

..ReCrim2024..

BOCETO DE UNA ESTRUCTURA

Vicente Baeza Avallone
Departament Dret Penal. Universitat de València

acción – juicio de culpabilidad – tipicidad

Recibido: 11/09/24

Publicado: 31/01/25

© 2025 Los derechos de la presente contribución corresponden a sus autores; los signos distintivos y la edición son propiedad del Instituto U. de Investigación en Criminología y CC.PP. La cita está permitida en los términos legalmente previstos, haciendo siempre expresa mención de autoría y de la disponibilidad en línea en <http://www.uv.es/recrim>

SUMARIO: I. Introducción. II. La acción. III. El nudo gordiano de la cuestión. III.1 El tipo.
III.2 Presupuesto y consecuencia (Sí A, B) III.3 Tres juicios: ontológico, axiológico y dentológico.

IV. Estructura del Juicio de Culpabilidad.

I. Introducción

En el ya lejano curso académico 1985-86, fruto de la ilusión y el respaldo que la recién ganada (mediante el oportuno recurso administrativo) independencia docente e investigadora otorgaba mi condición de Profesor Titular¹, me propuse ordenar las que para mí no eran sino unas confusas y tortuosas estructuras que trataban de explicar el delito. Fue una labor intensa, absorbente y gratificante, para la que el día no tenía suficientes horas, ni los meses suficientes días. Una ayuda sin igual me la aportó el Amstrad por el que tuve que pagar –febrero del 86– algo más de una nómina mensual, pero, al menos, podía trabajar con disquetes de tres pulgadas y media y con 265 Kb de capacidad. Mi máquina de escribir pasó a ser un bonito recuerdo. Con ella había redactado buena parte de la tesis, cosa que sucedía cuando intercalaba mecanografía y elaboración amanuense. Con el Amstrad no tenía que tirar uno y otro y otro folio a la papelera, podía corregir el texto sin necesidad de tachaduras ni entrelineados y, lo que era mucho más importante, las notas a pie de página dejaban de ser un suplicio. Ya no era necesario acudir a las notas bises o trises, ni rehacer las páginas hasta que cuadrasen texto y número de nota a pie de página.

La definición de delito, fue el punto de partida. Ya era un incondicional de Beling y fruto de su concepción del tipo, no acababa de comulgar con la definición de delito que asumía la doctrina mayoritaria, por no decir toda la doctrina, para la que el delito era el *hecho típicamente antijurídico, culpable y punible*². En mi opinión, tipicidad y antijuridicidad eran dos categorías distintas y no podían venir entrelazadas, ni refundidas en una sola. El tipo no podía ser indicio de antijuridicidad, so pena de tener que concluir que cuando se mata en virtud de la legítima defensa –¿dónde quedan pues esos indicios, tras comprobar que ha habido legítima defensa?– el hecho es atípico. Lo que representaba un absurdo mucho mayor. Considerar que el tipo suponía un indicio de antijuridicidad,

¹ Tomé posesión el 24.12.1985

² Para otros la acción típicamente antijurídica, culpable y punible. En cualquier caso, unos y otros unían en una sola categoría tipicidad y antijuridicidad hablando de típicamente antijurídico/a.

obligaba a iniciar el análisis del delito con un prejuicio. Opté por tanto por entender que el delito era el hecho típico, antijurídico, culpable y punible. El siguiente escollo se presentó con la acción, que fue el tema que me tocó desarrollar en mi segundo ejercicio de las oposiciones a Profesor Adjunto, celebradas en Madrid en septiembre de 1983, a las que concurrimos el Prof. Carbonell Mateu y yo. Aún recuerdo cuando en la tarde de la presentación, en el coche del Prof. Enrique Orts, que iba al volante y camino del Tribunal de Cuentas³ -que es donde se celebró la oposición- Juan Carlos, con su agudo e irónico sentido del humor, dijo: “Ay, quien nos mandaría leer la tesis”. Nos acompañaba el Prof. González Cussac, en aquel entonces, aun sin vinculación administrativa con la universidad.

El problema de la acción no era un problema menor. Recuerdo que cuando estaba preparando los temas de los programas de la asignatura que se tenían que presentar como parte del proyecto docente y de los que se elegirían por insaculación tres temas y de entre ellos el tribunal decidiría el que debía ser expuesto en el segundo ejercicio –ejercicio que era conocido como *la encerrona*⁴-, ninguna de las concepciones de la acción que manejaba la doctrina reunían los requisitos que, según la propia doctrina, debía de cumplir el concepto de acción. Aquello me parecía sencillamente absurdo. ¿Qué pasa entonces, que no hay acción? Evidentemente, en el desarrollo del ejercicio me cuidé muy mucho de manifestar tal crítica y me limité a repetir lo que la doctrina más autorizada decía al respecto⁵. Punto. Ciento también, que no podía ofrecer una alternativa. Acaba el tercer ejercicio -caso práctico-, y el tribunal propone a los primeros ocho candidatos⁶. La Profa. García Arán, y yo nos quedamos como *aprobados sin plaza*⁷, ella como número diez de la lista de aprobados y yo ocupando el número nueve, aunque ambos con la misma puntuación final. Como el Tribunal no nos propuso para ser nombrados Profesores Adjuntos, los recursos administrativos que presenté ante el Ministerio no prosperaron. Había aprobado los tres ejercicios, sí, pero como “el Tribunal no me había propuesto, el Ministerio no me podía nombrar”⁸. Total que acudí a las pruebas de idoneidad. Las pruebas de idoneidad fue el modo de acabar con los PNNs⁹, de hacer funcionarios a todos los PNNs históricos y no tan históricos y de ese modo domesticar un poco a la Universidad, haciéndola menos conflictiva, menos reivindicativa. Para ello, las pruebas de idoneidad no fueron concebidas como oposición, sino como una prueba de habilitación. La idoneidad la alcanzaría todo candidato que tuviera méritos suficientes¹⁰,

³ El Prof. Cobo del Rosal era presidente del Tribunal de Cuentas y presidía el tribunal de la oposición.

⁴ El opositor debía preparar, encerrado en una sala o despacho durante un tiempo de cuatro horas y sin contacto con nadie -a excepción de los otros encerrados-, el tema a desarrollar.

⁵ Cuando finalicé la exposición -58 minutos de reloj- y bajé del atril, el profesor Terradillos Basoco que también se presentaba a esas oposiciones, al pasar por su lado me dijo: “muy bien, Vicente”. Un detalle que, más de cuarenta años después, no he podido olvidar.

⁶ Al día siguiente entraba en vigor la Ley de Autonomía Universitaria.

⁷ En base a una disposición adicional de una ley relativa a la función pública (cuyo nombre y fecha no recuerdo) los tribunales, si existían más vacantes que plazas convocadas, podían proponer un mayor número de candidatos que plazas convocadas. El Ministerio rechazaba la propuesta, pero mediante el oportuno recurso contencioso administrativo, los tribunales daban la razón al recurrente y le adjudicaban la plaza. Cuando este criterio jurisprudencial se extendió, el Ministerio procedió a nombrar a todos los candidatos que habiendo aprobado los tres ejercicios eran propuestos por el tribunal.

⁸ Esa fue la respuesta aclaratoria que se me dio en conversación telefónica mantenida con el funcionario del Ministerio, encargado de los expedientes, al preguntarle cómo era posible que la resolución administrativa reconociese que había aprobado el tercer ejercicio y sin embargo no se me nombrase profesor adjunto.

⁹ Profesores no numerarios.

¹⁰ Los candidatos debíamos aportar *curriculum vitae* según anexo a la orden ministerial de la convocatoria y documentación -certificados, fotocopias, separatas, ...- que acreditara los méritos alegados, programas

con independencia del número de aspirantes que se presentaran a dicha prueba en cada una de las diferentes áreas de conocimiento. La Profa. García Arán obtuvo el número uno en la prueba de idoneidad de nuestra área de conocimiento, pues había sido aprobada sin plaza en la última oposición, sin embargo, el que esto escribe, que, como se ha dicho, también fue aprobado sin plaza, no obtuvo ni tan siquiera los tres seises que eran *conditio sine qua non*¹¹ para poder recurrir la calificación del Tribunal¹², mas, como quiera que la Comisión no motivó mi suspenso -¿cómo iba a poder motivarlo?- , solicité del Consejo de Universidades la revisión de la calificación por defecto de forma al no venir motivado mí *no apto*, solicitud que el Consejo de Universidades trasladó a la Comisión calificadora que tuvo a bien declararme apto, suficiente para poder acceder a la plaza de profesor titular de derecho penal en la Universitat de València.

II. La acción

Una vez conseguida esa independencia docente e investigadora, la acción no volvió a ser explicada en el aula, dando de ella una definición, que entendía era válida para cualquier supuesto o tipo delictivo: *La acción es la manifestación de la voluntad y la voluntad es la asunción de una razón. La acción es, por tanto, la manifestación de una razón.* Con esta definición he venido funcionando desde entonces.

En mi opinión, era un problema irresoluble tratar de dar una definición de acción que, articulado sobre su estructura ontológica, fuera capaz de servir tanto para los delitos dolosos, como para los culposos, los de resultado y los de mera actividad, ya de lesión ya de peligro, bien concreto, bien abstracto, y ello sin olvidar la modalidad de la comisión por omisión. Era algo así como pretender conseguir la cuadratura del círculo, pero con la particularidad de que el triángulo tiene cinco lados.

Por otra parte, como quiera que tanto la concepción causal, como la concepción final de la acción tenían que enfrentarse a esta clasificación de delitos, era evidente que ninguna podía alcanzar su fin de un modo satisfactorio. ¿Cómo va a lograr la concepción causal de la acción explicar los delitos de mera actividad o los delitos de omisión, mucho más cuando se enfrente a la comisión por omisión? Y en lo que hace a la concepción final de la acción es imposible, por definición, que pueda explicar ontológicamente -que es su premisa- y de modo satisfactorio la estructura de los delitos culposos, mucho menos aquellos delitos culposos que lo son por culpa inconsciente.

Al comparar los planteamientos de Beling, Mezger y Welzel, siempre acababa con la misma sensación, según la cual, mientras que con Beling se alcanzaba la materialización de una figura delictiva con el desarrollo de su idea de tipo, tanto Mezger como Welzel, a diferencia de Beling, presentaba cada uno su o sus distintos tipos de delito, a los que necesariamente se les tenía que ir haciendo una serie de retoques si se

de la asignatura, memoria justificativa de los criterios científicos y metodológicos seguidos para la elaboración de los programas de las asignaturas, así como aspectos pedagógicos a seguir en la impartición de las enseñanzas, lo que equivalía a algo menos de lo que se exigía para superar el primer ejercicio de la oposición celebrada en septiembre de 1983, con la diferencia que aquel ejercicio era de exposición oral ante los siete miembros del Tribunal y en la idoneidad tan solo se evaluaba la documentación aportada.

¹¹ Art. 19.1 Orden de 7 de febrero de 1984 del Mº de Educación y Ciencia, BOE 16.02.1984, nº 40

¹² Tribunal presidido por el Prof. Francisco Muñoz Conde, y como vocales los catedráticos, Prof. Gonzalo Quintero Olivares; Prof. José Mª Rodríguez Devesa; Prof. D. Ángel Torio López y los profesores adjuntos Prof. José Mª Escrivá y Gregori; Prof. José Manuel Gómez Benítez y Prof. Ángel Manuel de Sola Dueñas.

quería conseguir la coherencia de tal construcción¹³, pero, sin poder evitar con ello, que tales configuraciones, especialmente las de Welzel, se presentasen estáticas y en equilibrio inestable. Con Beling, sin embargo, no eran necesarios tales remiendos, la figura evolucionaba hasta la verificación del delito y siempre con equilibrio estable.

III. El nudo gordiano de la cuestión

III.1. *El tipo*

Junto a lo dicho, también tenía presente un aspecto material que no veía fuera tratado por la doctrina en sus intentos por definir el delito. Me refiero a todo lo que se deriva de la práctica forense. Esta preocupación arranca, sin duda, de mi época -de grato recuerdo y muy fructífera experiencia- de Magistrado Suplente en la entonces Audiencia Territorial de Valencia. No obstante, debo reconocer que al principio me mostraba un tanto reacio a considerar la dimensión procesal del delito a la hora de estudiar o configurar su estructura¹⁴.

Cuando, años antes de estas reflexiones, accedí a formar Sala esperaba ver - ingenuo de mí- que en el foro se debatirían todas esas cuestiones doctrinales que me afanaba por explicar en clase, recogidas entre otros en los epígrafes “*concepción objetiva y subjetiva de la antijuridicidad*”, “*concepción formal y material de la antijuridicidad*”, etc., etc., de cuya importancia y transcendencia estaba más que convencido. Ese primer contacto con la práctica forense, unido a mi actividad docente, me hizo ver el error de tal enfoque, pues, esas cuestiones, de especial relevancia a la hora de proponer una concepción del derecho penal, no podían ser presentadas a los estudiantes cuando se enfrentaban por primera vez al derecho penal. También pude comprobar que, un derecho penal parte general explicado con tan elevado grado de abstracción, tratando de justificar la concepción que se defiende, con cita y crítica de todas o las más importantes cuitas doctrinales y en detrimento de otras cuestiones más concretas y básicas -por ejemplo, la determinación de la pena-, no era la mejor manera de iniciar a los aprendices de lo jurídico-penal. Más bien lo contrario, normalmente lo que se provocaba era la aversión, y por tanto rechazo y desconocimiento del derecho penal, porque, entre otras cosas, cuando el alumno se enfrentaba a la parte especial de poco, por no decir de nada, le servía la doctrina recibida acerca de la parte general. Desde un punto de vista docente, el nivel de abstracción de la parte general así concebida es incompatible con el grado de concreción exigido en la parte especial. Había que enseñar al alumno a engarzar la parte general con la parte especial; sin embargo, tratar de conseguir este objetivo sobre la base de la concepción de la acción, defendida por según qué sector de la doctrina, era imposible. La parte especial del derecho penal, no es sino la concreción de la parte general. Al formar Sala nunca vi un informe que necesitara asentarse en los temas claves (vid. *ut supra*) acerca de la concepción del delito que se tratan en la parte general del derecho penal, ni tuvimos que recurrir a ello a la hora de dictar sentencia. Luego, con toga, tampoco.

Llegó el momento en que todas esas reflexiones, que corrían el riesgo de convertirse en batiburrillo, debían ser dispuestas y ordenadas a modo de estructura. Así

¹³ La propiedad commutativa es válida para las sumas y las multiplicaciones, pero no para las construcciones teóricas, por más que en este campo sea más difícil la refutación.

¹⁴ Al final comprendí que esa dimensión procesal no podía ser ajena a la hora de estudiar la configuración o estructura del delito, so pena de quedarse en el limbo de la pura especulación, siempre con pies de barro frente a la insobornable realidad.

es como empecé, en ese lejano curso 1985-86-, con la redacción de mi “*Programa de Derecho Penal (parte general)*”, programa que una vez finalizado registré con el correspondiente ISBN¹⁵.

La definición de delito adoptada (“Hecho típico, …) unido al Principio de Legalidad hizo que considerase el tipo como el elemento nuclear de la estructura del delito, pero con una matización, *sólo hay un tipo y por supuesto el tipo no es tipo de injusto*, el tipo es un enunciado y como tal totalmente descriptivo. Esta fue mi premisa. El tipo de injusto, el tipo total de injusto o el tipo de culpabilidad y por tanto también el tipo total de culpabilidad, no venían, ni vienen, ni pueden venir referidos a una descripción, pues contienen una valoración jurídico penal.

Por tanto, mi punto de partida era que el delito es en definitiva un tipo -hecho típico- doblemente enjuiciado. Enjuiciado o mejor dicho objeto de doble valoración, por parte del juicio de antijuridicidad y según resulte este juicio, cuando el veredicto sea que el tipo es un tipo -ahora sí- de injusto, ese inicial hecho típico, (ahora ya hecho típico y antijurídico) será objeto de valoración de un segundo juicio, el de culpabilidad. Y de él obtendremos que ese hecho típico y antijurídico no es o sí que es culpable, y en este caso lo será a título de dolo o a título de culpa o imprudencia. Por tanto, lo que en realidad hace el tipo, en su dimensión enunciativa, es configurar idealmente un sustrato material, proponer una figura que cuando se materialice -cuya verificación exige de un juicio, pero no jurídico- devendrá por ello en el objeto de valoración de los juicios de antijuridicidad y eventualmente también de culpabilidad, juicios éstos -ahora sí- jurídicos.

De ahí que el tipo -al que defino como *el conjunto de características a las que se puede reconducir un determinado acontecimiento*- en su doble función, enunciativa y delimitadora, no pueda contener valoración alguna (jurídica se entiende) so pena de incurrir, ya a nivel de formulación legal, en el vicio procesal de la predeterminación del fallo.

III.2. Presupuesto y consecuencia (“Si A, B”)

Una vez llegado a esta conclusión -el tipo tiene una doble función, enunciativa y delimitadora, y es valorativamente neutro-, debía incardinárla en la definición de derecho penal. En mi opinión, el derecho penal es *el conjunto de normas jurídico positivas que establecen como presupuesto el delito y como consecuencia jurídica la pena*¹⁶. La norma penal, se acaba de decir, contiene un presupuesto y una consecuencia jurídica de tal modo que “*Si A, B*”. A y B, evidentemente no son iguales, pero sí equivalentes: del nivel de lesión unido al grado o dimensión del reproche, surge la intensidad de la pena.

Durante cierto tiempo di por sentado que el delito era un hecho y dos juicios. Dicho de un modo más preciso, era un hecho (hecho típico) al que se le *sumaban* dos juicios, el de antijuridicidad y el de culpabilidad. El siguiente paso consistía en incardinarlo en la estructura “*Si A, B*”, que se predica de toda norma penal y, por tanto, llegado el caso, de todo hecho delictivo. Insisto en que pensaba que el delito era un hecho típico al que se le *sumaban* dos juicios. En aquella época también rondaba por mi cabeza la posibilidad de explicar en términos matemáticos algunas cuestiones del derecho penal;

¹⁵ Baeza Avallone, V. (1986) Programa de Derecho Penal (parte general), ISBN 84-7788-398-9, Depósito Legal V-2111-1986

¹⁶ En este momento prescindo en la definición de los estados peligrosos y las medidas de seguridad, pues en nada afecta a lo que ahora se trata, que es el delito. La definición completa de derecho penal sería *el conjunto de normas jurídicas penales que establecen como presupuesto el delito y los estados peligrosos y como consecuencia jurídica la pena y las medidas de seguridad*.

me planteaba la posibilidad de poder utilizar ciertos recursos matemáticos que pudiesen facilitar la tarea que pretendía desarrollar, que no era otra que establecer la estructura del delito. La idea sobre la que quería asentar esa vía de análisis era la siguiente: el derecho penal, es, en definitiva, un catálogo de abstracciones. Si la matemática es una herramienta que opera con abstracciones (pido perdón a los matemáticos), ¿no sería posible aplicar ese recurso al derecho penal?¹⁷

Pues bien, a un nivel muy elemental, huelga el decirlo, me dije: el presupuesto (P) y la consecuencia jurídica (CJ) no son iguales ($P \neq CJ$), pero sí equivalentes ($P \therefore CJ$) y si el presupuesto P, no es sino el Hecho Típico (HT), doblemente enjuiciado (JA + JC), teniendo en cuenta que hemos establecido que Presupuesto (P) y Consecuencia Jurídica (CJ) no son iguales ($P \neq CJ$) pero sí equivalentes ($P \therefore CJ$) podemos afirmar que cualquier presupuesto (P), es decir cualquier hecho típico doblemente enjuiciado (HT+JA+JC), es equivalente a la consecuencia jurídica (CJ) a él asignada, o lo que es lo mismo: ' $P = (HT+JA+JC) \therefore CJ$ '.

¿Por qué quise expresarlo de ese modo? Para poder determinar la contribución de cada momento, fracción o elemento del delito (HT, JA, JC) en la consecuencia jurídica (CJ) y ver cómo se materializa el criterio de la proporcionalidad; proporcionalidad entre el binomio daño y reproche¹⁸ por una parte y consecuencia jurídica, por otra. Junto a ello, también tuve que establecer algo que -por demás- era obvio, es decir, si un presupuesto (P) equivale a una Consecuencia Jurídica (CJ), podemos decir que '1 ∴ 1', utilizando la equivalencia y no la igualdad porque, como se ha dicho, presupuesto y consecuencia jurídica en modo alguno son iguales, aunque el derecho penal los hace equivalentes.

No obstante, a la hora de adoptar que $P = 1$, se me planteaba el siguiente problema: Si $P = 1$ y $P = (HT+JA+JC)$, tenemos entonces que $1 = (HT + JA + JC)$, por lo que no podía dar el valor 1 a cada momento del delito (HT, JA y JC), pues al ser $P = (HT + JA + JC)$, si diese a cada momento del delito (HT, JA y JC) el valor "1", tendríamos que $P = (1 + 1 + 1) = 3$ y como nuestro punto de partida es que un presupuesto (P) es equivalente a la consecuencia jurídica (CJ) a él vinculada -($P \therefore CJ$)- ello me obligaba a tener que aceptar que $(HT + JA + JC) = 1$, estableciendo además la triple igualdad entre HT, JA y JC en orden a determinar la contribución de cada uno de estos momentos en la configuración de P, y en la cuantificación de CJ. Pues bien, aunque esa inicial triple igualdad 'HT = JA = JC = 1' y su repercusión en ' $P = (HT+JA+JC) \therefore CJ$ ' no me acababa de convencer, la acepté provisionalmente como válida, aparcando momentáneamente las dudas que me suscitaba, ante la ausencia de una mejor explicación.

Tiempo después advertí que ese planteamiento, o al menos parte de él, no era correcto, pues si consideraba que el Tipo es neutro, y que el hecho típico no es indicario de nada y que la valoración jurídica arranca en el juicio de antijuridicidad, la conclusión a la que llegaba era que el valor del HT no podía ser sino cero (0), ya que la pena resultaba de la lesión producida al bien jurídico protegido y del reproche que por tal lesión se pudiera formular, por tanto, la nueva fórmula sobre la que debía operar, aun siendo ' $P =$

¹⁷ Una aplicación práctica de lo que se dice, puede verse en Baeza Avallone, V *La vara de medir (análisis de la coherencia interna del Código Penal)*, TFM de Sociología y Antropología de las Políticas Públicas. Valencia, septiembre de 2016 (inédito) y en Baeza Avallone, V. (2018) *La circunstancia mixta de parentesco: naturaleza y fundamento* en Roig Torres (dir.) *Últimas reformas legales en los delitos de violencia de género*, Valencia Tirant lo Blanch, pp. 120 y ss.

¹⁸ Otra premisa adoptada era que el reproche no puede ir más allá del daño, el reproche se debe circunscribir al daño producido -se reprocha el daño producido, nada más-, acogiéndome de ese modo a una concepción de la culpabilidad por el acto aislado.

(HT + JA + JC)', debía modificarse atendiendo al carácter neutro del HT, por lo que le di valor "0", obteniendo por tanto, que 'P = (0 + ½ + ½) ∴ CJ', de donde, cómo es de ver, la consecuencia jurídica sería la resultante de sumar lo antijurídico y lo culpable.

Sin embargo, al poco vi que este nuevo planteamiento tampoco era satisfactorio pues la fórmula 'P = (0 + ½ + ½) ∴ CJ', que podía explicar los delitos consumados, no servía para explicar los delitos tentados. Esto lo advertí reflexionando sobre la concreción o determinación de la pena en las distintas fases del *iter criminis*. Hasta ese momento, mis cavilaciones a la hora de determinar la estructura del delito, giraban en torno al delito consumado, que, si bien no viene definido por el Código Penal, podemos decir, con el sustento del art. 61 CP, que el delito está consumado cuando se produce el máximo desvalor previsto por la norma.

En la tentativa, una cosa era obvia, el sustrato material necesariamente es menor que el sustrato material del delito consumado, bien porque no se realizan todos los actos de ejecución (tentativa inacabada), bien porque realizados todos los actos de ejecución no se produce el resultado (tentativa acabada), lo que me llevaba a concluir, cosa igualmente obvia, que la antijuridicidad en la tentativa, desde un punto de vista cuantitativo, es menor que en el delito consumado, por mucho que en ambos casos el sustrato material de uno y otro sean totalmente antijurídicos. *Mutatis mutandi*, este planteamiento se podía trasladar a la culpabilidad. Si en la tentativa hay menos contenido antijurídico que en la consumación, el máximo reproche posible de la tentativa, necesariamente será menor que el máximo reproche posible en la consumación, de ahí la menor pena.

Pero entonces, ¿por qué la fórmula 'P = (0 + ½ + ½) ∴ CJ', si podía ser de aplicación a los delitos consumados, pero no a los delitos tentados? La respuesta que me daba era que se estaba utilizando el valor 0, para dos supuestos distintos, donde uno, no solo es menor que otro, sino que, además, es una parte del otro¹⁹. Y aunque en ambos casos estamos aceptando que tales sustratos son valorativamente neutros, ello no modifica el hecho, igualmente cierto, que no son iguales, por lo que no se puede dar el mismo valor a dos cosas distintas. Y lo que resultaría totalmente inadmisible, a la vez que imposible, sería darle un valor negativo a la tentativa. Si damos valor cero (0) al sustrato material del delito consumado, y el sustrato material del delito tentado es menor, no podemos darle un valor inferior a cero (0), ya que ello nos llevaría a dar valores negativos a algo que existe y además, es una parte del todo. Debía por tanto encontrar otra fórmula que explicase la consumación y la tentativa. ¿Volver a darle valor "1" al hecho típico consumado? Si volvía a este camino, los JA y de JC no podía seguir concibiéndolos como sumandos. ¿Cómo entonces?

Un buen día, en clase, explicando la repercusión de la culpabilidad en la determinación de la pena, al poner varios ejemplos, me di cuenta que la fórmula 'P = (0 + ½ + ½) ∴ CJ' tampoco servía para explicar los delitos imprudentes, pues en éstos, la consecuencia jurídica no podía proceder, mitad por mitad, de lo antijurídico y de lo culpable.

¹⁹ Todo delito comienza por la fase de tentativa hasta alcanzar, si es que lo logra, la consumación. No se desconoce que en algunos delitos, normalmente de peligro abstracto, solo cabe la consumación, dicho de otra manera no cabe la tentativa. Pero, en cualquier caso, en los delitos con un *iter criminis* de dos fases - tentativa y consumación-, todos ellos empiezan siempre por la fase de tentativa "...cuando el sujeto da principio a la ejecución del hecho..." dice el art. 16 CP

La reflexión versaba sobre la diferente pena a imponer en tres supuestos contemplados en el Código Penal: art. 138, art. 142.1 y art. 142.2²⁰. En los tres casos había muerte de otro, en el primero muerte dolosa y en los otros dos muerte por imprudencia. Sin embargo, las penas eran prisión de 10 a 15 años, prisión de 1 a 4 años y multa de 3 a 18 meses.

La inicial asignación por mitades al JA y al JC de la pena a imponer, se concibió de un modo, vamos a decir flexible, más o menos mitad por mitad. Con esta flexibilidad se podría explicar que la pena del art. 142.1 CP fuera prisión de 1 a 4 años, pero de ningún modo se podía explicar que la pena del art. 142.2 CP fuera multa de tres a dieciocho meses o multa de uno a dos meses, como sucedía en el derogado art. 621.2 CP. La antijuridicidad del hecho, es decir la lesión del bien jurídico protegido -muerte de otro- en los tres supuestos era la misma, so pena de tener que concluir que el CP valora menos²¹ la vida cuando su privación es producto de un proceder imprudente que cuando lo es de uno doloso²². Y si fuera así -el CP valora menos la vida cuando su privación es producto de un proceder imprudente que cuando lo es de uno doloso-, tendríamos que la pena de multa de 3 a 18 meses resultaría de la lesión del bien jurídico protegido vida -muerte de otro- más el reproche, mínimo, que supone una imprudencia menos grave, por lo que, aun admitiendo que esa imprudencia menos grave no supusiera ningún plus de pena a la que resultaba de la antijuridicidad, lo que era totalmente inadmisible es que la lesión a la vida o lo que es lo mismo, causar la muerte de otro, fuera equivalente a una pena de multa de 3 a 18 meses²³. A mayor abundamiento, si ello fuera así, es decir, si la privación de una vida humana equivaliera a una pena de multa de tres a dieciocho meses ¿cuál sería la repercusión de la culpabilidad en la pena, para llegar desde los 3 a 18 meses de multa (muerte por imprudencia menos grave) a los 10 a 15 años de prisión (muerte dolosa), máxime defendiendo una concepción de la culpabilidad por el acto aislado?²⁴ No tiene sustento. Esa aminoración de la pena, no podía proceder de una menor antijuridicidad, sino de la menor intensidad del reproche. En este caso menor intensidad cualitativa del reproche y a su vez, dentro de ésta, la mínima cuantitativamente posible.

Por tanto, habida cuenta de los inconvenientes que presentaba la fórmula ' $P = (0 + \frac{1}{2} + \frac{1}{2}) \therefore CJ$ ' a la hora de aplicarla a los delitos tentados y a los delitos imprudentes, se reforzó la idea de volver a dar el valor uno (1) al hecho típico, sabiendo que de ser así, los juicios de antijuridicidad y de culpabilidad no actuarían, a la hora de determinar la pena, como sumandos²⁵. Por otra parte, al ser la tentativa (T) una parte del hecho consumado (C), su valor no podía ser cero (0), sino mayor que cero (0) pero menor que uno (1), o sea ' $0 < T < 1$ ', advirtiendo que ' $0 < T < 1$ ' también se podía expresar en porcentaje (%), pues el sustrato material de la tentativa, al ser una parte del sustrato material del delito consumado, también se puede expresar como un porcentaje del sustrato material del delito consumado, o sea ' $T = \%C$ '.

²⁰ En realidad, en el momento en que me di cuenta del error del planteamiento, los artículos en liza eran 138, 142.1 y 621.2 y en este último la pena era multa de 1 a 2 meses.

²¹ Que valora menos, no que castiga menos, pues es obvio que castiga menos.

²² Con el planteamiento que se defiende, además, se está rechazando que la antijuridicidad en los delitos imprudentes radique en la infracción de un deber de cuidado.

²³ A lo que habría que añadir que una explicación de esta guisa estaría entremezclando antijuridicidad y reproche.

²⁴ Vid. ut supra n. 18

²⁵ Llegaba a la misma conclusión -JA y JC no pueden ser sumandos-, pero por otro camino, ahora a través de la culpabilidad, antes por el *iter criminis*.

De este modo la fórmula inicial ‘ $P = (HT+JA+JC) \therefore CJ$ ’, donde HT era igual a 1, se transformaba, en ‘ $P = [(HT)(JA)(JC)] \therefore CJ$ ’, de tal modo que siendo 1 el valor tanto del HT como del JA y del JC -habida cuenta esa inicial triple igualdad-, tendríamos que ‘ $P = [(HT)(JA)(JC)] \therefore CJ$ ’, y concretando los valores dados a HT, JA y JC sería ‘ $P = (1)(1)(1) \therefore 1$ ’, cumpliéndose de esto modo la equivalencia $P \therefore CJ$ que es la premisa de nuestro planteamiento.

Establecida esta nueva premisa, y viendo los errores anteriores, me dediqué a aplicar dicha fórmula a distintos supuestos, o mejor dicho, a verificar la viabilidad de tal fórmula para explicar distintos supuestos. Tampoco eran muchos²⁶.

Tomé como punto de referencia el delito consumado y doloso, de tal manera que el hecho típico del delito consumado ($100\%HT = 1$) era totalmente antijurídico ($100\%JA = 1$) y totalmente culpable ($100\%JC = 1$), por lo que la pena resultante sería la establecida de conformidad con el art. 61 CP, al disponer que “*cuando la ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada*”. Luego hice lo propio con las eximentes incompletas, que provocan la aminoración de la pena como consecuencia de la menor antijuridicidad o menor culpabilidad, según la naturaleza de la eximente en cuestión, tanto en los casos de consumación como en el de tentativa, de tal manera que el abanico de posibilidades iba desde el cien por cien del hecho típico (=consumado) totalmente antijurídico ($100\% \text{antijurídico}$) y totalmente culpable a título de dolo ($100\% \text{culpable}$), cuya pena a imponer sería la que resultase de la conminación concreta del delito que fuera, en relación con el art. 61 CP (autor y consumado), a aquellos supuestos de tentativa ($T=%C$), con rebajas de pena según art. 62, con la aplicación del art. 63 para los cómplices²⁷, y las posibles justificaciones parciales resultantes de las eximentes incompletas²⁸ ($EIJA=% JA$) (art. 68 CP) a las que se podrían añadir las posibles rebajas de pena debido a las eximente incompletas que afectasen al Juicio de Culpabilidad²⁹ ($EIJC=% JC$) (art. 68 CP) amén de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal -atenuantes o agravantes- según su fundamento y naturaleza. Esquema que igualmente se puede trasladar a los delitos imprudentes, habida cuenta que ‘ $I = \%D$ ’.

III.3. Tres juicios: ontológico, axiológico y deontológico

Establecido lo anterior y habida cuenta la concepción de tipo que defendía (y defiendo), consideré que el análisis a realizar para poder verificar que estamos ante un delito se debía iniciar comprobando si el sustrato material sometido a consideración es una materialización -una objetivación- de la figura típica, en la que podemos reconocer todos los elementos de la figura típica y que tales elementos estén dispuestos con arreglo a esa configuración típica, momento a partir del cual lo consideramos un hecho típico y por tanto el objeto de la doble valoración. Una vez concretada la existencia del hecho típico, el segundo paso lo constituiría la determinación de su antijuridicidad, dilucidándose si en ese sustrato material típico se ha lesionado o puesto en peligro el bien jurídico protegido por la norma penal, de tal suerte que cuando ese hecho típico sea antijurídico, será el momento de adentrarnos en el juicio de culpabilidad, que nos dirá si el sujeto agente es o no culpable, y en caso de serlo, si lo es a título de dolo o de

²⁶ La naturaleza de esta exposición -Boceto de una estructura- exime de plasmar pormenorizadamente los pasos dados para verificar la viabilidad de la postura que se defiende, cuestión que es tratada con el detalle que la misma exige en el desarrollo de la estructura que aquí se apunta.

²⁷ Cómpllices: $C_{29} = \%A_{28}$

²⁸ Eximente incompleta justificación = EI_{JA}

²⁹ Eximente incompleta ‘ausencia culpabilidad’ = EI_{JC} .

imprudencia. De este modo se obtiene que el camino a recorrer para poder afirmar la existencia de un delito discurre a lo largo de *tres niveles o juicios*: A) *juicio ontológico*³⁰, donde se verifica la existencia del hecho típico. Cuando se afirme que el hecho es típico, será el momento de enjuiciarlo en el segundo nivel; B) *juicio axiológico*³¹, que establece la antijuridicidad del hecho típico, es decir si se ha quebrado o no la norma primaria objetiva de valoración o lo que es lo mismo, si ese hecho típico ha lesionado o puesto en peligro el bien jurídico protegido, y si es así será el momento de enjuiciarlo en el tercer nivel; C) *juicio deontológico*³², que determina la culpabilidad o reproche -doloso o imprudente-, que merece el autor por no haberse ajustado en su proceder a la norma secundaria subjetiva de determinación, es decir por no haberse determinado conforme a la norma primaria objetiva de valoración.

El recorrido por estos tres niveles o juicios es el mismo a realizar con absoluta independencia de la clase de delito que sea, doloso o imprudente, de resultado o de mera actividad, de acción, omisión o comisión por omisión, de daño o de peligro. Por tanto, la solución a la que llegó, era que el problema no reside en verificar la estructura (ontológico normativa) del delito, según se acoja una u otra concepción de la acción³³, sino en determinar el *método* con el que se analiza (enjuicia) un determinado hecho para poder concluir si es o no constitutivo de un delito.

IV. Estructura del Juicio de Culpabilidad

A pesar del distinto contenido que finalismo y causalismo tienen del juicio de culpabilidad, ambas concepciones ofrecen una nota común, pues ambos sistemas sitúan a la exigibilidad como el último estadio a recorrer en sus respectivas configuraciones del Juicio de Culpabilidad. Así, Mezger trata en primer lugar la imputabilidad del sujeto, a continuación las formas de la culpabilidad (dolo y culpa) y por último se refiere a las causas de exclusión de la culpabilidad, para tratar dentro de este capítulo la no exigibilidad como causa general de exclusión de la culpabilidad (Mezger, t. II, 2^a alemana, trad. Rodríguez Muñoz y Quintano Ripollés, 1957: 7). Por su parte Welzel (Welzel, trad. Fontán Balestra, 1956: XV-XVI) se refiere en primer lugar a la libertad de voluntad y capacidad de imputación, como presupuestos existenciales del reproche de culpabilidad y luego a los elementos intelectuales de la reprochabilidad y al elemento voluntad en la reprochabilidad, acudiendo por último a la exigibilidad donde distingue entre la exigibilidad referida a los delitos culposos y la exigibilidad referida a los delitos dolosos.

³⁰ Juicio relativo o perteneciente a la ontología. Ontología, parte de la metafísica que trata del ser en general y de sus propiedades trascendentales. Vid. RAE.

³¹ Juicio relativo o perteneciente a la axiología. Axiología, teoría de los valores. Vid. RAE.

³² Juicio relativo o pertenecientes a la deontología. Deontología, parte de la ética que trata de los deberes.

³³ No se puede olvidar que la pretendida coherencia del finalismo en lo que hace a mantener la estructura ontológica de la acción a la hora de configurar la estructura del delito, tampoco la consigue, pues la acción no es analizada en un solo momento omnicomprendido de sus elementos, sino que, desgaja la finalidad del sujeto y su capacidad de entender y querer, centrándose en la finalidad para poder hablar de tipicidad y antijuridicidad, pero posponiendo el estudio de la capacidad intelectiva y volitiva de ese sujeto al tiempo de su proceder al momento de determinar la culpabilidad por su actuación. Tal planteamiento no parece muy coherente ni respetuoso con la inmutable estructura ontológica de la acción que el finalismo defiende.

En España, Cobo-Vives siguiendo la estela marcada por Mezger, sitúan el problema de la exigibilidad e inexigibilidad como el último apartado a estudiar dentro de la estructura del Juicio de Culpabilidad (Cobo-Vives, 1999: 16-17); antes de llegar a esta cuestión consideran que debe analizarse la imputabilidad e inimputabilidad del sujeto, las formas de culpabilidad y por último la reprochabilidad y su exclusión. Por su parte, Mir Puig, se introduce en el juicio de culpabilidad a través de la teoría general de la imputación personal, para a continuación tratar el error de prohibición, las causas de inimputabilidad concluyendo con la no exigibilidad y el miedo insuperable (Mir Puig, 2005: 18-19)

Admitiendo que la norma penal contiene una norma primaria objetiva de valoración, que inspira el juicio de antijuridicidad y una norma secundaria subjetiva de determinación que hace lo propio con el juicio de culpabilidad, que la norma primaria objetiva de valoración vincula todos por igual, mientras que la norma secundaria subjetiva de determinación obliga a cada uno en función de las circunstancias concurrentes en el momento de actuar, no acababa de ver por qué el tema de la exigibilidad (el poderse determinar conforme a la norma primaria objetiva de valoración) era, sin embargo, colocado como último peldaño en las respectivas estructuras del juicio de culpabilidad que cada concepción mantiene.

El Código Penal, en su artículo 20.1º acaba exigiendo que la alteración o anomalía psíquica, para poder eximir de responsabilidad criminal, sea tal, que el sujeto “*al tiempo de cometer la infracción ... no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión*”. Lo mismo cabe decir de la eximente recogida en el apartado 2º del artículo 20 CP, pues tanto la intoxicación plena como el síndrome de abstinencia que sufra o padezca el sujeto al tiempo de cometer la infracción debe ser tal que “*le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión*”.

Sin embargo, aunque la segunda de estas exigencias (“*no pueda ... actuar conforme a esa comprensión*”, “*le impida ... actuar conforme a esa comprensión*”) solo se explicitan en los apartados 1º y 2º del artículo 20 CP, no puede negarse que también es en definitiva lo que sucede en los supuestos comprendidos en el art. 20.5 y 20.7 CP, por más que en la configuración de estas eximentes no aparezca tal exigencia. En mi opinión, quienes actúan en un estado de necesidad o por miedo insuperable, conocen la ilicitud de su proceder, pero no pueden, sin embargo, actuar conforme a esa comprensión.

No obstante, a pesar de que en ambos casos³⁴ “*no se actúa conforme a esa comprensión*”, la naturaleza de la causa, que en uno y otro caso impide al sujeto actuar conforme a esa comprensión, es bien distinta. En efecto, en los supuestos del art. 20.5 CP la causa que impide actuar conforme a esa comprensión es una concreta situación fáctica -el medio en el que el sujeto se desenvuelve- que está por fuera -exógena- del sujeto agente, pues le abarca o engloba; el sujeto se halla inmerso en ella -el sujeto agente es un elemento más de ese estado de necesidad-, a diferencia de los supuestos de miedo insuperable, donde la causa -miedo insuperable- es interna, ya que es el sujeto el que la contiene -de ahí que sea endógena-, el miedo está en el interior del sujeto, con independencia de que la causa de ese miedo pueda o no ser exógena.

Volviendo a los apartados 1º y 2º del artículo 20 CP, podemos ver que las causas por las que el sujeto al tiempo de cometer la infracción penal “*no puede o le impiden comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión*” vienen referidas a facultades intelectivas o volitivas del sujeto, son absolutamente internas -endógenas-.

³⁴ 20.5 y 20.7 CP

Pues bien, si se distingue entre imputabilidad e inimputabilidad por una parte y por otra entre exigibilidad e inexigibilidad, implícitamente se está admitiendo que son dos cuestiones distintas e independientes, cuando en mi opinión ambas están unidas por una relación género especie, donde la exigibilidad sería el género y dentro de éste cabría distinguir dos especies o clases de exigibilidad, tal y como hemos visto: la exógena y la endógena. Al analizar la exigibilidad, tratamos de comprobar si el sujeto puede determinarse o no conforme a la norma primaria de valoración, y esta exigibilidad la podemos afirmar cuando el medio o entorno en que se desenvuelve -exigibilidad exógena- y su capacidad de entender y querer y el uso que de ellas hace -exigibilidad endógena- al tiempo de actuar no impiden comprender la ilicitud de su actuación, ni tampoco le impiden actuar conforme a esta comprensión.

Al afirmar la exigibilidad exógena, se está estableciendo que el sujeto cuando actúa no se ve constreñido por el medio en el que se desenvuelve, el sujeto agente no se ve afectado por ninguna limitación extrínseca que le impida adecuar su comportamiento a la norma primaria objetiva de valoración. En cuanto a la exigibilidad endógena, caso de afirmarse, estaríamos admitiendo que las facultades intelectivas y volitivas del sujeto, presentes al tiempo de cometer la infracción, le permitían comprender la ilicitud de su actuación y por tanto, podía haber actuado de modo distinto a como lo hizo, es decir, le permitían haber actuado de conformidad con la norma primaria objetiva de valoración. ¿Estamos en lo cierto, si decimos que a una persona imputable en el momento de realizar el hecho delictivo, se le puede exigir un comportamiento distinto al llevado a cabo?

La otra cara de la exigibilidad – inexigibilidad-, se tendrá que admitir, en su faceta exógena, cuando el sujeto a la hora de cometer la infracción se vea constreñido o inmerso en un medio o situación (exógena) que le impida adecuar su comportamiento a la norma primaria objetiva de valoración. Por el contrario, si la limitación, factor o causa por la que el sujeto no pudo conocer la ilicitud de su actuación residía o afectaba a sus facultades intelectivas o volitivas o al uso que hizo de las mismas, estaríamos entonces ante un caso de inexigibilidad endógena. ¿Estamos en lo cierto, si decimos que a una persona inimputable o víctima de un error invencible -ya de tipo, ya de prohibición- en el momento de realizar el hecho delictivo, no se le puede exigir un comportamiento distinto al llevado a cabo?

En base a lo acabado de decir, pensaba que el primer estadio a analizar en el juicio de culpabilidad debía ser, no la imputabilidad o inimputabilidad del sujeto, sino el estudio o análisis de la exigibilidad e inexigibilidad, y dentro de ésta, en primer lugar, el de la exigibilidad e inexigibilidad exógena y después, en todo caso, el de la exigibilidad e inexigibilidad endógena. Esta conclusión, ganaba más fuerza cada vez que me hacía las siguientes preguntas: ¿qué sentido tiene analizar la capacidad de entender y querer del sujeto, para después poder concluir -en unos casos sí y en otros no- que actuó en un contexto físico que le impedía soslayar o impedir la ilicitud del hecho? ¿No puede suponer esto una innecesaria intrusión en la esfera íntima del sujeto, caso de advertir que éste se desenvolvió en un medio que le impedía actuar de un modo distinto a como lo hizo, que le impedía actuar de conformidad con la norma primaria objetiva de valoración? ¿No sería más lógico invertir el orden del estudio de estos elementos?

Mi planteamiento era y sigue siendo el siguiente: si la libertad es uno de los valores sobre los que se asienta nuestro Estado social y democrático de derecho, el sistema penal que adopte tal Estado no solo no puede ignorar este principio, sino que al aplicarlo a su sistema punitivo debe ser especialmente cuidadoso con la libertad del individuo, y esto exige que la esfera privada deba quedar al margen, en la mayor medida de lo posible, de

las intromisiones de los poderes públicos. El juicio de culpabilidad, a diferencia del juicio de antijuridicidad, es un juicio a la persona, cierto que, circunscrito a una actuación concreta, pero juicio a la persona al fin y al cabo, juicio que va a exigir en última instancia analizar la voluntad del sujeto a la hora de actuar³⁵, siendo que la voluntad es la asunción de una razón. Por tanto, el juicio de culpabilidad va a introducirse en el sujeto hasta llegar al origen, al principio, a la génesis de su conducta, razón por la que considero que esto debe suceder en última instancia, cuando no haya más remedio³⁶, de tal modo que si se comprueba que el sujeto, atendido el medio en el que se desenvolvía no pudo actuar de conformidad con la norma primaria objetiva de valoración, el sistema penal no debe entrar a valorar las facultades intelectivas y volitivas del sujeto. Es una intromisión innecesaria, que no se requiere para afirmar la inexigibilidad de conducta distinta a la llevada a cabo, que está determinada por las causas exógenas concurrentes.

Pensemos en el que quizá sea el paradigma del estado de necesidad³⁷, la Tabla de Carnéades. Dos sujetos A y B, son náufragos que intentan salvarse agarrándose a una tabla que solo puede mantener a flote a uno de ellos, por lo que ambos pugnan por tener el control de la tabla impidiendo el acceso del otro a la tabla salvadora, cosa que al final consigue A, pereciendo ahogado B. Es incuestionable que A, al impedir que el sujeto B pudiera asirse a la tabla, sabía que B iba a morir. El sujeto A con su proceder sabía y quería matar³⁸ al sujeto B. Pero, ¿por qué el sujeto A, ha querido matar al sujeto B? Podemos decir que el sujeto A ha querido matar al sujeto B, porque era el único modo de salvar su vida, de tal modo que, si la tabla hubiera sido capaz de mantener a flote a los dos, ni el sujeto A ni el sujeto B, hubieran pugnado por ser cada uno de ellos el único beneficiario de la tabla. Siendo esto así, a la hora de plantearnos el reproche que tal proceder pueda merecer, ¿se debe empezar por analizar las facultades intelectivas y volitivas del sujeto, es decir por la exigibilidad endógena o debemos empezar por el contexto en el que se desarrollaron los hechos, es decir por la exigibilidad exógena? ¿No se tendrá un planteamiento más respetuoso para con el individuo si antes de estudiar la exigibilidad endógena, valoramos si el medio o contexto en el que se desenvolvía - exigibilidad exógena- le permitía determinar su conducta con arreglo a la norma primaria objetiva de valoración, para después, caso de que tal adecuación hubiera sido posible, analizar si sus facultades intelectivas y volitivas y el uso de ellas -exigibilidad endógena-, también le permitían conocer la ilicitud de su proceder y por tanto exigirle una conducta respetuosa con la norma primaria objetiva de valoración? Yo creo que sí.

³⁵ Postura ésta de la que se infiere nuestra total y absoluta oposición y rechazo a la concepción subjetiva de la antijuridicidad.

³⁶ Lo que supone otra exigencia del carácter fragmentario del derecho penal.

³⁷ Gimbernat y Mir Puig, consideran el estado de necesidad como causa de justificación.

³⁸ No con dolo directo de primer grado, pero sí con dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias.