

La perspectiva «ex ante» en Derecho penal

SANTIAGO MIR PUIG,

*Catedrático de Derecho penal
en la Universidad de Barcelona*

A causa a B una fuerte impresión al comunicarle la muerte de su hijo, noticia que, habida cuenta del delicado estado del corazón de B, le produce la muerte. Una vez comprobados los extremos del hecho producido, no cabe duda de que A aparece como causante de la muerte de B; en cambio, *ex ante*, en el momento de darse la noticia la conducta de A no se presentaba como peligrosa para la vida de B. ¿Ha infringido A la prohibición de matar? Si se adopta la perspectiva *ex post*, habrá que decir que sí, pero si la prohibición se refiere al momento de la acción (*ex ante*), y se pregunta si *en aquel instante* el Derecho *prohibía* a A comunicarle a B la muerte de su hijo, la respuesta deberá ser negativa.

I

TEMPORALIDAD Y RELATIVIDAD

La conciencia de la temporalidad y de la relatividad del conocimiento para el observador, es una de las características de nuestro siglo (1). El pensamiento tradicional tendía a contemplar el mundo desde un punto de vista abstracto, situándolo fuera de su concreto manifestarse al observador en un espacio y en un tiempo. Este es el punto de mira de la metafísica clásica, pero también el de la filosofía práctica tradicional: así como *el ser* se entiende como realidad que trasciende la dimensión temporal de los concretos objetos empíricos en que se manifiesta, el bien y el mal se consideran como características ontológicas que pueden predicarse de las cosas con independencia del momento en que sean examinadas. Si una cosa es buena o es mala, lo será tanto si la vemos antes de que se produzca, como durante su producción o después de ella. Por otra parte, la bondad o maldad de una cosa no se ha hecho depender de cómo se nos aparece, como ob-

(1) Escribe M. HEIDEGGER, *¿Qué es metafísica?*, traducción española de Xavier Zubiri, Madrid 1963, p. 16: «Nos preguntamos, *aquí y ahora, para nosotros*».

servadores en un determinado momento, sino de si *en sí misma* es realmente buena o mala. Este es, a grosso modo, el planteamiento clásico: una perspectiva ontológica ahistórica, abstracta, que no ve las cosas desde su fenomenalidad espacio-temporal concreta, y que no atiende a la *perspectiva del observador*.

La Ciencia del Derecho ha compartido este enfoque atemporal. Voy a poner un ejemplo significativo. La *validez* de una norma o de un acto jurídico se ha pretendido fundamentar haciendo abstracción de los distintos momentos en que se manifiesta al observador. Por eso suele decirse que los actos nulos de pleno derecho lo son en sí mismos y no sólo desde el momento en que se advierte y declara su nulidad. Esta sería la diferencia entre los actos «nulos» y los «anulables», puesto que éstos últimos serían válidos hasta su anulación. Sin embargo, esta construcción tradicional choca con una evidencia: también el acto nulo de pleno derecho despliega efectos jurídicos hasta que se advierte y declara su nulidad. Para explicarlo se dice que tales efectos suponen una mera «eficacia» distinta a la «validez». Mas lo cierto es que sin declaración de nulidad el acto «nulo» no sólo es «eficaz» de hecho, sino que se halla tan amparado *por el Derecho* como el acto «válido». También es verdad que la declaración de nulidad puede llevar aparejados ciertos efectos retroactivos que tienden a negar la eficacia desplegada por el acto nulo. Pero ello sólo tiene lugar si la declaración de nulidad llega a producirse y desde el momento en que tiene lugar: el pasado no puede borrarse. En estas condiciones, ¿no sería más ajustado a la realidad decir que todo acto es «válido» y no sólo «eficaz», en tanto no sea anulado, sin perjuicio de que pudieran distinguirse anulaciones con efectos retroactivos y sin tales efectos? Sería más realista, pero supondría un cambio de planteamiento trascendental: supondría admitir que un hecho no es válido o nulo en sí, sino en función de *cómo se presenta al observador en cada momento*. Será válido mientras se presente como tal y dejará de serlo en cuanto se manifieste como nulo.

Este ejemplo puede introducir a la problemática que me importa abordar. Las normas jurídicas no son entidades abstractas sin vida, sino realidades sociales que se producen en un determinado tiempo y lugar (1 bis). Los hechos regulados por las normas también son fenómenos históricos que entran en contacto con las normas en un momento dado. Y el destinatario de una norma la cumple o la infringe en el instante en que actúa de conformidad o en contra de la misma. Las

(1 bis) Afirma acertadamente Ota WEINBERGER, *Die logischen Grundlagen der erkenntniskritischen Jurisprudenz*, en «Rechtstheorie», 1978, pp. 126, que las instituciones sociales, y entre ellas el Derecho, *existen* en el mundo real esto es, en el espacio y en el tiempo. Admite también la existencia real de las instituciones sociales como productos de la mente humana en sí mismas y con independencia de su posible base física: Karl R. POPPER, *El yo y su cerebro*, Barcelona 1977, pp. 44 ss. Cfr. S. MIR PUIG, *Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del Derecho penal*, en MIR PUIG (ed.), *Derecho penal y Ciencias sociales*, Barcelona 1982, p. 20.

normas pretenden regular las conductas de los ciudadanos y de los jueces. Para conseguirlo, las normas tendrán que incidir en un momento en que los ciudadanos y los jueces estén a tiempo de adaptar sus conductas a lo pretendido por la ley. No lo conseguirían si pretendiesen referirse al momento en que las conductas a regular ya se han producido. En Derecho penal esto significa que la prohibición de delinquir sólo tiene sentido si se entiende dirigida al ciudadano antes de que haya delinquido (*ex ante*), puesto que llegaría tarde si se refiriese al delito ya producido (*ex post*). Y significa, previamente, que la conminación penal no puede limitarse a cumplir la función de *respuesta* frente al delito una vez cometido, sino que ha de poder ser captada por el ciudadano en el momento de actuar, si es que la pena quiere incidir en su conducta. Todo esto conduce a una *concepción preventiva de la pena* y a un *enfoque ex ante de la teoría del delito*, en sus dos pilares básicos de antijuricidad y culpabilidad.

Antes de desarrollar ambos extremos, importa subrayar que es bien distinto el planteamiento tradicional. De conformidad con la visión atemporal e independiente de la perspectiva histórica del observador, la Ciencia del Derecho penal tradicional ha contemplado el delito y la pena como entidades abstractas, en el sentido siguiente: el delito no se ha visto como una conducta que hay que valorar en su manifestación temporal ante los ojos del observador, la pena no ha solido concebirse explícitamente desde la perspectiva de su incidencia en el momento de la actuación del ciudadano. Ello ha permitido una concepción retributiva de la pena y entender el delito como causación de un estado desvalorado.

II

PERSPECTIVA «EX ANTE» Y CONCEPCION PREVENTIVA DE LA PENA

Ningún defensor de una concepción retributiva de la pena admitirá que ésta carezca de toda misión en orden a incidir en el comportamiento o, al menos, en la conciencia de los ciudadanos. Ni siquiera Kant osó llegar a este extremo en su famoso ejemplo de la isla cuya población decide disolverse para siempre. Cuando el filósofo alemán dice que incluso en este caso extremo habría que ejecutar hasta al último asesino que se encuentra en prisión condenado a muerte, añade: «*para que todos vean el valor de sus actos*» (2). Se trata, evidentemente, de una finalidad de futuro, que va más allá de la pura respuesta al delito cometido. Sin embargo, los retribucionistas puros, como Kant, no parecen advertir esta dimensión temporal de futuro que no

(2) Cfr. I. KANT, *Die Mytaphasik der Sitten*, 1797, p. 455.

es posible negar sin que la reacción penal aparezca como absurda: sin llegar a la conclusión de que supondría castigar para nada. No lo advierten porque no ven la retribución del mal como una operación que se produce en un tiempo dado y que sólo puede tener sentido en el tiempo, después de haber tenido lugar, y frente a unos observadores determinados.

Ahora bien, en cuanto se reconoce que la pena sólo tiene sentido en cuanto puede producir determinados efectos posteriores en la conducta o en la conciencia de los ciudadanos, se está admitiendo que lo que da sentido a la pena es su posible incidencia futura en dichos ciudadanos. Quiebra entonces la base de la teoría puramente retributiva de la pena. El paso siguiente es reconocer explícitamente que la pena debe perseguir regular la vida social. Aparece entonces la función preventiva de la pena: la pena sirve a la protección de la sociedad mediante la prevención de conductas especialmente lesivas que puedan producirse *en el futuro*.

La concepción preventiva de la pena es la que tiene más sentido en orden a la regulación y evitación de conductas, puesto que dicho objetivo sólo puede conseguirse mediante una incidencia anterior a las conductas a regular y que mire al futuro, es decir; desde una *perspectiva* «*ex ante*». En cuanto la retribución en sí misma sólo mira al pasado, sólo se presenta como una *respuesta* «*ex post*» al hecho ya producido, y no aparece como instrumento dirigido a regular las conductas de los ciudadanos. Únicamente puede pretender regular la actuación de los jueces que en el futuro se encuentren ante hechos delictivos, en el sentido de obligar a responder a tales hechos mediante la pena. Mas esta regulación de la actuación judicial no supone regulación alguna de la conducta de los ciudadanos: no persigue ninguna finalidad de evitación de delitos ni de protección de la sociedad. ¿Para qué se impone entonces la pena? Cabe responder que se hace simplemente *para dejar testimonio* de que el mal merece ser castigado, pero en tal caso se estará reconociendo que la retribución no se justifica como mera respuesta *ex post*, sino para conseguir una determinada finalidad posterior al castigo (dejar testimonio). Y si seguimos preguntando para qué es preciso conseguir tal objetivo, la respuesta más razonable y seguramente más probable será la de que con ello se quiere influir en la conducta futura de los ciudadanos, *para que*, a la vista de que el mal merece su castigo, *eviten su realización*. Pero con esto se habrá llegado precisamente a una concepción preventiva de la pena.

La conclusión que quería obtener es obvia: toda concepción de la pena que quiera conseguir con ella regular de algún modo las conductas de los ciudadanos, ha de entenderla con referencia al futuro y no sólo como respuesta al pasado. Este es el terreno específico de la teoría de la prevención.

No significa esto que la función preventiva de la pena deba fundarse sólo por esta vía. Todo el planteamiento expuesto parte de una premisa valorativa fundamental que hoy nos parece bastante obvia, pero que en otras épocas históricas podía parecer más discutible: el

principio de que el Derecho penal sólo se justifica cuando resulta *necesario* para regular y evitar conductas lesivas de bienes jurídicos, y de que, por tanto, resultaría inadmisibles la intervención punitiva del Derecho si no sirviera en absoluto para regular dichas conductas, esto es, si la pena se presentase como un mal innecesario e inútil. Este principio puede fundarse en la imagen del Derecho en el Estado social y democrático de Derecho, imagen dominante en la filosofía política que inspira las Constituciones de los países de nuestro ámbito de cultura (así, por ejemplo, la Constitución alemana y la Constitución española). Un tal Derecho encuentra su justificación en realizar la misión del Estado de configurar (regular) la vida social en forma activa (Estado social) en forma democrática en su forma y contenido (Estado democrático de Derecho). En Derecho penal esto significa que se trata de proteger a la sociedad mediante una prevención (Estado social) ajustada al sentido y límites de un Estado democrático de Derecho. Mas este planteamiento lo he desarrollado ya en otros lugares (3) y no constituye el objetivo específico de este trabajo. Aquí se trata sólo de poner de relieve la dimensión temporal de referencia al futuro que implica necesariamente una concepción de la pena que admita el objetivo de regular conductas de los ciudadanos.

III

PERSPECTIVA «EX ANTE» Y ANTIJURICIDAD

1.—Observando el delito en su temporalidad concreta, *la teoría causalista de la antijuricidad* aparece como una contemplación del hecho *ex post*. Para el causalismo el punto de partida de la antijuricidad es el resultado producido, que se contempla desde la perspectiva de un momento en que ya ha tenido lugar. El hecho antijurídico se ve como un *hecho pasado*. De ahí que la esencia material de la antijuricidad sea para el causalismo fundamentalmente un *estado* disvalioso para bienes jurídicos que se ha ocasionado.

El finalismo parte de una perspectiva temporal opuesta. Empieza por fijarse en el momento subjetivo de la anteposición mental de la meta, de la finalidad que guía la acción: el momento *inicial* de la acción, no el momento del resultado causado. Se adelanta así el punto de mira y se examina el hecho desde el prisma de la finalidad anterior a su manifestación externa.

La moderna teoría de la imputación objetiva ha advertido por otro camino la necesidad de la perspectiva *ex ante* para decidir la concurrencia del hecho típico. Ya lo advirtió la *teoría de la adecuación* al exigir que la acción apareciese como adecuada para producir el resul-

(3) Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.^a ed. Barcelona 1982, 29 ss.; *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona 1976, pp. 123 ss.

tado a los ojos de un espectador medio que contemplara el hecho en el momento que actuó el autor (*ex ante*) y con los datos especiales que éste pudiera tener acerca de la situación. Hoy esta teoría de la adecuación no se considera una teoría de la causalidad —a decidir sólo por la teoría de la equivalencia de todas las condiciones necesarias del resultado—, pero sí de una teoría que permite la *imputación objetiva* del resultado a la acción (4).

2.—La perspectiva *ex post* del causalismo es coherente con la perspectiva *ex post* de la teoría retributiva de la pena. Pero si se admite que el Estado actual está llamado a *regular* la vida social y que sólo se legitima su intervención mediante el Derecho penal cuando resulta necesario para *evitar* las conductas constitutivas de delito, ya se vio que no puede sostenerse una teoría retributiva de la pena, que la concibe como respuesta *ex post*, sino sólo una teoría preventiva de la misma, que la entiende como conminación *ex ante*. Pues bien, una concepción preventiva de la pena que resulte consecuente ha de conducir a abandonar también el punto de vista *ex post* que el causalismo adopta en el análisis del hecho antijurídico. Puesto que la norma penal preventiva apunta al momento en que aún puede evitarse la realización de la conducta, intentando motivar a dicha evitación, el juicio de antijuricidad deberá efectuarse *ex ante*, en el momento en que el sujeto va a actuar. Veámoslo con más detenimiento.

Si lo que fundamenta la conminación penal en un Estado social y democrático de Derecho es la necesidad de prevenir delitos, esto sólo se puede intentar por parte de una norma penal tratando de *motivar a los ciudadanos a que no realicen conductas* constitutivas de delito. Ello supone que la evitación de *resultados* lesivos para la sociedad sólo puede ser intentada por las normas penales motivando a la evitación de conductas que puedan producir aquellos resultados. El Derecho no puede *prohibir* que se produzcan resultados dañosos —; no puede prohibir que los hombres mueran o enfermen!—, sino sólo que los ciudadanos lleven a cabo voluntariamente comportamientos capaces de ocasionar dichos resultados (5). Un resultado, *en sí mismo*, no puede infringir

(4) Cfr. por todos H. H. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, traducción y adiciones de Derecho español de MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, Barcelona 1981, I, pp. 386 ss. Recientemente, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 mayo 81, que ha motivado un lúcido comentario de LUZÓN PEÑA, *Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto*, en «Actualidad jurídica», 1981 (VII), pp. 78 ss. En España es fundamental la monografía de E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid 1966, *passim*.

(5) ARMIN KAUFMANN, *Zum Standeder Lehre vom personalen Unrecht*, en *Festschrift für Welzel*, Berlín 1974, p. 393; OTTO, *Personales Unrecht, Schuld und Strafe*, en *ZStW*, 87 (1975), p. 567; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, Madrid 1981 p. 145; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum StGB*, Frankfurt 1975, preámbulo al § 1 Anm. 17 y 50; LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona 1978, p. 253; BUSTOS y HORMAZÁBAL, *Significación social y tipicidad*, en el libro *Estudios penales y criminológicos*, ed. por Fernández Albor, Santiago de Compostela 1982, p. 35.

las normas jurídicas ni ser, por tanto, contrario a Derecho —por mucho que pueda suponer la lesión de un bien protegido jurídicamente.

Si las normas penales sólo pueden pretender regular conductas humanas y no pueden prohibir que tengan lugar resultados lesivos por otra vía, sólo podrán oponerse a tales normas conductas distintas a las impuestas por ellas. Y como el Derecho penal de un Estado debe entenderse como un conjunto de normas de regulación (de prevención), sólo podrán considerarse contrarias al *Derecho* penal dichas conductas distintas a las deseadas por sus *normas*. La antijuricidad deberá entenderse como antinormatividad, esto es, como contradicción con la regulación deseable por el Derecho penal (6).

El momento de incidencia de la prohibición penal habrá de ser, pues, aquél en que el sujeto se pone a realizar la conducta que el Derecho desea evitar y prevenir. Para decidir si un determinado comportamiento se halla o no prohibido por la ley penal, habrá que contemplar las características que manifiesta *ex ante*, cuando aún puede ser evitado. No cabe esperar a comprobar si, una vez realizado, el hecho resulta ser realmente como parecía, porque en un Derecho preventivo la decisión de prohibir o no prohibir el hecho debe adoptarse definitivamente antes de que el mismo se haya producido.

Tiene razón, pues, la teoría de la imputación objetiva cuando exige, para el tipo de injusto de los delitos de lesión, que *ex ante* fuera previsible que la acción causaría el resultado. Pero esta exigencia, hoy generalmente reconocida, no encuentra un fundamento adecuado en el planteamiento causalista que contemple el hecho *ex post*: si una vez producido el resultado se comprueba que *ha sido* causado por la acción, ¿cómo negar que se haya realizado el tipo que consiste en la producción del resultado? El finalismo puede dar respuesta a esta pregunta en muchos casos negando que concurra el tipo cuando el sujeto no actúa dolosamente ni en forma imprudente (7). Pero, ¿qué ocurre cuando el autor obró con la intención de producir el resultado mediante una conducta que *ex ante* se presentaba como insuficientemente peligrosa para considerarla «adecuada» para causar el resultado? Piénsese en el ejemplo clásico de quien manda a su criado al bosque en un día de tormenta esperando que le alcance un rayo. Tampoco se resuelven con el planteamiento finalista los casos de conductas *ex ante* inadecuadas en los delitos cualificados por el resultado.

La única fundamentación suficiente de la exigencia general de una mínima peligrosidad aparente *ex ante* en los delitos de lesión es que no tiene sentido prohibir las acciones que en el momento de ir a realizarse no parezcan suficientemente dañosas. ¿Cómo podría prohibir la

(6) Es preciso, pues, desde el prisma de un Derecho penal preventivo, *invertir* la expresiva formulación de MEZGER, *Die subjektiven Unrechthelemente*, en GS 89, 1924, pp. 245 y s., según la cual el injusto supone la «modificación de un estado jurídicamente aprobado o la producción de un estado jurídicamente desaprobado, no la modificación jurídicamente desaprobada de un estado».

(7) Cfr. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlín 1969, pp. 45 s.

norma penal a su destinatario que verificase una acción cuya peligrosidad para el bien jurídico, cuya tutela constituye la única razón de la pena, no puede advertirse hasta después de realizada? (8).

Si el finalismo puede resolver satisfactoriamente muchos de los casos de conductas lesivas inicialmente inadecuadas es porque adopta un punto de vista *ex ante* en la concepción de la antijuricidad: la finalidad que guiaba al autor se concibe como punto de partida del injusto. Pero si no puede fundamentar correctamente la solución de *todos* los supuestos de conductas inadecuadas es porque parte de una visión subjetiva del contenido del injusto. Para el finalismo el centro del injusto se halla en el desvalor de la acción y éste, a su vez, es ante todo, desvalor de la vertiente subjetiva del hecho, de modo que la concepción finalista del injusto aparece en todo caso como *teoría del injusto personal* (9). Para un Derecho penal que quiera respetar el límite liberal del fuero interno (esto es, para el Derecho penal de un Estado democrático de Derecho), este punto de partida subjetivo no es adecuado. Un tal Derecho penal sólo se halla legitimado para prohibir y prevenir conductas externas en cuanto a su capacidad lesiva objetiva para los bienes jurídicos que debe proteger. No puede, en cambio, tener por objeto que el sujeto no «adopte decisiones» contrarias a los bienes jurídicos, ya que el fuero interno no constituye el ámbito que persigue regular, que es sólo el de los procesos de interacción social. Ciertamente que la motivación penal se dirige a la consecución de una resolución de su destinatario, necesariamente subjetiva, en el sentido de no cometer el delito; pero ello no ha de tener lugar porque se desvalore la resolución subjetiva por sí misma, sino porque se quiere evitar una conducta externa lesiva. El núcleo de lo injusto no ha de consistir, entonces, en un acto interior de desobediencia, ni en la *voluntad* de realizar una acción prohibida, sino en la *realización voluntaria* de la conducta social que el Derecho pretende prevenir.

La perspectiva de la que debe partirse en la antijuricidad debe ser, pues, una perspectiva *ex ante* y que contemple el hecho *objetivamente*. Ello remite al punto de vista del hombre medio situado mentalmente en la posición del autor en el momento de realizar la acción y con los conocimientos de la situación que pudiera tener aquél (el

(8) Así, ya ENGISCH, *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht*, en *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages*, I, Karlsruhe 1960, p. 419, escribía: «Sólo un comportamiento... que sea incorrecto considerado *ex ante* puede ser prohibido» (tomo la traducción del fragmento que ofrece GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios cit.*, p. 145 nota 40, que se manifiesta en el mismo sentido, reafirmando la fundamentación que ya ofreció en su monografía *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*, Madrid 1966, pp. 99 ss. Cfr. también MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho cit.*, p. 65).

(9) Cfr. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht cit.*, p. 62 («Unrecht ist Täterbezogenes 'personales' Unrecht»), aunque también admite la relevancia para el desvalor de la acción de los especiales deberes personales que objetivamente infrinja la conducta y, sobre todo, la pertenencia del objetivo «deber de cuidado» a lo injusto de la acción de los delitos imprudentes.

autor). El criterio manejado por la teoría de la adecuación pasa, así, de ser un «correctivo» difícilmente encajable en las categorías dogmáticas, a suministrar la perspectiva a adoptar con carácter general en el enjuiciamiento de la antijuricidad de un hecho. Este estará prohibido cuando *ex ante* aparezca al hombre medio como capaz de producir la lesión o puesta en peligro típicas, atendidos los conocimientos que al actuar tenía entonces el sujeto.

3.—¿Cuál es, entonces, el papel del *resultado* y del *dolo*? —

A) El resultado sólo es constatable *ex post*, cuando ya no puede evitarse. Desde el punto de vista de una norma preventiva llamada a evitar conductas lesivas o peligrosas, ello supone que el resultado no puede ser prohibido a partir de su constatación, porque una vez constatado ya no puede ser evitado. Pero tampoco cabe admitir que en los delitos de lesión el resultado restrinja el ámbito de las *conductas* prohibidas, antijurídicas, entendiéndose que sólo se prohíben las conductas que, además de aparecer como peligrosas *ex ante*, logren ocasionar efectivamente la lesión. Si la prohibición se entiende como mandato de evitar una conducta, ¿cómo pueden prohibirse (mandar que se eviten) sólo las conductas que causen un resultado, si no es posible saber cuáles son tales conductas hasta que ya se han realizado? Si se quieren prohibir, para que se eviten, las conductas lesivas, no hay más remedio que prohibir *todas* las acciones que *ex ante* aparezcan como posiblemente lesivas, porque entre ellas no existe *ex ante* ninguna diferencia constatable entonces.

No cabe, pues, condicionar *el injusto* (la prohibición) a la producción del resultado sin convertir la prohibición en algo inasequible para su destinatario. Sin embargo, es cierto que la exigencia de producción de un resultado cumple importantes funciones político-criminales. No se trata de negar la necesidad del resultado, pero este elemento debe encontrar un lugar sistemático distinto al del injusto. El resultado ha de considerarse un elemento que condiciona o limita la punibilidad del hecho en base a razones de seguridad jurídica, de falta de necesidad de pena, etc. (10).

B) Aunque la perspectiva de la antijuricidad ha de ser objetiva, atenta a la capacidad lesiva o peligrosidad *ex ante* de una conducta, hay que admitir que los delitos dolosos poseen un contenido de injusto más graves que los delitos imprudentes —el dolo y la culpa no son, pues, forma de culpabilidad—. Ello se debe a dos clases de razones.

a) Por una parte, *el dolo puede aumentar la peligrosidad objetiva de la conducta*. Un derecho penal preventivo ha de prohibir con mayor intensidad las conductas que desea evitar en mayor medida por su especial peligrosidad *ex ante*, y éstas son, ante todo, las voluntariamente dirigidas a lesionar bienes jurídicos. El intentar voluntariamente la

(10) Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito* cit., pp. 65 ss. En esta 2.ª edición de esta obra aquí citada, profundizo en este planteamiento y en el que se enuncia a continuación B).

lesión supone en general un mayor peligro *ex ante* para el bien concretamente afectado, que el actuar frente a él de forma descuidada pero queriendo evitar la lesión —si no fuera así ya habría dolo.

b) Por otra parte, *el mecanismo de la motivación penal no puede operar con la misma intensidad* frente a quien advierte que su acción se dirige a vulnerar un bien jurídico, dolo directo) o admite que es probable que lo lesione (dolo eventual), que ante quien, o bien no es consciente en absoluto de la peligrosidad de su actuación (culpa inconsciente), o bien, aun siéndolo, no cree probable que en su caso se vaya a convertir en lesión (culpa consciente). En el primer grupo de casos (dolo), el Derecho no sólo tiene que intentar evitar la conducta peligrosa, sino que puede hacerlo en la medida que requiera toda su peligrosidad objetiva (*ex ante*), pues la conminación penal se dirige a un sujeto que advierte plenamente dicho peligro. En cambio, en el segundo grupo de casos (imprudencia), la norma penal sólo puede dirigirse a un sujeto que no advierte la peligrosidad objetiva (*ex ante*) de la acción que el bien jurídico o que no cree probable que en su caso vaya a realizarse. Y como la prohibición penal, para que tenga posibilidades de éxito, ha de referirse a hechos conocidos por el destinatario, sólo pueden prohibérsele las conductas peligrosas en la medida del conocimiento de la situación peligrosa de que disponga.

IV

PERSPECTIVA «EX ANTE» Y «PODER ACTUAR DE OTRO MODO»

Con esto llegamos a un punto de la teoría del delito de gran trascendencia y que no obstante no puede ser resuelto satisfactoriamente desde la perspectiva *ex post* tradicional. Me refiero a la cuestión del «*poder actuar de otro modo*», que a su vez se refleja en extremos tan importantes como la imprudencia inconsciente, el error de prohibición y, sobre todo, el fundamento material de la culpabilidad. Empiezo mencionando la culpa inconsciente porque el apartado anterior ha terminado por abocarnos a ella.

1.—La punición de la *culpa inconsciente* suele fundamentarse mediante la afirmación de que el sujeto que no ha advertido el peligro *podía* haberlo advertido. Pero *ex post* lo único que se ha comprobado es que el sujeto no se percató del peligro. Sostener que, pese a ello, aunque se hubieran repetido *todas* las mismas circunstancias que *ex post* conocemos, el sujeto *podía* haber advertido el peligro, sólo es lícito sobre la base de la creencia en el postulado filosófico indemostrable del *libre albedrío* o *libertad de voluntad*. Cuando examinemos el fundamento de la culpabilidad razonaremos por qué no cabe partir en Derecho penal del libre albedrío. ¿Cómo cabe fundar, entonces, la punibilidad de la culpa inconsciente?

Pasemos de la perspectiva *ex post* a la *ex ante*. Resulta entonces mucho más fácil justificar la punición de la imprudencia inconsciente.

Ex ante tiene mucho sentido dirigir a los ciudadanos el mandato de que adviertan la peligrosidad de las acciones que van a realizar, por sí se trata de conductas cuya alta peligrosidad obliga a omitirlas o por sí, aun siendo lícita su ejecución, es preciso efectuarlas adoptando determinadas precauciones. Dicho mandato de advertir el peligro, el «deber de examen previo» de Binding, también llamado «deber de cuidado interno» (11), sólo dejará de dirigirse a los sujetos que se hallen en alguna situación que *ex ante* se presente en términos tales que en ella el «hombre medio» tampoco advertiría el peligro. No se trata de preguntar si el sujeto que actúa con culpa inconsciente *podría haber* advertido el peligro, cuestión improbable, sino de si el hombre medio *habría advertido* el peligro. Si la respuesta es positiva, no hay motivo *ex ante* para no imponer al sujeto el deber de examen previo. En la mayoría de los casos este mandato resulta eficaz y gracias a él se evitan muchas acciones peligrosas. Cuando el mandato no logra motivar al sujeto y éste no se preocupa de advertir el peligro, hay que considerar antijurídico el hecho lesivo que por ello se produzca, y castigarlo si el sujeto no es personalmente inculpable, porque ello es el único modo de confirmar la seriedad de la amenaza penal que respaldaba la norma de cuidado interno. No importa, entonces, si el sujeto que actuó con culpa inconsciente pudo o no advertir el peligro. El determinista dirá que *ex post* se comprueba que, tal como se han producido los hechos y habida cuenta de la personalidad del sujeto, éste no pudo advertir el peligro. Sin embargo, tanto el determinista como el liberoarbitrista estarán de acuerdo en que, si no se realizara la amenaza penal frente a quien actúa en la situación que *ex ante* aparece como la prevista por la norma de cuidado interno, aquella amenaza penal perdería su sentido frente a la colectividad. Desaparecería toda la eficacia motivadora que consigue desplegar ante la gran mayoría de los ciudadanos, que son los que cumplen el deber de examen previo. También frente al sujeto que actúa con culpa inconsciente dejaría la norma de tener sentido conminatorio en el futuro.

En resumen: si se pretende fundar el castigo de la imprudencia inconsciente como retribución *ex post* del hecho, se tropieza con la dificultad de que no es posible probar que el sujeto hubiera podido advertir el peligro; en cambio, es perfectamente lógico desde el prisma de la necesidad de prevenir *ex ante* los hechos peligrosos dirigir el mandato de advertir el peligro siempre que *ex ante* el hombre medio lo advertiría y confirmar la seriedad de la amenaza penal castigando, en su caso, la inobservancia de aquel deber. No se castiga *porque se compruebe* que el sujeto podía haber advertido el peligro —comprobación imposible—, sino *para que* él mismo y los demás adviertan el peligro de sus acciones antes de emprenderlas (12).

(11) Cfr. JESCHECK, *Tratado* cit. II, p. 797.

(12) Señala la imposibilidad de comprender la imprudencia inconsciente desde un prisma que no atienda a las «necesidades preventivas» ROXIN, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, trad. de MUÑOZ CONDE, Madrid 1981, p. 169, nota 53.

2.—Una problemática próxima plantea el *error de prohibición*, que concurre cuando el sujeto desconoce la antijuricidad del hecho. Según la doctrina dominante sólo el error de prohibición *invencible* determina la impunidad. El error de prohibición *vencible* conduce, o bien a la pena de la imprudencia (teoría del dolo), o bien a la posibilidad de atenuar la culpabilidad (teoría de la culpabilidad). Sin embargo, el castigo que esto supone para el error de prohibición vencible tropieza con dificultades parecidas a las que encuentra la fundamentación tradicional de la culpa inconsciente: el sujeto *no advirtió* la prohibición y es improbable que si hubiera *podido* advertirlo.

Dos monografías aparecidas en 1969 sobre el tema coincidieron curiosamente en proclamar la dificultad de fundar sobre aquella base la punición en caso de error de prohibición vencible. El problema surgiría del hecho de que, si el sujeto no tiene siquiera ni una ligera duda sobre la licitud del hecho y no piensa en absoluto en que pueda estar prohibido, ¿cómo va a poder creer necesario informarse al respecto? Esto cuestionaría la propia evitabilidad del error de prohibición en el momento en que ya concurre, y conduciría a la imposibilidad de castigar e imponer sólo medidas de seguridad (13), o de aplicar esta solución cuando el error recaiga sobre una norma *general* y fundar el castigo en la culpabilidad por la conducta de la vida anterior, en razón al específico deber de advertir anteriormente la prohibición, cuando el error verse sobre una norma *especial* (14). Más recientemente añade Strantenwerth que todo ello indica claramente «que la eficiencia político-criminal del Derecho penal peligraría seriamente si la culpabilidad dependiera realmente de la libertad individual para comportarse de acuerdo con la norma» (15).

De nuevo la perspectiva *ex ante* de un Derecho penal de prevención de conductas lesivas o peligrosas arroja una nueva luz sobre el problema que permite contemplarlo con mayor claridad. Es posible que *ex post* quepa dudar muy seriamente de que, dado el curso de los acontecimientos, el que actuó en error de prohibición *podiera* realmente evitar su error. El determinismo mantendrá que tal posibilidad no ha existido. Es evidente, en cambio, que un Derecho penal que quiera motivar a sus destinatarios a evitar delitos debe dirigirles el mandato de informarse y advertir las prohibiciones penales siempre que *ex ante* no concurren circunstancias en las cuales el «hombre medio» caería también en el error de prohibición. Tal mandato resulta eficaz en la mayoría de los casos, y con ello ya se justifica su presencia. Cuando falla y el sujeto no advierte la prohibición, cabe pensar que *ex post* este error aparezca siempre como inevitable, pero no por ello debe dejarse de realizar la conminación penal, para que confirme la seriedad de la

(13) Así E. HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, Berlín 1969, pp. 150 ss.

(14) Así RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit der Verbotsirrtum*, Göttingen 1969, pp. 254 ss., 279 ss.

(15) Cfr. STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, versión española de BACIGALUPO con la colaboración de ZUGALDÍA, Madrid 1980, p. 101.

amenaza legal anterior y su voluntad de mantenerse en el futuro frente a los actos posteriores del autor y de los demás ciudadanos. Ello sería ciertamente contrario a la lógica de la retribución, que mira al pasado, pero es perfectamente necesario desde el prisma de una prevención general y especial que mira al futuro (16).

3.—El *fundamento material de la culpabilidad* puede también desvincularse de la discutida idea del «poder actuar de otro modo» si se parte de la perspectiva *ex ante*, posible y necesaria en un Derecho penal que quiera prevenir la comisión de delitos. Ello es muy conveniente porque fundar la culpabilidad en el hecho de que el autor del injusto podía haberlo evitado supone basar la pena en la hipótesis del libre albedrío o libertad de voluntad. Razonaré ante todo brevemente por qué debe evitarse una tal fundamentación de la culpabilidad.

a) El fundamento del «poder actuar de otro modo» no puede ser admitido por quien estime que el concepto del libre albedrío no es manejable científicamente porque encierra una suposición metafísica indemostrable y que, por lo tanto, no puede utilizarse para legitimar la responsabilidad penal. Desde este prisma, un Derecho penal basado en el dogma de la libertad de voluntad aparecería como un edificio apoyado en los frágiles cimientos de una hipótesis improbable. Por otra parte, tampoco quien crea válido el concepto de libre albedrío ha de admitir necesariamente que todo aquél que realiza el injusto sin culpabilidad carezca de libertad de voluntad. Examinemos la primera objeción señalada (16 bis).

a') Hay amplio acuerdo en admitir que la existencia del libre albedrío —en general y, desde luego, en el caso concreto, constituye una posición científicamente indemostrable (17). La única forma de com-

(16) Frente a los esfuerzos de un sector de la doctrina (así RUDOLPHI, *loc. cit.*) por fundar la punición del hecho realizado en error vengible en la culpabilidad por la conducta de la vida, escribe STRATENWERTH, *El futuro cit.*, p. 123: «... cabría preguntarse si no habría que investigar hasta qué punto las reglas que hoy son discutidas desde el ángulo de mira de la culpabilidad por la conducción de la vida, no podrían tener un buen sentido apoyadas en la prevención general». A juicio de este autor, la distinción antes referida de RUDOLPHI, según la cual sólo cabe castigar el error de prohibición sobre normas *especiales* y no el relativo a normas *generales*, se argumenta por RUDOLPHI mediante una consideración fundamentalmente político-criminal (preventiva) cuando apoya el castigo de la primera clase de error (sobre normas especiales) en el hecho de que el cumplimiento de estas normas no podría garantizarse de otra forma: cfr. STRATENWERTH, *El futuro cit.*, p. 123 nota 98.

(16 bis) Sobre la segunda objeción vid. MIR PUIG, *Fundamento de la irresponsabilidad penal del imputable*. Categoría sistemática jurídico penal, trad. y notas de LUZÓN PEÑA, en ROXIN.

(17) En este sentido, entre otros muchos: M. DANNER, *Gibt es einen freien Willen?* 3.ª ed. Hamburg 1974, *passim*; K. ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2.ª ed., Berlín 1965, *passim* y pp. 24 ss.; E. GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, en su libro *Estudios de Derecho penal cit.* pp. 109; C. ROXIN, *Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien*, en *Festschrift für Henkel*, 1974, pp. 185 ss. (=«Culpabilidad» y «responsabilidad» como categorías sistemáticas jurídico-penales, trad. y notas de LUZÓN PEÑA, en ROXIN,

probar si una determinada decisión ha sido «libre», en el sentido de que el sujeto ha podido haber adoptado otra en su lugar, sería repetir varias veces las *mismas condiciones* bajo las que se ha adoptado y observar si se repite o no la misma decisión en todos los casos. Un experimento así es imposible, porque no cabe reproducir con exactitud las mismas condiciones existentes en un momento pasado. En cualquier caso, siempre habría un factor distinto: el paso del tiempo determinaría en el sujeto de la decisión una acumulación de recuerdos en su mente y una serie de modificaciones en su cuerpo que lo enfrentarían a cada nueva decisión en unas condiciones diferentes.

Esto no se puede negar. Mas los partidarios de mantener la idea del libre albedrío como fundamento de la responsabilidad penal replican a veces que tan indemostrable como aquel concepto lo es la afirmación de su inexistencia. Según esto, el determinismo, es decir, la doctrina que niega la libertad de voluntad, no sería menos metafísica que el indeterminismo. Esta réplica en defensa del planteamiento clásico puede contestarse del modo siguiente.

En *primer lugar*, negar que el libre albedrío constituya un fundamento científico de la responsabilidad penal no supone fundamentar esta responsabilidad en el determinismo. Negar que la libertad de voluntad pueda legitimar el uso de la pena no implica afirmar que el fundamento de la pena sea la inexistencia de aquella libertad. Cabe perfectamente negar la validez legitimadora del libre albedrío y buscar el fundamento de la pena en algo distinto al dilema libertad/determinismo. En realidad, los deterministas no acostumbran a basar el Derecho penal en la ausencia de libertad de voluntad, sino en algo tan diferente como por ejemplo, la necesidad social de la pena.

En *segundo lugar*, aun admitiendo que tampoco sea posible demostrar científicamente que el hombre está sujeto a la ley de la causalidad, lo cierto es que suponerlo parece científicamente más razonable que negarlo. ¿Por qué el hombre habría de ser una excepción al principio que rige el mundo macroscópico, según el cual todo hecho responde a alguna causa? Quien contemple al hombre como dotado de un alma inmaterial podrá encontrar en ello una razón para sostener que el hombre se halla por encima de las relaciones causales del mundo material. Mas la Ciencia no puede partir de creencias que se hallan más allá de lo perceptible por los sentidos. Y desde este prisma el hombre aparece como una realidad material cuyos elementos básicos participan de la naturaleza propia del mundo físico. Lo más razonable

Problemas básicos de Derecho penal, Madrid 1976 y ROXIN, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Madrid 1981, p. 62 y nota 21; F. VON LISZT, *Aufsätze und Vorträge*, II, Berlín 1905, pp. 38 ss.; F. MUÑCZ CONDE, en la introducción a su trad. española del libro de ROXIN, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal* cit., p. 23.

(18) Escribe SCHORGER, *Zum Streit um die Willensfreiheit*, en ZStW 77 (1965) p. 242, cit. por GIMBERNAT, *Estudios* cit., p. 109 nota 15, cuya traducción tomamos: «A favor de la autodeterminación libre... no existe ninguna prueba concluyente. Por el contrario, todas las experiencias científico-naturales, incluyendo las de la psicología y las de la psicología profunda, hablan en contra».

desde esta perspectiva científica parece, entonces, partir de la hipótesis de que también la conducta del hombre responde a causas.

Esto no significa, en cambio, que sea razonable admitir un determinismo *mecanicista* que desconozca la evidente virtualidad de los factores culturales en la decisión humana. En el hombre influyen sus representaciones intelectuales, que adquiere en buena parte a través del lenguaje. No sólo los instintos ni el funcionamiento biológico del hombre determinan sus decisiones, sino también los usos y las normas sociales, morales y jurídicas. Tiene razón Hartmann al señalar que en el hombre exista una forma de determinación específica no naturalística, sino con arreglo al deber ser (19). Pero ello no significa que la decisión del hombre no sea explicable por causas, no significa que no se halle determinada, puesto que también los motivos culturales constituyen causas que contribuyen a determinar aquella decisión. Es cierto que los motivos culturales tampoco ejercen en cada persona el mismo efecto y que, por ejemplo, las normas morales no siempre son eficaces en todos los individuos. Mas esto puede explicarse perfectamente por la diversidad existente en la personalidad y en el medio que vienen dados a cada individuo. Ni hay dos personalidades idénticas, ni una misma persona se encuentra dos veces en unas circunstancias exactamente iguales (piénsese en lo dicho antes acerca de la acumulación de recuerdos con el paso del tiempo).

Lo dicho basta aquí para poner de manifiesto que la libertad de voluntad no constituye una base científicamente admisible sobre la que pueda fundarse la culpabilidad. Me remito a las ulteriores consideraciones que en este sentido he efectuado en otros lugares (20).

b) Si no se admite (o no se admite que pueda probarse) que el autor de un hecho antijurídico pudiera haberlo evitado dado el concretísimo curso de los acontecimientos que *ex post* se comprueba, no es lícito entender la culpabilidad como un *reproche dirigido al pasado* por la decisión adoptada. Pero desde una perspectiva *ex ante* es perfectamente admisible que se dirija la amenaza penal a todo aquél del que *a priori* cabe esperar que pueda ser *motivado normalmente* por la pena. En ciertas situaciones personales o ambientales la experiencia indica que no cabe esperar que la pena despliegue su efecto motivador normal. Es lo que sucede en los casos de enajenación, trastorno mental transitorio, minoría de edad penal, sordomudez desde la infancia con absoluta falta de instrucción y miedo insuperable. A la vista de la *comprobada inferioridad* de posibilidades que entonces tiene el sujeto de atender normalmente a la llamada de la norma penal, sería injusto seguir dirigiéndole la amenaza que ésta implica para los sujetos que

(19) Cfr. N. HARTMANN, *Ethik*, 4.^a ed. Berlín, 1962, p. 766, que contrapone la *Sollengesetzlichkeit* a la *Naturgesetzlichkeit*. Pero ver lo que objeto en MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito* cit., p. 144 nota 94.

(20) Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena* cit., pp. 67 s., MIR PUIG, *Fundamento de la irresponsabilidad penal del inimputable*, ponencia presentada en el I Symposium Internacional sobre Psiquiatría y Ley, celebrado en Madrid, febrero de 1982, en «Psicopatología», abril-junio 1982, p. 158.

se hallan en una situación motivacional normal. Respecto a estos últimos, en cambio, no hay razones que *ex ante* hagan pensar que no *podrán* ser motivados normalmente por la norma. Ello no significa, por supuesto, que exista la seguridad de que la amenaza penal logrará impedir al sujeto que delinca, sino sólo que concurren unas condiciones de normalidad en el momento de la decisión que permiten esperar que la conminación de la pena pueda ser tenida en cuenta por el destinatario en los términos normales que se consideran suficientes.

Este planteamiento conecta también la fundamentación de la culpabilidad con *la función de prevención de delitos* que corresponde al Derecho penal, sometiénola al *límite de igualdad real ante la ley* que debe respetar un Estado democrático.

La *necesidad de prevenir* para proteger a la sociedad permite dirigir la amenaza de la pena a todos los ciudadanos que se encuentren en una situación motivacional normal que *ex ante* haga esperable un determinado grado de eficacia de aquella amenaza. Cuando ésta no alcanza su objetivo y se produce un delito hay que imponer la pena *para* demostrar la seriedad de la amenaza ante la colectividad (prevención general) y en orden a la vida futura del delincuente (prevención especial). Ello ha de tener lugar con independencia de si se admite o no que el sujeto podía haber actuado de otro modo, porque no se trata ya de *reprocharle ex post su decisión pasada*, sino sólo de mantener y confirmar la conminación penal preventiva *de cara al futuro* (21).

Pero esta necesidad de prevención ha de encontrar el *límite democrático de la igualdad real ante la ley*. Este límite impide tratar a quienes se hallan en una situación de *inferioridad* ante la norma penal por razón de una causa que excluye su motivabilidad normal, del mismo modo que a los sujetos que actúan normalmente. El inculpable posee *ex ante* una capacidad inferior para cumplir el mandato normativo: dirigirle e imponerle, pese a ello, la pena prevista para el hombre que obra con normalidad supondría tratarle con una dureza *desigualmente excesiva*.

Este límite resulta necesario para fundamentar la renuncia a la amenaza penal frente a los inculpables porque la idea de la necesidad de prevención no basta por sí sola para justificar dicha renuncia. Bastaría, si, como afirma un sector doctrinal (22), los inculpables no fuesen *en absoluto motivables* por la norma penal. En tal caso sería inútil y por tanto innecesario, dirigirles la amenaza penal. Este plantea-

(21) Como dice KRÜMPPELMANN, *Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit...*, en ZStW, 88 1976, p. 32, el reproche de la culpabilidad no ha de suponer el juicio de que el sujeto hubiera podido actuar mejor, sino que hay que verlo como un medio para un fin, el de apelar a la responsabilidad de la sociedad.

(22) Así P. NOLL, *Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts*, en *Festschrift für H. Mayer*, Berlín 1966, pp. 223, 225, 233; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios cit.*, pp. 104 s. 162 s.; ROXIN, *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit in Strafrecht*, en *Festschrift P. Bockelmann*, 1979, pp. 298 s. (= *Culpabilidad y prevención cit.* pp. 172 ss.).

miento también se justificaría a partir de la perspectiva *ex ante* propia de un Derecho penal preventivo (23). Entiendo, sin embargo, que *ex ante* no cabe decir que los inculpables no puedan ser motivados en absoluto, sino sólo que no pueden ser motivados *normalmente*. Así, la experiencia demuestra que la mayoría de inimputables no delinquen —piénsese en especial en los menores de cierta edad (24), lo que puede considerarse prueba de que de algún modo sí hacen mella en ellos las normas jurídicas. Por otra parte, quienes actúan en situación de inexigibilidad (en una de las llamadas «causas de exculpación» o de «disculpa») no pierden necesariamente su capacidad de atender a la conminación penal, como lo prueba no sólo la posibilidad de actos heroicos, sino también el que, en ciertos casos (bomberos, militares, etc.) la ley imponga un mayor nivel de exigencia (25). Todo ello se debe a que, a diferencia de lo que ocurre cuando se halla ausente la propia acción, no falta al inculpable toda posibilidad de entrar en contacto intelectual con la norma, sino que en cuanto aquél actúa conscientemente (26) *ésta puede incidir en su proceso de motivación*. Lo que sucede es que, al hacerlo, la amenaza penal no puede desplegar entonces la intensidad motivadora que normalmente posee (27).

c) Aunque tanto el injusto como la culpabilidad deban fundarse desde un punto de vista *ex ante*, hay que señalar una diferencia. El carácter prohibido o no prohibido de un hecho debe determinarse según se manifieste *ex ante* su capacidad lesiva o su peligrosidad a los ojos del hombre medio, de modo que no importan aquellas características del hecho que sólo se constatan con posterioridad. De ahí que el error invencible excluya el injusto. En cambio, la motivabilidad normal que condiciona la culpabilidad, aunque debe concurrir *ex ante*, no deja de considerarse presente por el hecho de que el sujeto actúe con un desconocimiento invencible (incluso para el hombre medio) de su normal motivabilidad (por ejemplo, el sujeto creía que estaba loco cuando no lo estaba). Por mucho que *ex ante* cualquiera hubiera creído erró-

(23) A esta perspectiva *ex ante* apela en parte expresamente GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios* cit. p. 148.

(24) Cfr. en este sentido JESCHECK, *Tratado* cit., I, p. 320.

(25) Cfr. ROXIN, *Bockelmann-Festschrift* cit., pp. 283 s. (= *Culpabilidad y prevención* cit., pp. 152 s.

(26) Sobre la naturaleza dogmática compleja de la enfermedad mental, la oligofrenia, la minoría de edad, etc., que no sólo pueden excluir la culpabilidad, sino también la misma acción o el tipo de injusto, según la intensidad y clase de los efectos que produzcan en la mente del sujeto (así, si determinan inconsciencia en el sujeto faltará la propia acción), cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito* cit., p. 71 nota 103.

(27) Vid más ampliamente sobre el anterior planteamiento, MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito* cit. pp. 70 ss. Recientemente se ha adherido expresamente a esta concepción de la culpabilidad como *motivabilidad normal* que fija un *límite democrático* de la prevención basado en el principio de igualdad real ante la ley E. OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid 1981 pp. 137 s. También D. M. LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid 1979, pp. 44 ss. admite que al inculpable sólo le falte la motivabilidad *normal*, pero estima que por sí sólo ello hace innecesaria ya la prevención, punto éste en que nuestras opiniones se separan.

neamente que el sujeto no era culpable, lo será si luego se comprueba que realmente disponía de una capacidad normal. Y, viceversa, tampoco cabe castigar al que resulta ser inculpable aunque *ex ante* ni él ni los demás lo supieran (28).

¿En qué se basa esta diferencia de tratamiento del error en el injusto y en la culpabilidad? Quien incurre en un error de tipo cree realizar un hecho no prohibido, mientras que quien desconoce su culpabilidad no por ello deja de saber que realiza un hecho prohibido. Siendo así, el segundo ha de omitir la comisión del injusto (que advierte como tal), y no puede escudarse en el desconocimiento de su culpabilidad porque no obsta a que realmente contara con una normal capacidad de atender a la llamada de la norma prohibitiva. En la culpabilidad no se cuestiona la prohibición, sino sólo si ésta puede ser recibida normalmente por el sujeto. Cuando la capacidad lesiva o peligrosa de una acción (ámbito del injusto) no es *reconocible ex ante*, el Derecho no puede prohibirla porque no puede pretender que los ciudadanos la eviten. En cambio, las condiciones de motivabilidad del sujeto deben valorarse en su *efectiva concurrencia ex ante*, porque la motivabilidad normal traza un límite democrático, vinculado al principio de igualdad real ante la ley, que no es lícito traspasar por el hecho de que *parezca* que no concurre: quien *es inferior* no puede ser tratado como si fuera igual por el hecho de que lo parezca. Y, al contrario, quien *es igual* no tiene por qué ser tratado como *inferior*, aunque él crea que lo es.

(28) Dejo aparte la problemática del error vencible sobre un presupuesto de una causa de exculpación cuando dicho error determina la *efectiva* anormalidad motivacional. También aquí hay que admitir la falta de culpabilidad en el momento del hecho, pero cabe castigar por la imprudencia *anterior* que dio lugar al error originador de la situación de inculpabilidad (*actio libera in causa*): cfr. MIR PUIG, Adiciones de Derecho español al *Tratado* de JESCHECK cit., I, pp. 694 ss.