal interrogante probatorio no será siquiera imaginado en la práctica de los tribunales. La doctrina tampoco tiene inconveniente en imputar el resultado cuando no existía seguridad, sino sólo probabilidad de que hubiese sido evitado mediante la acción omitida. Es casi seguro que nadie se atrevería a proponer un razonamiento paralelo en los delitos de acción.

En los delitos de comisión por omisión se halla, por otra parte, circunscrito el ámbito de la autoría. Se afirma que son delitos especiales, delitos que sólo puede realizar quien se encuentra en posición previa de garantía. La determinación de la posición de garantía no se realiza por el Derecho positivo. Es un asunto puramente dogmático. En los sistemas penales, como muestra la fórmula alemana, no hay referencias a este problema. Las fuentes de la posición de garantía no las decide la ley. Las establece la dogmática penal. Hace años se discutía si la pertenencia a una comunidad existencial —familia, comunidad religiosa, etc.— fundamentaba la posición de garante. La solución afirmativa lleva a que el omitente no responda por un general delito de omisión —por ejemplo, por omisión del deber de socorro—, sino por un delito de comisión por omisión —por ejemplo, por delito de homicidio—. En la actualidad, el posible interrogante de si una relación de afectividad análoga al matrimonio puede fundamentar la posición de garantía —por ejemplo, en relaciones amo-

(15) Vid. TORIO LÓPEZ, A., *Límites político-criminales del delito de comisión por omisión*, en «Anuario de Derecho penal y ciencias penales», 1984, pp. 693 y ss.

rosas no inconsistentes o en la denominada «pareja estable»— debería obtener en el sistema respuesta negativa, pero ningún jurista experimentado se atrevería a augurar que en la realidad judicial, tan escindida culturalmente, no se sostuviese el punto de vista opuesto por razones valorativas o, más claramente, por motivos ideológicos.

Lo que es visible en los delitos de comisión por omisión no es sólo que su construcción se ha desarrollado *extra legem*, es decir, que no se ha deducido de la ley, sino que en ellos se trata de una elaboración normativa, es decir, de equipararlos a los delitos materiales de acción por entender que son valorativamente realidades equivalentes. Su tensión con el principio de seguridad jurídica ha sido, ante todo, por Hellmuth Mayer, constantemente destacada. En pocos espacios es visible con tanta claridad que la responsabilidad no se fundamenta en la esfera del ser, es decir, en características fácticas, descriptivas, aprehensibles sensorialmente. La responsabilidad reposa en relaciones ideales, hipotéticas, entre la acción omitida y el resultado típico, pero, en último término, en apreciaciones valorativas.

Puede mencionarse también la teoría del dolo para confirmar el criterio que viene exponiéndose. Tampoco puede hablarse en la elaboración dogmática del dolo de una traducción lógico-formal de datos preexistentes en los códigos penales. El parágrafo 59 del Código Penal alemán de 1871, sustancialmente concordante con el 16 de la redacción vigente, sobre el que se edificó la teoría del dolo en la dogmática alemana, destacaba únicamente que si el autor al tiempo del acto no conocía las características pertenecientes al tipo legal (*gesetzlichen Tatbestand*), no le serían imputadas tales circunstancias. Esta fórmula legislativa sólo se refiere al elemento intelectual del dolo —es la pauta regulativa del error de hecho, o del error de tipo—, pero no contiene alusión alguna a si el llamado dolo mediato o de segundo grado, o el dolo eventual, deben o no ser reconducidos al ámbito del actuar doloso. En lo que concierne al dolo eventual, el Código Penal alemán, de la misma forma que el español, no proporcionan ningún punto de apoyo. La teoría del dolo eventual es un producto de la ciencia del Derecho. Baste recordar las fórmulas de Frank, o la teoría de la probabilidad, fundamentada en Alemania por Grossmann, defendida en la literatura penal española por Gimbernat Ordeig, o las teorías del sentimiento, para comprender que este caudal de posibilidades teóricas es la respuesta a problemas antepuestos al Derecho penal positivo, respuestas que están en relación con el concepto material de culpabilidad —cuestión sobre la que faltan investigaciones—, pero que también en último término significan la decisión axiológica de someter o no a la pena más grave del dolo el comportamiento.

Sería impropio, dentro de los límites de esta contribución, prolongar el análisis de los numerosos campos de la teoría del delito en que es verificable la misma situación. Baste con aludir brevemente.

para terminar, a las doctrinas de la tentativa y de la codeinencia, para ratificar que la teoría general del delito se nutre ante todo de proposiciones historico-dogmáticas, que surgen previamente a todo Derecho positivo, y con advertir que cuando éste proporciona puntos particulares de apoyo, esta base legislativa puede experimentar transformaciones tan profundas que originan una nueva imagen de la figura jurídica de que se trate.

Esto puede confirmarse con la teoría de la tentativa. Las fórmulas legislativas están en relación con el Derecho penal francés, ante todo con la exigencia de un *commencement d'exécution* como elemento nuclear del concepto. Esta exigencia supone a lo sumo que los actos no ejecutivos, es decir, preparatorios, no son punibles. Nada dice, por el contrario, sobre si el fundamento o *ratio essendi* de la tentativa es objetivo, o sea, consiste en el peligro para el objeto del acto, o, por el contrario, subjetivo, es decir, se identifica con la resolución criminal del autor (16). Sentido y ámbito de la tentativa son productos teóricos. Es la teoría la que reorienta los datos legislativos, de forma tan múltiple por otra parte como en este campo es visible. Los contrastes de las diversas teorías de la tentativa son, en principio, teleológicos. La teoría objetiva establece el núcleo de la tentativa en el peligro para el bien jurídico. No hay tentativa sin acción peligrosa. La doctrina subjetiva, por el contrario, ve el núcleo de lo injusto en la decisión delictiva, en la enemistad del autor con el Derecho, pudiendo ser diversamente interpretada. Puede ser referida a la peligrosidad criminal del autor, cuyo carácter hallaría expresión en la acción exterior de tentativa, o a la actitud reprochable (*Gesinnung*) del sujeto, es decir, a su posición valorativa negativa frente al bien jurídico protegido.

La superación de tales alternativas, en las que se encuentra comprometido el carácter del Derecho penal, no está en absoluto prefigurada definitivamente en la ley. Es aquí observable, por el contrario, que las diversas posiciones doctrinales son reconducibles, como Mir Puig paralelamente afirmaba, a posiciones teóricas formuladas con alto grado de discrecionalidad.

La situación denotada es igualmente visible en el campo de la codeinencia. El cuadro conceptual de la codeinencia ha surgido como conjunto de respuestas a problemas reales planteados por la contribución de diversas personas en el delito. El modo más primitivo de resolver esos problemas es acudir al concepto unitario de autor, según el cual todos los que condicionan la producción del hecho responden de él como autores. Esta noción posee ventajas indiscutibles desde la perspectiva de la seguridad jurídica, pero borra las diferencias teleológicas —y también las valorativas— entre los diversos code-

(16) Sobre tales contrastes, CEREZO MIR, J., *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*. 1964.

lincuentes. Si desde la perspectiva de la causalidad estos aportan una *conditio sine qua non* del resultado, es cierto, sin embargo, que el cómplice contribuye con una condición cuya peligrosidad es menor para el bien jurídico, condición que merece una apreciación valorativa juridicopenal menos intensa.

La teoría de la codelincuencia es también fundamentalmente un producto de la ciencia. Baste recordar, por ejemplo, la creación doctrinal del concepto de autoría mediata, sólo tardíamente recibido en la legislación (17), para comprender que la ley proporciona para la teoría de la codelincuencia únicamente puntos de apoyo, de los que poco cabe «deducir». Es un criterio teleológico, es decir, la peligrosidad de la acción del cómplice para el bien jurídico protegido lo que permite, por ejemplo, distinguirlo de la cooperación necesaria. Es patente que en la delimitación penetran ocultamente momentos valorativos, discrecionales, como muestra ostensiblemente la jurisprudencia. Lo que sí cabe reclamar es que éstos sigan, es decir, no se antepongan al estudio de las propiedades materiales del comportamiento. Cuando se prescinde de este estudio y el concepto se aprehende sintéticamente es imposible una jurisprudencia homogénea y racional.

IV

La orientación global de la teoría del delito, no sólo los problemas particulares de la parte especial o de la parte general, no está tampoco predeterminada en el Derecho positivo. Demuestran esto los incesantes cambios observables en la evolución. Sobre un mismo Código Penal han podido desenvolverse la concepción clásica, neoclásica, finalista o contemporánea —teleológica, funcional, postfinalista— del sistema penal. En el mismo momento histórico, por otra parte, pueden coexistir teorías del delito diferentes. La dogmática no es una ciencia, o sea, una reflexión exacta, sino constitutivamente inexacta, imprecisa, flexible y abierta, referida a fines y valores. Esto explica los cambios diacrónicos y sincrónicos del pensamiento jurídico.

Puede decirse, sin embargo, que frente a la diversidad y combinaciones de los criterios teóricos en la literatura y de su concreción en la legislación, preexisten estructuras y modelos apriorísticos, cuyas alternativas, por otra parte reducidas, se ponen de relieve a continuación. Este problema merecería una investigación particular. En las presentes páginas pueden ofrecerse sólo algunas anticipaciones.

(17) Vid. artículo 32 del Proyecto de Código Penal de 1980: «Además de quienes realizan el hecho por sí o por medio de otro, del que se sirven como instrumento, se consideran autores...»; y, actualmente, el parágrafo 25, 1, del Código Penal alemán: «Es punible como autor quien realiza por sí o por medio de otro el hecho punible.»

El sistema positivo es reflejo, más o menos consciente, de un modelo. Este no es deducido del Derecho positivo, como sostuvo el credo técnico-jurídico hace décadas. Sucede al contrario: es el Derecho positivo el que responde a él. En este sentido cabe plantear al menos dos contrastes fundamentales. En primer lugar, la oposición entre una antijuricidad concebida subjetiva, o, por el contrario, objetivamente. Y, en segundo término, la antinomia entre una antijuricidad cuyo objeto sea la acción o, por el contrario, el resultado de esa acción.

A) En primer lugar, cabe la posibilidad conceptual de un sistema orientado subjetivamente, es decir, en el que la resolución personal-subjetiva se constituya en fundamento de lo injusto. Este criterio solamente se ha patrocinado en espacios particulares, concretamente, en la teoría subjetiva de la tentativa. Nunca ha llegado a informar la totalidad de un sistema juridicopenal (si se prescinde, por ejemplo, del sistema religioso-penal inquisitorial). Como Mezger enseñaba, el Derecho no conoce puros elementos subjetivos de fundamentación de lo injusto. Únicamente en el ámbito de la tentativa se ha llegado a concebir la resolución antijurídica del autor como *fundamento* suficiente, a lo sumo necesitado de manifestación exterior, de la pena. Esta se conecta entonces a la voluntad antijurídica del autor. En la concepción extrema, el acto exterior posee sólo valor informativo sobre la disposición interior. La generalización de este criterio no sería inimaginable lógicamente, pero sí sustancialmente inaceptable, pues conduciría a afirmar que la resolución delictiva proporciona sin más el injusto típico, debiéndose entender la totalidad del proceso externo, no sólo el resultado típico exterior, como condición de punibilidad. Este modelo lógico, apriorístico, tiene una virtualidad ejemplificativa negativa. Enseña negativamente —lo que no es improcedente destacar— que la resolución o decisión finalista no es elemento central, originario, de lo injusto, es decir, que el dolo puede ser a lo sumo concebido como elemento codeterminante, complementario, configurador de lo injusto.

La crítica que puede formularse a un modelo radical subjetivo es múltiple. El Derecho no se infringe con la mera resolución delictiva —esto, según una antigua concepción, es lo decisivo en la infracción moral—. Se infringe mediante acciones. El actuar exterior es el fundamento del reproche jurídico. Desde el punto de vista político-jurídico un sistema basado en la pura prohibición de la resolución criminal, traducida a lo sumo en actos exteriores indicativos de su existencia, sería un sistema atentatorio contra la libertad y la intimidad, en contradicción con el postulado histórico, material y juridicopolítico de que la pena no se conecta inmediata, aisladamente, a estados psíquicos y resoluciones internas (*cogitationis poenam nemo patitur*). La resolución de voluntad, es decir, el conocimiento y deci-

sión personal del hecho, no puede por sí solo fundamentar, sino a lo sumo codeterminar, la antijuricidad (18).

El modelo opuesto ve en el hecho externo dañoso para el bien jurídico el sustrato de lo injusto. Este se define con independencia del contenido subjetivo, que o no se tomaría en cuenta en absoluto (así los sistemas jurídicos primitivos) o contribuiría sólo a delimitar, no a fundamentar, la responsabilidad. El objetivismo tiene en favor suyo varios argumentos. En primer término, que únicamente un hecho externo puede menoscabar las condiciones de convivencia, es decir, comprometer los bienes jurídicos. Esta orientación puede, en segundo lugar, concretar o realizar en elevada medida la seguridad jurídica, pues los hechos externos son aprehensibles sin equivocidad, es decir, directamente, sin necesidad de un proceso previo inductivo, que es necesario efectuar, por el contrario, para contrastar la presencia de los contenidos mentales y anímicos, dada la imposibilidad de conocimiento procesal directo de los estados de conciencia (19).

Esta perspectiva metódica es la de la teoría clásica del delito, representada ante todo por las contribuciones históricas de Listz y de Beling. El defecto de esta concepción es, sin embargo, doble. En primer término se desinteresa, al menos conceptualmente, de la naturaleza de la acción conducente a la lesión del bien jurídico. La acción es entendida como informe fuerza causal, cuyas peculiaridades materiales constitutivas no poseen generalmente significado para la afirmación —o para la negación— de la antijuricidad. En segundo lugar, la antijuricidad es entendida causalmente, es decir, no guarda relación con la dirección finalista que se le imprima por el hombre.

La concepción objetiva bruta de la antijuricidad cedió prontamente el paso al reconocimiento de elementos subjetivos del injusto. En la doctrina contemporánea, incluso en la doctrina penal austriaca, vinculada evolutivamente al objetivismo, esa orientación ha experimentado un retroceso, al reconocerse que el injusto, si bien está conformado por elementos prioritariamente objetivos, depende ulteriormente también de elementos subjetivos. Puede decirse, pues, que el dolo es elemento subjetivo codeterminante de lo injusto (20).

(18) Sobre los contrastes de fondo evocados, vid. SUÁREZ MONTES, F., *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuricidad en el finalismo*, 1963.

(19) Vid. AYER, A. J., *El conocimiento de otras mentes*, en «Ensayos filosóficos», trad. de F. Bejar, 1979, pp. 176 y ss.

(20) Sobre el problema, vid. TRIFFTERER, O., *Strafrecht*, Allg. T., 1985, pp. 91 y ss., donde se señala que la atribución del dolo al tipo ha sido introducida definitivamente en la doctrina penal austriaca por Friedrich Nowakowski en su recensión al *Lehrbuch* de Jescheck. Este estudio crítico, *Probleme der Strafrechtsdogmatik. — Zugleich eine Besprechung von Jeschecks Lehrbuch des Strafrechts*, fue publicado en 1972 y se recoge en la colección de artículos de NOWAKOWSKI, *Perspektiven zur Strafrechtsdogmatik*, 1981, pp. 1 y ss.; vid. SCHÜNEMANN, B., *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. I. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre*, en «GA», 1985, pp. 341 y ss.

B) El contraste precedente se planteaba entre una antijuricidad entendida subjetiva u objetivamente. Esta primera alternativa cede el puesto ahora a un segundo punto de vista formal, en el que se considera otra oposición, es decir, si el juicio de antijuricidad se refiere prioritariamente a la acción o, en su caso, al resultado de esa acción.

Entre los rasgos más característicos de la teoría contemporánea del delito se encuentra el de destacar que la acción es, independientemente o conjuntamente con el resultado, el fundamento de lo injusto típico (21). Las propiedades de la acción son, en consecuencia, momentos constitutivos de la tipicidad. En el tipo es el desvalor de acción el desvalor primario u originario, al que se conecta *ex post* el desvalor de resultado, constituido por la consecuencia lesiva del bien jurídico protegido. Las normas juridicopenaes prohíben primariamente acciones. La norma base del delito de homicidio prohíbe originariamente emprender la acción de matar a otro, es decir, realizar una acción peligrosa, dolosamente dirigida a lesionar la vida humana.

Este punto de vista tendría que conducir a afirmar que el desvalor de tentativa es el desvalor lógicamente básico, primario, en sí mismo esencial, aunque necesitado aún de la producción del resultado, es decir, de que se le conecte el desvalor de resultado para proporcionar una imagen no sólo parcial, sino total de lo injusto.

Hay que señalar que el denominado desvalor de acción es todavía un concepto formal, es decir, una noción que puede sustancialmente orientarse en varios sentidos.

La teoría finalista ve el núcleo del desvalor de acción en el dolo. Este es la espina dorsal, el centro de lo injusto, que para Welzel debe concebirse como injusto personal. Esta solución es demasiado unilateral: destaca exageradamente el lado subjetivo y oculta la necesidad del momento objetivo de la antijuricidad. El dolo no es elemento fundamentador, sino solamente codeterminante, de lo injusto. Este es una unidad de elementos objetivo-finales, peligrosidad potencial de la acción para el bien jurídico, y subjetivo-finales, es decir, voluntad finalista humana orientada a realizar el tipo objetivo exterior. El dolo codetermina, no fundamenta, lo injusto.

El desvalor de acción puede ser entendido primariamente como desvalor objetivo-final, material, de acción, es decir, ser identificado con la peligrosidad de la acción. Es éste el sentido inicial, como veremos seguidamente, de la actual teoría de la imputación objetiva. Nuestro punto de vista es que este desvalor material de acción es elemento tácito, general, de lo injusto, es decir, de todo tipo de delito, salvo las excepciones que necesariamente tengan que admitirse (por ejemplo, delitos de peligro abstracto, tentativa imposible) como existentes en el sistema.

(21) HUERTA TOCILDO, S., *Sobre el contenido de la antijuricidad*, 1983.

El reconocimiento del desvalor objetivo, presente en la peligrosidad potencial del acto para el bien jurídico protegido, presenta en la evolución histórico-dogmática insinuaciones y anticipaciones, que sólo en la actualidad han encontrado expresión, aunque todavía limitada, en la teoría general del delito. Esas anticipaciones, como antes fue sugerido, estaban presentes en la teoría de la adecuación, todavía dentro del marco sistemático de la causalidad. En la actualidad se han cifrado tales precedentes en la teoría de la imputación objetiva. De acuerdo con ella, causación no equivale todavía a imputación. Esta requiere la presencia de una acción peligrosa, jurídicopenalmente prohibida, cuya peligrosidad se haya materializado (conexión de riesgo) en la causación del resultado típico.

En la dogmática alemana, la teoría de la imputación objetiva se ha relacionado preferentemente con los delitos materiales o de resultado. Nuestro punto de vista, puesto de relieve en estudios anteriores, es que la exigencia básica inherente a este principio, se extiende a todo el campo del Derecho penal (22).

Es éste también el criterio de la doctrina penal austríaca, en la que se distingue entre *imputación objetiva general*, referible a todo delito —en consecuencia, también a los delitos formales o de simple actividad—, e *imputación objetiva especial*, noción vinculada a los delitos materiales o de resultado (23).

El injusto exige, pues, una acción base peligrosa para el bien jurídico protegido. Es esa acción la materia que prohíben primariamente las normas jurídicopenales, de acuerdo con un proceso histórico que remite retrospectivamente al pensamiento penal de la Ilustración, cuando se destaca que una violación ético-religiosa es insuficiente para la existencia del delito, es decir, que el injusto exige el peligro o lesión de derechos subjetivos y, ulteriormente, de bienes jurídicos. Este proceso halla teóricamente expresión en las contribuciones de Larenz o Honig, en la dirección teleológico-valorativa y en lo que comprensivamente puede a nuestro juicio designarse como *dogmática postfinalista*, cuyo representante más caracterizado por la atención al momento objetivo-final del concepto, aunque con desatención para su dimensión valorativo-normativa, es Claus Roxin.

La acción peligrosa para el bien jurídico es el objeto radical de las prohibiciones jurídicopenales. Este criterio general podría tolerar algunas excepciones, es decir, ser prácticamente compatible con elementos alóxicos, siempre que éstos respondiesen a motivos no discutibles de necesidad u oportunidad jurídica. Esto ocurre, por ejemplo,

(22) TORIO LÓPEZ, A., *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, en «Anuario de Derecho penal y ciencias penales», 1986, pp. 33 y ss.; el mismo, *Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma*, en «Estudios penales y criminológicos», X, pp. 383 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, E., *¿Qué es la imputación objetiva?*, en «Estudios penales y criminológicos», *cit.*, pp. 167 y ss.

(23) TRIFFERER, O., *loc. cit.*, pp. 128 y ss.

con los delitos de peligro abstracto, cuya exclusión del sistema penal, es decir, cuya reconducción al Derecho penal administrativo o de las infracciones al orden, es sin duda procedente, pero cuya presencia en el sistema penal puede explicarse excepcionalmente por razones de necesidad. Puede ser esto admisible, por ejemplo, en modalidades determinadas de tenencia ilícita de armas. Es difícilmente concebible, por el contrario, en la expendición de medicamentos o sustancias anticonceptivas sin observar las prescripciones legales o reglamentarias, donde parece encontrarse presente un abuso del *ius puniendi* estatal. En esta hipótesis legal no sólo falta la acción peligrosa básica. Tampoco existen razones prácticas o de oportunidad que hagan inteligible abandonar el campo del Derecho administrativo y acudir al Derecho criminal.

Otra hipótesis más significativa en que se encuentra ausente la peligrosidad de la acción es la tentativa inidónea. Su punibilidad significa una desviación de los principios básicos de este modelo, desviación que exige también una fundamentación excepcional. En la tentativa imposible el objeto del reproche jurídico es la voluntad enemiga del Derecho, es decir, lo injusto posee un fundamento subjetivo. No debe inducir a error que la punibilidad se delimite conforme a criterios extrínsecos (impresión, alarma de la colectividad), pues esto sólo circunscribe la antijuricidad previamente establecida sin ninguna base previa objetiva. En la tentativa imposible ha de verse una causa de extensión de la pena de la tentativa, no un caso natural de delito intentado, lo cual debería lógicamente conducir a la imposición de una pena atenuada (24).

El modelo acogido aquí supone un decisivo cambio frente a la teoría finalista del delito, en la que el dolo, es decir, la finalidad subjetiva del autor, no la finalidad objetiva de la acción, proporcionaba el núcleo del desvalor de acción. Es explicable que Armin Kaufmann estimase impropio el criterio de la imputación objetiva en los delitos dolosos, dado que priva al dolo de la función definitoria prioritaria de la acción prohibida. De constituirse la acción objetivamente peligrosa en materia originaria de la valoración jurisdiccional, puede corresponder únicamente al dolo el papel de codeterminar con ella lo injusto. El injusto sería así una unidad de elementos objetivo-finales —tendencia peligrosa de la acción— y subjetivo-finales —dolo dirigido a la realización del tipo objetivo.

El desvalor de resultado, unitariamente con el desvalor de acción, cofundamenta lo injusto en la teoría actual del delito. No despliega

(24) Sobre el problema, CEREZO MIR, J., *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Valladolid, 1964; NÚÑEZ BARBERO, R., *El delito imposible*, 1963; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en CORDOBA RODA, RODRÍGUEZ MOURULLO y CASABO RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, I, reimp. 1972, pp. 65 y ss.; FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito (Doctrina y Jurisprudencia)*, 1986, pp. 36 y ss., donde se opta por un criterio prioritariamente objetivo, ulteriormente subjetivo.

la función unilateral que le atribuyó la dogmática clásica en la que operaba como condición necesaria y suficiente de la antijuricidad. Por otra parte, el resultado tampoco puede reducirse a simple condición objetiva de punibilidad. El injusto es, pues, una unidad superior comprensiva del desvalor de acción y del desvalor de resultado.

Puede señalarse, finalmente, que los modelos aludidos, dentro de límites solamente indicativos, no están prefigurados por el Derecho positivo. No se deducen tampoco de la ley. Son figuras jurídicas *a priori*. Pueden concebirse como estructuras formales, desde las cuales crecen y se desarrollan las diversas teorías del delito.

Estas presentan un carácter relativo. Son respuestas histórico-culturales, elaboraciones desprovistas de resistencia, condenadas a experimentar mutaciones o sustituciones en el decurso histórico. De nuevo cabe recordar con Gustav Radbruch que cada tiempo ha de reescribir su propia teoría general del delito. Pensamos que para el sistema de valores del Estado de Derecho y el pensamiento teórico del postfinalismo está críticamente justificada una teoría del delito en que (a) la acción peligrosa (b) dolosamente dirigida a la producción del hecho descrito en el tipo objetivo, (c) se conciba como materia básica de la prohibición, es decir, de la valoración negativa juridicopenal, o sea, de la tipicidad.

V

Son múltiples las conclusiones que cabe obtener de la anterior exposición.

En primer término, hay que reiterar que en la parte especial proporciona la figura de delito solamente un marco lingüístico, precisamente un marco fluido, dentro del cual ha de circunscribirse mediante interpretación el particular injusto punible. Esta delimitación se consigue conforme a criterios teleológicos, pero, en definitiva, mediante una valoración jurídica.

En la parte general, cabe reiterar en segundo lugar que numerosos problemas de máxima significación, como la relación de causalidad, los delitos de comisión por omisión, etc., carecen de respuesta en la ley. En otros campos igualmente significativos el Derecho positivo no proporciona realmente premisas, sino simples puntos de apoyo para el desenvolvimiento teórico del concepto. Así sucede con la base positiva del dolo, de la tentativa o de la codelinuencia.

La reconstrucción de los conceptos y categorías de la teoría general del delito, en tercer lugar, no surge de la nada. Descansa en modelos teóricos, fundamentalmente apriorísticos, que no se obtienen del Derecho positivo, sino que están lógicamente antepuestos a él. Los sistemas penales se pliegan a estos modelos antagónicos con relativa plasticidad. Dentro de éstos destaca la contraposición formal,

a priori, entre un sistema cuya base sea la resolución criminal o, por el contrario, el hecho exterior. O en otro sentido, entre un paradigma cuyo soporte sea la acción (desvalor de acción) o, inversamente, el resultado de la acción, es decir, la lesión del bien jurídico protegido (desvalor de resultado).

En la presente exposición se ha concedido que el núcleo de lo injusto está dado por el desvalor objetivo final de la acción, es decir, por la tendencia peligrosa de la acción. En la tentativa idónea se halla, en consecuencia, el punto de partida lógico y material del sistema penal. Esto supone que la tentativa inidónea, como brevemente se ha anticipado, sea una realidad extravagante, es decir, una verdadera desviación dentro de un sistema así concebido. Como tal desviación reclama una explicación particular. No puede ser legitimada, frente a lo que sostiene la teoría subjetiva, como una forma natural, genuina, de tentativa, sino como una causa de extensión de la pena de la tentativa propia. El fundamento de la tentativa imposible, ausente en ella el coeficiente objetivo final, se encuentra en la resolución subjetiva, con lo que el sistema recibe un cuerpo extraño, aproximándose a un Derecho penal del ánimo (o según otro punto de vista no considerado aquí, a un Derecho penal de peligrosidad). El hecho de que en la tentativa inidónea se exija una alarma, es decir, una impresión negativa de la colectividad respecto a la vigencia del orden jurídico —lo que lleva a excluir de su ámbito la tentativa irreal o la tentativa supersticiosa—, no es un elemento intrínseco, sino extrínseco, delimitativo, de un injusto previamente circunscrito con base en el dolo, es decir, en la resolución delictiva del sujeto.

La teoría general del delito es un cuadro de respuestas racionales a los problemas que plantea la realidad criminal. Podría —y con toda seguridad, tendría— que ser elaborada con una visión menos territorial o más cosmopolita, prescindiendo de toda referencia a cualquier sistema positivo. Esta tarea no es desconocida en la ciencia del Derecho penal. Las grandes exposiciones político-criminales del pasado (Beccaria, Filangieri, Rossi) caminan delante de la legislación. Del mismo modo podrían desenvolverse los sistemas dogmáticos, como investigación crítica de los problemas fundamentales de la parte general y de la parte especial. El presente, cuando se trata de la unificación legislativa de grandes espacios jurídicos, llama precisamente en esta dirección.

La teoría general del delito presupone siempre una decisión fundamental. Por encima de los grandes contrastes dogmáticos, sistemáticos, se halla el punto de conexión con los valores del Derecho.

La consideración lógico-formal se dirige al sistema positivo. Su elemento propio es el tenor de las reglas jurídicas, el momento lingüístico de la legislación. La confianza en que las prohibiciones jurídicas pueden traducirse en proposiciones lingüísticas inequívocas pertenece al pasado. Ha sido rectificadas por la hermenéutica

contemporánea. El lenguaje obtiene significación en un contexto histórico, ante todo en un contexto social. El perfil lingüístico de los tipos es fluido, sinuoso, borroso, como ha procurado mostrar la exposición anterior.

El tipo ha de ser reorientado, reconstruido, reinterpretado teleológicamente. Las hipótesis estudiadas (homicidio, violación, robo con violencia o intimidación, falsificación documental, cohecho), ponen de relieve la necesidad de una consideración teleológica, racional, de la norma. En la parte general el pensamiento teleológico ha experimentado un fuerte impulso en el presente. Pero la consideración teleológica conduce con frecuencia a un «non liquet», es decir, exige ser complementada mediante una apreciación valorativa. En la construcción penetra siempre una discrecionalidad insuprimible. La llamada ciencia jurídica no responde verdaderamente a las exigencias del método científico

Las proposiciones científicas son contrastables, es decir, refutables o falsables (25). Esta posibilidad está cerrada a las proposiciones jurídicas. La cuestión de si es procedente la prohibición universal del aborto doloso, de si lo es el sistema de los plazos o el de las indicaciones, se decide en último término estimativamente. La validez de la proposición jurídica depende de la premisa axiológica a la que remite, pero la exactitud de esta premisa no es demostrable. La cuestión de si el Derecho debe preferentemente crear certeza en el intercambio social, de si debe promover utilidad o bienestar para el mayor número de seres humanos, o de si debe garantizar la justicia distributiva, es un interrogante axiológico. La incontrastabilidad de las proposiciones jurídicas habla de un diferente estatuto epistemológico frente a las declaraciones de la ciencia (26).

Lo expuesto no equivale, sin embargo, a una actitud ambigua o equívoca, sobre la dialéctica de los valores jurídicos dentro del sistema penal. El análisis muestra que el Derecho penal no es una lógica. El lenguaje nunca permite una formación silogística, clasificatorio-deductiva, ni del sistema, ni de la decisión jurídica. El lenguaje no consigue nunca un perfil seguro de las eventuales «premisas mayores» de ese sistema. Por eso el nivel lógico ha de ser completado en un plano racional, finalista, teleológico. En la teoría jurídica se tiene en cuenta, por ejemplo, si la acción, además de estar formalmente comprendida en el concepto, es o no peligrosa para el bien jurídico

(25) Sobre ello, vid. POPPER, K., *La lógica de la investigación científica*, trad. V. Sánchez de Zavala, 4.^a reimp., 1977.

(26) Este tipo de problemas, cuando no son ignorados, interesan poco en la actualidad. En décadas precedentes constituían el núcleo de la formación jurídica académica. Hoy la reflexión filosófico-jurídica, ante todo los presupuestos epistemológicos de las disciplinas jurídicas, ha cedido el paso a algo que, cuando no es simple exégesis, es exagerado designar como «política criminal».

protegido, produce menor perjuicio que beneficio, etc. Estas consideraciones no son lógicas, sino teleológicas.

Puede ser interesante señalar que la investigación clásica de los tipos penales ha detectado la existencia de elementos del juicio cognitivo, en «los que se trata de características típicas sobre las que ha de recaer un determinado juicio con arreglo a la experiencia y a los conocimientos que ésta proporciona..., así cuando se trata —afirma Mezger, después de mencionar otros ejemplos— de determinar si una conducta es *peligrosa* o de si lo es, asimismo, un medio determinado para la comisión del delito...» (27).

En esta línea puede decirse también que la peligrosidad de la acción es elemento constante, es decir, elemento del juicio cognitivo permanente de todos los tipos penales. Es éste el sentido de la teoría de la *imputación general objetiva*, considerada desde su perspectiva prevalorativa, es decir, teleológica. La función de los elementos descriptivos de los tipos es, pues, menos absoluta, menos definitiva, más dialéctica, dado que aparecen circunscritos por consideraciones empíricas, racionales, finalistas: la conexión potencial de riesgo —lo que hemos denominado en otro trabajo peligro hipotético— (28) es una característica general del tipo, ausente únicamente en campos excepcionales, como la tentativa imposible, los delitos de peligro abstracto, etc., campos que se hallan precisados de una explicación diferencial.

La consideración teleológica no logra delimitar nunca, sin embargo, los límites del concepto, trátase de la parte especial (figura del delito) o de la parte general (por ejemplo, causas de justificación). La configuración del concepto supone siempre una apreciación valorativa. En las proposiciones jurídicas penetra, pues, insuprimiblemente un momento discrecional. Puede hablarse de una vulnerabilidad e incluso de una menesterosidad científica de la reflexión jurídica. Hruschka ha puesto nítidamente de relieve el dato de que la ciencia jurídica es una disciplina valorativa. Pero advierte profundamente que la valoración ha de suceder, es decir, no ha de anteponerse a las consideraciones lógicas. A la pregunta de por qué se tiene que proceder lógicamente, o sea, de por qué no hay que proceder sólo valorativamente, hay que contestar —dice— que no debe actuarse ilógicamente, pues en caso contrario, el precio que hay que pagar es la irracionalidad del discurso (29). Hruschka destaca también que el Derecho tiene que ver con valoraciones, lo que lleva a algunos juristas, ante todo a los juristas principiantes, a creer que con la valoración

(27) *Tratado de Derecho penal*, I, 2.^a ed., trad. de J. A. Rodríguez Muñoz, pp. 374 y ss.

(28) Vid. TORIO LÓPEZ, A., *Los delitos de peligro hipotético. Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto*, en «Anuario de Derecho penal y ciencias penales», 1981, pp. 825 y ss.

(29) *Loc. cit.*, p. XVII.

está todo hecho..., a *comenzar* con la valoración, en vez de atenerse previamente a las leyes de la lógica (30).

La valoración es el *momento final* de la actividad teórica y práctica del jurista. Es el plano en que el destino del concepto se decide. Esta consecuencia final no es deseable, es decir, distancia al Derecho de las ciencias empíricas, pero no parece discutible que el proceso teórico se desenvuelve y despliega así. Biología, psicología y sociología criminal son constitutivamente ciencias empíricas. La denominada ciencia del Derecho es, en último término, por el contrario, reflexión valorativa o normativa. El dato y conocimiento empíricos no deciden nunca el sentido final de los conceptos y normas jurídicas. Este sentido tiene que ver siempre con una valoración.

Esta apreciación valorativa, generalmente latente u oculta, es más diáfana y visible cuando se trata de delimitar el punto último del radio de prohibición de la norma, pero está siempre presente en la actividad del jurista. En el caso citado del disparo realizado a corta distancia con dolo de matar, contra toda apariencia también se decide el problema valorativamente. El proceso metódico discurre por una fase lógica, en que se considera la adecuación del hecho al tipo (subsunción). Transita después por una fase teleológica, donde se concede que la acción peligrosa ha cristalizado progresivamente en la producción del resultado típico. Pero sólo en el juicio de antinormatividad, es decir, en la determinación de que la acción con su resultado se halla comprendida en la prohibición del homicidio, encuentra el tratamiento de la hipótesis su verdadera coronación. Este momento final, normativo, valorativo, suele pasar inadvertido «cuando las cosas están claras». Entonces se resuelve la hipótesis por medio de una apreciación sintética, cuyos estratos pueden permanecer ocultos. Es este el error de Haft cuando afirma que en los delitos de resultado tiene que mediar un nexo entre acción y resultado, de modo que éste aparezca como «obra» de su autor... En muchos casos, dice Haft, esto no es problemático y sobre ello no debería desperdiciarse palabra alguna (así, si A dispara sobre V dándole muerte no se precisa ningún esfuerzo para conocer que la muerte de V es obra de A). Desde nuestro punto de vista cabe oponer a esta tesis, sin embargo, que la investigación jurídica es aún más necesaria cuando la realidad parece clara e incluso obvia. En tales hipótesis, el análisis jurídico ha de mostrar también los planos constitutivos de los conceptos y dar los pasos precisos para llegar a una solución (30 bis).

Es, pues, en las hipótesis límite cuando emergen analíticamente los diversos planos integrantes de esa síntesis. Entonces el tratamiento de casos exige destacar el plano objetivo-final (peligrosidad de la acción para el bien jurídico, conexión de riesgo) y el valorativo-normativo (contradicción del

(30) *Loc. cit.*, p. XVII.

(30 bis) HAFT, F., *Strafrecht*, A. T., 1980, p. 41.

hecho con la norma base del tipo del homicidio, no con otra norma juridicopenal diversa). Paralelamente, la admisibilidad de la teoría de la probabilidad o, por el contrario, del consentimiento en el campo del dolo eventual, como ha sido sugerido, no se decide lógica, ni teleológica, sino axiológicamente. Sería ilusorio hablar de *prueba científica* en favor de una u otra concepción. En el plano teórico, dogmático, no sucede nada diametralmente opuesto a lo que ocurre en el ámbito legislativo. En éste es visible plásticamente la discrecionalidad del legislador. Unicamente mediante el definitivo *ita ius esto* legislativo se elevan las consideraciones racionales, finalistas, precedentes a norma jurídica vinculante.

La formación conceptual jurídica, lo mismo que la formación legislativa, es expresión de un relativismo axiológico o cultural, lo cual explica la sucesión, pero también la coexistencia, de modelos teóricos múltiples en el espacio y en el tiempo. Brandt pone nítidamente de relieve el sentido del relativismo cultural cuando se refiere al conflicto de axiomas morales fundamentales entre diversos individuos o grupos. Las valoraciones, afirma, pueden referirse al mismo objeto, y los acontecimientos, acciones o situaciones ser también iguales, en el sentido de que poseen para ambas partes igual significación. Los romanos, recuerda Brandt, consideraron el parricidio como un grave delito, para el cual fijaron la pena capital. En algunas sociedades primitivas era, por el contrario, un deber de los hijos dar muerte al padre, enterrándolo vivo al cumplir sesenta años, con independencia de su estado de salud. Brandt evoca las conocidas palabras de Protágoras cuando enseñaba que «los atenienses estimaban incorrecta la exposición de los hijos no deseados, mientras los espartanos la consideraban moralmente legítima...». Protágoras recomendaba que cada participante en el debate siguiese el propio criterio (31).

Lo que caracteriza al Estado de Derecho, frente al monolitismo valorativo del Estado autoritario, es precisamente su pluralismo valorativo, es decir, la posibilidad de que sobre la misma materia recaigan apreciaciones discrepantes. La reducción de estas antinomias, no su promoción ideológica, es la tarea de la ciencia crítica del Derecho. El conocimiento de las propiedades de la realidad disminuye la disidencia. La ciencia jurídica progresa cuando se antepone a los juicios de valor la racionalidad de los juicios de hecho. Este progreso está en relación estrecha con los esfuerzos de la sociología jurídica contemporánea, con el análisis económico del Derecho y con la incorporación de la psicología científica al dominio de la jurisprudencia teórica y práctica. En el Derecho penal está en conexión con la sociología y la psicología criminal, pero ante todo con la consideración científica de los presupuestos de la norma. La teoría de la imputabilidad,

(31) Vid. BRANDT, R. B., *Drei Formen der Relativismus*, en «Texte zur Ethik», recop. de Dieter Birnbacher y Norbert Hoester, 6 Aufl., 1987, pp. 42 y ss.

por ejemplo, no puede ser reconstruida de espaldas a la ciencia. El hiperemotivismo axiológico visible en algunos campos —por ejemplo, en la discusión del aborto, de la eutanasia o de los delitos sexuales— experimentaría una considerable reducción si se dispusiera de imágenes empíricas y de información psicológica suficientes. Sucede lo contrario, por no mencionar otros casos, en el debate actual sobre el delito de violación, donde es observable una falta característica de soporte crítico: se formulan postulados sin conocer la criminología del autor ni de la víctima, y la discusión se desarrolla al margen también de la psicología del testimonio, que en este delito desempeña una función fundamental.

La posibilidad de reducir el campo de la discrecionalidad en la formación de las proposiciones jurídicas ha sido suscitada por Zippelius; quien afirma que éstas no pueden ser sometidas al método de las ciencias empíricas. Como ha sido señalado, las proposiciones jurídicas no son falsables o refutables. Pero sí que es posible describir bien sus presupuestos, mostrar los planos del debate, clarificar incessantemente las premisas, ponderar las consecuencias de cada tesis, hasta conseguir un consenso racional (32). Cabría, pues, proponer que el jurista someta constantemente el sistema a permanentes interrogantes, del mismo modo que el científico somete a escrutinio y contrastación incesante sus proposiciones teóricas. Esta disposición científica contribuiría a un sistema penal teórico menos artificioso y escolástico, es decir, a un pensamiento penal menos abstracto y más racional.

Tal información previa hay que pedirla del legislador, del juez y del jurista dogmático. Por ejemplo, la discusión sobre el aborto no puede emprenderse sin base biológica. Lo que se observa, por el contrario, en las grandes contraposiciones ideológicas sobre el problema es frecuentemente una ostensible falta de información. En el debate sobre la eutanasia toma a veces el discurso un giro *naïf*. Para nada se toma en cuenta los presupuestos biológicos, científicos, ni los riesgos que puedan surgir para la vida humana de su difusión incontrolada en los hospitales. La dicotomía *justo/injusto*, la fórmula emocional del *derecho a una muerte digna* o alusiones ideológicas que no tienen que ver mucho con el problema, flotan sin el soporte de datos empíricos que las doten dialécticamente de contenido. Es cierto, sin embargo, que incluso cuando se cuenta con buena información penetra finalmente en toda decisión jurídica un momento discrecional o valorativo.

La cuestión inquietante de la falta final de racionalidad de las proposiciones jurídicas se ha ponderado críticamente por la teoría de la medición de la pena, es decir, en lo que suele estimarse como coronación de la teoría general del delito. También advierte Bruns sobre

(32) Vid ZIPPELIUS, R., *Zur Funktion des Konsenses in Gerechtigkeitsfragen*, en «Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag», pp. 1 y ss.

la visión unilateral de la medición judicial de la pena, menos como acto intelectual que como decisión voluntativa. Esto sucede, dice Bruns, porque se considera la medición de la pena como acto de justicia distributiva y no como suceso lógico del conocimiento. Los peligros que acechan en la medición judicial de la pena podrían ser controlados, afirma Bruns, mediante objetivación de las opiniones en el seno del Tribunal y reconducción del acto subjetivo de valoración a factores racionalmente comprensibles (33).

El balance final de este estudio es que las proposiciones y el sistema de la teoría del delito son unidades dialécticas constituidas por planos diversos: seguridad jurídica, protección de bienes jurídicos y orientación a valores. Esto conduce a que no quepa hablar de *una*, sino de *múltiples* teorías del delito. Las oposiciones entre las teorías del delito no son absolutas, sino relativas. Lo que científicamente hay que postular es la autoconciencia teórica de esta relatividad. La práctica teórica de la dogmática tendría que adquirir más concreción, atender más a las consecuencias y orientarse en medida mayor por el valor de humanidad y por la dignidad de la persona (34).

(33) Vid. BRUNS, H. J., *Strafzumessungsrecht*, 2 Aufl., 1974, pp. 17 y ss.

(34) Vid. TRIFFTERER, O., *loc. cit.*, p. 91, quien destaca, de conformidad con Jescheck, que la precaución frente a la abstracción posee fundamento. Esto sólo puede ser corregido apelando a la antijuricidad material —como se mantiene también en el presente trabajo— y con la orientación del sistema del Derecho penal, frente a los criterios puramente formales de la teoría del delito, a la humanidad y la dignidad del hombre; sobre la necesidad de una consideración metódica alejada de la retórica y lo emocional, es decir, crítica y dialéctica de la dignidad del hombre y del principio de humanidad con base en la historia de la pena, vid. TORIO LÓPEZ, A., *La prohibición constitucional de los tratos inhumanos y degradantes*, en «Poder Judicial», 2.ª época, 4, 1986, pp. 69 y ss. Debe consultarse el trabajo excelente de GONZÁLEZ VICÉN, F., *El neokantismo jurídico axiológico*, en Anuario de Filosofía del Derecho, 1986, pp. 249 y ss.

