

El significado de la moderna teoría de la culpabilidad frente al concepto de delito en la tradición jurídico-penal española

JOAQUIN CUELLO CONTRERAS

Profesor Titular de Derecho penal de la Universidad de Extremadura (Cáceres)

Continuando una tradición que se remonta a los orígenes de la Codificación penal en España, la reciente reforma del CP, de 1983, vuelve a definir el delito en su artículo 1.º.

Dejando al margen la cuestión sobre la conveniencia de las definiciones legales (1), es lo cierto que el Legislador de 1983 ha querido dar un espaldarazo a la Doctrina científica, que encontraba serios reparos en el artículo primero del Código a la hora de dar cumplida cuenta de un importante principio del Derecho penal moderno: el principio de culpabilidad.

Por eso, ha sustituido el término de acciones y omisiones *voluntarias* por los de acciones y omisiones *dolosas o culposas*; al tiempo que en el nuevo artículo 6.º bis a), concordante con el 1.º, exige, para estimar la responsabilidad penal, el conocimiento o cognoscibilidad de los elementos de la infracción, incluida su prohibición. Con ello, ciertamente, ha enfrentado a nuevas disputas doctrinales; pero basta recordar, muy brevemente, el significado histórico de la *voluntariedad* para reconocer que la reforma —con todos sus inconvenientes— representa un paso importante de la Codificación española, en la línea propugnada por la Doctrina científica de forma unánime: La *voluntariedad* se entendió en su día como voluntad referida a la realización de un *acto ilícito* que permitía atribuir a su autor todas las consecuencias derivadas del mismo. De aquí la consolidación de la vieja doctrina del «*versari in re illicita*» con que la Ciencia penal española ha estado debatiéndose años y años. Con todos sus defectos, pues, puede decirse que la reforma ha sido positiva, aunque sólo lo sea por haber prescindido de términos que pudieran concitar la tentación versarista de nuestros Tribunales de justicia (2).

(1) Vid. las consideraciones críticas de Manuel COBO DEL ROSAL y Tomás S. VIVEN ANTÓN, en *Comentarios a la Legislación penal*, tomo V, vol. 1, 1985, págs. 19 ss.

(2) Cfr. Juan BUSTOS RAMÍREZ, en RFDUC, núm. monográfico 6, 1983, páginas 166 ss.; Enrique BACIGALUPO, en *Comentarios*, V 1, págs. 53 ss.

A continuación se expondrá la concepción tradicional más completa sobre la culpabilidad de la Ciencia penal española, que es la de Luis Silvela, contenida en su obra *El Derecho penal estudiado en Principios y en la Legislación vigente en España, de 1874/1878*, a la que se contrapondrá la moderna concepción de la culpabilidad, en su versión finalista. Con ello se persiguen dos objetivos: Contrastar una concepción como la de Silvela, que puede llevar a vulnerar el principio de culpabilidad tal como hoy lo entendemos, con otra que pretende respetarlo. Ello, sin embargo, no quiere decir que otras concepciones de la culpabilidad de la actualidad, como la Teoría del dolo, sean falsas. Mas bien, al contrario, se desearía defender la Teoría de la culpabilidad como compatible con el principio de culpabilidad; aprovechando, además, que el Legislador —acertadamente— ha querido dejar abierta esta cuestión al redactar el nuevo artículo 6.º bis a) del Código (3). Se trata, por tanto, de criticar la concepción tradicional, *si superada con la reforma de 1983*, y de exponer una nueva doctrina que el Legislador español se ha decidido a admitir por fin.

I. EL CONCEPTO DE DELITO DE LUIS SILVELA

a) *El delito como intencionalidad*

Para Luis Silvela, la *nota característica de la noción de delito es la intencionalidad*. Equivalga el término «intención» al de «voluntariedad» del artículo 1.º del CP en su redacción histórica o no, para definir el delito no se puede prescindir de la intencionalidad, en cuya ausencia sólo habrá lugar a una responsabilidad por imprudencia. «El cazador que dispara un arma de fuego para matar un animal y ocasiona la muerte de un compañero, verifica un acto voluntario al efectuar el disparo, *siendo el homicidio ocasionado un acto no intencional*. El asesino que dirige los tiros a su víctima, *efectúa intencionalmente el asesinato*»(4). Parece, por tanto, que Silvela entiende la intencionalidad referida tanto al resultado (lo que hoy llamaríamos, genéricamente, dolo) como a la norma (ilicitud del acto querido).

Cuando el autor ha actuado intencionalmente en orden a un fin,

(3) No parece, por tanto, correcto afirmar tajantemente que la reforma siga la Teoría de la culpabilidad, como hacen, p. ej., José CEREZO MIR, ADP, 1985, págs. 277 ss. y Carlos M.ª ROMEO CASABONA, ADP 1981, págs. 740 ss. (comentando preceptos correspondientes, y coincidentes en lo fundamental, contenidos en el PCP 1980); ni tampoco que siga la Teoría del dolo, como hacen, p. ej., COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG III, 1982, pág. 259 y Santiago MIR PUIG, PG, 2.ª ed., 1985, págs. 547 ss. O, lo que es lo mismo: buscar en la regulación legal argumentos en contra de la doctrina criticada. Con mejor criterio, se puede afirmar que la Teoría de la culpabilidad tiene cabida en el CP. En esta línea: Agustín ZUGALDÍA ESPINAR, CPCr 1981, pág. 516.

Sería deseable, finalmente, poder convencer a Angel TORÍO LÓPEZ de que la Teoría de la culpabilidad no significa un paso atrás en la historia del Dogma jurídico-penal (vid. TORÍO LÓPEZ, en *La Reforma penal y penitenciaria*, 1980, pág. 268).

(4) SILVELA, *Principios* II, pág. 111.

pero ese fin no se consigue (delito intentado o frustración) y sí otro, no perseguido de propósito, intencionalmente, el tratamiento del caso será, según Silvela, el que propone el artículo 65.º (posterior art. 50.º): 1) El autor responderá por un delito (intencional) pese a no haber habido propósito de realizarlo (el resultado); aunque lo que podría parecer una grave conclusión (responsabilidad por lo no querido), no es tal desde el momento en que la penalidad correspondiente al delito no intencional que se impone al autor es siempre menos grave que la del que sí se propuso cometer ese autor (de «pena correspondiente al mal menor» hablaba el artículo). Tal como ocurre con el artículo 9.º, núm. 4 (la llamada atenuante de «preterintencionalidad») (5). 2. De lo acabado de exponer resulta que estaremos ante *criterios de determinación de la pena*, en virtud de los cuales el autor respondería por su tentativa o frustración (conductas intencionales) en caso de estar éstas sancionadas con mayor pena; por los resultados ocasionados no intencionalmente, si la penalidad fuese inferior a la que resultaría de consumarse el propósito del autor y se trataba de delitos distintos (p. ej., homicidio-lesiones); y, finalmente, por el delito que se quiso cometer intencionalmente y se cometió (también intencionalmente), pero la «cantidad» de resultado es distinta (p. ej., lesiones menos graves-lesiones graves), con la atenuante del art. 9.º, núm. 4 (6).

Hasta aquí, pues, mantiene Silvela su punto de partida: El delito es una acción intencional que debe abarcar tanto el resultado como la ilicitud de su producción. Sin intencionalidad, así entendida, no hay delito.

El artículo 1.º, párrafo II, contenía una «presunción de voluntariedad». Entonces, si intencionalidad y voluntariedad se equiparan; y si la intencionalidad, como sus equivalentes «malicia» y «propósito», son, en terminología moderna, el *dolo*, en el que todo lo más se incluye la conciencia de la antijuricidad (voluntad de lo ilícito) (7), parece que estemos aquí ante una auténtica «praesumptio doli». Esta conclusión, sin embargo, casa mal con el punto de partida de Silvela, que exponía, al principio, un ejemplo bastante elocuente donde, sin constatación de la voluntad del resultado, no cabía hablar de intencionalidad (sin voluntad de matar no hay homicidio), ni de delito, al menos cuando el acto voluntario, intencional, en el ejemplo: cazar, es un acto lícito. Por lo tanto, no parece que Silvela pretenda presumir (ni siquiera «iuris tantum») que en el ejemplo del cazador que erróneamente mata a otro cazador lo quiso hacer salvo prueba fehaciente en contrario por parte del inculpado. Se presumirá, quizá, que en caso de duda, donde existe la posibilidad real de producción del resultado —y *esta circunstancia fue reconocida por el autor*—, éste se ha decidido por el injusto. De ser así, lo que Silvela defiende es una teoría intelectualista del dolo eventual («Establécese, por tanto, la presunción de que todo acto hu-

(5) SILVELA, *Principios* II, pág. 116.

(6) SILVELA, *Principios* II, pág. 130.

(7) Entendida, aquí, como conocimiento de que la acción realizada lesiona la norma que precisamente prohíbe esa acción en atención al resultado producido y previsto por el autor.

mano que la ley castiga, se encaminará a efectuar el mal, material y contenido *del mismo acto*)» (8); o, mejor dicho, una fórmula —provisional— de resolver el arduo problema de la delimitación entre el dolo eventual y la culpa consciente, en favor de la estimación del dolo (intencionalidad) (9).

Si, al final, concluye Silvela que el alcance de la presunción es que: 1) Hubo inteligencia y libertad del agente (de no ser así, y demostrarse su falta, queda exento de toda responsabilidad penal) (10). (Lo que no obliga necesariamente a concluir que es el acusado quien debe probar su ausencia de capacidad de culpabilidad en el proceso, sino más bien en el sentido, apuntado ya por Francisco Pacheco, de que el Derecho penal ha de partir de un presupuesto libero-arbitrista y no determinista; nada más (11)). 2) Se actuó con intención o malicia cuando se quiso actuar (de no ser así y demostrarse su falta, sólo quedará un resto de responsabilidad por imprudencia, no por delito, siempre que se constate la «falta de diligencia» característica de aquélla) (12). Si se entiende así el alcance de la «presunción», quedará el siguiente esquema:

a) Silvela parte de un concepto de voluntariedad (libertad) más restringida que el de algunos de sus coetáneos. Para él no basta con la libertad de querer, entendida como ausencia de coacción física o moral; sustenta, mejor, una idea de libertad racional, capaz de determinar la voluntad en orden a un fin («voluntad que se desenvuelve en actos para alcanzar algo como término y resultado de su movimiento») (13), es decir, *intencionalidad*. En lenguaje moderno diríamos que la intencionalidad en Silvela incluye todos los elementos de la culpabilidad que fundamentan la responsabilidad penal. Tan sólo a los efectos de respetar la estructura del Código vigente en su tiempo y, sobre todo, a sus comentaristas más conspicuos, llega a romper la deseada unidad

(8) SILVELA, *Principios* II, pág. 116.

(9) Vid. Joaquín CUELLO, ADP 1983, págs. 96 s. SILVELA acierta al poner el acento sobre el elemento intelectual para estimar el dolo eventual. Pero yerra al establecer la «presunción» de que tal representación, sola, sea suficiente para estimar el dolo; pues puede ocurrir que esa representación vaya acompañada de una ejecución de la acción dirigida a evitar, precisamente, el resultado; o que la representación, pese a existir, no alcance el grado de adecuación psicológica suficiente (quedándose en mera representación gratuita en la mente del autor). Por otra parte, no puede consolar que se trate de una mera presunción que admite la prueba en contrario; pues, aparte de que la prueba en contrario siempre puede fracasar, ocurrirá que, al exigir SILVELA un juicio generalizado de probabilidad de producción del resultado, tendrá que desestimar el dolo en el caso inverso: Allí donde el autor ha querido realizar la mínima posibilidad que se representó.

(10) SILVELA, *Principios* II, pág. 117.

(11) Joaquín Francisco PACHECO, *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., 1868, pág. 59. Sobre la eficacia procesal de la «presunción de voluntariedad», vid., acertadamente, Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, en Juan CORDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, volumen I, 1972, comentario al artículo 1.º, párrafo 2, págs. 43 s., que corrobora la posición de PACHECO (al exigir que se compruebe la «ausencia de un dato capaz de privar de virtualidad a la presunción»).

(12) SILVELA, *Principios* II, pág. 117.

(13) SILVELA, *Principios* II, pág. 111.

del concepto de voluntariedad con la intencionalidad, admitiendo considerar por separado la voluntariedad-ausencia de coacción y la voluntariedad-intencionalidad-culpabilidad (14).

b) La falta de intencionalidad, voluntad del resultado y voluntad de lesionar la norma, la suple Silvela mediante dos fórmulas: Cuando el resultado producido no fue querido por el autor, ni la norma que obliga a evitar su producción tampoco, pero ambos efectos (producción del resultado y lesión de esa norma) han tenido su origen en un acto intencional, es decir, que abarcó intencionalmente un resultado y la norma que prohíbe su producción (p. ej., cazar en período de veda y a realizar un disparo que mata, sin quererlo, a otro cazador), ese acto ilícito intencional permite atribuir el resultado no intencional causado (doctrina del «*versari in re illicita*»), bien a través del artículo 65.º (si ambos son delitos) bien mediante el artículo 581.º (imprudencia) (si el acto intencional constituía una falta) pues, con palabras del propio Silvela, «*lo prohibido por la ley no se ejecuta jamás con el cuidado debido*»; elemento, éste, constitutivo de la imprudencia (15). Pero, a los efectos que ahora interesa retener, la responsabilidad tiene su origen en un acto intencional. En cambio, cuando el resultado producido no ha sido querido ni se conoció la norma que prohíbe su producción, y el origen de tal resultado fue un acto lícito, no prohibido, p. ej.: la muerte no querida de otro cazador por quien cazaba en época autorizada para su práctica, pero no actuó con la diligencia debida, el autor responderá por una auténtica y simple imprudencia. Ahora bien, puesto que, según Silvela, *sin voluntad de lesionar el Derecho no puede haber delito*, para incluir la imprudencia en el Derecho penal y diferenciarla del mero ilícito civil, tiene que acudir a la «conciencia moral», que «dice bien claro a todo el mundo que es responsable de sus imprudencias, porque dependen de su voluntad» (16). Pero también esta imprudencia es, para Silvela, lesión voluntaria del Derecho; y está convencido de que ello ocurre «de facto» en la imprudencia punible.

c) Por último, en los supuestos de los artículos 65.º y 9.º, núm. 4, también debe constatarse intencionalidad. En efecto, en estos casos, cualquiera que sea la penalidad resultante, el origen de tal responsabilidad es una conducta intencional constitutiva de delito. Y, cuando no constituye delito el acto originario, el artículo 8.º, núm. 8, indirectamente, al regular el «caso fortuito», establece que el resultado producido y la lesión de la norma que prohíbe su producción han sido «queridos» por el autor, porque su actuar ilícito (intencional) le dice ya a su propia «conciencia moral» que «se pone en peligro de producir el daño que se quiere evitar» (17); lo cual le indica, por tanto, que no obra con el cuidado debido, es decir, que está actuando imprudentemente.

En conclusión, Silvela entiende el delito (doloso) como acción intencional dirigida a querer producir el resultado y la lesión de Derecho.

(14) SILVELA, *Principios* II, págs. 112 ss.

(15) SILVELA, *Principios* II, pág. 129.

(16) SILVELA, *Principios* II, pág. 115.

(17) SILVELA, *Principios* II, pág. 124.

Si falta la voluntad del resultado el autor no podrá responder por el delito cometido. En su lugar queda un resto de responsabilidad por imprudencia, donde la voluntad del resultado se sustituye por la previsibilidad *objetiva* de ese resultado («... daño que se quiere evitar») y la voluntad de lesionar el Derecho por la «conciencia moral», que le dice a cualquiera que debe cuidar de no lesionar el Derecho.

b) *Intencionalidad y caso fortuito*

Abundando en lo expuesto hasta aquí, el modelo de *acción intencional* desarrollado por Silvela partiendo del delito (doloso) debe, ahora, ser comprobado en relación con el *caso fortuito*, con la delimitación de esta figura.

El problema fundamental se plantea en los casos en que falta uno de los elementos esenciales de la figura: el arranque lícito de la acción.

Para fundamentar la responsabilidad del autor que actúa inconscientemente respecto al resultado que produce, se apoya Silvela en la imprudencia. En este sentido afirma dos cosas: 1) Cuando la acción que produjo el resultado no querido fue llevada a cabo sin el cuidado debido, el autor responde por imprudencia, aunque no constituya una conducta ilícita (el cazador que, en período autorizado, mata, sin quererlo, a otro hombre responde por imprudencia si no puso «el cuidado que a todo hombre puede justamente exigirse»). Así lo decía expresamente el artículo 8.º, 8. 2) Pero, cuando ese acto ha sido ilícito (el cazador, p. ej., cazaba en tiempo de veda), ni siquiera será necesario comprobar cuál habría sido «el cuidado que a todo hombre puede justamente exigirse»; pues el cazar ilícitamente determina ya que la muerte del cazador no se haya ejecutado fortuitamente sino «sin el cuidado debido». Su autor, entonces, no responderá por el delito (doloso) de homicidio; pero sí por un homicidio imprudente. La única manera de paliar aquí en algo ese supuesto de «*versari in re illicita*» será la de circunscribir su extensión a resultados abarcados por el llamado ámbito de pretección de la norma voluntariamente lesionada («el que la viola y quebranta se pone voluntariamente en peligro de producir *el daño que se quiere evitar*»): La norma que prohíbe cazar en período de veda no pretende evitar homicidios sino proteger a determinadas especies animales. Pero en los casos en que sí cae en su ámbito (p. ej., la limitación de velocidad en el centro de la ciudad de los automóviles que circulan por ella prevé, entre otras cosas, que se eviten accidentes mortales), el acto ilícito querido permite atribuir resultados «fortuitamente» producidos. (Si el automovilista, por tanto, conducía el automóvil a una velocidad de 100 Kms/h, en lugar donde sólo está permitido hacerlo a 50 Kms./h., lo que él sabe, responderá por un homicidio imprudente, aun en el caso de que el accidente fuese absolutamente imprevisible: El peatón ha saltado inesperadamente a la calzada y ni de haber conducido a la velocidad exigida habría podido evitar atropellarlo).

En realidad, lo que Silvela hace es extender la regla del artículo 581.º (imprudencia) a todos los supuestos donde se ha producido el

resultado desaprobado por el Derecho sin quererlo el autor (y desconociendo la norma que prohíbe su producción) mediante una acción ilícita en cuyo ámbito (el de ese ilícito) cae la evitación de tales resultados. Pues entonces entiende Silvela que no se ha actuado con la diligencia debida. El artículo 8.º, núm. 8, por tanto, completa indirectamente el ámbito de la imprudencia.

Tan sólo la conducta lícita, realizada con el cuidado debido, que causa el resultado desaprobado por el Derecho sin que su autor conozca ninguna de tales circunstancias, dará lugar a la eximente de caso fortuito. «Por esto castiga (el CP) como reo de delito al que ocasiona un mal contra su deseo de ejecutar un hecho ilícito (siempre, claro está, que el hecho ilícito constituya por sí mismo delito: p. ej., lesiones —art. 65.º, núm. 4—; en otro caso, la responsabilidad sería por imprudencia, J.C.), absuelve al que perjudica a otro al practicar un acto permitido, si lo hace con la diligencia debida, y pena como imprudente al que daña la propiedad o la persona de otro al practicar un hecho no prohibido, si omitió el tomar las precauciones necesarias para evitar el mal» (incluida la mera realización de un acto ilícito no delictivo. J.C.) (18).

Finalmente, puede ocurrir que la producción inconsciente del resultado haya tenido su origen *sólo* en el actuar ilícito, en cuyo caso el título de responsabilidad será la imprudencia simple antirreglamentaria, que se fundamenta en el hecho de que todas las disposiciones administrativas violadas han sido dadas «en interés de todos y para evitar perjuicios, regulando el uso prudente de los derechos»; por lo que «el que las viola y quebranta se pone voluntariamente en peligro de producir el daño que se quiere evitar» (19). Con ello basta para estimar imprudencia, pues del acto ilícito se deriva ya, como se vio, la falta de diligencia automáticamente. Pero, con acto ilícito antecedente o no, la imprudencia puede alcanzar un grado superior, de temeridad, que implica la falta de «aquella atención que puede exigirse al menos cuidadoso, atento o diligente» (20). En cambio, como falta, aparece la imprudencia simple u «omisión del cuidado y de la atención que cualquier persona debe poner de ordinario al ejecutar un hecho capaz de perjudicar a otro».

La argumentación de Luis Silvela es *tautológica*, circular: Como ya se vio, el último reducto que le queda a Silvela para fundamentar la imprudencia es la «conciencia moral». La «conciencia moral» permite atribuir la producción de cualquier resultado a su autor. La «conciencia moral» contiene una especie de «super norma» que dice: «¡Debes ser diligente!». Lo que significa que quien infringe esa supernorma ha querido lesionar el Derecho; con lo cual ha actuado ilícitamente.

Precisando el pensamiento del propio Silvela, desde su esquema argumentativo, puede afirmarse lo siguiente: Actúa culpablemente quien no es diligente. Si, además, ha querido producir intencionalmen-

(18) SILVELA, *Principios* II, pág. 129.

(19) SILVELA, *Principios* II, pág. 134.

(20) SILVELA, *Principios* II, pág. 133.

te un determinado resultado y lesionar, también intencionalmente, la norma que prohíbe su producción, esa culpabilidad es *a título* de intencionalidad. En cambio, si no quiso producir el resultado pero sí lesionar una norma concreta (ilícito no delictivo), en cuyo ámbito está la evitación de posibles consecuencias, la responsabilidad será por imprudencia. Finalmente, si se ha limitado a infringir la norma «¡Sé diligente!» responderá también por imprudencia.

O sea que, según Silvela, el autor de la imprudencia «ha querido» no ser diligente. Ahora bien, para poder afirmar eso, sería preciso constatar que ese mismo autor «pudo» actuar diligentemente; lo que, a su vez requiere la existencia de una norma previa (objetiva) ya infringida, o antijuricidad, cuya lesión pudo evitar (y no quiso) el autor (culpabilidad). Tal *deber* sí lo podrá constituir la «diligencia» exigible a todos, incluido el autor, como quiere Silvela; pero para que aquél lo haya infringido culpablemente hace falta comprobar que *pudo* haberlo cumplido. Silvela, pues, confunde la *antijuricidad* con la *culpabilidad*, incluyendo aquélla en ésta (sin culpabilidad no hay delito, no hay lesión del Derecho); y, a su vez, en consecuencia, entiende que ha habido voluntad de lesionar el Derecho donde no ha habido la más mínima posibilidad de representación de la norma realmente lesionada. De esta forma, tira por la borda su concepción del delito como intencionalidad referida al resultado y a la lesión del Derecho, ya que —según Silvela— el autor pudo no haberse representado ninguno de estos elementos y, no obstante, haber imprudencia, es decir, culpabilidad.

c) *La distinción antijuricidad-culpabilidad*

Uno de los dogmas más difíciles de acuñar en Derecho penal ha sido el de la estricta distinción entre la antijuricidad y la culpabilidad. El problema remite a la cuestión sobre si cabe una lesión del Derecho (antijuricidad) por parte de quien actúa sin culpabilidad: el *injusto no culpable*.

En este punto, como ya se vio, naufraga Silvela; y naufraga porque su punto de partida —la *acción intencional*— le cierra el paso a cualquier consideración sobre el injusto que prescinda de la persona del autor: Si sólo la acción culpable puede lesionar el Derecho; resulta imposible pensar en una lesión del Derecho que no tenga su origen en el acto culpable del infractor. (En el sistema de Silvela los elementos esenciales de la Teoría del delito son la acción, el sujeto de la misma y la víctima del delito, unidos por la relación que establece la acción (21). De esta forma resulta imposible determinar con precisión el límite entre el segundo y el tercer escalón de la Teoría del delito (antijuricidad y culpabilidad); porque, al no ser posible la lesión del Derecho por quien carece de la capacidad de culpabilidad, de la intencionalidad, la conducta de quien no actuó culpablemente no puede ser antijurídica. Lo que significa que la antijuricidad está incluida en la culpabilidad.

En realidad falta en Silvela la noción de *infracción objetiva de la norma*. El punto de partida de este autor, como en general de todos los iniciadores de la configuración jurídica del concepto de delito, era deslindar el ilícito penal del ilícito civil (22). El ilícito penal, por la consecuencia jurídica, es un ilícito sacado del civil; sus formas más graves. Unos autores y otros, sin embargo, al añadir la categoría jurídica de la culpabilidad, como elemento esencial de la responsabilidad penal, se olvidan de su procedencia civil y de que, por tanto, el ilícito penal participa, en cierta medida, del objetivismo del civil (23). El propio Ihering, en 1867, sucumbe a la tentación subjetivista, no concibiendo la antijuricidad objetiva — pese a haberla descubierto —, como infracción de la norma, al margen de la culpabilidad. Sólo Thon, en 1878, el mismo año en que Silvela escribe el segundo volumen de sus Principios, es decir, cuatro años después de haber concebido el primero, sostiene por primera vez en la historia del Dogma que el imperativo, la norma, tiene a todos por destinatarios, también a los inimputables; aunque en Derecho penal esa infracción objetiva de la norma sólo origine consecuencias jurídicas (penales) sobre quienes actuaron culpablemente (24).

Pero es que, además, Silvela nunca habría podido llegar a esta conclusión porque su inspiración *krausista* se lo impedía: Silvela, muy influido por la Filosofía jurídica y por la Psicología krausistas, entendía que, efectivamente, la norma jurídica remite a objetos exteriores, y que puede deslindarse aquélla de la norma moral (aunque ambas normas se complementen desde el punto de vista de la motivación humana) (25); por consiguiente, remite a un orden jurídico heterónimo.

(22) La formación del concepto de culpabilidad jurídico-penal es inconcebible sin estudiar la historia de la distinción entre el ilícito civil y el ilícito penal, y, con ello, la distinción antijuricidad-culpabilidad. Vid. Adolf MERKEL, en *Kriminalistische Abhandlungen*, volumen I, 1867 (reed. de 1971), págs. 4 ss.; Johannes NAGLER, *Festschrift für Karl Binding*, dos volúmenes, 1911 (reed. de 1974), págs. 275 ss.; Edmund MEZGER, en *Der Gerichtssaal* 89, 1924, págs. 207 ss.; Ernst-Joachim LAMPE, *Das personale Unrecht*, 1967, págs. 13 ss.; y Hans ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der Strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1974, págs. 23 ss.

(23) Armin KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert* (ed. por Gerhard DORNSEIFER y otros), 1982, pág. 41 («Con ello está también respondida la pregunta sobre la relación del concepto de injusto del Derecho penal con el del Derecho civil. El objeto de la norma presenta la misma estructura óptica en ambas ramas jurídicas. La congruencia del concepto de injusto del Derecho penal con el del Derecho privado resulta así asegurada. Ello se asienta en las comunes tareas ordenadoras de ambas — como todas — facetas del Derecho: normar y determinar el comportamiento de los miembros de la comunidad jurídica»).

(24) Vid. Hans-Heinrich JESCHKE, *Tratado de Derecho penal*, PG (trad. de Santiago MIR PUIG y Francisco MUÑOZ CONDE), volumen I, 1981, pág. 273.

(25) En efecto, para la Filosofía jurídica krausista, si bien la libertad del individuo es lugar común del Derecho y de la Moral — lo que obliga a hacer compatible el mandato jurídico, dirigido a la utilidad, y el destino moral del hombre —, no es la Moral la fuente del Derecho, pues, según Francisco GINER DE LOS RÍOS, el Derecho es *independiente* de la voluntad; antes bien, «lejos de ser un producto de la actividad humana, es una ley a que esta actividad debe acomodarse» (GINER DE LOS RÍOS/Alfredo CALDERÓN, *Prolegómenos del Derecho. Principios de Derecho natural*, con Introducción de Adolfo POSADA, 1916, pág. 30). Ahora

Sin embargo, al seguir la concepción psicológica gineriana, tenía que reproducir el error de Giner de los Ríos acerca de la forma en que ese orden exterior puede ser asimilado por la psicología humana y acerca de qué principios debe seguir ésta para estimar que el comportamiento ha sido ajustado a Derecho, no resultando reprochable pese a la lesión objetiva de la norma (26).

Y, como quiera que, de ser consecuente con su concepción subjetivista del fenómeno psicológico, se vería obligado Silvela a excluir la culpabilidad, y por tanto la infracción reprochable del Derecho, en todos aquellos 'casos donde la decisión de actuar no ha tenido su origen en una voluntad concreta de lesionarlo, acude a la *ficción* —también tomada de la Psicología de Giner— de la conciencia moral, cuya correcta formación asegura una conducta de vida justa, o puede llevar a comportamientos incorrectos reprochables en caso contrario (aunque no se constate una concreta voluntad de lesión del Derecho) (27).

En suma, es la Psicología de Giner de los Ríos la causante de que la Dogmática de la culpabilidad jurídico-penal en España, durante mucho tiempo, haya entendido que, en última instancia, es la propia *conciencia del individuo* la que le dice a éste que responde de sus actos —así empleada expresamente, como se vio, por Silvela para fundamen-

bien, como quiera que dentro de la Moralidad, lo que el hombre debe hacer como mandato de autolegislación, entran también finalidades sociales, en su favor particular y en el de los demás existe sin duda una *Moralidad para el Derecho*, «en cuanto éste, como un bien que es en sí mismo, debe ser también realizado por el hombre sólo por el puro motivo de ser bien» (GINER DE LOS RÍOS, *Derecho natural*, pág. 24). En suma, ambas esferas están perfectamente deslindadas en el krausismo, con independencia de que el Derecho tenga un sustrato ético (vid. sobre esta temática, en la actualidad, Ralf DREIER, en *Recht-Moral-Ideologie*, 1984, págs. 197 s.: Un sistema jurídico tendrá validez sólo si manifiesta una mínima capacidad de justificación moral); pero en el sentido de obligación moral de acatamiento interno del Derecho justo por parte del individuo. (Sobre la temática Moral y Derecho en la filosofía krausista, vid. Elías DÍAZ, *La Filosofía Social del Krausismo español*, 2.ª ed., 1983, págs. 94 ss., de una parte y Manuel DE RIVACOBA Y RIVACOBA, *Krausismo y Derecho*, 1963, págs. 53 ss., de otra. Cfr. también Nicolás M.ª LÓPEZ CALERA, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1962, núm. 2, fascículo 2, págs. 353 ss., 368 ss.).

(26) En las *Lecciones sumarias de Psicología*, de GINER DE LOS RÍOS, 1.ª ed., 1874, 2.ª ed., 1878 (volumen IV de las *Obras completas*, de 1920), se desarrolla una concepción sobre la *voluntariedad* del acto humano (2.ª ed., págs. 211 ss.), de gran influencia sobre las primeras exposiciones de la Teoría del delito en la Ciencia penal española, que obliga a atender a la representación subjetiva del autor acerca de lo ilícito (correctamente apreciado en su objetividad valorativa) como criterio de la responsabilidad. De esta forma se va a exigir siempre en la base de la culpabilidad jurídico-penal una decisión voluntaria contra el Derecho. Constatada tal decisión subjetiva habría culpabilidad, aun en el caso de que objetivamente no se haya lesionado la norma que (correctamente apreciada por el sujeto) el autor se representó subjetivamente lesionar; al tiempo que se negará la responsabilidad en el caso donde el autor no actualizó, en el momento de actuar, la norma que lesionaba, aun en el caso de que podría haberla llegado a actualizar. (*Concepción subjetivista de la culpabilidad*.)

(27) Precisamente porque Pedro DORADO MONTERO no aceptó la ficción y pretendió ser consecuente con el principio subjetivista, se vio obligado a destruir el dogma de la culpabilidad y, con ello, el Derecho penal de su época. Vid. DORADO MONTERO, *La Psicología criminal en nuestro Derecho legislado*, 2.ª ed., 1910, págs. 251 ss.

tar la culpabilidad en la imprudencia—; confundiendo lastimosamente el *ser* con el *deber ser*, extrayendo de un *deber ser*: el hombre debe cuidar de las consecuencias de sus actos, un *ser*: este hombre pudo evitar su acto. Cuando, en realidad, dicho poder, característico de la culpabilidad, tiene que constatarse como capacidad existencial; y no es sustituible por deber alguno —si no es, como hace Silvela, mediante una presunción gratuita.

Antijuricidad y culpabilidad son hoy dos juicios perfectamente deslindados en Derecho penal, después de grandes esfuerzos doctrinales frente a posiciones tan subjetivistas como las que aquí han sido criticadas. Hasta el punto de que es éste uno de los pocos puntos en que la doctrina está de acuerdo acerca de la dogmática de la culpabilidad jurídico-penal (28). Y, sin embargo, de la importancia de la distinción puede dar hoy cuenta que profundizando y reflexionando sobre su significación pueden resolverse esos problemas que el dogma todavía tiene pendientes, como, p. ej., el de la posible doble posición sistemática del dolo (como elemento rector de la acción antijurídica y como elemento esencial de la culpabilidad impregnado, ahora, de significado ético) (29), el carácter objetivo o subjetivo del elemento infracción del deber de cuidado en la imprudencia (30) o la naturaleza del conflicto de deberes como causa de exclusión de la antijuricidad o de la culpabilidad (31); por no hablar de la distinción entre elementos de la infracción, cuyo desconocimiento (error) excluye la antijuricidad típica, y elementos de la antijuricidad, cuyo desconocimiento determine, en su caso (inevitabilidad), la exclusión de la culpabilidad (32).

(28) Vid. Claus ROXIN, en *Problemas básicos del Derecho penal* (trad. de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA), 1976, pág. 200.

(29) Cfr., en sentido negativo, José CEREZO MIR, en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1982, págs. 199 s.

(30) Vid., p. ej., Armin KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, págs. 133 ss., de una parte, y Günther JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, pág. 262 (también *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, págs. 65 s.), de otra.

(31) Cfr., sobre esta problemática, recientemente, Enrique GIMBERNAT ORDEIG, en Prólogo a la obra *La colisión de deberes en Derecho penal*, de Antonio CUERDA RIEZU, 1984, págs. 13 ss.

(32) Que sea difícil distinguirlos no exonera del esfuerzo que la Dogmática debe realizar en orden a su delimitación; una delimitación que, más allá de una eventual alusión por parte del Legislador (p. ej., en nuestro nuevo art. 6.º bis a), aparece exigida por una elemental razón de Metodología jurídico-penal, que obliga a precisar, primero, qué está prohibido, y, después, el alcance de la prohibición. Cfr., no obstante, las críticas a este punto de la nueva regulación del error de prohibición de TORIO LÓPEZ, *Reforma penal*, págs. 260 ss., y José M.ª RODRÍGUEZ DEVESA/Alfonso SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, PG, 9.ª ed., 1985, págs. 626 s. (RODRÍGUEZ DEVESA reconoce expresamente el significado lógico de la delimitación finalista error sobre el tipo-error de prohibición).

II. VALORACION CRITICA: LA TEORIA DE LA CULPABILIDAD («SCHULDTHEORIE») EN LA DOGMATICA PENAL MODERNA

Para Luis Silvela la culpabilidad es voluntad de lesionar el Derecho, *intencionalidad*. Sin lesión intencional de la norma no hay delito. Constatada tal voluntad de lesión, su autor responde, culpablemente, cualquiera que haya sido el resultado producido. Puesto que «lo prohibido por la ley no se ejecuta jamás con cuidado debido», se presumirá que quien lesionó la norma que prohíbe el resultado producido, la ha lesionado voluntariamente pese a desconocerla, por el simple hecho de que, entre los efectos de la norma que sí quiso lesionar, estaba uno que contemplaba la lesión de esa segunda norma.

Este postulado no carece de lógica. Véase un ejemplo: El automovilista que circula por el centro de la ciudad a más de 100 Kms./h., cuando está prohibido hacerlo a más de 50 Kms./h., lo que él sabe, está lesionando voluntariamente una norma que prohíbe circular a una determinada velocidad. Si, además, atropella a un peatón y le produce la muerte, según Silvela, responderá por un delito de homicidio. La pregunta que hoy haríamos acerca de si realmente pudo prever tal resultado o, mejor dicho, si se representó la norma del homicidio (o pudo representársela), carece de significado para Silvela pues, según él, al fin y al cabo a nadie se le escapa que la normas que limitan la velocidad en el centro de las ciudades persiguen, entre otros objetivos, evitar que se produzcan accidentes mortales (33).

Ahora bien, ¿es esto suficiente para estimar que el autor quiso lesionar la norma del homicidio?; ¿existe aquí un conocimiento suficiente de la antijuricidad para hablar de culpabilidad?

Según Armin Kaufmann (34), la culpabilidad, en Derecho penal, exige el conocimiento de la norma que ha sido lesionada, la subsumción de la acción realizada bajo aquella norma y el conocimiento de la propia capacidad de acción, es decir, de haber sustituido aquella acción que lesionó la norma por otra ajustada a ella o por un simple no actuar. Hasta aquí el elemento *intelectual* de la culpabilidad; al que debe añadirse el elemento *volitivo-existencial*, haber querido la acción que lesionó la norma, que ahora no interesa (35).

Si comparamos esta Teoría de la culpabilidad con la de Silvela, se observarán diferencias sustanciales, en más y en menos:

1) En primer lugar cabe plantear la siguiente cuestión: ¿Cuándo se conoció la norma lesionada? O, dicho de otra forma, se exige un conocimiento fehaciente de la norma lesionada (ahora se alude a la lesión intencional de la primera norma de Silvela) o basta, p. ej., la

(33) El ejemplo está tomado de Eckhard HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, 1969, pág. 20. Sobre su interpretación, págs. 26 ss.

(34) Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas* (trad. de Enrique BACIGALUPO y Ernesto GARZÓN VALDÉS), 1977, pág. 216.

(35) Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 216.

mera duda? Piénsese en la siguiente variante del ejemplo anterior: El autor sabe que, dentro de la ciudad, debe circular con cierta lentitud, pero duda acerca de si ese límite está en los 50 o en 60 Kms./h., En la duda, no obstante, conduce a 60 Kms./h. ¿Puede decirse, en terminología de Silvela, que ha lesionado la norma de circulación intencionalmente, con voluntad; y, de esta forma, la norma del homicidio?

La duda, efectivamente, es elemento suficiente para estimar que se conoció la norma lesionada (36). Pues tal duda ya debió motivar al autor a abstenerse de actuar, por el riesgo de lesión del Derecho (37). Tal duda, ciertamente, podrá justificar una atenuación de la penalidad pues, al fin y al cabo, en principio, es más grave la conducta de quien sabe fehacientemente que va a infringir la norma con su conducta que la de quien, al dudar, pudo confiar en que tal lesión no tuviera lugar (38). Pero lo que sí importa retener ahora es que la culpabilidad no exige *voluntad* de lesionar el Derecho, si por tal se entiende algo que vaya más allá del mero conocer como posible. En este sentido, por tanto, debe ser corregido o, en su caso, precisado el pensamiento de Silvela sobre la culpabilidad. Con ello, además, se rompe un viejo dogma de nuestra historia del Derecho penal que se remonta a la Teología penal del XVI y el XVII; ruptura de la que Diego de Covarrubias fue auténtico pionero (39).

Todavía hay otro aspecto relacionado con el conocimiento de la norma jurídica lesionada de especial relevancia: Las formas a través de las cuales el hombre accede al conocimiento del Derecho son varias y pueden sintetizarse de la manera más concisa posible diciendo que son dos los caminos de acceso al Derecho: El Derecho se puede conocer bien directamente, leyendo, p. ej., los textos legales, bien indirectamente, es decir, deduciendo, p. ej., de la propia conciencia la ne-

(36) Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 296.

(37) Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 216.

(38) Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 297.

(39) Sin «mala» voluntad no puede haber responsabilidad moral para la Teología. De aquí se deduce que, al llegar a la culpabilidad jurídica, ésta se «moralice», exigiendo voluntad directa de infringir la ley, no conformándose siquiera el Derecho penal teológico con lo que COVARRUBIAS sustentó: Pues si lo importante no es *querer* violar la ley sino *conocer* la posible violación, se estará ya en condiciones de dar un paso más y afirmar que también el conocimiento, o la mera cognoscibilidad, de la norma jurídica puede justificar un reproche de culpabilidad jurídica; aunque *subjetivamente* no se haya querido violar la ley. Ante esto la conclusión es evidente: No hace falta una infracción moral para que se dé la infracción jurídica. O, lo que es lo mismo: ésta no se sustenta en aquélla. La norma moral o teológica y la norma jurídica pueden no coincidir.

Un ejemplo de lo que ello supone lo proporciona uno de los planteamientos de COVARRUBIAS criticado por el Padre Julián PEREDA: Según COVARRUBIAS, quien se apodera de cosas ajenas sin saber que su dueño había consentido el apoderamiento comete ya delito, al creer que lo hacía contra la voluntad de aquél. Objeción del Padre PEREDA: Aquí hay pecado, pero no delito. Si se observa este pasaje con detenimiento se comprueba cómo lo que el P. PEREDA le reprocha a COVARRUBIAS es que —habiendo captado éste la autonomía del orden jurídico frente al orden teológico— se atreviera a dar relevancia jurídica a un subjetivismo reservado, según el Padre PEREDA, a la Teología (cfr. Julián PEREDA, *Covarrubias penalista*, 1959, pág. 18).

cesidad de la regulación jurídica. La norma que prohíbe matar, p. ej., se puede conocer leyendo el artículo 407.º CP o bien deduciendo del precepto moral o de la norma esencial de convivencia «respecto a la vida ajena» la necesidad de su protección mediante penas, es decir, su desvaloración jurídica (40).

Ante esto la pregunta que cabe hacer es la siguiente: ¿Puede afirmarse el conocimiento de la norma jurídica lesionada cuando el infractor conoció otra norma distinta, que coincide en los resultados con la anterior, pero no aquélla?

Silvela parece conformarse con estimar que, cuando el infractor se ha decidido a lesionar una norma, se ha decidido también por la lesión de cualquier otra. En este punto se refleja la vieja doctrina del «versari in re illicita». En el Derecho penal español de hace algunos años, si el autor sabía que yacer con su hija constituía un delito de incesto pero ignoraba que también era un adulterio, habría lesionado la norma del adulterio, pese a su desconocimiento. Y, aún hoy, si el autor sabía que su trato carnal con la hermana mongólica constituye una violación pero ignora que constituye también un incesto, habrá lesionado la norma del incesto (41); siempre según Silvela. El súbdito americano recién venido a España, sabe que golpear a su mujer para coaccionarla a abortar constituye un delito de coacciones o, incluso, de lesiones, pero ignora que el aborto constituya delito; y, pese a ello, según Silvela, habría lesionado voluntariamente la norma del aborto. El cazador, en fin, que sabe que cazar en período de veda está prohibido, se hace responsable del homicidio consistente en disparar sobre lo que creyó una pieza de caza, tratándose en realidad de otro cazador (42).

En todos estos casos, si seguimos a Silvela, sería difícil negar la culpabilidad, pese a que sus autores ignoraban la norma lesionada; como la ignoran quienes conocen que su comportamiento está prohibido, pero ignoran que sólo muy recientemente aquél ha sido prohibido *penalmente* y nunca pudieron llegar a tal conocimiento (error de prohibición inevitable) (43).

Por último, puede plantearse el siguiente problema: El autor quiere motivarse de conformidad a Derecho, pero ignora el mandato jurídico. Es más, él cree que el Derecho positivo prescribe algo que no coincide con lo que su conciencia le dice que es justo. Por eso, violen-

(40) Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 217.

(41) A través de la norma del estupro de prevalimiento del art. 434.º, II, CP.

(42) Este último ejemplo está tomado de HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 21.

(43) El siguiente ejemplo de Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, página 256, nota 119, pensando para otro problema, ilustra muy bien esta conclusión: «A trabaja en una fábrica en un proyecto especialmente importante para la comunidad. La dirección de la empresa, etc., ha puesto en claro y encarecido al personal —entre el cual se halla A— en repetidas ocasiones, la significación de la tarea y que en estas condiciones, trabajar a desgano resultaría dañoso para la sociedad. A está convencido de ello. Sin embargo, un día, cuando el propio A decide trabajar a desgano, procura averiguar con precisión si con ello lesionaría alguna prohibición. Fue informado acertadamente de que en realidad no existía ninguna prohibición legal. No obstante, el día en que él trabaja a desgano, entra en vigencia una nueva ley penal».

tando su conciencia (que era la realmente concordante con el Derecho positivo), realiza algo constitutivo de delito. O, al revés, ha seguido los dictados de su conciencia con la mejor buena fe (él quiso respetar el Derecho), pese a la duda sobre la violación del Derecho positivo y, efectivamente, lo lesiona.

Estos casos, próximos a la figura del delincuente por convicción (la diferencia estriba en que aquí no existe una clara voluntad de lesionar el Derecho, que es la nota más característica de aquella figura) ponen de relieve cuál es el límite del conocimiento de la antijuricidad: No basta el conocimiento de la posible lesión del Derecho para que ya pueda hablarse de conocimiento de la antijuricidad. Hace falta algo más, un *motivo* («Anlass») que lleve al autor a comprobar la antijuricidad o no de su proyecto en su realidad más concreta (44).

La Teoría de la culpabilidad, cuando no ha sido mal interpretada (45), ha sabido captar este elemento. El ejemplo más genuino es Armin Kaufmann (46). Kaufmann nunca se conformaría, en el último ejemplo, con la aceptación por parte del autor de que su conciencia cierre el paso a toda ulterior comprobación. Kaufmann diría que aquí sigue habiendo todavía una capacidad de conocer la antijuricidad, pese a que el autor no dudó de la conformidad a Derecho de su comportamiento.

De aquí cabe extraer una conclusión importante. No basta afirmar que el conocimiento de la antijuricidad, en la Teoría de la culpabilidad, exige conocer que el Derecho desaprueba la conducta, que el conocimiento haya de serlo de la norma como norma jurídica; ni siquiera basta la duda para llegar a estimar la capacidad de conocer la norma.

Pra expresarlo de la mano del ejemplo anterior: De la misma forma que la seguridad de estar actuando correctamente, conforme a Derecho, no cierra la posibilidad de estimar la capacidad de culpabilidad o de conocer el deber (la seguridad, en este caso, no exonera a su autor de la ulterior indagación sobre la conformidad a Derecho de su proyecto); de la misma manera, la duda sobre la antijuricidad no es requisito suficiente para estimar que existió capacidad de conocer el injusto. La duda («leise Zweifel») puede constituir ya el *motivo* de la ulterior comprobación (47); pero cuando esa indagación no puede llevar a resultados concretos seguirá habiendo un error de prohibición inevitable. Quien duda sobre la regulación jurídica de su comportamiento siempre podrá consultar los Textos legales. Pero si tal consulta no habría llevado a resultados tangibles, aquella duda, por sí sola, no podrá justificar el reproche. Su autor sufrirá un error de prohibición inevitable (en el sentido de que, aunque el autor lo hubiese querido, no habría podido resolver su duda) (48).

(44) Vid. Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pág. 146.

(45) Vid. HORN *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, págs. 78 ss.

(46) Vid. *infra* 4.

(47) Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, pág. 146.

(48) Este es el contenido del exhaustivo capítulo IV de la obra de Hans-Joachim RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein. Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, 1969, págs. 169 ss.

Tampoco aquí llegaría Silvela a la misma conclusión. Para Silvela, el autor que sabía lo prescrito por el Derecho y voluntariamente lo infringe, ha actuado culpablemente, aunque para ello haya tenido que violentar su conciencia del Derecho. Si, para Silvela, no hay más culpabilidad que la que tiene su origen en la voluntaria lesión del Derecho, bastará tal comprobación para estimarla. Y ninguna consideración sobre las posibilidades reales de alcanzar una representación correcta de la antijuricidad del proyecto actuará en su descargo. El autor se ha rebelado contra lo que él cree Derecho positivo, que coincide casualmente con tal Derecho positivo, y eso basta para él.

Resumiendo, puede decirse que el elemento de la culpabilidad *conocimiento de la norma lesionada* exige la representación de que la norma *existe* o *puede existir*. Pero, en ambos casos, ese mismo autor se ha debido representar tal norma no como objeto de su lesión necesariamente, sino que basta la representación de su posible lesión o la posibilidad real de llegar a representársela (aunque el autor no la haya actualizado en el momento del hecho), entendiéndose por *posibilidad* algo menos que intención de lesionarla y algo más que mera representación de la posible lesión o simple posibilidad de representación. Hace falta que tal posibilidad lleve a la comprobación de la lesión. La *posibilidad* o *duda* sobre la lesión, en suma, debe ser *motivo* que pudo llevar a comprobar la efectiva lesión, es decir, al conocimiento fehaciente de la norma realmente lesionada.

2) El autor ha debido representarse correctamente la acción llevada a cabo por él. Esta comprobación, entiéndase bien, remite a un juicio puramente *existencial*, que no introduce elemento valorativo alguno. Prueba de ello es que tal requisito de la culpabilidad no difiere en el delito imprudente del delito doloso. En el delito doloso el autor ha debido representarse, p. ej., la muerte de un hombre; pero como juicio puramente existencial. Lo mismo que el autor del homicidio imprudente se ha debido representar, p. ej., la acción de adelantar a un ciclista embriagado a X metros de distancia: La maniobra de adelantamiento es la acción pensada antes de su realización (preparación), comenzada a realizar en un momento determinado (tentativa) y consumada después (una vez realizado el adelantamiento que ocasiona el atropello del ciclista) (49). Si no ha existido tal correcta representación no puede hablarse de capacidad de acción, ni de acción. Si el automovilista que quiere adelantar no se ha presentado la embriaguez del ciclista que le precede no habrá existido la acción exigida para estimar una responsabilidad por homicidio imprudente, ni culpabilidad por tal delito. La situación es la misma que la del autor de una conducta dolosa que ignora algún elemento del tipo objetivo (50).

(49) Vid. Diethart ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, pág. 154: «Que en la base del delito imprudente existe una acción (final) es indiscutible (*nota bene*)»; 191. Como dice Eberhard STRUENSEE, *Fahrlässigkeit und Finalität*, Lección inaugural (mecanografiada), 1979, parafraseando a ZIELINSKI, «tampoco el delito de imprudencia inconsciente es otra cosa que un delito doloso no descrito típicamente».

(50) STRUENSEE, *Fahrlässigkeit und Finalität*.

Pero no son éstas las cuestiones que ahora interesan. Ahora interesa revisar los supuestos donde debe ser negada la culpabilidad por ausencia del elemento *capacidad de acción*:

A veces ocurre que quien *actuó* dolosa o imprudentemente no pudo, o sólo pudo con muchas dificultades, hacerlo de otra manera. El automovilista habituado a conducir que ocasiona un accidente, o el que no puede controlar el volante porque le ha saltado una partícula al ojo, que le obliga a cerrarlo instintivamente, o porque inesperadamente se ha roto el cristal delantero del vehículo, son sujetos que, pese a realizar tipos delictivos dolosa o imprudentemente, pueden haber perdido la capacidad de acción. Su comportamiento, entonces, no será culpable (51).

Puede ocurrir también, y esto sí conviene retenerlo, que el autor no se haya representado para nada una acción, por él realizada que, de haber tenido conciencia de ella, podría constituir claramente para él el modo de lesionar la norma del delito imprudente lesionada, ya, objetivamente. El problema se le ha presentado a algunos abiertamente en el ámbito de la imprudencia inconsciente; pero también puede aparecer en el delito doloso y en la imprudencia consciente:

El automovilista que conduce un automóvil por el centro de la ciudad a una velocidad superior a 50 Kms./h., como está prescrito, se ha podido representar que, mediante la acción de conducir a una velocidad excesiva, quizá ocasionará la muerte de algún peatón; pero no se ha representado que, debido al mal estado del coche, también conduciendo por una amplia autopista a esa velocidad ha podido ocasionar la muerte de su acompañante (52). El cazador recibe de su amigo el aviso de que no debe disparar. Su amigo lo hace porque ha visto que va a alcanzar a un hombre; él, en cambio, piensa que va a cobrar una pieza cuya caza está vedada en ese tiempo. Y, pese a ello, dispara, ocasionando una muerte humana (53).

En todos estos casos, según Silvela, habrá delito y culpabilidad. Con anterioridad se vieron estos casos, o semejantes, como supuestos de desconocimiento de la norma lesionada. Ahora conviene detenerse en esta otra cuestión: ¿Basta el conocimiento de la posible lesión de la norma cuando se carece de la capacidad de acción, la capacidad de realizar la acción prohibida en la norma que se «quiere» lesionar? ¿Basta una capacidad *genérica* de acción; o se exige una específica, situada entre aquélla, la que lesiona efectivamente la norma, y la que al menos permite hablar de delito *putativo*?

Armin Kaufmann (54) ha estudiado exhaustivamente el problema

(51) Con ello abandono la posición que sostuve en ADP 1983, pág. 81. La «capacidad de acción», como capacidad de realizar una acción final en dirección distinta, que habría podido evitar el resultado, o su sustitución por un mero no actuar, sólo es relevante en la *culpabilidad*: la «capacidad de acción», en el delito de acción es elemento de la culpabilidad. Sobre la capacidad de acción como elemento general en la estructura de la culpabilidad, vid Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 216.

(52) El ejemplo es de HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 29.

(53) HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 21.

(54) Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, págs. 96 ss.

de la *capacidad de acción* en el ámbito del delito de *omisión*, de cuyo tipo de injusto constituye elemento esencial: Si el autor no se ha representado, p. ej., que en sus proximidades se encontraba un salvavidas o algún otro objeto flotante que arrojar a quien se está ahogando, y él no sabe nadar, no puede decirse que haya omitido si no hace nada para salvarle. El carecía de la capacidad de acción, es decir, de realizar una concreta acción de salvamento. Y no ha infringido deber alguno.

Tratar de sustituir un concreto deber, que para él no ha surgido nunca, por otro deber que, p. ej., le obligase a examinar con más cuidado para descubrir el salvavidas, lo descarta Kaufmann categóricamente (55), pues implicaría un «regresum ad infinitum».

Pues bien, este «regresum» es el que propicia Silvela, y con él otros muchos autores, en el ámbito de la culpabilidad. Según Silvela, la no representación del resultado muerte del peatón, ni la de la norma de cuidado que obligaría a mirar si alguien ha saltado a la calzada, aparecen sustituidas por la representación de la prohibición de que en el centro de la ciudad no se debe circular a más de 50 Kms./h. Para Silvela, si el omitente se representó un deber genérico de examinar la situación, y lo infringió voluntariamente, responderá por la omisión del salvamento, pese a su incapacidad actual para la acción de salvamento.

Otros autores, más recientemente, se han ido al extremo opuesto, y de la no representación del posible resultado (muerte del peatón) ni de la norma lesionada (que obliga a conducir con cuidado en el centro de la ciudad —p. ej., mirando a derecha e izquierda en los cruces—, y no sólo a una determinada velocidad), excluyen la imprudencia inconsciente del ámbito de la culpabilidad (56).

Ahora bien, si se admite la conclusión excluyente de la culpabilidad para la imprudencia inconsciente, habrá que extenderla también a todo el error de prohibición (desconocimiento de la antijuricidad), pues en toda imprudencia inconsciente (desconocimiento de la norma de cuidado infringida) hay un error de prohibición (lo que aquí se diga, por tanto, alcanza también al delito doloso) (57).

Si se exige *voluntad* en la culpabilidad, se tenderá a verla en la representación *psicológica* del resultado y de la norma lesionada, tal como había dicho Silvela (58); y si, aún así, se pretende incluir la imprudencia inconsciente y el error de prohibición en el concepto de culpabilidad, sólo cabe encontrarla en la voluntad de lesión de una norma genérica en cuyo ámbito entre la evitación de resultados cuya producción, a su vez, esté prohibida por otras normas, pese al desconocimiento de ambas circunstancias (producción del resultado y norma lesionada) por el autor.

La moderna Teoría de la culpabilidad, sin embargo, entiende la culpabilidad como un juicio sobre el autor («Urteil über den Täter»)

(55) Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, págs. 145 s.

(56) Cfr. Arthur KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 2.ª ed., 1976, págs. 156 ss., 223 ss.

(57) Vid. HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 15.

(58) Vid. *supra*.

(valoración) que no requiere una representación actual ni del resultado ni de la norma lesionada, pero sí la *posibilidad real*, existencial, de ambas representaciones por el autor: El autor ha debido poder llegar a la representación del resultado (capacidad de acción) y a la representación de la norma infringida. Si falta cualquiera de estos elementos, no habrá capacidad de culpabilidad. Dicho de otra forma, y por eso el concepto de culpabilidad de Armin Kaufmann requiere un tercer elemento: El autor se ha debido poder representar la norma que regula su comportamiento, es decir, ha debido poder *subsumir la acción realizada por él bajo la norma lesionada*.

3) Con lo dicho hasta aquí, el planteamiento de Silvela sobre la culpabilidad debe ser corregido en el punto más insostenible de su doctrina. Si, tras lo visto, se amplía la exigencia del requisito del conocimiento de la norma desde la voluntad directa de lesión (intencionalidad) a la representación de la posible lesión (lesión, p. ej., en caso de duda), todavía nos valdrá la teoría de Silvela. Pero, si en la dirección contraria, no se exige que el autor se haya representado la acción (de forma puramente existencia, recuérdese) mediante la cual lesiona o puede lesionar la norma, estamos prescindiendo de la capacidad de culpabilidad, estamos abocados al «*versari in re illicita*».

Si el autor no se ha podido representar en ningún momento que su disparo de caza puede matar a un hombre, no podrá responder por homicidio, aunque haya disparado en la creencia de estar infringiendo una norma que prohíbe cazar en período de veda (59).

Quien se ha representado el exceso de velocidad de su automóvil en el centro de la ciudad, pero no la posibilidad de atropellar a un peatón, ni ha podido hacerlo, no infringe todavía la norma del homicidio. Prueba de ello es que la vulneración de aquella norma puede dejar en suspenso la más mínima conexión con muertes humanas (sí, p. ej., las calles, en ese momento, están vacías). Con mayor razón, si no ha sabido el estado de deterioro del coche, que puede poner en peligro la vida de su acompañante, no ha habido lesión de la norma del homicidio, ni la del homicidio doloso ni la del imprudente.

Ello no quiere decir, porque sería dar un paso atrás, que el autor se haya debido representar la norma que infringe (conocimiento de la antijuricidad en el delito doloso o conocimiento de la norma de cuidado en la imprudencia consciente), pero sí ha debido haber la posibilidad de alcanzar ambas representaciones: En la imprudencia inconsciente, la representación, p. ej., de la embriaguez del ciclista es básica para que el automovilista pueda llegar a la representación de que puede atropellarlo (homicidio) y de que está infringiendo la norma de cuidado (que diría aproximadamente: «¡No debes adelantar, o debes hacerlo a mayor distancia de lo normal, a ciclistas embriagados para no atropellarlos!»). Pero, si no ha habido representación de tal estado, faltará el presupuesto mínimo de la responsabilidad, de la culpabilidad. El autor no puede representarse ni la acción ni la norma lesionada mediante su acción.

(59) Vid., p. ej., JAKOBS, *Strafrecht*, pág. 459.

Con ello se puede afrontar ya el problema más difícil de resolver que tiene planteada hoy: la Teoría de la culpabilidad. ¿Cuándo, pese al desconocimiento de la antijuricidad del comportamiento, fue evitable el error?; ¿cuándo se puede llegar a la conclusión de que el autor pudo actuar de otra manera y subsumir su conducta en la norma lesionado, pese a desconocerla? ¿No estamos ya aquí más allá del principio de culpabilidad?

Esta es la objeción fundamental de Eckhard Horn a la Teoría de la culpabilidad en la monografía ya citada. Para Horn (60), la culpabilidad es simplemente *capacidad de motivación*. Dicha «capacidad de motivación» exige el conocimiento de la norma lesionada, o, al menos, la representación de que se está lesionando el Derecho, aunque se desconozca la concreta norma infringida. En este segundo caso, aunque el autor ha desconocido la norma concretamente lesionada, puesto que sí se representó que su proyecto era antijurídico, pudo motivarse a omitirlo; con lo que, indirectamente, pudo evitar la lesión de la concreta norma infringida pese a su desconocimiento (61). Esta construcción presenta un paralelismo sorprendente con la teoría de la culpabilidad de Luis Silveira.

Para Eckhard Horn, el autor que cree estar cazando en período de veda, pero desconoce la norma que hace de su comportamiento un homicidio imprudente, se hace acreedor a un reproche de culpabilidad por dicho homicidio desde el momento en que el conocimiento, la representación, aunque sea puramente subjetiva, de que disparar en el momento que lo hizo está prohibido debió motivarle a omitir el disparo con el que ha lesionado la norma del homicidio imprudente (62). El autor que conoce, o cree conocer, que su comportamiento constituye un incesto (yacer con su propia hija) pero desconoce que se trata de un adulterio (frente a su mujer), ha infringido culpablemente la norma del adulterio o, mejor dicho, ha actuado culpablemente y debe ser hecho responsable en el ámbito penal de la norma del adulterio, pues su representación debió motivarle a desistir de su acción, con la que ha lesionado la norma (objetiva) que prohíbe el adulterio (63).

Horn se ha defendido muy bien de la posible objeción que representaría ver en su teoría de la «motivación para omitir el proyecto delictivo» una vuelta a la vieja doctrina del «versari in re illicita» diciendo que ésta, en realidad, lo que se planteaba era el problema de la atribución de un resultado a quien meramente lo había causado, cuando lo que se cuestiona en Derecho penal con la culpabilidad es si pudo evitar la lesión de un determinado deber a través de una acción: comprobada por el autor la antijuricidad de su acción, va a poder hablarse de culpabilidad: Si una determinada acción está prohibida porque el Derecho conecta con ella la probabilidad de que se produzcan determinados resultados, y esto ocurre muy frecuentemente en el ámbito de la imprudencia, la culpabilidad del autor sólo exige el conoci-

(60) HORN, *Verbotssirrtum und Vorwerfbarkeit*, págs. 152 ss.

(61) HORN, *Verbotssirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 154.

(62) HORN, *Verbotssirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 155.

(63) HORN, *Verbotssirrtum und Vorwerfbarkeit*, págs. 161 s.

miento de que el Derecho prohíbe esa acción (p. ej., de seguridad). Si el autor realiza, no obstante, la acción puede responder, p. ej., por homicidio imprudente, aunque no se haya representado para nada la muerte (posible de un hombre).

Cuestión distinta, en la que no hace falta entrar ahora, es que la doctrina de Horn es una doctrina sobre el *cuándo* puede haber culpabilidad pese al desconocimiento de la concreta norma lesionada (64); lo que no prejuzga el *cuánto* de la responsabilidad, que plantea una serie de problemas en relación con la penalidad (65). Horn sugiere que en el ejemplo del incesto-adulterio el autor debe responder por un adulterio con la penalidad correspondiente a la gravedad que supone haber querido cometer un incesto, de forma que la penalidad del adulterio actuará como límite superior no rebasable; en tanto que se prescindirá de cualquier límite mínimo: En el ejemplo de la infracción de caza-homicidio imprudente la pena puede ser la correspondiente a la culpabilidad de un homicidio imprudente en la cuantía de una multa de poca monta (correspondiente a la infracción de caza).

Otros supuestos que surgen en relación con esta construcción, como el de la existencia de la norma que el autor creyó infringir, o el de si cabe que un autor no se haya representado la infracción de ninguna norma concreta sino que haya tenido una representación genérica e indiferenciada de la infracción del Derecho, son también contemplados y resueltos por Horn (66).

El mayor valor de la tesis de Horn es haber cuestionado la Teoría de la culpabilidad en el momento actual, que tiene que conformarse con una mera *posibilidad* (capacidad de haber podido actuar conforme a deber) de que el autor hubiese llegado a alcanzar el conocimiento del injusto del que careció (error de prohibición); conformándose, pues, con una *hipótesis*. Cuando, en realidad, la culpabilidad exige una relación psicológica, existencial, entre el autor y el deber infringido (lo que requiere como mínimo de la llamada «leise Zweifel»).

Armin Kaufmann fue un pionero en esta línea, según Horn, al exigir que para hablar de culpabilidad se ha debido producir «algo» en el interior del autor (67); pero, cuando dio un paso más y se conformó con la mera capacidad de haber llegado a conocer el deber, tira por la borda su propio intento de volver a traer a la *mente del infractor* lo que la Teoría normativa de la culpabilidad había trasladado a la *mente del juez* (68).

Si se admite el planteamiento de Horn, al menos como hipótesis de trabajo, y así lo ha querido entender el propio autor (69), para continuar reflexionando sobre la Teoría de la culpabilidad del Derecho penal en los aspectos donde ésta todavía presenta lagunas, debe ser colocado junto a Luis Silvela, pues ambos comparten los mismos pos-

(64) HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, págs. 159 ss.

(65) HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, págs. 161 s.

(66) HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, págs. 162 ss.

(67) HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 166.

(68) HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 140.

(69) HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 166.

tulados, que vienen a rezar así: Quien lesiona una norma conscientemente ha actuado culpablemente aunque la norma objetivamente lesionada haya sido otra, que él desconoció, pues pudo motivarse a omitir el proyecto de actuación a través del cual lesionó la norma. Además: Comprobada de esa forma la lesión, habrá culpabilidad aunque el autor nunca hubiese podido llegar a conocer el injusto realizado aun en el caso de haber respetado el motivo que pudo llevarle a comprobar tal injusto (basta la mera desobediencia a la norma para que el autor responda incluso en el caso de que, de haberla respetado, hubiese infringido también el Derecho) (70). En ambos aspectos es Luis Silvela un precursor de Eckhard Horn.

La Teoría de la culpabilidad es colocada, de esta forma, ante el dilema de elegir entre conformarse con la mera capacidad de conocer el deber o de exigir el conocimiento del deber; entre disculpar cuando la representación subjetiva de la lesión no se correspondió con la lesión objetiva de la norma, o no. Silvela y Horn representan, pues, una posición extrema dentro de la Teoría de la culpabilidad que exige el conocimiento de la lesión del Derecho (frente a quienes se conforman con la mera posibilidad de conocerla), pero estiman que basta con dicha representación subjetiva para que exista ya culpabilidad. Con Luis Silvela y Eckhard Horn alcanza la Teoría de la culpabilidad una cota nueva desde la que plantear el problema de la culpabilidad jurídico-penal (71).

4) Con Horn hay que reconocer que la voluntad de lesionar una norma jurídica que representa la lesión de otra, desconocida por él, puede ser el motivo («Anlass») para omitir el proyecto y, con ello, evitar la lesión de la norma desconocida. En el ejemplo de Horn, y argumentando desde la Teoría de la culpabilidad, al menos en la concepción de Armin Kaufmann, se podría decir que, con él, lo que se demuestra es que el autor se representó su capacidad de acción (referida a la norma realmente lesionada: quien dispara una escopeta sabe que su disparo puede matar a una persona) y pudo llegar a representarse la norma cuya infracción se sanciona como homicidio imprudente si se ha dado, p. ej., la siguiente constelación de *hechos psicológicos*: El autor que se propone realizar un disparo sobre lo que cree una pieza de caza recibe el aviso de su compañero encomiándole a que no lo haga. Aquí va la simple voz de éste es un motivo para que el cazador salga de lo que en ese momento le absorbe (p. ej., concentrar su atención en el objetivo); lo que, unido a la primera representación que él se hace (el aviso ha podido querer significar que la pieza que se quiere cobrar está vedada). Y es esta representación, por él desechada (al actualizar, p. ej., que no puede tratarse de eso), lo que le lleva a

(70) HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 167.

(71) Otro intento importante por continuar resolviendo los problemas que el dogma de la culpabilidad jurídico-penal sigue teniendo en casos donde el autor careció, en el momento de actuar, de la capacidad de conocer la norma lesionada es el de RUDOLPHI, *Verbotsirrtum*, págs. 252 ss., para quien el desconocimiento de normas que regulan una actividad específica le puede ser reprochado al autor que las infringe en el marco de esa actividad en base a que no hizo uso, en su día, de la obligación de informarse sobre las reglas que regulan su actividad.

recordar que no ha podido ser ese el motivo del aviso, sino otro. Pero, ¿cuál? Sólo entonces, mediante un esfuerzo intelectual motivado por las representaciones anteriores, *recuerda* lo que esa mañana oyó decir: Que la orografía del terreno es tan irregular como para que, a veces, se crucen los fuegos de los cazadores.

Kaufmann diría que aquí ha habido ya capacidad de culpabilidad, porque esa serie de representaciones y reflexiones puramente psicológicas han podido llevar al autor a deducir la infracción de la norma de cuidado que prohíbe disparar en perpendicular al puesto ocupado por otro cazador. Si Horn exige, además, que, en este caso, para estimar la capacidad de culpabilidad, se ha debido representar psicológicamente que su disparo puede estar en perpendicular a un puesto de caza (cuestión distinta, en la concepción de Horn, es la de que, de no ser así, su responsabilidad penal sólo podrá deducirse de la norma que prohíbe cazar en períodos de veda, y que efectivamente él se representó) está añadiendo un *nuevo requisito* a la Teoría de la culpabilidad tradicional; pero no propugnando una vuelta a la Teoría del dolo (72). No existe, pues, una contradicción entre la doctrina de Kaufmann y la de Horn, sino una restricción de aquélla.

En cambio, cuando Horn sostiene que basta la representación del autor de estar infringiendo el Derecho mediante un proyecto antijurídico, sin necesidad de comprobación ulterior acerca de si dicha representación pudo ser el motivo que le hubiese permitido llegar a la comprobación fehaciente de la infracción de una concreta norma objetiva del ordenamiento (73), ya no puede ser seguido. En este punto puede ser ubicado Horn entre los autores que confunden antijuricidad y culpabilidad.

La estricta separación entre antijuricidad y culpabilidad, ya se ha dicho, es quizá el dogma más importante del Derecho penal moderno, que obliga a entender la culpabilidad como un concepto de referencia. La culpabilidad es la representación (o posible representación) subjetiva de la infracción del ordenamiento jurídico objetivo. De esta forma, así como no basta con la mera representación subjetiva de estar actuando como el Derecho desea para eximir de responsabilidad criminal, tampoco basta la representación subjetiva de estar lesionando el Derecho para que exista responsabilidad penal. Hace falta que dicha representación lo sea del ordenamiento jurídico (objetivo).

A dicha *relación* es a la que sirve, en el Derecho penal moderno, en los casos de error de prohibición, la doctrina generalmente compartida de la evitabilidad del error, en atención a las circunstancias en que el autor actuó (74). Por eso, para afirmar que alguien sufrió un error de prohibición inevitable no hace falta comprobar que el autor hizo todo lo que estuvo en sus manos para evitarlo, sin conseguirlo; sino que la misma inevitabilidad puede afirmarse allí donde aquél no

(72) HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 167.

(73) HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 167.

(74) Vid., por todos, JAKOBS, *Strafrecht*, pág. 461 («La responsabilidad del autor por el error debe determinarse en la medida en que su comportamiento refleje o no un reconocimiento insuficiente del Derecho positivo de forma clara»).

hizo nada si por mucho que hubiese hecho nunca habría podido deshacer el error sufrido (75).

Por coherente que sea la tesis de Horn sobre la desestimación de la figura del error de prohibición evitable (76), no se oculta que en su misma exposición se encuentran argumentos en contra de su teoría. En efecto, cuando afirma que la representación de estar infringiendo el Derecho siempre se asocia con una norma concreta del ordenamiento jurídico en cuestión, y no con una infracción global más o menos genérica (77) lo que parece correcto, hay que concluir que, a la inversa, no basta la representación genérica de estar lesionando el Derecho mediante un proyecto en sí antijurídico. Horn, que tan bien se defendió de la objeción del «versari», no logra los mismos resultados cuando entiende que su doctrina no desemboca en la figura del «delito putativo», porque, al fin y al cabo, el autor en estos casos se representó una «antijuricidad» (78). Más bien ocurre que, si la culpabilidad en Derecho penal exige el conocimiento de la antijuricidad del comportamiento, tiene que ir referida, aquélla, a la concreta norma efectivamente lesionada que se le quiere reprochar al autor (79).

* * *

Parece que el contenido del artículo 1.º CP, tras la reforma de 1983, puede satisfacer a todas las concepciones que en la actualidad se sustentan acerca del elemento *culpabilidad* en la Teoría del delito (podría hablarse de un contenido *mínimo* de culpabilidad), ya que tiene el mérito de excluir de la responsabilidad penal supuestos que la Doctrina científica descartaba de forma unánime en el Derecho penal de la culpabilidad. De la misma forma que, en íntima correspondencia con las definiciones del artículo 1.º, el nuevo artículo 6.º bis a), al regular el error de prohibición, permite seguir alguna de las teorías que hoy se sustentan para comprobar cuándo y por qué, pese al desconocimiento de la antijuricidad, pudo estimarse la culpabilidad. (Y, para comprobar que todas ellas representan un paso importante en la historia del Dogma basta pensar en la vieja doctrina del «versari in re illicita» que la regulación anterior del CP propiciaba por parte del Tribunal Supremo).

Estas concepciones sustentadas por la Doctrina científica se enfrentan a difíciles problemas interpretativos que el Legislador no está en condiciones de resolver de forma definitiva: Las teorías del *dolo* y de la *culpabilidad* han pugnado durante mucho tiempo en la comprensión del fenómeno de la culpabilidad jurídico-penal. Podría decirse, con K. R. Popper, que las teorías científicas no pierden validez, ni siquiera cuando son refutadas, pues, aún así, pueden haber soportado tests que otras teorías, también refutadas, no soportaron. No hay

(75) JAKOBS, *Strafrecht*, pág. 465.

(76) HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 168.

(77) HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 165.

(78) HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 155.

(79) Vid., por todos, JAKOBS, *Strafrecht*, pág. 456.

teoría que no admita, más tarde o más temprano, una posible refutación. También las teorías del dolo y de la culpabilidad. La Teoría del dolo, p. ej., tiene su caballo de batalla en la denominada «imprudencia de Derecho», que la enfrenta a los mismos problemas que el error de prohibición (evitable) enfrenta a la Teoría de la culpabilidad (80). Los problemas de la Teoría de la culpabilidad, por su parte, ya se han visto, y se circunscriben a la cuestión sobre la evitabilidad del error desde las representaciones psicológicas del autor.

Recientemente Angel Torío López ha criticado muy severamente la Teoría de la culpabilidad, exigiendo la actualización del conocimiento de la antijuricidad, para restringir el ámbito del Derecho penal a límites tolerables basados en la capacidad del infractor de ajustar su comportamiento a los mandatos jurídicos (81). En este punto puede afirmarse una coincidencia con la crítica de Eckhard Horn a la Teoría de la culpabilidad.

El mismo Torío López, sin embargo, se equivoca si supone que la Teoría del dolo resuelve mejor este problema de la culpabilidad que la Teoría de la culpabilidad. Puede ser que, si se aceptan las premisas de Política criminal de que parte (tan válidas como cualesquiera otras), resulten aplicables los postulados de la Teoría del dolo para estimar la culpabilidad del delito doloso (82). Ahora bien, la misma Teoría del dolo sostiene una concepción sobre la culpabilidad en la imprudencia que el mismo Torío se ve obligado a combatir, acudiendo a conceptos tomados de la Teoría de la culpabilidad (83).

En suma, si se llega a la conclusión de que el Legislador de 1983 no se ha pronunciado terminantemente por la *Teoría del dolo* ni por la *Teoría de la culpabilidad*, la pregunta que cabe plantear es la siguiente: ¿Está la Ciencia penal española a la altura de esta estrategia del legislador? Dicho de otra forma: La Ciencia penal española, que hizo un esfuerzo ejemplar en favor del principio de culpabilidad frente a la regulación legal anterior a 1983, ¿será capaz de desarrollar su propia Teoría de la culpabilidad dentro de unos cauces legales amplios que permiten diferentes opciones, para la que sólo se exige su propia coherencia (científica) interna sin utilizar frente a doctrinas rivales la supuesta «letra de la ley» como arma arrojadiza que suplante al poder de convicción de sus argumentos?

Esta es, pues, la situación: La reforma de 1983, que se inspira en un marco de renovación del Derecho penal más amplio, auspiciado en su mayor y mejor parte por la Doctrina científica, ha servido para que, a la luz de normas como las contenidas en el artículo 1.º del Código (y en el correspondiente art. 6.º bis a), vea la necesidad de *revisarse a sí misma*, desde las diferentes concepciones y teorías que se desenvuelven en su seno.

(80) Vid. HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pág. 167.

(81) TORÍO LÓPEZ, *Reforma penal*, pág. 258.

(82) Vid. TORÍO LÓPEZ, *Reforma penal*, pág. 266.

(83) TORÍO LÓPEZ, en ADP 1980, pág. 89.