

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

|||CIVITAS

© **Jesús-María Silva Sánchez**, 2025

© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es

Acceso a Soporte: https://areacliente.aranzadilaley.es/solicitud_alta_area_cliente

<https://www.aranzadilaley.es>

Primera edición: 2025

Depósito Legal: M-1036-2025

ISBN versión impresa: 978-84-1078-404-8

ISBN versión electrónica: 978-84-1078-405-5

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

Printed in Spain

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

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

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

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

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

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

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

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

SUMARIO

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

Sumario

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

Sumario

	Nm.	Pág.
2. <i>La legitimación del Estado punitivo frente a las personas</i>	105	160
2.1. Planteamiento	105	160
2.2. Los deberes de garante del Estado	108	161
3. <i>El Derecho penal y las crisis de la comunidad política</i>	109	161
3.1. Generalidades	109	161
3.2. La exasperación de la fragmentación ordinaria	113	163
3.2.1. La delincuencia por conciencia	113	163
3.2.2. La delincuencia por convicción política	115	163
3.2.3. La guerra civil	115	164
3.2.4. La justicia transicional	119	165
3.3. Las situaciones de excepción	121	166
3.3.1. Los estados constitucionales de excepción	121	166
3.3.2. Una «excepción permanente»: el terrorismo internacional y la criminalidad organizada	125	167
3.4. El Derecho internacional humanitario —de los conflictos armados—	129	169
CAPÍTULO 2		
LA LEGITIMACIÓN DEL CASTIGO ESTATAL (I). LAS TEORÍAS DE LA CRIMINALIZACIÓN		171
I. LA INSTITUCIÓN DEL CASTIGO	1	178
1. <i>El castigo personal y comunitario</i>	1	178
1.1. Las dimensiones intrapersonal e interpersonal del castigo ...	1	178
1.2. Las concepciones retributiva y funcional del castigo	3	179
2. <i>El castigo privado y público</i>	7	181
3. <i>Las perspectivas sobre la legitimación del castigo estatal</i>	9	182
3.1. Introducción	9	182
3.2. Los criterios rectores	11	183
3.3. Los cuatro niveles de legitimación	13	183
II. EL DERECHO PENAL COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DE BIENES	16	184
1. <i>Los medios de protección preventiva de bienes</i>	16	184
1.1. Generalidades	16	184
1.2. Los medios fácticos y los comunicativos	17	185
1.3. Las normas sociales	20	186
2. <i>Las normas jurídicas</i>	22	187
2.1. La comunicación jurídica	22	187
2.2. El Derecho civil de daños	24	188
2.3. El Derecho administrativo de fomento	26	188
2.4. El Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal ..	28	189
III. LAS TEORÍAS DE LA CRIMINALIZACIÓN	31	190
1. <i>Generalidades</i>	31	190

Sumario

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

Sumario

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

CAPÍTULO 3

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

Sumario

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

Sumario

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

Sumario

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

CAPÍTULO 4

LAS GARANTÍAS DEL DERECHO PENAL (I). EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

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

Sumario

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

Sumario

	Nm.	Pág.
5.5. Las medidas de seguridad	75	352
5.6. Los cambios jurisprudenciales desfavorables	76	352
6. <i>La ley penal en el tiempo y la garantía de retroactividad de las disposiciones favorables: lex mitior</i>	79	354
6.1. Cuestiones generales	79	354
6.1.1. El fundamento y alcance de la retroactividad de las leyes favorables	79	354
6.1.2. Los límites de la retroactividad favorable	82	356
6.2. La lex tertia y la ley intermedia	84	357
6.3. Las disposiciones transitorias y las leyes temporales	87	358
6.4. La retroactividad favorable y las disposiciones de complemento de las leyes en blanco	90	360
6.5. La retroactividad de las interpretaciones jurisprudenciales favorables	93	361
7. <i>La exigencia de lex stricta y la prohibición de analogía</i>	97	362
7.1. La analogía <i>in malam partem</i>	97	362
7.2. La analogía <i>in bonam partem</i>	101	364
III. LA LEY PENAL EN EL ESPACIO: EL ALCANCE DE LA SOBERANÍA DEL ESTADO	103	365
1. <i>La relevancia del factor territorial</i>	103	365
1.1. Como determinante de la protección de la libertad negativa ..	103	365
1.2. La cuestión de la libertad formal: la autolegislación	107	367
1.3. La protección estatal de la libertad positiva	108	367
2. <i>La vigencia extraterritorial</i>	110	368
2.1. La vigencia de las leyes y la teoría de las normas de conducta ..	100	368
2.2. El principio de personalidad activa	113	369
2.3. Los principios de personalidad pasiva y de protección	115	370
CAPÍTULO 5		
LAS GARANTÍAS DEL DERECHO PENAL (II)		373
I. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO —LA PROHIBICIÓN DE EXCESO—	1	381
1. <i>Planteamiento</i>	1	381
2. <i>La noción de proporcionalidad</i>	3	382
2.1. Generalidades	3	382
2.1.1. La proporcionalidad como prohibición de exceso ...	3	382
2.1.2. La prohibición de infraprotección	5	383
2.2. Los subprincipios de la proporcionalidad	6	384
2.2.1. La idoneidad —o adecuación de medio a fin—	6	384
2.2.2. La necesidad	6	384
2.2.2.1. Generalidades	6	384
2.2.2.2. La necesidad en abstracto y la subsidiariedad externa —el principio de ultima ratio—	9	385

Sumario

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

Sumario

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

	Nm.	Pág.
VI. LA DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN EL SIGLO XXI	106	431
1. Generalidades	106	431
2. Las diferencias variables	108	432
2.1. Las conductas infractoras	108	432
2.2. Los sistemas de sanciones	110	433
2.3. Las reglas de imputación y las garantías sustantivas	112	433
2.4. Las garantías procesales	113	434
2.5. Los órganos competentes	115	434
3. Un balance	116	435
CAPÍTULO 6		
LA APLICACIÓN JUDICIAL		437
I. LA JURISDICCIONALIDAD DEL DERECHO PENAL	1	442
1. El hecho histórico y el proceso judicial	1	442
2. Las visiones contrapuestas de la actuación judicial	2	442
2.1. Planteamiento	2	442
2.2. Un balance	4	443
II. EL CONTEXTO DE LA OBTENCIÓN Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO	6	444
1. El caso ante la jurisdicción	6	444
1.1. La forma y la verdad en el proceso	6	444
1.2. El caso como conflicto y como reto	8	445
2. Las garantías procesales	10	446
2.1. La legalidad procesal	10	446
2.2. El proceso debido	11	447
2.2.1. Las funciones del proceso	11	447
2.2.2. La función punitiva	13	448
3. La ley, la dogmática y la praxis judicial	15	449
3.1. La aportación de la dogmática: el sistema y el caso	15	449
3.2. Matizaciones sobre la tópica	18	450
3.3. El juez como persona	20	450
3.3.1. Planteamiento	20	450
3.3.2. Las precomprensiones y los sesgos	21	451
3.3.3. El derecho a un juez «natural»	24	452
III. EL MÉTODO DE LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LAS LEYES PENALES	26	453
1. El texto, la tradición y la pretensión de justicia	26	453
2. La tradición y la codificación	27	454
2.1. La pretensión de prohibir la interpretación judicial	27	454
2.2. El sistema multinivel	30	455

Sumario

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

Sumario

	Nm.	Pág.
5.2.2. El procedimiento de abstracción con base en el <i>telos</i> o <i>ratio legis</i>	90	481
5.2.3. La crítica	92	483
5.3. La reducción teleológica	94	483
5.3.1. Introducción	94	483
5.3.2. La interpretación conforme a la Constitución como modalidad de reducción teleológica	97	484
5.4. La interpretación orientada a la penalidad típica	101	486
5.5. La interpretación orientada a las consecuencias empíricas ..	102	487
5.6. Los argumentos dogmático-sistemáticos en sentido estricto ..	104	488
V. EL MARCO GENERAL DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICO-PENAL	106	489
1. <i>Introducción</i>	106	489
2. <i>Los argumentos «lógicos»</i>	107	489
3. <i>Los argumentos prácticos</i>	112	491
3.1. <i>¿A simile o a contrario?</i>	112	491
3.2. <i>A fortiori</i>	116	492
3.3. <i>Ad absurdum</i>	118	492
4. <i>Los argumentos estratégicos</i>	119	493
5. <i>La aplicación de la ley al caso</i>	121	494
5.1. Generalidades	121	494
5.2. Las reglas de aplicación del Derecho y las reglas de prueba de los hechos	125	495
5.3. La motivación de las sentencias	128	496
CAPÍTULO 7		
LA DOCTRINA DEL DERECHO PENAL		499
I. LA DOCTRINA DEL DERECHO PENAL	1	507
1. <i>Generalidades</i>	1	507
2. <i>La ciencia total del Derecho penal</i>	3	508
2.1. Su formulación en el siglo XIX	3	508
2.2. Otras posiciones interdisciplinarias	5	509
3. <i>La relevancia de las ciencias empíricas y sociales</i>	8	510
3.1. Generalidades	8	510
3.2. Los datos empíricos en la teoría de la legislación penal	9	511
3.3. Los datos empíricos en la dogmática	11	512
3.4. El problema del reduccionismo	14	513
3.5. El conocimiento jurídico y las disciplinas empíricas	17	514
4. <i>La doctrina jurídica del Derecho penal: la dogmática</i>	20	515
4.1. Generalidades	20	515
4.2. La dogmática de orientación teleológica	21	516
4.3. La propuesta de un sistema integral del Derecho penal	23	517

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

Sumario

	Nm.	Pág.
1.2. El papel de la tradición y del texto legal	76	541
1.3. La necesidad de una dogmática realista	79	542
2. <i>Las críticas al método dogmático</i>	84	544
2.1. La cuestión de su cientificidad	84	544
2.1.1. La dogmática como conocimiento práctico	84	544
2.1.2. La adopción de la perspectiva del interviniente	87	546
2.2. La neutralidad y las valoraciones	88	546
2.2.1. Las perspectivas enfrentadas	88	546
2.2.2. La posición media de la dogmática	90	547
2.3. Lo nacional y lo supranacional	94	549
2.4. La dogmática, la «expertocracia» y la democracia	97	550
2.5. La sistemática y la tópica	100	552
2.6. La misión práctica y la excesiva originalidad o sofisticación ..	102	553
V. LA LABOR DE LA DOGMÁTICA	104	554
1. <i>El lenguaje de la dogmática</i>	104	554
1.1. Planteamiento	104	554
1.2. Las clases de enunciados	105	554
1.3. Los juicios prácticos de atribución de sentido, de valoración y de imputación subjetiva	109	556
1.3.1. Consideraciones generales	109	556
1.3.2. El debate sobre el método y las clases de enunciados ..	111	557
2. <i>La asignación de contenido a los enunciados de la dogmática</i>	117	559
2.1. Planteamiento	117	559
2.2. Los tres ámbitos de la actividad intelectual jurídico-penal ...	119	560
2.2.1. La protodogmática	119	560
2.2.2. La interpretación de los textos	121	560
2.2.3. Los enunciados normativos: teleológicos-axiológicos ..	122	561
2.3. Balance	123	561
3. <i>El método de elaboración de las reglas doctrinales</i>	124	562
3.1. Los criterios de construcción	124	562
3.1.1. Generalidades	124	562
3.1.2. El método estructural-conceptual	125	562
3.1.3. El método exegético-legal	126	563
3.1.4. El método teleológico-valorativo	127	563
3.2. La necesidad de un método integrado	128	563
4. <i>El contenido de la regla dogmática</i>	132	565
4.1. La premisa jurídica, la base fáctica y la conclusión aplicativa ..	132	565
4.2. La consideración dogmático-sistemática en sentido estricto ..	134	566
CAPÍTULO 8		
EL SISTEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO		567
I. GENERALIDADES	1	574
1. <i>El sistema del delito de cuño alemán</i>	1	574

Sumario

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

Sumario

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

Sumario

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

CAPÍTULO 9

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

Sumario

	Nm.	Pág.
VI. LA ACCIÓN COMO CONDUCTA TÍPICA	56	679
1. <i>Precisiones conceptuales</i>	56	679
1.1. El tipo legal y el tipo de injusto	56	679
1.2. La relevancia procesal de la tipicidad de la conducta	59	680
2. <i>El tipo de injusto como categoría sistemática</i>	60	680
2.1. Generalidades	60	680
2.2. El contenido del juicio de tipicidad	62	681
2.2.1. Precisiones	62	681
2.2.2. Las concepciones formal y axiológico-material de la tipicidad	66	683
2.2.2.1. La comprensión formalista-significativa	66	683
2.2.2.2. La comprensión axiológica	67	683
2.2.2.3. El proceso histórico de configuración de la dimensión axiológica de la tipicidad	71	685
2.2.2.3.1. <i>La tipicidad en el sistema neokantiano del delito</i>	71	685
2.2.2.3.2. <i>La tipicidad en el sistema finalista del delito</i>	72	685
CAPÍTULO 10		
LA TIPICIDAD EX ANTE (I). LA CONDUCTA DESAPROBADA DE COMISIÓN ACTIVA		687
I. EL CONTENIDO DEL JUICIO DE TIPICIDAD OBJETIVA EN LA COMISIÓN ACTIVA	1	693
1. <i>Generalidades</i>	1	693
2. <i>La determinación de la tipicidad de la conducta como juicio de «imputación objetiva»</i>	2	693
2.1. La historia dogmática	2	693
2.2. El debate en el seno de la doctrina de la imputación objetiva	5	695
2.2.1. Las cuatro cuestiones fundamentales	5	695
2.2.2. El modelo acogido	12	698
3. <i>Las críticas externas a la doctrina de la imputación objetiva</i>	14	699
II. LA CONDUCTA PENALMENTE DESAPROBADA EX ANTE COMO CONDUCTA TÍPICAMENTE RELEVANTE	17	701
1. <i>Introducción</i>	17	701
1.1. Los juicios de tipicidad <i>ex ante</i> y <i>ex post</i>	17	701
1.2. El juicio <i>ex ante</i>	19	702
1.2.1. El contenido del juicio acerca de la conducta desaprobada	19	702
1.2.2. El sentido del juicio de desaprobación de la conducta	23	703
2. <i>Los elementos del juicio sobre el significado de la conducta</i>	24	704
2.1. Generalidades	24	704

Sumario

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

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

Sumario

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

CAPÍTULO 11

LA TIPICIDAD EX ANTE (II). LA CONDUCTA DESAPROBADA DE OMI- SIÓN. LA COMISIÓN POR OMIÓN. LA INTERRUPCIÓN DE CURSOS SALVADORES

763

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

Sumario

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

Sumario

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

Sumario

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

CAPÍTULO 12

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

Sumario

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

Sumario

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

CAPÍTULO 13

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

Sumario

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

Sumario

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

CAPÍTULO 14

LA TIPICIDAD *EX POST*: LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO . 995

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

Sumario

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

Sumario

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

Sumario

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

CAPÍTULO 15

LAS CONDUCTAS DESAPROBADAS DE PREPARACIÓN, TENTATIVA Y CONSUMACIÓN. EL DESISTIMIENTO VOLUNTARIO	1087
I. GENERALIDADES SOBRE EL LLAMADO <i>ITER CRIMINIS</i>	1 1092
1. <i>Las fases interna y externa del delito</i>	1 1092
1.1. La deliberación y la decisión	1 1092
1.2. La preparación y la ejecución	3 1094
2. <i>La manifestación externa</i>	7 1095
2.1. El problema de los pensamientos	7 1095
2.2. La exteriorización del pensamiento	11 1097
2.2.1. La expresión como ilícito	11 1097
2.2.2. Las expresiones de voluntad delictiva	12 1097
3. <i>La doctrina de la preparación</i>	13 1098
3.1. La preparación como infracción de normas de conducta ...	13 1098
3.2. La preparación como forma de hetero- y autofavorecimiento .	15 1098
3.3. La distinción entre actos preparatorios condicionada e incondicionadamente típicos	19 1100
II. LOS ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES	20 1100
1. <i>Los actos preparatorios incondicionadamente punibles a través de su regulación general</i>	20 1100
1.1. Generalidades	20 1100
1.2. La conspiración	23 1102
1.3. La proposición	24 1102
1.4. La provocación	27 1103
1.5. Un balance	28 1104
2. <i>Los actos preparatorios incondicionadamente punibles en virtud de su tipificación expresa como delitos autónomos</i>	29 1104
2.1. Generalidades	29 1104
2.2. Las variantes de los delitos preparatorios	30 1105
2.2.1. La tenencia de medios o instrumentos	30 1105
2.2.2. La integración en una organización o en un grupo criminal	31 1105
2.2.3. La hiper-anticipación	33 1106
2.3. Valoración global y propuestas de aplicación	36 1108
3. <i>La cuestión de la apología de delito</i>	37 1108
III. LA TENTATIVA	41 1110
1. <i>Las reglas legales de la tentativa</i>	41 1110
1.1. El intento y la tentativa	41 1110
1.2. Las divergencias conceptuales	44 1111
2. <i>Las clases de tentativa: imperfecta —inacabada y acabada— y perfecta</i> ..	46 1112
3. <i>Los fundamentos de la conminación penal de la tentativa</i>	48 1113
3.1. Las dimensiones formal y material	48 1113
3.1.1. La contraposición de las perspectivas	48 1113

Sumario

	Nm.	Pág.
3.1.2. El debate sobre el fundamento material de la punición de la tentativa	49	1113
3.2. La fundamentación preventiva de la conminación penal de la tentativa	52	1115
3.2.1. La utilidad del castigo de la tentativa: la prevención general negativa	52	1115
3.2.1.1. Planteamiento	52	1115
3.2.1.2. Las consecuencias del modelo	54	1116
3.2.2. La fundamentación preventivo-especial	56	1116
3.3. La fundamentación retributiva de la conminación penal de la tentativa	57	1117
3.3.1. Las bases del merecimiento de pena en la tentativa ..	57	1117
3.3.2. El merecimiento de pena en la tentativa imperfecta ..	61	1119
3.3.3. El merecimiento de pena en la tentativa perfecta	64	1120
3.3.4. Un balance de lo anterior	65	1120
4. <i>El injusto culpable de la tentativa</i>	67	1121
4.1. La relevancia de la teoría de las normas	67	1121
4.2. Las normas infringidas en la tentativa imperfecta y en la perfecta	68	1121
4.3. Los partícipes en los intentos	70	1122
5. <i>Las consecuencias jurídicas de los intentos delictivos</i>	71	1122
5.1. Los sistemas legales de punibilidad de la tentativa	71	1122
5.2. Otras consecuencias jurídicas de los intentos delictivos	73	1123
6. <i>El «grado de ejecución»: la tentativa imperfecta y la perfecta</i>	74	1124
6.1. El comienzo de la ejecución	74	1124
6.1.1. Generalidades	74	1124
6.1.2. Las «teorías» sobre el comienzo de la ejecución	77	1125
6.1.3. La regla de atribución a una conducta del sentido de «intento» y los indicadores de sentido	79	1126
6.2. Las conductas de tentativa imperfecta	83	1127
6.2.1. Su contenido objetivo-significativo	83	1127
6.2.2. La intención condicionada	85	1128
6.2.3. El dolo	86	1128
6.2.4. La consumación adelantada	88	1129
6.3. La perfección de la tentativa y el resultado	89	1130
6.3.1. La «norma derivada de mandato» y la fase omisiva de los intentos activos	89	1130
6.3.2. La producción o no producción del resultado	91	1131
7. <i>El problema de la tentativa denominada «inidónea»</i>	92	1131
7.1. Precisiones terminológicas	92	1131
7.1.1. Los intentos carentes de idoneidad intersubjetiva <i>ex ante</i>	92	1131
7.1.2. Los intentos intersubjetivamente idóneos <i>ex ante</i>	94	1132

Sumario

	Nm.	Pág.
7.2. El fundamento de las distinciones de la teoría subjetiva	97	1133
7.3. Las teorías «objetivas»	100	1134
7.3.1. La doctrina objetiva <i>ex post</i>	100	1134
7.3.2. La doctrina intersubjetiva <i>ex ante</i>	101	1134
7.3.3. La legislación y la jurisprudencia españolas	102	1135
7.4. El merecimiento y la necesidad de pena en la tentativa inidó- nea	104	1136
7.5. La distinción entre la tentativa inidónea y el delito putativo . .	106	1137
7.5.1. Generalidades	106	1137
7.5.2. La impunidad del delito putativo	107	1138
7.5.3. La tentativa de un sujeto inidóneo	110	1139
7.5.3.1. Generalidades	110	1139
7.5.3.2. El problema de la imposibilidad jurídica	112	1140
8. La individualización de la pena de la tentativa	113	1141
8.1. Los criterios legales	113	1141
8.2. La combinación de los criterios en una matriz	114	1141
IV. EL <i>ITER CRIMINIS</i> EN LOS DELITOS DE OMISIÓN Y DE IMPRU- DENCIA	115	1142
1. Los delitos de omisión	115	1142
1.1. El comienzo de la tentativa	115	1142
1.2. El problema de la <i>omissio libera in causa</i>	118	1143
1.3. Los casos de omisión de aseguramiento y de omisión de salva- mento	120	1144
2. La «tentativa» en los delitos imprudentes	123	1146
V. EL INTENTO DEL AUTOR EN EL CONTEXTO DEL DELITO PRO- VOCADO	124	1146
1. La figura controvertida	124	1146
2. Las características del intento del sujeto provocado	127	1148
VI. EL DESISTIMIENTO VOLUNTARIO	130	1149
1. Generalidades	130	1149
2. El fundamento y la ubicación sistemática	133	1150
2.1. La discusión entre las doctrinas «político-criminales» y las «jurí- dicas»	133	1150
2.2. Un balance	135	1151
2.3. La incidencia de la teoría de las normas	137	1152
2.3.1. Planteamiento	137	1152
2.3.2. En el caso de la tentativa imperfecta	139	1153
2.3.3. En la tentativa perfecta	142	1154
2.4. La figura legal del «desistimiento voluntario» comprende dos instituciones dogmáticas distintas	144	1155
2.5. El desistimiento como equivalente funcional de la pena	146	1156
3. Las clases de desistimiento y sus respectivos efectos	147	1156
3.1. Los dos fundamentos dogmáticos y las dos figuras legales . . .	147	1156
3.2. La combinatoria	148	1157

Sumario

	Nm.	Pág.
3.3. Las tres situaciones	151	1158
3.3.1. El desistimiento del autor individual en la tentativa imperfecta	151	1158
3.3.2. El desistimiento del autor individual de la tentativa perfecta	153	1159
3.3.3. El desistimiento en caso de pluralidad de intervinientes	155	1160
3.4. El carácter personal del desistimiento	157	1161
3.5. Los desistimientos «favorecedores» de la evitación del resultado	158	1162
3.6. El desistimiento en los delitos de omisión	159	1162
3.7. El desistimiento en los delitos imprudentes	160	1163
4. <i>La voluntariedad del desistimiento</i>	163	1164
4.1. Generalidades	163	1164
4.2. La perspectiva psicológica	164	1164
4.3. Las doctrinas normativistas	167	1165
VII. LA CONSUMACIÓN	170	1167
1. <i>Generalidades</i>	170	1167
2. <i>El problema de la participación y del desistimiento intraconsumativo</i>	172	1168
2.1. La consumación como «fase» del delito	172	1168
2.2. Los delitos permanentes y de estado	174	1169
VIII. LA FASE POSTCONSUMATIVA	176	1170
1. <i>Consumación, terminación y agotamiento</i>	176	1170
2. <i>El comportamiento postconsumativo</i>	177	1171
2.1. El comportamiento positivo —el (cuasi-)desistimiento de la consumación—	177	1171
2.2. El comportamiento postconsumativo negativo —en relación con el propio hecho y con los de terceros—	178	1171
CAPÍTULO 16		
LAS CONDUCTAS DESAPROBADAS DE AUTORÍA Y DE PARTICIPACIÓN (I)		1173
I. LA CONJUNCIÓN DE CONDUCTAS DESAPROBADAS	1	1179
1. <i>La conducta desaprobada y su articulación con otras</i>	1	1179
1.1. Una visión general	1	1179
1.2. La conducta de un solo agente en su relación con un fenómeno natural	5	1180
2. <i>Los principios rectores de la interacción de una pluralidad de agentes</i>	8	1182
II. LA INTERVENCIÓN DE VARIAS PERSONAS EN UN HECHO PUNIBLE	11	1183
1. <i>Los elementos legales y supraleales</i>	11	1183
1.1. Generalidades	11	1183
1.1.1. Los conceptos unitarios y diferenciadores	11	1183

Sumario

	Nm.	Pág.
1.1.2. La tradición española	13	1184
1.1.3. Las formas de intervención en el Derecho penal inter- nacional	14	1184
1.1.4. Anticipación de lo que sigue	16	1185
1.2. La teoría de las normas	17	1186
1.2.1. La norma de conducta	17	1186
1.2.2. La norma de sanción	19	1187
1.2.3. Otras posiciones	21	1188
1.3. La teoría de los tipos de la Parte Especial	23	1189
1.3.1. Las alternativas	23	1189
1.3.2. La solución acogida	25	1189
1.4. La teoría de las reglas de la Parte General	26	1190
1.4.1. Las alternativas	26	1190
1.4.2. La solución acogida	29	1191
2. <i>Los vínculos entre los diversos intervinientes</i>	31	1192
2.1. Las relaciones de coordinación, subordinación y agregación .	31	1192
2.2. La conformación del significado de una «conducta con- junta»	36	1193
2.3. La accesoriadad como exigencia del significado de la conducta del partícipe	38	1194
2.3.1. La accesoriadad cuantitativa y cualitativa	38	1194
2.3.2. Las doctrinas de la accesoriadad	41	1196
2.3.2.1. Generalidades	41	1196
2.3.2.2. La doctrina de la accesoriadad máxima	42	1196
2.3.2.3. Las doctrinas de la accesoriadad media	43	1197
2.3.2.4. La accesoriadad mínima objetiva	45	1198
2.3.2.4.1. Generalidades	45	1198
2.3.2.4.2. La justificación de la conducta de cada interviniente por separado	47	1198
2.3.2.4.3. La imputación subjetiva y de la culpa- bilidad de cada interviniente por separado . . .	48	1199
2.3.2.4.4. La situación legal española	49	1199
2.3.3. Consideraciones finales	50	1199
2.3.3.1. La accesoriadad cualitativa ex ante y la doctri- na del fundamento autónomo de la participa- ción	50	1199
2.3.3.2. La accesoriadad cuantitativa o dependencia ex post: la punibilidad de la conducta del par- tícipe	51	1200
2.3.3.3. Consecuencias de la ubicación sistemática del problema	52	1200
III. GENERALIDADES SOBRE LA AUTORÍA	53	1201
1. <i>Aproximación al concepto de autor</i>	53	1201
2. <i>Las doctrinas de la autoría</i>	54	1201
2.1. Los distintos métodos	54	1201

Sumario

	Nm.	Pág.
2.2. Las doctrinas del dominio del hecho	58	1203
2.2.1. Planteamiento	58	1203
2.2.2. Un sumario de críticas	60	1204
2.3. El marco de la discusión tradicional española	64	1205
3. <i>Las clases de autoría</i>	66	1206
3.1. Generalidades	66	1206
3.2. La autoría directa única	67	1207
3.3. La coautoría y la autoría mediata. Anticipación de lo que sigue	70	1208
IV. LA COAUTORÍA	72	1210
1. <i>Los conceptos de coautoría</i>	72	1210
1.1. Generalidades	72	1210
1.2. La ampliación en la doctrina dominante	76	1211
1.3. La hiper-ampliación del concepto de coautor	78	1212
1.3.1. La doctrina de la «coautoría no ejecutiva»	78	1212
1.3.2. Los problemas de la coautoría no ejecutiva	79	1213
1.3.2.1. El significado de la inexistencia de la «cooperación necesaria» en la legislación penal alemana	79	1213
1.3.2.2. Los casos de jerarquía	81	1214
1.3.2.3. Sobre la «coautoría» en fase preparatoria ...	82	1214
1.3.2.4. El comienzo de la tentativa en los casos de coautoría	83	1215
1.3.2.4.1. <i>Un planteamiento distintivo</i>	83	1215
1.3.2.4.2. <i>La incidencia en el tratamiento de la coautoría no ejecutiva</i>	86	1216
1.4. Las posiciones restrictivas	88	1216
2. <i>Los requisitos de la coautoría</i>	89	1217
2.1. La conducta desaprobada	89	1217
2.1.1. Generalidades	89	1217
2.1.2. Las formas «especiales» de coautoría: sucesiva o adhesiva, aditiva y alternativa	91	1218
2.2. La imputación subjetiva	95	1219
2.3. El problema de la imputación objetiva del resultado	96	1220
V. LA AUTORÍA MEDIATA	97	1220
1. <i>Generalidades</i>	97	1220
1.1. Aproximación a la conducta de «instrumentalización»	97	1220
1.1.1. El problema de las lagunas de punición	97	1220
1.1.2. La autonomía conceptual de la autoría mediata	99	1221
1.2. La perspectiva de la teoría de las normas	100	1222
1.3. Los textos legales	102	1222
1.4. La estructura	103	1223
1.5. El comienzo y la perfección de la tentativa	106	1224

Sumario

	Nm.	Pág.
1.6. La participación en relación con la conducta del autor mediato y con la del instrumento	111	1226
2. <i>Las variantes de la conducta desaprobada de autoría mediata</i>	112	1227
2.1. Las formas de instrumentalización	112	1227
2.2. Las características de la conducta del ejecutor instrumentalizado	113	1227
2.2.1. El instrumento que no realiza una conducta típicamente desaprobada de autor	113	1227
2.2.2. El instrumento que realiza una conducta típicamente desaprobada —como autor directo—	115	1228
2.2.2.1. Los casos de errores sobre circunstancias típicas y extratípicas	115	1228
2.2.2.2. El caso del ejecutor que obra justificadamente	117	1229
2.2.2.3. El instrumento sin culpabilidad o sin punibilidad	118	1229
2.3. Los casos límite	120	1230
2.3.1. El ejecutor inmediato parcialmente responsable	120	1230
2.3.2. La instrumentalización por omisión	122	1230
3. <i>La construcción de la autoría mediata por «dominio de aparatos organizados de poder»</i>	123	1231
3.1. El contenido de la doctrina	123	1231
3.2. Las críticas parciales	124	1231
3.3. Las críticas radicales	125	1232
3.4. El «autor detrás del autor»	127	1233
3.5. La intervención por gestión de una estructura jerárquica descontrolada	128	1234
VI. LA INDUCCIÓN	129	1235
1. <i>Generalidades. La intervención moral</i>	129	1235
2. <i>La delimitación de la inducción</i>	131	1235
3. <i>La conducta típicamente desaprobada de inducción</i>	133	1237
3.1. Generalidades	133	1237
3.2. Los modos de inducir	135	1237
3.2.1. La inducción como conducta de comunicación	135	1237
3.2.2. La inducción mediante razones morales o instrumentales	137	1238
3.2.3. La inducción por incidencia emocional	139	1239
3.3. La desaprobación de la conducta de inducción	141	1240
3.3.1. La idoneidad <i>ex ante</i>	141	1240
3.3.2. La desaprobación de la comunicación del inductor ..	144	1241
4. <i>La imputación subjetiva</i>	145	1242
5. <i>La realización de la conducta principal como resultado típico de la inducción</i>	147	1243
5.1. Generalidades	147	1243
5.2. La relación de motivación	148	1243

Sumario

	Nm.	Pág.
5.3. Los juicios hipotéticos	149	1244
6. Variantes «anómalas» de inducción	152	1245
VII. LA COOPERACIÓN NECESARIA Y LA COMPLICIDAD	154	1246
1. <i>Los aspectos comunes a las formas de cooperación</i>	154	1246
1.1. La distinción de dos formas de favorecimiento punible	154	1246
1.2. La cooperación material y la cooperación «psíquica»	158	1248
1.2.1. Planteamiento de la distinción	158	1248
1.2.2. La distinción estructural	159	1248
1.3. La cooperación motivacional	162	1250
1.3.1. Generalidades	162	1250
1.3.2. Algunas variantes discutidas	164	1250
1.3.2.1. La promesa de cooperación material o de encubrimiento; el encubrimiento prestado de antemano	164	1250
1.3.2.2. La presencia en el lugar de los hechos	166	1251
2. <i>Lo específico de la cooperación necesaria</i>	168	1252
2.1. Generalidades	168	1252
2.2. Una propuesta de abordaje: las perspectivas <i>ex ante</i> y <i>ex post</i> ..	170	1253
2.2.1. El juicio <i>ex ante</i>	170	1253
2.2.2. El juicio <i>ex post</i>	171	1254
3. <i>Lo común a la cooperación necesaria y a la complicidad</i>	175	1255
3.1. La conducta de favorecimiento	175	1255
3.1.1. Generalidades	175	1255
3.1.2. El tiempo en la cooperación	177	1256
3.2. La imputación subjetiva de la conducta desaprobada del cooperador	179	1257
3.2.1. Generalidades	179	1257
3.2.2. El objeto del dolo del cooperador	180	1257
3.3. La imputación objetiva del «resultado» a la conducta del cooperador	182	1258
4. <i>Variantes de la cooperación</i>	183	1258
4.1. La cooperación a la cooperación y la cooperación a la inducción	183	1258
4.2. La cooperación en un intento y el intento de cooperación ..	184	1259
5. <i>Estructuras singulares de participación</i>	185	1259
5.1. La cooperación logística	185	1259
5.2. La cooperación parcial y paralela-acumulativa	187	1260
5.3. La conducta de intervención del agente provocador	188	1261
6. <i>Las formas de intervención penalmente atípicas</i>	189	1262
6.1. La cooperación neutra	189	1262
6.2. La «participación necesaria» en los delitos de encuentro	191	1263

CAPÍTULO 17

LAS CONDUCTAS DESAPROBADAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN (II)	1265
I. INTRODUCCIÓN	1 1268
II. LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS ESPECIALES .	3 1269
1. <i>Las distinciones clásicas</i>	3 1269
1.1. Los delitos comunes y los delitos especiales	3 1269
1.2. Los delitos especiales propios e impropios	4 1270
2. <i>El marco de la discusión actual sobre los delitos especiales propios</i>	7 1272
2.1. La distinción básica entre delitos de dominio y de (infracción de un) deber	7 1272
2.2. El método de identificación de la clase de delitos consistentes en la infracción de un deber	8 1273
2.2.1. Planteamiento	8 1273
2.2.2. Los problemas de legalidad y de lesividad	9 1273
2.3. Las nuevas distinciones doctrinales dentro de los delitos especiales	13 1275
2.3.1. Planteamiento	13 1275
2.3.2. Los delitos especiales «de posición»	16 1276
2.3.3. Los delitos especiales «de deber»	17 1277
2.4. El marco legal español: los tipos de delito y las cláusulas legales de «actuar en lugar de otro»	18 1278
2.4.1. Consideraciones generales	18 1278
2.4.2. El manejo de la cláusula de actuar en lugar de otro en el caso de relaciones entre personas físicas	20 1279
2.4.2.1. El texto de la regla legal	20 1279
2.4.2.2. Las actuaciones del extraneus en nombre propio y la instrumentalización del intraneus ...	22 1280
2.4.2.3. El caso de los delitos especiales de «deber» ..	23 1280
3. <i>Los supuestos discutidos en la doctrina</i>	26 1281
3.1. El caso del «instrumento doloso no cualificado»	26 1281
3.2. El caso del <i>intraneus</i> en error —el «instrumento cualificado no doloso»—	29 1283
3.3. El supuesto de la realización por el <i>intraneus</i> de una conducta justificada	31 1284
4. <i>El problema de los delitos especiales de empresa</i>	32 1284
4.1. Generalidades	32 1284
4.2. Las aproximaciones fáctica y formalista al problema	33 1285
4.3. La cláusula legal de actuar en nombre de una persona jurídica	35 1285
4.4. La conducta realizada por el administrador — <i>intraneus</i> por transferencia—	38 1287
4.5. La relación entre las cláusulas de actuar en lugar de otro y las de comisión por omisión	39 1287

	Nm.	Pág.
III. LOS PROBLEMAS DE LA PARTICIPACIÓN DE <i>EXTRANEI</i> EN DELITOS ESPECIALES	40	1288
1. <i>Consideraciones generales</i>	40	1288
1.1. Planteamiento	40	1288
1.2. El principio de accesoriadad de la participación y los delitos especiales	43	1289
1.3. Sobre la existencia de tipos de delito «mixtos»	45	1290
2. <i>La inducción y la cooperación necesaria de los extranei</i>	48	1292
2.1. El desarrollo de la doctrina de la atenuación	48	1292
2.2. El art. 65.3 del Código penal español	51	1293
2.3. El manejo de la regla legal	54	1294
3. <i>El caso del cómplice</i>	57	1296
IV. OTRAS ESTRUCTURAS DELICTIVAS	58	1296
1. <i>Los delitos especiales «de delimitación negativa»</i>	58	1296
2. <i>La cuestión de los «delitos de propia mano»</i>	59	1297
V. LA INTERVENCIÓN POR OMISIÓN Y POR INTERRUPCIÓN DE CURSOS SALVADORES	61	1298
1. <i>La doctrina general sobre la intervención por omisión</i>	61	1298
1.1. Generalidades	61	1298
1.2. Los problemas del «concepto indiferenciado de omitente» ..	62	1298
1.3. Las propuestas diferenciadoras del último tercio del siglo XX	66	1299
2. <i>Una propuesta diferenciadora distinta</i>	68	1300
2.1. Planteamiento	68	1300
2.2. Las omisiones estructuralmente idénticas a la autoría comisiva activa	69	1301
2.3. Las omisiones estructuralmente idénticas a la participación comisiva activa	70	1301
3. <i>Algunos argumentos en relación con otras propuestas</i>	72	1302
3.1. La distinción entre seguridad y solo posibilidad de evitación del resultado	72	1302
3.2. La supuesta posibilidad de una participación por omisión sin ostentar una posición de garante	74	1303
4. <i>Otras formas de intervención en el contexto de los delitos de omisión</i>	75	1304
4.1. La articulación de omisiones de diversos garantes	75	1304
4.2. La cooperación activa a un delito de omisión	76	1304
4.3. La autoría y la participación en la interrupción de cursos salvadores	77	1305
4.4. Algunos supuestos de omisión en el marco de estructuras jerárquicas	79	1305
4.4.1. Las omisiones del superior	79	1305
4.4.2. Las omisiones del subordinado	81	1306
VI. LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN POR IMPRUDENCIA ACTIVA U OMISIVA	82	1307
1. <i>Generalidades</i>	82	1307

Sumario

	Nm.	Pág.
2. <i>La distinción entre autoría y participación en los delitos activos imprudentes</i>	83	1307
2.1. Generalidades	83	1307
2.2. Las formas discutidas de autoría imprudente	85	1308
2.3. La participación imprudente	88	1310
2.3.1. Los tres problemas de la participación imprudente ..	88	1310
2.3.1.1. El argumento de la prohibición de regreso ..	88	1310
2.3.1.2. El argumento de la limitada gravedad	91	1311
2.3.1.3. El argumento del principio de legalidad	92	1312
2.3.2. La inducción y el favorecimiento imprudentes de delitos dolosos	93	1312
2.3.3. La inducción y el favorecimiento imprudentes de delitos imprudentes	96	1314
2.4. La participación «dolosa» en delitos imprudentes	97	1315
2.4.1. La inducción al autor que obra imprudentemente ...	97	1315
2.4.2. El favorecimiento «doloso» de un delito imprudente .	98	1315
2.5. El problema de los delitos especiales imprudentes de empresa	99	1316
VII. OTRAS ESTRUCTURAS ESPECIALES DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	100	1316
1. <i>La autoría y la participación en las decisiones de órganos colegiados</i>	100	1316
2. <i>La autoría y la participación en los delitos cometidos en medios de comunicación</i>	102	1318
3. <i>La actuación paralela —o convergente—</i>	103	1318
VIII. LA INTERVENCIÓN POSTEJECUTIVA	106	1320
1. <i>El tiempo de la participación</i>	106	1320
2. <i>Las variantes particulares</i>	108	1321
2.1. La intervención intraconsumativa	108	1321
2.2. La intervención postconsumativa	109	1321
2.2.1. Las situaciones discutibles de intervención postconsumativa	109	1321
2.2.2. La intervención postconsumativa punible como delito contra el bien jurídico del delito consumado	110	1322
2.2.3. La intervención postconsumativa punible como delito contra la administración de justicia	111	1322
2.2.4. El «autoencubrimiento»	113	1323
CAPÍTULO 18		
LA TEORÍA GENERAL DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN		1325
I. LAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD	1	1330
1. <i>Generalidades</i>	1	1330
2. <i>La posibilidad de una teoría general de las eximentes</i>	5	1332
3. <i>Las causas de justificación y el resto de las eximentes</i>	7	1333

Sumario

	Nm.	Pág.
3.1. La relevancia de la teoría de las normas	7	1333
3.2. Las cuestiones centrales de las causas de justificación	9	1334
II. LA PERMISIÓN	10	1334
1. <i>El concepto de permiso</i>	10	1334
1.1. Generalidades	10	1334
1.2. ¿Antijuridicidad general o «teleológica»?	12	1335
1.3. ¿Justificación funcional-teleológica?	16	1337
1.3.1. Los problemas terminológicos	16	1337
1.3.2. La justificación y la exclusión de la prohibición bajo pena	18	1337
1.3.3. La distinción entre los conceptos de «eximente legal» y de «institución dogmática»	20	1338
1.3.4. La diversidad de perspectivas en la justificación	21	1339
2. <i>La justificación y la teoría de las normas</i>	22	1339
2.1. Generalidades	22	1339
2.2. La relación entre norma prescriptiva y permisón	24	1340
2.2.1. Planteamiento	24	1340
2.2.2. Las permisiones como «contra-normas»: una primera variante	25	1341
2.2.3. Las permisiones como «contra-normas»: una segunda variante	26	1341
2.2.4. Las permisiones como entidades dependientes	28	1342
3. <i>Los efectos de la permisón frente a terceros</i>	29	1343
3.1. Presupuestos	29	1343
3.2. La lógica y la pragmática de la permisón	30	1343
3.2.1. Planteamiento	30	1343
3.2.2. Las dos cláusulas de cierre	31	1344
3.2.3. Un balance	36	1345
3.2.4. La formulación con base en las distinciones de W.N. Hohfeld	37	1346
3.2.5. El argumento derivado de la dogmática de la interrupción de cursos salvadores	39	1347
3.2.6. La estructura básica de la justificación	42	1349
3.3. Los efectos de la justificación	44	1349
4. <i>La relación entre atipicidad y justificación: la doctrina de los elementos negativos del tipo</i>	46	1350
4.1. La relación de la doctrina con los problemas de error	46	1350
4.2. Su conformación como una «teoría del tipo (total) de injusto»	48	1351
4.3. Una valoración equilibrada	49	1352
4.3.1. Generalidades	49	1352
4.3.2. La consideración sistemática	51	1353
4.3.3. La distinción entre las tres clases de delito: núcleo de los delitos <i>mala in se</i> , periferia de los delitos <i>mala in se, mala quia prohibita</i>	52	1353

	Nm.	Pág.
III. EL FUNDAMENTO AXIOLÓGICO-MATERIAL DE LA JUSTIFICACIÓN	56	1355
1. <i>Una cuestión previa: la incidencia de las doctrinas de ética normativa</i> ...	56	1355
2. <i>Las conductas típicas y su posible justificación</i>	57	1355
2.1. Planteamiento	57	1355
2.2. Las posiciones deontológicas y las consecuencialistas	61	1357
2.2.1. La doctrina —deontológico-liberal— de la autonomía	61	1357
2.2.2. La doctrina consecuencialista del interés preponderante	63	1358
2.2.2.1. La ambigüedad de la fórmula del interés preponderante	63	1358
2.2.2.2. Una crítica a su comprensión en el sentido del utilitarismo del acto	65	1359
2.3. Las doctrinas del conflicto de derechos y de la proporcionalidad	67	1360
2.4. La doctrina de la especificación orientada al bien común ...	68	1361
2.4.1. El fundamento	68	1361
2.4.2. El método	70	1362
2.4.3. Las coincidencias y las discrepancias	74	1363
3. <i>Los injustos absolutos</i>	76	1364
3.1. Planteamiento	76	1364
3.2. La relevancia de la noción	79	1365
3.3. Los casos límite	81	1367
3.3.1. La voluntad indirecta y la doctrina del doble efecto ..	81	1367
3.3.2. La lesión directa e intencional de un bien intrínseco .	84	1368
4. <i>La procedimentalización de la justificación</i>	85	1369
4.1. Planteamiento	85	1369
4.2. Las «excepciones» procedimentales	87	1370
4.2.1. El concurso de causas de justificación	87	1370
4.3. La primacía de los procedimientos institucionalizados como límite de las causas de justificación clásicas	89	1371
4.4. La «automatización» de la exención de pena	90	1372
IV. LA CUESTIÓN DOGMÁTICO-ESTRUCTURAL	91	1372
1. <i>Generalidades</i>	91	1372
1.1. El método de examen de la concurrencia de los presupuestos de las causas de justificación	91	1372
1.2. La universalidad del debate	92	1373
2. <i>La perspectiva de la doctrina de la conducta desaprobada y de la imputación objetiva del resultado</i>	94	1374
2.1. Planteamiento	94	1374
2.2. Las necesarias distinciones	96	1375
2.2.1. Las conductas justificadas desde una perspectiva intersubjetiva <i>ex ante</i>	96	1375

Sumario

	Nm.	Pág.
2.2.2. Las conductas no justificadas desde una perspectiva intersubjetiva <i>ex ante</i>	98	1376
3. Las incongruencias objetivo-subjetivas	100	1377
3.1. Planteamiento	100	1377
3.2. La suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación	103	1378
3.2.1. Planteamiento	103	1378
3.2.1.1. Las suposiciones erróneas en materia de causas de justificación	103	1378
3.2.1.2. Las interpretaciones divergentes de los presupuestos normativos	104	1378
3.2.1.3. El error sobre los límites	106	1379
3.2.2. Anticipación de lo que sigue	107	1380
3.2.3. El debate y las propuestas de solución	108	1380
3.2.3.1. Generalidades	108	1380
3.2.3.2. Las posiciones doctrinales enfrentadas: teorías del dolo, de la culpabilidad y de los elementos negativos del tipo	109	1381
3.2.3.3. Los argumentos de la teoría estricta de la culpabilidad	112	1382
3.2.3.4. Los problemas en relación con el sistema de <i>numerus clausus</i>	114	1383
3.2.3.5. Un balance	116	1384
3.3. La cuestión de la ausencia del elemento subjetivo de justificación	118	1385
3.3.1. Generalidades	118	1385
3.3.2. Las premisas conceptuales	119	1386
3.3.2.1. Planteamiento	119	1386
3.3.2.2. La prevalencia de la concepción cognitiva y las necesarias matizaciones	121	1387
3.3.3. Las divergencias doctrinales	123	1388
3.3.4. Una propuesta de solución	124	1388
3.3.4.1. Valoración de las alternativas	124	1388
3.3.4.1.1. Las soluciones extremas: plena justificación, plena sanción	124	1388
3.3.4.1.2. Las soluciones intermedias: tentativa inidónea, eximente incompleta	127	1389
3.3.4.2. La relevancia de la perspectiva intersubjetiva <i>ex ante</i>	130	1391
3.3.4.3. Algunos problemas particulares: imprudencia, tentativa, participación	132	1391
V. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	133	1392
1. Planteamiento	133	1392
2. La analogía y las formas de extensión teleológica	134	1392

Sumario

	Nm.	Pág.
2.1. Planteamiento	134	1392
2.2. Los efectos	136	1393
2.3. La justificación supralegal y la doctrina de la exclusión del injusto penal	138	1394
3. <i>La reducción teleológica de las causas de justificación</i>	140	1395
VI. LAS EXIMENTES NO JUSTIFICANTES QUE EXCLUYEN LA PROHIBICIÓN BAJO PENA DE LA CONDUCTA	142	1396
1. <i>Generalidades</i>	142	1396
2. <i>Las vías alemana y angloamericana: causas de exclusión del injusto penal, causas de justificación personales, permisiones relativas al agente</i>	143	1397
3. <i>La «exclusión de la prohibición bajo pena» como exención teleológica</i>	146	1398
CAPÍTULO 19		
LA LEGÍTIMA DEFENSA Y LA DEFENSA NECESARIA	1401	
I. EL FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA PROPIA DEFENSA	1	1404
1. <i>Consideración preliminar</i>	1	1404
2. <i>Un derecho natural o una potestad delegada por el Estado</i>	2	1405
2.1. El retorno al estado de naturaleza	2	1405
2.2. La noción de potestad delegada	4	1406
3. <i>Un derecho con fundamento individual, supraindividual o mixto</i>	5	1406
3.1. Las doctrinas individualistas o personalistas	5	1406
3.2. Las doctrinas supraindividuales y mixtas	7	1407
4. <i>La perspectiva interpersonal</i>	8	1408
4.1. Planteamiento	8	1408
4.2. La tesis de la «exclusión de la imputación objetiva»	9	1408
4.3. La legítima defensa desde la perspectiva del bien común ...	11	1409
II. LAS DOS FIGURAS DOGMÁTICAS CONTENIDAS EN LA EXIMENTE DEL ART. 20.4.º CP ESPAÑOL	14	1410
1. <i>El problema de la proporcionalidad</i>	14	1410
2. <i>El criterio de distinción</i>	16	1411
3. <i>La «legítima» defensa justificante y la defensa «necesaria» —solo excluyente de la prohibición bajo pena—</i>	18	1412
3.1. Los límites de la justificación	18	1412
3.2. La exclusión de la prohibición bajo pena	19	1412
3.3. La delimitación con respecto a otras eximentes	21	1413
4. <i>La cuestión del deber de auto- y heterodefensa</i>	22	1413
III. LA HISTORIA DOGMÁTICA	24	1414
1. <i>La defensa legítima en la tradición clásica</i>	24	1414
1.1. Las tradiciones romana y cristiana	24	1414
1.2. La conformación de la legítima defensa en la tradición romano-canónica	26	1415
1.3. La tradición germánica	29	1416
2. <i>El giro iusracionalista: el carácter absoluto del derecho de propiedad</i>	30	1417

Sumario

	Nm.	Pág.
3. <i>Un balance</i>	31	1417
IV. LOS REQUISITOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA: LA AGRESIÓN ILE- GÍTIMA	32	1418
1. <i>Generalidades</i>	32	1418
2. <i>La agresión</i>	33	1418
2.1. Los dos conceptos de agresión	33	1418
2.2. La comisión activa y la comisión por omisión	35	1419
2.3. La exigencia de imputación subjetiva dolosa y de culpabili- dad	39	1421
2.4. Los bienes agredidos	42	1422
3. <i>La dimensión temporal de la agresión</i>	44	1422
3.1. La exigencia de actualidad o inminencia	44	1422
3.2. El problema de las agresiones «permanentes»	47	1423
4. <i>La ilegitimidad de la agresión</i>	50	1425
4.1. La exclusión de las conductas justificadas	50	1425
4.2. La exclusión de las conductas contrarias a Derecho, pero no penalmente típicas	51	1425
4.2.1. Generalidades	51	1425
4.2.2. Los ilícitos extrapenales	52	1426
4.2.3. Las conductas preparatorias	53	1426
4.3. Las definiciones legales de la «ilegitimidad»	56	1427
V. LA DEFENSA RACIONALMENTE NECESARIA	57	1428
1. <i>Las conductas de defensa</i>	57	1428
2. <i>La necesidad racional</i>	58	1429
2.1. Los supuestos de ausencia de necesidad	58	1429
2.2. La racionalidad del medio	62	1430
2.2.1. Planteamiento	62	1430
2.2.2. La primacía de los procedimientos institucionaliza- dos	64	1431
2.2.2.1. La intervención de los agentes de policía ...	64	1431
2.2.2.2. La incoación de procedimientos judiciales ..	65	1431
2.2.2.2.1. <i>Las medidas cautelares</i>	65	1431
2.2.2.2.2. <i>Las distinciones necesarias</i>	67	1432
2.2.3. El problema de los dispositivos automáticos de defen- sa	71	1434
2.2.4. La legítima defensa grupal organizada	72	1434
2.3. El debate sobre las limitaciones «ético-sociales» de la defen- sa	73	1435
2.3.1. El contexto	73	1435
2.3.2. La doctrina de las restricciones ético-sociales	74	1435
2.3.2.1. Planteamiento	74	1435
2.3.2.2. Los espacios de consenso y de disenso	76	1436
VI. LA FALTA DE PROVOCACIÓN SUFICIENTE	81	1438
1. <i>Generalidades</i>	81	1438

Sumario

	Nm.	Pág.
2. <i>Los modelos de solución</i>	84	1439
2.1. Planteamiento	84	1439
2.2. Una propuesta sobre la base de la doctrina de la <i>actio illicita in causa</i>	86	1440
3. <i>La provocación de quien no «se» defiende</i>	89	1441
VII. LA LEGÍTIMA DEFENSA DE TERCEROS	90	1442
1. <i>El fundamento del permiso de la defensa de terceros</i>	90	1442
2. <i>Los terceros defendibles</i>	92	1443
2.1. Planteamiento	92	1443
2.2. El agredido que no quiere ser defendido	94	1444
3. <i>La defensa de terceros por parte de los funcionarios públicos</i>	96	1445
3.1. Generalidades	96	1445
3.2. El problema de la tortura en defensa de terceros	97	1445
VIII. LA LEGÍTIMA DEFENSA QUE RECAE SOBRE TERCEROS	101	1447
1. <i>Generalidades</i>	101	1447
2. <i>Los «efectos colaterales» de la defensa</i>	102	1448
2.1. El efecto colateral imprudente	102	1448
2.2. Los efectos colaterales dolosos	103	1448
3. <i>La relación de medio a fin</i>	107	1450
IX. LA APLICACIÓN DE LA DOGMÁTICA DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN A LA LEGÍTIMA DEFENSA	108	1450
1. <i>Las incongruencias entre la perspectiva intersubjetiva ex ante y la perspectiva ex post</i>	108	1450
2. <i>Las incongruencias objetivo-subjetivas</i>	109	1451
2.1. La legítima defensa «putativa»	109	1451
2.2. El error sobre la concurrencia de los presupuestos de hecho de la legítima defensa —la ausencia del elemento subjetivo de justificación—	111	1451
3. <i>La legítima defensa y la participación</i>	113	1452
4. <i>Los excesos en la legítima defensa</i>	114	1453
4.1. El concepto y las clases de excesos	114	1453
4.2. Los excesos imprudentes	116	1454
X. OTRAS CUESTIONES	118	1454
1. <i>Aspectos de la legítima defensa en el proceso penal</i>	118	1454
2. <i>La legítima defensa en el Derecho supranacional</i>	121	1455

CAPÍTULO 20

EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE	1457
I. GENERALIDADES	1 1460
1. <i>Las situaciones de peligro</i>	1 1460
2. <i>La gestión de los peligros en la comunidad política</i>	3 1461
2.1. La prevención de riesgos	3 1461

Sumario

	Nm.	Pág.
2.2. El riesgo concreto y el principio <i>casum sentit dominus</i>	4	1462
3. <i>Algunas matizaciones</i>	7	1463
4. <i>El estado de necesidad justificante</i>	9	1464
4.1. Aproximación	9	1464
4.2. Los textos legales y los fundamentos filosófico-políticos	10	1464
4.3. La especificación de los derechos	12	1465
II. LAS CLASES DE ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE	14	1466
1. <i>Generalidades sobre las situaciones de necesidad justificantes</i>	14	1466
2. <i>El estado de necesidad defensivo</i>	17	1467
2.1. El fundamento	17	1467
2.2. Los supuestos de hecho	19	1468
2.3. Los límites del estado de necesidad defensivo	20	1469
2.3.1. Las premisas	20	1469
2.3.2. Los dos criterios limitadores	21	1469
2.3.3. El concepto de «amenaza inocente»	22	1470
III. EL ESTADO DE NECESIDAD AGRESIVO	24	1471
1. <i>La historia dogmática</i>	24	1471
1.1. La tradición clásica	24	1471
1.2. Los cambios introducidos por el iusracionalismo	27	1472
1.2.1. El estado de naturaleza y el contrato social	27	1472
1.2.2. El planteamiento individualista en Kant	28	1473
1.2.3. Las posiciones empiristas e idealistas	30	1474
1.2.4. Un balance	34	1475
2. <i>El fundamento de la justificación</i>	35	1476
2.1. La evolución en la doctrina de cuño alemán	35	1476
2.1.1. La entrada del utilitarismo	35	1476
2.1.2. El tránsito de las doctrinas unitarias a las de la diferen- ciación	36	1476
2.1.3. El estado de necesidad justificante «supralegal»	38	1477
2.2. La evolución en España	39	1477
2.2.1. La codificación del estado de necesidad y del miedo insuperable	39	1477
2.2.2. La situación doctrinal	42	1479
2.2.2.1. La persistencia de una posición unitaria	42	1479
2.2.2.2. La pertinencia de distinguir entre la justifica- ción y la exención de pena	44	1480
2.3. El siglo XX y la prevalencia del utilitarismo limitado	45	1480
2.4. Las tesis de la solidaridad	46	1481
2.4.1. Generalidades	46	1481
2.4.2. El contractualismo y el institucionalismo	48	1482
2.5. El fundamento con base en el bien común	50	1482
3. <i>Las repercusiones sobre la ubicación sistemática</i>	52	1483
3.1. Para las posiciones liberales-individualistas y utilitaristas	52	1483

Sumario

	Nm.	Pág.
3.2. Para la perspectiva del bien común	54	1484
4. <i>La relación interpersonal en el estado de necesidad agresivo justificante</i> . . .	55	1484
4.1. El derecho de necesidad y el deber de soportar la conducta necesaria	55	1484
4.2. La relación entre el deber de tolerancia —de soportar la acción necesaria— y el deber de socorro	56	1485
4.3. El deber de soportar la conducta necesaria y la dogmática de la interrupción de cursos causales salvadores	58	1486
IV. LOS REQUISITOS DE LA SITUACIÓN DE NECESIDAD JUSTIFICANTE	59	1487
1. <i>El mal que se trata de evitar</i>	59	1487
1.1. Los bienes protegibles	59	1487
1.2. El peligro amenazante	60	1488
2. <i>La acción necesaria y el principio de subsidiariedad</i>	62	1489
2.1. Generalidades	62	1489
2.2. El principio de primacía de los procedimientos institucionalizados	67	1491
2.2.1. Generalidades	67	1491
2.2.2. La diversidad de los procedimientos institucionalizados	68	1491
2.2.3. El ejemplo de las crisis empresariales	70	1492
2.2.4. La consiguiente reducción del ámbito del estado de necesidad justificante	72	1493
2.2.5. El recurso a la exclusión de la prohibición bajo pena	75	1494
2.3. La dimensión interna del principio de subsidiariedad	76	1495
3. <i>El mal causado</i>	77	1495
3.1. Planteamiento	77	1495
3.2. La lesión de la propiedad o el patrimonio ajeno	78	1496
3.3. La afectación de bienes intrínsecos	79	1496
3.4. La incidencia sobre la intimidad y la libertad	81	1498
3.5. La afectación de bienes supraindividuales	84	1500
4. <i>La comparación de los males</i>	85	1500
4.1. Planteamiento	85	1500
4.2. El supuesto de las conductas imprudentes	88	1502
V. LOS REQUISITOS DE AUSENCIA DE PROVOCACIÓN DE LA SITUACIÓN DE NECESIDAD Y DE INEXISTENCIA DE UN DEBER DE SACRIFICIO	89	1503
1. <i>La ausencia de provocación de la situación de necesidad</i>	89	1503
1.1. El concepto de provocación y sus clases	89	1503
1.2. El tratamiento de las variantes de provocación de la situación de necesidad	91	1504
2. <i>La ausencia de deber de sacrificio</i>	94	1505
VI. ALGUNAS SITUACIONES DE NECESIDAD ESPECIALES	96	1506
1. <i>Las colisiones intrapersonales</i>	96	1506

Sumario

	Nm.	Pág.
2. <i>El estado de necesidad coactivo</i>	98	1507
2.1. La concepción dominante	98	1507
2.2. Una valoración alternativa	99	1508
3. <i>El estado de necesidad del Estado</i>	102	1509
3.1. Generalidades	102	1509
3.2. El estado de necesidad de los funcionarios públicos	103	1509
3.3. El auxilio necesario del Estado con respecto a sus ciudadanos en situación de riesgo	104	1510
3.4. El estado de necesidad de la comunidad política	205	1510
VII. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN CASOS DE ESTADO DE NECESIDAD	107	1511
1. <i>Generalidades</i>	107	1511
2. <i>El fundamento de la responsabilidad civil y el sujeto responsable</i>	108	1512
3. <i>Las tesis divergentes</i>	109	1512
VIII. LA LLAMADA «COLISIÓN DE DEBERES»: REMISIÓN	113	1514

CAPÍTULO 21

EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO

1517

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	1	1521
1. <i>La relación interpersonal como regla</i>	1	1521
2. <i>Las concepciones estáticas y dinámicas de los derechos</i>	4	1523
2.1. La doctrina de los derechos <i>prima facie</i> —o razones <i>pro tanto</i> —	4	1523
2.2. La doctrina de la especificación de los derechos	7	1524
II. EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EL EJERCICIO DE UN DERECHO COMO CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	10	1526
1. <i>Generalidades</i>	10	1526
2. <i>Las objeciones</i>	11	1526
2.1. La derivada de la «teoría de la imputación objetiva»	11	1526
2.2. La derivada de la teoría de los derechos fundamentales	13	1527
2.3. La derivada de la teoría del Derecho	15	1528
3. <i>La eximente legal de cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho como marco legal de la especificación</i>	17	1529
3.1. Generalidades	17	1529
3.2. Las fuentes indirectas de la exención	18	1530
III. EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER	19	1531
1. <i>Generalidades</i>	19	1531
2. <i>Los requisitos de la justificación</i>	20	1531
2.1. Los requisitos intersubjetivos <i>ex ante</i> : la necesidad y la proporcionalidad	20	1531
2.2. Las perspectivas intersubjetiva <i>ex ante</i> , subjetiva <i>ex ante</i> , y <i>ex post</i>	22	1532
3. <i>Aproximación a la colisión de deberes prima facie</i>	24	1532

Sumario

	Nm.	Pág.
3.1. La fenomenología de los deberes <i>prima facie</i>	24	1532
3.2. La colisión de «deberes <i>prima facie</i> » como situación ordinaria	26	1533
4. La resolución de las colisiones de «deberes <i>prima facie</i> »	27	1534
4.1. Generalidades	27	1534
4.2. Las clases de colisiones	30	1535
4.3. Los criterios de resolución	31	1536
4.3.1. Generalidades	31	1536
4.3.2. La resolución de las colisiones entre dos razones obligantes de acción	33	1537
4.3.2.1. Los criterios aplicables	33	1537
4.3.2.2. El ejemplo de la asignación de recursos escasos en la medicina	35	1538
4.3.3. La colisión entre razones obligantes de acción y de omisión	36	1539
4.3.3.1. Los casos en que el cumplimiento de un deber de acción exige infringir uno de abstención .	36	1539
4.3.3.2. Los casos en los que el cumplimiento del deber de abstención requiere el incumplimiento de un deber de acción	40	1540
4.3.3.3. Algunos ejemplos discutidos	42	1541
4.3.3.4. El cumplimiento del deber en las colisiones intrapersonales	44	1542
5. El deber funcional de obediencia al superior jerárquico	46	1543
5.1. Generalidades	46	1543
5.2. El problema de las órdenes antijurídicas que no lo son de modo manifiesto	47	1544
5.2.1. Generalidades	47	1544
5.2.2. La colisión de los dos «deberes» funcionariales	48	1545
5.2.2.1. Planteamiento	48	1545
5.2.2.2. Una propuesta de solución	49	1546
5.3. Las situaciones jerárquicas fuera del ámbito funcional	51	1547
6. El cumplimiento del deber en las actividades de policía	52	1547
6.1. La policía administrativa, la policía de seguridad y la policía judicial	52	1547
6.2. El problema de la provocación de delitos	54	1548
6.2.1. Las posibilidades y límites de su justificación	54	1548
6.2.2. La incidencia en la posterior detención del delincuente flagrante	55	1549
6.2.3. El «delito tolerado»	56	1550
6.3. El recurso a la violencia física por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado	58	1550
6.3.1. La coacción ordinaria	58	1550
6.3.1.1. Generalidades	58	1550

Sumario

	Nm.	Pág.
6.3.1.2. La detención	59	1551
6.3.1.3. Las intervenciones de la policía de seguridad ciudadana	60	1552
6.3.2. El uso de las armas de fuego	61	1552
6.3.2.1. Generalidades	61	1552
6.3.2.2. El deber de utilizar las armas	63	1553
IV. EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO	68	1555
1. <i>El ejercicio de los derechos</i>	68	1555
1.1. Generalidades	68	1555
1.2. La especificación de los derechos en las relaciones interper- sonales	70	1556
1.3. Los denominados «nuevos derechos»	72	1557
2. <i>El ejercicio «legítimo»</i>	74	1558
2.1. Las conductas de ejercicio atípico y típico de los derechos ..	74	1558
2.2. La legitimidad del ejercicio	75	1559
2.2.1. Generalidades	75	1559
2.2.2. Los criterios de legitimidad en la especificación de los derechos	77	1560
2.2.2.1. Las estructuras legales y la especificación judi- cial	77	1560
2.2.2.2. Los criterios materiales: un recordatorio	81	1562
3. <i>Anticipación de lo que sigue</i>	84	1563
V. EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA E IDEO- LÓGICA	85	1563
1. <i>El significado de la libertad religiosa</i>	85	1563
2. <i>El derecho a la objeción de conciencia</i>	88	1565
2.1. Consideraciones generales	88	1565
2.2. Los procedimientos institucionalizados de gestión de los supuestos de conciencia divergente	91	1567
2.2.1. La objeción previa	91	1567
2.2.2. La exención legal de la disposición prescriptiva	93	1568
2.2.3. La excepción jurisdiccional	94	1569
2.2.4. Un balance	95	1569
2.3. La objeción de conciencia sobrevenida	96	1570
2.3.1. Generalidades	96	1570
2.3.2. La delimitación del tipo conforme al derecho funda- mental a la libertad religiosa	97	1570
2.3.3. La justificación y las diversas clases de delitos	99	1571
2.3.3.1. Generalidades	99	1571
2.3.3.2. La singularidad de los delitos mala in se nucleares	100	1572
VI. EL DERECHO DE LOS PADRES A LA EDUCACIÓN DE LOS HIJOS .	103	1573
1. <i>Generalidades</i>	103	1573
1.1. Las bases constitucionales	103	1573

Sumario

	Nm.	Pág.
1.2. La patria potestad	104	1574
1.3. El cuestionamiento de la posición jurídica de los padres	107	1575
2. <i>El derecho de corrección</i>	109	1576
2.1. La cuestión del «maltrato físico»	109	1576
2.2. El problema de la «intimidad informática»	111	1577
2.3. La circuncisión masculina no terapéutica	113	1578
VII. EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE LAS LIBERTADES COMUNICATIVAS .	114	1579
1. <i>Planteamiento</i>	114	1579
2. <i>La libertad de expresión e información y su conflicto con otros derechos fundamentales</i>	115	1580
2.1. Generalidades	115	1580
2.2. Los criterios de especificación	118	1581
2.2.1. La veracidad y el interés público	118	1581
2.2.2. El problema de la fijación de los límites	119	1581
2.2.2.1. En la libertad de expresión política y de creación artística	119	1581
2.2.2.2. La libertad de cátedra	122	1583
3. <i>El derecho a la libertad de reunión y manifestación, así como a la huelga</i> . .	124	1584
VIII. LOS DERECHOS PROCESALES FUNDAMENTALES	126	1585
1. <i>Generalidades</i>	126	1585
2. <i>El derecho a no declarar contra uno mismo</i>	127	1586
3. <i>El derecho procesal de defensa</i>	130	1588
4. <i>La dispensa de declarar contra los parientes</i>	131	1588
IX. LOS DERECHOS CONFERIDOS POR EL DERECHO PÚBLICO ORDINARIO	132	1589
1. <i>Los supuestos de ejercicio de funciones públicas por particulares</i>	132	1589
1.1. La detención llevada a cabo por particulares	132	1589
1.2. La protección de los informantes	133	1590
2. <i>Las autorizaciones judiciales y administrativas</i>	135	1592
2.1. Planteamiento	135	1592
2.2. La autorización judicial como equivalente funcional del consentimiento	136	1592
2.3. La actividad administrativa de autorización	137	1593
2.3.1. Generalidades	137	1593
2.3.2. La autorización administrativa real e hipotética	139	1594
2.3.3. La tolerancia administrativa	140	1595
3. <i>El derecho del empleador a controlar la intimidad de sus trabajadores</i>	141	1595
X. LOS DERECHOS CONFERIDOS POR EL DERECHO PRIVADO	142	1596
1. <i>El ejercicio de derechos de naturaleza económica</i>	142	1596
2. <i>El derecho a realizar extrajudicialmente el propio derecho</i>	143	1596
2.1. Los derechos de retención y de compensación	143	1596
2.2. El recurso a la autotutela	144	1597

Sumario

	Nm.	Pág.
XI. EN EL LÍMITE DE LOS DERECHOS POLÍTICOS: LA PROTESTA, LA DESOBEDIENCIA CIVIL, LA RESISTENCIA, EL TIRANICIDIO, LA GUERRA JUSTA	147	1599
1. <i>Generalidades</i>	147	1599
2. <i>La discusión sobre el hipotético derecho de protesta</i>	148	1599
2.1. <i>Generalidades</i>	148	1599
2.2. <i>Las posibilidades para su tratamiento jurídico</i>	149	1600
3. <i>La desobediencia civil y la resistencia</i>	150	1600
4. <i>El ius ad bellum y el ius in bello</i>	152	1601
CAPÍTULO 22		
EL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO		1603
I. EL CONSENTIMIENTO Y SU MANIFESTACIÓN	1	1607
1. <i>Generalidades</i>	1	1607
2. <i>La articulación de lo interno y lo externo en el consentimiento</i>	3	1608
II. LOS ÁMBITOS DE PROBLEMAS JURÍDICO-PENALES	7	1609
1. <i>Planteamiento</i>	7	1609
2. <i>El problema de legalidad</i>	8	1610
3. <i>La cuestión de teoría de las normas</i>	10	1610
4. <i>Los aspectos dogmático-estructurales</i>	14	1612
5. <i>El fundamento teleológico-valorativo</i>	16	1613
5.1. <i>La apariencia</i>	16	1613
5.2. <i>La realidad jurídica y legislativa</i>	17	1613
5.2.1. <i>La idea de una racionalidad compatible</i>	17	1613
5.2.2. <i>La cláusula de orden público</i>	19	1615
III. LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA	20	1615
1. <i>Generalidades</i>	20	1615
2. <i>La exclusión de la tipicidad</i>	21	1616
3. <i>La exclusión de la antijuridicidad y sus límites</i>	25	1618
3.1. <i>Generalidades</i>	25	1618
3.2. <i>El consentimiento en las prácticas deportivas de confrontación peligrosa o directamente lesiva</i>	26	1618
3.3. <i>El significado del consentimiento en la actividad médico-quirúrgica</i>	28	1619
3.3.1. <i>Planteamiento</i>	28	1619
3.3.2. <i>La intervención curativa no consentida</i>	31	1620
3.3.3. <i>La intervención consentida al margen de los procedimientos legales o de la <i>lex artis</i></i>	34	1622
3.3.4. <i>Los problemas de la cirugía estética y del tratamiento de las disforias corporales</i>	38	1623
3.3.5. <i>Los problemas de otras prácticas médicas consentidas</i>	41	1625
3.4. <i>Las lesiones sadomasoquistas</i>	43	1626
4. <i>La atenuación del injusto o de la culpabilidad</i>	44	1626

Sumario

	Nm.	Pág.
IV. LA DOCTRINA DE LOS BIENES JURÍDICOS DISPONIBLES E INDISPONIBLES	46	1627
1. Generalidades	46	1627
2. Los bienes disponibles	47	1628
3. El caso de los bienes indisponibles	49	1629
3.1. Generalidades	49	1629
3.2. Los bienes intrínsecos como bienes indisponibles	51	1629
3.2.1. Su naturaleza	51	1629
3.2.2. La deficiente base antropológica de las posiciones dominantes: del dualismo cartesiano al voluntarismo emotivista	52	1630
3.2.3. La posición realista	55	1632
3.2.3.1. Las premisas	55	1632
3.2.3.2. La coherencia del ordenamiento jurídico ...	56	1632
3.2.4. La disposición limitada sobre bienes indisponibles. Consentimiento y procedimiento en el trasplante de órganos	58	1633
4. Las conductas despenalizadas de homicidio a petición	61	1635
4.1. Generalidades	61	1635
4.2. Las clases de «eutanasia» admitidas tradicionalmente	62	1635
4.2.1. La eutanasia pasiva	62	1635
4.2.2. La eutanasia indirecta activa	63	1636
4.3. La eutanasia directa activa y el homicidio a petición	64	1636
4.3.1. Descripción general de las leyes de homicidio a petición	64	1636
4.3.2. Crítica a las premisas de las leyes de homicidio a petición	65	1637
4.3.3. La pendiente resbaladiza	67	1637
V. LOS REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO EFICAZ	68	1638
1. Generalidades	68	1638
2. El problema de la capacidad cognitivo-volitiva del otorgante	69	1639
2.1. El consentimiento de los menores	69	1639
2.2. El consentimiento de los discapacitados	72	1641
2.3. El consentimiento prestado por representante, la autorización judicial y la decisión médica subsidiaria	73	1641
3. El conocimiento —consentimiento informado— y el error	76	1643
3.1. La pretensión razonable de recibir información y comprenderla	76	1643
3.2. El error sobre el significado típico de la conducta consentida	78	1644
3.3. Los errores sobre las circunstancias extratípicas de la conducta consentida	80	1645
3.4. El error en cuanto al cumplimiento de las condiciones pactadas	83	1646
4. La voluntad libre	84	1647

Sumario

	Nm.	Pág.
4.1. La concurrencia de violencia o de intimidación	84	1647
4.2. Las situaciones de consentimiento imperfecto	87	1648
4.3. El consentimiento de las personas privadas de libertad o sometidas a otras formas de coerción estatal	89	1649
VI. LAS FORMAS DE EXPRESIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN EL ACTO DE DISPOSICIÓN	91	1651
1. <i>Las reglas de adscripción de consentimiento a un sujeto</i>	91	1651
2. <i>El consentimiento real</i>	95	1652
2.1. Directo o indirecto	95	1652
2.2. Expreso o tácito —concluyente—	96	1652
2.3. Puro y condicionado	99	1654
3. <i>El consentimiento presunto</i>	100	1654
3.1. Generalidades	100	1654
3.2. Las dos reglas de adscripción	101	1655
3.3. Los conflictos internos	103	1656
4. <i>Las situaciones crecientemente problemáticas en contextos tecnológicos</i>	104	1656
4.1. El consentimiento específico y amplio	104	1656
4.2. El consentimiento ficticio —precipitado—	106	1657
4.3. Un balance	107	1658
5. <i>Las clases de consentimiento en el tiempo</i>	108	1658
5.1. Generalidades	108	1658
5.2. El consentimiento prospectivo	109	1659
5.3. La legislación en materia de voluntades anticipadas	111	1660
5.4. El consentimiento retrospectivo	112	1661
5.5. La revocación del consentimiento	115	1662
6. <i>El consentimiento hipotético</i>	116	1662
6.1. Generalidades	116	1662
6.2. La discusión del problema	117	1663
6.3. Un balance	120	1665
VII. OTRAS CUESTIONES	123	1666
1. <i>Las incongruencias entre las perspectivas acerca del consentimiento</i>	123	1666
1.1. La perspectiva intersubjetiva ex ante y la perspectiva ex post ..	123	1666
1.2. La suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos del consentimiento —el consentimiento putativo—	124	1667
1.3. El desconocimiento de un consentimiento efectivamente otorgado	127	1668
2. <i>El consentimiento en los delitos de omisión y en la interrupción de cursos salvadores</i>	128	1669
CAPÍTULO 23		
LA DOCTRINA GENERAL DE LA CULPABILIDAD. LA MINORÍA DE EDAD PENAL		1671
I. INTRODUCCIÓN	1	1677

Sumario

	Nm.	Pág.
1. <i>La atribución de responsabilidad</i>	1	1677
1.1. Precisiones conceptuales	1	1677
1.2. Las clases de responsabilidad	3	1678
2. <i>Responsabilidad, imputación y culpabilidad</i>	6	1679
3. <i>La culpabilidad en el contexto de los presupuestos de la imposición de una pena</i>	8	1680
3.1. La libertad de voluntad	8	1680
3.2. La identidad en el tiempo de la persona delincuente	10	1681
3.3. La legitimación política del Estado punitivo	12	1682
II. LA LIBERTAD DE VOLUNTAD	14	1683
1. <i>Las diversas ontologías</i>	14	1683
1.1. En la historia	14	1683
1.2. La concepción dominante	15	1684
1.3. El significado de los juicios de responsabilidad	16	1685
2. <i>El determinismo en la actualidad</i>	17	1685
2.1. Las neurociencias y el neurodeterminismo	17	1685
2.2. La libertad y el determinismo	19	1686
3. <i>La responsabilidad por el carácter</i>	22	1688
4. <i>Otras posiciones compatibilistas</i>	24	1689
5. <i>El determinismo compatibilista y la libertad como praxis social</i>	26	1690
5.1. Planteamiento	26	1690
5.2. La visión hegeliana-holista	27	1691
5.3. La concepción pragmática	28	1691
5.4. La perspectiva lingüística	30	1692
6. <i>La metafísica de la libertad</i>	32	1693
6.1. Objeciones a la doctrina dominante	32	1693
6.1.1. La ausencia de actitud crítica	32	1693
6.1.2. La incoherencia en los presupuestos	35	1694
6.1.3. Una alternativa	37	1695
6.2. La antropología —metafísica— de la libertad real	40	1696
6.2.1. El punto de partida	40	1696
6.2.2. Una libertad encarnada	41	1697
6.2.2.1. Planteamiento	41	1697
6.2.2.2. Los presupuestos	43	1698
6.2.2.2.1. <i>La infradotación instintiva y la apertura a fines</i>	43	1698
6.2.2.2.2. <i>Los condicionamientos</i>	45	1699
III. LA EVOLUCIÓN DE LA CATEGORÍA DE LA CULPABILIDAD EN LA TEORÍA DEL DELITO	48	1700
1. <i>Introducción: contenido y ubicación sistemática</i>	48	1700
2. <i>La discusión previa al siglo XX</i>	50	1701
2.1. El tránsito del siglo XVII al siglo XIX	50	1701
2.2. El concepto psicológico de culpabilidad	51	1701

Sumario

	Nm.	Pág.
3. <i>La discusión del siglo XX</i>	52	1702
3.1. Las variantes del concepto normativo de culpabilidad	52	1702
3.1.1. Planteamiento	52	1702
3.1.2. Una concepción mixta	53	1702
3.1.3. La crítica de vacuidad	55	1703
3.2. Las doctrinas psicoanalíticas	57	1704
3.3. Las doctrinas de la necesidad preventiva de pena	59	1705
3.4. Las doctrinas de la motivación	61	1706
3.5. El concepto funcionalista de culpabilidad	63	1707
3.6. Los conceptos discursivos de culpabilidad	64	1708
4. <i>El estado actual de la discusión</i>	67	1709
4.1. Los problemas del estado de cosas dominante	67	1709
4.2. Las propuestas de las últimas décadas	71	1711
4.3. La introducción de la perspectiva de la víctima	74	1713
4.4. La incidencia de la ideología del control social	76	1714
4.5. Lo coherente desde estas perspectivas: una «cuarentena» criminal	77	1714
IV. LAS BASES DE UN CONCEPTO REALISTA-CRÍTICO DE CULPABILIDAD	78	1715
1. <i>Planteamiento</i>	78	1715
2. <i>Las aproximaciones individualizadora y estandarizadora</i>	80	1716
2.1. Planteamiento	80	1716
2.2. El juicio de culpabilidad como juicio de razón práctica	82	1717
3. <i>Su naturaleza de juicio de merecimiento</i>	83	1718
3.1. La base descriptiva	83	1718
3.2. Un criterio adscriptivo basado en el merecimiento individual	84	1718
3.3. La relevancia del carácter y de la conducción de la vida	87	1720
V. LOS CONDICIONANTES DE LA LIBERTAD	92	1722
1. <i>La denominada «mala suerte constitutiva»</i>	92	1722
2. <i>La denominada mala suerte «circunstancial»</i>	94	1723
2.1. Generalidades	94	1723
2.2. Las actuaciones en masa, o en grupos y organizaciones ilícitas	96	1724
2.3. La actuación en organizaciones formales lícitas: empresas, administración pública	97	1724
2.4. La diversidad cultural	98	1725
2.5. El denominado «entorno social corrompido»	99	1725
2.6. El «adocctrinamiento coactivo»	100	1726
2.7. La influencia de las tecnologías de la información y de la comunicación	101	1726
2.8. Los sistemas sociales y políticos de injusto	102	1727
LA MINORÍA DE EDAD PENAL		1728
I. CONSIDERACIONES GENERALES	103	1729
1. <i>El niño y el adolescente como agentes morales</i>	103	1729

Sumario

	Nm.	Pág.
1.1. Generalidades	103	1729
1.2. La susceptibilidad a las influencias del medio	105	1730
2. <i>Los menores y el Derecho</i>	106	1731
2.1. La capacidad de obrar jurídicamente	106	1731
2.2. La cuestión en Derecho penal	107	1732
2.2.1. La maduración del niño y la teoría del delito	107	1732
2.2.2. Las fronteras objetivas de edad	109	1733
2.2.2.1. Planteamiento	109	1733
2.2.2.2. La cuestión político-jurídica	111	1733
3. <i>La controversia sobre la frontera de la minoría de edad penal</i>	113	1734
II. LA IRRESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR DE CATORCE AÑOS	114	1735
1. <i>Generalidades</i>	114	1735
2. <i>El régimen jurídico de los menores de catorce años que cometen un delito</i> ..	115	1736
2.1. Planteamiento	115	1736
2.2. La necesidad de analizar la conducta del menor	116	1736
III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS .	118	1737
1. <i>Planteamiento</i>	118	1737
2. <i>El significado del hecho del menor de dieciocho años</i>	119	1738
2.1. El injusto culpable del menor de dieciocho años	119	1738
2.2. La relevancia sistemática de la minoría de edad	120	1738
3. <i>El modelo de responsabilidad del menor de dieciocho años</i>	121	1739
4. <i>La capacidad de ser sujeto pasivo de sanciones administrativas</i>	123	1740
5. <i>La responsabilidad civil ex delicto</i>	124	1741
IV. EL CASO DE LOS JÓVENES DE ENTRE DIECIOCHO Y VEINTIÚN AÑOS	125	1741
CAPÍTULO 24		
LA INIMPUTABILIDAD	1745	
I. GENERALIDADES	1	1749
1. <i>Las alteraciones y las anomalías psíquicas en el sistema del delito</i>	1	1749
2. <i>La exclusión de la imputabilidad</i>	3	1750
2.1. Los modelos teóricos	3	1750
2.2. La estructura de las regulaciones legales	5	1751
2.2.1. Los dos niveles de análisis	5	1751
2.2.2. La relación «causal»	8	1752
2.2.3. Los déficits cognitivos y volitivos no reconducibles a alteraciones o anomalías psíquicas	10	1753
2.2.4. La extrema dificultad de comprender la ilicitud de la conducta o de adecuar la propia conducta al Derecho	13	1755
2.2.5. Las anomalías o alteraciones posteriores a la comisión del hecho	15	1756

Sumario

	Nm.	Pág.
II. LA INIMPUTABILIDAD DE ORIGEN PSICOPATOLÓGICO	16	1756
1. Generalidades	16	1756
1.1. El papel del perito	16	1756
1.2. Los planos de la fórmula legal	19	1757
1.3. La contraposición del plano empírico-descriptivo y del norma- tivo-adscriptivo	21	1758
1.4. La psicopatología subyacente: el juicio empírico-descriptivo .	23	1759
1.4.1. Generalidades sobre las anomalías o alteraciones	23	1759
1.4.2. La discapacidad intelectual	26	1761
1.4.3. Las clasificaciones actuales de las psicopatologías	27	1761
1.4.3.1. Los trastornos de tipo «A»: las psicosis	27	1761
1.4.3.2. Los trastornos de tipo «C»: las neurosis	28	1761
1.4.3.3. Los trastornos de tipo «B»: entre otros, las psi- copatías	29	1762
1.4.3.4. Algunas conclusiones	31	1763
2. El juicio normativo-adscriptivo	33	1764
2.1. Generalidades	33	1764
2.2. El punto de partida descriptivo: los indicadores de la regla de adscripción	34	1764
2.3. El tránsito del juicio descriptivo al adscriptivo	35	1765
2.3.1. La explicación del hecho en virtud de un déficit cog- nitivo del agente	35	1765
2.3.2. La explicación del hecho en virtud de un déficit voliti- vo-emocional	36	1766
2.3.2.1. Generalidades	36	1766
2.3.2.2. Los términos del debate	37	1766
2.3.2.3. La impulsividad y la debilidad	39	1767
2.3.2.4. La cuestión de la frontera	40	1768
2.3.3. Otros supuestos: el desorden de personalidad múltiple, el lavado de cerebro	43	1769
2.3.4. La cuestión en los delitos imprudentes	44	1769
2.4. Los elementos del juicio normativo de adscripción	45	1770
2.4.1. La distinción entre cuestiones de hecho y de derecho .	45	1770
2.4.2. Los argumentos integrados en la regla	47	1771
2.4.2.1. Los dos modelos de reglas de adscripción ...	47	1771
2.4.2.2. El modelo acogido	48	1771
2.4.2.2.1. Para las situaciones de radical incapa- cidad	48	1771
2.4.2.2.2. Para las situaciones de intensa dificul- tad ...	51	1772
2.4.2.2.3. Consideraciones finales	53	1773
III. EL TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO	56	1774
1. La base empírico-descriptiva	56	1774
2. El juicio normativo-adscriptivo	58	1775

Sumario

	Nm.	Pág.
IV. LA PROVOCACIÓN —Y LA NO EVITACIÓN— DEL TRASTORNO. LA DOCTRINA DE LA <i>ACTIO LIBERA IN CAUSA</i>	59	1776
1. Generalidades	59	1776
1.1. Introducción	59	1776
1.2. La terminología y las diversas estructuras	60	1776
2. El marco de la discusión	62	1777
2.1. Las discrepancias político-jurídicas	62	1777
2.2. Los diversos «modelos» dogmáticos	63	1778
2.2.1. Planteamiento	63	1778
2.2.2. Las críticas al modelo de la excepción	64	1779
2.2.3. Las críticas al modelo mayoritario de la tipicidad	65	1779
3. Un replanteamiento del problema	67	1781
3.1. La perspectiva estructural-conceptual	67	1781
3.1.1. La incidencia de la teoría de las normas	67	1781
3.1.2. La incidencia de la doctrina de la participación en la fase previa	69	1782
3.1.2.1. El favorecimiento de terceros	69	1782
3.1.2.2. El «autofavorecimiento»	70	1782
3.1.3. La relevancia de las dos conductas como comportamientos antijurídicos	73	1784
3.2. Balance. La <i>actio praecedens</i> como autofavorecimiento	75	1785
3.3. La compatibilidad con la legislación española	77	1786
3.4. La perspectiva axiológica y las consecuencias prácticas	78	1786
3.4.1. La impunidad de la mera <i>actio praecedens</i> y las reacciones contra ella	78	1786
3.4.2. Los cambios en el título de imputación subjetiva	79	1787
3.4.3. La actuación justificada —o disculpada— en la <i>actio praecedens</i>	82	1788
3.4.4. La imputabilidad disminuida en la <i>actio praecedens</i> y en la <i>actio posterior</i>	83	1789
3.4.5. Los problemas en relación con los delitos de mera actividad, de medios determinados y de propia mano ...	85	1789
4. El comienzo de la tentativa en la <i>actio libera in causa</i>	86	1790
5. El problema de la aplicación de la doctrina en los casos de alteraciones o anomalías no transitorias	88	1791
V. OTRAS SITUACIONES RELEVANTES EN CUANTO A LA IMPUTABILIDAD DEL SUJETO ACTIVO DEL DELITO	91	1792
1. Los estados asociados al consumo de drogas —o a las adicciones conductuales—	91	1792
1.1. La base empírico-descriptiva	91	1792
1.2. El juicio normativo-adsriptivo de ausencia de imputabilidad .	92	1792
1.3. Las diferencias en cuanto a la responsabilidad a título de <i>actio libera in causa</i>	93	1793
2. La alteración de la percepción	95	1794

Sumario

	Nm.	Pág.
2.1. Generalidades	95	1794
2.2. La base empírico-descriptiva	97	1795
2.3. El juicio normativo-adscriptivo	98	1796
3. <i>La imputabilidad disminuida</i>	99	1797
VI. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES RELATIVAS A LA INIMPUTABILIDAD	101	1797
1. <i>La carga de la prueba</i>	101	1797
2. <i>La relación del juicio normativo de adscripción de inimputabilidad con la prueba pericial</i>	102	1798
3. <i>El acceso del juicio de imputabilidad a la apelación y a la casación</i>	105	1799
4. <i>La alteración o anomalía mental «sobrevenida»</i>	106	1799
5. <i>La responsabilidad civil derivada de delito</i>	108	1801
CAPÍTULO 25		
EL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD Y EL ERROR DE PROHIBICIÓN		1803
I. GENERALIDADES	1	1806
1. <i>La historia dogmática</i>	1	1806
1.1. La tradición de la relevancia del error de prohibición	1	1806
1.2. La doctrina de su irrelevancia: <i>error iuris nocet</i>	3	1807
2. <i>El marco de la discusión contemporánea</i>	4	1807
2.1. El debate en la tradición de cuño alemán	4	1807
2.1.1. La teoría del dolo	4	1807
2.1.1.1. El marco conceptual	4	1807
2.1.1.2. Los problemas de la teoría y los diversos intentos de solución	6	1808
2.1.2. La construcción de la teoría de la culpabilidad	9	1810
2.1.2.1. Planteamiento	9	1810
2.1.2.2. Las bases de la construcción	10	1810
2.1.2.3. Las consecuencias del modelo	12	1811
2.1.2.4. La recepción en la jurisprudencia	14	1812
2.1.3. Las propuestas del regreso a la teoría del dolo: la «reunificación» del dolo malo	15	1812
2.1.3.1. Planteamiento	15	1812
2.1.3.2. De nuevo, el problema de la culpa iuris relativa a la prohibición	18	1813
2.2. El debate en la tradición angloamericana	19	1814
II. EL OBJETO DEL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD	21	1815
1. <i>Los elementos que lo integran</i>	21	1815
1.1. Planteamiento	21	1815
1.2. Los puntos de discrepancia doctrinal	22	1816
1.2.1. Los casos límite entre error de tipo y error de prohibición	22	1816

Sumario

	Nm.	Pág.
1.2.1.1. Generalidades	22	1816
1.2.1.2. Los modelos	24	1816
1.2.2. La zona gris entre el error excluyente del dolo y el error sobre la ilicitud de la conducta	26	1817
1.2.3. La zona gris entre el error sobre la ilicitud y los errores irrelevantes	29	1819
1.2.3.1. La descripción del problema	29	1819
1.2.3.2. La opción por el término medio	31	1820
1.2.3.2.1. Planteamiento	31	1820
1.2.3.2.2. El tratamiento del error sobre la prohibición bajo pena	33	1821
1.3. La ilicitud de la conducta concreta como objeto del conocimiento	35	1822
1.3.1. Generalidades	35	1822
1.3.2. El juicio del agente sobre la ilicitud de su conducta concreta	36	1823
1.4. Las clases de error de prohibición en función de su objeto ..	38	1824
2. Las fuentes del conocimiento de la antijuridicidad de la propia conducta ..	41	1825
2.1. Generalidades	41	1825
2.2. El ejemplo de la suposición errónea de la justificación en el caso del núcleo de los delitos <i>mala in se</i>	44	1826
III. EL CONTENIDO DEL «CONOCIMIENTO» DE LA ANTIJURIDICIDAD	46	1828
1. Generalidades	46	1828
2. La concepción psicológica-descriptiva: el conocimiento como cuestión de hecho	50	1829
2.1. Generalidades	50	1829
2.2. La duda y la «co-consciencia»	51	1829
3. La concepción normativo-adsriptiva	54	1831
3.1. Generalidades	54	1831
3.2. Los modelos jurídico-políticos de base	55	1831
3.3. Las incumbencias de conocer y las reglas de adscripción de conocimiento	58	1833
4. Los grupos de casos problemáticos	61	1834
4.1. El caso límite	61	1834
4.2. Los casos difíciles	63	1835
4.2.1. Por razones territoriales o personales	63	1835
4.2.2. Por razones legales o judiciales	65	1836
4.2.2.1. La sucesión de leyes en el tiempo	65	1836
4.2.2.2. La situación jurídica insegura	66	1836
4.2.2.2.1. Las leyes oscuras	66	1836
4.2.2.2.2. La divergencia de sentencias judiciales ..	67	1837
4.2.2.3. Las disposiciones regulatorias	69	1838
4.2.2.4. El asesoramiento público o privado	71	1839

Sumario

	Nm.	Pág.
4.2.3. El problema de los límites de las causas de justificación	73	1841
IV. LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS ERRORES INVENCIBLES, VENCIBLES, BURDOS Y PROVOCADOS	74	1841
1. Generalidades	74	1841
2. La panorámica de los errores de prohibición	75	1842
3. El régimen jurídico de los diversos grupos de casos	78	1843
3.1. El error invencible por imposibilidad y por inexigibilidad ...	78	1843
3.2. El error vencible ordinario	80	1844
3.2.1. El baremo individual	80	1844
3.2.2. El papel del pasado en la exigencia de superar el error	81	1844
3.2.3. El grado de la imprudencia en la <i>culpa iuris</i> relativa a la prohibición	84	1846
3.3. El error burdo y el error provocado	87	1847
3.4. Los errores de prohibición en los delitos imprudentes	88	1848
4. La individualización judicial de la pena imponible en los casos de errores vencibles	90	1849
V. OTROS PROBLEMAS DOGMÁTICOS	92	1850
1. La ubicación sistemática del conocimiento de la antijuridicidad	92	1850
2. El límite entre el error de prohibición y la «creencia diferente»	93	1850
VI. EL CONOCIMIENTO, LA COMPRESIÓN Y LA INTERNALIZACIÓN DE LA NORMA	95	1851
1. Generalidades	95	1851
2. La doctrina del «error de comprensión culturalmente condicionado»	97	1852
2.1. La formulación	97	1852
2.2. La discusión	98	1853
2.3. Su consideración como una cuestión volitiva	99	1854
2.3.1. Planteamiento	99	1854
2.3.2. La limitada neutralidad del Derecho	101	1855
3. La ubicación del problema	103	1856
VII. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES	104	1856
CAPÍTULO 26		
LAS SITUACIONES DE NECESIDAD EXCULPANTE. EL MIEDO INSUPERABLE		1857
I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	1	1862
1. El Derecho ante la voluntad antijurídica	1	1862
2. La dificultad para cumplir las normas de conducta	3	1863
3. La relevancia sistemática de los déficits de la voluntad	5	1863
II. LA HISTORIA DOGMÁTICA	8	1865
1. Las tradiciones clásicas	8	1865

Sumario

	Nm.	Pág.
1.1. La tradición de la «tabla de Carnéades»	8	1865
1.1.1. La antigüedad grecorromana y medieval	8	1865
1.1.2. El iusracionalismo	9	1865
1.1.3. De Feuerbach a los hegelianos	11	1867
1.2. La tradición de la doctrina del «mal menor»	13	1868
1.2.1. Planteamiento	13	1868
1.2.2. El sacrificio directo del inocente	14	1868
1.2.3. El sacrificio del inocente como efecto colateral	15	1868
1.3. La tradición centrada en la emoción del miedo	17	1869
2. <i>La doctrina de la inexigibilidad</i>	19	1870
2.1. Generalidades	19	1870
2.2. El debate sobre la inexigibilidad en la primera mitad del siglo XX	21	1871
2.3. La naturaleza jurídica de las consideraciones de exigibilidad	23	1873
III. EL MARCO DE LA DISCUSIÓN ACTUAL: LOS SISTEMAS LEGALES Y LAS FUNDAMENTACIONES DOGMÁTICAS	25	1873
1. <i>La diversidad de tradiciones legislativas</i>	25	1873
2. <i>La discusión sobre el fundamento de la exención de pena</i>	28	1875
2.1. La doble disminución de culpabilidad	28	1875
2.2. La ausencia de necesidad preventiva de pena	30	1876
2.3. Del sujeto abstracto a su humanidad real	31	1877
2.3.1. Las competencias del sujeto	31	1877
2.3.2. El interés vital del necesitado	33	1878
2.4. Otras doctrinas contemporáneas	34	1879
2.4.1. La concepción político-deliberativa	34	1879
2.4.2. Las teorías contractualistas	36	1880
2.4.2.1. Planteamiento	36	1880
2.4.2.2. Materiales para la crítica	37	1880
3. <i>La cuestión sistemática a la luz de la discusión sobre el fundamento</i>	39	1881
3.1. Planteamiento	39	1881
3.2. La exclusión de la prohibición bajo pena por razones personales (o exculpación)	40	1882
4. <i>Los problemas del modelo alemán del estado de necesidad disculpante</i>	42	1883
IV. EL MODELO MIXTO HISPÁNICO: ESTADO DE NECESIDAD «NO JUSTIFICANTE» Y MIEDO INSUPERABLE	45	1885
1. <i>La existencia de dos instituciones dogmáticas sin efecto justificante</i>	45	1885
2. <i>El miedo insuperable</i>	47	1886
2.1. Planteamiento	47	1886
2.2. La situación de miedo insuperable	48	1887
2.2.1. El miedo	48	1887
2.2.2. La «insuperabilidad»	50	1888
2.3. El mal que amenaza	53	1889
2.3.1. Planteamiento	53	1889

Sumario

	Nm.	Pág.
2.3.2. Las reacciones defensivas excesivas	54	1890
2.3.3. El sometimiento a la voluntad del agresor	57	1891
2.3.4. La representación sin base real y la situación amena- zante desconocida	58	1891
2.4. La necesidad de la conducta	60	1892
2.4.1. La subsidiariedad externa	60	1892
2.4.2. En particular, la cuestión de los procedimientos insti- tucionalizados	61	1893
2.4.3. La comisión de un <i>malum in se</i> periférico o de un <i>malum</i> <i>quia prohibitum</i>	63	1894
2.4.4. La comisión de un <i>malum in se</i> nuclear	65	1895
2.4.5. La subsidiariedad interna y la proporcionalidad	66	1896
3. <i>El estado de necesidad no justificante comprendido en el texto del art. 20.5.º</i> <i>CP español</i>	68	1897
3.1. La ausencia de miedo: la lógica del mal menor	68	1897
3.2. La ausencia de provocación y el deber de sacrificio	70	1897
3.3. Otras cuestiones comunes a las situaciones de necesidad no justificantes	71	1898
3.3.1. La participación en la conducta exculpada	71	1898
3.3.2. Las reacciones posibles frente a la conducta excul- pada	73	1899
V. LOS CONFLICTOS DE CONCIENCIA NO JUSTIFICANTES	74	1899
1. <i>La historia dogmática</i>	74	1899
1.1. La cuestión en la primera mitad del siglo XX	74	1899
1.2. El problema en el marco de las constituciones dogmáticas ..	76	1900
2. <i>Los conflictos en la tipicidad y en la justificación. Remisión</i>	77	1901
3. <i>El abordaje del problema en el ámbito sistemático de la culpabilidad</i>	78	1901
4. <i>El conflicto de motivos y su posible incidencia en la exculpación</i>	79	1902
VI. LOS CASOS LÍMITE Y LA CONFLUENCIA DE LAS TRES TRADICIO- NES HISTÓRICAS	80	1903
1. <i>Generalidades</i>	80	1903
2. <i>Las líneas argumentales</i>	81	1903
2.1. Planteamiento	81	1903
2.2. El argumento de las «comunidades de peligro»	82	1904
2.3. El argumento de la colisión de deberes	83	1905
2.4. El argumento de la doctrina del doble efecto	86	1906
2.5. La solución de la exclusión de la prohibición bajo pena	88	1908
2.6. El Estado y el Derecho de la excepción	90	1908
2.6.1. Planteamiento	90	1908
2.6.2. El argumento del riesgo extremo para la comunidad política	93	1910
3. <i>El recurso a la inteligencia artificial y la automatización de las decisiones</i> <i>dilemáticas</i>	94	1911

	Nm.	Pág.
VII. LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL LLAMADO «AUTOENCUBRIMIENTO IMPUNE» Y DEL ENCUBRIMIENTO IMPUNE DE PARIENTES	96	1912
1. <i>El problema del autoencubrimiento</i>	96	1912
2. <i>El encubrimiento de parientes y la dispensa de declarar contra ellos</i>	98	1913
CAPÍTULO 27		
LA PUNIBILIDAD		1915
I. GENERALIDADES	1	1920
1. <i>El injusto culpable y la imposición de la pena</i>	1	1920
2. <i>Las bases de la discusión sobre la punibilidad</i>	3	1920
II. LOS TÉRMINOS DEL DEBATE DOCTRINAL: EL RECHAZO DE LA AUTONOMÍA CATEGORIAL	6	1922
1. <i>Las sistemáticas cerradas a consideraciones político-jurídicas</i>	6	1922
2. <i>Las sistemáticas teleológicas y funcionalistas</i>	10	1922
3. <i>El carácter transcategorial de la punibilidad</i>	10	1924
3.1. Planteamiento	10	1924
3.2. El tipo de injusto penal	12	1925
3.3. La antijuridicidad penal y la punibilidad	13	1925
3.4. La culpabilidad penal y la punibilidad	14	1926
III. LA PUNIBILIDAD COMO PROPIEDAD DEL HECHO Y COMO PRESUPUESTO DE LA IMPOSICIÓN DE LA PENA	16	1927
1. <i>El concepto jurídico-penal de hecho</i>	16	1927
1.1. El comienzo y el final del hecho	16	1927
1.2. El concepto estricto y el concepto amplio de hecho	19	1928
1.3. La división doctrinal	20	1928
2. <i>La distinción de dos conceptos de punibilidad</i>	22	1929
2.1. El concepto estricto y el concepto amplio de punibilidad ...	22	1929
2.2. Los tres círculos concéntricos del juicio de punibilidad	23	1930
2.2.1. Como juicio sobre el hecho	23	1930
2.2.2. Como juicio sobre el autor del hecho	24	1930
2.2.3. Como juicio sobre la legitimidad o la conveniencia del castigo por parte del Estado	26	1931
2.2.4. Un balance	28	1932
3. <i>La relación con la perseguibilidad y la procedibilidad</i>	29	1932
3.1. Precisiones conceptuales	29	1932
3.2. El sentido del enjuiciamiento de hechos típicamente antijurídicos y culpables, pero no punibles	32	1934
3.2.1. La mutación procesal de ciertos elementos sustantivos de la punibilidad	32	1934
3.2.2. Una valoración	34	1935
4. <i>Los criterios de clasificación de los elementos integrados en el juicio de punibilidad</i>	36	1936

Sumario

	Nm.	Pág.
4.1. Las diversas posibilidades	36	1936
4.2. La teoría de las normas y la punibilidad	38	1936
4.2.1. La relación de la norma de sanción con la norma de conducta	38	1936
4.2.2. La incidencia de otros sistemas de normas	39	1937
4.3. Las normas de trato equitativo	40	1937
4.3.1. La norma de equidad asociada a la dificultad de regirse por las normas de conducta	40	1937
4.3.2. Las normas de equidad derivadas del comportamiento supererogatorio del sujeto activo y de la promulgación de una ley retroactiva	41	1938
4.3.3. Las «normas de compensación» —como subespecie de normas de equidad—	42	1939
4.4. Las normas premiales y su relación con la norma penal de sanción	44	1939
4.4.1. Planteamiento	44	1939
4.4.2. La estructura de la norma premial y el contexto del diálogo premial	45	1940
4.5. Las normas de conveniencia u oportunidad	47	1941
IV. LA FORMULACIÓN LEGAL Y LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LOS ELEMENTOS DE LA PUNIBILIDAD	48	1941
1. <i>Planteamiento</i>	48	1941
2. <i>La formulación legal</i>	49	1942
2.1. La formulación positiva en los tipos legales: las denominadas «condiciones objetivas de punibilidad»	49	1942
2.1.1. Generalidades	49	1942
2.1.2. El problema de las cuantías del perjuicio o del beneficio	50	1942
2.1.3. Las «clases» de condiciones objetivas de punibilidad ..	51	1943
2.2. La formulación negativa en algunos delitos o grupos de delitos: las causas objetivas y personales de exención de pena	52	1944
2.3. Las causas de «exención de pena» y las causas de «extinción de la responsabilidad criminal»	53	1944
3. <i>La aplicación judicial de los presupuestos de la punibilidad</i>	54	1944
3.1. La cuestión del error	54	1944
3.2. La comunicabilidad	55	1945
3.3. La aplicación analógica y la reducción teleológica	58	1946
V. LOS ELEMENTOS INTEGRADOS EN EL CONCEPTO DE PUNIBILIDAD EN SENTIDO ESTRICTO	59	1946
VI. LA AFECTACIÓN DE LA PUNIBILIDAD POR EL JUICIO EMITIDO SOBRE EL AGENTE AL MARGEN DE SU HECHO	64	1948
1. <i>Generalidades</i>	64	1948
2. <i>Las causas de extinción de la responsabilidad criminal</i>	65	1948
2.1. Generalidades	65	1948

Sumario

	Nm.	Pág.
2.2. El transcurso del tiempo: la prescripción del delito	66	1949
2.2.1. Su fundamento	66	1949
2.2.1.1. Generalidades	66	1949
2.2.1.2. Los regímenes de la prescripción y la imprescriptibilidad	67	1950
2.3. La muerte	70	1951
2.3.1. El fundamento	70	1951
2.3.2. Su dimensión de causa de extinción de la acción y la de causa de extinción de la responsabilidad	71	1952
2.4. El perdón del sujeto pasivo	73	1953
2.5. El perdón estatal	75	1954
2.5.1. Generalidades	75	1954
2.5.2. El indulto	76	1955
2.5.2.1. Generalidades	76	1955
2.5.2.2. Las razones del indulto	77	1955
2.5.2.3. La polémica	78	1956
2.5.2.4. Lo irrenunciable	79	1956
2.5.3. La justicia transicional	80	1957
2.5.3.1. Generalidades	80	1957
2.5.3.2. La amnistía	81	1957
2.5.3.2.1. <i>Cuestiones conceptuales</i>	81	1957
2.5.3.2.2. <i>La discusión sobre las leyes de amnistía en el marco constitucional español</i>	84	1959
3. <i>Otros factores pre-procesales simultáneos y posteriores al hecho delictivo</i>	86	1960
3.1. El dato de haber sido ya sancionado	86	1960
3.1.1. El padecimiento de una legítima defensa	86	1960
3.1.2. Haber sufrido una retorsión	87	1961
3.1.3. Otras sanciones no jurídico-estatales	88	1961
3.1.4. La «pena natural»	90	1962
3.1.4.1. El concepto	90	1962
3.1.4.2. El fundamento de su relevancia	91	1963
3.1.5. El comportamiento autopunitivo	92	1964
3.2. La mejora del sujeto del proceso con respecto al sujeto del hecho histórico	93	1964
3.2.1. La auto-resocialización	93	1964
3.2.2. Otros cambios en la identidad	94	1965
4. <i>El diálogo premial</i>	96	1966
4.1. Generalidades	96	1966
4.2. Las excusas absolutorias vinculadas con diversas lógicas premiales	97	1966
4.2.1. Los «desistimientos» de tentativas perfectas y de delitos ya consumados	97	1966

Sumario

	Nm.	Pág.
4.2.2. La renuncia a la acusación en virtud de un principio premial de oportunidad	99	1967
4.2.3. La colaboración procesal	100	1967
4.2.3.1. Planteamiento	100	1967
4.2.3.2. Los problemas de los acuerdos premiales ...	101	1968
VII. LA AFECTACIÓN DE LA PUNIBILIDAD POR DÉFICITS DE LEGITIMACIÓN O CRITERIOS DE CONVENIENCIA DEL ESTADO	104	1969
1. Generalidades	104	1969
2. Los problemas derivados de la vulneración de deberes de garante del Estado ..	105	1970
2.1. Planteamiento	105	1970
2.2. La desprotección de la libertad negativa: las víctimas del delito de trata de personas	106	1970
2.3. La desprotección de la libertad positiva formal y material ...	107	1971
2.4. El mal funcionamiento del «Estado administrativo»	108	1972
3. Los problemas de legitimación —pre-procesales, procesales y postprocesales— del Estado punitivo	109	1973
3.1. Las violaciones pre-procesales de derechos	109	1973
3.1.1. Los malos tratos dispensados por los agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad	109	1973
3.1.2. El «delito provocado» por agentes del Estado	110	1973
3.1.2.1. Generalidades	110	1973
3.1.2.2. La solución sustantiva y la procesal	111	1974
3.2. La lesión de derechos procesales	113	1975
3.2.1. La vulneración de las reglas del debido proceso	113	1975
3.2.1.1. Consideraciones previas	113	1975
3.2.1.2. El derecho a no declarar contra uno mismo ..	114	1975
3.2.1.3. Las vulneraciones procesales	116	1976
4. La exclusión de la punibilidad —o de la perseguibilidad— por razones de conveniencia política del Estado	117	1977
4.1. Los conceptos de inmunidad e inviolabilidad parlamentaria ..	117	1977
4.2. La inviolabilidad del Rey	118	1978
4.3. Los diplomáticos	119	1978
5. La exclusión de la punibilidad por parentesco	120	1978
VIII. LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA	122	1980
1. Consideraciones generales	122	1980
2. La incapacidad sobrevenida de entender el sentido de la ejecución	124	1980
3. Las consideraciones adicionales de humanidad	125	1981

CAPÍTULO 28

LA CONCRECIÓN DEL HECHO PUNIBLE Y LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA	1983
I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	1 1988
1. Las funciones del órgano judicial penal	1 1988

Sumario

	Nm.	Pág.
2. <i>El proceso de la graduación del contenido delictivo del hecho</i>	4	1990
2.1. El objeto de la cuantificación	4	1990
2.2. Los modelos legales y la práctica de la cuantificación	5	1990
2.3. Los manuales de determinación y la inteligencia artificial . . .	9	1992
II. LA DETERMINACIÓN LEGAL Y LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL	11	1993
1. <i>El marco de la penalidad abstracta</i>	11	1993
2. <i>Las bases legales de la individualización</i>	12	1993
2.1. Los sub-marcos establecidos en virtud de las circunstancias legales	12	1993
2.2. Los principios legales de individualización	14	1995
2.2.1. Los modelos basados en principios de abstracción media y de abstracción máxima	14	1995
2.2.2. La traducción de la desvaloración en medidas concretas de pena	15	1995
3. <i>La naturaleza sustantiva de la individualización de la pena</i>	16	1996
3.1. Su pretendida ubicación fuera de la teoría del delito	16	1996
3.1.1. La incidencia directa de las doctrinas de la pena	16	1996
3.1.2. Un modelo alternativo	18	1997
3.2. Su concepción como dimensión cuantitativa del hecho punible: la visión «retrospectiva-proporcionalista» limitada	20	1998
3.2.1. El contenido delictivo del hecho	20	1998
3.2.2. Los elementos ajenos al contenido de injusto culpable: el complemento «retrospectivo amplio y prospectivo» . .	21	1998
4. <i>La naturaleza procesal de la decisión judicial de individualización de la pena</i>	22	1999
4.1. Su carácter reglado	22	1999
4.2. Su carácter recurrible en casación	23	2000
4.3. La exigencia de motivación	24	2000
III. LA TEORÍA DE LAS CIRCUNSTANCIAS	25	2001
1. <i>Delimitaciones conceptuales</i>	25	2001
2. <i>El sistema legal de circunstancias y la teoría de las normas</i>	27	2002
2.1. Generalidades	27	2002
2.2. Las circunstancias relativas al contenido de injusto, a la culpabilidad y a la punibilidad en sentido estricto	28	2003
2.3. Las circunstancias relativas a la punibilidad en sentido amplio	29	2003
3. <i>La dogmática de las circunstancias</i>	30	2004
3.1. Las circunstancias genéricas de la legislación española	30	2004
3.2. La comunicabilidad y el error	32	2005
3.2.1. La comunicabilidad	32	2005
3.2.2. El desconocimiento de la concurrencia real de la circunstancia y la suposición errónea de su concurrencia	35	2007

Sumario

	Nm.	Pág.
3.3. La analogía y la reducción teleológica	36	2007
3.3.1. La atenuación por analogía	36	2007
3.3.1.1. Generalidades	36	2007
3.3.1.2. Las posiciones en disputa	37	2008
3.3.1.3. Un balance	39	2009
4. La cláusula general de individualización de la pena	41	2010
IV. UN MODELO DE CUANTIFICACIÓN DEL HECHO PUNIBLE (I): EL CONTENIDO DE INJUSTO TÍPICO	43	2011
1. Generalidades	43	2011
2. La cuantificación del contenido de injusto	44	2011
2.1. La graduación de la desaprobación de la conducta	44	2011
2.1.1. El mayor contenido de riesgo <i>ex ante</i>	44	2011
2.1.2. El mayor contenido de riesgo de la conducta o su mayor desaprobación como criterio interpretativo de las agra- vantes legales	45	2012
2.1.3. El riesgo de «consecuencias extratípicas»	47	2013
2.1.4. Los conocimientos, las intenciones, los motivos y mó- viles	49	2014
2.1.4.1. El significado agravante de los motivos	49	2014
2.1.4.2. La responsabilidad por los motivos agra- vantes	51	2015
2.1.5. La infracción de deberes	54	2016
2.1.5.1. La infracción de deberes por parte del sujeto activo	54	2016
2.1.5.2. El caso del parentesco	56	2017
2.1.5.3. La reincidencia	58	2018
2.1.5.3.1. Generalidades	58	2018
2.1.5.3.2. El incremento del contenido de injusto ..	59	2019
2.1.5.3.3. La posible disminución de la culpabili- dad	62	2020
2.1.5.3.4. La agravante de reincidencia como una forma irregular de gestión de la peligrosidad ..	64	2021
2.2. La cuantificación del título de imputación subjetiva	65	2021
2.3. La cuantificación de la imputación objetiva del resultado ...	67	2022
2.3.1. La medida efectiva de la lesión <i>ex post</i>	67	2022
2.3.2. La debilidad del nexo de imputación objetiva	68	2023
3. La cuantificación en las causas de justificación	70	2024
3.1. Planteamiento general	70	2024
3.2. Las denominadas «eximentes incompletas»	71	2024
V. LA CUANTIFICACIÓN DE LA CULPABILIDAD	73	2025
1. Generalidades	73	2025
2. La imputabilidad disminuida	74	2026
2.1. Generalidades	74	2026

Sumario

	Nm.	Pág.
2.2. La grave adicción al consumo de drogas o a determinadas prácticas conductuales	75	2026
2.2.1. El juicio descriptivo	75	2026
2.2.2. La regla adscriptiva	76	2027
2.2.2.1. Planteamiento	76	2027
2.2.2.2. La legislación española	77	2027
2.3. El arrebató, la obcecación y otros estados pasionales	78	2028
2.4. Los motivos atenuantes	80	2029
2.4.1. Generalidades	80	2029
2.4.2. En concreto, la provocación del sujeto pasivo	82	2030
3. <i>La debilidad de voluntad</i>	84	2031
VI. LA CUANTIFICACIÓN DE LA PUNIBILIDAD	85	2031
1. <i>La frontera de la proporcionalidad con el hecho</i>	85	2031
2. <i>Los criterios de cuantificación de la punibilidad en sentido estricto: el juicio sobre el hecho</i>	86	2031
3. <i>La cuantificación de la punibilidad en sentido amplio</i>	88	2032
3.1. Planteamiento. Los equivalentes funcionales parciales de la pena	88	2032
3.2. El juicio sobre el sujeto activo	89	2032
3.2.1. Los méritos de la vida pasada	89	2032
3.2.2. Las conductas postdelictivas	90	2033
3.2.2.1. La reparación simbólica	90	2033
3.2.2.1.1. <i>El problema previo de la existencia de dos figuras dogmáticas de reparación</i>	90	2033
3.2.2.1.2. <i>La delimitación entre ambas y sus respectivos regímenes jurídicos</i>	91	2034
3.2.2.1.3. <i>La perspectiva de la teoría de las normas</i>	93	2035
3.2.2.2. La confesión simbólica	94	2035
3.2.2.2.1. <i>El problema previo de la existencia de dos figuras dogmáticas de confesión</i>	94	2035
3.2.2.2.2. <i>Los respectivos efectos de atenuación</i> ..	95	2036
3.2.2.3. El comportamiento «autopunitivo»	97	2037
3.2.2.4. La «auto-resocialización»	98	2037
3.2.2.5. La respuesta positiva a los incentivos del Estado	99	2038
3.2.2.5.1. <i>Generalidades</i>	99	2038
3.2.2.5.2. <i>La incidencia del principio procesal de oportunidad</i>	100	2039
3.2.3. Las circunstancias ajenas al autor	102	2040
3.2.3.1. La repercusión de hechos de terceros	102	2040
3.2.3.1.1. <i>Las conductas que lesionan —lícita o ilícitamente— al autor</i>	102	2040

Sumario

	Nm.	Pág.
3.2.3.1.2. <i>Ciertos actos beneficiosos</i>	103	2040
3.2.3.2. Las circunstancias que implican un distanciamiento del autor con respecto al hecho cometido en su día	104	2041
3.2.3.2.1. <i>El transcurso del tiempo y la «cuasi-prescripción»</i>	104	2041
3.2.3.2.2. <i>Los padecimientos asociados al delito: la poena naturalis</i>	106	2042
3.2.3.2.3. <i>La especial sensibilidad a la forma de castigo</i>	107	2042
4. <i>La cuantificación de la pena en virtud de la disminución de la legitimidad del Estado para castigar</i>	108	2043
4.1. El Estado excluyente o que incentiva actividades con riesgo delictivo	108	2043
4.2. Las actuaciones —lícitas e ilícitas— de los órganos del Estado	109	2043
4.2.1. Generalidades	109	2043
4.2.2. La atenuante de dilaciones indebidas del procedimiento	111	2044
4.2.2.1. Generalidades	111	2044
4.2.2.2. El fundamento de su relevancia	113	2045
4.2.2.3. Los problemas aplicativos	114	2046
4.2.2.4. La atenuación y sus alternativas	115	2046
4.2.2.5. La construcción de una atenuante de análoga significación a las dilaciones indebidas para afrontar los abusos estatales en el proceso	116	2047
4.2.2.5.1. <i>Las bases de la construcción</i>	116	2047
4.2.2.5.2. <i>Los males asociados de modo ilegítimo a la prisión</i>	118	2047

EPÍLOGO

EL CASTIGO, ENTRE LA VENGANZA Y EL PERDÓN		2049
I. EL SENTIDO DE LA IMPOSICIÓN Y DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA	1	2051
1. <i>La venganza</i>	1	2051
2. <i>La reconciliación y el perdón</i>	2	2052
3. <i>El castigo</i>	3	2052
4. <i>La rehabilitación y la reintegración comunitaria del penado</i>	4	2053
II. ¿HACIA LA JUSTICIA RESTAURATIVA?	6	2054
1. <i>Generalidades</i>	6	2054
2. <i>La reparación y la conciliación</i>	7	2054
2.1. La reparación como institución jurídico-civil	7	2054

Sumario

	Nm.	Pág.
2.2. El retorno a la conciliación	8	2055
2.2.1. Planteamiento	8	2055
2.2.2. Los diversos modelos	9	2055
3. <i>La discusión sobre la justicia restaurativa</i>	13	2057
3.1. Planteamiento	13	2057
3.2. La restauración comunicativa	14	2057
3.3. Al final	16	2058
ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES		2059

OBRAS REITERADAMENTE CITADAS

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

I. TRATADOS

Binding, Handbuch des Strafrechts, 1885.

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

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

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

III. Der Irrtum, 2.^a, 1918.

IV. Die Fahrlässigkeit, 1919.

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

Cerezo Mir, Derecho penal. Parte General, 2008.

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

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

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

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

Köhler, Strafrecht AT, 1997.

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

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

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

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

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

Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, II, 2003.

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

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

II. INTRODUCCIONES Y OBRAS TEÓRICAS GENERALES

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

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

Alfonso de Castro, De potestate legis poenalis, 1568.

Aristóteles, Ética a Nicómaco.

Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906.

Duff, The Realm of Criminal Law, 2018.

Fletcher, Rethinking Criminal Law, 1978.

Fletcher, Conceptos básicos de derecho penal, 1997.

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

Hassemer, Fundamentos del Derecho penal, 1984.

Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012.

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

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

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

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

Robinson, Structure and Function in Criminal Law, 1997.

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

Roxin, Problemas fundamentales del Derecho penal, 1976.

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

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

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

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

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

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

III. LIBROS HOMENAJE (POR ORDEN ALFABÉTICO)

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

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

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

- Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista, 2021 (LH Arroyo Zapatero).
- Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo, 2004 (LH Bacigalupo).
- Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo, 2016 (LH Bajo Fernández).
- Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In memoriam, 2001 (LH Barbero Santos).
- Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, 2022 (LH Berdugo).
- Libro-Homenaje al Prof. Antonio Beristain, 1989 (LH Beristain).
- Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015 (FS Beulke).
- Estudios de Derecho penal en memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez, 2011 (LH Bustos Ramírez).
- Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, 1998 (LH Casabó Ruiz).
- Estudios penales y jurídicos: homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero, 1996 (LH Casas Barquero).
- La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, 2002 (LH Cerezo Mir).
- Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal, 2005 (LH Cobo del Rosal).
- Studi in onore di Franco Coppi, 2011 (LH Coppi).
- Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, 2022 (LH Corcoy Bidasolo).
- Dasein und Gerechtigkeit | Ser-aí e Justiça. Liber amicorum - Festgabe für José de Faria Costa zum 70. Geburtstag, 2020 (LA Faria Costa).
- Humanizar y Renovar el Derecho Penal. Estudios En Memoria De Enrique Cury, 2013 (LH Cury).
- Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología: Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita, 2008 (LH Díaz Pita).
- Estudios jurídico-penales, criminológicos y políticos criminales. Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés, 2023 (LH Díez Ripollés).
- La pena, ancora fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, 2018 (LH Dolcini).
- Crime, Punishment, and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff, 2011 (FS Duff).

- Festschrift für K. Engisch zum 70. Geburtstag, 1969 (FS Engisch).
- Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005 (FS Eser).
- El Derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy, 2016 (LH Etcheberry).
- Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor, 1989 (LH Fernández Albor).
- Ars Iudicandi. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, 2009 (LH Figueiredo Dias).
- Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 1930 (FG Frank).
- Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013 (FS Frisch).
- Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, 2008 (LH Gimbernat Ordeig).
- Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García, 2006 (LA González-Cuéllar).
- Kriminalität, Persönlichkeit, Lebensgeschichte, und Verhalten, Festschrift für Hans Göppinger zum 70. Geburtstag, 1990 (FS Göppinger).
- Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010, 2010 (FS Hassemer).
- Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973, 1974 (FS Henkel).
- Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, 1999 (FS Hirsch).
- Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs. Festschrift für Armin Höhland, 2015 (FS Höhland).
- Philosophia practica universalis. Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag, 2005 (FS Hruschka).
- Themenschwerpunkt: Strafrecht und Rechtsphilosophie. Zugleich Gedächtnisschrift für Joachim Hruschka, 2019 (GS Hruschka).
- Estudios Penales en homenaje a Susana Huerta Tocildo, 2020 (LH Huerta Tocildo).
- El funcionalismo en derecho penal: Libro homenaje al profesor Günther Jakobs, 2003 (LH Jakobs).
- Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. G. Jakobs, 2005 (LH Jakobs).
- Festschrift für Günther Jakobs, 2007 (FS Jakobs).
- El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo: Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario, 2008 (LH Jakobs).

- Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro, 2019 (LH Jorge Barreiro).
- Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag, 1998 (FS Kaiser).
- Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag, 2015 (FS Kargl).
- Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989 (GS Arm. Kaufmann).
- Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993 (FS Arth. Kaufmann).
- Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, 2019 (FS Kindhäuser).
- Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007 (FS Küper).
- Rechtsprechung und Justizhoheit: Festschrift für Götz Landwehr zum 80. Geburtstag, 2015 (FS Landwehr).
- Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, 1983 (FS Larenz).
- Bürgerliche Freiheit und Christliche Verantwortung. Festschrift für Christoph Link zum 70. Geburtstag, 2003 (FS Link).
- Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung: Wissenschaftliches Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstages von Prof. Dr. Fritz Loos, 2009 (FS Loos).
- Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002 (FS Lüderssen).
- Libro homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario, 2019 (LH Luzón Peña).
- Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht – Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010 (FS Maiwald).
- Studi in onore di Giorgio Marinucci, 2006 (LH Marinucci).
- Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín, 2018 (LH Maza Martín).
- Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Meyer-Gossner zum 65. Geburtstag, 2001 (FS Meyer-Gossner).
- Derecho penal del estado social y democrático de derecho: Libro homenaje a Santiago Mir Puig, 2010 (LH Mir Puig).
- Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig, 2017 (LH Mir Puig).
- Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia, 2017 (LH Moccia).
- Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore, 2016 (FS Moore).
- Estudios jurídico-penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, 2018 (LH Morillas Cueva).

- Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero, 2007 (LH Núñez Barbero).
- Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, 2016 (LH Octavio de Toledo).
- Una filosofía del Derecho en acción. Homenaje al Profesor Andrés Ollero, 2015 (LH Ollero).
- La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga, 2020 (LH Ortiz Quiroga).
- Studi in onore di Carlo Enrico Paliero, 2022 (LH Paliero).
- Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria, 1983 (LH Pérez Vitoria).
- Gerechtigkeitswissenschaft - Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstages von Lothar Philipps, 2005 (FS Philipps).
- Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut, 2008, (LH Prats Canut).
- Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011 (FS Puppe).
- Una perspectiva global del Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Dr. J.J. Queralt Jiménez, 2021 (LH Queralt Jiménez).
- Represión penal y Estado de derecho. Homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares, 2018 (LH Quintero Olivares).
- Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento, 2022 (LH Reyes Echandía).
- Estudios de Derecho penal y Criminología, Homenaje al Prof. Rodríguez Devesa, 1989 (LH Rodríguez Devesa).
- Rodríguez Mourullo, 2005 (LH Rodríguez Mourullo).
- Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung. Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag, 2018 (FS Rogall).
- Studi in onore di Mario Romano, 2011 (LH Romano).
- Omisión e imputación objetiva en Derecho penal. Jornadas Hispano-alemanas de Derecho Penal en Homenaje al Prof. Claus Roxin con Motivo de su investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Complutense de Madrid, 1994 (LH Roxin).
- Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin, 1995 (LH Roxin).
- Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homensaje a Claus Roxin, 1997 (LH Roxin).

- Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001 (FS Roxin).
- Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin, Córdoba (Argentina) 2002 (LH Roxin).
- Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011 (FS Roxin).
- Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón, 2003 (LH Ruiz Antón).
- Recht-Wirtschaft-Strafe. Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag, 2010 (FS Samson).
- Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag, 2020 (FS Sancinetti).
- Gedächtnisschrift für Horst Schröder, 1978 (GS Schröder).
- Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006 (FS Schroeder).
- Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, 2005 (FS Schünemann).
- Streitbare Strafrechtswissenschaft Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag, 2014 (FS Schünemann).
- Dogmática del Derecho Penal. Libro Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario, 2014 (LH Schünemann).
- Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen, FS f. H.D. Schwind zum 70. Geburtstag, 2006 (FS Schwind).
- Derecho penal y persona. Libro homenaje al Prof. Silva Sánchez, 2019 (LH Silva Sánchez).
- Die Normativität des Wirklichen. Über die Grenze zwischen Sein und Sollen, Festschrift für R. Spaemann zum 75. Geburtstag, 2002 (FS Spaemann).
- Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für W. Stree und J. Wessels zum 70. Geburtstag, 1993 (FS Stree/Wessels).
- Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes, 2013 (LH Suárez Montes).
- Hacia un Derecho penal económico europeo, Libro homenaje al Prof. Tiedemann, 1995 (LH Tiedemann).
- El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro-Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, 2000 (LH Torío López).
- El nuevo Derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz, 2001 (LH Valle Muñiz).
- Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), 2009 (LH Vives Antón).

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

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

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

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

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

IV. OBRAS COLECTIVAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- Luzón/Mir* (eds.), Causas de justificación y causas de atipicidad, 1995 (Causas).
- Luzón/Mir* (eds.), Cuestiones actuales de la teoría del delito, 1999 (Cuestiones).
- Miró/Fuentes* (eds.), El Derecho penal ante lo empírico, 2021 (El Derecho penal).
- Montiel Fernández* (ed.), La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal, 2012 (Crisis).
- Reyes Alvarado* (ed.), Autores, partícipes y superiores en la justicia transicional, 2018 (Autores, partícipes).
- Robles Planas* (ed.), La responsabilidad en los delitos especiales, 2014 (Responsabilidad).
- Rotsch* (Hrsg.), Zehn Jahre ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2018 (Zehn).
- Sánchez-Ostiz* (ed.), Casos que hicieron doctrina en Derecho penal, 2011 (Casos).
- Sánchez-Ostiz* (ed.), Comprender el Derecho penal, 2019 (Comprender).
- Schünemann* (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984 (Grundfragen).
- Schünemann* (ed.), El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales, 1991 (Sistema).
- Silva Sánchez* (ed.), ¿Libertades económicas o fraudes punibles?, 2003 (Libertades).
- Silva/Miró* (eds.), La teoría del delito en la práctica penal económica, 2013 (La teoría del delito).
- Simester/Smith* (eds.), Harm and Culpability, 1996 (Harm).
- Wolter/Freund* (eds.), El sistema integral del Derecho penal, 2004 (Sistema integral).

V. COLECTÁNEAS INDIVIDUALES

- Cuello Contreras*, Teoría del delito. Más allá del naturalismo y el normativismo, 2021.
- Donini*, Poder judicial y ética pública, 2015.
- Frisch*, Notwendigkeit und Legitimation staatlichen Strafens. Beiträge von 1977-2018, 2021.
- Gimbernat Ordeig*, Estudios de Derecho penal, 1981; 3.^a, 1990 (Estudios).
- Gimbernat Ordeig*, Ensayos penales, 1999.
- Hruschka*, Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación, 2005.
- Husak*, The Philosophy of Criminal Law. Selected Essays, 2010.

- Jakobs*, Estudios de Derecho penal, 1997 (Estudios).
- Jakobs*, Strafrechtswissenschaftliche Beiträge. Zu den Grundlagen des Strafrechts und zur Zurechnungslehre, 2017.
- Arm. Kaufmann*, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982 (Strafrechtsdogmatik).
- Kudlich*, Cuestiones fundamentales de la aplicación del Derecho penal. Contribuciones a la teoría del método y a la imputación en el Derecho penal, 2018.
- Kuhlen*, Contribuciones al método, la teoría y la dogmática del Derecho penal, 2021.
- Lacey*, Estudios críticos sobre responsabilidad penal y política criminal comparada, 2021.
- Lampe*, La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo, 2003 (La dogmática).
- Mylonopoulos*, Dogmática penal en un contexto internacional. Estudios sobre la teoría del delito con el trasfondo del *plea bargaining*, el Derecho penal europeo y el Derecho penal internacional, 2017.
- Naucke*, Strafrecht als Teil politischer Macht. Beiträge zur juristischen Zeitgeschichte, 2023.
- Neumann*, Recht als Struktur und Argumentation. Beiträge zur Theorie des Rechts und zur Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft, 2008.
- Pawlik*, La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal, 2010.
- Puppe*, El Derecho penal como ciencia, 2014 (Ciencia).
- Robles Planas*, Estudios de dogmática jurídico-penal, 2014 (Estudios).
- Rotsch*, Derecho penal, Derecho penal económico y compliance. Artículos de dos décadas, 2022.
- Roxin*, Problemas básicos del Derecho penal, 1976 (Problemas).
- Schünemann*, Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio, 2002 (Temas).
- Seelmann*, Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal, 2013 (Estudios).
- Silva Sánchez*, En busca del Derecho penal, 2015 (En busca).
- Stratenwerth*, Beiträge zu Grundfragen eines zeitgemässen Strafrechts, 2017.
- Struensee*, Avances del pensamiento penal y procesal penal, 2005 (Avances).
- Welzel*, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975 (Abhandlungen).
- Zaczyk*, Libertad, derecho y fundamentación de la pena, 2010 (Libertad).

PRÓLOGO

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

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

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

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

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

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

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

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

Jesús-María Silva Sánchez*

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

LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO

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

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

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

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

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

I. LA POTESTAD DE CASTIGAR

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

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

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

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

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

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

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

2. LA PENA ESTATAL COMO JURIDIFICACIÓN DEL CASTIGO

2.1. La coacción punitiva

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

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

posee fuerza —de forma estructural u ocasional— para ejercer alguna forma de coerción. De este modo, el castigo constituye la expresión coactiva de una emoción reactiva, que como tal tiene una connotación en parte irracional. A lo largo de la historia, el castigo se ha producido de modo interpersonal (descen-

6

tralizado), comunitario (centralizado) o mixto. Así, ha adoptado la forma de venganza privada de la víctima o de sus allegados, o bien la de una institución social. Con todo, cabe afirmar que desde el inicio de la Edad Moderna en occi-

7

idente se ha atribuido al Estado el cuasi-monopolio del castigo legítimo de los delitos. La imposición del castigo por parte del Estado da cuenta, de entrada, de esta capacidad estructural de coaccionar que deriva de su poder político.

Sin embargo, el Derecho penal se distingue de otros sistemas punitivos por-

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

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

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

³ Gärditz (2015), 35.

⁴ Gärditz (2015), 17 ss.

⁵ Fuller (1964), 39.

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

- 8 Pues bien, tal postulado no es asumible. Por un lado, la ley es una acción humana y, como todas las demás acciones, exterioriza una teleología. Es decir, manifiesta la orientación a algo que se asume como un bien. Por otro lado, desde el momento en que existen constituciones, hay que determinar si el contenido de las leyes colide o no con los valores constitucionales. Sin embargo, para alcanzar tal juicio es preciso partir de que en la ley se da alguna valoración, susceptible de ser confrontada con las valoraciones de la Constitución. Es más, la divergencia del contenido de una ley en relación con los valores constitucionales conlleva precisamente la anulación de aquella. Esto significa que, al menos para un cierto ámbito de valoraciones, sucede que éstas no son solo cuestión de legitimación (de validez), sino también de vigencia. En definitiva, su falta de validez conduce a su pérdida de vigencia.
- 9 Sentado esto, la cuestión es cómo entender la materialidad del Derecho. Al respecto, una primera posibilidad es considerar que esta consiste únicamente en la conformación del canal para la autodeterminación racional de sujetos libres. Por tanto, debe prescindirse de cualquier teoría concreta relativa a sus contenidos —de cualquier teleología—. ⁶ Este ha sido el influyente postulado de Immanuel Kant (1724-1804), para el que la libertad del hombre constituye un fin en sí mismo. Así pues, la racionalidad inherente al Derecho consiste en conformar razones opuestas al deseo o interés inmediato del agente y, en esa medida, en liberarlo de los impulsos. A su vez, esa liberación de los impulsos pretende evitar que se ingiera en la libertad de otro. Desde esta perspectiva la fuerza coercitiva del Derecho no es una limitación de la libertad, sino una manera de ampliarla, tanto para aquel a quien limita como para aquel a quien protege. En definitiva, el Derecho crea libertad.

2.3. La orientación del Derecho al bien común

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

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

⁷ Arth. Kaufmann (1964), 32.

⁸ Alexy (2021), 29 ss., 36 ss., 42.

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

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

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

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

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

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

¹² Sánchez-Ostiz (2012), 24 ss.

3. LAS LEYES Y EL DERECHO PENAL

3.1. Los códigos penales y las leyes especiales

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

3.2. La jurisprudencia y la doctrina

3.2.1. Planteamiento

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

¹³ Así Bovino/ Courtis, AFD 2000, 188.

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

3.2.2. La controversia

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

¹⁴ Stark (2020), 99 ss.

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

- 16 Por su parte, como se ha apuntado, la doctrina no se limita a la descripción del contenido de las leyes. Además, lo reconstruye, conceptualiza y sistematiza desde una perspectiva que, por un lado, se enmarca en una tradición y, por otro, va introduciendo cambios en esta. En definitiva, jurisprudencia y tradición doctrinal, en el marco de la Constitución y las leyes, crean Derecho penal (*cfr. infra* capítulos 6/2; 7/87). Sentado esto, no es casual que el Tribunal Constitucional español señale de forma reiterada que vulneran el principio de legalidad aquellas interpretaciones judiciales de las leyes que son contrarias al método jurídico —que ha sido doctrinalmente establecido— así como a los valores de la Constitución. Esto responde a una concepción del Derecho mucho más compleja que la reduccionista, propia del legalismo —como forma rígida de positivismo normativo—.
- 17 Los enunciados del Derecho penal, procedentes de todas las fuentes reseñadas, tienen contenidos diversos. Por un lado, las definiciones de cada una de las clases de conductas constitutivas de delito, así como las reglas y principios para su aplicación a supuestos de hecho concretos. Por otro lado, el conjunto de criterios generales de atribución de responsabilidad a uno o varios sujetos por tales clases de delitos. En tercer lugar, la descripción de las penas que deben imponerse, en su caso, a los sujetos responsables del hecho delictivo, así como las reglas y principios para su individualización en el caso concreto. De este modo, las definiciones de los delitos y las sanciones aplicables a estos integran la denominada Parte especial del Derecho penal. Por su parte, los criterios de atribución de responsabilidad —la teoría general del hecho punible— y el sistema de penas y otras consecuencias jurídicas del delito integran la denominada Parte general del Derecho penal. En esta deben incluirse también los principios y reglas generales de aplicación judicial del Derecho penal.
- 18 Sentado lo anterior, hay que añadir que, en la tradición continental europea, el Derecho penal no comprende solo enunciados que fundamentan y delimitan el ejercicio del poder punitivo del Estado sobre quienes cometen delitos de modo responsable. Además, se incluyen en él otras reglas y principios que tienen por objeto fundamentar y limitar la prevención de delitos mediante mecanismos terapéuticos y asegurativos de sujetos peligrosos. En efecto, desde principios del siglo XX también pertenece al Derecho penal el régimen jurídico de las denominadas medidas de seguridad, que en puridad constituyen reacciones de policía enmarcadas en un sistema de control de riesgos derivados de personas. Por otro lado, y aunque ya existían antecedentes de ello, desde principios del siglo XXI se ha generalizado la inclusión en el Derecho penal de la tradición continental de un tercer ámbito de regulación jurídica. Este se halla integrado por los enunciados que regulan la imposición de sanciones —denominadas penales— a las personas jurídicas en cuyo marco se cometen delitos, a las que se considera responsables de ellos.

3.3. El Derecho penal supra- e infraestatal

3.3.1. El Derecho penal supraestatal

3.3.1.1. Introducción

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

3.3.1.2. El Derecho penal internacional

El Derecho penal internacional tiene su regulación básica en el Estatuto de 20 Roma de la Corte Penal Internacional¹⁷ y en otros tratados internacionales. Sin embargo, en él resulta decisivo también el papel de la costumbre, así como de los principios que tienen la naturaleza de *ius cogens* —Derecho imperativo—. En cuanto a su objeto tradicional, este ha venido constituido por los llamados crímenes de guerra, los crímenes contra la paz y los crímenes de lesa humanidad, pero no es descartable su ampliación a otros supuestos de delitos que afectan gravemente a la dignidad humana. Pues bien, a diferencia del Derecho penal estatal, el Derecho penal internacional no puede presuponer la existencia de una comunidad política de personas. En efecto, la comunidad internacional actual no constituye una comunidad de personas, sino que es, más bien, una —relativa— agrupación de Estados. En ese marco, el vigente Derecho penal internacional constituye una anticipación imperfecta de lo que podría llegar a ser el Derecho penal de una futura comunidad global de personas. Entre tanto, su auténtica naturaleza es objeto de debate (*cfr. infra* capítulo 3/95).

3.3.1.3. El Derecho penal europeizado

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

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

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

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

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

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

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

3.3.1.4. *Los sistemas supranacionales de protección de los derechos humanos*

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

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

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

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

3.3.1.5. *El Derecho penal global*

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

3.3.2. *El Derecho penal infraestatal*

3.3.2.1. *El sistema multinivel de fuentes*

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

²² Crítica, de Magalhães Gomes (2017), 321 ss.

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

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

²⁵ Nieto Martín (2019), 21 ss.

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

3.3.2.2. *Las jurisdicciones culturales*

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

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

²⁶ Borja Jiménez (2001).

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

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

II. LA TEORÍA DE LAS NORMAS

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Las normas de conducta

1.1.1. Consideraciones generales

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

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

1.1.2. La relevancia de las normas de conducta

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

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

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

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

- 31** El orden de conductas garantizado por el Derecho penal está integrado por un conjunto de normas —enunciados prescriptivos no escritos como, por ejemplo, «¡no debes matar!»— dirigidas a todos los ciudadanos. El primer sustrato de las normas de conducta es la realización de valoraciones jurídicas positivas sobre determinados bienes intrínsecos y extrínsecos de las personas, que son condiciones del desarrollo de estas. Este valor de los bienes para las personas conlleva una valoración negativa de su afectación lesiva y una valoración positiva de lo que redunde en su mejora. A continuación, tiene lugar la consiguiente valoración negativa de los procesos humanos que dan lugar a la afectación lesiva de esos bienes.³³ Por la misma razón se valoran positivamente las conductas que den lugar a estados de cosas positivos en relación con ellos.
- 32** A partir de ahí, las normas prohíben conductas que pueden dar lugar a afectaciones lesivas y mandan conductas que pueden dar lugar a estados de cosas favorables para los bienes. Al hacerlo, tratan de dar razones para que sus destinatarios se abstengan de llevar a cabo lo primero, o para que precisamente realicen lo segundo. De este modo, a través de la comunicación, intentan alcanzar un mundo posible que no siempre coincide con el mundo real.³⁴ Ciertamente, como se acaba de señalar, el hecho de que la mayoría de

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

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

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

³⁴ *Möllers* (2015), 14.

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

1.2. Las normas de sanción

1.2.1. Las leyes penales y las normas de sanción

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

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

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

³⁶ *Binding* (1885), 162.

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁸ Silva Sánchez (2.ª, 2010), 573.

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

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

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

2.2. Las diversas posiciones sobre la cuestión ético-política

2.2.1. La inexistencia de normas de conducta

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

⁴⁰ Silva Sánchez, LH Lorenzo Salgado, 2021, 1375 ss.

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

⁴² Renzikowski, ARSP 87 (2001), 111.

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

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

2.2.2. *La doctrina de las normas sociales de conducta*

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

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

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

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

⁴⁶ *M.E. Mayer* (1903), 16.

⁴⁷ *M. E. Mayer*, AT, 1915, 35 n. 35.

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

2.2.3. Las normas jurídicas —categóricas— de conducta

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

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

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

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

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

⁵¹ *Jakobs*, AT, 2.^a, 1991, 1/8 y 9.

⁵² *Binding* (1885), 3, 160, 186.

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

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

2.2.4. *Un balance*

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

III. LA DOBLE POTESTAD PENAL DEL ESTADO

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

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

⁵⁴ *Sánchez-Ostiz* (2012), 248-249.

⁵⁵ *A. Merkel*, PG, s/f, 177-178.

⁵⁶ *Binding* (1885), 162-163.

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

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

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

2. LA OBEDIENCIA A LAS NORMAS DE CONDUCTA

2.1. La pretensión de reconocimiento y la coacción

2.1.1. Generalidades

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

⁵⁷ A. Merkel, PG, s/f, 179.

⁵⁸ von den Pfordten (1993), 379.

⁵⁹ Bierling, ZStW 10 (1890), 251 ss.

⁶⁰ Wolfslast (1995), 77 ss.

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

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

2.1.2. *El recurso a la coacción física y psicológica*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La descripción anterior determina que el ideal de la vida jurídica⁶⁹ constituido por el seguimiento o, al menos, el cumplimiento voluntario de las normas por parte de los ciudadanos deba ser doblemente matizado. En primer lugar, por las razones antropológicas expuestas. En efecto, en toda persona conviven un agente con mejores o peores hábitos de conducta, un razonador práctico —instrumental y moral— y un individuo peligroso. En segundo lugar, por razones sociales. Ciertamente, la actual desvertebración social no fomenta ni los buenos hábitos ni el ejercicio de la razón práctica que puedan abonar el seguimiento del Derecho del Estado. Pues bien, también por este motivo resulta que la coacción ha adquirido una presencia mayor en los últimos tiempos. Así, la creciente coacción física se manifiesta en un fenómeno que cabe denominar «doble (o triple) aseguramiento», y que conlleva una parcial cosificación de los miembros de la sociedad. Aquel consiste en que el Derecho, al tiempo que dirige normas de conducta a un destinatario, le aplica

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

⁶⁸ *Feuerbach*, *Lehrbuch*, 11.^a, 1832, § 9.

⁶⁹ *Bierling* (1905), 3.

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

2.1.3. *¿Neutralidad del Derecho?*

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

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

2.2. El reconocimiento —directo e indirecto— del Derecho

2.2.1. *Consideraciones generales*

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

⁷⁰ K. Günther, Rg 28 (2020), 124.

⁷¹ Pawlik (2019), 36 ss.

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

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

Ciertamente, todas las conductas realizadas en el marco de un orden normativo, y que no lo contradicen, lo reafirman en mayor o menor medida.⁷⁵ 57
Ahora bien, parece clara la importancia de distinguir entre el seguimiento —reconocimiento directo—, el cumplimiento por reconocimiento indirecto y el cumplimiento por coacción. Ciertamente el seguimiento y el reconocimiento indirecto —cumplimiento por convicciones propias o hábitos coincidentes con el contenido del Derecho— constituyen los principales medios de reafirmación de las normas, pues operan intrínsecamente. En cambio, la coacción psicológica determina un cumplimiento por razones extrínsecas. Por su parte, la coacción física desfigura incluso la propia noción de cumplimiento, pues no deja alternativa. Es decisivo advertir que entre reconocimiento y coacción se da una relación de vasos comunicantes. Pues bien, solo la mayor extensión social del reconocimiento —directo o indirecto— de las normas permite que las penas, como segundo mecanismo de reafirmación de aquellas, puedan reducir su impacto fáctico —su dimensión de dolor—. En cambio, a menor reconocimiento es necesario recurrir en mayor medida a la coerción.⁷⁶ Por eso, una sociedad en la que se abriga la pretensión de reducir la coerción externa tiene que fomentar las instancias de reconocimiento directo e indirecto, que además son la base de la confianza recíproca.

2.2.2. La libertad como condición del reconocimiento

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

⁷³ Silva Sánchez (2003), 30-32.

⁷⁴ Feldmann (2018).

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

⁷⁶ Jellinek (1878), 50-51.

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

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

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

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

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

⁷⁸ En inglés: «*impossibility structures*».

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸³ Próximo, Duff (2001), 61 ss.

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

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

3. LA RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL PENAL

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

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

⁸⁵ Husak, NCLR 23 (2020), 44 ss.

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

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

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

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

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

⁸⁷ Wolfstast (1995), 78 ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁹³ Robinson (1997), 207-208.

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

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

IV. LA PERSONA EN LA RELACIÓN JURÍDICO-PENAL

1. LAS PERSONAS

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

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

⁹⁵ Silva Sánchez (2015), 73 ss.

⁹⁶ Silva Sánchez (2018), 113 ss.

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

⁹⁸ Crítica, Agacinski (2020), 25.

⁹⁹ Funke/Schmolke -Hrsg.- (2019).

2. LAS ANTROPOLOGÍAS REDUCCIONISTAS DEL DERECHO PENAL MODERNO

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

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

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

¹⁰¹ Köhler, AT, 1997, 48.

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

3. UNA ANTROPOLOGÍA REALISTA

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

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

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

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

¹⁰³ MacIntyre (2001).

¹⁰⁴ Pawlik (2012), 148.

¹⁰⁵ Yacobucci (2014), 210 ss., 214 ss.

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

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

3.2. La vinculación interpersonal

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰⁹ Silva Sánchez (3.^a, 2011), 22 ss.

¹¹⁰ Zabel, ZStW 133 (2021), 376.

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

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

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

4. LA OPCIÓN POR EL REALISMO

4.1. Generalidades

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

4.2. La realidad y la verdad

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

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

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

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

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

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

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

4.3. Frente al constructivismo individualista u holista

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

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

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

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

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

4.4. Lo existente: la persona real

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

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

¹¹⁹ *García Huidobro* (2020).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹²³ Silva Sánchez, InDret 3/2021, 1.

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

V. LAS CONDICIONES PRE-POLÍTICAS DEL DERECHO PENAL

1. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

2. LOS HÁBITOS PERSONALES Y LOS VÍNCULOS INTERPERSONALES

- 95 Pues bien, resulta claro que un Derecho penal estatal concebido como orden de paz no se puede construir sobre la anomia, sino solo sobre hábitos de humanidad y ciudadanía.¹²⁵ Como reza el brocardo clásico, las leyes no apoyadas en costumbres son vanas —*leges sine moribus vanae*—. Sin embargo, esto significa que el Estado liberal —secular— de Derecho vive de presupuestos que no puede garantizar.¹²⁶ En efecto, dicho Estado no puede subsistir sin ciudadanos que, por razones pre-políticas, son personas que buscan el bien común practicando las virtudes derivadas de la vinculación interpersonal.¹²⁷ Sin embargo, esto significa que los Estados seculares también son *societates imperfectae*, pues necesitan que sus ciudadanos participen de un orden superior. Entonces, el problema es la paradójica tendencia de los estados occidentales contemporáneos a fomentar un modelo antropológico atomizado —desvinculado—. Desde luego de este modo, no solo no facilitan la continuidad de aquellos presupuestos que no pueden garantizar, sino que contribuyen a su destrucción.
- 96 Para poner un ejemplo, cabe partir, como ya se ha indicado, de que el ser humano es un sujeto planificador. En calidad de tal, y consciente de su fragilidad y vulnerabilidad, practica en ocasiones el «autopaternalismo». Es decir, limita ciertos ámbitos de ejercicio de su libertad futura. Pues bien, una contribución decisiva a esa limitación de la libertad futura es la formación de instituciones, para dar mayor estabilidad a las relaciones y favorecer el cumplimiento de los compromisos. En realidad, en el reconocimiento de tales instituciones se manifiesta el «autopaternalismo» de una comunidad política que es consciente de la vulnerabilidad de todos y cada uno de sus miembros. Ahora bien, en ese contexto, el proceso de juridificación desinstitucionalizadora,¹²⁸ que se ha presentado durante siglos como un instrumento de emancipación individual, expresa una plena ignorancia de la realidad antropológica y produce efectos de disolución social.

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

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

¹²⁷ Silva Sánchez (2015), 35 ss.

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

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

3. LA PLURALIDAD DE FORMAS DE VIDA

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

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

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

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

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

4. EL DOBLE DESLIZAMIENTO ÉTICO Y COACTIVO DEL DERECHO PENAL

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

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

¹³² *Jellinek* (1878), 42.

¹³³ *Donini* (2015), 135 ss.

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

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

1. INTRODUCCIÓN

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

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

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

¹³⁵ Maier, ARSP 100 (2014), 47, 49.

¹³⁶ Rusche/ Kirchheimer (1939).

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

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

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

2. LA LEGITIMACIÓN DEL ESTADO PUNITIVO FRENTE A LAS PERSONAS

2.1. Planteamiento

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2. Los deberes de garante del Estado

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

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

3.1. Generalidades

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

¹⁴⁴ Ferrajoli, JD 16-17 (1992), 64.

¹⁴⁵ Ferrajoli (2005), 36.

diversa— para quienes solo gozan parcialmente de los derechos propios de la ciudadanía política formal y para quienes, aun disfrutando de esta, viven con déficits de prestaciones socioeconómicas, culturales y espirituales. Así pues, el mundo de la vida¹⁴⁶ de toda comunidad política compleja se halla, en alguna medida, permanentemente fracturado.

- 110** La fragmentación es consecuencia directa de la compleja pluralidad social que ha sucedido en el tiempo a la relativa homogeneidad de las sociedades tradicionales. Sin embargo, en las últimas décadas ha ido ganando en intensidad por diversos motivos. Una fractura estructural de muchas comunidades políticas viene dada por la presencia de la desigualdad radical que revela la indigencia, esto es, la insatisfacción de las necesidades básicas de un elevado número de las familias que las integran. En efecto, cuando no todas las personas —por falta de trabajo y, en su defecto, de sistemas sociales de asistencia— pueden acceder a cubrir sus necesidades básicas de alimento, vivienda, sanidad, educación y cultura, la comunidad política tiende a ser puramente formal o aparente.
- 111** Sin embargo, una segunda fractura es quizá incluso más grave, en la medida en que no se puede resolver con medidas socioeconómicas. Esta viene dada por la progresiva conformación de grupos sociales con identidades densas —etno-culturales, religiosas, ideológico-sexuales— y recíprocamente enfrentadas. Pues bien, la proliferación de nuevas identidades se ha sumado a las identidades —nacionales, étnicas y religiosas— preexistentes, de un modo que redundan en la polarización de personas que viven en mundos casi siempre paralelos. Al final, únicamente se sale de tales universos para el enfrentamiento público, muchas veces violento.
- 112** Por lo demás, la tensión se ha visto agudizada por tres factores: de un lado, por las rupturas familiares masivas; de otro, por los movimientos migratorios generalizados; en tercer lugar, por la digitalización y la denominada «vida en redes», que constituyen puras cámaras de eco. De este modo, el propio sentido de la convivencia como «hecho de vivir juntos», y no solo coexistir, ha entrado en crisis. La diversidad radical de visiones acerca del sentido de la vida plantea problemas para establecer relaciones recíprocas de reconocimiento y de ausencia de discriminación. Así, y en lo que hace a la perspectiva del Derecho penal, los problemas esenciales son dos: el primero, si —y en qué medida— este debe asumir la función de crear una comunidad; el segundo, qué relación puede establecerse entre la subsistencia de esa pluralidad de identidades y la lealtad mínima necesaria para el mantenimiento del Derecho penal del Estado. En efecto, la fragmentación conduce a la progresiva colonización del mundo de la vida por el Derecho, es decir, al fenómeno de la juridificación.¹⁴⁷ Así, el

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

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

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

3.2. La exasperación de la fragmentación ordinaria

3.2.1. *La delincuencia por conciencia*

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

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

3.2.2. *La delincuencia por convicción política*

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

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

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

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

3.2.3. *La guerra civil*

- 117** Los actos de delincuencia de motivación política pueden llegar a producir un incremento de la violencia dando lugar a situaciones de guerra civil. Pues bien, si el conflicto genera una efectiva fractura pre-bélica de la comunidad, caben tres posibilidades. La primera es que el Estado se imponga y restaure la unidad política mediante la fuerza legítima. La segunda, que sean los delincuentes de motivación política los que se impongan y establezcan un nuevo régimen político.¹⁵⁰ En fin, que llegue un momento en el que los binomios Derecho penal/pena, por un lado, y guerra/paz, por el otro, se entremezclen de modo indisociable. Como se advierte, a medida que el Estado de Derecho pierde fuerza y la delincuencia de motivación política la gana, surge entre el Estado y el delincuente una relación oblicua con tendencia progresiva hacia la horizontalidad. Es decir, hacia la relación entre enemigos que es propia de la guerra civil.
- 118** Cuando esta situación se estanca sin victoria de una de las partes, se genera una horizontalidad relativa que, a la larga, resulta insoportable. Entonces, la pretensión de recuperar la paz puede entrar en colisión con el castigo de los hechos delictivos cometidos por unos y otros. En este contexto, para afrontar la situación dilemática, cabe que tenga lugar el surgimiento de un Derecho estatal de nuevo cuño —más o menos punitivo, en función del grado de oblicuidad existente entre las partes—. Lo normal es que en este proyecto de

¹⁴⁹ Gamberini/Orlandi-eds.- (2007).

¹⁵⁰ M.E. Mayer (1926), 172.

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

3.2.4. *La justicia transicional*

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

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

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

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

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

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

3.3. Las situaciones de excepción

3.3.1. Los estados constitucionales de excepción

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

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

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

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

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

¹⁵⁶ Kleszczewski, ZIS 2017, 433 ss.

¹⁵⁷ Jakobs, FS Krey, 2010, 207 ss.

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

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

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

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

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

- 126** El ángulo concreto que define la relación entre el Estado y quien, sin ser enemigo en el sentido del Derecho de los conflictos armados, tampoco expresa con sus actos el injusto culpable propio del delincuente común, puede ser muy diverso. Como se ha indicado, el significado de las conductas terroristas y de las propias de otras clases de criminalidad organizada masiva es la agresión permanente a la soberanía del Estado. Ahora bien, incluso esto último admite distinciones de grado. En unos casos la agresión a la soberanía tiene un sentido únicamente formal-simbólico. En otros, a lo anterior se añade la agresión al Estado como garantía real de la protección de los bienes de las personas. Por tanto, la cuestión es determinar cuándo se da una situación extrema de amenaza existencial, y cómo gestionar el abanico de situaciones intermedias.¹⁵⁹ En todo caso, es preciso evitar a toda costa el riesgo de un estado de excepción que se instale de modo permanente en la vida de la comunidad política.¹⁶⁰
- 127** La denominada «guerra contra el terror» ha adoptado algunos elementos propios del Derecho de los conflictos armados. Sin embargo, sus demás elementos son propios del Derecho penal común. Por tanto, en ella no está resuelta la disyuntiva entre el tratamiento del terrorista como delincuente común o como enemigo combatiente y, además, en la medida en que actúe ilegalmente, como criminal de guerra. Desde luego, es razonable que el Estado no quiera tratar a los terroristas, ni siquiera parcialmente, como combatientes o como prisioneros de guerra.¹⁶¹ Como se ha indicado, el terrorismo es asimétrico y no respeta ninguna reciprocidad —por lo tanto, es delictivo—. Ahora bien, entonces no es legítimo crear un régimen jurídico mixto, cuyos elementos sean usados a discreción.¹⁶² En efecto, solo desde la perspectiva que considerara al terrorista como un combatiente de verdad —legal o ilegal— sería posible el empleo contra él de mecanismos propios de los conflictos armados. De lo contrario, la llamada guerra contra el terror muestra las características de una guerra punitiva, ya descalificada categóricamente por Kant.¹⁶³
- 128** El lenguaje de la «lucha» se utiliza de modo creciente tanto por el legislador como por los medios de comunicación, e incluso —aunque de forma selectiva— por la doctrina. Sin embargo, dicho lenguaje nunca es adecuado para designar al Derecho penal. En efecto, en los ámbitos mencionados sí es revelador de que los conflictos que se generan son expresión de una situación intermedia, que no es fácilmente reconducible al Derecho penal ordinario.

¹⁵⁹ Pawlik, JZ 2004, 1054 ss.

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

¹⁶¹ Silva Sánchez, InDret 1/2017, 7 ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

Esta obra contiene una exposición actual de la Parte General del Derecho penal, dirigida a la comunidad académica y forense de todos los países de habla hispana. Esto significa que se integra en la tradición dogmática de cuño alemán, pero considera en particular las aportaciones realizadas en la bibliografía española e iberoamericana de las últimas décadas, sin olvidar a la doctrina italiana. En este punto, una novedad relevante es que tiene especialmente en cuenta las contribuciones de la tradición angloamericana. En cuanto a la exégesis de la legislación positiva, ciertamente se ha tomado como base el texto del Código penal español, aunque sin dejar de citar, allí donde ha sido posible, los códigos penales de las naciones de Iberoamérica.

La obra parte de tres ejes fundamentales: una antropología realista; la doctrina de las normas de conducta y las normas de sanción; y la distinción de tres clases de delito, que se denominan *mala in se* nucleares, *mala in se* periféricos y *mala quia prohibita*. Además, a lo largo de ella se subraya la importancia, no solo procesal, de la distinción entre las cuestiones de hecho y de derecho.

ISBN: 978-84-1078-404-8

