

ANTI JURICIDAD OBJETIVA Y ANTINORMATIVIDAD EN DERECHO PENAL

Santiago Mir Puig

ADPCP, Tomo XLVII, Fascículo I, 1994, pp. 5 - 28

<http://www.cienciaspenales.net>

SECCIÓN DOCTRINAL

Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

I

1. Cuando von Liszt impuso en la teoría del delito la distinción de antijuridicidad y culpabilidad, entendió aquélla de forma «estrictamente objetiva» (1), como «lesión o puesta en peligro de un bien jurídico» («antijuridicidad material»), pero al mismo tiempo como «infracción de una norma estatal, de un mandato o prohibición del ordenamiento jurídico» («antijuridicidad formal») (2), esto es, como antinormatividad. Ya Binding había advertido que, entendida objetivamente la antijuridicidad (3), no podía suponer una plena antinormatividad, para la que exigió la «culpabilidad» del sujeto (4). El pro-

(1) Cfr. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 18.^a ed., 1911, § 32, III 4, p. 146. Como es sabido, en esto, como en otras de sus ideas fundamentales (la idea de *fin*, la de *interés*, la de *lucha o conflicto de intereses*, etc.), VON LISZT siguió a su maestro, el gran civilista Ihering. Sobre los orígenes del concepto de antijuridicidad, que tiene otros antecedentes, cfr., por todos, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de Mir Puig y Muñoz Conde, 1981, p. 273.

(2) Cfr. VON LISZT, *Lehrbuch...*, cit., § 32, I 1, p. 143, y § 26, I 1 b, p. 120.

(3) El mismo Binding utilizó el término «antijuridicidad» (*Rechtswidrigkeit*) en el sentido objetivo de lesión de un derecho subjetivo o «insoportabilidad jurídica» (*Rechtsunerträglichkeit*), que en sí mismo no implica la voluntad consciente del sujeto: Cfr. ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 24 s., 30.

(4) Cfr. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, 1885, p. 159: «... die schuldlose Uebertretung der Norm... keine Uebertretung ist. Normwidrigkeit und schuldhafte Normwidrigkeit sind identisch. Es giebt kein schuldloses, kein sog. objektives Unrecht.» («... la infracción no culpable de la norma... no es infracción alguna. Antinor-

pio von Liszt reconoció que el *Unrecht*, el injusto, exigía no sólo la «antijuridicidad» (*Rechtswidrigkeit*), sino también la «culpabilidad» (el dolo o la culpa) (5). La evolución posterior de la teoría del delito ha confirmado la imposibilidad del intento de von Liszt de entender objetivamente la infracción de una norma que no sea sólo de valoración, sino un verdadero «mandato o prohibición».

Ello se puso ya de manifiesto cuando el neokantismo profundizó en el significado normativo-valorativo del delito y de la antijuridicidad. Aunque este otro planteamiento no llevó a abandonar el entendimiento básicamente objetivo del injusto (6), sí condujo a renunciar a la identificación de la antijuridicidad con la infracción de la «norma de determinación». Así, Mezger reconoció que la infracción de esta norma exigía la imputación subjetiva y personal (que en este contexto se denominaba «culpabilidad» y comprendía el dolo o la culpa). La antijuridicidad, entendida como juicio de desvalor objetivo, sólo podía ser infracción de la «norma de valoración» (7).

Pero esta construcción tropieza con la siguiente aporía: si se concibe la norma de valoración como distinta de la norma de determinación (como parecía hacer Mezger), se está afirmando que una norma jurídica pueda consistir en una pura valoración desprovista de carácter *prescriptivo*, lo que se aparta del sentido usual de la palabra «norma» y desconoce la función reguladora de conductas de las normas jurídicas; pero si las expresiones «norma de valoración» y «norma de determinación» se entienden en el sentido de dos aspectos o funciones de una sola norma, la sola oposición a la valoración no es infracción de toda la norma. Entendida como oposición a la valoración de la norma prohibitiva, la antijuridicidad no significa, pues, infracción completa de la norma. El entendimiento normativo de la antijuridicidad por parte del neokantismo no permitió explicar aquélla como antinormatividad, en el sentido de infracción de la norma prohibitiva (norma primaria, norma de conducta).

Welzel y Armin Kaufmann refirieron el término «antijuridicidad» a la infracción completa de la norma, en el sentido de Binding (8).

matividad y normatividad culpable son una una misma cosa. No hay un injusto no culpable, no existe el llamado injusto objetivo»).

(5) Cfr. VON LISZT, *Lehrbuch...*, cit., § 26, I 1 c y 2, p. 121, y § 32, I, p. 143.

(6) Si bien hubo de reconocer la imposibilidad de formular el juicio de desvalor objetivo de antijuridicidad sin tener en cuenta los «elementos subjetivos del injusto», lo que abrió una vía que había de desembocar en la aceptación de que también el dolo condiciona el significado valorativo objetivo del hecho y, por tanto, su valoración objetiva como injusto (sobre esto *vid. infra*, II 4).

(7) Cfr. MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, trad. y adiciones de Rodríguez Muñoz, t. I, 1935, pp. 279 ss., 284 ss.

(8) Cfr. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 50, y, sobre todo, ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, cit., *passim*. También Kant identificó el injusto («Unrecht», *factum illicitum*) con el hecho contra-

Del mismo modo que trataron de completar el proceso iniciado por el neokantismo de consideración de todo el sentido del hecho, que depende tanto de su parte objetiva como de su parte subjetiva, como base del juicio de antijuridicidad, se propusieron también superar la escisión de la antinormatividad en los dos aspectos de contrariedad a la norma de valoración y de infracción de la norma de determinación. Todo el hecho, objetivo y subjetivo, debía ser objeto de valoración, unitaria, en la antijuridicidad, y ésta había de cobijar toda la antinormatividad del hecho. Y como lo específico de la norma de conducta (norma primaria) infringida es regular el comportamiento del ciudadano mediante un imperativo (¡no matarás!), la infracción de dicha norma presupone no sólo un comportamiento objetivamente desvalorado como indeseable, sino también una voluntad consciente del sujeto a la que pueda dirigirse el mandato normativo.

Pero Welzel no extrajo todas las consecuencias de este cambio de planteamiento. Sólo puede infringir una norma quien puede cumplirla. *Ad impossibilia nemo tenetur*: Nadie está obligado a lo imposible. Kant lo formuló diciendo: el *deber* implica el *poder* (9). Binding expresó lo mismo afirmando que «El Derecho no puede, puesto que es racional, exigir lo imposible» (10). Sólo puede infringir la prohibición de la norma de realizar un determinado comportamiento quien es consciente de que realiza dicho comportamiento. La infracción de la prohibición del homicidio voluntario presupone el dolo natural de matar. Esta consecuencia es central en el finalismo. Pero existen otros condicionamientos personales de la posibilidad de cumplimiento e infracción de la norma que Welzel mantuvo en la culpabilidad. Piénsese en el poder individual de cumplimiento de la norma de cuidado inferior o superior al del hombre medio, o en el error de prohibición. Es lógico que en la sistemática neokantiana todas estas componentes individuales y subjetivas quedasen fuera del injusto, como condición de infracción de la norma de determinación situada en la culpabilidad. Pero si toda la infracción de la norma pasa a estar en la antijuridicidad, todo lo que condiciona la posibilidad de cumplimiento de la norma, y por tanto también de su infracción, por parte de su destinatario, habrá de contemplarse en la antijuridicidad.

Estas consideraciones han de llevar, según creo, a incluir en el injusto no sólo el dolo natural y la infracción del deber objetivo de cuidado, sino también el conocimiento de la prohibición y las con-

rio a deber («pflichtwidrig»), que también denominó transgresión («Übertretung»); para que la transgresión fuera dolosa exigió «la conciencia de que es una transgresión»: *Die Metaphysik der Sitten*, en *Kant Werke* (Darmstadt), 1983, vol. 7, p. 330.

(9) Cfr., p. ej., KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, loc. cit., p. 509 [= trad. de Adela Cortina y Jesús Conill (Tecnos), 1989, p. 229].

(10) Cfr. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, II-1, 2.ª ed., 1914, p. 145.

diciones personales de la imprudencia, incluidas las que se refieren a la vencibilidad del error de tipo, de tipo negativo y de prohibición (11).

Por otra parte, la norma primaria, como norma determinadora de conductas, no puede prohibir la *efectiva producción de un resultado (ex post)* de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino sólo las *conductas capaces ex ante* de ocasionar aquel resultado (12). Esta consecuencia hace aún más insatisfactoria la identificación de antijuridicidad objetiva y antinormatividad. No se trata sólo de que a la antijuridicidad objetiva *le falte* algo para su plena antinormatividad, sino de que además *le sobra* precisamente su punto de partida fundamental: el desvalor del resultado.

2. Esto pone de manifiesto que los conceptos de antijuridicidad objetiva y antinormatividad son *radicalmente divergentes*. Pero si no es posible mantener su identificación, sí es conveniente diferenciarlos claramente (13). Ambos conceptos son útiles y convenientes, a condición de que se adviertan su distinto significado y sus diversas funciones. El juicio de antinormatividad *no puede* recaer directamente sobre lo que el legislador *quiere* evitar (el resultado de lesión o de puesta en peligro no justificado), sino solamente en aquello sobre lo que la norma puede influir: una conducta objetivo-subjetiva que el sujeto pueda evitar y saber prohibida. Lo antijurídico en el sentido de antinormativo es lo *imputable* como infracción *personal* de la norma. En cambio, **la antijuridicidad objetiva sólo puede admitirse si no se entiende como infracción de la norma primaria, sino**

(11) Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., 1982, pp. 74 ss., 78 ss., 80 ss.; el mismo, «Über das Objektive und das Subjektive im Unrechtstatbestand», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 255 ss.; el mismo, «El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en Derecho penal español», en *La Ley*, 6 febr. 91, pp. 1 ss. KANT ya exigió el conocimiento de la ley para la imputación de la acción: *Die Metaphysik der Sitten*, cit., p. 329 (= trad. cit., p. 30).

(12) Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito*, cit., pp. 57 ss.; el mismo, *Derecho penal*, 3.ª ed., 1990, pp. 142 ss.

(13) Aparte de lo que a continuación diré respecto al Derecho penal, no puede tampoco desconocerse que en otras ramas del Derecho se maneja un concepto de antijuridicidad, ilicitud o contrariedad a Derecho de carácter objetivo (aunque no necesariamente coincidente con el que propondré para el Derecho penal): así, p. ej., no sólo en Derecho civil, en orden a la responsabilidad por daño y a otros efectos, sino también en el Derecho procesal, que se refiere en este sentido a los recursos de casación por «infracción de ley» (así art. 849 LECr) y obliga a estimar el recurso contencioso-administrativo cuando exista «infracción del ordenamiento jurídico» (art. 83 LJCA). En todos estos casos puede bastar un concepto objetivo de antijuridicidad porque en ninguno de ellos se trata de *imputar a un sujeto* una infracción (ni siquiera en la responsabilidad civil por daño, que se basa en la imputación de un daño y no de una infracción en cuanto tal (cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., pp. 15 s.), aunque la antijuridicidad del daño sea un criterio importante de imputación del mismo.

como juicio de desvalor expresivo de la nocividad de un determinado hecho para un bien jurídico no justificada por otro interés superior.

Lo objetivamente antijurídico es, en este sentido, ante todo un *resultado*, de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Si, entendida como antinormatividad, la antijuridicidad sólo puede predicarse de una conducta (*ex ante*), entendida como lesión de los intereses del Derecho arranca del desvalor del resultado (*ex post*).

Ello no significa que ambos conceptos —el de antijuridicidad objetiva como lesividad y el de antijuridicidad como antinormatividad— no se hallen íntimamente *relacionados*. En primer lugar, las conductas antinormativas se hallan prohibidas en la medida en que pueden producir una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico indeseable. Ello no presupone la efectiva producción de dicho resultado, pero sí una previa valoración jurídica negativa de la *posible* lesión o puesta en peligro, esto es: un juicio de antijuridicidad objetiva referido al resultado que la norma pretende evitar. La antijuridicidad objetiva del resultado a evitar es *presupuesto de la prohibición* por parte de la norma de la conducta que *ex ante* lo puede producir y, por tanto, de su antinormatividad.

En segundo lugar, como más abajo fundamentaré, en Derecho penal la lesión o puesta en peligro sólo puede desvalorarse en cuanto constituya el *resultado* objetivamente imputable de una conducta peligrosa *ex ante*. Pues bien, la peligrosidad objetiva *ex ante* de la conducta es el presupuesto objetivo de la antinormatividad de dicha conducta. Para que ésta concorra completa sólo le falta la imputación personal de la «infracción objetiva» (14) representada por la conducta objetivamente peligrosa.

Por último, los tipos penales parten de la exigencia de producción de una lesión o puesta en peligro. Este resultado no es necesario para la infracción de la norma, pero sí condiciona su tipicidad penal y, por tanto, el carácter *penal* de la antinormatividad.

Todo ello —la prioridad lógica de la antijuridicidad objetiva del posible resultado respecto de la antinormatividad de la conducta, el hecho de que la antijuridicidad objetiva ya aporta el presupuesto objetivo de la antinormatividad, y la necesidad de que se produzca un resultado objetivamente antijurídico para que la infracción de la norma sea penalmente típica— hace conveniente partir de la antijuridicidad penal objetiva (no entendida como antinormatividad) como base de la antijuridicidad penal completa (entendida como antinormatividad). Existen también importantes razones político-criminales que

(14) Esta expresión (sólo) puede usarse a condición de que se advierta que la conducta de un sujeto sólo puede verse como infracción *suya si* le es imputable no sólo objetiva, sino también subjetivamente, personalmente, y que, por consiguiente, una «infracción objetiva» no es todavía una infracción completa *de nadie*.

abonan este planteamiento. En la tercera edición de mi *Derecho Penal* he reconocido: «El hecho antijurídico ha de verse ante todo como un *hecho que compromete la existencia de bienes jurídicos: el principio de dañosidad o lesividad (nullum crimen sine iniuria)*, vinculado al de exclusiva protección de bienes jurídicos (...), ha de ser el punto de partida de la antijuridicidad penal» (15). Es evidente la vinculación político-criminal de este punto de partida con la función de protección de bienes jurídicos que ha de caracterizar al Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho. Dogmáticamente también es conveniente poder distinguir entre el hecho objetivamente indeseable para el Derecho penal (esto es, indeseable para el Derecho penal con independencia de si puede prohibirse en concreto a su autor) y el hecho que además infringe subjetivamente la norma. En este trabajo trataré de delimitar el concepto de antijuridicidad penal objetiva del de antijuridicidad penal completa, y esbozaré una estructuración de la teoría del delito que arranque de esta distinción.

II

1. El juicio de antijuridicidad objetiva procede de la valoración positiva (16) de ciertos bienes por parte del Derecho y se refiere a hechos negativos para dichos bienes jurídicos. Una primera posibilidad de entendimiento de este concepto sería, pues, la de identificarlo con la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Ahora bien, aunque este aspecto ha de constituir el punto de partida de la teoría del delito en un Derecho penal protector de bienes jurídicos, nunca ha sido considerado suficiente para afirmar el desvalor jurídico del hecho. Por lo menos se exige siempre que el ataque al bien jurídico no se halle amparado por una *causa de justificación*. Aquí entiendo por tal no toda causa de exclusión de la antinormatividad, sino sólo aquella situación en que deja de ser objetivamente indeseable para el Derecho la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. No incluyo en el concepto de causa de justificación, en este sentido estricto, los casos en que sólo se excluye el desvalor *personal* de la conducta del autor (cfr. *infra*, III 2).

Por otra parte, la lesión de un bien jurídico sólo se desvalora por el Derecho cuando es imputable a una conducta objetivamente desvalorada por su peligrosidad para aquel bien jurídico. La lesión del bien jurídico sólo aparece como desvalor de *resultado* cuando puede considerarse *resultado de una conducta así* desvalorada. A este aspecto me referiré más abajo.

(15) Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., pp. 122 s.

(16) Adviértase, sin embargo, que no hablo aquí de «norma de valoración», por las razones indicadas.

Ha de tenerse en cuenta, además, que el Derecho vigente castiga tanto delitos de acción como delitos de omisión, que cuando son de comisión por omisión no suponen la realización activa de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino su no evitación en ciertas condiciones.

Para que el injusto objetivo tenga carácter jurídico-penal es necesario, por último, que el ataque al bien jurídico se halle previsto en un *tipo penal* y que no concorra alguna causa de exclusión de la relevancia penal del injusto (17). El tipo penal cumple la función de selección de los ataques a bienes jurídicos que en general importan al Derecho penal. Los hechos penalmente típicos pueden estar plenamente justificados, pero también pueden producirse en situaciones particulares que, aun sin justificar completamente la conducta, la hagan insuficientemente grave para mantener su relevancia jurídico-penal (18). No podrá decirse que el hecho típico está objetivamente desvalorado por el Derecho penal ni cuando esté justificado plenamente, ni cuando su gravedad sea penalmente insuficiente. Por otra parte, la ausencia de justificación de la conducta es compatible con la disminución de la relevancia jurídico-penal de la misma, lo que sucede cuando falta el conocimiento de que concurren los presupuestos objetivos de la justificación: éstos no bastan para justificar el hecho, pero sí disminuyen su relevancia jurídico-penal (19).

Todo ello conduce a las siguientes *conclusiones provisionales*: La antijuridicidad penal objetiva es un juicio de desvalor (no de antinormatividad) que expresa el carácter jurídico-penalmente indeseable de un hecho y que, por de pronto, requerirá: (1) una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (2) penalmente típica (3) imputable a una conducta peligrosa o a su no evitación (4) y objetivamente desvalorada por el Derecho penal.

2. La antijuridicidad objetiva empieza por exigir la comprobación *ex post* de la realización del tipo penal (o tipicidad penal *ex post*) (20). Los tipos penales, tanto si son de resultado como de mera actividad, describen siempre hechos efectivamente acaecidos (sea la producción de un resultado separado, sea la propia conducta prevista en los tipos de mera actividad, sean los actos de ejecución necesarios para la tentativa, la frustración y la tentativa inidónea). En la medida

(17) Cfr. GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, *passim*; el mismo, «Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», en *Festschrift für Spindel*, 1992, 189 ss.

(18) Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., pp. 132, 133, 158, 455 s.

(19) Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., pp. 450 ss.

(20) Cfr. esta terminología en SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 406 s., en que acertadamente señala que es ésta «la tipicidad en sentido estricto, pues no hay que olvidar que los tipos legales están configurados sobre la base de verbos resultativos, de modo que contemplan el proceso *ex post*».

en que también la conducta ha de «resultar» efectivamente, puede decirse que todos los tipos describen resultados (separados o no de la conducta). La antijuridicidad objetiva parte del desvalor de tales resultados: parte del *desvalor de resultado*.

El contenido material de este desvalor es distinto en los delitos en que el resultado (separado o no) es una *lesión* de un bien jurídico, que en aquellos cuyo resultado (separado, como en los delitos de peligro concreto, o no, como en los delitos de peligro abstracto) es una *puesta en peligro*. En los primeros la afectación del bien jurídico es mayor que en los segundos. A su vez, y por esta misma razón, los delitos de peligro concreto contienen un desvalor de resultado mayor que los delitos de peligro abstracto.

3. a) Ahora bien, en los delitos de resultado separado el desvalor de resultado presupone que aquél pueda imputarse a una conducta peligrosa como *resultado de la misma*. Esto hace necesaria la utilización de un punto de vista *ex ante* para decidir la peligrosidad de la conducta causante de la lesión. Desde un punto de vista exclusivamente *ex post*, habría que desvalorar toda acción efectivamente causal de la lesión, aunque *ex ante* apareciese como absolutamente inadecuada para producir la lesión. Ello llevaría a los conocidos inconvenientes que trató de superar la teoría de la adecuación, primero, y la moderna teoría de la imputación objetiva, después.

El desvalor de resultado (a valorar *ex post*) presupone, pues, también el *desvalor objetivo de la conducta* (a valorar *ex ante*). Ambos aspectos proceden de una relación negativa del hecho con el bien jurídico. Ello es evidente en el desvalor del resultado. Pero también el desvalor objetivo de la conducta que aquí importa se funda en su peligrosidad para el bien jurídico. Ahora bien, mientras que el desvalor del resultado ha de enjuiciarse *ex post*, el desvalor objetivo de la conducta ha de enjuiciarse *ex ante*. El desvalor del resultado es desvalor de la lesión producida. El desvalor objetivo de la conducta se debe a la peligrosidad para el bien jurídico que un espectador objetivo (el hombre medio) puede advertir en la conducta en el momento de realizarse, *ex ante*. El desvalor objetivo de la conducta es, en realidad, desvalor *intersubjetivo ex ante*. Mientras que el desvalor del resultado expresa el estado de cosas último que el Derecho penal quiere evitar (la lesión o puesta en peligro típica indeseable del bien jurídico), el desvalor objetivo de la conducta exige que aquella situación indeseable se deba a una conducta suficientemente peligrosa (riesgo no permitido) para un espectador ideal situado *ex ante* en la posición del autor. Si la lesión de un bien jurídico-penal no aparece como realización del riesgo propio de una conducta desvalorable para un hombre prudente, no podrá desvalorarse como resultado objetivamente imputable.

b) Mientras que en los delitos de resultado separado el desvalor de resultado presupone una conducta peligrosa anterior (aunque pue-

da ser inmediatamente anterior), en los delitos de mera actividad el desvalor de resultado sólo exige la conducta típica, lesiva o peligrosa. Así sucede en la tentativa y frustración (idóneas e inidóneas) y en los delitos de peligro abstracto. Pero ello no significa que en estos casos la antijuridicidad objetiva pueda decidirse desde una perspectiva exclusivamente (21) *ex post* (esto es, en función de la comprobación *ex post* de la efectiva capacidad lesiva del hecho). Si sólo valorásemos el hecho *ex post*, con todos los datos que tenemos en el momento del enjuiciamiento posterior, no sólo no podríamos desvalorar la tentativa inidónea, sino tampoco la tentativa ni la frustración idóneas, pues desde un punto de vista absolutamente *ex post* es evidente que siempre se han demostrado incapaces de producir la lesión. Tampoco podríamos desvalorar los delitos de peligro, por la misma razón. Sólo podemos desvalorar todos estos hechos desde una perspectiva *ex ante*, aunque objetiva, o mejor, intersubjetiva. La antijuridicidad objetiva no es, pues, necesariamente un juicio sólo *ex post*.

c) Finalmente, desde un punto de vista *ex post* tampoco sería posible una *justificación* objetiva de la conducta distinta a la justificación del resultado. Detengámonos brevemente en este último punto. Según la opinión dominante, la legítima defensa no requiere que la lesión ocasionada al agresor ilegítimo resulte absolutamente necesaria *ex post*. También se considera justificada la defensa que *ex ante* cualquiera hubiera considerado necesaria, aunque por la urgencia y demás características de la situación acabe produciendo un resultado en sí mismo no necesario *ex post*. Es el caso del disparo defensivo no dirigido a una parte vital del cuerpo del agresor, que el hombre medio hubiera considerado necesario *ex ante* para impedir la agresión, pero que acaba por ocasionar la muerte del agresor. No era necesario matar al agresor, pero el disparo era, en la situación concreta, medio necesario para la defensa. A esto parece referirse el Código penal español cuando considera bastante la «necesidad racional del medio empleado» (22).

4. a) El juicio de desvalor que permite la antijuridicidad penal objetiva, pese a ser objetivo en el sentido de expresar el carácter objetivamente indeseable para el Derecho penal de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, no es posible sin tener en cuenta

(21) Digo «exclusivamente», porque incluso cuando no es precisa la lesión del bien jurídico, como ocurre en la tentativa, en la frustración y en los delitos de peligro, la antijuridicidad objetiva exige la comprobación *ex post* de que se ha realizado efectivamente la conducta típica: los actos de ejecución o la conducta peligrosa. Por otra parte, la diferencia de significado de la tentativa inidónea y de la idónea sólo puede proceder de la comprobación *ex post* de la idoneidad que en un primer momento (aunque sólo en éste) manifiesta la tentativa idónea y no la inidónea; cfr. MIR PUIG, *Función de la pena*, pp. 69 s.

(22) Cfr., p. ej., MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., p. 469.

el *aspecto subjetivo* del hecho (23). No es posible si se admite el punto de partida de la teoría de la adecuación, que hoy maneja la moderna teoría de la imputación objetiva: que no puede decirse, p. ej., que «mata» el que interpone cualquier condición causal de una muerte, aunque fuera imprevisible para el hombre medio, o *prudente*, situado *ex ante* con los *conocimientos* que dicho hombre ideal tendría en la situación ante la que se encuentra el autor, además de los *conocimientos especiales* de que pudiera disponer el autor (24). Este planteamiento sólo puede rechazarse a cambio de tener que afirmar que el que hace subir a otro en un avión le «mata» si éste encuentra la muerte en un accidente, tanto si el que aconseja el vuelo conocía o no de antemano la circunstancia, no cognoscible para un usuario prudente, que determinó el accidente. Si se afirmase la imputación objetiva del resultado siempre que éste fuera cognoscible para *cualquier* hombre, habría que admitir la imputación en este caso, aunque el autor no estuviera dotado del conocimiento excepcional de que en el avión había instalada una bomba o, incluso, de que en el avión había un fallo técnico no apreciable para el usuario. Y si se tuviese en cuenta únicamente lo cognoscible para un usuario medio y no el conocimiento especial de la existencia de la bomba que tuviera el autor, habría que negar la imputación de la muerte aunque concurriera este conocimiento. Ninguna de ambas soluciones es admitida por la opinión dominante, y desde luego encontraría rechazo en el uso del verbo «matar» en el lenguaje ordinario. Esto último pone de manifiesto que la valoración social (objetiva) de una conducta como, p. ej., de «matar», tiene en cuenta los conocimientos del hombre medio y del autor en los términos de la opinión dominante.

b) Se sigue de lo anterior que el desvalor intersubjetivo de la conducta, presupuesto del desvalor de resultado y, por tanto, de la

(23) Que la antijuridicidad puede ser calificada de «objetiva» pese a condicionarse a elementos subjetivos es algo que se admite desde la introducción de los elementos subjetivos del injusto en el neokantismo y que se mantiene incluso desde la sistemática finalista: cfr., p. ej., WELZEL, Lb, p. 51: «La antijuridicidad sólo es objetiva en el sentido de juicio de valor *general*: su objeto, la acción, es, por el contrario, una unidad de elementos objetivos (del mundo exterior) y subjetivos». Cfr. también JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, trad. y adiciones de Derecho español de Mir Puig y Muñoz Conde, 1981, p. 327: «El carácter objetivo de la antijuridicidad no implica, sin embargo, que el injusto abarque sólo a elementos del mundo exterior. Por el contrario, el concepto de «objetivo» debe entenderse en el sentido de «válido en general».

(24) Cfr., por todos, ROXIN, *Strafrecht*, AT, I, 2.^a ed., 1994, § 11/32 y 46. El término generalmente usado en alemán para caracterizar a lo que en España se suele denominar hombre «medio» es el de «*einsichtig*», que puede traducirse por «prudente» o «inteligente». Pero no debe pensarse, entonces, en un hombre dotado sólo de *mediana* prudencia o inteligencia, sino de *toda* la prudencia o inteligencia que cabe imaginar en el buen ciudadano.

antijuridicidad objetiva, no depende sólo de la parte objetivo-externa del hecho. Ello, que manifiesta la imposibilidad de una separación tajante entre la parte externa y la parte interna del hecho (25), plantea la cuestión de qué elementos subjetivos han de ser tenidos en cuenta para el juicio de antijuridicidad objetiva. En particular, debe examinarse si dicho juicio ha de tomar en consideración la concurrencia de *dolo natural* o error en el sujeto.

El criterio utilizado por la teoría de la adecuación y por la moderna teoría de la imputación objetiva trata de separar los conocimientos que se imaginan en el hombre medio prudente y los que realmente posea el sujeto. No puede hacerlo respecto a los conocimientos especiales superiores que pueda poseer el sujeto, que se tienen en cuenta, pero sí respecto al conocimiento inferior del autor. Esto es: en caso de error en el sujeto, el mismo no se traslada al hombre prudente imaginado que no hubiera caído en dicho error. En otras palabras, el error vencible (objetivamente) no se considera obstáculo a la imputación objetiva del resultado. Por tanto, la presencia o ausencia de dolo natural en el sujeto no se toma en consideración, por sí misma, para decidir la imputación objetiva. Sólo la *invencibilidad objetiva* del error —y no el error mismo—, habría de conducir a la negación de la previsibilidad para el hombre prudente y para la imputación objetiva.

Este planteamiento me parece razonable si se trata de decidir la *concurrencia* o *ausencia* de la antijuridicidad objetiva, pero no permite advertir la necesidad de *diferenciar* y graduar el desvalor propio de la antijuridicidad objetiva del hecho doloso y el que corresponde al hecho imprudente. Me parece correcto afirmar que el error *no excluye* la antijuridicidad objetiva del hecho, pero creo necesario añadir que el mismo *disminuye* la gravedad del contenido material de dicho juicio (26).

La conducta humana es una unidad objetivo-subjetiva, o mejor, interno-externa (27). Su valoración social objetiva depende de ambos aspectos. La sociedad valora de forma completamente distinta, como dos clases muy diferentes de hechos, los homicidios dolosos y las muertes ocasionadas por imprudencia. También la valoración jurídico-penal objetiva de un hecho, como más o menos indeseable, depende de si se realiza voluntariamente y a conciencia de los elemen-

(25) Cfr. MIR PUIG, *Gedächtnisschrift f. Armin Kaufmann*, pp. 265 ss.

(26) Soy consciente de que este punto y el relativo a las facultades sobresalientes del autor en la imprudencia son los que pueden despertar mayores dudas. La delimitación de lo objetivo y lo subjetivo del hecho continúa siendo una de las cuestiones más oscuras de la teoría del delito. En cualquier caso, este aspecto no compromete el sentido general ni la validez de la distinción de los conceptos de antijuridicidad objetiva, como juicio de indeseabilidad objetiva-intersubjetiva del hecho, y antinormatividad, como infracción personal de la norma, sobre la que gira este trabajo.

(27) Cfr. MIR PUIG, *Gedächtnisschrift f. Armin Kaufmann*, p. 257.

tos del mismo que lo hacen típico o, por el contrario, se efectúa sin voluntad o sin dicho conocimiento. El Derecho penal distingue los tipos dolosos de los culposos y señala mayor pena a los primeros.

A mi juicio, ello se debe no sólo a la imposibilidad de imputar un hecho a quien no es consciente de que lo realiza, sino también a la mayor peligrosidad que en principio supone el hecho de que la conducta se dirija intencionalmente a lesionar un bien jurídico-penal (dolo directo de primer grado), de que se realice pese a saber seguro que producirá el resultado (dolo directo de segundo grado) o de que se acepte como capaz de producir la lesión sin intentar ni esperar poder hacer nada por evitarlo (dolo eventual). En cambio, ha de considerarse como factor que disminuye la peligrosidad de la conducta el hecho de que el sujeto no quiera la lesión y trate de evitarla o pueda confiar en hacer algo para evitarla, como sucede en las conductas imprudentes. Por otra parte, la lesión dolosa manifiesta una *actuación opuesta al bien jurídico*, que posee un significado social objetivo de negación de dicho bien, bien distinto al del hecho imprudente (28). Todo ello explica que la sociedad y el Derecho valoren objetivamente de forma completamente distinta una lesión voluntaria y consciente que una lesión no querida, aunque sea imprudente (29).

Una prueba de que el juicio de antijuridicidad objetiva no puede efectuarse sin tomar en consideración la voluntad consciente manifestada en el hecho, es que de otro modo no sería posible decidir correctamente la concurrencia de las *causas de justificación*. Para decidir, por ejemplo, si la muerte del agresor producida por el agredido era necesaria para impedir la agresión, puede ser necesario saber si el agredido disparó directamente a matar o si se limitó a disparar como pudo sin querer matar. Es más fácil admitir la legítima defensa en el primero, y no sólo por razones morales o subjetivas, sino porque puede que fuera objetivamente necesario disparar con rapidez, con la consiguiente posibilidad de producir la muerte, pero que no fuera necesario tirar a matar. No hay legítima defensa si el agredido, tirador de mediana puntería, mató intencionalmente al agredido cuando era más probable que no hubiera producido la muerte si hubiera apuntado, como podía haber hecho, a una parte no vital de su cuerpo. En cambio, ante la misma agresión, la muerte puede estar justificada si de todos modos se produjo pese

(28) Cf. MIR PUIG, *Función de la pena*, cit., pp. 66 ss.; el mismo, *Gedächtnisschrift f. Armin Kaufmann*, cit., p. 259.

(29) Con frecuencia esta diferencia de valoración objetiva se refleja en la distinta denominación, en el lenguaje social y en el jurídico, de los hechos dolosos y culposos que producen un mismo resultado. Por poner sólo un ejemplo, La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas inhumanos o degradantes de 10 diciembre 1984 (BOE núm. 268, de 9 nov. 1987), define la «tortura» como «todo acto por el cual se inflija *intencionadamente* a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales».

a apuntar el agredido a una parte no vital. Es evidente que hay más peligro estadístico de muerte para el agresor si el agredido apunta a una parte vital del cuerpo de aquél, que si apunta a una parte no vital, aunque acabe ocasionando la muerte. Y adviértase que la diferencia no puede apreciarse teniendo en cuenta sólo la objetiva dirección del disparo defensivo, pues el disparo no doloso puede, por la urgencia de la situación, acabar siguiendo el mismo curso que el doloso —lo que no obsta a que tenía menos posibilidades de acabar siguiendo este curso que el disparo intencional.

No sería correcto, por tanto, decidir la concurrencia de las causas de justificación y, en consecuencia, la antijuridicidad objetiva, sobre la única base de la parte externa del hecho (30).

5. Las consideraciones efectuadas conducen a afirmar que el desvalor objetivo (intersubjetivo) de la conducta dirigida voluntariamente a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, o consciente de su significado de lesión o puesta en peligro, es distinto y mayor que el desvalor objetivo (intersubjetivo) que corresponde a la conducta imprudente. En el primer caso se desvalora la conducta en cuanto unidad interno-externa tendente a la realización del tipo. En el segundo caso se desvalora una conducta que en cuanto unidad interno-externa sólo tiene el significado de creación imprudente del riesgo de producción de la lesión o puesta en peligro típica. Pero, ¿qué elementos objetivos y subjetivos condicionan este desvalor objetivo de la conducta imprudente?

Desde el punto de vista que ahora adoptamos, el de la relación negativa de la conducta con el bien jurídico, importa la *peligrosidad objetiva* de la conducta para dicho bien, en la medida en que desborde el marco del *riesgo objetivamente permitido*. Ello exige utilizar el criterio intersubjetivo del hombre prudente (no sólo *medianamente* prudente, sino *todo* lo prudente que debe ser el buen ciudadano) situado *ex ante* en la posición del autor con los conocimientos que en dicha situación poseería el primero, además de los conocimientos especiales superiores de que pudiera disponer el autor. El *desconocimiento evitable* (error evitable, culpa inconsciente) por parte del autor impide afirmar el desvalor objetivo del hecho doloso, pero no impide la presencia de imprudencia objetiva. La *incapacidad personal* del sujeto para observar el cuidado objetivamente necesario tampoco excluye la imprudencia objetiva. La antijuridicidad objetiva del hecho imprudente no puede decidirse desde el punto de vista del

(30) No puede admitirse, por ello, la interesante propuesta de Kindhäuser de examinar las causas de justificación tras la sola comprobación del desvalor del resultado. Comparto, en cambio, su propuesta de empezar el análisis del delito por este desvalor del resultado. Cfr. KINDHÄUSER, *Zur Logik des Verbrechensaufbaus*, conferencia pronunciada en la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona), 1993, en prensa; las bases de su concepción del delito se encuentran en el mismo, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 29-131, y por lo que respecta a la justificación, pp. 106 ss.

sujeto, sino desde un prisma intersubjetivo —aunque se refiera a los elementos internos y externos de la conducta—. Importa aquí el llamado *deber objetivo de cuidado*. No impide su infracción la incapacidad personal del autor de observar dicho deber objetivo (31).

Ello no ha de ser óbice, sin embargo, para determinar el nivel de riesgo permitido teniendo en cuenta las *facultades especiales* (sobresalientes) que pueda tener el autor. Así lo exige la coherencia con el planteamiento generalmente aceptado en cuanto a los conocimientos especiales del autor. Si no se excluye la imputación objetiva del resultado por el error (conocimiento *inferior*) que no se daría en el hombre prudente (32), tampoco ha de excluir la imprudencia objetiva una capacidad del sujeto inferior a la de dicho hombre medio. Pero si, en cambio, los conocimientos especiales *superiores* del sujeto han de ser tenidos en cuenta para afirmar la imputación objetiva del resultado, también deberán ser tomados en consideración para afirmar la imprudencia objetiva las facultades especiales superiores del sujeto.

Pero no estará de más indagar acerca del fundamento de este trato diferenciador de los conocimientos o facultades inferiores y de los superiores. Hay por de pronto una razón derivada del orden cronológico en que hay que analizar los elementos objetivos y subjetivos del delito: la negación de la antijuridicidad objetiva implica necesariamente la imposibilidad de imputarla al sujeto, por lo que, si se negase aquélla desconociendo los conocimientos o facultades superiores del sujeto, ya no podría afirmarse la presencia de delito. Y, sin embargo, esta conclusión no parece razonable cuando el sujeto dispone de conocimientos especiales que le permiten saber que producirá la lesión típica —como en el ejemplo del que conoce la presencia de la bomba en el avión—, o posee facultades sobresalientes mediante las cuales puede hacer menos peligrosa su actuación —como en el caso del cirujano excepcional capaz de utilizar una técnica que la mayoría de médicos no puede usar—. El problema no se plantea cuando los conocimientos o facultades del sujeto son inferiores. Aunque se empiece por afirmar la imputación objetiva o la imprudencia objetiva, la inferioridad de conocimientos o facultades se podrá tener en cuenta más adelante, al examinar la imputación subjetiva. Pero aparte de esta razón sistemática, ¿hay alguna otra de fondo relacionada con la naturaleza de la antijuridicidad objetiva que justifique que la misma se condicione a conocimientos o facultades superiores y no a conocimientos o facultades inferiores?

(31) Manejamos aquí los términos «deber» e «infracción» por ser usuales, pero, según la concepción aquí defendida de la antijuridicidad objetiva, como distinta de la antinormatividad, la misma no supone en sí misma ningún deber ni infracción en sentido estricto.

(32) Aunque, como se ha visto, a mi juicio dicho error sí impide apreciar la antijuridicidad objetiva propia del hecho doloso.

La antijuridicidad objetiva (intersubjetiva) requiere una conducta desvalorable desde el punto de vista de un hombre dotado de toda la inteligencia, prudencia y capacidad que el derecho espera de un buen ciudadano, situado en la posición del autor. Pues bien, si el autor posee conocimientos especiales, ese hombre ideal puede y debe imaginarse en posesión de tales conocimientos, pues sin duda los tendría presentes para valorar la peligrosidad de su acción. En cambio, no cabe suponer que un hombre inteligente y prudente carezca del mínimo de conocimientos que precisamente se suponen en un hombre inteligente como él. El mismo planteamiento diferenciador debe hacerse respecto a las facultades individuales: el ciudadano ideal referido utilizaría una capacidad superior de la que pudiera disponer voluntariamente, mientras que no puede imaginarse sin la necesaria capacidad de observancia del cuidado exigible al mismo.

6. Las observaciones anteriores permiten completar la caracterización de la antijuridicidad objetiva, como intersubjetiva, exigiendo los siguientes elementos: (1) una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (2) penalmente típica (3) imputable a una conducta peligrosa para un hombre prudente situado *ex ante* en la posición del autor, o a su no evitación (4) realizada con dolo natural o imprudencia objetiva y (5) objetivamente desvalorada por el Derecho penal.

Por otra parte, cabe afirmar que la antijuridicidad objetiva, en cuanto intersubjetiva, parte del *desvalor del resultado*, a valorar *ex post*, pero exige, además, el *desvalor intersubjetivo de la conducta*, a decidir *ex ante*. Este se halla condicionado, en su sentido y gravedad, por la presencia de dolo natural o imprudencia objetiva en la conducta, y ésta a su vez por los conocimientos especiales y facultades sobresalientes del autor. El desvalor del resultado indica la realización del estado de cosas típico (resultado) que el Derecho penal *desea, en principio*, evitar. El desvalor intersubjetivo de la conducta expresa que dicho resultado indeseable es imputable a una conducta objetivo-subjetiva que *puede* desvalorarse, si se imagina realizada por un ciudadano ideal, situado *ex ante* en la posición del autor, como más o menos peligrosa para un bien jurídico y opuesta al mismo (33). La concurrencia o ausencia de dolo importa aquí en cuanto afecta a este desvalor intersubjetivo de la conducta, no en cuanto condición de imputación personal del hecho.

(33) Parte de la distinción de *querer y poder*, pero como ámbitos respectivos del injusto y de la culpabilidad y en un sentido distinto, GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., 1990, 224 s.

III

1. El concepto de antijuridicidad objetivo-intersubjetivo que he delimitado comprende básicamente los mismos elementos que el concepto de antijuridicidad, sin más, que suele utilizarse desde que se impuso la sistemática finalista. Sin embargo, ello se acostumbra a fundamentar por una vía diversa. Al no ser posible desde esta sistemática distinguir la antijuridicidad de la culpabilidad como referidas, respectivamente, a la parte objetiva y a la parte subjetiva del hecho, se ha optado, por muchos autores, a distinguir ambas notas del delito como expresivas de la prohibición *general* y la imputación *individual*, respectivamente (34). Lo que aquí he caracterizado como antijuridicidad objetiva o intersubjetiva aparecería como la antijuridicidad completa, entendida como antinormatividad general. Sin embargo, desde mi punto de vista, la antijuridicidad completa ha de ser verdadera antinormatividad del *hecho del autor*, y ésta exige que la antijuridicidad objetiva pueda imputarse individualmente al mismo, como antijuridicidad objetiva y subjetiva. Sólo entonces podrá considerarse completamente antinormativo el *hecho concreto del autor*. Permítaseme reproducir la argumentación que en su momento esgrimi en defensa de esta posición:

«Si la antijuridicidad se concibe, como hacemos aquí, como infracción de una norma motivadora, supondrá (...) que esta norma puede ser recibida de algún modo por su destinatario. La capacidad del sujeto de ser motivado por la norma constituye, pues, una condición del injusto y, por tanto, debe incluirse entre los elementos del *hecho* antijurídico. Ahora bien, si por destinatario de la norma se entendiera la colectividad *en general*, cabría considerar suficiente para su infracción (para el injusto) que el hombre medio pudiera ser motivado por dicha norma, dejándose para la culpabilidad la cuestión de si además era o no motivable el concreto autor. Este planteamiento contemplaría en el injusto el hecho en abstracto, prescindiendo de las concretas condiciones en que tiene lugar por parte de su autor. Mas una tal construcción no resulta coherente con el punto de partida ni con el desarrollo de la teoría del delito. Esta parte de la comprobación de si el autor *concreto* actuó o no en una situación de ausencia de comportamiento humano. No cabe responder a esto diciendo que en ese primer momento se trata de examinar situaciones en las que *cualquiera* se encontraría en las mismas condiciones, porque lo mismo podría decirse de las causas que excluyen la culpabilidad: también

(34) Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena*, cit., pp. 104 ss., donde me refiero, en este sentido, a las posiciones de Welzel, Roxin y Gimbernat. Recientemente en la misma línea LUZÓN PEÑA, «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», *ADPCP*, 1993, p. 32.

cualquiera que actuase bajo alguna de estas causas se hallaría en la misma situación» (35).

Ahora añadiré: aunque se considerase destinatario de la norma primaria a la colectividad en general, o al ciudadano prudente ideal, es evidente que éste no es el autor del hecho ni por tanto puede haber infringido la norma; *el único que puede infringir la norma es el autor del hecho*; pero para ello hay que entender que la norma se dirige a él, que él es su destinatario. Aunque intersubjetiva, la antijuridicidad objetiva no ha de verse, pues, como infracción de una prohibición sin destinatario concreto, ni, por tanto, como antinormatividad, sino *sólo como juicio de desvalor* (referido a la relación negativa de un hecho, *ex ante* y *ex post*, con un bien jurídico-penal) insuficiente para afirmar la infracción de una norma por su destinatario. Para que el injusto objetivo-intersubjetivo se convierta en verdadera (concreta) antinormatividad es preciso que pueda *imputarse personalmente a su autor*. Ello no es posible: (1) si concurre una incapacidad personal de observar el cuidado objetivamente exigible, que determina un error individualmente invencible u otra clase de imprudencia objetiva; (2) si concurre un error de prohibición invencible.

Por otra parte, la antijuridicidad objetiva se compone de dos momentos, el desvalor del resultado y el desvalor intersubjetivo de la conducta, de los cuales sólo el segundo puede considerarse presupuesto necesario de la antinormatividad del hecho —puesto que una norma motivadora no puede prohibir resultados, sino sólo conductas—. El desvalor intersubjetivo de la conducta no integra la antijuridicidad objetiva en cuanto desvalor de infracción —que sólo puede predicarse de una conducta prohibida *al autor* concreto—, sino como presupuesto del desvalor de resultado y como desvalor de peligro para el bien jurídico. Sin embargo, es cierto que *el desvalor intersubjetivo de la conducta ofrece la base objetiva necesaria para la antinormatividad personal*. En un Derecho protector de bienes jurídicos la norma sólo puede prohibir al sujeto las conductas que, pudiendo imputársle al mismo, antes son objetivamente peligrosas para tales bienes jurídicos. El desvalor intersubjetivo de la conducta tiene, pues, un doble sentido: como presupuesto del desvalor objetivo del hecho y, por tanto, de la antijuridicidad objetiva, y como base objetiva de la antijuridicidad completa entendida como antinormatividad.

De lo anterior cabe extraer las conclusiones siguientes en cuanto a la relación existente entre la antijuridicidad objetiva y la antinormatividad: (1) Los dos momentos de la antijuridicidad objetiva —desvalor de resultado y desvalor intersubjetivo de la conducta— se encuentran en una distinta relación con la antinormatividad; (2) el desvalor de resultado no es presupuesto de la antinormatividad, pero

(35) Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena*, cit., pp. 105 s.

si de su tipicidad penal y, por consiguiente, de su relevancia penal; (3) el desvalor intersubjetivo de la conducta es el puente o elemento de enlace entre la antijuridicidad objetiva y la antinormatividad como antijuridicidad completa.

2. El juicio de desvalor objetivo de la conducta necesario para la antijuridicidad objetiva se efectúa desde el prisma de un hombre ideal situado en la posición del autor. Se trata de un juicio intersubjetivo que se efectúa desde la posición del autor, pero sin tener en cuenta posibles anomalías personales del mismo que no cabe imaginar en el hombre ideal utilizado como baremo de la intersubjetividad. En consecuencia, si el autor actúa en un error, éste se considerará *vencible* siempre que el hombre prudente imaginado en su lugar no habría caído en él o lo habría superado. ¿Qué ocurre, entonces, si el autor, por sus características personales, tal vez patológicas, no puede considerarse capaz de evitar un error que el hombre prudente hubiera podido vencer? La vencibilidad objetiva del error permite afirmar la antijuridicidad objetiva de la conducta, pero su invencibilidad personal impide imputar a su autor dicha antijuridicidad: impide que la antijuridicidad objetiva dé paso a la antijuridicidad completa como infracción objetiva y subjetiva (personal) de una norma (antinormatividad).

El ejemplo siguiente (36) me sugirió la conveniencia de distinguir ambos aspectos: un soldado cae en enajenación mientras se encuentra haciendo guardia y, a consecuencia de ello, cree erróneamente que unos pacíficos transeúntes asaltan el cuartel, por lo que dispara sobre ellos para defenderlo. Se trata de un caso de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, que a mi juicio constituye un error de tipo negativo, que si es invencible excluye el injusto doloso e imprudente. Quien no comparta esta concepción, sino la de la teoría estricta de la culpabilidad u otra que le lleve a rechazar que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación afecte al injusto, puede variar el ejemplo y suponer otro en que la enajenación provoque un error de tipo positivo. En todo caso —y esto es lo único que aquí importa— es evidente la invencibilidad personal del error (sobre los presupuestos de una causa de justificación), pero parece difícil afirmar que el hecho sea objetivamente correcto. La distinción que propongo de antijuridicidad objetiva y antinormatividad permite atender a ambos aspectos. Permite sostener la objetiva incorrección del hecho junto a la imposibilidad de imputarla a su autor como infracción objetiva y subjetiva (personal) de la norma. La conducta es objetivamente antijurídica porque el hombre prudente que utilizamos como baremo ha de imaginarse siempre en pleno uso de sus facultades mentales y, por tanto, no hubiera caído en el error.

(36) Se basa en un caso referido por el psiquiatra Leopoldo Ortega-Monasterio en un curso de doctorado en cuya organización e impartición participé.

Pero ello no basta para afirmar una infracción personal de la norma por parte del sujeto.

Es importante señalar que la concurrencia de enajenación no siempre incide sólo en la *culpabilidad* del autor. Es evidente que la enfermedad mental no sólo puede excluir la imputabilidad, sino también el propio comportamiento humano (p. ej., en un acceso epiléptico con movimientos no controlados por la voluntad), sin el cual no puede existir injusto, o el dolo natural, sin el que no puede afirmarse el injusto propio del tipo doloso. Desde una concepción de la antinormatividad como infracción objetiva y subjetiva de la norma también los casos en que la enfermedad mental da lugar a un error personalmente invencible han de considerarse de falta de una completa antijuridicidad. Una norma motivadora dirigida al sujeto no puede tratar de prohibirle que actúe cuando se encuentra en un error personalmente invencible. El hecho sólo podrá considerarse prohibido al enfermo mental cuando éste realice un comportamiento humano sin error personalmente invencible, esto es: cuando su enfermedad mental no le prive de toda posibilidad de ser motivado por la norma, sino sólo de la posibilidad de ser motivado *normalmente* (37).

Este planteamiento ha de llevar a resolver del mismo modo otros casos de error personalmente invencible no basados en enajenación, sino en otras insuficiencias individuales inimaginables en el hombre ideal, así como los casos de imprudencia objetiva inevitable a consecuencia de una incapacidad personal de observar el objetivo deber de cuidado. Este puede seguir utilizándose como base de la antijuridicidad objetiva, pero es insuficiente para afirmar la infracción personal de la norma por parte del sujeto.

3. La distinción de antijuridicidad objetiva y antijuridicidad personalmente imputable como antinormatividad permite situar satisfactoriamente el *error de prohibición*. Por una parte, es evidente que el error de prohibición, aunque sea invencible, no puede excluir el carácter objetivamente indeseable del hecho; pero, por otra parte, también me parece innegable que una norma destinada a motivar a su destinatario, no puede tratar de hacerlo frente a alguien que en modo alguno puede llegar a entrar en contacto con ella, aparte de que también en materia de error de prohibición el Derecho admite un cierto grado de *riesgo permitido* (38). El error de prohibición invencible, sea por imposibilidad absoluta de conocimiento del Derecho en la situación concreta, sea como consecuencia de la actuación dentro del riesgo permitido, no puede excluir la antijuridicidad objetiva del hecho, pero impide la imputación personal de la antijuridicidad y, por

(37) Cfr. ya MIR PUIG, *Función de la pena*, cit., p. 97, nota 133.

(38) Cfr. MIR PUIG, «El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en Derecho español», en *La Ley*, 6 febr. 1991, p. 4; el mismo, *Derecho penal*, p. 669.

tanto, considerar concretamente antinormativa la conducta del autor. Dicho error no impide la antijuridicidad objetiva, porque no excluye el significado negativo del hecho para el bien jurídico: ni excluye el desvalor del resultado, ni hace necesariamente menos peligrosa *ex ante* la conducta para el bien jurídico. Esto es así aunque el error de prohibición sea invencible *para cualquiera*, puesto que la invencibilidad se refiere aquí al error *sobre la norma* y no presupone desconocimiento de la peligrosidad *para el bien jurídico* (39). Pero, si el error de prohibición invencible no excluye por sí mismo la antijuridicidad objetiva, sí impide, en cambio, imputar dicha antijuridicidad al sujeto como infracción consciente o imprudente de la norma. La distinción de estos dos niveles permite, por lo demás, el uso de las expresiones «conocimiento de la antijuridicidad» y «error de prohibición» como referidas al conocimiento o error acerca de la antijuridicidad objetiva, uso perfectamente compatible con la afirmación de que no implican la concurrencia de plena antinormatividad.

Este planteamiento hace posible, por otra parte, reflejar correctamente el distinto significado específico del hecho realizado con conocimiento de la antijuridicidad objetiva y del efectuado en error vencible de prohibición. Entre ambos hechos no existe únicamente una diferencia de culpabilidad, sino una distinta relación con la norma. El que conoce la antijuridicidad objetiva de su conducta y pese a ello la realiza, añade al significado de oposición del hecho al bien jurídico-penal, el significado de oposición a la norma: el injusto objetivo se convierte, además, en infracción consciente del Derecho. Concorre entonces una antinormatividad consciente. La realización del injusto objetivo en error vencible también es imputable a su autor como antinormatividad, pero no por una oposición consciente a la norma, sino por una falta de cuidado, de atención por el Derecho.

Así, mientras que el conocimiento de la antijuridicidad objetiva permite la imputación de la infracción de la norma a título de *dolus malus*, el error vencible de prohibición conduce a la imputación de la infracción de la norma a título de *imprudentia iuris*. Tanto el dolo como la imprudencia alcanzan entonces su tercer y último nivel, que permite afirmar no sólo el *tipo del delito* doloso o imprudente y el *tipo negativo* doloso o imprudente, sino también el *injusto* doloso o imprudente. Como se había venido entendiendo tradicionalmente, el dolo completo, como representación del total significado del hecho antinormativo, puede verse, entonces, como *dolus malus*, que requie-

(39) Cuando hablo aquí —y a lo largo de todo este trabajo— de desconocimiento del peligro para el bien jurídico no lo hago en el sentido de desconocimiento de que el bien jurídico es un bien protegido por el Derecho, pues esto último implicaría un desconocimiento de la valoración jurídica del hecho, que sí podría faltar en caso de error de prohibición. Me refiero al desconocimiento de que está en peligro *la realidad* a la que el Derecho tutela como bien jurídico: no es un error de Derecho, sino de hecho.

re no sólo el conocimiento de los elementos del tipo y de la ausencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, sino también la conciencia de la antijuridicidad objetiva del hecho. Sólo entonces puede imputarse como dolosa la *infracción* de la norma, el *injusto*, y no sólo el *tipo* o el *hecho sin causas de justificación*.

No obstante, la distinción de los dos niveles del hecho doloso o imprudente, por una parte, y la infracción dolosa o imprudente, por otra parte, aclara las distintas posibilidades de relación entre los mismos. Así, el hecho doloso puede convertirse en una infracción imprudente (imprudencia de Derecho) si concurre error vencible de prohibición, pero también el hecho imprudente (imprudencia de hecho) puede cometerse con conocimiento de su antijuridicidad objetiva, esto es, como infracción consciente de la norma.

Finalmente, ni que decir tiene que la vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición ha de decidirse teniendo en cuenta las posibilidades individuales del sujeto, pues de ello depende la imputación personal de la antijuridicidad, nivel en que hemos situado el problema.

IV

Estamos ya en condiciones de *recapitular* sobre el significado de la antijuridicidad objetiva y su relación con la antijuridicidad entendida como antinormatividad. También debemos referirnos a la distinción de antijuridicidad y culpabilidad.

1. a) La antijuridicidad objetiva no es antinormatividad plena. La norma primaria tiene un sentido prescriptivo, directivo, imperativo, y se dirige a motivar al ciudadano en contra de la realización de determinadas conductas capaces de producir hechos negativos para los bienes jurídico-penales. Al menos así es en un Derecho penal llamado a proteger a la Sociedad como es el propio de un Estado social y democrático de Derecho. La norma primaria se dirige, pues, a la mente del ciudadano y presupone la posibilidad de ser recibida y cumplida por su destinatario. Sólo tiene sentido prohibir *al sujeto* algo que *él* pueda evitar y advertir que se le prohíbe. La antijuridicidad como infracción de la norma primaria supone la capacidad personal de evitación y de conocimiento de la norma.

b) Pero si la norma trata de evitar lesiones o puestas en peligro de bienes jurídico-penales objetivamente indeseables, antes de decidir si el sujeto puede evitar dichos hechos y advertir su carácter prohibido conviene partir de la determinación de cuáles son tales hechos objetivamente desvalorados por el Derecho penal. Éste es el nivel de la antijuridicidad penal objetiva. En él hay que distinguir dos momentos: el desvalor del resultado y el desvalor intersubjetivo de la conducta. Estos dos momentos de la antijuridicidad objetiva se

encuentran en una distinta relación con la antijuridicidad completa o antinormatividad. Mientras que el desvalor de resultado condiciona la tipicidad penal de la antinormatividad, pero no la propia antinormatividad (porque lo que prohíbe la norma no es el resultado, sino una conducta *ex ante*, con independencia de que *ex post* produzca o no el resultado), el desvalor intersubjetivo de la conducta es la base necesaria de la antijuridicidad completa o antinormatividad en un Derecho penal protector de bienes jurídicos.

Pues bien, si el desvalor de resultado es presupuesto de la tipicidad penal del injusto completo y el desvalor intersubjetivo de la conducta es la base objetiva de este injusto completo, podrá concluirse que *la antijuridicidad penal objetiva en su conjunto condiciona la antinormatividad penalmente relevante*. La antijuridicidad penal objetiva es, pues, la base objetiva de la antijuridicidad penal completa. Esta ha de ser antijuridicidad penal objetiva y subjetiva: requiere la imputación personal de la antijuridicidad penal objetiva; es antijuridicidad penal personalmente imputable al sujeto.

Del mismo modo que la antijuridicidad objetiva de una lesión o puesta en peligro indeseable (desvalor del resultado) requiere que éste pueda *imputarse* a una conducta dolosa o imprudente desvalorable *a un hombre ideal* (desvalor intersubjetivo de la conducta), la antijuridicidad completa exige que la antijuridicidad objetiva pueda *imputarse personalmente* al sujeto *como infracción* dolosa o imprudente de la norma.

c) Este planteamiento sitúa el *desvalor de resultado* en la base de la antijuridicidad penal objetiva y, por tanto, en la base de la antinormatividad penal, pero permite, adecuadamente, considerarlo previo y distinto tanto a lo que es desvalorable a un hombre ideal (una conducta peligrosa *ex ante*) como a lo que se prohíbe al sujeto (una conducta calificable de infracción objetivo-subjetiva).

¿Qué ocurre si falta el desvalor de resultado típico? (esto es: en los delitos dolosos consumados, si falta la lesión o puesta en peligro típica, en los delitos dolosos no consumados, si faltan los actos ejecutivos necesarios para la tentativa y la frustración, y, en los delitos imprudentes, si falta el resultado). Sin dicho desvalor de resultado el hecho nunca podrá realizar el *tipo penal* ni, por tanto, dar lugar a la antinormatividad *penalmente típica*. Pero la ausencia de desvalor de resultado, que se comprueba *ex post*, no impide necesariamente la presencia de antinormatividad, pues ésta debe decidirse *ex ante*, esto es, antes de que pueda saberse si la conducta producirá o no el resultado. Si la norma se dirige al sujeto en el momento de actuar, ya en ese momento debe saberse si la conducta infringe o no la norma, sin que quepa esperar, para saber si la conducta está prohibida, a la comprobación posterior de si se produce o no el resultado. Ello resulta especialmente evidente en la imprudencia: la conducta descuidada no dejará de serlo y de infringir, por tanto, la norma de

cuidado, por el hecho de que por suerte no produzca un resultado típico. Ahora bien, sin este resultado la infracción de la norma no realizará un tipo penal, no será penalmente relevante. La falta del desvalor de resultado típico no excluye la posibilidad de una conducta infractora de la norma, pero sí impide que dicha infracción sea penalmente típica. Resulta oportuno, pues, *empezar* preguntando si concurre o no el desvalor de resultado típico, porque si la respuesta es negativa no será ya necesario, desde el punto de vista del Derecho penal, continuar indagando sobre la presencia (aún posible) de una conducta que infrinja la norma primaria. Este orden de análisis resulta conveniente en un Derecho penal protector de bienes jurídicos y respetuoso del principio de lesividad (*nullum crimen sine iniuria*) (40).

2. Pero si la antinormatividad penal requiere no sólo la antijuridicidad penal objetiva, sino también la capacidad personal de advertir y cumplir la norma primaria, ¿qué queda entonces para la *culpabilidad*? A mi juicio, lo mismo que en trabajos anteriores he venido situando en este apartado de la teoría del delito: no la *posibilidad* personal de ser motivado por la norma, que entiendo presupuesto de la antinormatividad, sino la *motivabilidad normal* (41). La *inimputabilidad* y la *inexigibilidad* deben acoger los casos en que, *sin faltar* en el sujeto alguna posibilidad de entrar en contacto con la norma y de ser influido por ella, dicha posibilidad no alcanza el *grado de normalidad* necesario para que sea lícito reaccionar con una pena frente a la infracción de la norma. Respecto a los casos en que la enfermedad mental excluye el propio comportamiento humano, el dolo o la imprudencia personal, me remito a lo dicho más arriba. Aquí querría señalar que esta concepción logra explicar de forma unitaria las causas de exclusión de la imputabilidad y las causas de exculpación. Ello no es posible cuando, por una parte, se requiere para la inimputabilidad una falta total de libertad de voluntad o la imposibilidad absoluta de ser motivado por la norma y, por otra parte, se incluyen también en la culpabilidad las causas de exculpación, pues nadie pretende que éstas produzcan aquellos efectos (42).

Lo que acaso convenga cuestionar es la procedencia de reservar el término «culpabilidad» para este ámbito. Es innegable que este término puede usarse en un sentido más amplio que alcanza desde lo opuesto a la inocencia, requiriendo la *propia* realización del hecho, hasta la exigencia de dolo o culpa, pasando por la exclusión de la

(40) Mantengo, pues, mis tesis de que el resultado no es lo prohibido por la norma primaria, y su ausencia no impide la infracción de esta norma, pero integra el tipo *penal*: cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 142 ss., 145. Aquí intento, sin embargo, subrayar la importancia del desvalor de resultado proponiendo que su examen constituya el *primer* momento del análisis de los elementos del delito.

(41) Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena*, pp. 96 ss.; el mismo, *Derecho penal*, pp. 586 ss., 644 ss.

(42) Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 647 s.

responsabilidad colectiva o por el carácter (43). Todo depende del aspecto del hecho respecto al cual se afirme la culpabilidad. El sujeto sólo es *culpable* (y no inocente) *de la comisión* del hecho, si lo ha realizado él y no otra persona; sólo es *culpable del resultado* si lo ha producido mediante una conducta dolosa o culposa; sólo es *culpable del injusto objetivo* si le es personalmente imputable; y sólo es *culpable de la infracción de la norma* si la ha cometido en condiciones de motivabilidad normal. El término «culpabilidad» puede usarse siempre que se quiere expresar la posibilidad de imputar algún aspecto del hecho a su autor. Probablemente convenga, pues, no reservar dicho término para designar el último apartado de la teoría del delito, aunque en él se contengan los últimos requisitos que permiten considerar al sujeto culpable del hecho globalmente considerado. Tal vez sería preferible una palabra que expresase de forma más precisa el específico sentido de esa última categoría. Podría ser la de «*responsabilidad penal*». En efecto, tras la comprobación de un injusto verdaderamente personal, esto es, imputable personalmente como infracción del autor, sólo queda por comprobar si éste ha actuado en condiciones que hacen plausible que *responda* de su infracción *con una pena* (44).

(43) Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 107.

(44) Creo, pues, acertada la terminología («responsabilidad») propuesta por ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. de Luzón Peña, 1976, pp. 210 ss.; el mismo, *Strafrecht, AT*, § 19/1 ss. Pero este autor no consigue una explicación unitaria de la «responsabilidad» en la medida en que sigue incluyendo en ella, la «culpabilidad» entendida al estilo de Welzel, como poder actuar de otro modo. Ello no sucede si, como se propone en el texto, la capacidad de ser motivado por la norma y la posibilidad de conocimiento del injusto objetivo se consideran presupuestos de la antijuridicidad completa (antinormatividad). Por otra parte, la expresión «responsabilidad penal» tiene la ventaja de evitar las resonancias metafísicas del término «culpabilidad», razón por la que sugerí sustituir éste por aquélla en el Proyecto CP 1980 [MIR PUIG, *RFDUC*, monográfico 3 (1980), p. 41]; esta sugerencia se acogió por la Propuesta Alternativa de Parte General del Grupo Parlamentario PC-PSUC [MIR PUIG/MUÑOZ CONDE, *CPC*, núm. 18 (1982), p. 616].