

RECENSIONES DE LIBROS

LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Curso de Derecho penal. Parte General I, Editorial Universitas S.A., Madrid, 1996*

I

En el género del Manual, y en concreto por lo que se refiere a nuestra disciplina del Derecho penal, creo que se pueden distinguir dos niveles distintos en cuanto al contenido. En uno de esos niveles podríamos situar los Manuales que se limitan a exponer los conocimientos más elementales de nuestra disciplina con fines estrictamente docentes y que, sin duda, tienen en dicho nivel un valor nada despreciable. En otro nivel —indudablemente superior— hay que situar a los Manuales en que el autor, sin descuidar su destino didáctico, se propone trascender aquel nivel para realizar una exposición sistemática científica de los contenidos de la disciplina. El Curso de Parte General de *Luzón* se clasifica precisamente en este nivel superior, pues desarrolla una exposición de los contenidos científicos del Derecho penal con arreglo a un sistema que el autor va construyendo paso a paso, capítulo a capítulo. En él se exponen con el máximo rigor y exactitud todos los puntos de vista, todas las doctrinas elaboradas sobre las muy diversas cuestiones que plantea el sistema penal y el autor razona y argumenta a favor o en contra de las mismas para tomar posición.

El *Curso* de *Luzón* constituye, sin duda, una de las piedras angulares de la manualística penal española. Se trata de una obra de consulta obligada no sólo para quien desee obtener información sobre la génesis de los conceptos jurídico penales, sobre su valor y funcionalidad y sobre el estado actual de la discusión en torno a los problemas que trata de resolver nuestra Ciencia, sino sobre todo para quien quiera participar y tomar posición en el debate. *Luzón* no se limita a describir o a definir sus posiciones sino que antes las justifica mediante el desarrollo de una argumentación que si en todos los casos es brillante y extraordinariamente clara, en muchos de ellos es, además, exhaustiva. El *Curso* de *Luzón* no contiene notas a pie de página con referencias bibliográficas. Esta circunstancia, sin embargo, no debe restar mérito a

la obra, pues el texto de *Luzón* rezuma por doquier una abundante, precisa y rigurosa documentación. La producción científica de *Luzón* —de sobra conocida y que no vamos a descubrir evidentemente aquí— es sin duda una de las que atesoran mayor profundidad, calidad y rigor, y en ella puede encontrarse y comprobarse hasta la saciedad la ingente cantidad de las fuentes científicas que maneja en la construcción de su sistema. Pues, como puede comprobarse por quien haya seguido la obra científica de *Luzón*, la inmensa mayoría del contenido de su Curso, prácticamente la totalidad de los temas que ahora aparecen expuestos y ordenados conforme a un sistema, ha sido objeto ya antes de publicaciones monográficas perfectamente documentadas. La ausencia de citas en el Curso, por tanto, carece por completo de trascendencia.

Cuando asumí el compromiso de hacer una reseña al Curso de *Luzón* me planteé en un primer momento el objetivo de entrar en un minucioso análisis de la construcción que defiende de todos y cada uno de los conceptos de la teoría del delito, pero ello hubiera supuesto por mi parte la elaboración de una Parte General completa en paralelo. Pues, no obstante mi coincidencia y acuerdo con una gran parte de los contenidos que *Luzón* atribuye a los conceptos, los presupuestos dogmáticos de los que parte difieren sustancialmente de los que a mí me parecen más convincentes, y estas diferencias se traducen frecuentemente —más allá de querellas puramente terminológicas— en divergencias acerca del valor de muchos conceptos y, por supuesto, en la solución que deba darse a un caso o a un grupo de casos, o acerca del tratamiento general que debe darse a una determinada cuestión, como por ejemplo al error sobre los presupuestos de una causa de justificación. Por esta razón, y para que la extensión de esta reseña sea razonable, me limitaré —fundamentalmente, esto es, sin perjuicio de detenerme en algunas cuestiones puntuales o en algunos argumentos de *Luzón* con los que estoy plenamente de acuerdo— a analizar aquellos aspectos generales del sistema de *Luzón* que me parecen más relevantes y con respecto a los que creo que una Dogmática de orientación marcadamente normativista no puede o encuentra serias dificultades para construir un sistema coherente y libre de contradicciones internas. Y esto, claro está, desde mi convencimiento —que no quiero decir no sea equivocado— de que, por el contrario, un sistema apoyado y contruido sobre categorías ontológicas no incurre en contradicciones lógicas ni valorativas.

II

1. Dedicó *Luzón* el primer capítulo de su Curso al análisis de los diversos aspectos y dimensiones del concepto del Derecho penal como

sector del ordenamiento jurídico. A partir de un entendimiento lógico de la estructura de la norma, de acuerdo con la opinión más extendida, como una proposición compuesta de un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica (p. 50), concibe el Derecho penal, en el plano *formal*, como el conjunto de normas que prevén (como supuestos de hecho) delitos y determinadas circunstancias del delincuente, o bien las circunstancias de peligrosidad del autor; y las correspondientes consecuencias jurídicas, que pueden ser penas, medidas de seguridad o también, en algunos casos, consecuencias accesorias (pp. 48 y 50).

Del desarrollo que hace *Luzón* de esta definición formal del Derecho penal, me parece cuestionable que las denominadas *consecuencias accesorias*, a pesar de que no sean penas ni medidas de seguridad, lo que es sin duda correcto, tengan sin embargo realmente naturaleza penal y que pertenezcan, por lo tanto, al Derecho penal. Las características de las consecuencias accesorias que destaca *Luzón*, a saber: que se trata de consecuencias precisamente del delito, que están previstas en normas penales (a mi juicio, es más exacto hablar de *leyes penales*), que su aplicación se realice por el juez penal y, finalmente, que supongan privaciones de derechos de entidad considerable (p. 58), no me parecen argumentos suficientemente demostrativos de la naturaleza jurídico penal de las mismas. La llamada responsabilidad civil derivada del delito es, sin duda, una consecuencia jurídica de éste en la medida en que el hecho punible constituye un elemento integrante del supuesto de hecho de su aplicación, pero su naturaleza jurídica es inequívocamente civil y pertenece al Derecho civil, como con razón sostiene la doctrina dominante. Que las llamadas consecuencias accesorias lo sean precisamente del delito, por lo tanto, es un dato formal que en nada prejuzga su naturaleza jurídica ni el sector del ordenamiento al que pertenezcan. La regulación de las consecuencias accesorias con carácter general en el Código penal (arts. 127 a 129) y su previsión especial en relación con determinadas figuras delictivas en los preceptos correspondientes que las describen es también un dato formal que no puede prejuzgar su naturaleza jurídica ni determinar el orden jurídico al que pertenecen; esta localización concreta es una necesidad lógico-formal derivada del hecho de que se trata de consecuencias jurídicas precisamente del delito y aún más de la exigencia concreta que establece el art. 129.1 de que las consecuencias previstas en el mismo sólo podrán imponerse «en los supuestos previstos en este Código». Además, como reconoce el mismo *Luzón* de modo general y con razón «la inclusión de una sanción en una norma penal ... tampoco es criterio seguro, puesto que en una misma ley puede haber parte penal y preceptos no penales, sino de otra índole» (pp. 58 s.). Tampoco el dato de que la competencia para su aplicación esté atribuida exclusivamente a la jurisdicción penal

es decisivo para dilucidar su naturaleza jurídica, pues como con razón reconoce el mismo *Luzón* de modo general «la aplicación jurisdiccional no es un criterio definitorio de lo que son normas penales, o delitos, o sanciones penales», pues «no toda sanción o medida que impone el juez de lo criminal en el proceso penal es una sanción o consecuencia jurídico penal; puede tratarse también de sanciones o medidas procesales, civiles o administrativas» (p. 58). Finalmente, el hecho de que las consecuencias accesorias se actualicen en privaciones de derechos de entidad considerable no puede ser tampoco decisivo para atribuirles naturaleza penal, pues como resulta de una simple mirada al Derecho positivo, otros sectores del ordenamiento jurídico, como el Derecho administrativo, el disciplinario, el mercantil, el laboral o el tributario prevén consecuencias jurídicas —y, por cierto, no siempre con carácter específico de sanciones— de similares contenidos e incluso de mayor gravedad.

En mi opinión, la naturaleza jurídica de una reacción o consecuencia jurídica únicamente puede determinarse a partir de su fundamento y de su finalidad, planos que también son atendidos por *Luzón*, pues la atribución de naturaleza penal a las consecuencias accesorias la basa también —y tal vez éste sea su argumento decisivo— en la asignación a las mismas de una finalidad preventiva en un sentido material (pp. 58 y 292 s.). Considera *Luzón* que este tipo de consecuencias, en la medida en que son accesorias de penas, tienen una finalidad preventiva reforzada o agravada, y ello tanto en el sentido de la prevención general como de la prevención especial (p. 60). La finalidad de reforzamiento de la prevención general de las consecuencias accesorias se traduce en su eficacia disuasoria frente a potenciales delincuentes, dado que suponen una amenaza de privación de disfrute o utilización de los efectos de delito o de inutilizar determinados objetos que puedan ser utilizados como instrumentos del delito. La finalidad de refuerzo de la prevención especial se concreta para *Luzón* en que mediante la aplicación de las consecuencias accesorias se pretende «evitar que los sujetos que han delinquido y por ello potencialmente peligrosos vuelvan a utilizar instrumentos —objetos o personas jurídicas— para el delito ... o impedir que se beneficien de los efectos del delito, y ello ...». No es posible evidentemente en el marco de una recensión a una obra general desarrollar minuciosamente una toma de posición en torno a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias ni, por lo tanto, sobre su fundamento y finalidades, por lo que me limitaré a explicar las razones por las que los específicos argumentos materiales de *Luzón* a favor de la naturaleza penal de las consecuencias accesorias no me parecen convincentes.

A mi juicio y de modo general, la aptitud de un determinado instrumento para la producción —de modo necesario o eventual— de un

determinado efecto —por ejemplo la disuasión de realizar determinados comportamientos o el impedir materialmente su realización—, no es por sí mismo un dato ya determinante del sentido material concreto —por ejemplo, preventivo, reparador, indemnizatorio, etc.— con que se utiliza y aplica el instrumento, sino sólo de la posibilidad de decidir sobre el uso de dicho instrumento en ese sentido material entre otros igualmente posibles. La responsabilidad civil por hecho ilícito —delictivo o no—, o las denominadas multas coercitivas, por ejemplo, también pueden tener efectos disuasorios frente a potenciales infractores y frente al propio condenado a indemnizar o frente al destinatario de la multa coercitiva de cara a su comportamiento futuro, y sin embargo estos son efectos ajenos a la esencia jurídica de tales reacciones jurídicas, que tienen una naturaleza inequívocamente civil y administrativa respectivamente. Lo decisivo y determinante de la naturaleza jurídica de un determinado instrumento utilizado como reacción jurídica frente a una determinada clase de hechos es la configuración del supuesto de hecho de su aplicación y la finalidad que se le asigne en congruencia con el mismo. El supuesto de hecho de aplicación de las consecuencias accesorias no tiene a mi juicio naturaleza penal y la finalidad *típica* de las mismas no es tampoco preventiva en sentido jurídico penal. Es cierto que en nuestro Código la aplicación del comiso de los instrumentos y el de las ganancias sólo puede tener lugar cuando se aplique una pena (art. 127) y que, por lo tanto, la realización de un hecho culpable —e incluso punible— es una condición de su aplicación. Ello es debido a una deficiente regulación del legislador, que no ha sabido captar la congruencia entre el supuesto de hecho que fundamenta el comiso y la finalidad de éste, que debiera ser objeto de reformulación en una futura reforma. El supuesto de hecho de la aplicación del comiso de los instrumentos no puede ser otro que la existencia de una situación de hecho en que aparezca como probable la utilización del instrumento en el futuro para la comisión de hechos punibles y su finalidad radica en las necesidades de aseguramiento de la colectividad frente a dicho peligro, es decir, se trata de una finalidad de policía. Ni la culpabilidad del autor que se sirvió de tales instrumentos para la realización del hecho, ni su peligrosidad criminal deben ser condiciones de aplicación del comiso de los instrumentos; la intervención sobre la voluntad o la peligrosidad *del autor* (prevención especial) o la producción de efectos disuasorios en la voluntad de potenciales delincuentes futuros (prevención general) —y la adecuación a la reafirmación del ordenamiento jurídico (retribución)— son cuestiones ajenas a la esencia del comiso de los instrumentos y éste, por lo tanto, no puede tener naturaleza penal. Se trata de una medida del Derecho de policía que encuentra su legitimación en el llamado poder coercitivo del Estado. El fundamento del comiso de la ganancia es una situación de enriquecimiento injusto y su finalidad es la

eliminación de dicha situación; la necesidad de su aplicación es por completo ajena a la culpabilidad o a la peligrosidad del autor que haya generado la situación, y permanecería igualmente aunque en el caso concreto no hubiera necesidad de pena desde el punto de vista de las exigencias preventivas. Parecidas consideraciones cabe hacer con respecto a las medidas previstas en el art. 129 como consecuencias accesorias con respecto a organizaciones y agrupaciones de personas. A diferencia de lo que ocurre con la regulación del comiso, el art. 129 no requiere la aplicación de una pena para la aplicación de dichas medidas, por lo que a mi juicio debería bastar con la realización de un hecho típico y antijurídico sintomático de la peligrosidad objetiva de la agrupación. El sentido preventivo al que indudablemente se orientan dichas medidas no es de carácter punitivo, sino más bien de naturaleza policial; su aplicación se justifica por la situación objetiva de peligro que representa la agrupación con independencia de las necesidades de intervención en la voluntad del autor o en la de potenciales infractores futuros.

En definitiva, ni los argumentos formales, pero sobre todo tampoco los materiales, invocados por *Luzón*, me parecen convincentes para la fundamentación de una naturaleza penal de las denominadas consecuencias accesorias. Éstas gozan de una naturaleza jurídica diversa, en todo caso no penal, y, por lo tanto, no pertenecen al Derecho penal ni en un sentido formal ni en uno material.

2. En su exposición acerca del concepto *material* del Derecho penal, *Luzón* aborda, entre otras cuestiones, el concepto material de delito, el carácter y la función de las normas penales y el problema de la accesoriedad o autonomía del Derecho penal.

Luzón concibe al delito, desde un punto de vista material, como «una conducta gravemente nociva para la sociedad, perturbando considerablemente bienes jurídicos importantes» (p. 59), de acuerdo con el concepto de antijuridicidad material como dañosidad social. De ahí que *Luzón* rechace, con toda la razón, la concepción del delito como conducta desviada que impera en determinadas corrientes sociológicas. El concepto de desviación, como señala acertadamente *Luzón*, es puramente formal y únicamente sirve para designar una amplia gama de fenómenos sociales problemáticos entre los que el delito aparece como uno más entre otros muchos (pp. 60 s.)

Considera *Luzón* que las normas jurídico penales tienen el doble carácter de norma de valoración y de norma de determinación, siendo la primera presupuesto lógico de la segunda (pp. 64 ss.), y que la norma de determinación configura ya el ámbito de la antijuridicidad y no el de la culpabilidad. Y se preocupa *Luzón* con todo acierto de aclarar que la

concepción de la antijuridicidad como infracción de una norma de determinación para nada supone un concepto *subjetivo* de antijuridicidad. La norma de determinación tiene un carácter también objetivo, pues «son el medio ... de encauzar las conductas humanas ... y van dirigidas a la totalidad, a la generalidad de los ciudadanos, sin distinguir entre culpables y no culpables» (p. 66). *Luzón*, no obstante, a la hora de desarrollar el concepto de norma opera con las categorías de norma primaria y norma secundaria, y no con los conceptos de norma y ley penal, acuñados por Binding, que me parecen más adecuados que aquéllos para explicar y comprender multitud de cuestiones jurídico penales en las que aquí no es oportuno detenerse.

A la cuestión del fundamento y de los fines de la pena y de la medida de seguridad no dedica *Luzón* una exposición detallada, lo que hace prever que dichas cuestiones, que por lo general suelen ser expuestas ya con profundidad en la mayor parte de los Tratados y Manuales de Parte General, las reserva para los capítulos que dedique en un futuro a las consecuencias jurídicas del delito. En este primer volumen se limita *Luzón* a exponer sucintamente su concepción relativa de la pena, que fundamenta exclusivamente en las exigencias de la prevención general y especial (pp. 68 s.). No obstante, expone también una breve reflexión en que rechaza aquellas orientaciones que pretenden ver la esencia de los instrumentos punitivos en la realización de una función de control social (pp. 70 s.), rechazo con el que me muestro plenamente de acuerdo.

El dilema sobre la naturaleza accesoria o autónoma del Derecho penal con respecto a otras ramas del Derecho lo resuelve *Luzón* a favor de la autonomía, fundamentalmente con el argumento, que comparto plenamente, de que es el propio Derecho penal el que con sus principios políticocriminales específicos establece las circunstancias en las que la protección de bienes jurídicos debe realizarse precisamente mediante el Derecho penal (p. 72).

3. *Luzón* dedica siete capítulos más de su Curso a la exposición de las cuestiones que tradicionalmente se incluyen en la Introducción de la Parte General del Derecho penal. En el Capítulo 2 analiza el fundamento y la justificación del *ius puniendi* —que él ve en su necesidad «para garantizar la protección de la sociedad a través de la prevención general y especial de delitos» (p. 79)—, así como sus principios limitativos: legalidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, subsidiariedad y carácter fragmentario, efectividad, proporcionalidad, culpabilidad, responsabilidad subjetiva, responsabilidad personal y humanidad y resocialización. El Capítulo 3 de la obra de *Luzón* se dedica al estudio del concepto y del método de la Ciencia del Derecho penal, en la que incluye la Dogmática

y la Política criminal como dos vertientes sólo relativamente autónomas de la Ciencia jurídico penal, dada su interdependencia (p.101), y al estudio de los contenidos de otras Ciencias penales autónomas o auxiliares de la Ciencia jurídico penal, como la Penología —que, a mi juicio, carece de autonomía, al ser una materia integrante de la Parte General y, por lo tanto, de la Ciencia del Derecho penal— y el Derecho penitenciario, la Criminología, la Victimología, la Criminalística, la Medicina legal y la Psiquiatría forense. En el Capítulo 4 se realiza un estudio evolutivo histórico del Derecho penal español; *Luzón* hace una exposición de las características fundamentales de los diversos Códigos penales históricos españoles y de las principales reformas penales españolas hasta el presente aportando interesantes noticias acerca del contexto histórico-político en que se gestaron. Los capítulos 5 a 8 se dedican en el Curso de *Luzón* al estudio de las cuestiones relativas a la ley penal: principio de legalidad, fuentes y estructura de la ley penal (cap. 5), interpretación de la ley penal (cap. 6), ámbito temporal (cap. 7) y, finalmente, ámbito espacial de la ley penal, donde incluye la extradición (cap. 8). Como «carencias» en los contenidos de la Introducción del Curso de *Luzón* deben mencionarse la inexistencia de un estudio de los problemas de delimitación del Derecho penal con respecto a otros sectores del ordenamiento, especialmente con respecto al llamado Derecho sancionador administrativo y al Derecho disciplinario, y la ausencia también de una exposición relativa a dar noticia sobre la evolución de las ideas jurídico penales, que por su valor formativo me parece conveniente incluir en una obra que, como la de *Luzón*, está destinada no sólo al científico y profesional del Derecho sino también al estudiante universitario.

4. De las cuestiones que *Luzón* aborda en los capítulos de la Introducción, enumeradas en el apartado precedente de esta recensión, me parecen dignas de someter a un comentario particularizado, las siguientes.

En relación con el problema del rango que corresponde a las leyes penales, *Luzón* se posiciona en la tesis intermedia defendida por un sector doctrinal no mayoritario que rechaza tanto que aquéllas deban tener siempre carácter de ley orgánica (así la doctrina dominante) como que no sea precisa una ley de tales características en ningún caso (así una doctrina muy minoritaria). La tesis por la que opta *Luzón* me parece precisamente la correcta: únicamente será precisa una ley orgánica «si por las penas o medidas de seguridad que imponga afecta o limita derechos fundamentales ... (o si) el bien jurídico protegido en los tipos delictivos (es) un derecho fundamental» (p. 140). Argumenta *Luzón* frente a la doctrina minoritaria que una pena o medida de seguridad suponen claramente una forma de «desarrollo» del derecho en cuestión (art. 81.1 CE) cuando afectan a un derecho fundamental (p. 140). Y con razón,

pues una pena o medida de tales características dan lugar a una limitación o privación del ejercicio del derecho fundamental afectado. Pero por otro lado rechaza, también con razón, la tesis mayoritaria que quiere ver en toda pena o medida una afección del derecho fundamental al honor o al derecho fundamental a la libertad, pues un entendimiento tal debería llevar a que «*todos los derechos se convertirían en derechos fundamentales, lo que*», como señala *Luzón*, «evidentemente no es la voluntad ni el sentido de la CE» (p. 141).

Luzón dedica una atención especial al problema de las denominadas leyes penales en blanco y hace sobre él una exposición detallada. En el concepto de ley penal en blanco incluye, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, no sólo aquellas leyes penales que remiten a normas extrapenales de rango inferior a la ley sino también las que reenvían a otra con rango igualmente de ley (pp. 148 s.). Y con razón. Lo decisivo para calificar a una ley penal como «en blanco» no debe ser el dato formal del rango de la norma extrapenal a la que remite en parte el supuesto de hecho, sino el dato de que éste no se encuentre total y exhaustivamente descrito en la ley penal. Considera *Luzón*, a mi juicio también con razón, que las leyes penales en blanco, siempre que cumplan determinados requisitos, son compatibles con el principio constitucional de legalidad. La ley penal en blanco debe describir en todo caso el núcleo esencial de la conducta típica y únicamente puede remitirse a normas extrapenales en cuanto a aspectos secundarios de carácter técnico que no podrían ser precisados en la propia ley penal.

III

1. En la segunda parte de su Curso inicia *Luzón* el estudio de la Teoría jurídica del delito. En este volumen estudia las cuestiones generales relativas a dicha teoría —incluida la evolución histórico-dogmática del concepto del delito— y toda la estructura de lo injusto (capítulos 9 a 24), aunque probablemente por razones de didáctica de la exposición no aborda aquí el estudio de cuestiones tan vinculadas a lo injusto como los grados de ejecución del delito, las formas de intervención en el hecho punible y la estructura de los delitos de omisión, cuyo estudio queda diferido al segundo volumen, acaso tras el estudio de la culpabilidad. En el capítulo 9 aborda *Luzón*, en primer lugar, la cuestión de la necesidad de elaborar una teoría general del delito y el valor de la misma, que vincula a la seguridad jurídica, y a continuación realiza una interesante exposición de la evolución de dicho concepto. En el capítulo 10 aborda el estudio del concepto de acción o de conducta como cuestión general y común a todos los delitos, y el capítulo 11 lo

dedica a las causas de exclusión o de ausencia de acción, considerando, con argumentos que comparto en lo fundamental, que la persona jurídica carece ya de capacidad de acción en el sentido del Derecho penal y que, por ello, no pueden ser objeto de sanciones penales, y por cierto no sólo de penas sino tampoco de medidas de seguridad.

2. Para *Luzón* la acción constituye un elemento autónomo y básico en la teoría del delito (p. 247). Rechaza, por ello, las doctrinas que consideran que la acción no es un elemento independiente y previo a los demás elementos del delito, sino que la consideran como una parte integrante de la tipicidad o de lo injusto, es decir, que consideran que el primer elemento del concepto del delito es la realización típica. La posición de *Luzón* me parece la correcta. El Derecho penal no puede crear mediante sus valoraciones, particularmente mediante los juicios de la tipicidad o de lo injusto, el concepto de acción. Este constituye sin duda una realidad previa, más concretamente constituye el objeto de dichos juicios. La acción *típica* no es otra cosa que una *especie* del género acción que resulta de la aplicación a éste de determinados juicios de valor que presuponen lógicamente la existencia previa del objeto con el que es posible una realización típica. En cuanto al concepto mismo de acción, *Luzón* hace un repaso de los diferentes conceptos formulados por la Dogmática, y así analiza los conceptos clásicos de acción en sentido causal, final y social, y tras dedicar atención a algunos conceptos más modernos como el negativo, el intencional y el personal en la versión propuesta por Roxin, toma posición a favor de un concepto que también denomina personal pero al que reconoce como una variante evolucionada del concepto causal.

Aun cuando, como veremos, *Luzón* asume un sistema estructurado sobre las consecuencias generales fundamentales del finalismo, rechaza el concepto de la acción finalista como base del sistema. Me parece, sin embargo, digno de comentario y plausible el hecho de que *Luzón* no haga gravitar sus argumentos en contra del concepto finalista de acción en torno a la tan extendida como infundada afirmación de que dicho concepto de acción sea inadecuado para los tipos imprudentes y que en éstos coincida con el concepto causal. El finalismo no ha tenido el menor inconveniente en reconocer la inviabilidad de sus primeras construcciones, como sucedió con respecto al criterio de la finalidad potencial, que abandonó sin la menor reserva por mor de la contundencia de las objeciones de que se hizo acreedor. En su fase más desarrollada, sin embargo, la doctrina de la acción finalista ha demostrado que también en los delitos imprudentes, igual que en los dolosos, hay una acción finalista real en la base. Como reconoce *Luzón* (p. 254) «el concepto causal exige solamente que dependa de la voluntad del modo de comportarse activo o pasivo ... pero el concepto finalista requiere para

la acción que el sujeto se plantee clara y conscientemente un fin, un objetivo al que encamina su conducta (selección de medios y dirección del curso causal hacia una finalidad)».

Es cierto que la doctrina finalista viene reconociendo que, en cualquier caso, el *fin* de la acción que realiza el tipo imprudente es jurídicamente irrelevante, pues queda fuera de la valoración jurídica. Pero incluso este reconocimiento me parece discutible; en todo caso no puede aceptarse de modo absoluto, pues lo único cierto, a mi juicio, de dicha afirmación es que el fin de la acción imprudente queda fuera del *tipo*. El fin de la acción, sin embargo, no es totalmente irrelevante para la valoración jurídica tampoco en los delitos imprudentes. Las normas de las que se derivan los tipos de los delitos imprudentes son normas de cuidado —diferentes por su objeto a las que fundamentan los delitos dolosos—, pero su objeto es también una acción finalista. Las normas de cuidado tienen por objeto los medios y los modos de realización de una acción finalista, prohíben o mandan que una acción finalista se realice de determinada manera o con determinados medios. Ahora bien, me parece incuestionable que la valoración jurídica de los medios y modos de realización de la acción por la norma de cuidado depende también del *fin* de la acción, pues una diferencia de fines puede suponer precisamente una modificación de la valoración jurídica de unos mismos medios y formas objetivos de realización de la acción o modificar el contenido de la norma de cuidado. La conducción de una ambulancia a una velocidad superior a la establecida con carácter general para el lugar de tránsito, con invasión del sentido contrario de circulación y sin detención de la marcha en cruces con semáforo cerrado (medio y manera objetiva de realización) puede ser una conducta no desvalorada y, por tanto, conforme con la norma de cuidado actualizable en el caso concreto si el *fin* de la acción es el traslado urgente de un accidentado en peligro de muerte, pero esa misma e idéntica conducta objetiva, es decir, considerada en sus elementos externos, estará desvalorada y será contraria a la norma de cuidado si, por ejemplo, el *fin* de la acción del conductor, que estaba utilizando la ambulancia de modo privado fuera de su horario de trabajo, era divertirse, probar su destreza y habilidad, o librarse de un atasco para llegar a tiempo a un espectáculo. No me parece acertada, por todo ello, la extendida crítica de que en los delitos imprudentes carezcan de relevancia jurídica los elementos ontológicos de la acción finalista, pues a mi juicio ni siquiera el fin de la acción puede dejar de ser valorado cuando se trata de dar contenido a las normas de cuidado y, por consiguiente, al desvalor de la acción en el delito imprudente.

El rechazo del concepto final de acción lo fundamenta *Luzón* en la incapacidad de que, a su juicio, adolecería el mismo para explicar determinados comportamientos que merecen sin duda ser calificados

como acción. El concepto final de acción es para él uno «demasiado reduccionista» porque comprende sólo «las acciones más perfectamente elaboradas, las planificadas consciente y controladamente hacia un objetivo», por lo que «deja fuera muchas formas de acciones». Menciona *Luzón* como conductas que quedan fuera del concepto final de acción las actuaciones en que el sujeto no se plantea ni piensa en fin u objetivo alguno porque las realiza distraído (pasear, cantar, etc.), los actos automatizados, las acciones impulsivas y las acciones en cortocircuito y las omisiones propias mediante pura pasividad (pp. 254 s.). No creo, sin embargo, que este tipo de actuaciones humanas queden realmente fuera del concepto de acción final. Como la propia doctrina de la acción finalista ha puesto de relieve también en estos casos estamos ante actividades realizadas con finalidad consciente, pues en ellos se da sin duda una dirección de la acción en el mundo exterior y lo que falta es una dirección de los impulsos a valorar en la culpabilidad. Por otro lado, es cierto que la omisión propia mediante pura pasividad no puede ser comprendida por el concepto final de acción como indica *Luzón*. El concepto final de acción, sin embargo, no puede comprender a ninguna clase de omisiones. Pero ello es debido a la imposibilidad de formular un supraconcepto de acción que abarque al actuar positivo y al omisivo, al tratarse de formas de comportamiento irreductibles en la esfera ontológica.

Por otro lado, considera *Luzón* que el concepto final de acción tiene carácter normativo y no ontológico y que de la estructura de la acción no se derivan forzosamente unas determinadas consecuencias sistemáticas (pp. 255 s.). Excedería con mucho el marco de esta reseña exponer, con el rigor que merece tan compleja cuestión, las razones por las que no puedo estar de acuerdo en tales aseveraciones de *Luzón*. Me limito a decir aquí únicamente que para el finalismo, especialmente desde la obra de *Armin Kaufmann*, están claramente delimitados los planos en que se desenvuelven los juicios ontológicos y los juicios axiológicos; el juicio (analítico) acerca de qué es acción trata de aprehender la sustancia de la acción humana, su estructura material, y ésta consiste en la finalidad; axiológico o normativo es únicamente el juicio acerca de los concretos contenidos que pueden ser abarcados por la finalidad, pero no el juicio sobre la finalidad misma como categoría ontológica específica del actuar humano. Por otro lado, quien acepte en la base de la teoría del delito la presencia de una acción finalista debe incluir forzosamente el dolo en el tipo de lo injusto, pues la tipicidad es un juicio que debe tener por objeto la totalidad de la acción y no sólo un fragmento de la misma.

Luzón toma posición a favor de un supraconcepto de conducta, que abarcaría tanto el actuar positivo como la omisión, y al que denomina

«concepto *personal* de acción» y considera como un desarrollo evolucionado de «las últimas formulaciones amplias del concepto causal» (pp. 265 s.). Según *Luzón* la característica y diferencia de la conducta humana es su dependencia de la voluntad, y esto presupone una situación de consciencia del aparato cerebral y del sistema nervioso central (p. 265), de modo que el movimiento o la inmovilidad ha de ser ordenado, controlado por la voluntad humana. *Luzón* prescinde en su concepto de acción de toda relación de la voluntad con los procesos externos (causales) que desencadena, pues para la existencia de una acción basta, según él, «con la manifestación activa o pasiva de la voluntad humana, considerada *en sí misma*, con independencia de su relación o no con procesos causales o de otras circunstancias que influyan en su relevancia social o en su caso jurídica» (p. 268). Un concepto de acción así configurado permitiría explicar, según *Luzón* sin las dificultades con que tropiezan otros conceptos —especialmente el finalista—, no sólo los hechos dolosos sino igualmente los imprudentes y las omisiones, pues en los primeros «puede afirmarse perfectamente que un movimiento o conjunto de movimientos es querido, abarcado y dominado (al menos en su inicio) por una orden de la voluntad, aunque naturalmente ésta no se extienda al curso causal o a la dirección del movimiento» (p. 268), y en las omisiones el sujeto realiza siempre, o bien una actividad positiva, o bien —excepcionalmente— permanece en una situación de total inmovilidad o de reposo muscular, y tanto la actividad como la pasividad dependen de la voluntad en el sentido de que en sí mismas son «ordenadas por la voluntad de esa persona». El concepto de acción que formula *Luzón*, por otro lado y en su opinión, no tendría tampoco dificultades para comprender las actuaciones que, según él, quedaban fuera del concepto final de acción, como los actos automatizados, los movimientos impulsivos o cuasireflejos y los pasionales, pues todo este tipo de movimientos «responden a órdenes de la voluntad» (pp. 266-267); en muchos de estos casos lo que se dará, sin embargo, será una perturbación de la capacidad de motivación del sujeto que afectará, excluyéndola o disminuyéndola, a la culpabilidad (pp. 266 s.). En un ejercicio de autocalificación de su propio concepto, concluye *Luzón* afirmando que si bien el mismo «coincide sustancialmente con algunas de las últimas versiones del concepto causal de acción», no obstante «debe rechazarse el nombre de concepto causal o causalista» porque «la existencia de una acción humana, sea la base de un delito o no sea en absoluto delictiva, es totalmente independiente de si provoca o no cursos causales o de si los modifica, interrumpe o deja seguir su curso» y porque, además, «no se debe atribuir mayor importancia a la parte objetiva de la acción», dado que «tan importante es la parte subjetiva como la objetiva, la dependencia de la voluntad humana (consciente) como la exteriorización activa o pasiva de la misma» (p. 271).

El concepto *personal* de acción de *Luzón*, a mi juicio, no presenta diferencias sustanciales con el concepto causal. Como el mismo autor reconoce, en dicho concepto no puede verse más que una *variante o versión* del concepto causal. Frente al concepto causal clásico, la variante que define *Luzón* se caracteriza únicamente —igual que otras actuales— por la exclusión del concepto de acción del proceso causal desencadenado por el movimiento corporal dependiente de la voluntad o, como más precisamente dice *Luzón*, ordenado y controlado por la voluntad en una situación de consciencia del aparato cerebral y del sistema nervioso central. Este concepto de acción es apropiado para explicar las omisiones, pues si en éstas, como *Luzón* pretende, debe examinarse la actividad diferente a la esperada que realiza el sujeto, en la base de la omisión —concepto que para *Luzón* es de carácter normativo—, cabrá exigir que haya una actividad dependiente de la voluntad y en los casos excepcionales de total inmovilidad la situación de reposo muscular será también dependiente de y controlada por la voluntad. Pero entonces, y *servata distantia*, lo que queda como nota conceptual en la acción no parece ser, en mi opinión, otra cosa que el «impulso voluntario» o «enervación», o bien la «contención voluntaria de los nervios motores» que caracterizaban, si bien desde una perspectiva naturalista-mecanicista, los conceptos de acción y de omisión, respectivamente, de *Liszt* y *Beling*, pues éstas justamente —la voluntariedad del impulso o de la contención nerviosa— son las condiciones a partir de las cuales puede considerarse a una actividad cualquiera o a una inactividad como dependientes de la voluntad. Un concepto de acción que se define como manifestación activa o pasiva de la voluntad humana, como el sostenido por *Luzón*, establece sin duda los requisitos mínimos para la existencia de una conducta humana y, por ello, es adecuado para excluir ya de antemano del ámbito de enjuiciamiento jurídico-penal todas aquellas manifestaciones humanas activas o pasivas que no son en absoluto dependientes de la voluntad (actos reflejos, movimientos convulsivos, movimientos del sonámbulo, actos inducidos por una fuerza irresistible, etc.), utilidad que, por cierto, rinden todos los conceptos de acción. Pero como ha dicho *Jakobs* (*AT*, 2ª ed., p. 130 núm. 7), a mi juicio con razón, un concepto como éste ya «no rinde para nada más».

En efecto, el concepto de acción de *Luzón* en particular no puede servir de base para una correcta construcción y comprensión de los tipos de lo injusto, debido al déficit de caracteres positivos materiales que se observa en tal concepto. La comprobación de una manifestación activa o pasiva de la voluntad puede ser sin duda un hecho explicativo de que existe una acción, pero de ahí no puede deducirse en modo alguno *qué* o *cuál* es la acción realizada, y por lo tanto *cuál* es el tipo de

lo injusto al que debe someterse el enjuiciamiento de la acción (de la manifestación de la voluntad). Con el concepto de acción de *Luzón* no es posible averiguar, en mi opinión, ni siquiera si el suceso debe confrontarse con un tipo de acción o con uno de omisión, pues en la base de esta última —dado que, para él, es un concepto normativo— puede haber —y esto es, además, según *Luzón*, lo normal— una manifestación de voluntad *activa*. La manifestación activa de la voluntad que exterioriza el sujeto en lugar de la acción esperada que omite, sin embargo, es por completo irrelevante para el contenido del tipo de omisión. Pues en una situación típica de un delito de omisión, el sujeto ya puede realizar todas las manifestaciones de voluntad activas que quiera, o incluso una inactiva de permanecer en reposo muscular; no obstante —es decir: aunque existan todas las acciones en el sentido de *Luzón* que se quiera—, si el sujeto carece por cualquier razón en esa situación de la capacidad de realizar precisamente la acción que es objeto del mandato y que es, por ello, esperada, entonces no existirá omisión en absoluto; ahora bien, si esto es así, entonces resulta que no es la manifestación concreta de voluntad activa o pasiva del sujeto lo que está en la base del tipo de lo injusto de omisión sino la capacidad concreta de realización de la acción esperada, y si ésta capacidad es un elemento ajeno al concepto de conducta de *Luzón*, de ahí debería resultar entonces que lo que hay en la base de los tipos de omisión no pueden ser conductas humanas (en el sentido del concepto de acción de *Luzón*). Por otro lado, en los delitos imprudentes me parece evidente que la valoración del cuidado objetivamente debido no puede sostenerse en una mera manifestación activa o pasiva de la voluntad sino más bien en los medios y modos de realización de la acción, elementos éstos que también quedan fuera del concepto de acción de *Luzón*.

Por otra parte el concepto de acción de *Luzón* no puede superar coherentemente las dificultades que atribuye al concepto final para aprehender determinadas actuaciones humanas que, como los actos impulsivos, en cortocircuito, automatizados, etc, no deben quedar excluidas del concepto de acción. Para *Luzón* estas acciones pueden dar lugar sólo a una afectación de la culpabilidad, lo que implica que, no obstante, tienen aptitud para constituir acciones *antijurídicas*. Ahora bien, si fuera cierto que estas acciones, porque en ellas no habría, según *Luzón*, una finalidad consciente, no pueden ser abarcadas por el concepto final, pero sí en cambio por su concepto de acción, porque en ellas sí hay una manifestación de la voluntad, de ahí se deduciría consecuentemente sólo que con tales acciones se realizará el tipo objetivo, pero ¿cómo podrá fundamentarse la existencia de dolo con respecto a las mismas y, por tanto, la antijuridicidad si, como defiende *Luzón*, aquél es ya un elemento subjetivo del tipo que consiste precisamente en el *conocimiento* y

voluntad de realización de todos los elementos objetivos de tipo? A mi juicio *Luzón* debería negar en estos casos ya el dolo y, por lo tanto, en su concepto de acción quedarán comprendidas conductas que en ningún caso podrán ser penalmente relevantes (típicas).

En definitiva, por las razones expuestas y, desde luego, por otras que no es posible desarrollar aquí, el concepto personal de acción que defiende *Luzón* no me parece convincente, pues un concepto de tales características no puede erigirse en el elemento básico del sistema de la teoría del delito, y, lo mismo que ocurría en el sistema clásico y neoclásico, no permite captar la unidad interna del tipo, como veremos a continuación al adentrarnos en el sistema.

3. Por lo que se refiere a la construcción sistemática, *Luzón* asume las consecuencias fundamentales del finalismo. Y así, distingue el delito doloso y el imprudente ya en la esfera de la tipicidad (caps. 14 a 18), y en el delito doloso estructura al tipo de lo injusto en una parte objetiva (tipo objetivo) y en otra subjetiva (tipo subjetivo) en la que incluye al dolo y otros elementos subjetivos de lo injusto (cap. 16). Consecuentemente, en materia de error de prohibición asume la teoría de la culpabilidad, es decir, considera que la conciencia de la antijuridicidad no es un elemento del dolo y que, por lo tanto, el error de prohibición no elimina el dolo sino que afecta a la culpabilidad (cap. 17, p. 466).

La extendida creencia —casi unánime— de que es posible asumir con coherencia la sistemática finalista sin aceptar en la base del sistema el concepto final de acción me parece discutible. En mi opinión, cuando no se acepta la presencia de una acción final en la base del sistema, la pretendida asunción de una construcción fiinalista de la teoría del delito es una mera apariencia y el sistema no es en realidad finalista, sino el que corresponde lógicamente al concepto de acción que realmente se halle colocado en la base. Ésta es una cuestión que, sin embargo, no es pacífica ni siquiera dentro del mismo finalismo, pues como es sabido algunos finalistas, como es el caso de mi maestro *Cerezo* (PG II, 6^a ed., p. 123), consideran que de la estructura finalista de la acción humana no se deriva necesariamente la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto. Si esto es así, parecería posible partir de un concepto de acción finalista y, no obstante y a la vez, concebir los tipos de lo injusto como mera lesión o peligro del bien jurídico (así *Cerezo*, *lug. cit.*); y, por el contrario, sería posible también —como hace hoy la doctrina absolutamente mayoritaria, y concretamente *Luzón*— partir de un concepto no finalista de acción y, no obstante y a la vez, incluir sistemáticamente el dolo en el tipo de lo injusto. En mi opinión, sin embargo, tales posibilidades no pueden ser llevadas a efecto de un modo consecuente y sin contradicciones internas. Creo, por el contrario, como *Welzel* y *Armin Kaufmann* que la

pertenencia del dolo al tipo de lo injusto es una consecuencia obligada, esto es, lógico-objetiva de la estructura final de la acción, así como también —ahora con *Struensee*— que quien incluye el dolo en el tipo *debe ser* por eso sólo finalista. De lo contrario, es decir, si se incluye el dolo en el tipo sin partir de un concepto finalista de acción, el sistema, y, más concretamente, el tipo, no puede dejar de presentar contradicciones internas. No desconozco el riesgo que asumo al realizar una aseveración como ésta en un lugar en que no me es posible desarrollar la argumentación minuciosa que, sin duda, precisaría una cuestión tan compleja para poder, si no convencer sobre su corrección, sí al menos dejar constancia de su razonabilidad. No obstante, en lo que sigue trataré de formular determinados interrogantes a las sistemáticas que, como la que asume *Luzón* en su Curso, dicen rechazar un concepto final de acción como base del sistema y, no obstante, con otros argumentos incluyen el dolo en el tipo.

En las sistemáticas que sin partir de un concepto final de acción, incluyen no obstante el dolo en el tipo, la relación entre el tipo objetivo y el subjetivo difiere sustancialmente de la existente en la construcción finalista. En ésta, como se parte de la acción como una *unidad* final-causal de sentido, el tipo es una valoración global y unitaria de la totalidad de los elementos de la acción. La división del tipo en una parte objetiva y otra subjetiva, así como también el análisis del tipo objetivo como antepuesto al subjetivo, constituyen exigencias meramente expositivas, pero en la realidad el tipo objetivo y el subjetivo se encuentran fundidos en una unidad indisoluble. El tipo objetivo de un delito doloso no puede haberse realizado sin que el autor haya obrado con el dolo correspondiente y, a su vez, la voluntad que no está orientada a la realización de un tipo objetivo no es tampoco constitutiva del dolo. Esto es así porque lo que el tipo valora es justamente la totalidad de la acción y ésta es una *unidad* final-causal *de sentido*. En las sistemáticas que no parten de un concepto final de acción, por el contrario, el tipo objetivo y el subjetivo se presentan como dos niveles separados e independientes de imputación o de enjuiciamiento. Para la determinación del tipo objetivo se prescinde —o se dice prescindir— por completo del contenido de la voluntad, dado que ésta, como en el sistema clásico y neoclásico, no es elemento del concepto de acción del que se parte, y es relegada a un nivel independiente constituido ahora como tipo subjetivo en lugar de culpabilidad. Con ello, sin embargo, lo único que se ha hecho es desplazar el problema de la conexión lógica y sistemática del dolo desde la culpabilidad a un tipo subjetivo que por su independencia funcional no permite averiguar desde el principio del enjuiciamiento del hecho cuál es el tipo objetivo realizado. Los problemas continúan aún planteados —y, a mi juicio, no resueltos—, en los mismos términos que en los sistemas

prefinalistas. ¿Cómo es posible identificar el tipo objetivo que ha realizado el autor únicamente a partir de la manifestación activa o pasiva de la voluntad, si no se indaga antes en el contenido y dirección de la voluntad? El sujeto que ha controlado voluntariamente el disparo que ha ocasionado la lesión de otro ¿qué tipo objetivo ha realizado? ¿homicidio en grado de tentativa, lesiones consumadas o se trata de un caso fortuito? A mi juicio, continúa en pie todavía la objeción finalista de que sin examinar el contenido de la voluntad del autor no puede determinarse ya el tipo objetivo del delito realizado por el autor.

Dentro de este esquema sistemático *Luzón* opera con los dos niveles independientes de enjuiciamiento del tipo objetivo y subjetivo. Considera, por tanto, que el tipo objetivo se delimita independientemente del subjetivo con criterios propios de valoración de la acción objetiva. En el tipo objetivo asume, pues, los criterios de la moderna teoría de la imputación objetiva, en concreto la necesidad de que la acción cree un riesgo penalmente relevante, que éste se realice en el resultado y que dicho resultado pertenezca al ámbito de protección de la norma. Considera, en cambio, que la creación de un peligro jurídicamente desaprobado no es un criterio de imputación objetiva en el ámbito del tipo objetivo sino un criterio basado en la ponderación de intereses que opera en el ámbito de las causas de justificación. El riesgo permitido es para *Luzón* una causa de justificación (pp. 382 y 643 ss.). En todo caso, para *Luzón* «la imputación objetiva del resultado es un requisito implícito del tipo (*en su parte objetiva*)» (p. 376). El dolo es un elemento del tipo subjetivo, y debe comprender el conocimiento de la imputación objetiva del resultado, es decir, «de las circunstancias fácticas —adecuación, realización en el resultado del peligro inherente a la acción— que permiten afirmar su concurrencia» (p. 411). Es decir, primero hay que comprobar que concurren las circunstancias de la imputación objetiva en el nivel independiente del tipo objetivo, lo que en rigor presupone una abstracción del dolo cuando se parte de un concepto no finalista de acción; a continuación, una vez constatada la concurrencia del tipo objetivo, deberá procederse a la imputación al dolo en el segundo nivel del tipo subjetivo. Este proceder de la a mi juicio mal llamada teoría de la imputación objetiva me parece sistemáticamente incorrecto y, en todo caso, no puede ser llevado a efecto sin incurrir en contradicciones. La cuestión de la creación de un peligro penalmente relevante no puede resolverse de modo independiente en el tipo objetivo, pues es absolutamente dependiente del dolo del autor. La cuestión de si una acción es peligrosa y en qué medida lo es no puede determinarse exclusivamente con base en elementos objetivos sino que es preciso tener en cuenta tanto los conocimientos del autor sobre las circunstancias del hecho como también la dirección de la voluntad de la acción. Por consiguiente el dolo debe ser ya un presupuesto de la llamada imputación objetiva y no

un nivel independiente de imputación de un hecho puramente objetivo previamente valorado como realización del tipo objetivo. *Luzón* no desconoce esta circunstancia, pues reconoce, como hacen también otros muchos defensores de la teoría de la imputación objetiva, que «la actuación dolosa, al menos como regla general, significa también mayor peligrosidad, y por tanto mayor desvalor objetivo de la acción» (pp. 406, 412). Pero entonces, si la determinación de la medida —a mi juicio ya la existencia misma— de la peligrosidad objetiva de la acción depende de la presencia o no del dolo, ¿cómo puede fundamentarse la imputación objetiva del resultado exclusivamente en el tipo objetivo, si para la determinación del criterio de imputación —la peligrosidad de la acción— es preciso examinar ya el contenido de la voluntad del sujeto y, por lo tanto, el tipo subjetivo? Y, por otro lado, si la comprobación de la imputación objetiva no puede desligarse del examen del dolo como elemento constitutivo de la misma ¿cómo puede explicarse que las circunstancias que fundamentan la imputación objetiva deben ser objeto de conocimiento del dolo si éste es precisamente ya una circunstancia constitutiva de aquélla?

4. En cuanto a las relaciones entre tipo y antijuridicidad, *Luzón* asume decididamente la teoría de los elementos negativos. Considera que el tipo de lo injusto debe comprender la totalidad de los elementos que fundamentan la valoración negativa y la prohibición general de la conducta, por lo que al tipo de lo injusto, entendido como tipo global, pertenece una parte positiva, que comprende los elementos positivos definidos expresa o tácitamente por los preceptos legales de la Parte Especial, y una parte negativa que comprende la ausencia de los presupuestos de las causas de justificación (p. 299). Consecuencia obligada de esta concepción del tipo es que el dolo debe abarcar también el conocimiento de la ausencia de los presupuestos de las causas de justificación (pp. 392, 408). Y, por consiguiente, que el error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación —dice *Luzón*— «es error de tipo, con todas sus consecuencias» (p. 473).

La teoría de los elementos negativos del tipo me parece errónea dogmáticamente y politicocriminalmente inconveniente. Con carácter general diré que la teoría de los elementos negativos del tipo me parece errónea ya porque, como reconoce el mismo *Luzón*, entre los elementos positivos y los negativos existen diferencias que a mi juicio son sustanciales. La ausencia de las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación fundamentan un juicio según el cual, como bien dice *Luzón* (p. 300), la antijuridicidad queda *definitivamente* fundamentada, valor éste que no tienen por sí mismos los elementos positivos del tipo. Pero si esto es así, entonces no veo cómo puede fundamentarse que el error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación

es un error de tipo. El conocimiento de los auténticos elementos del tipo (los positivos) no dice nada aún acerca de si el sujeto obra con conocimiento de la antijuridicidad, y esto no sólo porque pueda actuar con desconocimiento de la propia norma, sino porque lo que puede creer es —no que no realiza una conducta generalmente desvalorada, pues esto lo sabe— que su conducta no es *antijurídica* en el caso concreto; es decir, lo que el sujeto cree en la situaciones de error sobre los presupuestos de las causas de justificación no es que su acción sea jurídicamente irrelevante, sino que no es antijurídica. Y al contrario, el sujeto que conoce las normas, lo que adquiere cuando sabe que no concurren los presupuestos de ninguna causa de justificación, es precisamente conciencia de la *antijuridicidad* de su acción. El error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación no es ya que tenga que ser sólo considerado «como si fuera» un error de prohibición, sino que debe ser así tratado porque realmente *es* error de prohibición. Los argumentos que utiliza *Luzón* para fundamentar lo contrario, por ello, no me parecen convincentes.

Luzón intenta superar el valor demostrativo que tiene contra la teoría de los elementos objetivos del tipo el famoso argumento de Welzel de que con arreglo a dicha teoría sería igual matar a un mosquito que a un hombre en legítima defensa. Para *Luzón* «desde el punto de vista de la valoración y prohibición jurídica, tan no desvalorada, no grave y no prohibida en absoluto es una conducta que, aunque afecte a algún bien jurídico, está amparada por una causa de justificación ... como una conducta ya atípica por no afectar a bienes jurídicos» (p. 475). Una conducta atípica, sin embargo, es una que en ningún momento y desde ninguna perspectiva ha sido sometida a juicio de relevancia penal alguno, mientras que la conducta justificada ha sido sometida al juicio de desaprobación general que representa la tipicidad penal, y este juicio no desaparece ni queda anulado por el hecho de que excepcionalmente, en determinadas circunstancias, la conducta típica esté permitida o incluso pueda ser obligatoria su realización. El hecho de que la realización de una conducta justificada sea motivo suficiente para incoar en todo caso un procedimiento penal es ya demostrativo de la diferencia valorativa existente entre una conducta justificada y una penalmente atípica, que nunca podría dar lugar a ello aun cuando se tratara de una conducta gravemente injusta en otros sectores del ordenamiento jurídico.

Luzón considera que el ejemplo de matar el mosquito es un caso especialmente extremo de acción atípica insignificante que puede realizarse sin preocuparse de realizar por equivocación una conducta antijurídica, a diferencia del homicidio en legítima defensa, en que se sabe que una equivocación acerca de las circunstancias de la justificación podría dar lugar a una acción antijurídica. Sin embargo, la situación sería diferente

en casos no tan extremos de conducta atípica no claramente irrelevante por falta de peligrosidad para los bienes jurídicos. Cita, entre otros, el ejemplo del cazador que, fuera de veda y provisto de todas las licencias, dispara a animales que por su tamaño podrían ser confundidos con un hombre, pues también aquí, de modo similar a lo que ocurre en la situación de legítima defensa, la conducta (cazar) deberá realizarse con cuidado para no tomar a un hombre con una pieza de caza y cometer, por ello, un hecho antijurídico (p. 476). Pero incluso en el caso de la muerte del mosquito habría que tener en cuenta, según *Luzón*, que dicha acción podría ser jurídicamente relevante, es decir, peligrosa para los bienes jurídicos y habría que realizarla con cuidado para evitar cometer un hecho lesivo antijurídico si, por ejemplo, para matar al mosquito utiliza una gran cantidad de insecticida y no es consciente de que con ello está intoxicando también a un bebé que se encuentra en la habitación. Estos ejemplos serían demostrativos, según *Luzón*, de la «notable similitud a efectos de error entre la realización de una conducta que al menos aparentemente no realiza el tipo positivo y la de una conducta que realiza el tipo positivo por afectar a un bien jurídico (penalmente protegido) pero que al menos aparentemente está cubierta por una causa de justificación y por ello no realiza el tipo negativo» (p. 476). Estas comparaciones, sin embargo, no me parecen convincentes. Pues los términos de comparación deben ser otros. La realización de una acción de matar en legítima defensa no debe realizarse con cuidado sólo para evitar un hecho antijurídico cometido por error, sino para evitar también la lesión de otros bienes jurídicos ajenos a y no involucrados en la propia acción de defensa, cuidado que por lo demás deberá observarse también aunque no hubiera el mínimo error sobre la situación de justificación, por ejemplo para evitar la muerte de un tercero cuando se dispara al injusto agresor. Ahora bien, si esto sucede, lo que habrá en una tal hipótesis de error será un hecho doloso de matar al que erróneamente se cree injusto agresor y además un hecho imprudente de muerte del tercero, es decir, *dos* lesiones jurídicas. En los ejemplos del cazador o en el del mosquito, en cambio, la falta de cuidado no da lugar mas que a una lesión jurídica —el homicidio por imprudencia, la lesión del bebé por imprudencia— porque la conducta atípica que se realiza sin cuidado en sí no supone ya la lesión penalmente relevante de ningún bien jurídico (muerte del mosquito, caza de la pieza). Me parece fuera de duda, por todo ello, que entre la conducta que no realiza ya ni siquiera un tipo y la que lo realiza pero de modo justificado existen diferencias valorativas sustanciales. Por otro lado, a la teoría de los elementos negativos del tipo —igual que a la teoría del dolo en materia de error de prohibición en general— le queda por aclarar el interrogante acerca de cómo puede calificarse como imprudente un hecho en el que el autor obró con conciencia y voluntad de realización de los elementos del tipo (positivo).

Considera *Luzón* por otro lado que el argumento de la teoría estricta de la culpabilidad de que en las causas de justificación putativas lo que sucede es que el sujeto cree que su conducta no es antijurídica es objetable en cuanto que por esa vía habría que considerar que el error de tipo es también error de prohibición, pues en el error sobre elementos del tipo el sujeto también cree erróneamente que su conducta no es antijurídica (pp. 477 s.). La objeción, sin embargo, no me parece convincente. En todo caso, lo que sucede en el error de tipo es que el sujeto no cree realizar ya una conducta que es antijurídica con carácter general —o en terminología de *Luzón* que es indiciariamente antijurídica— mientras que en el error sobre presupuestos de causas de justificación el sujeto sí sabe que realiza esa conducta, pero desconoce que es *definitivamente* antijurídica. Pero además, no es cierto que el sujeto que actúa en error de tipo incurra siempre al mismo tiempo en un error de prohibición. Si el error de tipo es vencible, el sujeto puede actuar con conciencia de la infracción del deber objetivo de cuidado, es decir, con conciencia de la antijuridicidad; por ejemplo, el sujeto se representa la posibilidad de que detrás del matorral haya un hombre en lugar de la pieza de caza.

5. Dedicó *Luzón* la última parte de este primer volumen de su Curso (caps. 20 a 24) al estudio particularizado de las causas de justificación, tema en el que es un gran especialista como ponen de relieve sus estudios monográficos en diversas publicaciones que ha realizado sobre causas de justificación y de las que su tesis doctoral sobre los aspectos esenciales de la legítima defensa constituye el máximo exponente. *Luzón* considera, sin embargo, que además de las causas de justificación generales que excluyen la antijuridicidad general, es decir, para todo el ordenamiento jurídico, existen otras causas de exclusión sólo de lo injusto penal, a las cuales denomina causas de atipicidad penal, que excluyen sólo lo injusto penal pero no necesariamente la antijuridicidad (pp. 563 ss.). Entre éstas incluye el principio de insignificancia, la tolerancia social, algunos casos de adecuación social, ciertos casos de consentimiento no plenamente válido jurídicamente, o la inexigibilidad penal general.

LUIS GRACIA MARTÍN

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza