

2. DOCTRINA INTERNACIONAL

LA MOTIVACIÓN DE LA SUBSUNCIÓN TÍPICA EN LA SENTENCIA PENAL

ENRIQUE BACIGALUPO

I.

Las discusiones relativas a la sentencia penal tiene un presupuesto teórico-normativo. Sin él no sería posible resolver los problemas prácticos que presenta una sentencia judicial en el orden jurídico. En efecto, *la sentencia puede ser objeto de estudio de una perspectiva externa formal*, es decir según la exigencias establecidas en el art. 142 L.E.Crim., y los arts. 245 y 248 LOPJ. Esta perspectiva no es, en realidad, interesante, pues de ella es muy poco lo que se puede esperar, capaz de superar el nivel de una mera exégesis de los textos legales. Por el contrario, *desde una perspectiva interna-material la sentencia aparece como un fenómeno normativo de creación de una norma individual fundada en la aplicación a un caso una norma general (legal)*: “Desde el punto de vista de la dinámica del derecho la imposición de una norma individual por un Tribunal representa un estadio transitorio del proceso que comienza con la sanción de la Constitución y que, a través de la legislación y el derecho consuetudinario conduce a la decisión judicial y, a partir de ésta, a la ejecución de la sanción”.¹

Consecuentemente, es preciso aclarar qué conceptos nos permitirán comprender

y explicar este desarrollo del sistema normativo.

En la dogmática jurídica se emplean diversos conceptos de normas. En la *teoría general del derecho la norma se presente como un juicio hipotético o condicional, cuya función es la de esquematizar el entendimiento de un determinado acto en su significación jurídica*.²: “La norma, se dice en este sentido, es lo que otorga al acto la significación de un acto jurídico (o antijurídico)”.³

Como juicio destinado a cumplir esta función la norma esquematiza el pensamiento jurídico de la siguiente manera:

Si X, entonces CJ.

Es decir, si de dan X condiciones, entonces se debe dar la consecuencia jurídica CJ (legalmente prevista). Dada su estructura estas normas se pueden denominar condicionales. El aumento de la complejidad del sistema jurídico ha determinado que en la actualidad estas normas condicionales ya no sean la única forma que puede adoptar una norma jurídica. Por ello *se ha reconocido también la existencia de “normas de programación final”, que carecen de una estructura condicional y que se caracterizan por establecer (sobre todos a los órganos del Estado) fines y puntos de*

(1) Confr. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed. 1960 (1983), p. 242 y sts.

(2) Confr. Kelsen, loc. cit. p. 3 y ste.

(3) Kelsen, loc. cit. nota anterior.

vista para alcanzarlos.^{3 bis} En el derecho penal estas normas permiten, probablemente, explicar la individualización de la pena en un sistema orientado por teorías relativas de la pena (prevención especial o general en cualquiera de sus variedades).

En las dogmáticas jurídicas particulares (civil, penal, etc.) las normas suelen adoptar otras formas. *Las normas generales del derecho penal, que se concretan en la norma individual de la sentencia judicial dictada en un proceso penal, son entendidas de diversa manera. En general se piensa que la norma debe ser considerada como una norma de conducta, que, por lo tanto, no debe incluir la consecuencia jurídica.* Pero, mientras unos argumentan con conceptos de normas de conducta que provienen de la teoría de los imperativos (aunque en la actualidad nadie defiende esta teoría en el sentido de que todo el orden jurídico sólo contiene imperativos),⁴ otros, entienden la norma asignándole una doble dimensión: norma objetiva de *valoración* y norma subjetiva de *determinación*.⁵

Estos conceptos de norma de la dogmática penal tienen importancia pues contienen, precisamente, los elementos que luego se deben concretar en la sentencia. *El fallo de la sentencia debe conte-*

ner, en este sentido una aplicación de la norma general al caso juzgado, por lo que la sentencia aparece como la documentación escrita de un procedimiento de mediación entre una norma general y la norma individual que contiene el fallo.

Aplicar la ley significa, en este sentido, trasladar la valoración genérica que el legislador ha expresado en la norma general a un supuesto de hecho concreto.

La legitimidad (constitucional) de este procedimiento depende de la corrección con la que se haya inferido la norma individual del fallo de la norma general. En tal sentido cabe afirmar que *la validez de la norma establecida en la sentencia depende de que tenga su fundamento en la norma general aplicada al caso. La motivación de la sentencia, por lo tanto, debe consistir en la demostración de la inferencia del fallo (norma individual) de la norma general.*

II.

La cuestión central, por lo tanto, que presenta la sentencia como norma individual *es la de la concreción de la norma legal (general) en el fallo (norma individual)*. De esta manera el fallo resulta ser la solución de un conflicto social a partir de normas legales generales.

Este proceso de concreción se manifiesta en la motivación y tiene dos ámbitos bien definidos: la determinación de los hechos y la inferencia del derecho. O, formulado de otra manera, la *quaestio facti* y la *quaestio juris*. Ambos implican aplicación de normas: inclusive la determinación de los hechos en un sistema de apreciación de la prueba en conciencia (p. ej. art. 741 LECrim.) depende de la aplicación de principios jurídicos vinculantes, pues, de acuerdo con el art. 9.3 CE., "la Constitución garantiza" (...) "la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

(3 bis) Confr. LUHMANN. Zweckbegriff u. Systemrationalität, 1973, p. 257 y sts.; GRIMM. Die Zukunft der Verfassung 1991, p. 172 y sts.

(4) Confr. THON, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878, p. 8, en este sentido. La versión moderna se puede ver en ARMIN KAUFMANN, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1952.

(5) Confr. MEZGER, Lehrbuch, 3.ª ed. 1949, p. 164 y, previamente, en GS 89 (1924), p. 89 y sts. Sobre estos conceptos de norma en la dogmática penal ver también, BACIGALUPO, en Estudios en Homenaje al Prof. D. Luis JIMÉNEZ DE ASUA, RFDUC, 1986, p. 61/74.

La inferencia del derecho aplicable a partir de la norma general, se estructura, a su vez, en dos momentos diversos: la determinación del contenido de la norma aplicable (es decir, en el esquema de un silogismo, la premisa mayor) y su conexión con los elementos del hecho que se juzga (la premisa menor).

La norma legal que constituye la premisa mayor depende de la *interpretación*, como investigación de la voluntad objetiva de la ley o de la subjetiva del legislador. En la actualidad no existe duda alguna sobre la necesidad de la interpretación: "La exacta significación de un texto legal será siempre problemática, dado que el lenguaje ordinario, del que se vale la Ley, no utiliza conceptos precisamente definidos – a diferencia de lo que ocurre en la lógica matemática o en el lenguaje científico –, sino expresiones más o menos flexibles, cuya posible significación oscila dentro de una amplia banda y puede ser diferente según las circunstancias, su vinculación con el objeto y el contexto del discurso".⁶

Por el contrario, existen diversos métodos de interpretación (gramatical, teleológica, sistemático, histórico), pero carecemos de un método para decidir cuál de ellos es preferible. Si embargo, las mismas razones que demuestran que la interpretación es ineludible, ponen también de manifiesto que el método gramatical es ostensiblemente el más débil, toda vez que debe cargar en su cuenta con la ambigüedad significativa del lenguaje ordinario. Ello aconseja, por lo menos, que el significado del texto sea decidido y fijado sobre la base de referencias a estructuras capaces de garantizar una aplicación uniforme e igualitaria (fin de la ley, voluntad histórica del legislador). En suma: el conoci-

miento del texto legal no es todavía el conocimiento de la ley y de su significado y casi nunca permite, en consecuencia, una aplicación plausible de la ley. Sólo su interpretación permite convertirlo en premisa mayor del silogismo. Los conceptos legales deben sufrir, por lo tanto, una transformación en conceptos dogmáticos, pues ello permitirá aplicar la ley en condiciones de igualdad y justicia. Ambos conceptos, el del texto legal y el concepto dogmáticamente elaborado sobre la base del texto, no se pueden superponer, pues entonces la interpretación carecerá de toda utilidad. Si se define p. ej. la acción típica de la receptación (art. 546 bis a) CP) con las mismas palabras que emplea la ley⁷ la definición dogmática carece de toda utilidad, pues no aclara el texto de la ley, sino que lo repite.

Una vez interpretada, la ley debe ser aplicada a un caso. *Aplicar la ley a un caso importa establecer que el hecho, la conducta de una persona, es la que está mencionada en el texto legal y que, por lo tanto, la consecuencia jurídica que la ley prevé debe tener lugar. Este proceso de aplicación requiere una determinada fundamentación lógica que se conoce como la "subsunción": "En la lógica se entiende por conclusión derivada de la subsunción aquella en la que un concepto de menor extensión es clasificado en otro de mayor extensión".*⁸

Dicho de otra manera: "La subsunción es una operación mental consistente en vincular un hecho con un pensamiento y

(7) Como lo hace RODRIGUEZ DEVESA, D. Pen. P.E., 13.ª ed. 1990, p. 569.

(8) LARENZ, loc. cit. p. 152, con cita de HOFFMEISTER, Woerterbuch der philosophischen Begriffe, 2.ª ed. 1955; similar BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982, p. 397 y ste.; HAFT, Juristische Rhetorik, 1985, p. 75 y ste.

(6) LARENZ, Methodentlehre der Rechtswissenschaft, Studienaufgabe, 1983, p. 188.

comprobar que los elementos del pensamiento se reproducen en el hecho".⁹

Este proceso mental caracteriza el famoso *silogismo* de la determinación de la consecuencia jurídica, en el que mediante la técnica de la deducción lógica se puede demostrar que el suceso que se juzga pertenece a la clase de aquellos a los que la ley conecta la consecuencia jurídica. En la teoría se advierte - con razón - sobre el peligro de confundir deducción y analogía,¹⁰ pues no se trata de verificar que el caso juzgado es análogo al establecido en la ley, sino que se corresponde totalmente con el.

La conexión de ambas premisas es precisamente el problema básico de la motivación de la sentencia. Como se recuerda frecuentemente, Aristoteles supuso que ambas premisas de un silogismo tienen un concepto común que permite la conclusión deductiva. Consecuentemente, gran parte de la aplicación de la ley a un caso consiste en aclarar cuál es este elemento común de ambas premisas.

III.

La operación silogística, dentro de la cual tiene lugar la subsunción, sólo puede ser llevada a cabo mediante el desarrollo del concepto (p. ej. arma), es decir, mediante el reemplazo de un concepto por otro (p. ej.: cuchillo).¹¹ Dicho de otra manera: *para subsumir es necesario contar con definiciones.*

Definiciones y conceptos son sinónimos: el concepto de "documento público" se expresa mediante la definición de "documento público". La construcción de estas definiciones que utilizan los

juristas (tanto teóricos como prácticos) responde a técnicas extremadamente complejas, que son desde hace mucho tiempo discutidas,¹² pero que aquí no es posible desarrollar.

Lo que interesa señalar en esta exposición, por el contrario, es que la motivación de la inferencia del derecho en la sentencia penal, tanto como cualquier otra sentencia, *requiere el empleo de definiciones y que las definiciones son un fundamento suficiente de la motivación que requiere el art. 120.3 CE., así como que el razonamiento de la motivación depende de la estructura de los conceptos utilizados.* La cuestión de si un arma de fuego descargada es un arma en el sentido del art. 501, 5.º, último párrafo, del Código Penal, dependerá de cómo se defina el arma. Si se sostiene que arma es todo instrumento que aumenta la capacidad agresiva del autor por los elevados efectos intimidantes que ejerce sobre la víctima habrá que admitir que un arma de fuego descargada es un arma de fuego, pues el sujeto pasivo resultará intimidado de una manera más intensa que en otros supuestos. Si, por el contrario se afirma que el arma, en el sentido de la mencionada disposición es todo instrumento que aumenta considerablemente el peligro del ataque del autor sobre la víctima, el arma de fuego descargada no debería ser considerada suficiente para subsumir el hecho bajo el tipo de robo agravado por uso de armas u otros instrumentos peligrosos, dado que no aumenta considerablemente el peligro corrido por la víctima.¹³ *Cuál de las dos*

(9) BACIGALUPO, Técnica de Resolución de casos penales, 1987, p. 41 y sts.

(10) BYDLINSKI, loc. cit. p. 397.

(11) Confr. HAFT, loc. cit. p. 62.

(12) Confr. M. GRUENHUT, en Festgabe F. Franks, 1930, I, p. 1 y sts., sobre todo 19 y sts.; PUPPE, en Fest. f. Armin Kaufmann, 1989, p. 15 y sts.

(13) Cuanto se dice respecto del concepto de "arma", vale también para "instrumento peligroso" en el art. 501, 5.º, último párrafo, del Código Penal. La equiparación

definiciones (acaso son imaginables otras) *es la correcta, dependerá de su mayor o menor adecuación con la finalidad de la Ley, es decir, otra vez, de la interpretación, y, por lo tanto, de una fase anterior a la subsunción.* La subsunción puede ser correcta, aunque los conceptos, es decir, las definiciones utilizadas no sean los más adecuados.

En la ciencia del derecho penal actual, sin embargo, se sabe que en la aplicación del derecho no sólo se puede operar con definiciones en el sentido antedicho. La aplicación del tipo legal a un hecho concreto es un proceso complejo – reconoció Gruenhut – que puede encerrar en sí tres formas diversas de actividad espiritual: comprobación descriptiva, juicio cognitivo, valoración normativa. Ello surge de la estructura de los tipos penales que se componen de elementos descriptivos y normativos. Los unos limitan al Juez a comprobaciones fácticas o a un juicio referente al ámbito de lo fáctico, los otros exigen de él un juicio jurídico de valor general o específico.¹⁴

Esta consideraciones mantienen aún hoy su validez. Sin embargo, en lo referente a la utilización de definiciones, la dogmática se ha visto obligada a establecer otras distinciones: por un lado Roxin¹⁵ distingue entre “*conceptos fijos*” y “*conceptos abiertos*” y, por otro, de una forma probablemente paralela, Schmidhaeuser¹⁶ diferencia entre “*conceptos de definición*” y “*conceptos empíricos*”. Esta diversificación de los conceptos del derecho penal, consistente en la incorporación de “conceptos abiertos” o de

“conceptos empíricos”, tiene un notorio antecedente en la teoría de los “tipos”¹⁷ que han desarrollado Larenz¹⁸ y Engisch.¹⁹ Según Larenz “Allí donde el concepto abstracto-general y el sistema lógico de estos conceptos, por sí mismos, no es suficiente para captar una descripción de la vida o una conexión de sentido en la diversidad de sus configuraciones, se ofrece, en primer lugar, la forma del pensamiento del ‘tipo’”.²⁰

Los *conceptos fijos*, en el sentido propuesto por Roxin, se presentan en aquellos casos en los que contamos con una definición: “*que reconduce a determinados elementos individuales, que se pueden captar mediante un acto de subsunción objetivamente comprobable y con ayuda del cual es posible solucionar todo caso particular mediante un procedimiento deductivo sin más*”.

Lo contrario de un concepto fijo es un *concepto indeterminado*.²¹ De todos modos, en relación a los conceptos fijos, alerta Roxin: “No cabe esperar naturalmente una determinación matemática exacta: pocos son los conceptos, que sean accesibles por medio de un procedimiento de conocimiento judicial completamente neutro desde una perspectiva valorativa”.

“Allí donde comienza la esfera ‘normativa’, donde se trata de fenómenos que por encima de la comprobación fáctica alcanzan el ámbito de lo espiritualmente compren-

de arma descargada e instrumento peligrosa que es frecuente en la jurisprudencia es muy discutible.

(14) Loc. cit. p. 21.

(15) Taetterschaft und Tatherrschaft, 1963, (2.ª ed. 1967), p. 119 y sts.

(16) Strafrechts, AT, 2.ª ed. 1975, p. 575 y sts. y 615 y sts.

(17) La expresión se utiliza aquí en el sentido de MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, I, 5.ª ed. 1972, p. 9 y ste. Por lo tanto, nada tiene que ver con el “tipo” penal de la tipicidad.

(18) Loc. cit. p. 333 y sts.

(19) Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeits, 1968, p. 237 y sts., 239 y ste.; confr. PUPPE, loc. cit.

(20) LARENZ, loc. cit. p. 333.

(21) Loc. cit. p. 119.

sible, los conceptos pierden su absoluta unidad significativa".²²

Con ello no se quiere decir, sin embargo, que los fenómenos comprensibles espiritualmente estén expuestos a cualquier valoración judicial subjetiva, dado que también en tales casos cabe una determinación objetiva.²³

Por el contrario, los *conceptos abiertos* se caracterizan porque, *en lugar de una exacta definición o un concepto indeterminado, se basan en una descripción de la situación típica, agregando una principio regulativo, mediante el cual se señala un límite a los espacios abiertos que deja la diversidad real de los hechos a la ponderación judicial.*²⁴ Este principio regulativo señala la *dirección de la decisión* judicial, de tal manera que en los supuestos en los que el legislador no puede reducir, por las distintas configuraciones que pueden adquirir los hechos, ciertos elementos del tipo penal a una definición fija, determina, al menos, la dirección con la que se debe tomar la decisión. Ejemplos de estos conceptos abiertos son el "*dominio del hecho*", *mediante el que distinguen los autores de otros partícipes, y el de "posición de garante", que permite sobre todo determinar quien es el responsable de un ilícito omisivo.*

Los *conceptos de definición* de Schmidhaeuser coinciden ampliamente con los *conceptos fijos*. También en el ámbito de la participación sostiene Schmidhaeuser que las posibilidades de delimitación que son necesarias requieren conceptos distintos de las definiciones "que estarían a disposición para la aplicación del derecho con elementos conceptuales que funcionan con seguridad para la subsunción".

En dicho ámbito se dispone de *conceptos empíricos* que "solo pueden ser aclarados fenomenológicamente y que a la luz de los casos críticos deben ser delimitados cada vez que se los emplea".²⁵

Estas características no sólo pertenecen a los conceptos con ayuda de los cuales se establecen las diversas categorías de la autoría y la participación, sino también a los conceptos que permiten distinguir entre preparación y ejecución, es decir, la tentativa (punible) de los meros actos preparatorios (no punibles). La diferencia entre estos conceptos empíricos y los conceptos abiertos antes considerados es notoria. En los primeros no se integra, como en los segundos, un elemento regulativo que oriente la decisión sino que se acentúa una consideración total, es decir una consideración de elementos particulares dentro de una totalidad.²⁶ Por lo tanto, el grado de indeterminación que implican estos conceptos acerca los llamados conceptos empíricos a los "conceptos indeterminados" conocidos en la dogmática del derecho administrativo, y cuya "aplicación en el caso particular requiere una valoración y, a menudo, también una prognosis de futuro".²⁷

Roxin aclara, por el contrario, que los conceptos abiertos, en la medida en la que incluyen un elemento regulativo, no

(22) *Ibidem.*

(23) *Ibidem.*

(24) ROXIN, loc. cit. p. 125.

(25) SCHMIDHAEUSER, loc. cit. p. 575.

(26) Confr. SCHMIDHAEUSER loc. cit. p. 576 y 615.

(27) Confr. MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5.ª ed. 1986, p. 102 y sts. Estos conceptos, que en el derecho administrativo dan lugar a diversos puntos de vista relativos al control jurisdiccional de su aplicación por la administración, tienen una notoria similitud con los "elementos normativos del tipo" y con otros conceptos del tipo penal, como p. ej. el de "peligro concreto".

son equivalentes a los conceptos indeterminados.²⁸

Esta diversidad de los conceptos dogmáticos y su distinto grado de precisión proviene de la ambigüedad del lenguaje legal. Hassemer ha estudiado estas formas de ambigüedad y propuesto clasificarla en cuatro tipos diferentes:

- Los conceptos legales vagos.
- Los porosos.
- Los conceptos de disposición.
- Los conceptos que requieren ser completados valorativamente.²⁹

Se trata de tipos de ambigüedad que se refieren a los problemas semánticos de la Ley (es decir a las relaciones del lenguaje legal con los objetos reales a los que designa). Los conceptos dogmáticos, por el contrario, tienen la finalidad de reducir la ambigüedad del lenguaje legal, precisando cuál es el significado de las palabras de la Ley sobre todo en los casos límites y especialmente complejos. Un ejemplo: el art. 514 CP. requiere “*animo de lucro*”; el sentido corriente de estas palabras indica que el autor debe haber querido obtener una ventaja patrimonial. Sin embargo, la jurisprudencia ha entendido que también “*ventajas*” de otra índole pueden constituir “*lucro*”, o dicho de otra manera que el autor se lucra con la cosa misma. Es decir, que el animo de lucro del hurto es el animus rem sibi habendi. Mediante esta precisión del concepto de lucro se ha reducido la ambigüedad de la palabra utilizada por el legislador.

IV.

La cuestión de si las teorías que se proponen dar respuesta a cierta cuestión dogmática, deben culminar en conceptos

“abiertos”, en el sentido de Roxin, o en conceptos “empíricos”, en el sentido de Schmidhaeuser, no importa en el contexto de este trabajo, pues de lo que se trata aquí es de la utilización de los conceptos en la fundamentación de la sentencia. En este sentido, la comprobación de diversas especies de conceptos pone de manifiesto que *también existen diversas maneras de fundamentar su aplicación en una sentencia.*

En un gran número de supuesto los Jueces disponen de conceptos fijos (acción, arma, causalidad, muerte, lesión, cosa, engaño, etc.). En tales casos la fundamentación de la aplicación de estos conceptos requiere la comprobación de cada uno de los elementos de la definición en la situación fáctica que se juzga. El fundamento jurídicamente adecuado de la afirmación de que el autor engañó a la víctima es, precisamente, la comprobación de que en su acción se reproducen los elementos de la definición del engaño, que, como se dijo, es producto de la interpretación. Lo mismo ocurre con la afirmación de que el autor causó la muerte de la víctima: es necesario que se puedan comprobar en el hecho todos los elementos que definen la muerte y todos los que definen la causalidad.

Por lo tanto, *en la aplicación de conceptos fijos la estructura de la motivación será siempre la misma:*

- *Establecimiento de la definición de cada elemento concreto del tipo.*
- *Verificación de cada uno de los elementos de la definición en las circunstancias del caso.*

Ello no significa que no haya lugar para problemas en el momento de la verificación. Pero, lo que se quiere poner de manifiesto es que no se puede responder si el autor obró con alevosía sin antes expresar cómo se define la alevosía: para saber si matar a un niño pequeño es o no una acción alevosa es preciso conocer, previamente, la definición de “alevosía”. La cuestión de si el art. 10, 1.º CP. contiene

(28) Confr. loc. cit. p. 125.

(29) HASSEMER, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1981, p. 167 y sts.

una definición dogmáticamente correcta es ya – como se dijo – otro problema: es una cuestión de interpretación de la Ley, no de fundamentación de la subsunción.³⁰

La estructura de la fundamentación es más compleja cuando se trata de la subsunción de una determinada situación de hecho bajo un concepto abierto. En este supuesto el concepto tiene – como se dijo – una descripción y un elemento regulativo. Por lo tanto no sólo habrá que demostrar que el suceso al que se aplica el concepto reproduce los elementos de la parte descriptiva, sino también que la decisión se orienta en el sentido del elemento regulativo. Para ello es preciso exponer argumentalmente cómo “De la totalidad de las circunstancias comprobadas en el caso individual y del punto de vista ofrecido “se determina la decisión””.³¹

Por ejemplo: el concepto de “exigibilidad” cumple una función regulativa en varios ámbitos jurídicos, pero en especial en la determinación de la culpabilidad jurídico-penal.³² Consecuentemente, establecida en forma descriptiva una serie de circunstancias que son relevantes para la culpabilidad, o su ausencia, es preciso decidir si el comportamiento es o no exigible a partir del criterio valorativo de la exigibilidad. Este criterio debe permitir establecer los límites dentro de los cuales el incumplimiento del deber es reprochable mediante una reflexión que tiene un criterio valorativo determinado, que es necesario trasladar argumentalmente al caso concreto. Dicho de otra manera: es preciso explicar por qué se

valoran unas circunstancias determinadas de una determinada manera. Esta argumentación no se puede reducir a formas rígidas, precisamente por las mismas razones que impiden configurar un concepto cerrado de “autoría”, de “comienzo de ejecución” o de “exigibilidad”.

En todo caso, para una correcta motivación de la sentencia no alcanza con afirmar que el partícipe tenía el condominio del hecho, sino que es preciso explicar por qué, *en las circunstancias del caso*, es posible afirmar que su contribución al hecho le permitía codominar la ejecución del delito.³³

V.

La subsunción típica no sólo requiere la comprobación de elementos descriptivos. Los tipos penales contienen también, como es sabido, *elementos normativos*. Respecto de estos elementos no siempre es posible hablar de subsunción *bajo una definición*. Por lo tanto, la motivación de la sentencia en lo que se refiere a los elementos normativos debe adoptar ciertas particularidades que son consecuencia de la estructura conceptual de los mismos. “Al Estado de Derecho le corresponde una preferencia por la construcción de conceptos fácticos. Ellos determinan una actividad judicial puramente intelectual: comprobación y subsunción de hechos. En estos casos las decisiones judiciales toman parte de la calculabilidad y objetividad de las conclusiones lógicas”.³⁴

Por el contrario, los elementos normativos no requieren “una comprobación de hechos, sino un juicio judicial de valor”.³⁴

(30) Críticamente sobre la corrección dogmática de utilizar la definición literal del art. 10, 1.ª CP., confr. BACIGALUPO, Estudios sobre la parte especial del derecho Penal, 1991, p. 35 y sts.; 60 y sts.

(31) Confr. HENKEL, en Fest. f. Mezger, 1954, p. 249 y sts. (267/68).

(32) Confr. HENKEL, loc. cit. p. 289 y sts. (sobre todo 300 y ste.).

(33) Confr. STS 21-12-92 referente a la llamada “coautoría aditiva”.

(34) GRUENHUT, “Begriffbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht” (1926) p. 7 y ste.; similar: Erik WOLF, Die Typen

Ejemplo claro de estos elementos es el carácter "obsceno" de la exhibición en los arts. 431, la "corrupción" en el art. 452 bis b), la cantidad de "notoria importancia" de droga en el art. 344, la "especial gravedad" del daño en los arts. 529, 7.º 506, 8.º y 516, 3.º, "instrumento peligroso" del art. 501, 5.º, último párrafo, todos del Código Penal.

Para la comprobación de elementos normativos el Juez tiene que valorar y expresar su valoración. "Allí donde los juicios de valor son ineludibles para establecer la acción típica, es preciso tener el valor de valorar y no esconderse detrás de imágenes criptonormativas", afirmaba Mezger.³⁵ De todos modos, no todos los elementos normativos implican una idéntica valoración. En la teoría se ha distinguido con razón entre los elementos que *contienen* una valoración y los que *requieren* (del Juez) una valoración.³⁶ Ambas especies de elementos normativos tienen en común una característica negativa: no tienen carácter empírico (no son elementos del hecho que el autor o el Juez puedan conocer mediante sus sentidos). Sin embargo, esta característica sólo es, en principio, relevante a los efectos del *error* del autor, dado que desde este punto de vista se plantea la cuestión de cuándo es posible aceptar que ha obrado con un error sobre un elemento cuyo conocimiento no sólo requiere una percepción sensorial. Por el contrario, desde la perspectiva de la motivación de la sentencia solamente ofrecen una problemática diferenciada los elementos normativos que

requieren una valoración judicial, pues aquellos que ya contienen una valoración jurídica (p. ej.: "ajena" referido a la cosa en el hurto, no son conceptos empíricos, pero, por regla, se determinan mediante una aplicación de normas en forma silogística). En los conceptos que requieren una valoración judicial, como lo señala E. Wolf,³⁷ se exige "una valoración más o menos subjetiva". Pero la teoría, de todos modos, ha tratado de objetivar al máximo esta valoración judicial. Mezger ha sostenido en esta línea que en el caso de los "*elementos con valoración cultural*", la valoración tiene lugar igualmente sobre la base de normas y criterios vigentes, pero que no pertenecen al ámbito jurídico".³⁸

En idéntica dirección dice Jescheck que la "vinculación del Juez a la Ley en estos supuestos se manifiesta en que el legislador no admite una valoración personal, sino que parte de la existencia de valoraciones ético-sociales, a las que el Juez está subordinado".³⁹

Hassemer, por último, señala que cuando el legislador emplea elementos normativos, como p. ej. "buenas costumbres", "no ha querido librar el Juez de la vinculación a la Ley" (...). "La cuestión del alcance (del significado) de los conceptos que requieren una valoración judicial (por lo tanto) no se dirige a la voluntad del Juez penal, sino a la voluntad del legislador y de la Ley penal".⁴⁰

Por lo tanto, el Juez, aplicando estos criterios, debería motivar su valoración

der Tatbestandsmaessigk eit, 1931, p. 57 y ENGISCH, en Fest. f. Mezger, 1954, p. 127 y sts. (136).

(35) Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3.ª ed. 1949, p. 191.

(36) Así desde la obra citada de E. WOLF, nota 34, p. 58.

(37) *Ibidem*.

(38) Lehrbuch, cit., p. 192; en el mismo sentido: TIEDEMANN, Die Zwischenprüfung im Strafrecht, 1987, p. 114; JACOBS, Strafrecht, AT, 2.ª ed., p. 52 y sts. (con diversa terminología).

(39) Lehrbuch des Strafrecht, AT, 4.ª ed. 1988, p. 116.

(40) Loc. cit. p. 180.

mediante una *expresa* referencia a normas sociales (no jurídicas), a criterios ético-sociales o standards de comportamiento reconocidos socialmente. Las opiniones citadas parten, indudablemente, de que tales normas, criterios y standards tienen un reconocimiento social que el Juez puede conocer inmediatamente por su carácter "público y notorio". Pero este punto de vista no parece, sin embargo, fácil de confirmar sociológicamente: la cuestión de qué normas ético-sociales o qué standards de conducta se pueden considerar "vigentes" en una sociedad pluralista, es decir que admite la legitimidad de diversas concepciones ético-sociales y de distintos criterios morales, constituye casi un enigma. ¿Cuáles son los criterios "vigentes" para determinar lo que hoy se debe considerar "*obsce-no*" (art. 431 CP.) o "*corrupto*" (arts. 452 bis b)). 1.º y 452 bis c), CP)?. En realidad, mediante esta teorías se procura legitimar la decisión judicial a través de un criterio similar al de las Leyes penales en blanco (es decir, por la remisión a otra norma no perteneciente al ordenamiento legal y que lo completa); en la medida en la que el propio legislador ha realizado (tácitamente) la remisión, la aplicación de la norma ético-social no implicaría creación judicial del derecho. Pero, en tanto no sea claro a qué norma ético-social o cultural entre las que tienen reconocimiento social el legislador remite, quedará siempre un margen de creación judicial ineludible, al menos en lo referente a la elección de la norma aplicable entre las socialmente aceptadas.

En suma, la motivación de la comprobación de los elementos normativos no es en todos los casos igual. Cuando el Tribunal deba verificar la existencia de un elemento normativo que contiene una valoración jurídica (p. ej. "cosa ajena", "documento", "tributo", "pariente", etc.) el razonamiento silogístico en nada diferirá de los ya expuestos en relación a los

elementos descriptivos. A la inversa, cuando el Tribunal deba motivar la existencia de un elemento normativo que requiere una valoración judicial, la argumentación será más compleja. Comenzará con una justificación de la elección de la norma ético-social, del standard o del criterio en el que se basa la valoración judicial (p. ej. deberá explicar (si lo hace) por qué aplica una norma ético-social que establece que una mujer que se presenta en una playa "top less" realiza una exhibición obscena, dándole preferencia sobre otras normas de la misma especie que establecen lo contrario). A partir de ese momento, el razonamiento de la motivación no difiere de los restantes casos. En suma: la diferencia radica en que cuando se valora sobre la base de normas jurídicas vigentes el Tribunal o el Juez no necesita justificar la existencia de la misma, mientras que cuando la valoración se apoya en una norma extra-jurídica la justificación de ésta es imprescindible. Dicho de otra manera, en los llamados "elementos normativos de valoración cultural" la premisa mayor del silogismo (la Ley aplicable se debe integrar con la norma legal y la norma ético-social que la complementa).⁴¹

VI.

La motivación de la subsunción bajo el tipo subjetivo no tiene características

(41) En forma paralela se ha sostenido que la Ley general de causalidad, que permite explicar en el caso concreto la conexión causal entre acción y resultado, se debe integrar en la Ley (jurídica) que contiene el tipo penal (confr. Armin KAUFMANN, en JZ, 1971, p. 569 y sts., reproducido en Strafrechtsdogmatik Zwischen Sein und Wert, 1982, p. 173 y sts.; ver referencias al respecto en STS de 23-IV-92). En un sentido similar también habla JAKOBS, loc. cit. p. 293, de "una contrariedad a la norma como presupuesto de la tipicidad".

distintas de la referente al tipo objetivo. En sentido estricto — dice Hassemer —⁴² conceptos como intención, dolo, voluntario, creíble, no son supuestos de ambigüedad significativa, sino de complicación en el momento de su comprobación en el proceso. Estas complicaciones radican en la simple circunstancia de que los objetos mencionados por tales conceptos se esconden detrás de un muro por regla detrás de la frente de una persona.

Es decir: la determinación de si el autor obró con dolo dependerá de la comprobación de si el autor obró según lo que establezca una definición (dogmáticamente plausible) del dolo; lo complicado será establecer si en el caso concreto el autor obró p. ej. habiendo realmente conocido y querido. Pero, lo cierto es que la subsunción del elemento subjetivo del tipo (dolo, especiales elementos subjetivos del tipo) requiere una operación similar a la de los elementos descriptivos objetivos.

Para llevarla a cabo es claro que serán necesarias, por lo tanto, definiciones del dolo, del ánimo de lucro, etc. En la práctica es frecuente que se opere con conceptos no explícitos de algunos elementos subjetivos, sobre todo en el caso del ánimo de lucro, como si fuera obvio lo que se debe entender por tal. Pero, es evidente que ello no es así. En la jurisprudencia se vienen admitiendo que el ánimo de lucro consiste en la persecución de cualquier clase de ventaja, provecho o utilidad, incluso la mera contemplación o la ulterior beneficencia.⁴³

Por lo tanto es indudable que sólo son subsumibles bajo el concepto de ánimo de lucro” si éste se entiende sobre la base definiciones que van más allá de las significaciones del lenguaje cotidiano.

Es decir: en los elementos subjetivos, como en todos los casos, aunque las palabras de la Ley parezcan referirse a conceptos cotidianos, es preciso establecer una definición dogmáticamente asegurada, pues de lo contrario no es posible aplicar la Ley rigurosamente. De allí se deduce con total transparencia que es equivocada la jurisprudencia de la Sala II.^a del Tribunal Supremo que excluye la predeterminación del fallo, en el sentido del art. 851, 1.º L.E. Crim., cuando el Tribunal de instancia ha consignado, sin más, en los hechos probados que el autor obró con “ánimo de lucro”, dado que de esa manera se habrá dado por resuelta la cuestión de la subsunción, sin haber diferenciado la cuestión de hecho de la de derecho, que es la materia, precisamente, que constituye la infracción de la disposición mencionada.

Aunque aparentemente pueda parecer una cuestión referente al tipo subjetivo, el problema de la vencibilidad del *error de tipo* (art. 6 bis a), II, CP), es, en realidad, una cuestión del tipo objetivo de los delitos imprudentes, pues se refiere a la comprobación de si el autor ha obrado por encima del riesgo permitido, o dicho con otras palabras, a la cuestión de la imputación objetiva.⁴⁴

VII.

En resumen la motivación de la subsunción típica tiene una estructura silogística. El razonamiento debe comenzar, por lo tanto, con la determina-

(42) Loc. cit. p. 169.

(43) Confr. SSTs de 24-1-55; 17-1-58; 7-6-62; 23-1-76; 13-3-89; 11-10-90.

(44) Este tratamiento de la cuestión es consecuencia de la crisis en la que han entrado en los últimos años los elementos tradicionales del delito imprudente (inobservación del deber de cuidado, previsibilidad, evitabilidad, etc.): Confr. SCHMIDHAEUSER, *Strafrecht*, AT 2.ª ed. 1975, p. 180, 428 y ste.; JAKOBS, loc. cit. p. 318 y stes.; ROXIN *Strafrecht*, AT, I, p. 679 y sts.

ción de la disposición legal que se quiere aplicar al caso. Esta disposición legal requiere *en todo caso* ser interpretada, no sólo para determinar su contenido escrito, sino también – y esto es con frecuencia la más importante – su contenido no escrito (p. ej.: posición de garante en los delitos impropios de omisión, criterios determinantes de la causalidad y de la imputación objetiva, etc.). El resultado final de la interpretación debe permitir un *análisis* de los *conceptos* y *valoraciones* que caracterizan al tipo penal concreto. Los primeros, a su vez, se expresan en definiciones dogmáticas que pueden ser más o menos abiertas y que según el grado de precisión que les es propia determinan distintas formas de razonar la subsunción. En estos supuestos la sentencia estará correctamente motivada si la decisión judicial se apoya en una definición dogmáticamente plausible.

Por el contrario, cuando el tipo penal incluya elementos que requieren una *valoración judicial de contenido cultural* (basado en normas extra-jurídicas) el razonamiento debe *justificar* la elección

de la norma o el criterio que fundamenta la valoración.

Esta estructura del razonamiento rige también para el tipo subjetivo (dolo y elementos especiales subjetivos de la autoría).

Finalmente es preciso señalar que la cuestión de la motivación o fundamentación de la sentencia, de todos modos, no se debe confundir con la cuestión de la *correcta aplicación del derecho*. Una sentencia carente de motivación es *nula*, mientras que una sentencia motivada (válida) puede contener una incorrecta aplicación del derecho. Ello ocurrirá cuando un Tribunal haya justificado su decisión mediante definición de los elementos típicos que, aunque plausibles, no sean las más convincentes, o cuando la justificación de su valoración no resulte aceptable en el contexto valorativo del orden jurídico. Esta aparente paradoja es consecuencia de una ciencia jurídica que no puede establecer una verdad única y excluyente de otras, aunque tenga un núcleo de valores firmes e inconvencibles, que no es posible relativizar.