

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho penal
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

APROXIMACIÓN AL
DERECHO PENAL
CONTEMPORÁNEO



1992

JOSE MARIA BOSCH *EDITOR*, S.A. — BARCELONA

prescriptiva infringida» sino que, por el contrario, contribuyen a la caracterización del «hecho infractor»⁵⁹.

10. En conclusión, pues, puede afirmarse que las normas primarias, que se dirigen a los ciudadanos, prohibiéndoles la realización de determinados hechos, son normas jurídico-penales. Las normas primarias no son, ni cronológicamente ni en cuanto a su contenido, independientes de los enunciados penales legales (ni de las normas secundarias, por tanto). Tampoco pueden ser sustituidas por una representación social («profana») acerca de lo jurídico. No constituyen más que una interpretación de los enunciados legales, de los cuales pueden distinguirse conceptualmente, pero no en cuanto a su momento de surgimiento, contenido o naturaleza.

c) Normas primarias de mandato y prohibición. La relación de las normas primarias con las proposiciones permisivas.

1. Las normas primarias, dirigidas a los ciudadanos, pueden ser de mandato o de prohibición⁶⁰. Entre unas y otras —entre los «mandatos» y las «prohibiciones»— hay una distinción sustancial, que desborda el ámbito de la mera formulación lingüística⁶¹. Tal distinción puede expresarse señalando que son «normas primarias de prohibición en sentido material» aquellas que pretenden impedir que los destinatarios de las mismas se inmiscuyan de forma especialmente grave (lesiva) en la esfera ajena de bienes jurídicos penalmente protegidos. Por su parte, son «normas primarias de mandato en sentido material» las que pretenden obtener de sus destinatarios prestaciones positivas de salvaguarda de la esfera de bienes jurídicos ajenos penalmente protegidos. Lo normal, por razones de técnica legislativa, es que las normas primarias prohibitivas adopten una forma asimismo prohibitiva (*No hagas...*) y que, consiguientemente, el supuesto de hecho de la norma secundaria aparezca con una formulación positiva (*El que hiciera...*). Igualmente, es lo normal que las normas primarias de mandato adopten una forma de mandato (*Haz...*) y que, por tanto, el supuesto de hecho de la norma secundaria aparezca con una formulación negativa (*El que no hiciera...*). Sin embargo, es posible que una norma primaria materialmente prohibitiva se exprese en forma de mandato (de alguna de las conductas alternativas) y que una

⁵⁹Otras críticas a la postura de SCHMIDHÄUSER, en HOERSTER, *Wer macht sich Illusionen?*, JZ 1989, pp. 425-427.

⁶⁰Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 165.

⁶¹Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Barcelona 1986, p. 150 y ss. En sentido, en parte, similar, por ejemplo, recientemente, PHILIPPS, en *Einführung*, p. 282. Por ello estimo que no tienen razón ECKHOFF/SUNDBY, *Rechtssysteme. Eine systematische Einführung in die Rechtstheorie*, Berlín 1988, p. 65, cuando señalan que mandato y prohibición, más que diferentes clases de normas, son diferentes modos de formulación de la norma. Estos autores se centran en el aspecto formal (lingüístico) y no en el material (de incidencia sobre los destinatarios), que es a mi juicio el decisivo.

norma primaria materialmente de mandato se exprese en forma de prohibición (de todas las conductas alternativas)⁶². Todo ello obliga a analizar detenidamente cuál es la pretensión de regulación que subyace —materialmente— a la adopción por el legislador de una determinada forma. En efecto, mientras que, desde una perspectiva formal, no cabe afirmar que los mandatos limitan más la libertad de acción de los individuos que las prohibiciones, ello sí parece posible asegurarlo cuando se trata de mandatos y prohibiciones en sentido material⁶³. En conclusión, la medida de la adopción de normas primarias de mandato y de prohibición (materiales) en un determinado ordenamiento proporciona una imagen fidedigna del grado de protección de los bienes jurídico-penales en el mismo y, por tanto, también de su grado de intervención sobre la esfera individual. La opción por un número mayor o menor de mandatos (en sentido material) es, por ello, asimismo, expresión de la configuración de la síntesis de fines del Derecho penal en una sociedad dada y en un determinado momento histórico⁶⁴.

2. Un problema diverso del que alude a las relaciones entre mandatos y prohibiciones, y de enorme trascendencia, es el que suscita la incidencia en el ordenamiento jurídico-penal de «proposiciones permisivas» (*Erlaubnissätze*), esto es, proposiciones cuyo sentido no es ordenar un comportamiento, ni a los ciudadanos ni a los jueces, sino autorizar a los ciudadanos la realización de determinadas conductas en determinadas situaciones⁶⁵; en otras palabras, y en lo que al Derecho penal se refiere, las proposiciones que expresan «causas de justificación»⁶⁶. La primera cuestión que plantea la constatación de la existencia de estas proposiciones es la alusiva a la relación en que se encuentran tales «permisiones» con las normas primarias jurídico-penales⁶⁷. Al respecto caben, según entiendo, dos opiniones sustancialmente diversas⁶⁸. Por un lado, la que entiende que las proposiciones permisivas poseen naturaleza autónoma respecto a las normas primarias y cumplen —entre otras— la función de mostrar como *conforme al Derecho en su conjunto* un comportamiento ya infractor de la norma primaria penal. Por otro lado, la postura que niega significado autónomo a las referidas proposiciones permisivas, concibiéndolas como *uno de los diversos elementos*

⁶²Cfr. sobre estas consideraciones SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, p. 158-159.

⁶³SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, p. 153-154.

⁶⁴Cfr. al respecto SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, p. 146 y 55, sobre la trascendencia en estas cuestiones del tránsito del Estado liberal al Estado social.

⁶⁵En las formulaciones usuales, se entiende al ordenamiento jurídico como integrado por enunciados que expresan mandatos, prohibiciones y permisiones: cfr., por ejemplo, BUND, *Juristische Logik und Argumentation*, Freiburg 1983, p. 141. Sobre los diversos sentidos de las permisiones, desde una perspectiva de teoría general del Derecho, cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría general*, p. 184 y ss.

⁶⁶Lo que sigue no afecta a las llamadas «causas de exclusión del injusto penal», que revisten una específica naturaleza jurídico-penal, mostrando una problemática de teoría de las normas a mi juicio más fácil de resolver en el sentido defendido en el texto.

⁶⁷Cfr. de modo general MIR PUIG, PG, 3.^a ed., p. 128 y ss.

⁶⁸Cfr. la contraposición de las mismas en BUSTOS RAMÍREZ, PG, 3.^a ed., p. 8 y ss.

de cuya conjunta interpretación resulta el contenido y el ámbito de la norma primaria; es decir, entendiendo que las proposiciones permisivas, junto a las contenidas en los enunciados de la Parte especial, constituyen la base cuya interpretación conjunta nos proporciona el mensaje prescriptivo concreto (pero general) de la norma primaria⁶⁹.

3. En la defensa de la primera postura indicada se ha significado WELZEL, aunque son muchos los autores que han adoptado la misma línea argumentativa. En opinión de WELZEL, la infracción de la norma (primaria) convierte a una determinada conducta en «antinormativa»⁷⁰. Sin embargo, ello no significa todavía que sea antijurídica, esto es, contraria al ordenamiento jurídico en su conjunto⁷¹. Cabe, por contra, que a la norma primaria se oponga un enunciado permisivo autónomo, que muestre esa conducta como conforme con el conjunto del ordenamiento e impida que de la norma abstracta (general) se derive para el sujeto un *deber jurídico concreto* de actuar en tal sentido⁷². El «deber» es, pues, la concreción de la norma sobre un individuo determinado en una situación concreta, y su surgimiento depende tanto de la existencia de una norma como de que a ella no se oponga ninguna proposición permisiva⁷³.

En España defiende este punto de vista claramente, por ejemplo, CEREZO MIR. Baste para probarlo la transcripción de los siguientes textos de su Curso de Derecho penal: «Las causas de justificación llevan implícito un *precepto permisivo, que interfiere las normas de carácter general, mandatos o prohibiciones, dando lugar a que la conducta prohibida o la no realización de la conducta ordenada, en los delitos de omisión, sea lícita. Se habla de preceptos permisivos o autorizaciones desde la perspectiva del Derecho penal, pues se trata de preceptos independientes, que persiguen sus propios fines...*»⁷⁴. «La concurrencia de un precepto permisivo impide que de la norma de carácter general se derive un deber jurídico para el sujeto»⁷⁵.

⁶⁹Sobre los problemas de la permisión, analizados en la perspectiva de la teoría general del Derecho, ECKHOFF/SUNDBY, *Rechtssysteme*, p. 65; ALCHOURRON/BULYGIN, *Permission and permissive Norms*, en *Theorie der Normen. Festgabe für O. Weinberger zum 65. Geburtstag*, Berlin 1984, pp. 349-371, en especial p. 368 y ss.

⁷⁰WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., p. 80.

⁷¹La antijuricidad —dice WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., p. 50— «es la contradicción de una realización típica con el ordenamiento jurídico en su conjunto (no simplemente con una norma singular)».

⁷²Cfr. WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., p. 50. Sobre todas estas consideraciones también, por ejemplo, Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, p. 238 y 55, p. 250: «La permisión impide la concreción de la norma en deber» y p. 259, poniendo claramente de relieve que el enunciado permisivo es autónomo frente a la norma prohibitiva y no se limita a constituir la delimitación negativa de la misma; MAURACH, *Tratado*, I, p. 361-362; JESCHECK, *Lehrbuch*, 4.ª ed., p. 289-290.

⁷³Cfr. Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, p. 282, sobre la definición de deber, y p. 250.

⁷⁴CEREZO MIR, *Curso*, 3.ª ed., p. 403 (los subrayados son míos). También así JESCHECK, *Lehrbuch*, 4.ª ed., p. 290 indicando que las proposiciones permisivas «constituyen proposiciones jurídicas autónomas cuya principal misión no es justificar algo prohibido, sino servir a fines propios y de más vasto alcance».

⁷⁵CEREZO MIR, *Curso*, 3.ª ed., p. 310 nota 27.

La posición mencionada en segundo lugar⁷⁶ suele ser mostrada en las caracterizaciones doctrinales como inscrita en la tradición de la llamada «teoría de los elementos negativos del tipo»⁷⁷. Ello no es, desde luego, errado. Sin embargo, a mi juicio cabe sostener la tesis aludida acerca de la relación entre norma primaria y proposiciones permisivas sin que por ello deba concluirse necesariamente, como hace la teoría de los elementos negativos del tipo en su formulación clásica, que se da una total uniformidad valorativa en el seno de las conductas penalmente no prohibidas⁷⁸, esto es, que lo jurídico-penalmente irrelevante y lo (jurídico-penalmente) permitido describen realidades equivalentes y, en consecuencia, es innecesario distinguir entre las conductas penalmente atípicas y las justificadas. Más adelante trataremos de mostrarlo. Baste ahora señalar que uno de los más significados defensores de esta tesis normológica en España —MIR PUIG⁷⁹— adopta precisamente una postura significativamente matizada con respecto a ciertos postulados de la teoría de los elementos negativos del tipo⁸⁰.

Una postura en cierto modo intermedia es la que sostiene que los enunciados permisivos (normas de autorización) no integran la base de la que se obtiene la norma penal primaria, sino que constituyen, por sí solos, normas penales *completas*, si bien *no independientes*, sino referidas a los imperativos que se obtienen de las formulaciones típicas, careciendo de significado por sí solos⁸¹. Sería un punto de coincidencia con la primera postura la afirmación de la existencia de normas permisivas completas; en cambio, se discreparía de ella al no atribuírseles significado autónomo y funciones trascendentes a la de formular una excepción a la prohibición. Sería un punto de coincidencia con

⁷⁶Que ya puede advertirse en una primera toma de postura de Binding, postura que, sin embargo, este autor modificó poco después, pasando a convertirse en uno de sus más acérrimos contradictores. Cfr. sobre este cambio de postura de Binding, Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, p. 239. Por lo demás, en favor de estimar que los «Erlaubnissätze» no son autónomos, sino dependientes (*unselbständig*) de los imperativos, cfr. ENGISCH, *Auf der Suche*, p. 27, 46 y 49: «toda autorización está vinculada a la intervención de imperativos, sin los cuales no es posible una autorización.»

⁷⁷Cfr., por ejemplo, BUSTOS RAMÍREZ, PG, 3.^a ed., p. 8-9.

⁷⁸Críticamente, WELZEL, *Strafrecht*, 11.^a ed., p. 81-82, indicando que tal doctrina desconoce las esenciales diferencias valorativas entre lo «permitido» y lo «jurídicamente irrelevante». (Aunque Welzel debería haber señalado, más bien, «entre lo permitido y lo jurídico-penalmente irrelevante» pues la atipicidad penal no implica irrelevancia para otros sectores del ordenamiento, como es obvio).

⁷⁹Cfr. ya MIR PUIG, *Introducción*, p. 55 : «...las proposiciones jurídicas en las que se prevén las causas de justificación no constituyen normas independientes, sino disposiciones auxiliares, *limitadoras del imperativo* formulado por las proposiciones jurídicas que encierran los tipos de delito. La norma penal *completa* se forma de la puesta en relación del tipo (positivo) y la causa de justificación» (subrayados en el original). Cfr. también *Adiciones de Derecho español al Tratado de Jescheck*, p. 454. Estas afirmaciones iban dirigidas, en aquel contexto, a sostener la naturaleza imperativa de todas las normas penales. Sobre esta problemática cfr. el estudio que aquí se realiza *infra*, d).

⁸⁰Cfr., por ejemplo, MIR PUIG, PG, 3.^a ed., p. 129, indicando que a la tipicidad le corresponde una «función de llamada» o de «advertencia» específica acerca de qué comportamientos son penalmente relevantes, porque afectan a bienes jurídicos protegidos en principio por el Derecho penal.

⁸¹Cfr. por ejemplo OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 172 y ss., —desarrollando una concepción global sobre el supuesto carácter completo o incompleto de las disposiciones de la Parte General y Especial del Código penal— p. 174, en particular sobre lo que aquí interesa, p. 178-180; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid 1984, p. 132-133.

la segunda postura la afirmación de ese carácter referido de las mismas respecto a los imperativos, que les haría participar de su propia naturaleza; en cambio se discreparía de la misma, al entender que la norma permisiva no forma parte de la norma prohibitiva o de mandato, sino que constituye «una excepción, un permiso, una limitación al alcance de aquélla»⁸².

4. El eje de la primera postura lo constituye, según creo, la distinción entre «norma» y «deber». Desde tal punto de vista, la norma tiene carácter general, abstracto. Sin embargo, que de ella se derive o no un deber para el ciudadano concreto depende de que esa norma carezca de la contraposición valorativa representada por una proposición permisiva, o bien exista tal permisión aplicable al caso. De ocurrir lo último, no surgirá para el ciudadano un «deber de omitir lo prohibido» (o de «realizar lo mandado»). La permisión impide que la prohibición se concrete en deber, pero no la excluye, sino que aquélla, en abstracto, continúa concurriendo. Una construcción así plantea, según creo, no pocos problemas⁸³. Por un lado, estimo inexacta la denominación de «norma prohibitiva» (*Verbotnorm*) aplicada a una norma de la que no se sabe todavía si se le va a oponer o no una permisión. Esa norma *todavía* no prohíbe ni deja de prohibir nada (aunque ciertamente sí pueda expresar la *valoración* de una determinada conducta como penalmente relevante). Tampoco creo que se resuelva el problema afirmando que es una norma que prohíbe en general, en abstracto. En primer lugar, porque las prohibiciones (o mandatos) jurídico-penales, si desean alcanzar a sus destinatarios y mostrarles pautas de conducta, deben dirigírseles en la situación concreta (obviamente generalizada en la formulación de las normas), pues, de lo contrario, son ineficaces. En segundo lugar, porque si la prohibición abstracta fuera una auténtica prohibición se haría difícil no advertir una contradicción entre tal prohibición del hecho y su posterior permisión (en concreto)⁸⁴.

⁸²OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 179-180. Aunque, evidentemente, como prueba el fragmento antes transcrito de MIR PUIG, también desde la perspectiva de la segunda postura se ve en los enunciados permisivos una limitación del alcance de la norma; lo que ocurre es que esa limitación se entiende existente desde el principio y de modo general, y no surgida posteriormente con alcance para casos concretos. Como señala MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 85-86, «... no se trata sólo de que la concreta acción justificada deje de estar prohibida excepcionalmente en el caso particular, sino de que toda acción que realice el tipo *abstractamente descrito* de una causa de justificación deja de estar prohibida en cuanto perteneciente a aquel tipo abstracto. La clase de conducta justificada deja de estar prohibida de forma general».

⁸³Sobre ello, por ejemplo, SUÁREZ MONTES, *Consideraciones críticas sobre la doctrina de la antijuricidad en el finalismo*, Madrid 1963, p. 48.

⁸⁴De hecho, la existencia de una contradicción, para él sólo aparente, la admite Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, p. 249: «Este acto concreto está a la vez prohibido —caracterizado por los elementos de la acción de la prohibición (abstracta)— y permitido —afectado por los elementos de la proposición permisiva entendida en abstracto. Tal expresión no contiene contradicción alguna, pues sólo significa que una concreta acción muestra los elementos de dos conceptos distintos». A juicio de Armin KAUFMANN, la contradicción existiría, en cambio, si ambos términos se emplearan en concreto; pero en el plano concreto sólo se dice si hay deber (y el hecho está, por tanto, según la terminología usual, prohibido) o si no lo hay (y el hecho está, en la terminología usual, permitido). A mi juicio, sin embargo, todo ello elude

Ocorre, sin embargo, que ningún hecho se comete en abstracto, sino en concreto, por lo que la afirmación de su carácter prohibido en abstracto no puede tener un sentido regulador de conductas, sentido que sólo puede corresponderle a la prohibición (o permisión) en concreto. En otros términos, la prohibición «abstracta» no puede ser tal en el sentido «propio» de norma de determinación de conductas, sino sólo en el de norma de valoración. En dicho sentido meramente valorativo sí puede afirmarse con facilidad su existencia autónoma y en el plano abstracto porque, como advierte MIR PUIG, «la lesión del bien jurídico es ya susceptible de ser valorada en sí misma de forma negativa»⁸⁵, y, por tanto, la tipicidad puede verse como una forma de antinormatividad (contrariedad al enunciado valorativo)⁸⁶. Sin embargo, a la hora de establecer las reglas de determinación concreta de las conductas de los destinatarios, junto a esas valoraciones inciden otras —de signo diverso— a las que también debe prestarse atención.

5. Lo que las anteriores consideraciones tratan de poner de manifiesto es que resulta ineludible la afirmación de la eventual existencia de una colisión, de una confrontación de proposiciones. Ocurre, sin embargo, que, para que tal colisión no redunde en la afirmación contradictoria de que algo está prohibido y permitido a la vez (aunque se señale que está prohibido en abstracto y permitido en concreto), dicha colisión no puede mostrarse como externa a la norma, entre norma primaria (prohibitiva, por ej.) y proposición permisiva, sino interna a la misma⁸⁷. A mi juicio, la colisión se produce realmente entre la valoración de un hecho como lesivo para un bien jurídico-penal (y, por tanto, penalmente relevante) y su valoración como mal menor, medio adecuado para el logro de un fin justo⁸⁸. De la síntesis de estas valoraciones contrapuestas surge la norma: ésta y sólo ésta es la que puede convertirse ya en pauta de conducta general, prohibiendo o dejando de prohibir determinados hechos en determinadas situaciones. Esta es la única que puede pretender eficacia preventiva. Las normas, en suma, serían la expresión de la síntesis de valoraciones contrapuestas. En el caso del homicidio, del desvalor general del hecho de matar a otro y el valor general de las acciones que evitan un mal mayor, constituyen la defensa frente a una agresión, etc.

Naturalmente, ello no significa que las proposiciones permisivas no puedan cumplir otros fines extrapenales trascendentes a su misión de contribuir a con-

con dificultad la impresión contradictoria, algo que se eludiría fácilmente si se concluyera que, en el plano abstracto, y antes de resolver el conflicto de la proposición tipificadora y la proposición permisiva, no hay todavía auténtica «prohibición» sino tan sólo dos juicios de valor contrapuestos y necesitados de una puesta en relación y de la correspondiente síntesis.

⁸⁵A mi juicio, mejor: la conducta que dolosa o imprudentemente lesiona un bien jurídico es ya susceptible de ser valorada en sí misma de forma negativa.

⁸⁶MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 86.

⁸⁷Admitiendo la idea de colisión, pero presentándola como colisión «externa» entre norma y proposición permisiva, Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, p. 253 y 255.

⁸⁸Sobre estos diversos juicios de valor contrapuestos, cfr. Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, p. 286; también MAURACH, *Tratado*, I, p. 361.

formar el contenido de la norma prohibitiva. Pero, por otro lado, es cierto que en su incidencia sobre ésta adquieren una especial configuración. Así, por un lado se observa cómo las mismas limitan la trascendencia regulativa de conductas del enunciado desvalorativo que recae sobre los hechos de matar, por ejemplo. Pero, por otro lado, la confrontación con los enunciados desvalorativos de los hechos lesivos de bienes jurídico-penales también tiene efectos sobre los enunciados permisivos. Estos, en efecto, en su limitación de la prohibición, tienen un alcance menor del que tendrían en general como juicios de valor sobre las conductas defensivas o necesarias. En el ámbito penal, al contribuir a limitar el alcance de la prohibición de hechos lesivos de bienes jurídico-penales, se proyectan sobre ellas nuevos requisitos (piénsese, por ejemplo, en los requisitos específicos de la legítima defensa o el estado de necesidad en materia penal)⁸⁹. En definitiva, no es sólo que los enunciados permisivos limiten a los enunciados desvalorativos de hechos penamente relevantes, privándoles en algunos casos de efecto prohibitivo, sino que también los enunciados desvalorativos de hechos penalmente relevantes limitan a los enunciados permisivos, privándoles de efecto excluyente de la prohibición en otros casos. Así se advierte plenamente cómo la norma penal primaria resulta de la síntesis de unas y otras proposiciones.

Por lo demás, estimo que este planteamiento no es tan sustancialmente distinto al de la otra postura como se ha pretendido. Para aproximarlos, bastaría, por un lado, con que dicha postura se concretara en la atribución del centro de la función regulativa al «deber», mientras que «*Verbotnorm*» y «*Erlaubnissatz*» se hallarían en un plano previo e interno, valorativo, configurando el ámbito del deber; y, por otro lado, con que el deber pasara, de designar una directriz concreto-individual, a expresar una pauta de conducta concreto-general. A ese «deber» expresado en términos general-concretos se le denominaría, de conformidad con la postura aquí sostenida, norma primaria.

6. De la concepción que se ha tratado de mostrar resulta que la motivación de la norma en contra de la realización de determinados hechos no alcanza a aquellos que están amparados por proposiciones permisivas⁹⁰. A mi juicio, esto es lo coherente con una concepción del Derecho penal como regulador de conductas. «Un tal Derecho penal —apunta MIR PUIG— no puede permitir una clase de conductas y al mismo tiempo seguir pretendiendo evitarlas mediante la

⁸⁹Un ejemplo claro son las restricciones ético-sociales de la legítima defensa, que impiden que la actuación defensiva tenga lugar de modo permitido en ciertos casos de grave desproporción, frente a agresores inimputables, etc. Además, sucede que hay realizaciones típicas (ej. delitos contra la vida u otros bienes personalísimos), frente a las que la eficacia de los enunciados permisivos será necesariamente menor.

⁹⁰En cambio, BUSTOS RAMÍREZ, PG, 3.ª ed., p. 134-135, interpreta que se trata de motivar a «matar» de modo general, puesto que el matar afecta a un valor social. Lo que ocurre es que, según entiendo, en ocasiones el matar puede realizar también valores sociales (afirmar el ordenamiento jurídico, defender los bienes del agredido) y si éstos se estiman superiores, no parece lógico que, en tal situación, se motive en contra de matar.

conminación penal»⁹¹. Lo contrario sería sembrar la confusión entre los destinatarios en un ámbito crucial, con consecuencias abiertamente negativas para la pretendida función de ordenación social. En efecto, la superposición de «norma» y «deber» puede hacer pensar que la norma abstracta sigue motivando en contra de matar incluso en los casos en que concurre una permisión (y, por tanto, falta el deber), de modo que se transmitiría un mensaje del tipo de «No tienes deber de no matar, pero ten presente que está prohibido matar», sobre cuyo carácter confuso debe insistirse⁹². De ser así las cosas, habría que interpretar que el ordenamiento, pese a no poder imponer el deber de no matar, seguiría intentando que no se matara. A mi entender, sin embargo, el ordenamiento sólo puede incidir sobre los destinatarios mediante la prohibición o no prohibición y aquí no caben actitudes intermedias que, en el fondo, son las que se muestran en esa prohibición abstracta no seguida de la imposición de deber concreto. Como apunta MIR PUIG, la prohibición «es el modo que tiene el Derecho preventivo de expresar la voluntad de que no se realicen conductas lesivas para bienes jurídicos»⁹³.

7. Todos estos problemas quedan excluidos en la concepción aquí seguida, en la que, desde el principio, no se prohíbe genéricamente matar, sino sólo matar en las situaciones A, O, C,... N, (todas las no comprendidas por las permisiones), con lo que se transmite un mensaje claro e inequívoco a los destinatarios acerca de la cuestión fundamental: qué es lo prohibido y qué lo no prohibido. Por ello, no creo —a diferencia de GÓMEZ BENÍTEZ— que se produzca aquí «una confusión valorativa, perjudicial en última instancia para el efecto motivacional y de prevención general que cumplen las normas penales»⁹⁴. En efecto, no advierto —como este autor— que se produzca una motivación hacia la utilización de las causas de justificación en lugar de hacia la evitación de acciones dirigidas a producir resultados típicos⁹⁵. Lo que ocurre es que la motivación de la norma no se dirige a evitar hechos típicos, sino hechos antijurídicos o, en otras palabras, se dirige a evitar hechos típicos salvo en los casos en que la realización de esos hechos tiene lugar en una situación de justificación. En cuanto a la utilización de las causas de justificación, no creo que se motive en favor de utilizarlas; más bien las mismas sólo contribuyen a delimitar negativamente el auténtico objeto de la motivación normativa. En cambio, me parece correcto afirmar que lo que ocurre, más bien, es que desde la tesis contraria

⁹¹ MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 86.

⁹² Cfr. BOCKELMANN/VOLK, *Strafrecht*, AT, 4.ª ed., München 1987, p. 52, expresando una concepción reticente sobre el sentido de la justificación, al caracterizar la lesión permitida de un bien jurídico como un «suceso doloroso». A su juicio, el sujeto habría de tratar, siempre que le fuera posible, de renunciar a ello.

⁹³ MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 86.

⁹⁴ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, DP PG, Madrid 1984, p. 301.

⁹⁵ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, p. 301-302.

sí se pretende una motivación en contra de tal utilización (desde la «norma abstracta»), lo que como he señalado, resulta contradictorio y perturbador en la esfera de la motivación.

8. Por lo demás, la posición que tratamos de sostener tiene la ventaja de que desde ella es posible dar satisfacción a la muy legítima pretensión que subyace a la tesis contraria: que se deje en claro la diferencia existente entre los casos en que falta el deber por la concurrencia del permiso y aquéllos en que falta la propia vulneración de la norma abstracta (esto es, entre lo permitido y lo penalmente irrelevante)⁹⁶. Dicho con otras palabras: que se ponga de relieve la diferencia valorativa entre los hechos atípicos y los justificados, entre aquéllos a los que no es imputable la lesión de un bien jurídico-penal y aquéllos a los que sí se les puede imputar, pero lo han realizado amparados por una permisión. Ello es ciertamente legítimo y, como he dicho, puede ser atendido también desde esta posición. Yerran, por tanto, según creo, quienes estiman que acogerla conduce ineludiblemente a estimar que vale lo mismo para el Derecho penal *la vida del hombre que agrede a otro que la vida de un mosquito*. La prueba evidente de que no valen lo mismo es que la conducta lesiva de la vida del mosquito no se prohíbe en ningún caso y la conducta lesiva de la vida del agresor se prohíbe salvo en los casos en que concorra una situación de legítima defensa de muy precisas características. Por lo demás, entiendo que plantear las cosas así es fomentar el equívoco. Porque resulta que la vida del mosquito no tiene valor alguno para el Derecho penal, mientras que la del agresor sí vale, tanto como la de cualquier otra persona, para el Derecho penal. Lo que ocurre es que, en la situación de agresión, el valor de esa vida pasa a ponderarse con otros valores que también lo son para el Derecho penal: la defensa de los bienes del agredido, la afirmación del ordenamiento jurídico. De esa ponderación resulta la concreta norma de conducta que, ciertamente, coincide con la relativa al mosquito: No está prohibido matar al mosquito; no está prohibido matar al agresor en las circunstancias precisas de una legítima defensa. Ahora bien, que el producto sea idéntico, no significa que los factores por los que se ha obtenido sean los mismos. Así, que la norma primaria de conducta se configure como hemos señalado —y no de otro modo— no excluye la persistencia clara de los enunciados (a mi juicio, valorativos, y por tanto sin una incidencia directa en la regulación de conductas) según los cuales determinados hechos son especialmente graves, por afectar a bienes jurídico-penales. De todos modos, no obstante, en relación con lo anterior deben hacerse algunas precisiones. Por un lado, debe afirmarse que los hechos atípicos y los justificados tienen en común el no estar prohibidos penalmente y, por tanto, el hallarse sometidos a un régimen idéntico de consecuencias jurídico-penales. La tipicidad, por sí sola, no desencadena ningún efecto

⁹⁶Cfr. MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., p. 85 y 87.

jurídico si a ella no se une la ausencia de causas de justificación; un comportamiento atípico y uno justificado son «tratados» exactamente igual por el Derecho penal. De ahí que, cuando se habla de una «función de llamada» del tipo, ello deba interpretarse más como una referencia valorativa que como una pretensión de incidencia directa sobre el comportamiento de los ciudadanos⁹⁷. La afirmación de que matar a otro está desvalorado penalmente no genera todavía ningún mensaje prescriptivo para los ciudadanos. Más bien, se limita a formular en términos generales el valor que una sociedad atribuye a determinado bien. Ello es lo único que cabe constatar, dada la ausencia de mecanismos jurídicos directamente encaminados a hacer que tal formulación trascienda a su naturaleza de juicio de valor. Sin embargo, incluso el papel de referencia valorativa autónoma puede ponerse en duda en ocasiones, en la medida en que la distinción entre hechos atípicos y no antijurídicos no es siempre sencilla, como muestran la discusión sobre la adecuación social, el consentimiento, las causas de justificación reguladas en las propias descripciones de delito de la Parte especial, los llamados elementos de valoración global del hecho, etc.

9. Todo ello no significa —lo hemos señalado insistentemente— que la tipicidad no constituya un nivel valorativo propio. La identidad de consecuencias jurídicas no significa, ciertamente, que no nos hallemos ante fenómenos diversos.

Si bien para una dogmática exclusivamente orientada a las consecuencias (por intrasistemáticas que éstas sean) la diferenciación entre comportamiento atípico y comportamiento típico pero justificado podría relativizarse al máximo, la cuestión puede variar tan pronto como se introduzca una orientación a valores. La existencia de una conducta dolosa o imprudente lesiva de un bien jurídico-penal tiene un significado valorativo que no cabe desconocer (ingerencia profunda, la más profunda, en la esfera de libertad de otra persona). Ello no se da en ningún hecho atípico, que, aunque constituya un ilícito civil o administrativo, no tendrá el sentido de tan grave ingerencia. Sin embargo, esto no significa —y enseguida insistiré en ello— que toda conducta típica y justificada tenga un significado desvalorativo mayor que el de un hecho atípico, como parece pretender WELZEL con su famoso «ejemplo del mosquito». En efecto, hay hechos penalmente atípicos —ilícitos civiles o administrativos— cuyo contenido de desvalor no compensado por aportación positiva alguna puede ser significativamente mayor que el de un hecho penalmente típico cuyo significado valorativo negativo se vea compensado por una aportación positiva (del mismo hecho) en términos de justificación.

Lo que sí está claro, en primer lugar, es que la diferenciación entre hechos atípicos y hechos típicos pero justificados se encuentra en un plano subordinado

⁹⁷ Ahí se hallaría, según creo, la diferencia entre JESCHECK, *Lehrbuch*, 4.ª ed., p. 290, y MIR PUIG, PG, 3.ª ed., p. 129, aunque ambos auden a la «*Appelfunktion des Tatbestandes*» (función de llamada del tipo). En efecto, MIR PUIG admitiría, según creo, que el tipo constituye un nivel valorativo jurídico-penal autónomo; hasta ahí alcanzaría el acuerdo. En cambio, no compartiría (yo, desde luego, no lo comparto) la atribución por Jescheck de un contenido preventivo-general a esa función de llamada.

frente a la distinción fundamental entre hechos penalmente prohibidos (y eventualmente no culpables) y hechos penalmente no prohibidos. En segundo lugar, que, como referencia valorativa, no siempre es fácil de delimitar. Y, en tercer lugar, que es preciso reflexionar sobre las posibilidades de atribuir relevancia, por vía dogmática, a tal diferencia valorativa entre los hechos atípicos y los justificados. Tales mecanismos dogmáticos no necesariamente han de pasar por estimar que el error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación (error de tipo permisivo, o de tipo negativo, según las terminologías) es un error de prohibición⁹⁸. Otra vía podría ser, por ejemplo, la consistente en aumentar las exigencias para afirmar la invencibilidad de tal error (respecto a las del error de tipo)⁹⁹.

En todo caso, no se sientan las mejores bases para un adecuado planteamiento y resolución del problema si se insiste mecánicamente en la frase de WELZEL de que no es lo mismo matar a un mosquito que matar a un hombre en legítima defensa¹⁰⁰. En primer lugar, porque ello es tan obvio que parece difícil que alguien se haya atrevido jamás a discutirlo. En segundo lugar, porque, pese a todo, ambos casos tienen idénticas consecuencias jurídico-penales; lo que podría hacer pensar que, para el Derecho penal, ambos casos son «más» «lo mismo» que, por ejemplo, el caso de matar a otro en legítima defensa y el caso de matarlo en estado de enajenación mental. En tercer lugar, porque WELZEL, significativamente, no toma cualquier hecho penalmente atípico, sino un hecho, además, totalmente irrelevante para el Derecho en general —civil, administrativo—, como es matar a un mosquito, y lo contrapone al hecho típico más grave (matar a un hombre). En realidad, los hechos atípicos y los justificados se encuentran en múltiples ocasiones mucho más próximos. Piénsese, por ejemplo, en una defraudación a la Hacienda pública de 4.999.999 ptas. (ilícito tributario), y otra defraudación de 5.000.001 ptas. en estado de necesidad (hecho penalmente típico pero justificado). Cabe perfectamente que un hecho penalmente atípico, si constituye un ilícito civil o administrativo, resulte mucho más trascendente jurídicamente que un hecho penalmente típico pero no prohibido.

Para concluir debe señalarse que todas estas cuestiones se han discutido, fundamentalmente, en el ámbito de la teoría del delito, a la hora de decidir el tratamiento más adecuado para los casos de error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación. A ese lugar me remito para ulteriores consideraciones sobre este tema¹⁰¹.

⁹⁸Cfr. sobre esto CEREZO MIR, *Curso*, 3.ª ed., p. 311.

⁹⁹En efecto, dado que el sujeto que obra típicamente ya sabe que se halla ante un bien jurídico, debería ser especialmente cuidadoso a la hora de apreciar si concurren o no los presupuestos de una causa de justificación. Ello permitiría elevar normativamente el nivel de exigencia para apreciar la invencibilidad de un error sobre tales presupuestos. En contra de establecer tal diferenciación, sin embargo, KÜPPER, *Grenzen*, p. 174.

¹⁰⁰WELZEL, *Lehrbuch*, 11.ª ed., p. 81 : «La concurrencia de la legítima defensa tiene, según ella (*scil.* la teoría de los elementos negativos del hecho) el mismo significado que la ausencia de un elemento típico: la producción de la muerte de un hombre en legítima defensa no sería jurídicamente cosa distinta que la causación de la muerte de un mosquito».