

## LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

- I. Significado de la teoría del delito.
- II. Fases del desarrollo de la moderna teoría del delito.
- III. Elementos de la teoría del delito.

### I. Significado de la teoría del delito.—

Comencemos por un caso, que ya nos es en parte conocido, el caso «Mignonette»<sup>1</sup>: *Se procedió contra Dudley, capitán del barco Mignonette, y su timonel, Stephens, por la muerte de un grumete, Parker. Los hechos pueden resumirse así: El 5 de julio de 1884 los acusados, junto con el llamado Brooks, todos ellos marineros en servicio, como también el fallecido Parker, miembros de la tripulación del buque de bandera inglesa Mignonette naufragaron en un temporal y se vieron forzados a pasar a un bote en el que quedaron a la deriva, a unas 1600 millas del Cabo de Buena Esperanza, sin más reservas de agua y alimentos que dos latas de una libra con remolacha. Durante tres días no tuvieron nada más para sobrevivir; al cuarto día lograron pescar una tortuga, único alimento para varios días, hasta el vigésimo; durante esas jornadas no tuvieron más alimento, ni bebida, salvo el agua de lluvia que lograban recoger. El bote avanzaba a la deriva a más de 1000 millas de tierra; el decimotercero día los dos acusados plantearon a Brooks cuál era su plan para sobrevivir, si no encontraban pronto ayuda: en concreto, que alguno de ellos —según insinuaciones, Parker— debería ser sacrificado para salvar a los demás; Brooks se opuso a tal plan. Al día siguiente, ante la propuesta de Dudley de que se sorteara quién había de morir, volvió a negarse Brooks; el sorteo no se produjo; tampoco se comunicó nada a Parker. Un día después, Dudley volvió a comentar a Stephens y Brooks que lo mejor sería que el joven Parker muriera, a lo que se adhirió Stephens y se negó Brooks nuevamente. Cuando el joven dormía, totalmente indefenso y extremadamente debilitado, Dudley, con la aprobación de Stephens, se dirigió a él, y, diciéndole que le había llegado su hora, le clavó un puñal en la garganta que le produjo la muerte. Los tres restantes se alimentaron durante cuatro días. Es entonces, al cuarto día de este hecho, cuando el bote fue avistado por un buque que los recogió, en estado profundo de inanición, y los condujo al puerto de Falmouth, de donde fueron trasladados a la prisión de Exeter para ser juzgados. El tribunal dictó contra Stephens y Dudley sentencia de muerte. Dicha sentencia fue conmutada por la Corona a un arresto de seis meses, sin trabajos forzados*<sup>2</sup>.

En el presente caso, como en cualquiera que se presenta en la práctica de los Tribunales, se observan diversas circunstancias de interés: el naufragio, la grave situación de inanición, la extrema debilidad de Parker, la debilidad de los otros tres; las insinuaciones y decisiones de unos, frente a la negativa del otro... Todo ello conduce a una agresión que acarrea la muerte de Parker, y a la vez, a que

<sup>1</sup> *Regina vs. Dudley and Stephens*, 1884, en *Law Report* 14 Queen's Bench Division 273, extraído de KENNY, *cases of Criminal Law*, 7.<sup>a</sup> ed. 1931, pp 62 ss, por RADBRUCH, *El espíritu del Derecho inglés*, 1946, trad. castellana, Peg Ros, Madrid/Barcelona, 2001, pp 91-95.

<sup>2</sup> Más datos y texto de la argumentación de Lord Coleridge, en RADBRUCH, *El espíritu del Derecho inglés*, pp 93-95.

los otros tres puedan alimentarse de su cadáver. Son estas últimas circunstancias las que primariamente nos interesan, las que interesan al Derecho penal. No tienen interés ni de qué país era la bandera del buque, ni si uno de ellos era capitán y el otro timonel, o la víctima grumete..., que son datos relevantes a otros efectos, pero no para determinar la responsabilidad *penal*. Lo que interesa al Derecho penal son aquellos *comportamientos que afectan a realidades de gran trascendencia en la vida social*: la vida, la salud, el patrimonio, etc. A partir de aquí, interesa de forma especial determinar la responsabilidad penal de las personas que se ven inmersas en este caso.

Pero entre estos comportamientos el interés se centra en conocer quién ha llevado a cabo los hechos descritos: ¿quién mató a Parker? ¿fue Dudley, que asestó la puñalada letal? ¿o fue también Stephens, que aprobó el plan? ¿Los dos? Parece plausible que fueron ambos, pero ¿cómo es posible decir que lo mató uno que no llegó a empuñar el cuchillo? ¿Stephens no llegó a empuñar en cuchillo! ¿Cómo va a poder matar!? ¿Y Brooks? ¿Basta con que se oponga a la muerte para que no se le tenga en cuenta por estos hechos? ¿Tiene relevancia que después se hubiera alimentado? Y ¿qué mató a Parker? ¿la puñalada o la conjunción de ésta y su grave estado de debilidad por inanición? De ser así, ¿Parker murió también a causa del infortunio, no provocado por nadie! ¿Querían Dudley y Stephens realmente matarle o sólo sobrevivir a costa de la víctima? Y ¿de qué han de responder Dudley y Stephens? ¿De haberlo matado, o de haberlo matado aprovechándose además de que estaba inconsciente, más grave? En cuanto a sus circunstancias en el momento de actuar, ¿se trataba de sujetos «normales», o estaban en situación de grave debilidad, en peligro de perecer, que obligue a tratarles de forma distinta que a los sujetos en circunstancias normales? A estas y otras cuestiones se refiere el Derecho penal mediante la llamada *teoría jurídica del delito*.

No es necesario tener muchos conocimientos de Derecho penal para saber que Dudley y Stephens deben responder: son responsables de algo. Las dudas surgen cuando se intenta decidir con mayor precisión de qué responden en concreto y cómo, y qué suerte ha de correr Brooks. Es entonces cuando resultan imprescindibles los conocimientos que aporta el Derecho penal, que permite distinguir la responsabilidad de cada uno de los que intervienen en el caso y determinar después la pena que se considere adecuada a las circunstancias. La teoría jurídica del delito es una ordenación gradual de los requisitos necesarios para proceder a imputar responsabilidad.

El Derecho penal prohíbe y sanciona con *penas* aquellas conductas que hacen peligrar gravemente la subsistencia de la sociedad. Si no se prohibiera y sancionara el homicidio, si el robo o la violación fueran conductas indiferentes para una sociedad, esta sociedad tendría los días contados; y seguramente también sus miembros, los ciudadanos (*Lección 1.<sup>a</sup>*). Tras la realización de tales conductas, llamadas delitos, se hace preciso declarar la responsabilidad de quien los llevó a cabo, mediante la imputación de responsabilidad. Mediante la imputación de responsabilidad se llega a afirmar de alguien i) que ha cometido un hecho; además, ii) que ese hecho es contrario al Ordenamiento jurídico que rige en esa sociedad, y iii) que ese alguien es culpable de ese hecho. Constatado

lo anterior, *el sujeto debe responder de sus actos*, y en consecuencia, puede proceder la imposición de una pena. Esto explica que, a la hora de definir quién responde, cómo y de qué, se hayan esforzado mucho los juristas a lo largo de la historia para que nadie sea sancionado por hechos que no ha cometido, ni más de lo debido (a esto hace referencia la cuestión de los límites del Derecho penal: *Lecciones 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>*, pero también, y sobre todo, la II parte, que ahora hemos comenzado: *la teoría jurídica del delito*).

## *II. Fases del desarrollo de la moderna teoría del delito.–*

A lo largo de la historia, con unos nombres u otros, se ha hecho uso de diversas reglas o criterios para atribuir responsabilidad, para decidir quién es responsable, a quién se le aplicará una pena, cuándo puede ésta rebajarse, es decir, atenuarse. Hoy día llamamos teoría jurídica del delito a la ordenación de esas reglas y criterios de imputación en un sistema; y es que dicha teoría agrupa ordenadamente las categorías y conceptos sobre los que se basa la imputación de responsabilidad.

Pero lo que hoy día se conoce como teoría jurídica del delito es relativamente moderna: surge a finales del s. XIX, cuando los docentes del Derecho penal se ven en la tesitura de explicar a sus alumnos de forma sistemática y ordenada el contenido de la parte general (los preceptos del Libro I o equivalente) del código penal. En concreto, surge en Alemania tras la promulgación del código penal de 1871, y por autores como F.v. Liszt (1851-1919), E.L. Beling (1866-1932), y otros.

Hasta entonces la doctrina también había recurrido a la imputación de responsabilidad, y en concreto con categorías que no difieren de las empleadas por los autores del último tercio del siglo XIX y la actualidad. Desde la antigüedad, y hasta nuestros días, las categorías sobre las que se basa la imputación son comunes a la filosofía moral, a la ética... Son las mismas categorías y reglas de imputación que empleamos comúnmente en la vida social<sup>3</sup>. Lo propio de la teoría del delito es que esas reglas y categorías son

---

<sup>3</sup> El caso con el que se abrían estas páginas no es muy distinto de un caso con el que el filósofo sofista Carnéades (219-129 aprox.) pretendía poner en un compromiso a sus adversarios: tras un naufragio dos marineros se ponen a salvo sobre una balsa que, aunque inicialmente soporta a ambos, poco a poco se va hundiendo: uno de ellos arroja de la balsa al otro, y logra así salvarse de morir ahogado (conocido como el caso de la «tabla de Carnéades»). Por otra parte, Aristóteles (384-322 a.C.) se ocupó de identificar los motivos por los que desaparece la responsabilidad del agente. Por ejemplo, ya en su *Ética a Nicómaco* se detallan algunos casos de error que nuestros tribunales y doctrina consideran hoy todavía objeto de estudio: «...puede uno ignorar lo que hace, por ejemplo, cuando alguien dice que se le escapó una palabra o que no sabía que era un secreto, como Esquilo con los misterios, o que, queriendo sólo mostrar su funcionamiento, se le disparó, como el de la catapulta. También podría uno creer que su propio hijo es un enemigo, como Mérope; o que la punta de hierro de la lanza tenía un botón; o que

dotadas de contenido específicamente penal y se procuran ordenar en un sistema<sup>4</sup>.

Desde su origen a finales del s. XIX en Alemania, la teoría del delito pasa por diversas fases, que tienen también relevancia en la doctrina penal en lengua española<sup>5</sup>. Cuando a lo largo de la asignatura en la que se profundiza en este tema (Derecho penal II) se efectúan referencias a autores y planteamientos pasados, conviene situarlos en la fase de evolución de la doctrina del delito. Y ello porque cada fase es producto de un modo de entender la persona, la libertad, la responsabilidad, e incluso la función del Derecho, que han de influir sin duda en los contenidos de las categorías.

A título meramente informativo, y aun a riesgo de cierta simplicidad en esta exposición, conviene conocer aunque sea de forma somera cuáles han sido los estadios de la evolución de la teoría del delito desde que surge en Alemania, hace ya más de un siglo, hasta la actualidad. En primer lugar, el *causalismo positivista*, bajo cuya influencia se pretende plantear el delito y la responsabilidad como datos positivos, y realidades físicas explicadas mediante la mera causalidad y no la libertad (F.v. Liszt, 1851-1919, por ejemplo). En segundo lugar, ante la insuficiencia de tal enfoque causalista, se recurre a enfoques denominados *neoclásicos* o *neokantianos*, atentos a los valores que se hallan presentes en las diversos elementos de la acción humana, la libertad, la culpabilidad como reproche... (así, G. Radbruch, 1878-1949, y E. Mezger, 1883-1962, por ejemplo). En tercer lugar, tras la segunda guerra mundial, el re-descubrimiento de que la acción humana se encuentra gobernada por la idea de finalidad buscada por el agente, idea que sirve para replantear el orden de las categorías de la teoría del delito, e ir dotándolas de nuevo contenido (así, el *finalismo* de H. Welzel, 1904-1977, y R. Maurach, por ejemplo). Desde los años setenta del pasado siglo, y hasta ahora, dominan el panorama doctrinal los enfoques finalistas (plasmado sobre todo en el esquema y orden de las categorías del delito), combinados con el *funcionalismo*, es decir, la

---

una piedra cualquiera era piedra pómez; o dando una bebida a alguien para salvarlo, matarlo por el contrario; o queriendo a uno darle una palmadita, noquearlo como en el pugilato. Puesto que uno puede ignorar todas estas cosas en las que está implicada la acción, el que desconoce cualquiera de ellas especialmente las más importantes, se piensa que ha obrado involuntariamente.» (1111a 8-18).

<sup>4</sup> Además de otras diferencias, a las que no es posible entrar ahora: que el planteamiento de la imputación, que dominaba en las doctrinas clásicas, se va perdiendo, para sustituirlo por operaciones de interpretación de la Ley, de constatación de leyes causales en el obrar humano...

<sup>5</sup> Conviene saber que de los autores que a continuación se citarán, todos ellos –a excepción de G. Radbruch– son autores de manuales de Derecho penal traducidos al castellano desde hace años, por lo que influyeron en la doctrina penal española. En concreto, v. LISZT, *Tratado de Derecho penal* (trad. Jiménez de Asúa; notas Saldaña), 3 vols., Madrid, 1914-1929; MEZGER, *Tratado de Derecho penal* (trad. y notas Rodríguez Muñoz), Madrid, 1935; MAURACH, *Tratado de Derecho penal* (trad. y notas Córdoba Roda), Barcelona, 1962; WELZEL, *Derecho penal alemán* (trad. Bustos/Yáñez), Santiago de Chile, 1970; ROXIN, *Derecho penal. Parte general, I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. 2.<sup>a</sup> ed., 1994, Luzón/Díaz/de Vicente), Madrid, 1997; JAKOBS, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. 2.<sup>a</sup> ed., 1991, Cuello/Serrano), Madrid, 1997.

explicación y justificación de los contenidos de las categorías por las funciones que cumplen en la sociedad o por sus consecuencias: es la finalidad de la pena y su contribución al mantenimiento de la vida social lo que sirve para dar contenido a las categorías del delito (así, G. Jakobs); o bien, son los principios y categorías de la política criminal –principio de legalidad, prevención...– los que han de dar contenido a cada una de las categorías de la teoría del delito (así, C. Roxin).

### III. Elementos de la teoría del delito.–

Realizada una conducta, es tarea del Derecho penal establecer la consecuencia jurídica (penas y/o medidas de seguridad, sobre todo) prevista en las normas respectivas. Para llegar a tal fin es preciso antes establecer quién, y en qué condiciones, ha infringido la norma en cuestión. El Ordenamiento cuenta con diversos preceptos dirigidos a lograr determinar quién ha cometido la infracción: el Derecho penal, como *ius poenale*. A su vez, el estudio de esos preceptos, su sistematización y ordenación coherente es objeto del Derecho penal entendido como *ciencia*, o saber de carácter práxico.

Desde el comienzo de esta asignatura se ha asumido una distinción –por lo demás, clásica– de los saberes en teóricos y prácticos. Cada saber pretende acceder a los objetos que le son propios desde un punto de vista específico: lo que interesa al Derecho son las conductas humanas, pero no en cuanto meros movimientos, fenómenos o datos de una estadística, sino en cuanto originados en la libertad. Más en concreto, al Derecho penal le interesan las *conductas humanas desde el punto de vista de la libertad*, y en cuanto que *afectan a la subsistencia de la sociedad*. Se trata de las conductas que más directa y gravemente atentan contra la vida social. Esto ya nos es conocido por lo expuesto en las *Lecciones 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>*.

La determinación de quién ha cometido una infracción no consiste en una operación de mera interpretación de preceptos. Desde la formulación de la idea de legalidad por Beccaria y otros ilustrados<sup>6</sup> desde finales del s. XVIII se extiende la visión de que la ley es clara y taxativa y que el juez no tiene más que emplearla como la premisa mayor de un silogismo («si matas serás castigado», «está prohibido matar, bajo amenaza de pena»), al que añade la premisa menor de los hechos (la conducta que se ha realizado: «A ha matado a V»), para dar con una conclusión indubitada y segura («A debe ser castigado»). Este paradigma se corresponde con el modo de concebir y de aplicar el Derecho por el positivismo jurídico, al que se unen los planteamientos del positivismo científico, que reducen la ciencia a las ciencias empíricas, experimentales. En dicho planteamiento domina cierto complejo de inferioridad de las ciencias humanas, los saberes prácticos, ante el gran desarrollo alcanzado por las ciencias naturales desde finales del s. XIX. Pero con ello se reduce el Derecho a mera técnica.

Ciertamente la libertad humana escapa a todo análisis técnico. Sus parámetros son más bien los de la comprensión, y no los de la mera explicación: no se trata

---

<sup>6</sup> Cfr. Lección 3.I.1, en nota.

de medir o pesar la conducta humana, sino de *comprenderla como producto de la libertad*. Por eso, la información que nos pueda aportar el médico forense, el perito en balística, el químico que analiza la sustancia venenosa empleada para matar..., son datos físicos de gran relevancia, pero que no sirven más que como constatación de que la persona murió por un factor x, de que la bala rebotó en la pared y se desvió, de que el veneno era letal de necesidad. Ninguno de esos juicios es suficiente para responder a la pregunta fundamental del Derecho, y del Derecho penal: la de la responsabilidad. La libertad escapa a todo análisis físico o químico, a toda explicación naturalística<sup>7</sup>. Es preciso abandonar todo reduccionismo de la imputación a meras operaciones de comparación de una acción con la ley, o de la sustitución de la libertad y responsabilidad por informaciones médicas o físicas. Cuando en Derecho penal estudiamos la posible responsabilidad, los saberes teóricos y la técnica ayudan pero no resuelven los casos. Cuando llega el momento de determinar la responsabilidad, de imputar algo a alguien, esos saberes dejan solo al jurista.

El «imputar responsabilidad» significa afirmar de alguien: i) si ha actuado, o con otras palabras si existe un *hecho*; ii) si ese hecho es contrario al Ordenamiento, es decir, *antijurídico*; y iii) finalmente, si ese hecho antijurídico es además atribuido a ese sujeto a título de reproche (el agente es *culpable*).

En la teoría del delito del Derecho penal encuentran acogida esas tres operaciones. En primer lugar se trata de identificar una acción como hecho, esto es, de poder afirmar de un fenómeno en el que un ser humano se ve inmerso que no es mera naturaleza, sino originada en la libertad. Hablamos entonces, ya no de acción, sino de un hecho. Este hecho se confronta o mide con arreglo a una norma, para dar como resultado que el hecho se ajusta al Ordenamiento o bien lo infringe<sup>8</sup>. Si el hecho se ajusta a lo dispuesto por el Ordenamiento, no es preciso plantearse más en Derecho penal: alguien estaba obligado por la norma a no matar, y no ha matado, luego no hay cuestión alguna. Pero, si en cambio, el hecho infringe lo previsto en el Ordenamiento, hay que atribuírselo o reprochárselo al agente: esto es lo que se llama imputárselo a título de reproche, declarar a su agente culpable del hecho. Se plantean así tres operaciones que definen ya los tres elementos básicos de la teoría del delito. En primer lugar, el poder identificar un hecho. En segundo lugar, que ese hecho sea antijurídico.

---

<sup>7</sup> Interesante a este respecto lo señalado en la STS 23 de abril de 1992 (caso de la colza), ponente Bacigalupo Zapater: «la demostración propia del Derecho» es «distinta de la científico-natural en tanto no supone una certeza matemática y una verificabilidad excluyente de la posibilidad de lo contrario, sino simplemente la obtención de la certidumbre subjetiva»; cfr. también la STS 4 de diciembre de 2001 (AP 243/2002), ponente Móner Muñoz, FD 4.º. Lo anterior no supone que la certeza científico-natural se vea sustituida por la inseguridad, sino que ha de buscarse la seguridad y certeza de las afirmaciones con las que se opera en diversas fuentes: la razonabilidad de la argumentación, la expresión de todos los motivos de la decisión...

<sup>8</sup> No se contemplan ahora los hechos que van más allá de lo previsto en el Ordenamiento, que dan lugar a «hechos supererogatorios», o heroicos. También éstos han de poder imputarse a su agente.

En tercer lugar, que el hecho antijurídico se impute al agente como culpable. Por eso se entiende la definición común de delito como *hecho antijurídico culpable*.

A propósito de la antijuricidad conviene efectuar algunas matizaciones. La antijuricidad se predica de un hecho en la medida en que es contraria a Derecho, en concreto, contraria a una norma. Es preciso diferenciar norma y ley. Por *ley* entendemos la redacción externa de una norma. Pero no toda norma se plasma siempre en una ley. Piénsese en que los diversos preceptos del CP que describen delitos y prevén penas van dirigidas –mediante un verbo en futuro– a quien esté autorizado a sancionar, el juez, la Administración de Justicia, pero no a los innumerables sujetos que saben que no está permitido realizar determinada conducta. De forma implícita, la prescripción dirigida al juez presupone la prohibición al ciudadano de no cometer esos delitos por los que se puede castigar.

Por *norma* entendemos un enunciado que rige conductas. Y, de manera más estricta, norma jurídico-penal es un enunciado prescriptivo que conmina a la realización u omisión de una conducta bajo la amenaza de una sanción. Sin embargo, este concepto resulta demasiado estricto. Y ello, porque en él no quedan recogidas *todas* las normas con las que contamos habitualmente. La norma no se agota en ser un mandato prescriptivo bajo la amenaza de sanción, ni se refiere sólo a la prescripción de realizar u omitir conductas. En efecto, es preciso ampliar la consideración a normas que no sólo establecen sanciones. Así, algunas normas no jurídicas (normas éticas, por ejemplo). Y aun entre las normas jurídicas hay otras, de vigencia más cotidiana y común que las prohibiciones y prescripciones, como son las normas facultativas y las permisiones. Así, hay aspectos de la vida social en los que algo no se halla prohibido ni prescrito, y no por eso dejan de existir normas. Hablamos así de ámbitos en los que rigen normas facultativas, o espacios de libertad, en los que realizar o no una conducta es indiferente. Distinto de estas últimas, son aquéllas en las que de forma excepcional se da libertad a quien se halla en cierta situación para obrar en un sentido o en otro. Se trata de normas permisivas y eximentes, que vienen a ser excepciones a las normas prohibitivas y prescriptivas, respectivamente. A continuación se abunda en esta clasificación.

En un sistema de normas, no es posible prohibir y, a la vez, y dentro del mismo sistema, prescribir la realización de esa conducta: así, si el árbitro de fútbol da una señal al portero de que inicie el juego después de haber salido el balón, le ordena algo, lo cual excluye la prohibición de iniciar el juego (si el árbitro de fútbol pretende hacerse entender, y no contradecirse, no puede a la vez ordenar una conducta y prohibirla). Se plantean así los dos géneros básicos de normas: prohibiciones y prescripciones, que son incompatibles en un mismo sistema de normas. Por eso, el enunciado «se prescribe *iniciar el juego*» implica el de «no se prohíbe *dar inicio al juego*», y el enunciado «se prohíbe *iniciar el juego*» implica el de «no se prescribe *dar inicio al juego*».

Pero estas dos situaciones (prohibiciones y prescripciones) no agotan todas las situaciones posibles: así, son posibles acciones que ni se prescriben ni se prohíben. Por ejemplo, el árbitro al ordenar al portero no prescribe además si se debe dirigir el balón en una dirección u otra; en ocasiones, para sacar el portero puede emplear las manos o los pies: cualquiera de ellas es posible, mientras se dé inicio al juego, en ese sistema de normas. Trasladada esta situación al Derecho penal, podemos decir que existen prohibiciones (la contenida en el art. 138 CP, para la conducta de homicidio, por

ejemplo) y prescripciones (la que subyace al art. 195 CP, para la conducta de socorrer a quien se halle en peligro manifiesto y grave). Pero ambas clases de normas no agotan todas las situaciones posibles: ¿qué sucede con las conductas que ni están prohibidas ni prescritas? Hay facultad de obrar. Pero que exista facultad, es decir, una norma facultativa, no agota todas las situaciones. En concreto, particularmente en Derecho penal, hay que tener en cuenta que en algunos casos extremos se permite realizar una conducta o que se deja de prescribir otra.

Se trata de excepciones a normas prohibitivas (hablamos entonces de permisiones o normas permisivas) o a normas prescriptivas (hablamos de normas eximentes). Es lo que sucede en casos de legítima defensa, por ejemplo: para quien se encuentre en una situación de agresión inminente y actual que no pueda superar si no es respondiendo al agresor, existe una norma permisiva que, en su caso concreto, le permite causar lesiones –o incluso muerte– al agresor. De forma paralela, para quien se halla en una situación en la que dos prescripciones entran en colisión rige una norma que le exime de actuar según una de las dos<sup>9</sup>. Hablamos en estos casos de normas permisivas y de normas eximentes: en ambos casos, el agente tiene libertad para obrar en esas situaciones. Pero estas normas no se refieren a los casos en que la conducta, cualquiera que sea, se encuentra facultada. Son los supuestos de las normas facultativas, que dan lugar a acciones indiferentes. También éstas interesan al Derecho penal.

¿Qué se extrae de todo esto? En primer lugar, que en Derecho penal hay que contar con normas prohibitivas y preceptivas, en cuanto que amenazan con una sanción. Pero ambas clases de normas no agotan todas las que en Derecho penal intervienen. En segundo lugar, tiene interés no confundir entre acciones facultadas (indiferentes) y acciones permitidas (o eximidas), pues ello marca la diferencia entre las llamadas «causas de justificación» y las conductas indiferentes. Cuando decimos de una acción que se halla «permitida», estamos pensando a menudo que se encuentra «relativamente permitida», y no en una conducta indiferente o «absolutamente permitida». Por poner un ejemplo, la entrada en una morada ajena por principio está prohibida (art. 202.1 CP). Pero si la entrada es necesaria para salvar la vida de una persona (es decir, que la única posibilidad que existe de salvarle es hacerme con un salvavidas que se guarda en esa casa), entonces puede hallarse de forma excepcional permitida (art. 20.5.º CP). Pero ahora este «permitido» significa «relativamente permitido», y no permitido con carácter general o indiferente.

Volvamos al caso con el que se abrían estas páginas. En esa situación es posible identificar acciones humanas. Más en concreto, hechos humanos, pues los procesos en que se ven inmersos Brooks, Parker, Stephens y Dudley no son procesos de la mera naturaleza. El temporal que les hace naufragar es mera naturaleza, y por eso no se atribuye a nadie. Pero a partir de ahí, son ellos, como personas los que se suben al bote salvavidas, los que sobreviven frente al hambre y las inclemencias del tiempo. De todas las acciones nos interesa en Derecho penal lo que se refiere a la muerte de Parker. En concreto, el hecho de darle muerte y los hechos que son preparación de esta muerte (distinción clave: «hecho» y evento natural).

<sup>9</sup> De cuál de las dos normas afectadas sea, es tema que corresponde a otro lugar, la doctrina del estado de necesidad (Derecho penal II).



Los hechos así seleccionados son los que se confrontan después con la ley: en concreto con la ley penal que prohíbe matar. Que Dudley ha matado parece indudable. Decimos entonces que se ha cometido un homicidio<sup>10</sup> (se pasa así de la mera constatación de una muerte a afirmar de ésta que constituye homicidio, hecho tipificado en la ley como producción dolosa de la muerte de otro). Respecto a Stephens, aunque no ejecutara actos de producción de la muerte de Parker, puede decirse que contribuye a ésta, pues está de acuerdo con Dudley en matarle, y en que sea sólo uno de los dos quien aseste la puñalada mortal, pues una sola puñalada bastaría para matar. Podría hablarse entonces de una situación de coautoría de Dudley y Stephens respecto al homicidio de Parker. Sin embargo, también es posible considerar que Stephens simplemente coopera en el hecho de Dudley. En este caso, uno sería autor y el otro partícipe (cómplice, por ejemplo). No cabe hablar de una situación de legítima defensa, puesto que en ningún momento agredió Parker a sus compañeros de naufragio; de haber repelido Parker las agresión de Dudley, hubiera obrado en legítima defensa, pero no es el caso (distinción clave: hecho justificado y hecho antijurídico).

Respecto de Brooks podría hablarse de una posible responsabilidad por omisión, pues aunque no matara, quizá dejó que otros mataran. No es descartable –aunque difícil de fundamentar– que Brooks deba responder por un homicidio en comisión por omisión. Esta cuestión no se planteó en el juicio que tuvo lugar en 1884.

Una vez que puede decirse de Dudley y Stephens que han cometido un hecho típico de homicidio, esto es que su hecho es antijurídico, se procede a atribuírselo a título de reproche. Es decir, se trata de determinar si son culpables y en qué medida. En este punto podríamos tener en cuenta algunos factores de la situación límite en la que todos se encuentran: se hallaban a punto de perecer de inanición. Pero esta situación no cambia nada la especie del acto: sigue siendo homicidio, es decir, un hecho antijurídico. Lo que puede faltar es un estado psicológico normal debido a la situación en la que se hallan. Es entonces cuando la situación límite en la que una persona singular se encuentra puede tenerse en cuenta para dejar de imputárselo como reprochable. Es posible así que su situación haga inexigible obrar de otra manera, por lo que el Derecho podría dejar de imputarles el homicidio, de forma excepcional. Pero obsérvese cómo el hecho sigue siendo antijurídico, y es *sólo a ese* sujeto que se ha visto en la lamentable situación a quien el Derecho puede dejar de imputarle su hecho, de forma excepcional (distinción clave: antijuricidad y culpabilidad).

Sin embargo, el Common Law no conocía una vía para dejar de imputar o, en su caso, atenuar la culpabilidad en casos semejantes a éste. La condena de muerte era la que correspondía a su hecho antijurídico. Pero la conmutación de

---

<sup>10</sup> No se entra ahora a la distinción entre homicidio y asesinato en nuestro Derecho. Pero en el caso, la producción dolosa de la muerte va acompañada de alevosía por prevalimiento de la situación de extrema debilidad y sueño de la víctima: constituiría asesinato. ©

esa pena por parte de la Corona parece deberse a consideraciones de culpabilidad disminuida: puesto que el Derecho que aplicaban los jueces no admitía atenuaciones de la culpabilidad para casos límite, hubo de ser la vía del indulto la que posibilitara la atenuación.