



universidad
de león

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**PROGRAMA DE DOCTORADO “RESPONSABILIDAD JURÍDICA. ESTUDIO
MULTIDISCIPLINAR”**

TESIS DOCTORAL

**INJUSTO PENAL Y TEORÍA DE LAS NORMAS.
CONSIDERACIONES NORMATOLÓGICAS SOBRE EL DELITO Y LA PENA**

Doctorando: D. JESÚS ALFREDO ALPACA PÉREZ

Director: Prof. Dr. Dres. h. c. MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de León

Tutora: Prof.^a Dra. ISABEL DURÁN SECO
Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de León

León, 2019



Universidad de León
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público

*Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo
Catedrático de Derecho Penal
Director de Departamento*

El que suscribe, Miguel Díaz y García Conlledo, como Director de la tesis doctoral “**Injusto penal y teoría de las normas.** Consideraciones normológicas sobre el delito y la pena”, presentada por el Sr. D. Jesús Alfredo Alpaca Pérez en el Programa de Doctorado “Responsabilidad Jurídica. Estudio Multidisciplinar” de la ULE, autoriza el depósito de la citada tesis y el comienzo de su tramitación para su defensa.

En León, a 30 de septiembre de 2019

Fdo.: Miguel Díaz y García Conlledo

RESUMEN

En esta investigación se pretende analizar cuál es el alcance real del concepto de norma en el ámbito de la más importante creación de la ciencia jurídico-penal de raigambre germánica: la teoría del delito. Las consideraciones expuestas a lo largo de este trabajo permiten, como mínimo, pensar en la posibilidad de que tanto el injusto como la culpabilidad, categorías esenciales sobre las que aquella teoría se sostiene, deben ser repensadas desde la perspectiva de un elemento que no es nuevo pero cuya fuerza parece no haber sido desentrañada en todos sus alcances ni de manera congruente: la norma. En ese sentido, se propone que el estudio de la norma tiene importantes consecuencias tanto para la teoría del delito como para la teoría de la pena. Dado que esta investigación incide especialmente en ese primer ámbito (aunque también se vierten varias consideraciones sobre el segundo), se plantean una serie de argumentos que tienen como punto de partida la comprensión de la norma como imperativo (mandato o prohibición), para luego analizar cuáles son las consecuencias de tales argumentos, principalmente, en la categoría dogmática del injusto.

ZUSAMMENFASSUNG

Diese Arbeit beschäftigt sich mit der ganzen Tragweite des Normbegriffs, der die deutsche Strafrechtswissenschaft geleistet hat: die Verbrechenslehre. Die Ergebnisse dieser Arbeit geben die Möglichkeit darüber nachzudenken, dass die zwei zentrale Kategorien der Verbrechenslehre, d.h. das Unrecht und die Schuld zu überdenken sind. Das ist zwar nicht neues, allerdings wird hierzu einen kongruenten Standpunkt gesetzt, dass durch die Norm alte Paradigmen überwunden werden können. Es wird vorgeschlagen, dass die Norm und deren Erforschung wichtige Konsequenzen sowohl für die Verbrechenslehre als auch für die Strafrechtstheorie haben. Diese Untersuchung richtet sich auf diesen ersten Bereich und dadurch werden auch Überlegungen bzgl. des zweiten Themas zum Ausdruck kommen. Die Argumente, die vorgebracht werden, gehen davon aus, dass die Norm unter einem Imperativ (Gebot oder Verbot) verstanden werden muss. Diese Folgen werden insbesondere in der dogmatischen Kategorie des Unrechts weiterhin untersucht werden.

ABREVIATURAS

§, §§	Parágrafo, Parágrafos
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (España)
AFD	Anuario de Filosofía del Derecho (España)
AFDUAH	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares (España)
AcP	Archiv für die Civilistische Praxis (Alemania)
AP	Actualidad Penal (España)
ArchCrimR	Archiv des Criminalrechts (Alemania)
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Alemania)
art. / arts.	artículo / artículos
AT	Allgemeiner Teil (Parte General)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán)
BT	Besonderer Teil (Parte Especial)
Cap.	Capítulo
Comp. / Comps.	Compilador / Compiladores
Coord. / Coords.	Coordinador / Coordinadores
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal (España)
Dir. / Dirs.	Director / Directores
DP	Derecho Penal
ed., eds.	Edición, editor (o: editado por), editores
EPC	Estudios Penales y Criminológicos de la Universidad Santiago de Compostela (España)
fasc.	Fascículo
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht (Alemania)
GS	Der Gerichtsaal (Alemania)
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review (Estados Unidos)
ICCF	Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt
IJSL	International Journal for the Semiotics of Law (Estados Unidos)

InDret	InDret: Revista para el análisis del Derecho (España)
<i>infra</i>	Abajo, en una parte posterior del trabajo
JA	Juristische Arbeitsblätter (Alemania)
JhJb	Jherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Alemania)
JRE	Jahrbuch für Recht und Ethik (Alemania)
Jura	Juristische Ausbildung (Alemania)
Jus	Juristische Schulung (Alemania)
JZ	Juristenzeitung (Alemania)
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Alemania)
LA	Liber Amicorum
LH	Libro Homenaje
Libertas	Libertas: Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (España)
LL	Revista La Ley (España)
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (Alemania)
MK	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (Alemania)
NArchCrimR	Archiv des Criminalrechts Neue Folge (Alemania)
n.	Nota en pie de página
NK	Neue Kriminalpolitik (Alemania)
NK-StGB	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (Alemania)
nm.	Número marginal
NPP	Nuevo Pensamiento Penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales (Argentina)
ÖstZStr	Österreichische Zeitschrift für Strafrecht (Austria)
<i>passim</i>	En todo el trabajo
PE	Parte Especial
PG	Parte General
RChD	Revista Chilena de Derecho (Chile)
RDAUCh	Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile (Chile)
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología (España)

RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (España)
reimp.	Reimpresión
REJ	Revista de Estudios de la Justicia (Chile)
RFDUC	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (España)
RPDJP	Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales (Perú)
RPolCrim	Revista Política Criminal (Chile)
RW	Rechtswissenschaft (Alemania)
SCL. Rev.	Southern California Law Review (Estados Unidos)
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
<i>supra</i>	Arriba, en una parte anterior del trabajo
t.	Tomo
trad., trads.	Traductor, traductores
TyD	Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico (España)
v.	Volumen
ZPrÖ	Zeitschrift für Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart (Alemania)
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (Alemania)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Alemania)
ZstaatsW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (Alemania)

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	xix
CURSO DE LA INVESTIGACIÓN.....	xxxiii
FORMALIA.....	xxxviii

CAPÍTULO I

RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICO-DOG MÁTICA DE LA RELACIÓN ENTRE EL CONCEPTO DE DELITO Y LA TEORÍA DE LAS NORMAS.....	1
1. Consideraciones preliminares.....	1
2. Reconstrucción histórico-dogmática.....	1
2.1. Hegel.....	1
2.2. Adolf Merkel.....	7
2.3. Jhering.....	12
2.4. Binding.....	17
2.5. Thon.....	24
2.6. Hold von Ferneck.....	30
2.7. Von Liszt.....	37
2.8. Goldschmidt.....	45
2.9. Mezger.....	50
2.10. Welzel.....	53
2.11. Armin Kaufmann.....	60
2.12. Roxin.....	65
2.13. Jakobs.....	70
3. Principales reflexiones del desarrollo histórico-dogmático.....	79

CAPÍTULO II

TEORÍA DE LA NORMA Y TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN EN EL DERECHO PENAL.....	97
1. Consideraciones preliminares.....	97
2. ¿Teoría del delito como teoría de la norma o como teoría de la imputación?.....	99
3. Teorías de la norma en el Derecho penal.....	110
3.1. Norma de determinación.....	111
3.2. Norma de valoración.....	120

3.3. Norma como juicio hipotético.....	131
3.4. Norma objetiva de conducta.....	142
3.5. Norma como expectativa institucionalizada.....	159
4. Concepción personal.....	173
5. Recapitulación.....	187

CAPÍTULO III

NORMA PRIMARIA Y NORMA SECUNDARIA. ESTRUCTURA, CONTENIDO, FUNCIONES, OBJETO DE PROTECCIÓN Y REPERCUSIONES EN LA TEORÍA DE LA PENA.....	193
1. Consideraciones preliminares.....	193
2. La «norma primaria» y la «norma secundaria» frente a la «norma de conducta» y la «norma de sanción».....	204
3. Aspectos generales de la norma primaria y la norma secundaria.....	208
3.1. Norma primaria.....	213
3.2. Norma secundaria.....	220
4. Funciones de la norma primaria y la norma secundaria.....	226
5. Relación entre la norma primaria y la norma secundaria.....	231
6. La norma primaria y la norma secundaria no se integran dentro de una única categoría como «aspectos» de esta.....	244
7. Relación entre el binomio norma primaria/norma secundaria y el precepto penal.....	258
7.1. Precepto penal y norma secundaria.....	258
7.2. Precepto penal y norma primaria.....	262
8. Legitimidad material de la norma jurídico-penal: bien jurídico o derecho subjetivo.....	267
8.1. Norma.....	268
8.2. Derecho subjetivo.....	269
8.3. Consideraciones sobre esta orientación.....	272
9. Teoría de la norma y teoría de la pena.....	280
10. Recapitulación.....	293

CAPÍTULO IV

LA INFRACCIÓN DE LA NORMA PRIMARIA (NORMA DE CONDUCTA DIRIGIDA AL CIUDADANO). CONSECUENCIAS PARA EL INJUSTO.....	299
1. Consideraciones preliminares.....	299
2. Finalismo.....	303
2.1. Desarrollo argumental.....	303
2.2. Consideraciones críticas.....	306
2.2.1. Problemas en torno a los alcances de su idea de norma y de la concreción del deber.....	306
2.2.2. Distinción entre capacidad de acción y capacidad de motivación.....	318
2.3. Reflexiones a partir de lo expuesto.....	323
3. Teoría de la motivación.....	328
3.1. Desarrollo argumental.....	328
3.2. Consideraciones críticas.....	331
3.2.1. Imposibilidad de distinguir entre injusto y culpabilidad.....	331
3.2.2. Culpabilidad y prevención.....	342
3.2.3. Inclusión del dolo en el tipo de injusto.....	344
3.3. Reflexiones a partir de lo expuesto.....	350
4. Concepción analítica.....	359
4.1. Desarrollo argumental.....	359
4.2. Consideraciones críticas.....	363
4.2.1. Contrariedad a la norma.....	363
4.2.2. Contrariedad al deber.....	366
4.3. Reflexiones a partir de lo expuesto.....	367
5. Concepción personal.....	373
5.1. La norma y su destinatario.....	379
5.2. <i>Ultra posse nemo obligatur</i>	392
5.3. Distinción entre injusto y culpabilidad.....	398
5.4. Injusto desde la perspectiva de una teoría de la norma.....	403
6. Recapitulación.....	428

CAPÍTULO V

LA JUSTIFICACIÓN PENAL DESDE UNA TEORÍA DE LA NORMA. ALCANCES SOBRE LA SITUACIÓN DE DEFENSA Y LA SITUACIÓN DE NECESIDAD.....	433
1. Consideraciones preliminares.....	433
2. Consideraciones generales sobre la justificación.....	434
2.1. Relación entre tipo y antijuridicidad.....	438
2.1.1. Antinomia o determinación del contenido de la norma.....	438
2.1.2. Hecho atípico y hecho típico pero justificado desde una teoría de la norma.....	452
2.1.3. Asignación de derechos mediante la norma permisiva.....	461
2.2. Tipo global de injusto.....	474
3. Causas de exclusión del injusto (causas de justificación) vistas desde una perspectiva consecuencialista.....	476
4. Algunas causas de exclusión del injusto en particular.....	481
4.1. Legítima defensa.....	481
4.2. Estado de necesidad justificante.....	505
4.2.1. Estado de necesidad defensivo.....	507
4.2.2. Estado de necesidad agresivo.....	523
5. Recapitulación.....	546
RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	553
GESAMTERGEBNISSE DER UNTERSUCHUNG.....	556
BIBLIOGRAFÍA.....	561

«¿En qué radica ese poder de imponer males a los hombres? A esos desdichados que aparte del alma solo tienen el cuerpo como moneda de cambio para pagar por sus malas acciones... ¡Y muchas veces para ello disponen solo de su propia vida! ¿Es la ley promulgada por ese poder una limitación de la libertad de los hombres o es, en realidad, el cumplimiento de ella la única forma de ejercer tal libertad? ¿Puede la ley ser cumplida por todos o solo a quienes la vean y la entiendan ha de exigirse tal cumplimiento? ¿El sufrimiento del mal impuesto a un hombre ha de quedar justificado solo por lo que otros puedan experimentar con él, como si la representación de algo indeseable, inimaginable en las propias carnes, encauce a evitar a toda costa el acto que constituye su causa?», reflexionaba en voz alta el filósofo mientras descendía de las montañas en dirección al lago de su patria en el que habitaba el Leviatán, temible criatura conocida por su violencia, por actuar sin piedad ni compasión, y por ser la fuente de la autoridad para la imposición de males a los hombres del pueblo por sus malas acciones.

En su descenso, el filósofo se cruzó en el camino con un mercader, quien, al escuchar involuntariamente las cavilaciones del primero, se acercó a este y le dijo: «Es cierto que el Leviatán es temible, pero es necesario. Solo por su autoridad, puedo estar seguro de que mis mercancías no serán tomadas arbitrariamente por otros hombres o que incluso mi vida no me será arrebatada de la manera más intolerable por ellos. El Leviatán se vuelve un argumento inapelable ante lo palmario de lo humano. Se vuelve necesario, por eso, ¡renunciar a mi libertad y entregársela a él!». El filósofo, desconcertado por lo que para él era una desdichada revelación de desconfianza ante la libertad, se volvió a él y le dijo: «Es angustioso el poco valor que le concedes a tu libertad, y no menos desesperante es tu predilección por la más férrea autoridad, ¡incluso en perjuicio de tu propio albedrío! No encuentro consuelo ante tu resignación, pero si de algo te sirve, mercader, he de decirte que no es el miedo, sino la razón, el soporte de la conciliación entre lo tuyo y lo ajeno». Ante esto, el mercader, irritado, respondió: «¡Es cierto que estoy amenazado por el poder del Leviatán, pero los demás también lo estarán y, solo por eso, estoy seguro de no ser objeto de agresiones o amenazas! ¡Eso ya significa ser libre! ¡Y tanto las leyes generales que nos vinculan a todos como los males que se imponen por incumplir aquellas no encuentran otro motivo!». Insatisfecho, el filósofo exclamó: «¡No me es lícito confundirme con aquellos no dispuestos a prestar sus oídos! Pero he de decirte, mercader, que aquello a lo que llamas libertad es para ti más una concesión y menos un derecho».

Continuando en su marcha hacia el lago de su patria, el filósofo divisó pronto al juez, a quien se acercó y le dijo: «¡Tú, súbdito de la violencia, lacayo del Leviatán! Bríndame razones que me permitan entender en qué se legitima ese poder... ¡Y en qué se fundamenta ese irrenunciable deber de castigar que por razón de tu oficio se ha convertido en una pesada carga que has de soportar! Tu deber de castigar no solo presupone un poder de juzgar, sino también ser uno mismo con el Leviatán ¡Pues quien posee la espada ha de poseer también la balanza!». Extrañado por el repentino reclamo, respondió el juez: «Me sorprende, proviniendo de ti, esa benevolencia con la falta de certeza en las palabras... tal vez ella sea solo una indeseable consecuencia de que todo objeto de adoración que cae en las manos de hombres reflexivos como tú sea puesto en peligro de muerte». Ante la sorpresa del filósofo, continuó el juez: «Pensar constituye tu noble ocupación, pero actuar describe la mía, y ese actuar es también ejercicio de un poder. Concederles vida a las letras muertas refleja mi digna labor, ¡sobre todo cuando con ello no hago más que preparar el terreno fértil para que los hombres ejerzan su libertad!». El filósofo, incrédulo, expresó irónicamente: «¿Libertad? ¿Cuál libertad? ¿La de un perro hambriento al que hay que amedrentar con un palo para que no se acerque a mis alimentos? Has de saber aquí y ahora que se ha refugiado en la conciencia de los hombres del pueblo la idea de que el Leviatán es necesario, y que las leyes emanadas de él y los males que se imponen por no observarlas también lo son... Ay, ¡qué desdichados son! La ley pretende intimidar, pues no otra cosa cabe extraer de que ella esté unida con la amenaza de un mal. Y a ti, como aplicador de esa ley, solo te queda un camino por recorrer, lo que es lo mismo que decir que sobre ti recae un irrenunciable deber: imponer ese mal para decirle al pueblo que aquella amenaza no era un juego. ¿Cabe imponer ese mal a toda costa, incluso a quienes no hayan podido ver o entender la ley, solo porque esa imposición es conveniente?». El juez replicó airadamente: «¡La forma cómo el Leviatán manifiesta su poder hacia los súbditos va más allá de la promulgación de sus deseos en una ley, y si fuera menos que ello, sería ciertamente una tragedia! Pero incluso si así fuera, como en toda tragedia, no nos puede ser ajeno un aire purificador: a mí me concierne que el Leviatán piense que está ejerciendo su poder y a ti te concierne que el Leviatán piense que su poder es legítimo. ¡Tanto tú, como yo, filósofo, somos barreras de un poder incontenible, limitable, sin embargo, solo por la razón!». El filósofo entendió entonces que el juez era un aliado y no un oponente. Mirando al horizonte, el juez sentenció: «No es ley aquello que el Leviatán conoció, sino aquello que

él quiso. Y entre lo que conoce y lo que quiere, hay un resquicio para hacer de lo real lo aparente: mostrar aquello que él quiere sin que él lo conozca... no olvides, filósofo, que el único lenguaje que el Leviatán entiende es el lenguaje del poder... y solo en ese lenguaje podemos dialogar con él. Pero esto no nos impide traducir ese lenguaje, a uno que tome en serio a los hombres... y a sus motivos». El filósofo, en silencio, escuchó la sentencia del juez: «Filósofo, así como el terror creó a los dioses, son los hombres los que han creado al Leviatán, pero es este el que me ha creado a mí... y siendo uno con él, puedo limitarlo. A veces la balanza puede pesar más que la espada. Y solo con tu ayuda puedo hacer que eso suceda».

El filósofo siguió su camino y llegó finalmente al lago de su patria, donde se encontró cara a cara con el Leviatán. «He venido hasta este lugar desde las montañas para cuestionar tu poder», expresó el primero, mientras miraba fijamente a la formidable criatura. «¿La ley es un mandato general que ha de ir acompañada de la peor de las amenazas? ¿No es esa más que una infausta confesión de que la ley ha de ser cumplida a cualquier costo? ¿Qué pasará con quienes no la conozcan o, conociéndola, no la comprendan? ¿De qué sirve una ley para todos y para ninguno! No porque se amenace con un mal la realización de un robo este dejará de ser cometido, así como tampoco mediante la imposición de un mal por la realización de ese robo es admisible decirles a todos los hombres que no han de robar. Aceptar todo esto haría que yo deje de ser un filósofo para convertirme en un falso profeta, que se sostiene en la fe y no en la razón». El Leviatán, esbozando una leve sonrisa debido a la vehemencia del visitante, exclamó: «Filósofo, tú que eres bestia y que eres dios, has de entender que durante tu estancia en las montañas el mundo ha cambiado. A nadie ha de serle impuesto un mal no anudado a una ley inexistente al momento de ser realizado el acto indeseado. Y he puesto en manos de otros la balanza, quedándose para mí solo la espada, pues solo mediante esta puedo hablar. Certeras son tus palabras como un dardo hundido prodigiosamente en el centro de una diana. Yo solo puedo hablar el lenguaje del poder, y eso se refleja en la ley. Posiblemente esta, diseñada en la manera en la que está hecha, no se dirija a quienes tú crees que se dirige. La ley no es vidente con respecto a los súbditos, sino ciega con respecto a ellos. Probablemente esa misma ley incluye un mensaje que ya ha sido conocido antes por quien actúa, y solo sobre la base de ese conocimiento tenga que responder aquel por su acción indeseable... tal vez la ley solo sea para muchos una invitación a la prudencia... y tal vez en ello tengan razón. Pero puede ser que no sea esa

ley aquello que es genuinamente transgredido y que hace que el hombre que actúa injustamente deba responder de manera merecida por lo que hace». El filósofo, cansado, logró darse cuenta de que el sentido de la ley se encontraba más en la convicción y menos en la amenaza, y que tal vez la ley sea solo general en apariencia y el recurso a ella no sea para constituir, sino para declarar. Por eso, dijo: «Tal vez bajo el manto de una ley que aparentemente pretenda ser objeto de cumplimiento por el súbdito, haya algo de lo que él no se puede sustraer, y que la pretensión de esa ley no sea, de manera exclusiva y excluyente, evitar la ocurrencia de malas acciones, sino que haya otras cosas que mediante ella se pueden conseguir». Evitando mirar al filósofo, quien había caído de rodillas en las orillas del lago y se encontraba contemplando al cielo con la mirada perdida, cautivado por haber encontrado las respuestas a sus preguntas, replicó el Leviatán con condescendencia: «si lo piensas bien, filósofo, el empleo de la violencia no tiene por qué ser indiferente al sometimiento a la razón».

INTRODUCCIÓN

La ciencia del Derecho penal, siguiendo, posiblemente, las enseñanzas de FEUERBACH¹, describe usualmente sus fundamentos desde la perspectiva de la pena. Sin embargo, esta orientación podría no ser suficiente. Así, aunque las más importantes exposiciones del Derecho penal se ocupen de las denominadas «teorías de la pena»² (frecuentemente) en sus primeras páginas³, no se debe pasar por alto el hecho de que la fundamentación del Derecho penal no se puede limitar a la fundamentación de la pena⁴. M. E. MAYER había señalado correctamente que la fundamentación del Derecho penal únicamente desde la perspectiva de la pena sería una «arrogación injustificada», pues la pena es solamente «una mitad del objeto de la reflexión»⁵. Esta observación expresaría, en realidad, la exigencia de un cambio de paradigma⁶, pues, según el mencionado autor, el Derecho penal no debe referirse a una teoría de la pena, sino a una teoría de la norma, fundamentada en el Derecho público o en la Filosofía del Derecho⁷. Con este planteamiento, M. E. MAYER pretendía justificar la utilización de una teoría de las normas como base metodológica para una teoría del Derecho penal, que en ese momento, finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, se debatía entre dos orientaciones: la teoría de las normas de BINDING, quien, con una posición estrechamente ligada al positivismo jurídico, consideraba que la norma, conceptualmente previa a la ley penal, era de naturaleza jurídico-pública⁸; y, la teoría de las normas del propio M. E. MAYER, quien, con una postura más filosófica, planteaba que

¹ FEUERBACH, *Revision*, t. I, 1799, 1 ss.

² Al respecto, GRECO, *Teoría de la pena*, 2015, 158, considera que la teoría de la pena es parte de lo que podría denominarse teoría del Estado, esto es, «la teoría de las condiciones del ejercicio legítimo del poder por parte del Estado». La pena constituye la reacción más contundente a disposición del Estado para regular y organizar las relaciones sociales. Este carácter obliga a desarrollar todo un discurso argumentativo desde una perspectiva ético-política.

³ Por solo mencionar aquí algunas, VON LISZT/SCHMIDT, Eb., *Lehrbuch*, 26.ª ed., 1932, 27 ss.; MEZGER, *Tratado*, t. II, 1957, 397 ss.; ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 3/1 ss.

⁴ Es importante señalar que, si se produce una distinción entre el fin del Derecho penal y el fin de la pena, entonces se podrá reconocer que los alcances del primero son más amplios que los del segundo. En todo caso, desde una perspectiva que entienda que el fin del Derecho penal es el de proteger bienes jurídicos y que el fin de la pena es el de prevención general negativa (o intimidatoria), resulta bastante clara la perspectiva instrumental que tiene la pena con respecto al Derecho penal. Esta orientación cambia desde la perspectiva de la prevención general positiva, en la que el fin del Derecho penal y el fin de la pena parecen coincidir (la protección del ordenamiento jurídico, siendo este un medio para proteger bienes jurídicos o constituyéndose como el único fin). Al respecto, ALCÁCER GUIRAO, ADPCP 1998, 365 ss. En la teoría de la prevención general positiva los fines del Derecho penal y los fines de la pena parecen tratarse como cuestiones equivalentes. Al respecto, por todos, NEUMANN/SCHROTH, *Kriminalität und Strafe*, 1980, 34; HÖRNLE/VON HIRSCH, GA 1995, 261; HASSEMER, en: HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE, *Prevención general*, 2004, 45 ss.

⁵ MAYER, M. E., AT, 1915, 417.

⁶ CALLIESS, *Dialogisches Recht*, 2005, 85.

⁷ MAYER, M. E., AT, 1915, 418.

⁸ BINDING, *Handbuch*, t. I, 1885, 162.

la norma no poseía carácter jurídico, sino que era una norma de cultura⁹. Aunque ninguna de estas orientaciones pudo imponerse en la ciencia jurídico-penal¹⁰ (la concepción de BINDING fue demasiado iuspositivista¹¹, mientras que la comprensión de la norma de M. E. MAYER fue excesivamente metajurídica¹²), no puede negarse que el recurso a la idea de la norma se mantiene hasta hoy¹³, principalmente, en la difundida separación entre «norma de conducta» y «norma de sanción»¹⁴, distinción que «pertenece desde hace tiempo al patrimonio común de la ciencia jurídico-penal alemana»¹⁵.

La teoría de las normas señala básicamente que existe una distinción conceptual entre una norma primaria (denominada también «norma de conducta») y una norma secundaria («norma de sanción»)¹⁶. En ese sentido, la comisión de un delito no supone solamente que el correspondiente hecho típicamente antijurídico y culpable se haya realizado, sino principalmente que la norma primaria –esto es, un mandato o una prohibición dirigida al ciudadano– subyacente al precepto penal, se ha infringido, y que esta infracción constituye el necesario presupuesto para la aplicación de la norma secundaria, dirigida al juez. Este aparentemente sencillo planteamiento, admitido por diversos autores¹⁷, posee, a mi juicio,

⁹ MAYER, M. E., *Rechtsnormen*, 1903, 17.

¹⁰ Sobre la teoría de las normas de BINDING y M. E. MAYER, por todos, MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 32 ss.

¹¹ KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewußtsein*, 1949, 43. Como señala CALLIESS, *Dialogisches Recht*, 2005, 86, si la teoría de las normas de BINDING no logró imponerse fue porque «era puramente estática y orientada al positivismo».

¹² BINDING, *Normen*, t. II-1, 2.ª ed., 1914, 368 ss.

¹³ En Alemania el tratamiento de la relación entre el Derecho penal y la teoría de las normas es, evidentemente, más antiguo. Más allá de las investigaciones «clásicas», pueden destacarse aquí algunas de las aparecidas en los últimos treinta años: LIPPOLD, *Reine Rechtslehre*, 1989, 42 ss.; VOGEL, *Norm*, 1993, 27 ss., 33 ss.; KORIATH, *Grundlagen*, 1994, 25 ss.; MIKUS, *Verhaltensnorm*, 2002, 19 ss.; RENZIKOWSKI, ARSP 87, 2001, 110 ss.; *FS-Gössel*, 2002, 3 ss.; ARSP 104, 2005, 115 ss.; GA 2007, 561 ss.; AST, *Normentheorie*, 2011, 10 ss.; ZACZYK, GA 2014, 73 ss.; ROSTALSKI, GA 2016, 73 ss.; en: SCHNEIDER, A./WAGNER, *Normentheorie*, 2018, 105 ss.; HERZBERG, GA 2016, 737 ss. En España, han de destacarse las recientes investigaciones de VARELA, *Dolo*, 2016, 76 ss.; COCA VILA, *Colisión de deberes*, 2016, 131 ss.

¹⁴ Distinción que lleva a RENZIKOWSKI, ARSP 104, 2005, 116, a hablar de una «teoría dualista de las normas» («*dualistische Normentheorie*»).

¹⁵ RENZIKOWSKI, GA 2007, 561.

¹⁶ Sobre esta distinción conceptual, por todos, RUDOLPHI, en: SCHÜNEMANN (Comp.), *Sistema*, 1991, 81; HAFFKE, en: SILVA SÁNCHEZ (ed. española)/SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.), *Fundamentos*, 1995, 129 ss.; SCHILD, *FS-Jakobs*, 2007, 601 ss.; SCHROEDER, F. C.: *FS-Otto*, 2007, 167; BACIGALUPO, *Teoría*, t. I, 2005, 278; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 505 ss.; AST, *Normentheorie*, 2011, 10.

¹⁷ Diversos autores, tanto en la doctrina alemana como española, han admitido consideraciones de la teoría de las normas. Por todos, en Alemania, WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, 46 ss.; FRISCH, *Vorsatz*, 1983, 505; *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, 1988, 518 ss. (=Comportamiento típico, 2004, 549 ss.); FREUND, *Erfolgssdelikt*, 1992. En España, por todos, MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 53 ss.; *Función*, 2.ª ed., 1982, 41 ss.; ADPCP 1994, 5 ss.; RECPC 06-02 (2004), 1 ss.; *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. II, 2008, 1313; DP. PG., 10.ª ed., 2016, 6/9, *passim*; LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 5 ss.; *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 1/10, *passim*; SILVA SÁNCHEZ, *Normas*, 2003, 15 ss.; *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 505 ss.; GRACIA MARTÍN, *Fundamentos*, 2006, 63 ss.; RECPC 18-18 (2006), 2 ss.

importantes consecuencias tanto para la teoría del delito como para la teoría de la pena¹⁸. Con todo, no se puede pasar por alto el hecho de que la teoría de las normas no ha estado exenta de críticas, las que se sostienen principalmente en la negación de la posibilidad de entender a la norma como un mensaje prescriptivo, esto es, como mecanismo para orientar la conducta de los ciudadanos¹⁹. Asimismo, otros autores le restan importancia a la función directiva de la norma, entendiendo que esta es solo una función latente, esto es, un efecto psicológico de carácter secundario que no constituye el principal cometido del Derecho penal²⁰. Más allá de la referencia a estas orientaciones críticas (que serán abordadas con amplitud en el marco de esta investigación), ha de señalarse que la teoría de las normas, pese a los diversos aspectos que de ella se desprenden y que han merecido atención en la ciencia jurídico-penal²¹, por sí sola no puede resolver los problemas del Derecho penal material, sino que, en todo caso, únicamente brinda un marco conceptual con el que sería posible precisar los problemas dogmáticos y facilitar así una discusión metodológica²².

Una de las cuestiones fundamentales en esta investigación tiene que ver con la razón por la que el Estado recurre a las normas. Que el Estado utilice a la norma como instrumento debe tener algún sentido. Pues bien, la única forma a disposición del Estado para dirigir las conductas humanas es, precisamente, mediante las normas. Pero aquel no quiere dirigir esas conductas de cualquier manera: la utilización de las normas debe tener algún sentido, pues aquellas constituyen materialmente una limitación de la libertad de acción del ciudadano. Tal sentido es, precisamente, el referido a la necesidad de resguardo o

¹⁸ Vale la pena mencionar aquí que solo la relación entre la teoría del delito y la teoría de la pena constituye un asunto ampliamente debatido. PAWLIK, *FS-Jakobs*, 2007, 469 ss., 477 ss., señala que la configuración del concepto de delito depende decisivamente del tipo y forma de la legitimación de la pena. En ese sentido, sostiene también PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 52, que «El esclarecimiento del nexo entre la fundamentación de la pena y el concepto de delito concierne a la teoría general del delito». Por su parte, HRUSCHKA, *JZ* 1985, 2 ss. (= *Estudios*, 2005, 256 ss.), señaló que las teorías de la pena solo tendrían que ver con la pena como consecuencia jurídica, por lo que no podrían contribuir al concepto de delito como presupuesto de aquella consecuencia jurídica. Así, afirmó que «el concepto de delito ni siquiera se deriva de las teorías de la pena. En efecto, las teorías de la pena tienen que ver con la pena en cuanto *consecuencia jurídica* asociada al delito, y no con el concepto de delito expresado entre los *presupuestos* de la consecuencia jurídica» (cursiva en el original).

¹⁹ Esta posición es la que caracteriza a algunos autores especialmente comprometidos con los lineamientos propios de una teoría pura del Derecho, desarrollada por KELSEN. Al respecto, NOWAKOWSKI, *ZStW* 63 (1951), 287 ss.; LIPPOLD, *Reine Rechtslehre*, 1989, 27 ss.; KORIATH, *Grundlagen*, 1994, 304; HOYER, *Strafrechtsdogmatik*, 1997, 14 ss.; HEIDEMANN, *Norm*, 1997, 44; SCHMID, *Tatbestand*, 2002, 73.

²⁰ LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, 203; JAKOBS, *Norm*, 3.ª ed., 2008, 52 ss.

²¹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 584, explica que la teoría de las normas abarca diversos ámbitos de estas, como «su existencia como enunciados de deber ser; (...) su vocación de dirección de conducta, y (...) su relevancia para construir con base en ellas la teoría del delito».

²² RENZIKOWSKI, *FS-Gössel*, 2002, 13; SCHNEIDER, A., *Verhaltensnorm*, 2011, 35.

protección de intereses reconocidos como indispensables, esto es, de bienes jurídicos, los que se encuentran en la base de las normas de mandato o prohibición. Hasta aquí no se ha dicho nada nuevo y hasta se podría decir que lo acabado de presentar constituye un asunto pacífico en la ciencia jurídico-penal. Sin embargo, si se profundiza un poco más sobre las propias bases de la orientación antes expuesta, será posible reconocer una visión consecuencialista del Derecho penal, que concentra su atención en el fin de protección de bienes jurídicos. Esta comprensión, aunque no es necesariamente incorrecta, sí que necesita de mayores precisiones. Esto es así pues el enfoque limitado a la protección de bienes jurídicos podría reducir el interés que despierta la propia idea de norma, que, como se dijo, es el único instrumento a disposición del Estado para alcanzar sus pretensiones protectoras. La perspectiva consecuencialista antes mencionada se contrapone claramente a la visión deontológica, propia del establecimiento de normas. La discusión, propia de la ética normativa, entre consecuencialismo y deontologismo, vive también en el marco de la reflexión entre la relación entre el Estado y los ciudadanos, pero también, de manera particular, en la norma como medio de interrelación entre ambos.

La definición de la categoría dogmática del injusto como contrariedad a Derecho genera importantes inquietudes cuando se le vincula al concepto de norma: si la norma es entendida como un mensaje de carácter prescriptivo orientado a regular la conducta de sus destinatarios –esto es, si la norma se entiende desde una perspectiva imperativo-instrumental–, entonces las condiciones subjetivo-individuales (por ejemplo, la imputabilidad o el conocimiento de la norma) de aquellos deberían tomarse en cuenta para determinar la infracción de la norma. Solo con este planteamiento –problemático y en absoluto novedoso²³–, la arraigada distinción entre injusto y culpabilidad sería puesta en tela de juicio. Aquel refleja una de las cuestiones que intentarán ser explicadas y desarrolladas a lo largo de la presente investigación: si es posible o no mantener una comprensión de la norma de carácter imperativo y al mismo tiempo la distinción entre injusto y culpabilidad. En cuanto a la relación entre estas categorías dogmáticas, aquí solo puedo limitarme a decir que el injusto no podría analizarse sin hacer continuas referencias a la culpabilidad, elemento al que se vincula sistemáticamente como inmediato antecedente en el marco de la referida estructura. El establecimiento de la línea fronteriza que divide conceptualmente el injusto de la culpabilidad supone imperiosamente, como es claro, la

²³ Su origen se encuentra en MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 42 ss.

indagación sobre el contenido de cada una de aquellas categorías, pues los elementos o las circunstancias que se estimen dentro de los contornos del primer nivel de análisis (injusto) del concepto de delito no podrán ingresar dentro del umbral del segundo (culpabilidad), si es que se quiere mantener la ambicionada racionalidad sistemática y la construcción y aplicación eficiente de las construcciones dogmáticas.

La doctrina mayoritaria considera que el Derecho penal tiene un fin preventivo²⁴. Esto, a mi modo de ver, ha repercutido en la usual comprensión de la norma: esta debe ser un mensaje prescriptivo lo más amplio y general posible. La consecuencia de este planteamiento, ya en el ámbito del concepto de delito, sostenido por la distinción entre injusto y culpabilidad, parece ser, entonces, bastante clara: si el Derecho penal tiene ese fin preventivo, este debe orientarse a la evitación de las conductas antijurídicas de todos los sujetos, y no solo de las conductas culpables. Por lo tanto, independientemente de las condiciones individuales de los sujetos, el fin preventivo del Derecho penal impone la necesidad de expresar normas «abstractas y generales», esto es, mandatos y prohibiciones amplios, dirigidos a todos los ciudadanos, pues cabe la posibilidad, por mínima que sea, de que ellos reciban tales normas y así puedan orientar sus conductas de tal manera que no desencadenen afectaciones de bienes jurídicos. Este planteamiento, sin embargo, podría generar algunas inquietudes. En cuanto a la norma, en la medida que al Derecho penal se le adjudica el fin de protección de bienes jurídicos y a la pena el fin de evitar futuras acciones de carácter lesivo mediante la intimidación o disuasión («amenaza» de la imposición de una sanción, la que tiene un alcance «abstracto» y «general», esto es, se dirige «a todos»), entonces la norma, como genuino mensaje prescriptivo, como mandato o determinación, pierde trascendencia conceptual y se vuelve un mero componente de la conminación penal como principal manifestación de ese fin de intimidación. En cuanto a la pena, concretamente, lo referido a su imposición, se señala generalmente que también debe mantener ese carácter preventivo. Pero en este ámbito (en el que ya se ha producido un hecho y, por tanto, se refiere al pasado, y en el que se concentra tanto la teoría de la prevención general positiva como la de la retribución), mantener una perspectiva genuinamente preventiva resulta difícil: en la medida que se considera que la imposición de la pena exige culpabilidad (una categoría que proviene del discurso retributivo), entonces las finalidades preventivas han de estar limitadas por la culpabilidad del sujeto.

²⁴ Por todos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: PRESNO LINERA/RIVAYA, *Introducción*, 2006, 95.

Pero la asignación a la culpabilidad de una tarea solo limitadora y no fundamentadora no refleja, a mi modo de ver, lo que la culpabilidad debe expresar: la legitimación de la imposición de la pena también frente al individuo (fundamentación de la culpabilidad) y no solo frente a la sociedad (fundamentación de la imposición de la pena en la prevención con la culpabilidad solo como límite)²⁵.

En todo caso, si se le asigna al Derecho penal un fin preventivo, con la comisión de un delito a aquel no le quedará más que reconocer su fracaso: con el solo inicio de la ejecución de un hecho punible, el fundamento preventivo se erosiona sensiblemente o, dicho de otra manera, «salta por los aires»²⁶. Como ha señalado célebremente WELZEL, cuando el Derecho penal entra en acción, ya es «generalmente demasiado tarde»²⁷. Por definición, el pensamiento preventivo implica la reacción frente a la peligrosidad²⁸. Pero la intervención penal no puede adelantarse de tal manera que pretenda cautelar de forma anticipada la indemnidad de los bienes jurídicos que se pretenden proteger: no solo porque limitaría desmesuradamente la libertad de acción, sino también porque, siendo consciente de su fracaso, trataría de anticiparse a él pudiendo generar una situación incluso contraproducente (que en última instancia, lo deslegitimaría), esto es, la reacción frente a la mera peligrosidad y no ya con necesaria e irrenunciable observancia de la culpabilidad del individuo. Considero que un planteamiento desarrollado desde la perspectiva de la teoría de las normas tiene algo que ofrecer al escenario problemático acabado de presentar. Así, a partir de la ya mencionada distinción entre norma primaria y norma secundaria y de una correcta comprensión de la norma como mensaje prescriptivo, esto es, como mandato o

²⁵ La imposición de penas tomando en cuenta únicamente intereses preventivos es, hasta hoy, la principal crítica que, en general, se le puede oponer a las teorías preventivas de la pena. En la misma orientación, ERBER-SCHROPP, *Schuld*, 2016, 46.

²⁶ Si se distingue entre fin de la pena y fin del Derecho penal, a este último se le asigna el fin de proteger bienes jurídicos. El asunto está en que si el fin de la pena (intimidación) y el fin del Derecho penal (protección de bienes jurídicos) tienen una perspectiva prospectiva, entonces es sencillo identificarlos. ¿Qué sucede cuando se ha cometido un delito y ya se ha afectado un bien jurídico? Se trata, como es claro, de un bien jurídico que ya no puede ser protegido (pues ya se ha afectado), pues, como señala ALCÁCER GIRAÓ, ADPCP 1998, 374, «el pasado no puede modificarse». Se dice, entonces, que la protección se produce sobre los bienes jurídicos que no han sido afectados. La pregunta es: ¿Cómo se puede garantizar la protección de bienes que aún no han sido lesionados cuando esa protección (con los mismos medios) ya ha fracasado mediante la realización de un hecho punible (y la correspondiente afectación de un bien jurídico)?

²⁷ WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, 3 (=DP. PG., 1970, 13)

²⁸ Afirmar que la norma primaria tiene una función preventiva (idea correcta), y vincular esta función preventiva con la idea de intimidación general (idea incorrecta), lleva a tres conclusiones que inevitablemente resultan también incorrectas: 1) que la norma es un mensaje «abstracto» y «general»; 2) que la pena (concretamente, la conminación penal) es un elemento constitutivo (y definitorio) de la norma primaria; y, 3) que la norma primaria funciona «amenazando» o «advirtiendo el mal que buscará concretar» en caso de que no se haga lo que manda o se haga lo que prohíbe.

prohibición (o, en términos de filosofía práctica, como una razón secundaria para actuar u omitir), no sería posible considerar a la norma primaria como un mandato o una prohibición «abstracta» y «general» (consideración que se deriva –entre otras razones– de la prevención general negativa, que traslada la «generalidad» de la conminación penal a la propia norma primaria y desvirtúa el genuino carácter prescriptivo de esta). La norma primaria, en realidad, constituiría un primer nivel de limitación de la libertad de acción, dirigiéndose al individuo en la situación concreta, esto es, al momento del hecho, para así materializar una genuina relación normativa entre la norma y el destinatario (quien debe poseer las condiciones necesarias para tener esta condición).

Con esta primera aproximación, parece ser que se ha de exigir que el destinatario de la norma la conozca o pueda actuar conforme a esa comprensión, esto es, que posea la capacidad de ser culpable, lo que conduciría, casi inmediatamente, a entender a la culpabilidad como presupuesto del delito, con lo que habría que seguir la dirección propuesta por algunos autores que concluyen en la inescindibilidad de injusto y culpabilidad (por lo que aluden únicamente a un «injusto culpable»)²⁹. Esto, en mi opinión, no es necesariamente así: en esta investigación se propone que el mantenimiento de la distinción categorial entre injusto y culpabilidad es posible, desarrollando al mismo tiempo una comprensión normológica consecuente. La capacidad de culpabilidad es, en todo caso, presupuesto indispensable de la imposición de la pena que, por definición, es una medida estrictamente personal. En su carácter personalísimo coinciden, como puede preverse, la imposición de la pena y la categoría dogmática de la culpabilidad como necesario e irrenunciable presupuesto de esa imposición.

Para hacer efectivo su fin preventivo, el Derecho penal tendría que hacer una concesión: ante el inicio de la realización de un hecho de relevancia jurídico-penal (con cuya ocurrencia la comprensión generalizada de la prevención habría fracasado), el Derecho penal asignaría un derecho de defensa (frente a la realización de un hecho jurídico-penalmente relevante por un capaz de culpabilidad) o un derecho de necesidad (frente a la aparición de un hecho jurídico-penalmente relevante proveniente de, por ejemplo, un inimputable). Si el Derecho penal asigna ese derecho subjetivo es porque la actuación que

²⁹ Recientemente, a favor de un injusto culpable, ROSTALSKI, GA 2016, 73 ss.; en: SCHNEIDER, A./WAGNER, *Normentheorie*, 2018, 105 ss.

expresa su ejercicio (mediante actos típicos) ya no será prohibida por una norma primaria, es decir: el hecho ha de ser calificado deónticamente como «permitido» o, en la terminología usual, como «justificado». Esto, de alguna manera, ya había sido contemplado por la teoría de los imperativos, que reconoció (aunque no desarrolló) la «otra cara» del mandato o la prohibición (del imperativo), esto es, el derecho subjetivo. Es entonces mediante la asignación de derechos subjetivos que se produce un escenario dinámico, en el que entran en juego consideraciones normativo-valorativas, de interrelación entre las esferas jurídicas que entran en conflicto.

El fin de protección de bienes jurídicos o, en términos más usuales, la pretensión preventiva asignada a la norma primaria se produce entonces, desde la perspectiva aquí propuesta, no solo mediante la imposición de un deber de hacer u omitir al destinatario (idóneo) en una situación concreta, sino también mediante la asignación de un derecho subjetivo como correspondencia al deber impuesto al destinatario de la norma. Si en una situación concreta se impone un deber a un individuo, es porque es en esa situación concreta en la que se espera de él una determinada acción u omisión. Esa expectativa no es una de carácter general, sino que debe corresponder al deber que en la situación concreta se le impone al obligado. La asignación de un derecho subjetivo, como contrapartida al deber impuesto, supone el reconocimiento de la posibilidad de despliegue de la función de exclusión (a terceros) de ese derecho, protegiendo mediante este procedimiento los correspondientes bienes jurídicos. Por tanto, mediante aquella asignación de un derecho subjetivo (cuyo ejercicio o no queda ya bajo la discreción del beneficiado), el Derecho penal mantiene su pretensión preventiva: se protege al ciudadano frente a la arbitrariedad de otro ciudadano.

Que en esta investigación se admita que la norma primaria solo despliega sus efectos directivos en un específico contexto individual-situacional y que se relaciona con la conminación penal (primera manifestación de la norma secundaria) desde la perspectiva de la diferente intensidad que una y otra significan para la libertad de acción, parecería proponer que la prevención general negativa (o, dicho de manera más correcta, prevención general intimidatoria o disuasiva) no posee importancia. Las leyes penales, primero, son publicadas de manera oficial, por lo que, con ello, no solo cumple un imprescindible presupuesto formal (promulgación y, por tanto, entrada en vigor), sino que también

pretende tener la mayor difusión posible en la sociedad³⁰. Asimismo, si las leyes penales no tuvieran trascendencia para la sociedad, entonces no se explicaría el tantas veces criticado recurso al denominado «Derecho penal simbólico», lo que, al parecer, es una prueba de que la ley penal alcanza (o pretende hacerlo) a los ciudadanos³¹. La prevención general negativa (intimidatoria o disuasiva), sin embargo, posee una tarea limitada y su importancia no puede ser sobredimensionada³². En todo caso, cabe destacar aquí que el Derecho penal, esto es, sus leyes, si bien por lo general pueden no ser conocidas de manera directa³³, sí que pueden serlo de manera indirecta. Que esto sea así (esto es, que se conozcan de manera indirecta y no directa) no significa que el legislador, con el poder otorgado por el Estado, no pretenda, con la ley, alcanzar a todos los ciudadanos. Esto prueba, solamente, la eficacia relativa de los medios del Derecho penal frente a otros medios de control existentes en la sociedad³⁴, particularmente, en los tiempos actuales, los medios de comunicación de masas³⁵ (que expresan y, por tanto, difunden, el carácter penal de algunas leyes y su aplicación en los casos concretos³⁶). A lo largo de la investigación se trata de destacar la idea de que la ley penal influye de manera indirecta sobre los integrantes de la sociedad pues en primera línea los valores que aquella recoge se expresan mediante otros medios de control social, principalmente, el proceso educativo³⁷. Esto refleja, entonces, que «No hay medio que sea idóneo exclusivamente para promover un

³⁰ La conminación penal tiene efectos preventivo-generales. Para alcanzarlos, aquella (la conminación penal) debe ser conocida de modo general. Esto quiere decir que al Estado se le exige que las leyes sean públicas (el Estado debe esforzarse para que eso sea así), de tal manera que los individuos puedan conocer los hechos amenazados con pena (con lo que se les otorgaría una razón prudencial para no cometer tales hechos, precisamente porque, si son realizados, tendrían como consecuencia la imposición de una pena). Al respecto, GRECO, *Teoría de la pena*, 2015, 283.

³¹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 520.

³² SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 494, al respecto, alude a tres problemas que hacen que la prevención general negativa, disuasoria o intimidatoria, no se admita como criterio legitimador del Derecho penal: «En primer lugar, que la teoría de la prevención general intimidatoria no está en condiciones de darse a sí misma aquello que debe prevenir (esto es, un concepto de delito); en segundo lugar, que el Derecho penal en realidad no ha hecho suya la lógica de dicha teoría; por último, que dicha concepción elimina el significado autónomo del momento de la declaración de culpabilidad y de condena, que caracteriza como mera confirmación de la seriedad de la amenaza».

³³ VOB, *Gesetzgebung*, 1989, 191.

³⁴ HOERSTER, *JZ* 1989, 12.

³⁵ VOB, *Gesetzgebung*, 1989, 191.

³⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 520. Es necesario mencionar que aquí se utiliza deliberadamente el término «leyes» y no «normas», pues, como podrá quedar claro a lo largo de la investigación, la norma no puede ser un mandato o prohibición «abstracto y general», sino que constituye un mensaje prescriptivo que impone un deber de actuar u omitir en una situación concreta. Por lo demás, si se regresan a las reflexiones de FEUERBACH, de quien proviene la actualmente denominada «teoría de la prevención general negativa», queda en evidencia que este se refería a las leyes penales (en las que quedaba incorporada la amenaza de pena) y no a las normas (genuinamente entendidas).

³⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 557.

único estado de cosas deseado, no hay estado de cosas que sea susceptible de promoción mediante un único medio»³⁸. Solo si se admite esto, se podrá afirmar, como se hace en esta investigación, que la norma, solo en el caso concreto (esto es, en la situación en la que el ciudadano debe convertir la razón de la norma en motivo para actuar u omitir), era conocida o no por el agente³⁹. Únicamente en este marco sería comprensible la denominada «prevención general negativa» (intimidatoria o disuasiva), la que demuestra en él su limitado alcance como para contribuir a la construcción del delito: su principal consecuencia, que sería el conocimiento de la punibilidad, es un supuesto negado en la doctrina penal⁴⁰.

A lo largo de la investigación se podrá percibir un asunto importante: que al Derecho penal únicamente le interesan las acciones manifestadas al exterior, independientemente de las actitudes internas referidas a la falta de adhesión a las convicciones sociales generales o incluso al deseo de menoscabar un bien jurídico o de infringir una norma. Por esto, solo adquiere relevancia la falta de reconocimiento de la norma (esto es, la no transformación de la razón de la norma primaria en motivo para actuar u omitir) que se hace efectiva mediante un comportamiento exterior⁴¹. Pero lo que desde la perspectiva del agente tiene un orden lógico (primero la decisión, luego la exteriorización), desde la perspectiva del juez, ese orden ha de ceder a las pretensiones teleológicas de las categorías de las que él dispone para enjuiciar el hecho: primero lo externo y luego lo interno. Por esto (ante la posible objeción de que en esta investigación se defiende la comprensión de la culpabilidad como presupuesto del delito), no considero que sea posible resolver primero, la cuestión de si el agente es culpable o no para luego deliberar si se trata de un hecho jurídico-penalmente relevante. Las diversas concepciones orientadas a explicar el concepto de delito (inclusive las más normativistas, como, últimamente, la de PAWLIK) no han dejado de reconocer que ha de tenerse en cuenta en primer lugar los hechos (o, si se quiere, una parte objetiva)⁴². Por tanto, el que un hecho sea cometido por una persona en sus capacidades normales o por un inimputable (un enfermo mental o un menor de edad), solo

³⁸ GRECO, InDret 4/2010, 6.

³⁹ VOß, *Gesetzgebung*, 1989, 189, quien señala que «conocimiento no significa subsunción en términos jurídicos ni siquiera “conocimiento vulgar” de los términos de la ley, sino, más bien, “asociación de pautas concretas de comportamiento a la regulación legal”».

⁴⁰ Al respecto, por todos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Error*, 2008, 159 ss.

⁴¹ Parecido, recientemente, CORRÊA CAMARGO, *Concurso*, 2018, 157.

⁴² Que en el planteamiento de PAWLIK correspondería, si no entiendo mal, a la teoría de la competencia (*Zuständigkeitslehre*). Al respecto, PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 259.

permitiría saber si es que se produciría o no la imposición de una pena: si ese hecho es cometido por un agente con capacidades normales, habrá una prognosis de imposición de la pena, pero si es cometido por un inimputable, nunca será posible la imposición de esa. Pero sea que el hecho se cometa por un imputable o por un inimputable (condición que, como se dijo, solo es presupuesto de la imposición de la pena), el Derecho penal debe mantener ese pretendido fin preventivo (esto es, de protección de bienes jurídicos⁴³).

Es probable que este trabajo haya respirado del mismo aire que otras contribuciones en las que se ha intentado proponer planteamientos con los cuales aprehender, de una manera clara (o de la forma más coherente posible), la relevancia del desvalor del resultado sin dejar de lado el punto de partida fundamental consistente en entender a la norma como un mandato o prohibición que tiene por objeto a la conducta humana⁴⁴. En ese sentido, la noción de valoración, como algo distinto a la propia norma, se erige como una consideración de gran trascendencia: «toda infracción de una norma implica una desvaloración, pero no toda desvaloración implica la infracción de una norma»⁴⁵. Pero el recurso a valoraciones trasciende al problema de la ubicación del desvalor del resultado⁴⁶. Ese recurso tiene consecuencias ya en la comprensión de la teoría del delito⁴⁷. La idea de norma que se considera correcta en esta investigación no puede entenderse sin la valoración⁴⁸ (sin que esto suponga la defensa de una presunta «norma de valoración»).

La tesis que se presenta en esta investigación es, entonces, como sigue. La norma primaria constituye una norma de carácter imperativo, esto es, una prohibición o un mandato que

⁴³ Por todos, LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 1/31.

⁴⁴ Principalmente, BINDING, GS 76, 1910 1 ss.

⁴⁵ MIR PUIG, DP. PG., 4.ª ed., 1996, Prólogo, xxiv.

⁴⁶ Así, correctamente, SÁNCHEZ-OSTIZ, *LH-Mir Puig*, 2017, 864.

⁴⁷ Esta investigación, pretende, en palabras de SILVA SÁNCHEZ, *LH-Mir Puig*, 2017, 878, alejarse tanto de la «pretensión radicalmente sintética, según la cual la calificación de un acontecer como antijurídico presupone la plena imputación personal de éste a un agente: expresado gráficamente, “no hay injusto sin culpabilidad”» (siendo el representante más reciente de esta orientación, PAWLIK, *Unrecht*, 2012, *passim*) como de una «pretensión radicalmente analítica, según la cual es posible la tajante separación de la valoración de un acontecer y su imputación a un agente: según la expresión usada por los defensores de este modelo “cabe antinormatividad sin imputación alguna” (igual que cabría imputación sin antinormatividad)» (defendiendo esta posición, entre otros, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, *passim*; VOGEL, *Norm*, 1993, *passim*) (cursiva en el original).

⁴⁸ Precisamente, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewußtsein*, 1949, 43, criticando la teoría de la norma de BINDING, señaló: «Ante la pregunta decisiva, de por qué un delito (*Verbrechen*) está prohibido, la teoría de la norma no es capaz de dar una respuesta». En esta investigación se considera que esa respuesta tiene que ver con las valoraciones de estados de cosas positivos que constituyen el presupuesto del respectivo mandato o prohibición, esto es, de la norma primaria como norma de carácter imperativo.

impone un deber de omitir o de hacer, respectivamente. Esa norma primaria solo puede tener por destinatario a quien posea las condiciones subjetivo-individuales necesarias como para ostentar esa condición. Por esto, la norma no es un mandato o prohibición «abstracto» o «general» o, como se afirma frecuentemente, «dirigida a todos», sino que es un mensaje prescriptivo dirigido a un individuo concreto en una situación concreta. La norma primaria no se limita al ámbito de la tipicidad (como sostenía el finalismo), sino que despliega sus efectos a lo largo de todo el concepto de delito, desempeñando una relación funcional con cada una de las categorías integradas en tal concepto. En el injusto, es la dimensión distributiva de la norma primaria la que despliega sus efectos, mientras que, en la culpabilidad, es la dimensión prescriptiva la que encuentra su posición correcta. De esto se tiene que, a diferencia de lo sostenido por la doctrina dominante, injusto no es antinormatividad, sino que la antinormatividad (o contrariedad a la norma) se encuentra en la culpabilidad⁴⁹, la que constituye el momento definitivo de la responsabilidad jurídico-penal (pues en esta sede se busca justificar, frente al individuo, la imposición de la pena). Ubicada en la culpabilidad, la idea de la infracción de la norma encuentra un escenario en el que puede ser coherentemente interpretada con el principio voluntarista «*ultra posse nemo obligatur*». Si el injusto queda despojado de la antinormatividad, entonces ha de ser interpretado con la mencionada dimensión distributiva de la norma primaria, frecuentemente pasada por alto⁵⁰. Por tanto, si la norma primaria despliega ya efectos en el injusto, es porque la dimensión de los derechos subjetivos entra en juego en este ámbito. El derecho subjetivo constituye la barrera con la que se protege el bien jurídico, dotándole a este de una importante dinámica. La dimensión distributiva de la norma primaria, proyectada sobre el injusto, permite interpretar a esta categoría como aquella en la que se analiza la «compatibilización» entre esferas de libertad, las que recurren al derecho subjetivo (y a sus correspondientes funciones de utilización y exclusión) para relacionarse entre ellas.

⁴⁹ Una propuesta parecida la realiza MIR PUIG, al incluir la contrariedad a la norma como primer ámbito dentro de su concepto de imputación personal. Sobre los alcances de la evolución del pensamiento de MIR PUIG, véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, RDPC 2, 1998, 381 ss.

⁵⁰ Al respecto, RENZIKOWSKI, ARSP 104, 2005, 125 ss. Esta es una idea que creo que ha de resaltarse y debe quedar clara a lo largo de toda la investigación: que se profundice en una teoría de la norma en el ámbito del Derecho penal no necesariamente implica entender (de manera exclusiva y excluyente) a este sector del Derecho como un entramado de instrucciones de comportamiento del individuo. Así, ya STRATENWERTH, Acción, 1991, 81, había destacado que, tras la infracción de la norma, el Derecho penal cumple otras funciones importantes: reforzamiento de la vigencia de la norma lesionada, satisfacción a la víctima, creación de un procedimiento para la resolución ordenada de conflictos, etc.

Si se señala que la norma primaria solo se dirige a quien sea destinatario idóneo, entonces se limita el círculo de destinatarios de la norma. El planteamiento que se podría deducir de esto sería que la norma solo se dirige a los capaces de culpabilidad, por lo que el inimputable (incapaz de culpabilidad) o quien se halla en error de prohibición invencible (no puede conocer lo injusto del hecho) no serían destinatarios de la norma. Esto no solo podría conducir a pensar que la culpabilidad es entendida aquí como presupuesto del delito, sino que, como ya se dijo, también llevaría a afirmar la imposibilidad de hablar de un injusto sin (o independiente de la) culpabilidad. Conforme a la tesis expuesta, es cierto que la norma solo se dirige a quien es capaz de cumplirla (y, por tanto, solo puede imponer un deber a ese capaz de cumplimiento en una situación concreta): esta es una exigencia racional de la norma primaria si es que esta es entendida desde una perspectiva imperativo-instrumental. Pero el punto de partida y las alegadas consecuencias parecen pasar por alto algo importante: concentrar la atención en la culpabilidad como presupuesto del delito (lo que parecería derivarse del punto de partida consistente en que la norma primaria impone un deber solo a quien sea capaz de cumplirla), supone observar solamente la relación normativa entre el destinatario y la norma primaria. Y solo en virtud de esa relación podrá afirmarse aquello que corresponde al destinatario: la infracción del deber impuesto por la norma primaria como culpabilidad, categoría que constituye el presupuesto indispensable e irrenunciable para la imposición de la pena⁵¹. Parece haber entonces una suerte de «salto lógico»: de la idea de que la norma se dirige solo a quien es capaz de culpabilidad (esto es, el destinatario tiene que ser un sujeto idóneo para que se le imponga el deber, lo que en buena cuenta supondría conocer la norma y, principalmente, comprenderla), se pasa a la idea por la cual la culpabilidad se erige en presupuesto del injusto y, por eso, se concluye en la imposibilidad de distinguir entre las categorías del injusto y la culpabilidad. Esta conclusión tiene mucho que ver con la generalizada equiparación conceptual entre injusto y antinormatividad. Pues si injusto es contrariedad a la norma, entonces considerar a la culpabilidad como presupuesto del delito es el momento culminante de la incorporación de todas las condiciones de eficacia de la norma en el injusto para afirmar luego, precisamente, la infracción de ella.

⁵¹ Esto, sin embargo, no debe hacer perder de vista que, en ocasiones, pese a afirmarse la culpabilidad, por otros motivos (de satisfacción o insatisfacción de los miembros de la sociedad con la actuación estatal), no podrá imponerse una pena.

Concentrarse en la culpabilidad no parece satisfacer la perspectiva completa desde la cual ha de abordarse el concepto de delito. De esto ya se había dado cuenta BINDING, quien, en su última etapa (en la que, como se verá más adelante, se había comprometido con un injusto objetivo), buscaba resaltar el lado de las consecuencias del delito. Es importante, a mi juicio, observar este enfoque. Y pienso que la teoría de las normas puede dar una respuesta a esto. La norma, si impone un deber de hacer u omitir a un individuo, permite la aparición de un derecho subjetivo como correspondencia a ese deber. Por tanto, considero que la culpabilidad no es presupuesto del delito, sino que es condición para determinar la intensidad de la función de exclusión del derecho subjetivo asignado a quien se encuentra en el mismo contexto situacional-individual que el obligado: al beneficiado (por el derecho subjetivo) que actúa frente a un culpable, el Derecho le permitirá «más»; a quien actúa frente a un inculpable, el Derecho le permitirá «menos».

En el caso de que no haya destinatario idóneo de la norma primaria, esta no deja de desplegar su función distributiva: se siguen teniendo en cuenta las consecuencias lesivas externas, pues es mediante estas que se produce un desequilibrio en la «compatibilización» de las esferas de libertad, lo que a su vez hace que la interrelación entre individuos no se sostenga más por la libertad sino por la arbitrariedad. La condición de destinatario o no de la norma no repercute en absoluto en la posibilidad de producir materialmente consecuencias lesivas externas jurídico-penalmente relevantes. Estas deben ser tenidas en cuenta principalmente porque pueden afectar bienes jurídicos de terceros. Al existir esta posibilidad, el Derecho debe otorgar el medio necesario para que los terceros puedan proteger sus bienes jurídicos: ese medio es el derecho subjetivo. Esto no supone derivar lo debido de lo necesario, como hace la doctrina mayoritaria al formular una norma «abstracta» y «general» o «dirigida a todos». Si un incapaz de culpabilidad realiza un hecho de relevancia jurídico-penal quedan en evidencia tres cosas. Primero, a ese agente en ningún caso se le podrá imponer una pena: si la imposición de la pena se fundamenta en la culpabilidad (legitimación de la pena frente al individuo) y esta no concurre, entonces, la medida más gravosa a disposición del ordenamiento jurídico no podrá ser impuesta en ningún caso (no hay un «mal» que haya que legitimar frente a él). Segundo, que no haya libertad de voluntad (sobre la que se sostiene materialmente la culpabilidad) no quiere decir que no haya libertad de acción (en el sentido más básico del término) que es lo que permite la realización de hechos de relevancia jurídico-penal. Tercero, el que no haya

culpabilidad del agente no quiere decir que el hecho realizado no tenga trascendencia jurídico-penal. Se admite en esta investigación, por tanto, una dirección contraria a las concepciones que entienden que solo la acción culpable es la jurídico-penalmente relevante o que solo el injusto culpable (es decir, una comprensión unitaria del injusto) es jurídico-penalmente relevante.

CURSO DE LA INVESTIGACIÓN

Esta investigación está compuesta por cinco capítulos. En el primero se lleva a cabo una presentación descriptiva (y, en la medida de lo posible, libre de valoraciones) de la relación entre la teoría de las normas y el concepto de delito desde una perspectiva histórico-dogmática principalmente germana. Así, se pretende describir, mediante una exposición irremediablemente abreviada pero pretendidamente profunda, las formas mediante las que el argumento normológico ha sido utilizado desde los mismos orígenes de la discusión dogmática en la ciencia jurídico-penal alemana. Se intentará resaltar las consecuencias de la utilización de la teoría de la norma, las cuales hasta donde entiendo, son dos: las consecuencias sistemáticas o «externas» (pues la utilización de la teoría de las normas ha determinado la estructura o «imagen exterior» del concepto de delito) y las consecuencias materiales o «internas» (pues la utilización de la teoría de las normas ha repercutido no solo en una específica comprensión de cada una de las categorías integradas en el concepto de delito, sino también en la relación interna entre ellas). La metodología empleada para el desarrollo de este capítulo consiste esencialmente en la referencia a una serie de autores paradigmáticos en la ciencia jurídico-penal alemana, cuyas reflexiones (junto a las de otros, ubicados periféricamente en este capítulo solo por razones expositivas) han marcado el camino del desarrollo de la ciencia del Derecho penal desde finales del siglo XIX hasta el día de hoy. De esta manera, se busca reflejar, desde sus propios orígenes, el «cómo» de la utilización del argumento normológico en el Derecho penal y cuáles son sus principales consecuencias. De entre todos los planteamientos que, como resultado, se han obtenido en el marco del primer capítulo, podría destacar aquí solo cuatro, que, por lo demás, reflejan apreciaciones bastante difundidas y, por lo tanto, parecerían ser pacíficas y conformes a las estimaciones de la opinión mayoritaria en la ciencia jurídico-penal. Primero, que, desde su origen, la relación entre la norma y el Derecho penal se ha concentrado esencialmente en la categoría dogmática del injusto (si esta categoría evoca la «contrariedad al Derecho» y el

Derecho está compuesto por normas, entonces la relación entre injusto y contrariedad a la norma parece alcanzarse casi de manera automática). Segundo, que en la discusión sobre si el injusto poseía un contenido objetivo o uno subjetivo, se impuso, a inicios del siglo XX, la primera orientación, la que permitió la consolidación del pensamiento clasificatorio según el cual el delito se sostiene sobre sus dos pilares conceptuales: el injusto y la culpabilidad. Tercero, esta distinción conceptual, pese a no mantener sus contenidos primitivos (injusto objetivo y culpabilidad subjetiva), es admitida mayoritariamente en la actualidad, aunque con las reformulaciones de contenido realizadas por los diversos aportes dogmáticos llevados a cabo a lo largo del siglo XX. Cuarto, que la doctrina dominante mantiene la distinción entre injusto y culpabilidad, considerando al tiempo que tal distinción es acorde con una teoría de la norma. En esa línea, se reconoce ampliamente que en el ámbito del injusto conviven tanto una norma de determinación como una norma de valoración.

En el segundo capítulo se tiene como objetivo la realización de un análisis exhaustivo de cada una de las teorías de la norma que han sido desarrolladas en la ciencia jurídico-penal. A diferencia de la reconstrucción histórico-dogmática realizada en el primer capítulo (en la que, como se dijo, la exposición fue esencialmente descriptiva), en el segundo capítulo se pretende consolidar los alcances de las teorías de la norma conocidas en Derecho penal, profundizar razonadamente en sus respectivos argumentos y analizarlos de manera crítica. En esa línea, se abordan la teoría de los imperativos (antecedente de la norma de determinación), la teoría de la doble naturaleza de la norma (antecedente de la denominada «norma» de valoración), la norma como juicio hipotético, la norma como norma objetiva de conducta y la norma como expectativa de conducta institucionalizada. En el marco de este análisis parece ser un asunto fundamental prestar atención también a la teoría de la imputación, la que se manifiesta de manera particularmente clara y decisiva (aunque con sus respectivas particularidades y matices) en las tres últimas teorías de la norma mencionadas, al estar estas, como se verá más adelante, especialmente comprometidas con consideraciones normativas y en las que se expresa con mayor intensidad (por lo menos más que en la teoría de los imperativos y que en la teoría de la doble naturaleza de la norma) la concurrencia de la imputación (no en vano se reconoce que la teoría de la norma objetiva de conducta y la teoría de la norma como expectativa de conducta se sirve de un concepto «amplio» de imputación). Este segundo capítulo, entonces, alcanza su momento

más importante al enunciar que el estudio de las teorías de la norma refleja una contraposición entre una teoría de la infracción y una teoría de la imputación, lo que a su vez revela un antagonismo de especial trascendencia para la construcción y comprensión del propio concepto de delito: mientras la teoría de la doble naturaleza de la norma y la teoría de la norma objetiva de conducta parecen tener una mayor compatibilidad con la arraigada distinción entre injusto y culpabilidad, la teoría de los imperativos y la teoría de la norma como expectativa institucionalizada presentan una decidida inclinación por un concepto unitario de delito, esto es, por el denominado «injusto culpable». Después de las reflexiones desplegadas a lo largo de este segundo capítulo, se admite como correcta una teoría de la norma de carácter imperativo, esto es, una norma de carácter prescriptivo o, dicho de otra manera, como una prohibición o un mandato. Esta comprensión de la norma de determinación supone no solo tener en cuenta una de sus dimensiones (por lo demás, la más difundida), a saber, su carácter prescriptivo orientado a la dirección de conductas humanas, sino también su otra dimensión, esto es, la del derecho subjetivo, que constituye un elemento esencial para una mejor comprensión del bien jurídico (con el que debe relacionarse) desde una perspectiva dinámica.

En el tercer capítulo se tiene como objetivo abordar con amplitud los conceptos de «norma primaria» y «norma secundaria» (terminología que se prefiere, por las razones que se explicarán en su momento, frente a las de «norma de conducta» y «norma de sanción»). En ese sentido, se busca analizar al detalle los propios orígenes de ambas categorías, así como el alcance que cada una de ellas posee, tanto desde la perspectiva de la teoría de la norma como desde la que corresponde a la teoría de la pena. En esa línea, se puede señalar aquí que cada una tiene un distinto destinatario (la norma primaria se dirige al ciudadano para imponerle un deber de hacer u omitir y la norma secundaria se dirige al juez para imponerle un deber de juzgar), se relaciona de manera distinta con el precepto penal del que se extrae (la norma primaria se obtiene de manera indirecta del precepto penal, mientras que la norma secundaria se obtiene de manera directa) y se relaciona con el fin del Derecho penal (protección de bienes jurídicos) de manera distinta, esto es, conforme a sus propias particularidades. En este último punto se señala que la norma primaria protege bienes jurídicos desde la prospectiva. Lo mismo habría que sostener sobre la primera dimensión de la norma secundaria, a saber, la conminación penal. La segunda dimensión de la norma secundaria, esto es, la imposición de la pena solo puede relacionarse con un

hecho en el pasado, por lo que posee una perspectiva retrospectiva y, en ese sentido, solo puede recoger una teoría (de la imposición de la pena) basada en la retribución (que aquí se considera correcta, siempre que se sostenga sobre una ética consecuencialista no utilitarista). De particular importancia en este capítulo es la contraposición entre el «modelo estándar» y el «modelo de la sanción», los que esencialmente proponen, respectivamente, que la norma constituye un mensaje independiente de la sanción o si necesita de esta para poseer un carácter normativo. Conforme a la admisión en esta investigación del «modelo estándar», se tiene que la norma, como mensaje prescriptivo (desde la perspectiva del ciudadano), es la que trasmite a su destinatario el correspondiente mandato o prohibición que aquel debe adoptar como razón excluyente para actuar u omitir, respectivamente. En esa línea, la conminación penal entra en juego solo como un refuerzo de la norma (incluso como una razón excluyente adicional).

En el cuarto capítulo se busca determinar cuándo es posible afirmar que una norma ha sido infringida y establecer si esta infracción es equiparable conceptualmente a la categoría dogmática del injusto. En ese sentido, se busca determinar qué condiciones deben concurrir para declarar con certeza la infracción de una norma. Se pretende, de esa manera, fundamentar la posición que se defiende en la investigación: que la infracción de la norma es un asunto que debe integrarse en la culpabilidad y no en el injusto, como sostiene la doctrina mayoritaria. Por tanto, si un concepto de delito debe constituirse sobre la base de consideraciones normológicas, entonces ha de tenerse en consideración al principio *ultra posse nemo obligatur*, situado en el campo de tensión entre el deber jurídico y las capacidades del obligado para cumplir lo que se le exige con la imposición del mencionado deber. El análisis de una teoría de la norma que conduzca a entender a esta como un genuino mensaje prescriptivo precisa de manera ineludible resaltar el asunto referido a las capacidades del individuo para hacer lo que el deber impuesto exige. Solo si se toma en cuenta el *ultra posse nemo obligatur* y no se recurren a distinciones analíticas artificiales, se podrá afirmar que infringe el deber impuesto por la norma quien sea consciente de que realiza el comportamiento contrario a deber. Si el injusto se separa conceptualmente de la antinormatividad, ha de pasar a entenderse desde una perspectiva valorativa. Este planteamiento, por lo demás, es en absoluto novedoso: se trata más bien de la confirmación de una idea permanente (aunque tal vez no suficientemente manifiesta o, por lo menos no en cuanto a sus últimas consecuencias) en el ámbito de la comprensión del concepto de

delito por las más diversas orientaciones (que desarrollan distintos niveles en la relación entre valoración e imputación): el injusto ha sido entendido como la desvaloración de un estado de cosas, como la desvaloración de una acción final o incluso como la desvaloración de una conducta que no se adecua a una competencia. Que esto sea así solo puede ser explicado por la necesaria referencia a la perspectiva de los terceros: el hecho merece una desvaloración jurídica de cara a terceros, tanto para garantizar la defensa de sus bienes jurídicos (en la terminología usual: causas de justificación) como para impedir que estos contribuyan a la afectación de los bienes jurídicos comprometidos ya en el hecho (en la terminología usual: intervención delictiva). El injusto, por tanto, está condicionado por la función distributiva de la norma primaria, por lo que en tal ámbito se produce una «compatibilización» de todas las esferas jurídicas concurrentes: han de compatibilizarse los ámbitos de libertad, de tal manera que la interrelación entre individuos sea precisamente expresión del ejercicio de la libertad y no de arbitrariedad.

En el quinto capítulo se pretende abordar lo relativo a la teoría de las normas y las causas de justificación. Se admite la teoría de los elementos negativos de tipo (o teoría del tipo global de injusto), no solo por sus principales consecuencias prácticas (tratamiento del error de los presupuestos objetivos de una causa de justificación como error de tipo e identidad material entre el hecho atípico y el hecho típico pero justificado), sino porque, más allá de su formulación tradicional (en la que no es posible encontrar una fundamentación normológica), aquella puede ser reinterpretada como una teoría de la concurrencia de normas y, en ese sentido, se encuentra especialmente relacionada con una teoría de la norma como la defendida en esta investigación. En una situación de defensa o necesidad, se reconoce la existencia de un correspondiente derecho de defensa o necesidad, contrapuesto al deber que se dirige al agente en un específico contexto situacional. Conforme a los planteamientos presentados en esta investigación, en la que la atención se concentra en la condición del destinatario de la norma (el mandato o prohibición de carácter imperativo necesita de un destinatario idóneo) y en la actuación de individuos no motivables por las normas (inimputables o quienes actúan en error de prohibición invencible), la argumentación desarrollada, principalmente en el ámbito de la legítima defensa y en el estado de necesidad defensivo (cuya diferencia cualitativa –que determina la amplitud de cada una de ellas– radica en la «responsabilidad» –como «originación del hecho»– del destinatario de la acción de defensa o necesidad, respectivamente, en la

generación o intensificación (en términos normativos) del peligro para los bienes jurídicos de quien ejerce el correspondiente derecho de defensa o necesidad), se limitará a esos casos. También se analiza el estado de necesidad agresivo, materialmente distinto tanto a la legítima defensa como al estado de necesidad defensivo (pues mientras estos se fundamentan en el principio de autonomía y se limitan por el principio de solidaridad, el estado de necesidad agresivo se fundamenta en el principio de solidaridad), pues describe un interesante escenario en el que la relación entre derechos y deberes adquiere una especial importancia: mediante esta causa de justificación es posible la afectación de un determinado ámbito de libertad ajeno, completamente desligado de la generación del peligro para el bien jurídico que se pretende salvaguardar. En todo caso, a lo largo de este capítulo ha de percibirse un decidido alejamiento de consideraciones utilitaristas, para concentrar la fundamentación de las mencionadas causas de justificación sobre bases deontológicas, principalmente, en los ya mencionados principios de autonomía y solidaridad.

FORMALIA

En el cuerpo del texto, el lector podrá observar que los párrafos se encuentran numerados. Más que un mero recurso estético, el motivo de tal numeración responde a la necesidad de señalar de manera gráfica no solo una progresión de las ideas expuestas, sino también la vinculación existente entre los párrafos, en los que, en ocasiones, se pretende desarrollar una sola idea o planteamiento. Este proceder, inicialmente pensado solo como un recurso organizativo para la redacción del trabajo, se ha mantenido en la versión definitiva de la tesis doctoral, pues puede facilitar una mejor ubicación de las ideas desarrolladas en esta investigación. En cuanto al sistema de citas, en el caso de los libros y monografías, se identifica, en las notas a pie, a los autores por los apellidos, siguiendo el título abreviado de la obra en cursiva, el número de edición (en caso haya más de una), año de publicación y la página correspondiente a la referencia. En el caso de los manuales y obras generales (comentarios al Código Penal, por ejemplo), se sigue el mismo procedimiento, aunque se emplea la abreviatura pertinente, advertida en la lista de abreviaturas, para indicar el título de la obra y se hace referencia a la lección y al número marginal (en caso de los manuales) o al párrafo y al número marginal (en el caso de las obras generales). En los casos de los libros y monografías, la referencia completa del título de la obra podrá encontrarse en la

bibliografía final, en la que la palabra o frase utilizada como título abreviado a pie de página aparece resaltada en negrita para hacer más fácil su identificación. En cuanto a los artículos publicados en revistas y libros homenaje, se citan a pie de página de manera abreviada y sin hacer referencia a los editores. Los nombres de las revistas aparecen en la lista de abreviaturas al inicio de esta investigación, mientras que los títulos completos de los libros homenaje se encuentran en la bibliografía final, en la que se indica también la correspondiente abreviatura, empleada en las notas a pie, resaltada en negrita. En el caso de las revistas, luego de la referencia a la abreviatura con la que se identifica la revista, se describen, de ser el caso, el volumen, número, año (cualquiera que sea suficiente para la identificación del ejemplar) y finalmente la página que corresponda a la cita. En el caso de los libros colectivos, se citan a pie de página los apellidos del autor del artículo, luego los del responsable de la obra (diferenciando entre editores, directores o coordinadores), la abreviatura del título de la obra (cuya referencia completa se encuentra en la lista bibliográfica final, en la que se indica, como se ha dicho, la abreviatura en negrita), el número de edición (en caso haya más de una), el año de publicación y la página de la que se obtiene la cita. La bibliografía final está compuesta por una relación de obras ordenadas en orden alfabético tomando en cuenta el apellido del autor, y en caso haya más de una obra que corresponda al mismo autor, ellas se ordenan tomando en cuenta en primer lugar la más reciente. En la investigación se ha empleado fuentes en otros idiomas (alemán, inglés y portugués). En ocasiones, se cita, en las notas a pie, la obra en el idioma original y se hace referencia también a la publicación traducida al castellano. En estos casos, las citas literales son tomadas de la correspondiente traducción (previa confrontación con la obra en su idioma original) salvo que se indique lo contrario. Por tanto, ordinariamente las citas literales extraídas de obras en otros idiomas han sido traducidas directamente por mí. En los casos de las obras que poseen varias ediciones, se cita por regla general la última. Con todo, algunas de estas obras, significativas para esta investigación, son citadas sin necesariamente ser la última edición, porque se ha considerado que lo sostenido por un autor en esa concreta edición constituye un asunto relevante para el contenido de este trabajo o porque simplemente la última edición de la correspondiente obra no fue localizable.

CAPÍTULO I
RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICO-DOG MÁTICA DE LA RELACIÓN ENTRE EL CONCEPTO DE
DELITO Y LA TEORÍA DE LAS NORMAS

1. Consideraciones preliminares.

Este primer capítulo ofrece un análisis de carácter histórico-dogmático sobre el concepto de norma y la relación de este con el concepto de delito. Este análisis resulta necesario pues permitirá desvelar con claridad la influencia de la perspectiva normológica a lo largo del desarrollo de la ciencia jurídico-penal de raigambre germánica. Antes de continuar es necesario hacer una importante aclaración. No pretendo expresar en absoluto que el desarrollo de la ciencia jurídico-penal se agota en los autores a los que a continuación haré referencia. Es evidente que hay una gran cantidad de autores que han aportado una serie de ideas decisivas y ampliamente discutidas en el marco del desarrollo de la dogmática penal. Tales ideas, sin embargo, no serán ampliamente expuestas en este momento. Por lo tanto, la única intención que supone la referencia a cada uno de los autores a continuación tiene que ver con el hecho de que representan voces autorizadas en sus respectivas épocas y que de alguna manera expresan las inquietudes y opiniones de sus respectivas generaciones. Por otro lado, en este primer capítulo se pretende sentar las bases para el desarrollo de toda la investigación, por lo que la mención a los autores que se realiza a continuación tiene también una finalidad didáctica, que permita guiar al lector al comienzo y brindarle una visión general de los asuntos que se pretenden abordar en esta investigación.

2. Reconstrucción histórico-dogmática.

2.1. HEGEL.

1. No sin reconocer que antes de la aparición de la obra de HEGEL, denominada «*Grundlinien der Philosophie des Rechts*» de 1821, ya se habían desarrollado importantes apreciaciones sobre una categoría conceptual asimilable a lo que hoy se denomina generalmente como «antijuridicidad»¹, es frecuente que en la doctrina jurídico-penal se

¹ En el Derecho común de los siglos XVI y XVII no puede identificarse un concepto de antijuridicidad, así como tampoco alguna pretensión general de comprender al delito (y sus elementos) de modo sistemático. Si

inicie el estudio de la mencionada categoría tomando como referencia las reflexiones de HEGEL sobre el concepto de «injusto»². Precisamente, la obra de este autor adquirió importancia en la medida que en ella se desarrollaron argumentos de naturaleza filosófico-jurídica sobre lo que define la contrariedad al Derecho, cuestión que se convertiría en uno de los asuntos esenciales de su teoría jurídica³. HEGEL señaló que el Derecho simboliza la voluntad general sobre la cual se adecúa o se relega la voluntad particular del individuo: en el primer caso (si es que la voluntad general coincide con la voluntad particular), el comportamiento del sujeto será *justo* («*Recht*»), mientras que, en el segundo (si la voluntad particular pretende hacer valer su propio criterio como Derecho contra la voluntad general), el comportamiento de aquel será *injusto* («*Unrecht*»)⁴. Cada uno de estos escenarios se corresponde con lo que HEGEL denominó el «Derecho en sí» («*Recht an sich*») y la «apariencia del Derecho» («*Schein des Rechts*»), siendo el injusto una apariencia del Derecho cuya ocurrencia ha de ser negada por el propio Derecho para que este vuelva a ser real y válido.

bien en esta etapa los términos «antijuridicidad» («*Rechtswidrigkeit*») y «culpabilidad» («*Schuld*») eran utilizados, aquellos carecían de aspiraciones clasificatorias. Sobre esta etapa histórico-dogmática, VON DER LINDE, *Rechtfertigung*, 1988, 34-36. Antes de HEGEL, GROLMAN, *Grundsätze*, 1798, § 34 ss., ya había desarrollado, en el Derecho penal, el concepto de «ilegalidad objetiva» («*objektive Illegalität*»), que se sostenía sobre la idea de la contrariedad entre el aspecto material externo de la acción y la prescripción legal, aunque, como señaló el propio GROLMAN, *Grundsätze*, 1798, § 146, la acción delictiva requería tanto una parte material como formal (subjetiva). Asimismo, STÜBEL, *Thatbestand*, 1805, §§ 19 y 195 y FEUERBACH, *Lehrbuch*, 1.^a ed., 1801, § 89; *Lehrbuch*, 14.^a ed., 1847, § 81, admitieron el concepto de *Thatbestand* (acuñado originalmente por KLEIN, *Grundsätze*, 2.^a ed., 1799, § 68, quien lo utilizó para aludir al concepto procesal de «*corpus delicti*»). Estos autores ya hablaban de una «conducta antijurídica» para hacer referencia a todos los elementos que deben reunirse para hacer posible la imposición de una pena. El *Thatbestand*, según aquellas opiniones, no solamente destacaba un nivel objetivo-externo de necesaria verificación, sino que también exigía la concurrencia de elementos subjetivos, como el dolo o alguna intención específica del autor. Por su parte, LUDEN, *Abhandlungen*, t. II, 1840, 56, al distinguir entre *Thatbestand* general e imputabilidad, consideró dentro del primero no solo al suceso externo causado por una acción y a la contrariedad de tal acción con el Derecho, sino también al dolo y la culpa. En general, es posible decir, con VON DER LINDE, *Rechtfertigung*, 1988, 46, que hasta 1867 no había sido trazada una línea clara entre las categorías del injusto y la culpabilidad. Al respecto, por todos, WELZEL, *JuS* 1966, 421 ss.; ACHENBACH, *Grundlagen*, 1974, 19 ss.

² Inician sus obras sobre la antijuridicidad describiendo los planteamientos de HEGEL, por todos, LAMPE, *Unrecht*, 1967, 13 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 191 ss. Es importante mencionar aquí que el concepto de «*Unrecht*» (y su antónimo «*Recht*»), ya habían sido empleados antes de HEGEL. Por ejemplo, KANT había reconocido también el concepto de injusto («*Unrecht*» o «*factum illicitum*») como contrariedad a deber («*pfllichtwidrig*»), que denominó también como transgresión («*Übertretung*»), la que, además, debía ser dolosa, esto es, debía suponer «la consciencia de que es una transgresión». Al respecto, KANT, *MdS* AA 224. Contra la utilización del concepto «*Unrecht*», HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 304 ss. Sobre esto último, véanse también las consideraciones de FISCHER, H. A., *Rechtswidrigkeit*, 1911, 95 ss.

³ Con todo, la obra de HEGEL ha sido objetada por su oscuridad. Destaca esta «característica», JHERING, *Schuldmoment*, 1867, 5, n. 1.

⁴ HEGEL, *Grundlinien*, 1821, § 82.

2. Sostuvo HEGEL que «El Derecho que, como específico y con ello plural frente a su intrínseca generalidad y sencillez, adopta la forma de una apariencia; es tal apariencia, por un lado, *en sí* o inmediata, por otro, se configura *por el sujeto como apariencia*, y, por otro, *sin más como nula*»⁵. Conforme a esto, el autor citado reconoció diversas clases de injusto, las que, si bien tenían como característica común la descripción de una contraposición entre la voluntad general y la voluntad particular (oposición objetiva entre el Derecho y el hecho)⁶, diferían, a mi juicio, en la trascendencia que el injusto poseía para el Derecho, para el sujeto y para el tercero; esto es, en cómo la apariencia del Derecho se demostraba para el sujeto y para terceros⁷. Las tres clases de injusto consideradas por HEGEL fueron: el injusto no malicioso (*unbefangenes Unrecht*), el fraude (*Betrug*) y el delito (*Verbrechen*). El injusto no malicioso⁸, que constituye «la esfera de los procesos civiles», se refería a la apariencia del Derecho en sí y era desconocida por el sujeto, quien actúa en el error de que algo injusto es justo. El supuesto de la posesión de buena fe de una cosa ajena es, según HEGEL, el más representativo de esta primera modalidad de injusto. El sujeto, al creer que cumple con la voluntad general (aquel desconoce la confrontación entre la voluntad general y la voluntad particular), no pretende hacer pasar por Derecho lo que es solo su representación particular, por lo que, si bien el hecho es injusto en sí, no lo es para su autor⁹. El fraude aludía tanto a una apariencia del Derecho en sí como a una para el sujeto; esto es, el injusto era conocido por el sujeto, pero desconocido por el tercero, que cree de manera errónea que la acción de aquel es correcta. El sujeto conoce la confrontación entre la voluntad general y su voluntad particular, pero el tercero, al desconocer tal oposición, piensa erróneamente que la acción del sujeto es correcta, no vulnerándose su voluntad particular¹⁰. Finalmente, el delito (que para HEGEL era el verdadero injusto¹¹) era apariencia del Derecho en sí, para el sujeto y el tercero, pues aquí se hacía referencia a una insurrección consciente y manifiesta contra el ordenamiento jurídico, como en los supuestos de homicidio o robo. En el delito, el sujeto es consciente de la contraposición entre la voluntad general y su voluntad individual, mediante la que se produce una

⁵ HEGEL, *Grundlinien*, 1821, § 83 (cursiva en el original).

⁶ HEGEL, *Grundlinien*, 1821, § 82.

⁷ HEGEL, *Grundlinien*, 1821, § 83.

⁸ Aquí sigo la traducción de «*unbefangenes Unrecht*» por «injusto no malicioso», propuesta por MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 193, n. 23. En la traducción al castellano (realizada por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo) de JAKOBS, AT, 2.^a ed., 1991, 6/6, n. 19 (=DP.PG., 1997, 6/6, n. 19), se emplea el término «injusto neutro».

⁹ HEGEL, *Grundlinien*, 1821, §§ 84-86.

¹⁰ HEGEL, *Grundlinien*, 1821, §§ 87-89.

¹¹ HEGEL, *Grundlinien*, 1821, § 90.

afectación a la voluntad particular del tercero mediante fuerza o coacción¹². HEGEL manifestó que «la vulneración del Derecho como tal es, ciertamente, una existencia positiva y exterior, que es en sí nula. La manifestación es la anulación de la existencia de aquella vulneración; es la realidad del Derecho como su necesidad que se concilia consigo misma mediante la negación de su vulneración»¹³. Por esto, según HEGEL, el Derecho, en su naturaleza absolutamente inderogable (el delito no puede derogar el Derecho en sí), encuentra su realidad mediante la aniquilación del injusto nulo¹⁴.

3. En la doctrina se ha reconocido frecuentemente que un aspecto esencial en la argumentación desarrollada por HEGEL permitió la distinción entre injusto civil e injusto penal¹⁵, la misma que fue mantenida posteriormente por los penalistas hegelianos durante el siglo XIX¹⁶. El propio HEGEL reconoció expresamente que el injusto no malicioso, a diferencia del fraude y del delito, no acarrea ninguna pena pues «no se ha querido nada contra el Derecho»¹⁷. En ese sentido, el hecho de que la misma consecuencia jurídica (la pena) sea impuesta tanto al fraude como al delito, condujo a muchos autores (inclusive, a los propios penalistas hegelianos) a equiparar conceptualmente tales dos clases de injusto¹⁸. En todo caso, lo que aquí es necesario resaltar es que el concepto de injusto no malicioso (o injusto civil –*bürgerliches Unrecht*–), tal y como lo había descrito y comprendido el propio HEGEL, parecía alejarse materialmente tanto del fraude como del delito. Esto se sostendría en el hecho de que el concepto de acción propuesto por HEGEL,

¹² HEGEL, *Grundlinien*, 1821, §§ 90-103.

¹³ HEGEL, *Grundlinien*, 1821, § 97.

¹⁴ HEGEL, *Grundlinien*, 1821, § 97.

¹⁵ LAMPE, *Unrecht*, 1967, 15, señaló que la discusión posterior a HEGEL (y que llegó hasta los primeros años del siglo XX) no tuvo que ver tanto con la distinción entre injusto abstracto y culpabilidad, sino que se concentró en la diferenciación entre el injusto civil y el injusto penal.

¹⁶ Sobre los penalistas hegelianos (ABEGG, KÖSTLIN, BERNER y HÄLSCHNER), por todos, SCHMIDT, Eb., *Einführung*, 3.ª ed., 1965, §§ 267-271; RAMB, *Strafbegründung*, 2005, 52 ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 297 ss. La caracterización como «hegelianos» se debe a que estos autores tienen una concepción de la pena en sintonía con lo propuesto por HEGEL. En ese sentido, ABEGG, KÖSTLIN, BERNER y HÄLSCHNER, asumen el pensamiento hegeliano y se oponen tanto al dualismo kantiano como al psicologismo expresado en la obra de FEUERBACH. Sin embargo, es posible reconocer también en esos autores importantes diferencias con los planteamientos hegelianos. Sobre esto, al detalle, RAMB, *Strafbegründung*, 2005, 52 ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 304, n. 100.

¹⁷ HEGEL, *Grundlinien*, 1821, § 89.

¹⁸ Precisamente, uno de los puntos más discutidos por los penalistas hegelianos fue el referido a la relación entre en fraude y el delito. Así, autores como ABEGG, NArchCrimR 16, 1835, 392; KÖSTLIN, *Grundbegriffe*, 1845, 28; BERNER, *Lehrbuch*, 1857, § 36; y HÄLSCHNER, *System*, t. II, 1858, 4 ss., desarrollaron argumentos a favor de integrar al fraude dentro del delito. Otros autores como LAMPE, *Unrecht*, 1967, 13, aluden al mismo asunto, afirmando al respecto que la tripartición entre injusto no malicioso, fraude y delito podría reducirse a una bipartición, ya que, como señala el propio HEGEL, *Grundlinien*, 1821, § 89, tanto el fraude como el delito son merecedores de pena.

reconocido como extremadamente subjetivo (HEGEL entendió a la acción como «la exteriorización de la voluntad como voluntad subjetiva o moral»)¹⁹, si bien encajaba conceptualmente sin dificultades en las categorías del «fraude» y del «delito», no casaba bien con el injusto no malicioso²⁰. De esta manera, si HEGEL admitió expresamente que el verdadero injusto era el delito, entonces habría que reconocer que el referido autor utilizó, en el marco del injusto no malicioso, la expresión «injusto» en un sentido incompatible con lo que para él era realmente el injusto: el delito (la consciente oposición entre la voluntad general y la particular), que entraña una acción subjetivamente enriquecida (esto es, la acción como realización exterior de la voluntad del sujeto y, por ello, coincidencia del aspecto interno con el aspecto externo)²¹. Parece ser que el injusto no malicioso (injusto civil) no podría ser injusto si es que el verdadero injusto era el delito, pues este poseía, según el propio HEGEL, elementos (subjetivos) que aquel (el injusto no malicioso) no tenía²².

4. Sin embargo, para salvar las aparentes dificultades, se podría señalar que la perspectiva de análisis del injusto no malicioso no debía ser la misma que las de las otras clases de injusto. Como antes se dijo, en los tres tipos de injusto descritos por HEGEL concurre el mismo elemento: la contraposición del hecho en sí al Derecho en sí, contraposición que, además, es objetiva, pues es independiente de los conocimientos del sujeto (representación

¹⁹ HEGEL, *Grundlinien*, 1821, § 113.

²⁰ Afirma que HEGEL emprendió de manera incongruente la compleja definición del injusto no malicioso, DE SOUSA MENDES, *FS-Wolter*, 2013, 276.

²¹ La definición claramente subjetiva que HEGEL propone para la acción genera inquietudes acerca de si a partir de aquella sería posible definir el delito imprudente. Esto evoca el problema de si un concepto de acción subjetivamente enriquecido (como el desarrollado por HEGEL) debe admitir tanto al dolo como a la imprudencia (si es así, las críticas a HEGEL –por su excesivo subjetivismo– resultarían admisibles). En todo caso, el asunto referido a si la acción como categoría subjetivamente enriquecida debe abarcar tanto al dolo como la imprudencia es tanto anterior a HEGEL (siendo esto objeto de discusión en el marco de la teoría clásica de la imputación) como posterior a él (principalmente con la aparición del finalismo y sus estructuras lógico-objetivas). Al respecto, con múltiples referencias, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 197, n. 41. Por otro lado, vale la pena hacer referencia a JAKOBS, *AT*, 2.^a ed., 1991, 6/6, n. 19 (=DP.PG., 1997, 6/6, n. 19), quien señala que el concepto de «*unbefangenes Unrecht*» había sido desarrollado por HEGEL, aunque «sin consecuencias para su concepto de acción».

²² Esta contradicción fue resaltada por MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 6, quien dijo: «En todo caso, según la definición hegeliana, todas las clases de lesiones dolosas del Derecho están asignadas al ámbito del delito (...) Sin embargo, muchas infracciones dolosas del Derecho son, en realidad, seguidas siempre solo por consecuencias civiles, no siendo por ello contadas como delitos, de modo que está pendiente una explicación». Sin embargo, HÄLSCHNER, *GS* 21 (1869), 16 ss., en un claro intento de solución del problema (así como para fortalecer su concepción del injusto no culpable, teniendo como cimiento la obra de HEGEL), señaló que en las tres clases de injusto propuestas por HEGEL existía una contradicción entre la voluntad general (el Derecho «en sí», en sentido objetivo) y la voluntad particular. Pese a esta explicación, la crítica de MERKEL era absolutamente correcta: no incidía sobre las interpretaciones del injusto, sino sobre la vinculación del injusto al delito (a pesar de haber formas de injusto no considerados como delito).

que este tiene de su hecho). Este es el único elemento común en las distintas clases de injusto propuestas por HEGEL, por lo que sobre tal elemento habría que justificar la utilización del término «injusto» tanto en el injusto no malicioso como en el delito. La no coincidencia objetiva (entre el hecho y el Derecho) que HEGEL reconoció en la descripción del injusto no malicioso, sería suficiente para calificar el hecho como injusto: una situación en la que el sujeto no se rebela voluntariamente ante el Derecho (como sucede en el delito, que es una oposición consciente y manifiesta), sino que aquel, por el contrario, admite su validez, actuando de tal manera que su conducta, desde la perspectiva del propio individuo, no implica una contradicción con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico (el sujeto no subsume su acción en lo prohibido por la ley, pues aquel no se representa que su conducta sea, precisamente, subsumible en lo prohibido por la ley). Esto no impide, sin embargo, que se afirme una contraposición objetiva entre la conducta del individuo (contenido objetivo del hecho) y lo establecido por el Derecho (contenido objetivo de la norma). Si la oposición entre la voluntad general y la voluntad particular se satisface con la verificación objetiva de tal contrariedad, entonces esto parecería ser suficiente para afirmar la existencia de un injusto en sí. Este razonamiento fue seguido por KÖSTLIN (uno de los penalistas hegelianos) para fundamentar el injusto civil²³. El caso del poseedor de buena fe, propuesto por HEGEL para ejemplificar el injusto no malicioso, utilizado también por KÖSTLIN y posteriormente por JHERING, representó desde ese momento el escenario paradigmático de la contraposición objetiva entre el hecho y el Derecho²⁴.

5. En definitiva, de la obra de HEGEL se extrajo un concepto de injusto (injusto no malicioso) relevante para la posterior configuración, en el ámbito del Derecho penal, de los conceptos de injusto objetivo (JHERING)²⁵ e injusto no culpable (HÄLSCHNER)²⁶. Antes de

²³ Precisamente, KÖSTLIN desarrolló la idea del injusto civil acentuando ese aspecto objetivo: para aquel autor, lo que caracterizaba al injusto civil no se encontraba en la voluntad antijurídica del sujeto, sino en la propia realidad exterior, esto es, en la oposición entre el comportamiento externo del sujeto y la voluntad de la ley. Así, KÖSTLIN, *Neue Revision*, 1845, 30-31, afirmó: «El injusto civil tiene su esencia en que la verdadera y acaecida diferencia entre la voluntad particular y la general no es patente para la primera, que, por el contrario, se mantiene firme en la buena fe de hallarse en identidad con la voluntad general». Es tal contrariedad objetiva la que para KÖSTLIN es decisiva para entender el motivo por el cual el injusto civil supone la imposición de medidas reparatorias, pero no de una pena (pues el presupuesto de esta, el delito – injusto criminal–, exigía la consciencia del sujeto de la oposición de su conducta con la voluntad general). Ampliamente sobre el pensamiento de KÖSTLIN, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 200 ss.; RAMB, *Strafbegründung*, 2005, 101 ss.

²⁴ La concepción del delito como lesión del Derecho objetivo se mantuvo en la doctrina jurídico-penal alemana. Así, por ejemplo, LUDEN, *Abhandlungen*, t. II, 1840, 56, quien trató de alejarse de los lineamientos de la escuela hegeliana, consideró al delito como lesión del Derecho objetivo.

²⁵ JHERING, *Schuldmoment*, 1867, 21.

la contribución de HEGEL, una «conducta antijurídica»²⁷ evocaba un concepto en el que se concentraban todos los presupuestos necesarios (objetivo-externos y subjetivo-individuales) para imponer una pena, por lo que, consecuentemente –y esto dicho conscientemente sin rigor terminológico–, lo que hoy se conoce como «injusto» abarcaría lo que en la actualidad se considera como propio de la culpabilidad (sin imputación, el aspecto objetivo-externo resultaba intrascendente como presupuesto fundamentador de la imposición de una pena). Por lo tanto, el desarrollo de un concepto limitado a la descripción de una parte objetivo-externa del hecho (que sería suficiente para imponer consecuencias jurídicas distintas a la pena) independiente de las circunstancias subjetivo-individuales pareció encontrar un fundamento en las reflexiones de HEGEL, cuya propuesta fue posteriormente asumida –no sin inquietudes– como base para la posterior construcción de un concepto de injusto de carácter objetivo en el que habrían de concentrarse las diversas circunstancias objetivo-externas previas a cualquier referencia a las condiciones subjetivas del autor²⁸. Precisamente, en un momento histórico-dogmático (finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX) en el que las circunstancias subjetivas de la responsabilidad se habían desarrollado ampliamente debido al dominio de la teoría filosófico-moral de la imputación²⁹ (propia de la escuela del Derecho natural, impulsada por PUFENDORF), un hecho de relevancia civil, en el que en principio importaba solo el aspecto objetivo del hecho como presupuesto para la declaración de una responsabilidad de tal naturaleza (y de la imposición de las correspondientes consecuencias jurídicas), parecía llevarse mal con la noción imperante de contrariedad al Derecho. Por ello, a partir de HEGEL y de las contribuciones de sus discípulos penalistas, se forjó un concepto de injusto civil no culpable que sería trasladado posteriormente al Derecho penal³⁰.

2.2. Adolf MERKEL.

²⁶ HÄLSCHNER, GS 21 (1869), 11 ss.

²⁷ Por ejemplo, FEUERBACH, *Lehrbuch*, 14.^a ed., 1847, §§ 81-82

²⁸ Al respecto, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 199, señala que la construcción de HEGEL en el injusto no malicioso (injusto civil), si bien fue determinante para una posterior consolidación del injusto objetivo, resultaba contradictorio con el propio punto de partida asumido por HEGEL para definir la acción, el Derecho y el injusto.

²⁹ Prácticamente todos los autores de entre finales del siglo XVIII y en todo el siglo XIX aludieron al concepto de imputación, principalmente, al abordar los elementos subjetivos del delito.

³⁰ Al respecto, JAKOBS, *Estudios*, 1997, 108.

1. Frecuentemente se admite en la doctrina que el punto de partida histórico de la dogmática jurídico-penal moderna alemana tiene lugar en la polémica suscitada entre MERKEL y JHERING en 1867 (con la publicación de las obras «*Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen*»³¹ y «*Das Schuldmoment in römischen Privatrecht*», respectivamente)³². MERKEL adoptó la posición, de raigambre hegeliana, consistente en una firme distinción entre Derecho e injusto, mediante la que se reflejaba la relación contradictoria entre la afirmación del Derecho y su negación³³. De esta manera, el mencionado autor, como hicieron los penalistas hegelianos, destacó la idea de la contraposición entre la voluntad individual y la voluntad general (objetivada en el Derecho)³⁴. Sin embargo, a pesar de tal coincidencia con los penalistas hegelianos, MERKEL se distanciaba de ellos en el punto de partida, pues cuestionó la diferenciación entre el injusto civil y el injusto penal³⁵. Esto le condujo a admitir la existencia de una única forma de contrariedad al Derecho en cuyo ámbito, sin embargo, era posible distinguir diversas consecuencias jurídicas, mediante las que se reflejaban las «diversas caras de la responsabilidad jurídica, que pueden fundamentarse en acciones antijurídicas»³⁶. De esta manera, toda forma de injusto era entendida como una negación de un ideal del Derecho, independientemente de si a aquel se enlazaban consecuencias civiles o penales³⁷. Si se tiene en cuenta que MERKEL afirmó que la contrariedad al Derecho consistía en la violación culpable de las normas del Derecho objetivo, entonces, según el mencionado autor, ante una violación de ese tipo, la correspondiente consecuencia jurídica dependerá solamente de lo que tal violación producía en las distintas ramas del ordenamiento jurídico³⁸. La pretensión de MERKEL era evidente: el concepto de injusto

³¹ Esta investigación corresponde a la primera parte de su obra «*Kriminalistische Abhandlungen*», de 1867.

³² Esto es reconocido por varios autores en la literatura jurídico-penal. Así, por todos, MEZGER, GS 89 (1924), 211 ss.; OEHLER, *Zweckmoment*, 1959, 16 ss.; WELZEL, JuS 1966, 421; ZIELINSKI, *Unrechtsbegriff*, 1973, 17-18 (=Concepto de ilícito, 1990, 5-6); VON DER LINDE, *Rechtfertigung*, 1988, 47; KORIATH, *Grundlagen*, 1994, 260; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 87 ss.; WALTER, *Kern*, 2006, 81; GRUPP, *Unrechtsbegründung*, 2009, 23; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 620-621.

³³ MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 42.

³⁴ MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 42. La concepción de la pena y de otras consecuencias jurídicas como mecanismos para la recomposición del Derecho son características que también identifican a MERKEL con los penalistas hegelianos.

³⁵ MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 4-41, desarrolló una serie de argumentos críticos a los defensores de la idea de una distinción entre diversas clases de injusto (especialmente a los representantes de la escuela hegeliana).

³⁶ MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 1.

³⁷ MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 1 ss.

³⁸ MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 49 ss., 57 ss. Tiempo después, VON LISZT, *Lehrbuch*, 1.ª ed., 1881, 13, consideró que esta opinión (al parecer habitual en aquel tiempo), como «una de las más bellas conquistas de la ciencia moderna del Derecho penal».

debía vincularse a la infracción de una norma (del Derecho objetivo), por lo que, en opinión de ese autor, cualquier intento que vaya en dirección contraria a tal vinculación consistía en una «palmaria contradicción»³⁹.

2. Conforme a lo expuesto, MERKEL propuso unas consideraciones con las cuales verificar cuándo se produce una lesión del Derecho (*eine Verletzung des Rechts*). Primero, el comportamiento debía suponer la lesión de la voluntad general objetiva descrita en la norma, lo que representaba la afectación de los intereses generales que constituyen dicha voluntad. De esto deducía MERKEL que el injusto supone siempre una contradicción entre la voluntad general y la voluntad individual⁴⁰, por lo que limitar esta confrontación a una clase de injusto suponía algo equivocado⁴¹. Esta primera consideración, como es bastante evidente, refleja la indudable influencia de HEGEL en MERKEL, lo que se traduce en la concepción que este último tenía sobre la infracción del contenido de la norma como núcleo indiscutible del injusto. Segundo, MERKEL exigía la concurrencia de imputabilidad («*Zurechenbarkeit*»), esto es, capacidad de imputación subjetiva⁴². Si se entendía que el Derecho consiste en «la personificación (*Inbegriff*) de los mandatos y las prohibiciones de carácter jurídico»⁴³ y el injusto supone la infracción de tales mandatos y prohibiciones, entonces estos «se dirigen a la voluntad de los individuos capaces de imputación» (*zurechnungsfähige Menschen*)⁴⁴. De esto obtuvo MERKEL: «Consecuentemente, la contravención de los preceptos –esto es, el injusto– puede afirmarse solo con respecto a esta voluntad. No con respecto a acontecimientos de la naturaleza ni tampoco a actividades

³⁹ MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 42.

⁴⁰ MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 42.

⁴¹ MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 43.

⁴² MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 42. Sobre este asunto se pueden mencionar dos cosas. En primer lugar, que la idea de MERKEL (el concepto de injusto incluye al de imputabilidad) parece tener origen en los planteamientos de LUDEN, *Abhandlungen*, t. II, 1840, 110, quien, pese a describir tres elementos del delito (primero, una apariencia externa delictiva producida a través de una acción; segundo, antijuridicidad de esta acción; tercero, cualidad dolosa o culposa de la acción), no dejó de reconocer la necesidad de que la lesión del Derecho objetivo sea realizada con una voluntad delictiva (*dolo o culpa*). Al respecto, LUDEN, *Abhandlungen*, t. II, 1840, 500. Reconoce también una vinculación entre LUDEN y MERKEL, VON DER LINDE, *Rechtfertigung*, 1988, 47. En segundo lugar, se debe señalar que, en este trabajo, MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 51, posiblemente influenciado por la antigua terminología de la teoría de la imputación, usualmente identificó imputabilidad (*Zurechenbarkeit*) con culpabilidad (*Schuld*), lo que debe conducir a pensar que el referido autor entendió a la imputabilidad en un sentido más amplio (como capacidad de imputación subjetiva) que en el que en la actualidad se conoce. Esto lo destacan también ACHENBACH, *Grundlagen*, 1974, 24; STÜBINGER, *Schuld*, 2000, 400; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 292, n. 10.

⁴³ MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 43.

⁴⁴ MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 44.

humanas que no puedan atribuirse a la voluntad de un capaz de imputación»⁴⁵. El injusto se concretaba, entonces, no con la mera causación de un suceso externo de carácter lesivo, sino que, conforme a la idea de la norma como mensaje prescriptivo que interviene en el proceso decisorio del destinatario (que, precisamente, debe estar en condiciones de poder cumplir el mandato o la prohibición), se configuraba con la violación de la norma por parte de quien tenía el deber de cumplir con la misma (esto es, de prever y evitar lo evitable).

3. MERKEL distinguió entre la violación del contenido de la norma y las condiciones de imputabilidad del sujeto, lo que, consecuentemente, condujo al mencionado autor a separar entre la mera violación formal de la norma y su violación material. En ese marco, MERKEL, conforme a una perspectiva imperativo-instrumental de la norma, afirmó que el contenido de esta (perspectiva material) solo podría infringirse por un destinatario apto, esto es, un imputable, pues sólo estos se encuentran en condiciones de cumplir con el deber impuesto⁴⁶. Estas apreciaciones reflejan el indudable acercamiento de MERKEL a la teoría clásica de los imperativos⁴⁷. El mencionado autor consideró que, si la norma era un instrumento para orientar la conducta de los individuos, solamente podrían infringirla quienes cuenten con los requisitos personales necesarios para cumplir lo prescrito, esto es, quienes posean las condiciones de entender y cumplir el mandato (los capaces de imputación). La exigencia de que el destinatario debe ser capaz de infringir la norma que a él se le dirige condujo a MERKEL a rechazar de manera expresa la posibilidad de existencia de un injusto no culpable, lo que, consecuentemente, hizo que MERKEL sea reconocido como uno de los primeros defensores de un concepto de contrariedad a la norma en el que se exige culpabilidad⁴⁸.

⁴⁵ MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 44.

⁴⁶ MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 44.

⁴⁷ Aunque aquí se reconozca el acercamiento de MERKEL a la teoría de los imperativos, es necesario señalar que el referido autor fue un gran crítico de esta. Al respecto, MERKEL, ZPrÖ 6, 1879, 367 ss., en el que formula diversas críticas a las reflexiones de THON. En realidad, MERKEL destacó solo uno de los aspectos más relevantes de aquella teoría: la exigencia de un destinatario apto al que se le dirige el mandato o la prohibición (así, por todos, LAMPE, *Unrecht*, 1967, 15; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuricidad*, 2001, 291, n. 6). Por este motivo, así como no sería correcto afirmar que MERKEL asumió sin reparos una concepción imperativa clásica de la norma (como parece sugerir VON DER LINDE, *Rechtfertigung*, 1988, 47), también es posible afirmar que las críticas a esta, siempre que se concentren en el problema del destinatario, resultarán válidas también para oponerse a la formulación de MERKEL (el problema del destinatario es una de las inquietudes más célebres de la teoría clásica de los imperativos, aunque, desde luego, no es la única). Al respecto, MEZGER, *Tratado*, t. I, 1957, 286, n. 10, reconoció que MERKEL rechazó la teoría de los imperativos, pero que al hacerlo renunció «al más firme apoyo de su teoría subjetiva del injusto».

⁴⁸ Reconocen que MERKEL fue el fundador de la comprensión en la que se propone una identidad entre injusto y culpabilidad, por ejemplo, ZIELINSKI, *Unrechtsbegriff*, 1973, 17, n. 1 (=Concepto de ilícito, 1990, 5, n. 1). Señala que MERKEL (al sostener que solo había un injusto culpable –«*schuldhaftes Unrecht*»–) fue uno

4. Sin embargo, MERKEL también distinguió, razonablemente, entre la vulneración de la norma y la vulneración de objetos jurídicos (*Rechtsobjekte*)⁴⁹. La innegable existencia de instituciones jurídico-civiles consistentes en la imposición de consecuencias jurídicas a individuos que a pesar de actuar sin culpabilidad generan resultados lesivos, obligó a MERKEL a proponer la aludida distinción. Asimismo, la diferenciación entre la vulneración de la norma y la afectación de objetos jurídicos permitió a MERKEL sostener la idea de que cualquier conducta coincidente en lo objetivo con lo prohibido por la norma no debía considerarse una violación de esta, ya que, precisamente, la afectación de objetos jurídicos no representaba la infracción del propio Derecho⁵⁰. De esta manera, el mencionado autor admitió que mientras la norma solo puede infringirse por imputables (destinatarios aptos de los deberes que transmiten las normas), los objetos jurídicos pueden afectarse por cualquiera, imputables o inimputables, así como por acontecimientos de la naturaleza⁵¹. Sin embargo, MERKEL destacó que el injusto solo podría realizarse por un individuo que aparezca como un ente con raciocinio, voluntad y responsabilidad, ya que, de no ser así, aquel sería «artífice u originador (*Urheber*) en el mismo sentido que la lluvia que causa una inundación es causante u originadora de la devastación provocada por ella. Su carácter originador (*Urheberschaft*) no confiere al suceso significado espiritual, en especial no le confiere ninguna relación o vínculo con el dominio de los principios jurídicos. Por ello, quien ubica su actividad en el concepto de injusto debido a la relación causal que de él emana, no podrá oponerse a la consecuencia de admitir al viento y al clima como sujetos del injusto»⁵². Conforme a estas estimaciones, MERKEL propuso la existencia de dos grupos de situaciones jurídicamente desvaloradas: primero, las que se originan en una acción culpable del individuo (y constituyen hechos antijurídicos) y, segundo, cualquier otro tipo de acontecimiento (acciones humanas inculpables, comportamientos de animales

de los primeros defensores de un concepto de injusto «personal», DORNSEIFER, *Rechtstheorie*, 1979, 98. Otro autor importante que admitió una identidad del injusto y la culpabilidad fue GRAF ZU DOHNA, *Rechtswidrigkeit*, 1905, 77, bajo la idea de que la norma solo se puede dirigir a quienes sean capaces de imputación. Quien no podía ser destinatario de la norma, tampoco podría infringirla (lesionarla). Al respecto, GRAF ZU DOHNA, *Rechtswidrigkeit*, 1905, 150, quien señaló que la «finalidad del ordenamiento jurídico» consistía en «instruir a los sometidos al Derecho el contenido del querer correcto».

⁴⁹ MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 45 ss.

⁵⁰ En ese sentido, MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 46, señaló que el Derecho es un *poder espiritual* (*geistige Macht*), por lo que su dominio no podría conmocionarse ni mediante la naturaleza ni mediante los individuos, siempre que estos aparezcan solamente como representantes de una suma de fuerzas naturales.

⁵¹ MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 45.

⁵² MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 46-47.

o eventos de la naturaleza) que menoscaban objetos jurídicos y, por ende, suponen una afectación de derechos⁵³.

5. En definitiva, es posible afirmar que en la concepción de MERKEL es importante la distinción entre la infracción de la norma y la afectación de objetos jurídicos, pues solo lo primero podía dar paso a la afirmación de un injusto (civil o penal, conforme a la idea de una única contrariedad a Derecho, admitida también por el referido autor). En ese sentido, tanto la obligación jurídico-penal de la expiación y satisfacción como la reparación civil tienen como presupuesto una infracción imputable del Derecho, la cual, a su vez, debe haber sido realizada por un destinatario apto de las normas. El injusto era siempre infracción (culpable) del Derecho y no solo de objetos jurídicos. MERKEL destacó la necesidad de condicionar la afirmación de un injusto (tanto civil como penal) a la concurrencia de capacidad de imputación subjetiva en la personalidad del agente. El injusto era, para MERKEL, injusto personalmente imputable⁵⁴.

2.3. JHERING.

1. Tomando como base planteamientos de HEGEL, JHERING propuso la distinción entre un injusto objetivo y un injusto culpable: el primero de relevancia para el Derecho civil y el segundo para el Derecho penal⁵⁵. Esta distinción supuso una relevante innovación en lo referido al contenido del referido concepto: el injusto se entendió no solo como un primer nivel valorativo de la acción delictiva, sino que también permitió destacar su carácter objetivo, al no ser indispensable para su afirmación la concurrencia de determinadas condiciones psíquicas del autor (imputabilidad y culpabilidad)⁵⁶. De esta manera, el concepto de injusto objetivo, propuesto originalmente por JHERING, supuso la concreción

⁵³ MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 49 ss.

⁵⁴ Al respecto, HEINITZ, *Rechtswidrigkeit*, 1926, 7; LAMPE, *Unrecht*, 1967, 16. Siguieron los planteamientos de MERKEL, entre otros, HERTZ, *Unrecht*, 1880, 14 ss.; KOHLRAUSCH, *ZStW* 23 (1903), 598; *Irrtum*, 1903, 57; HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 8, 18, 277 ss.; STOOS, *ZStW* 24 (1904), 331 ss.; GRAF ZU DOHNA, *Rechtswidrigkeit*, 1905, 150. Más referencias sobre los seguidores de MERKEL en NAGLER, *FS-Binding*, t. II, 1911, 333.

⁵⁵ En realidad, JHERING, *Schuldmoment*, 1867, 21, reconoció que, si bien al injusto objetivo (relevante para el Derecho civil) se le pueden añadir aspectos subjetivos (que permitirían aumentar la responsabilidad), el elemento de la inculpación constituye el fundamento exclusivo del injusto subjetivo. Por esto, JHERING estableció que el elemento de la culpabilidad es esencial en el caso de los delitos, mientras que es accidental en el incumplimiento de obligaciones: en el caso de los primeros, las pretensiones serían «primariamente penales», mientras que las segundas serían «primariamente persecutorias de la cosa».

⁵⁶ Al respecto, FISCHER, H.A., *Rechtswidrigkeit*, 1911, 120.

de lo que, por influencia hegeliana, se había venido debatiendo prácticamente a lo largo de todo el siglo XIX: la distinción entre diversas clases de injusto, uno de carácter civil y otro de carácter penal. La admisión de tal clasificación condujo a JHERING a enfrentarse a la posición doctrinal –en la que se ubicaba, entre otros, MERKEL– que defendía una unidad del injusto y que sostenía que la única diferencia se hallaba en las consecuencias jurídicas.

2. Después de manifestar su oposición a la argumentación de MERKEL (que, como se dijo, incluía la culpabilidad en todo injusto, civil o penal), JHERING formuló la célebre pregunta con la que dio inicio a su planteamiento (y que evoca al ejemplo propuesto por HEGEL y retomado por KÖSTLIN para caracterizar el injusto no malicioso): «¿Cómo habremos de calificar, entonces, el estado del poseedor de buena fe de cosa ajena?»⁵⁷ A lo que él mismo respondió: «Conforme a Derecho no es, por consiguiente, no queda sino llamarlo ilícito o injusto (*unrechtmässigen*). ¡No comprendo cómo el jurista podría prescindir de esta denominación, y sé muy bien que el uso de la palabra injusto (*Unrecht*) en este sentido es tan antiguo como el Derecho mismo!»⁵⁸. JHERING planteó, por tanto, lo siguiente: «Cualquiera percibe la diferencia entre la pretensión del propietario frente al poseedor de buena fe de una cosa de aquel, y la de la víctima de un hurto contra el ladrón. En el primer caso se trata únicamente de la existencia del derecho disputado, sin que el demandante necesite agregar en su demanda el reproche de una ofensa jurídica consciente y culpable. Él puede añadirlo, y esto tiene influencia en la medida de la responsabilidad, pero no precisa hacerlo. En otras palabras, el elemento de la inculpación subjetiva no es cosa esencial para esta pretensión, la que tiene como objeto nada más que la ilicitud de un estado de cosas (*Unrechtmässigkeit eines sachlichen Zustandes*) en la persona del demandado. En cambio, la acción contra el ladrón se basa esencialmente en el reproche de una afrenta jurídica (*Vorwurf der Rechtskränkung*), esto es, la lesión consciente y deliberada de nuestro derecho; el elemento de la inculpación subjetiva le es indispensable pues no existe hurto alguno sin intención»⁵⁹. En ambos casos, según JHERING, se puede verificar la existencia de una situación ilícita: tanto la posesión de la cosa ajena por parte

⁵⁷ JHERING, *Schuldmoment*, 1867, 5.

⁵⁸ JHERING, *Schuldmoment*, 1867, 6, donde alude al término «*injuria vindicare*», del antiguo proceso romano y a la expresión «*injustum*» en el *sacramentum*.

⁵⁹ JHERING, *Schuldmoment*, 1867, 4. En esta cita literal «acción» se escribe en cursiva pues debe acentuarse el sentido procesal del término utilizado por JHERING («*Klage*»). Por otro lado, como explica DE SOUSA MENDES, *FS-Wolter*, 2013, 281, n. 49, el ejemplo del robo no aclara si el carácter subjetivo del injusto penal equivaldría al ejercicio de la coacción (*Zwangsausübung*) en la esfera de libertad de la víctima por parte del ladrón, o si se limita al propósito (*Vorsatz*) y la intención (*Absicht*) de la apropiación de una cosa ajena.

del poseedor de buena fe (en la que no se necesitan alegar cuestiones subjetivas) como la detención física de la cosa hurtada por parte del ladrón (en la que el elemento subjetivo es indispensable)⁶⁰.

3. Conforme a lo señalado, para acentuar la distinción entre injusto civil e injusto penal, JHERING recurrió a los términos «injusto objetivo» e «injusto subjetivo»⁶¹. De esta manera, para el citado autor el injusto civil, esto es, el injusto objetivo –que el propio autor vinculó con el injusto no malicioso de HEGEL⁶²–, «si bien excluye el momento de la inculpación (*Moment der Verschuldung*), no el de la voluntad humana (*menschlichen Willens*)»⁶³. En ese sentido, afirmó el mencionado autor: «Si el granizo devasta mis campos no hay en ello lesión alguna de mi derecho, sino solo del objeto de este, de un bien; para el Derecho ese hecho carece de todo significado, por lo que no hay contra esto ninguna *acción* (*Klage*). Sin embargo, si un tercero posee *bona fide* mis bienes y se rehúsa a devolverlos, hay una voluntad humana que se opone a mí, que no solo retiene mi bien, sino que deliberada o inconscientemente usurpa mi derecho; y que hace necesarias no medidas físicas, como en el caso del granizo, sino medidas jurídicas, es decir, exige mi derecho. Brevemente, aquí hay una lucha no con una fuerza natural, sino entre el Derecho y el injusto»⁶⁴. De esto se desprende que, para JHERING, un propietario puede hacer valer sus derechos no solamente frente a aquellos a quienes se reprocha haber llevado a cabo un agravio jurídico consciente y culpable (el caso del ladrón), sino también frente a aquellos en cuya persona concurre solo una circunstancia materialmente contraria a Derecho (el caso del poseedor de buena fe de una cosa perteneciente al demandante). Aquí se trata de la diferencia de efectos tanto en el injusto subjetivo como en el objetivo: mientras en el primero se tiene como consecuencia la obligación de suprimir las secuelas nocivas del hecho (esto es, la

⁶⁰ Critica, sin embargo, la utilización del ejemplo del poseedor de buena fe, FISCHER, H. A., *Rechtswidrigkeit*, 1911, 118 (lo considera «incorrectamente elegido»), por no poseer el denominado «injusto objetivo» el *elemento del reproche* (*Vorwurfselement*), que, según FISCHER, es común tanto en el injusto objetivo como en el injusto subjetivo. Al respecto, FISCHER, H. A., *Rechtswidrigkeit*, 1911, 139.

⁶¹ JHERING, *Schuldmoment*, 1867, 5.

⁶² JHERING, *Schuldmoment*, 1867, 5, n. 1, donde señala además que el concepto de «*unbefangenes Unrecht*» no halló atención entre los juristas. Esto tiene mucho sentido, pues, así como los conceptos de «*Betrug*» y «*Verbrechen*», provenientes de HEGEL, fueron ampliamente reconocidos en el ámbito del Derecho penal, el injusto no malicioso no fue decisivo para el Derecho penal ni para el Derecho civil. FISCHER, H. A., *Rechtswidrigkeit*, 1911, 120, que admite la relación entre el injusto no malicioso de HEGEL y el injusto objetivo de JHERING, señala que el concepto de injusto objetivo tuvo en 1867 (con la publicación de la obra de JHERING) su fecha de nacimiento, siendo hasta ese momento desconocido en el ámbito del Derecho civil.

⁶³ JHERING, *Schuldmoment*, 1867, 6.

⁶⁴ JHERING, *Schuldmoment*, 1867, 6.

reparación de los perjuicios)⁶⁵, en el segundo la consecuencia radica en la supresión del estado objetivamente ilícito⁶⁶. La distinción entre un injusto objetivo (civil) y uno subjetivo (penal) evidenció que, para JHERING, existían distintas formas de contradecir el Derecho: «el injusto subjetivo es lesión culpable del Derecho, el injusto objetivo es lesión no culpable del Derecho»⁶⁷.

4. Las ideas expuestas reflejan un asunto trascendental en la concepción de JHERING: la vinculación del injusto objetivo a la causación de estados de cosas desvalorados frente a los que era posible reaccionar jurídicamente. En efecto, JHERING, a lo largo de su obra, hizo continuas referencias a un «estado de cosas» («*sachlicher Zustand*»), con el que buscaba representar el objeto del injusto objetivo⁶⁸. Esta concepción, que instaura al resultado exterior como núcleo del injusto objetivo, generó un asunto no pocas veces discutido en aquella época: si el injusto objetivo se concentraba en la generación de estados de cosas jurídicamente desvalorados, se debería proceder a desvincular al injusto de una acción humana, pues los acontecimientos naturales o los actos de los animales también podrían provocar resultados antijurídicos⁶⁹. JHERING consideró que los acontecimientos de la naturaleza no podían ser considerados como injustos, por lo que, siguiendo el camino de HEGEL y su escuela, el mencionado autor optó por formular una separación entre acción y culpabilidad, entendiendo, a partir de esto, que en el injusto objetivo concurre el momento de la voluntad humana, pero no el de la culpabilidad. Conforme a esto, es posible decir que para el Derecho penal JHERING pareció no contradecir la idea de que la culpabilidad era un elemento de la antijuridicidad, siguiendo con ello a los penalistas de la escuela hegeliana, de la cual JHERING era tributario. Sin embargo, para el Derecho civil, la antijuridicidad requería de una voluntad humana, incorporada en la acción. En ese sentido, en el injusto

⁶⁵ JHERING, *Schuldmoment*, 1867, 6.

⁶⁶ JHERING, *Schuldmoment*, 1867, 7. Donde señala, además: «En todos estos casos el demandante apoya su pretensión únicamente en su derecho como tal, y no precisa hacer hincapié en el elemento de la inculpación del adversario; tal como en la *reivindicatio*, lo que hay es solo el hecho de la objetiva lesión jurídica (*die Thatsache der objectiven Rechtsverletzung*), que le ofrece la ocasión de reclamar por el obstáculo que se opone a la persecución de su derecho».

⁶⁷ JHERING, *Schuldmoment*, 1867, 6.

⁶⁸ Esta utilización del lenguaje fue motivo de críticas. Así, por ejemplo, BINDING, *Normen*, t. I, 1.ª ed., 1872, 137, n. 240.

⁶⁹ Como se recuerda, este es uno de los argumentos principales de MERKEL (su ejemplo del «viento y el clima como sujetos del injusto» es bastante elocuente) para afirmar que el injusto está vinculado a la infracción de normas dirigidas solo a quienes se encuentran en condiciones de entender y cumplir con lo mandado o lo prohibido.

objetivo, creado por JHERING⁷⁰, era una exigencia verificar la presencia de voluntad humana⁷¹.

5. Del caso del granizo antes citado se deduce claramente que JHERING distinguió entre un derecho y su objeto, esto es, un bien⁷². Así, el referido autor admitió la posibilidad de lesionar un bien objeto del derecho sin que esto suponga la afectación de este último, lo que justificó con el argumento de que la voluntad humana –independientemente de que sea o no culpable– es el criterio que permite convertir una mera lesión de bienes en una lesión de derechos. En síntesis, JHERING estableció que, para verificar la afectación de un derecho, era necesario, en todo caso, precisar la concurrencia de una acción –entendida como voluntad humana, independiente de la culpabilidad– y una afectación del bien que constituya el sustrato de ese derecho⁷³. De esta manera, el aludido autor buscó establecer un criterio con el cual diferenciar entre la mera producción de una situación jurídicamente

⁷⁰ Como se señaló en líneas anteriores, antes de HEGEL ya había autores que habían propuesto un nivel de valoración previo a la culpabilidad (GROLMAN y la «ilegalidad objetiva»). Si el concepto de injusto objetivo propuesto por JHERING es entendido en el mismo sentido, habría que afirmar que aquel no representaría nada nuevo. Sin embargo, si el concepto de injusto objetivo es entendido como la definitiva contrariedad entre el hecho y el Derecho, entonces sí resultaría ser una categoría novedosa.

⁷¹ Sobre el particular, cabe mencionar que en la medida que JHERING entendió que el injusto objetivo precisaba de la acción, pero prescindía de la culpabilidad, lo consecuente hubiera sido dejar de lado la denominación «injusto objetivo» y adoptar, como hizo HÄLSCHNER, la nomenclatura de «injusto no culpable» («*schuldloses Unrecht*»). Reconociendo que JHERING fue quien por primera vez utilizó el concepto de «injusto objetivo» mientras que HÄLSCHNER recurrió al concepto de «injusto no culpable», por todos, THON, *Rechtsnorm*, 1878, 75; NAGLER, *FS-Bindung*, t. II, 1911, 331, n. 2. Sobre los planteamientos de HÄLSCHNER, ACHENBACH, *Grundlagen*, 1974, 25 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 221 ss. Por su parte, KOHLRAUSCH, *Irrtum*, 1903, 54, considera que la «antijuridicidad objetiva» y el «injusto no culpable» no son idénticos.

⁷² JHERING, *Schuldmoment*, 1867, 6.

⁷³ JHERING incluyó la acción voluntaria para evitar que su concepto de injusto objetivo considere como antijurídicos los hechos de animales y acontecimientos de la naturaleza. En ese sentido, como gráficamente ha expuesto NAGLER, *FS-Bindung*, t. II, 1911, 334, JHERING «se dejó asustar por el fantasma de la naturaleza que actúa antijurídicamente evocado por Merkel». Por eso, según NAGLER, JHERING llegó a una solución de compromiso (entre el injusto objetivo y el injusto subjetivo): «el injusto sería acción, por lo tanto, realización de la voluntad de un capaz de imputabilidad; (...) el injusto objetivo excluye la culpabilidad, pero en absoluto el momento de la voluntad». Por otro lado, es interesante la explicación que, desde una perspectiva procesal, ofrece DE SOUSA MENDES, *FS-Wolter*, 2013, 274, sobre la inclusión de la acción en el injusto objetivo. Según el mencionado autor, las reflexiones que JHERING ofrece en «*Geist des römischen Rechts*» (1888) (en la que JHERING evidencia un cambio en su pensamiento: da un viraje hacia una ciencia jurídica pragmática, criticando duramente a la denominada «Jurisprudencia de conceptos»), llevan a entender que, como hicieron los romanos, aquel «reduce los derechos al proceso». En ese sentido, de SOUSA MENDES indica, con respecto a JHERING, que «su perspectiva aclara por qué el injusto, a pesar de ser objetivo, nunca es confundido con los daños provocados por la fuerza de la naturaleza, pues la defensa de un derecho no es asegurada, por ejemplo, por contramedidas meramente físicas (por ejemplo, el restablecimiento de una pared derribada por una inundación), sino sobre todo por contramedidas jurídicas (por ejemplo, una acción)». Por esto, en la medida que no se puede actuar (esto es, obrar en términos procesales, que es como aquí se entiende el término alemán «*Klage*») contra los acontecimientos de la naturaleza, sino solo contra otras acciones humanas, se explica que el injusto objetivo posea, como elemento mínimo, una voluntad humana.

desvalorada causada por acontecimientos naturales y aquella causada por una acción libre y consciente, esto es, voluntaria, que es la que el Derecho precisa para afirmar sin duda alguna la concurrencia de una auténtica contrariedad al mismo o, en otras palabras, de un injusto objetivo⁷⁴.

2.4. BINDING.

1. En la obra de BINDING es posible advertir una clara y fundamental influencia de los lineamientos enunciados por MERKEL⁷⁵. En efecto, aquel, al igual que este, entendió a la norma desde una perspectiva imperativo-instrumental. Esta comprensión fue mantenida por BINDING hasta el final de su vida científica, pese a que en el marco de esta se reconoce una importante evolución de su pensamiento, en el que el citado autor pasó de concentrar su atención en lo relacionado al reproche del autor de una infracción (asentándose sus reflexiones en un subjetivismo en la misma línea de MERKEL), a destacar lo relacionado con las consecuencias materiales del hecho (fundamentando la existencia de un tipo y una antijuridicidad objetiva)⁷⁶.

⁷⁴ ACHENBACH, *Grundlagen*, 1974, 25, explica que JHERING condujo a la instauración de la distinción entre injusto y culpabilidad en el ámbito del Derecho penal, así como al establecimiento de los fundamentos de la posterior distinción entre un lado puramente objetivo y otro lado puramente subjetivo del delito. Las reflexiones de JHERING fueron seguidas por autores como HÄLSCHNER, GS 21 (1869), 18 ss.; y GS 28 (1876), 401-431 y WACH, GS 25 (1873), 432, 446 ss. En el caso de HÄLSCHNER, este ya había reconocido, en una obra anterior (*Strafrecht*, t. II, 1858, 280 ss.) la distinción entre un injusto sin culpabilidad (*unverschuldete Unrecht*) y un injusto culpable (*verschuldeten Unrecht*), expresando ambas formas una oposición entre la voluntad contra el Derecho en conjunto.

⁷⁵ BINDING, *Normen*, t. I, 1.^a ed., 1872, 142, n. 247, reconoció expresamente la influencia de MERKEL en su pensamiento científico. PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 277, señala que del planteamiento de MERKEL emergieron dos caminos («dos estrategias de fundamentación»). El primero, seguido por THON, suponía admitir la afirmación de MERKEL por la cual el Derecho sería la «personificación (*Inbegriff*) de mandatos y prohibiciones» dirigidos a la voluntad de los súbditos del Derecho, lo que a su vez suponía aceptar un concepto unitario de injusto. El segundo, seguido por BINDING, consistía en adherirse al planteamiento de MERKEL, por el que el injusto, entendido como una «desobediencia al Derecho objetivo», solo podía ser realizado por individuos capaces de imputación, lo que a su vez suponía renunciar a un concepto unitario de injusto.

⁷⁶ Reconocen esta evolución, en Alemania, por todos, NAGLER, *FS-Binding*, t. II, 1911, 368; HEINITZ, *Rechtswidrigkeit*, 1926, 9 ss.; KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 2 (=Teoría de las normas, 1977, 2); OEHLER, *Zweckmoment*, 1959, 16, n. 3; KRAUSHAAR, GA 1965, 9; en España, por todos, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 245. BINDING jamás pensó que su concepción imperativo-instrumental de la norma fuera incorrecta. Su evolución, más que tener como objeto su punto de partida normológico, alude en realidad a un importante cambio de perspectiva con la que debía analizarse el injusto. En ese sentido, la evolución en el pensamiento de BINDING se debió a que este autor, más que considerar incorrecta su posición original, la consideró insuficiente de cara a la comprensión de determinados aspectos implícitos en el juicio de contrariedad a Derecho que no quedaban abarcados adecuadamente con la idea de la mera contrariedad a la norma imperativa. Con todo, como destaca MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 246, no resulta adecuado entender que BINDING representó una variación acrítica en la defensa de la existencia de un injusto subjetivo a uno objetivo. Por otro lado, KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 146 (=Teoría de las

2. En la primera edición del t. I de «*Die Normen*» en 1872, BINDING, demostrando una clara influencia hegeliana, describió a la norma como la representación de una voluntad general, orientada a someter la voluntad del individuo. Consecuentemente, concibió al injusto como una divergencia entre tales voluntades: «la voluntad de la ley y la actuación del individuo no corren paralelamente, sino que divergen»⁷⁷. En ese marco, BINDING, que había adoptado una posición cercana a la de la teoría de los imperativos⁷⁸, propuso la célebre distinción entre «norma» y «ley penal», en la que la primera debía entenderse como un imperativo dirigido a los individuos (bajo la forma de prohibiciones o mandatos orientados a regular sus acciones y omisiones, respectivamente)⁷⁹. Conforme a esto, el referido autor reconoció que todo injusto representaba una contrariedad a la norma (*Normwidrigkeit*): «una acción ilícita debe ser intencional o imprudente; solo hay injusto culpable y no injusto inculpable»⁸⁰. Estas directrices permitieron a BINDING sostener que, si la voluntad general, expresada en el mandato de la ley, pretendía someter la voluntad del individuo, entonces este debía reunir ciertas condiciones mínimas para poder cumplir con el imperativo. Tales condiciones se concentraban en lo que BINDING denominó «capacidad de acción» («*Handlungsfähigkeit*»), esto es, conocimiento de la antijuridicidad y capacidad individual de actuar conforme a la norma (imputabilidad)⁸¹. De esta manera, desde la

normas, 1977, 194), reconoce que la comprensión del injusto en BINDING no solo resulta ambigua, sino que también ha sido frecuentemente mal entendida. Aquí es necesario señalar que la evolución en las contribuciones científicas de BINDING deben ser entendidas en atención al contexto histórico-dogmático en el que se enmarcó su obra (el paso del injusto culpable al injusto objetivo).

⁷⁷ BINDING, *Normen*, t. I, 1.ª ed., 1872, 135.

⁷⁸ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 50 (=Teoría de las normas, 1977, 66). Cabe mencionar que BINDING, *Normen*, t. I, 4.ª ed., 1922, 103 criticó la teoría de los imperativos. Al parecer, lo que diferenció a BINDING de los defensores de la teoría de los imperativos es que aquel entendió que la «norma» coexistía con el precepto jurídico. BINDING, como se verá más adelante, atribuyó a la «norma» una función independiente (la de obligar a los súbditos, ya que en los preceptos propios del Derecho penal no se reconoce más que obligaciones dirigidas al Estado) y un carácter previo a la proposición jurídico-penal. Con todo, cabe decir que la comprensión de la norma en BINDING, específicamente, en lo que tiene que ver con sus efectos, estaba estrechamente relacionada con la propuesta por la teoría clásica de los imperativos. En efecto, BINDING, *Normen*, t. I, 4.ª ed., 1922, 82, defendió la idea de que las normas fundamentaban un «deber de obediencia o de sumisión», por lo que, correspondientemente, existe un «derecho del soberano a la obediencia o a la sumisión» (BINDING, *Normen*, t. I, 4.ª ed., 1922, 97), esto es, a exigir el cumplimiento del mencionado deber de obediencia por parte del ciudadano. En ese sentido, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewußtsein*, 1949, 132, cuestiona que haya alguna «diferencia esencial» entre la teoría de la norma de BINDING y la teoría de los imperativos.

⁷⁹ BINDING, *Normen*, t. I, 1.ª ed., 1872, 23 ss.

⁸⁰ BINDING, *Normen*, t. I, 1.ª ed., 1872, 135-136. Asimismo, BINDING, *Handbuch*, t. I, 1885, 159, señaló que «la infracción no culpable de la norma no es infracción alguna; antinormatividad y normatividad culpable son una misma cosa. No hay injusto no culpable, no existe el llamado injusto objetivo». En esa dirección también HERTZ, *Unrecht*, 1880, 4 ss.

⁸¹ BINDING, *Normen*, t. I, 1.ª ed., 1872, 135.

perspectiva del mencionado autor, solo quienes eran capaces de acción podrían ser destinatarios de la norma y, consecuentemente, solo quienes posean capacidad de acción podrían infringirla. En este primer momento BINDING se opuso claramente a la posibilidad de afirmar un injusto sin concurrencia de culpabilidad, señalando que «El llamado injusto objetivo es pura casualidad»⁸². Asimismo, BINDING asumió, como MERKEL, la idea de la unidad de injusto, en virtud de la cual era exigible la culpabilidad para afirmar la existencia de un injusto (civil o penal)⁸³. Por lo dicho, queda claro, según los lineamientos expuestos por BINDING, que la admisión de la existencia de un injusto no culpable resulta inviable: un injusto, entendido como contrariedad a la norma, no puede verificarse prescindiendo de la culpabilidad⁸⁴.

3. Posteriormente, a partir de la segunda edición del t. I de «*Die Normen*» en 1890 y, principalmente, en la tercera edición de la misma obra en 1916, BINDING reconoció la existencia del injusto no culpable⁸⁵. Este reconocimiento estuvo estrechamente ligado a la necesidad de destacar los efectos externos del hecho. Cabe recordar que, en una línea similar a la de MERKEL (que, como se recuerda, había distinguido entre infracción de la norma y afectación de objetos jurídicos), BINDING expresó la distinción, ya en la primera edición del t. I de «*Die Normen*», entre una acción que infringe un deber personal impuesto por la norma y la mera desvaloración objetiva de una situación al ser contrastada con el orden jurídico⁸⁶. Ahora bien, BINDING, siendo consciente de que la perspectiva normológica adoptada originalmente se centraba en lo relacionado al reproche al autor de la infracción, admitió que la misma desatendía lo referido a las consecuencias materiales del hecho⁸⁷. Por esto, si el injusto se identificaba con la contrariedad a la norma y esta última requería siempre de culpabilidad, entonces BINDING procedió a desligar injusto y antinormatividad⁸⁸, precisamente, para reconocer la existencia de un injusto en el que la culpabilidad no sea un presupuesto imprescindible. BINDING señaló: «Denomino desde

⁸² BINDING, *Normen*, t. I, 1.ª ed., 1872, 136.

⁸³ Esto también es reconocido por HEINITZ, *Rechtswidrigkeit*, 1926, 9.

⁸⁴ BINDING, *Normen*, t. II, 1877, 102, señaló que «la culpabilidad es la voluntad de un capaz de acción como causa de una antijuridicidad».

⁸⁵ Esto, posiblemente, por influencia de la obra de THON, quien, como se verá en el próximo apartado, reconoció la posibilidad de afirmar un injusto no culpable en el Derecho penal.

⁸⁶ BINDING, *Normen*, t. I, 1.ª ed., 1872, 137. Aquí el citado autor respondió de la siguiente manera a la inquietud formulada por JHERING en lo relacionado a la situación jurídica del poseedor de buena fe: «La situación puede denominarse antijurídica, pero no el comportamiento del poseedor de buena fe. Este, en cuanto poseedor de la cosa, no actúa frente al propietario ni de acuerdo ni en contra del Derecho».

⁸⁷ BINDING, *Normen*, t. I, 4.ª ed., 1922, 239.

⁸⁸ BINDING, *Normen*, t. I, 4.ª ed., 1922, 239, n. 10; 291 ss.

ahora injusto (*Unrecht*) o antijuridicidad (*Rechtswidrigkeit*) o lesión del derecho (*Rechtsverletzung*) a toda conducta o suceso en conflicto con un derecho subjetivo; como delito denomino su subespecie: el desacato culpable del derecho público de señorío (*öffentliches Recht auf Botmässigkeit*); la contrariedad a la ley (*Gesetzwidrigkeit*) denominaría a la conducta en conflicto con un derecho subjetivo, en la medida que al mismo tiempo esté en contradicción con la voluntad del derecho objetivo de garantizar ese derecho subjetivo»⁸⁹.

4. La afirmación citada permite extraer una serie de aspectos vinculados a la distinción entre injusto penal e injusto civil, asunto que constituye un tema medular en la obra de BINDING. El primero y más evidente tiene que ver con la consecuencia que entraña cada una de tales clases de injusto: mientras el injusto penal acarrea la imposición de una pena, el injusto civil contempla la reparación por los daños causados⁹⁰. El segundo aspecto tiene que ver con los requisitos para la afirmación, tanto del injusto penal como del civil: mientras aquel requiere de una antinormatividad culpable (pues un injusto sin culpabilidad en el Derecho penal sería «desconocer la tarea específica de este ámbito y los presupuestos fundadores de la pena»⁹¹), este exige una antijuridicidad objetiva. En este punto, es importante destacar que BINDING admitió que el injusto civil puede no tener como presupuesto una conducta humana, por lo que la responsabilidad puede fundarse también en la casualidad⁹². Conforme a esto, un hecho antijurídico podría ser generado también por el comportamiento de animales o por acontecimientos de la naturaleza⁹³. El tercer aspecto tenía que ver con el objeto de ataque: mientras en el injusto penal el objeto de ataque era el derecho público de señorío⁹⁴, en el injusto civil el objeto de ataque eran derechos privados⁹⁵. Al respecto, vale la pena señalar que BINDING sostuvo reiteradamente que todo

⁸⁹ BINDING, *Normen*, t. I, 4.ª ed., 1922, 298.

⁹⁰ BINDING, *Normen*, t. I, 4.ª ed., 1922, 284 ss.

⁹¹ Al respecto, PAWLIK, *FS-Otto*, 2007, 147 (= *Libertad institucionalizada*, 2010, 126).

⁹² En ese sentido, BINDING, *Normen*, t. II-1, 2.ª ed., 1914, 276, señaló: «La culpabilidad no fundamenta solo la responsabilidad penal, sino también la civil, aunque a menudo tampoco lo hace, y a menudo existe responsabilidad sin culpabilidad». BINDING pretendía señalar que, aunque la culpabilidad no era imprescindible para el injusto civil, sí podía fundamentarlo.

⁹³ Así, BINDING, *Normen*, t. I, 4.ª ed., 1922, 301, sostuvo: «El lado práctico de mi derecho de propiedad tiene exactamente el mismo aspecto perdido si quien me priva, en principio para siempre, de mi velero es un desconocido de buena fe, como un ladrón, la tormenta o mi propia imprevisión (...) Por tanto, la casualidad es en absoluto originadora o causante inadecuada para todos los tipos de injusto (*Unrechtstatbestände*)».

⁹⁴ BINDING, *Normen*, t. I, 4.ª ed., 1922, 299, 308.

⁹⁵ BINDING, *Normen*, t. I, 4.ª ed., 1922, 300, 309.

injusto (ya sea penal o civil) supone siempre un ataque a un derecho subjetivo⁹⁶, aunque esta afectación no provenga necesariamente de una acción humana (apreciación que resultaba coherente con la aceptación de hechos injustos causados por eventos de la naturaleza o actos de animales). Finalmente, en cuanto a los presupuestos para la afirmación de cada especie de injusto, es necesario señalar que BINDING reconoció que la contrariedad a la ley no puede identificarse con contrariedad a la norma⁹⁷. De esto se dedujo que, si el delito era, como antes se dijo, el desacato culpable al derecho público de señorío (y, consecuentemente, la infracción de un deber personal de obediencia), entonces, aquí se producía, al mismo tiempo, una contrariedad a la ley y una contrariedad a la norma⁹⁸. Esto permitió diferenciar el escenario en el que se produce una antijuridicidad objetiva (en la que existe una contrariedad a la ley y una vulneración a un derecho subjetivo)⁹⁹, propia del Derecho civil, y una antinormatividad culpable (en la que se verifica una contrariedad a la ley, una infracción culpable de la norma y una vulneración a un derecho subjetivo)¹⁰⁰, referida al Derecho penal. En definitiva, de la plétora de argumentos aquí vertidos es posible deducir por qué BINDING consideró incorrecta la tesis por la cual la lesión del derecho subjetivo debía tener su causa en la acción humana (o, como mínimo, en una voluntad humana): si este autor pretendía otorgarle una mayor importancia a la valoración de los efectos de un determinado acontecimiento (algo que él reconoció expresamente), entonces consideró que el camino correcto para lograr esto radicaba en admitir que no solo las acciones humanas podían ser antijurídicas, sino también los comportamientos de los animales o los acontecimientos de la naturaleza. Esta conclusión –llevada hasta sus últimas consecuencias por autores como KITZINGER¹⁰¹, LÖFFLER¹⁰² o NAGLER¹⁰³– había sido objeto de crítica por MERKEL, quien la constituyó precisamente como el argumento basal para edificar su tesis consistente en la inescindibilidad del injusto y la culpabilidad.

5. Finalmente, en un tercer momento (coincidente con sus últimos trabajos –uno de ellos de 1910, denominado «*Der objektive Verbrechenstatbestand in seiner rechtlichen*

⁹⁶ BINDING, *Normen*, t. I, 1.ª ed., 1922, 295.

⁹⁷ BINDING, *Normen*, t. I, 4.ª ed., 1922, 303.

⁹⁸ BINDING, *Normen*, t. I, 4.ª ed., 1922, 299.

⁹⁹ BINDING, *Normen*, t. I, 4.ª ed., 1922, 302.

¹⁰⁰ BINDING, *Normen*, t. I, 4.ª ed., 1922, 299, 308.

¹⁰¹ KITZINGER, GS 55 (1898), 16 ss.

¹⁰² LÖFFLER, ZStW 21 (1901), 527 ss., 555.

¹⁰³ NAGLER, *FS-Binding*, t. II, 1911, 331 ss.

Bedeutung»¹⁰⁴—, la segunda edición del t. II de «*Die Normen*» de 1914, los t. III y IV de «*Die Normen*» de 1918 y 1919, respectivamente, y en una monografía sobre la culpabilidad de 1919), BINDING, que ya había aceptado que en algunas modalidades de injusto (como el injusto civil) la culpabilidad no era un presupuesto indispensable y que el significado objetivo-material del hecho (la lesión de bienes jurídicos) poseía una mayor relevancia para fundamentar, sobre él, la contrariedad al Derecho, decidió integrar sus reflexiones en la propia construcción sistemática, dotando de contenido material a la distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo (reconocidas por él previamente en su manual de 1885¹⁰⁵), que consideraba aplicable a todo delito. En ese marco, BINDING deja claro, desde el principio, la perspectiva asumida: referida no tanto al culpable, sino a la víctima. Así, el citado autor se pregunta: «(...) ¿la consideración de la acción como un suceso perjudicial en el ámbito del Derecho y la consideración de lo eventualmente lesionado no se han descuidado por la fuerte, pero a la vez unilateral acentuación de la culpabilidad y la pena?»¹⁰⁶. A lo que el mismo autor responde: «Más bien se hace absolutamente necesario analizar también la acción delictiva excluyendo la culpabilidad, es decir, todo el denominado tipo subjetivo y comprobar a qué consecuencias lógicas y jurídicas empuja la esencia de esos hechos humanos cuando suprimimos mentalmente como autor al capaz de acción y ponemos en su lugar al absolutamente, o al menos ad hoc, incapaz de acción»¹⁰⁷. En ese sentido, BINDING denominó «tipo objetivo del delito» («*objektive Deliktstatbestand*») a la «realización de todos sus elementos por un comportamiento humano no culpable»¹⁰⁸, señalando además que «lo que se podrá designar realmente como tipo objetivo del delito es siempre realización de la voluntad, no un puro suceso externo»¹⁰⁹. Segundo, en cuanto a la culpabilidad, la entendió en un doble sentido: culpabilidad en el sentido de «delito» («*Verbrechen*») como acción antijurídica y culpable; y culpabilidad como tipo subjetivo (culpabilidad en sentido estricto)¹¹⁰. Con lo expuesto, BINDING desarrolló argumentos consecuentes con las formulaciones hechas en su segunda etapa: le otorga importancia al análisis de los efectos objetivos de la acción causal en los

¹⁰⁴ BINDING, GS 76 (1910), 1 ss.

¹⁰⁵ BINDING, *Handbuch*, t. I, 1885, 503.

¹⁰⁶ BINDING, GS 76 (1910), 2.

¹⁰⁷ BINDING, GS 76 (1910), 2.

¹⁰⁸ BINDING, *Normen*, t. II, 2.^a ed., 1914, 230.

¹⁰⁹ BINDING, GS 76 (1910), 10.

¹¹⁰ BINDING, *Normen*, t. II, 2.^a ed., 1914, 270, n. 9.

derechos y bienes ajenos¹¹¹. Estas apreciaciones reflejan la conclusión del proceso de «objetivización» del injusto en BINDING: el hecho objetivo, que antes constituía solamente el núcleo del injusto objetivo (de relevancia jurídico-civil), pasaba a erigirse también como componente central del injusto penal. Dicho de otra forma: tanto en el Derecho civil como en el Derecho penal el centro de la antijuridicidad se situaba en el hecho y no en la culpabilidad¹¹². En ese sentido, BINDING entendió que el tipo objetivo del delito «contiene siempre el elemento de la «antijuridicidad»»¹¹³, por lo que este ámbito se refería solo a una «antinormatividad externa» («*äußerliche Normwidrigkeit*»), que aún no dice nada sobre la contrariedad al deber («*Pflichtwidrigkeit*»)¹¹⁴ que, en su opinión, debía analizarse en el tipo subjetivo de delito¹¹⁵. De esta manera, aquella contradicción externa, si bien es necesaria para afirmar la contradicción con un deber (constituye su antecedente), no es suficiente para que esto último suceda. Esto revela que BINDING nunca dejó de entender que la antinormatividad (como infracción de un deber personal por parte de un capaz de acción) fundamentaba el delito (BINDING nunca renunció a su concepción imperativista). Lo que destacó BINDING –aunque sin profundizar al respecto– consistió en el reconocimiento de un ámbito previo a la antinormatividad, en el que se verifica la contraposición objetiva entre un hecho y la norma: el presupuesto conceptual de la norma y su único motivo es una «valoración sobre la intolerabilidad jurídica (*rechtliche Unerträglichkeit*) de una determinada acción u omisión»¹¹⁶. Tal ámbito previo, sin embargo, no debía conducir a entender, según señaló el propio BINDING, que la norma se limita a valorar: la norma, si bien contiene una valoración, carece de una función valorativa¹¹⁷. Con esta conclusión

¹¹¹ Al respecto, BINDING, GS 76 (1910), 2, es claro al manifestar el cambio de perspectiva que suponen sus nuevas argumentaciones: el enfoque pasa del culpable a la víctima. Estas ideas ya se habían manifestado, de alguna manera, en BINDING, *Normen*, t. I, 4.ª ed., 1922, 241-242, donde señaló que: «el delito se interesa por el delincuente; el injusto civil por la víctima».

¹¹² BINDING, *Normen*, t. II, 2.ª ed., 1914, 234.

¹¹³ BINDING, GS 76 (1910), 11.

¹¹⁴ BINDING, GS 76 (1910), 11, n. 2. La afirmación de una «contradicción externa» entre el hecho y la norma se realiza solo en un pie de página. Con esta argumentación queda claro que la propuesta de BINDING constituye el antecedente a la «norma de Derecho» de GOLDSCHMIDT o la «norma de valoración» de MEZGER, que serán desarrolladas más adelante.

¹¹⁵ BINDING, *Schuld*, 1919, 9 (=Culpabilidad, 2009, 10), donde señaló claramente: «Puesto que el conjunto de la cuestión de la culpabilidad se plantea una vez constatado el tipo objetivo, resulta evidente que la constatación de la causación, esto es, la solución de la cuestión de la causalidad precede por principio al planteamiento de la cuestión de la culpabilidad».

¹¹⁶ BINDING, GS 76 (1910), 8.

¹¹⁷ Al respecto, BINDING, *Normen*, t. IV, 1919, 363, donde señala: «En todas las normas pueden distinguirse dos aspectos: una declaración (*Erklärung*) de que lo prohibido por la norma es intolerable (*unerträglich*) para el ordenamiento jurídico o que lo mandado por ella es indispensable (*unentbehrlich*) para él. Esta declaración se dirige a la generalidad. Sin embargo, la orden (*Befehl*) de la norma debe distinguirse nítidamente de esa

BINDING reconoció la distinción básica que preside la construcción del delito como hecho antijurídico y culpable, siendo el primero el ámbito donde se analiza la valoración material del hecho y el segundo el momento en que se examina el reproche al autor¹¹⁸.

2.5. THON.

1. THON, igual que MERKEL y BINDING, admitió una concepción imperativa de la norma. Al respecto, señaló que «El ordenamiento jurídico busca, mediante sus prescripciones, dar un impulso a los sometidos por el Derecho para un concreto comportamiento, siendo este comportamiento deseado tanto una acción como una omisión (...) Las prohibiciones y mandatos gravan la libertad natural de aquéllos a quienes se dirigen»¹¹⁹. Una afirmación como esta, en la que queda clara la idea de la libertad individual como fundamento de la responsabilidad, así como la defensa de una perspectiva imperativa de la norma (en virtud de la cual existen órdenes que se expresan mediante un «tú debes» o un «tú no debes»)¹²⁰, permite comprender los motivos por los que THON ha sido generalmente reconocido como el autor con el que se inició a la teoría imperativa¹²¹. Frases de su autoría como «conceptualmente, a cada precepto subyace un imperativo, un *praeceptum legis*, o, como actualmente se suele decir, una norma»¹²² o «Todo el derecho de una sociedad no es más que un conjunto de imperativos»¹²³ son ampliamente conocidas y han dado pie a que THON

declaración y generar deberes de actuar u omitir solo en aquellos que son capaces de acción en sentido jurídico». Sobre esto, ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2017, 830.

¹¹⁸ NAGLER, el penalista que probablemente se relacionó de modo más cercano con BINDING, y que se mantuvo en contacto hasta el último año de vida de este, fue un importante representante del injusto objetivo. Probablemente la última etapa de BINDING fue decisiva para la formación del pensamiento de NAGLER. Al respecto, LANG-HINRICHSSEN, *ZStW* (1952), 64, 436 ss. También, GRUPP, *Unrechtsbegründung*, 2009, 24, n. 35, quien señala que si bien BINDING (en su última etapa) y NAGLER defendieron un concepto de injusto objetivo, ambos rechazaron expresamente la teoría de los imperativos (aunque esta afirmación debería ser matizada: BINDING nunca dejó de entender a la norma como imperativo. Al respecto, BINDING, *Handbuch*, t. I, 1885, 155, 157, n. 8). NAGLER, por su parte, entendió al Derecho como ordenamiento objetivo, admitiendo que los eventos de la naturaleza pueden tener un efecto antijurídico. Al respecto, NAGLER, *FS-Binding*, t. II, 1911, 317 ss., 325 ss.

¹¹⁹ THON, *Rechtsnorm*, 1878, 2.

¹²⁰ THON, *Rechtsnorm*, 1878, 2.

¹²¹ Reconoce a THON como creador de la teoría de los imperativos, entre otros, LARENZ, *FS-Engisch*, 1969, 151; HEINITZ, *Rechtswidrigkeit*, 1926, 8. Tal reconocimiento, hasta donde entiendo, es incorrecto. Antes de THON existían ya varias opiniones caracterizadas por su intensa afinidad con una concepción imperativa de la norma. Al respecto, SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, 1917, 214, n. 1, donde hace referencia a autores como HOBBS, AUSTIN y JHERING, quienes defendieron, con sus respectivos matices, una concepción imperativa de la norma. Sobre la teoría de los imperativos, *infra* Cap. II, 3.1.

¹²² THON, *Rechtsnorm*, 1878, 3.

¹²³ THON, *Rechtsnorm*, 1878, 8.

sea considerado por varios autores como el artífice de la teoría de los imperativos en el Derecho penal.

2. Los imperativos desempeñaron una función decisiva en la construcción conceptual propuesta por THON¹²⁴. En efecto, este autor, asumiendo los lineamientos planteados por HEGEL, entendió al ordenamiento jurídico como la «voluntad objetivada de la comunidad» para luego formular apreciaciones sobre cómo tal voluntad objetivada podía ser trasladada a las relaciones jurídicas de una comunidad¹²⁵. Los «impulsos» antes mencionados, emanados del ordenamiento jurídico para determinar las conductas de los sometidos al derecho, son, precisamente, producidos por los imperativos, los que, según THON, se expresan mediante órdenes con contenido positivo o negativo¹²⁶. Como puede preverse, los destinatarios de aquellos imperativos solo pueden ser los individuos, pues «como todo el derecho proviene de los individuos, entonces sus disposiciones someterán solamente a los individuos»¹²⁷. Asimismo, THON destacó la relevancia que en su concepción poseen los intereses de la comunidad, cuya protección o exigencia se produce mediante las prohibiciones o los mandatos, respectivamente: «El ordenamiento jurídico no emite sus órdenes de manera ciega o sin objetivos (...) su finalidad tampoco es poner a prueba la obediencia de los sometidos a la norma. No es la obediencia a ella lo importante, sino sus consecuencias. Se desea mantener alejado lo prohibido y alcanzar lo necesario. Sus órdenes son solo un medio para este objetivo»¹²⁸. Una mirada a estas reflexiones permite pensar que THON, si bien partió claramente de una concepción de la norma como imperativo, concentró su atención en las consecuencias jurídicas de tal concepción¹²⁹.

¹²⁴ Se reconoce generalmente que THON intentó analizar el Derecho civil (y los derechos subjetivos) desde la perspectiva de la teoría de los imperativos. JSAY, *Rechtsnorm*, 1929, 13, n. 27 duda que aquello haya podido lograrse (considera el intento de THON como «fracasado»).

¹²⁵ THON, *Rechtsnorm*, 1878, 1. Al respecto, véase también MERKEL, ZPrÖ 1879, 369.

¹²⁶ THON, *Rechtsnorm*, 1878, 2.

¹²⁷ THON, *Rechtsnorm*, 1878, 3.

¹²⁸ THON, *Rechtsnorm*, 1878, 3 ss.

¹²⁹ Al respecto, LAMPE, *Unrecht*, 1967, 19, en el marco del desarrollo histórico-dogmático que realiza sobre el concepto de injusto en el Derecho penal, señala que antes de la aparición de la contribución de THON, el debate sobre el mencionado concepto giraba en torno a si este debía entenderse desde una perspectiva impersonal o personal, y en caso de optara por esta segunda opción, había que discutir si el injusto se basaba en una voluntad abstracta (HEGEL) o una voluntad concreta o individual. Y profundizando aún más: si se entiende que el injusto radica en una voluntad concreta, había que decidir si debía concurrir culpabilidad (MERKEL) o si se podía prescindir de este elemento (JHERING).

3. En ese contexto, THON, en la segunda parte de su investigación, analizó lo relacionado al injusto no culpable (*schuldloses Unrecht*)¹³⁰. El abordaje de este asunto estuvo precedido por consideraciones referidas a la equivocidad del concepto de «injusto», pues, según THON, así como aquel podía aludir a una conducta objetivamente contraria a Derecho (independiente de la concurrencia o no de culpabilidad en el individuo), también podía referirse (en los términos del concepto «*iniuria*», proveniente del Derecho romano) a un hecho en el que la culpabilidad como presupuesto subjetivo sea un componente consustancial¹³¹. THON no negó que la admisión, como punto de partida, de una comprensión de la norma desde una perspectiva imperativo-instrumental deba conducir necesariamente a la aceptación de que los inimputables o quienes se hallan privados de razón no puedan ser motivados por la norma ya que, como el mencionado autor reconoce, la norma solo puede dirigirse a quienes se encuentren en condiciones de cumplirla¹³². Sin embargo, THON pretende ir más allá de la propia infracción de la norma: busca determinar si las consecuencias jurídicas de tal transgresión pueden ocurrir solamente en el caso de una infracción culpable o no. De admitirse la última alternativa, «al menos con respecto a una parte de estas consecuencias jurídicas, quedaría mostrado en su resultado práctico lo que debe lograrse con la admisión de un injusto objetivo. Si procede calificar tal conducta no culpable antinormativa como injusto, puede quedar sin discutir; basta con decir que conlleva consecuencias de la antinormatividad»¹³³. Por tanto, si bien el ordenamiento jurídico no puede esperar a determinar la conducta de un incapaz de imputación mediante sus imperativos, no quiere decir que por ese motivo se deba prescindir de unir consecuencias jurídicas a la infracción de la norma (entendiendo aquí «infracción» como una no correspondencia objetiva entre la conducta y lo dispuesto por el Derecho). Evidentemente, la pena (como consecuencia jurídica con la que el ordenamiento jurídico cualifica el hecho) no podrá ser impuesta al autor no culpable, pero otras consecuencias jurídicas sí podrían serle impuestas¹³⁴.

4. THON admitió que en la medida que el injusto sea condición para la imposición de una sanción, entonces no podría existir un injusto independiente de la culpabilidad. En ese sentido, comprendiendo la dinámica del delito y de la pena bajo la idea de la imposición de

¹³⁰ THON, *Rechtsnorm*, 1878, 71.

¹³¹ THON, *Rechtsnorm*, 1878, 76.

¹³² THON, *Rechtsnorm*, 1878, 77.

¹³³ THON, *Rechtsnorm*, 1878, 76.

¹³⁴ THON, *Rechtsnorm*, 1878, 77 ss.

un mal como respuesta a otro, el mencionado autor expresa: «No hay punibilidad sin culpabilidad, no hay juicio penal ni ejecución de la pena sin capacidad de imputación»¹³⁵. Sin embargo, a otras consecuencias podría conducir la perspectiva del Derecho civil. A partir de esta, THON llega a dos importantes consideraciones. Primero, que la nulidad de un acto jurídico puede afirmarse tanto en el caso de un inculpable como de un incapaz de imputación¹³⁶. Por tanto, el concepto de injusto no culpable parece ser viable en este ámbito, pues, como señala THON, «(...) la nulidad de un negocio nunca es la consecuencia jurídica de una contrariedad a la norma»¹³⁷ o, dicho de manera más clara, la nulidad del acto jurídico es independiente de la culpabilidad o inculpabilidad del agente¹³⁸. Segundo, los sucesos de relevancia jurídica solo acontecen cuando el ordenamiento jurídico lo permite, por lo que, si bien el Derecho puede prohibir una determinada conducta humana (prohibición que, por cierto, no hace imposible que el suceso se realice), aquel, en ejercicio de su poder, puede anticiparse¹³⁹ «en el momento y en el lugar correcto»¹⁴⁰, de tal manera que tenga la capacidad de amenazar «la contrariedad a Derecho por parte de un conscientemente culpable o de un completamente inocente»¹⁴¹, dicho de otra manera: «también es posible impedir infracciones sin culpabilidad»¹⁴². Por lo tanto, un mandato o prohibición «se dirige a todos, incluso a los incapaces de imputación»¹⁴³. THON sostuvo que la norma «no es como el sombrero de Geßler, solo para probar la obediencia de los súbditos (...) ella aspira a un estado que habría de ocurrir al ser cumplidos sus imperativos»¹⁴⁴. Por esto, para la norma, la voluntad del transgresor y su constitución (naturaleza) es indiferente¹⁴⁵. THON parece haber entendido a la norma desde la perspectiva de su finalidad, al haber concentrado su atención, más que en la determinación de la obediencia del destinatario de la norma, en la evitación de las consecuencias de su acto¹⁴⁶.

¹³⁵ THON, *Rechtsnorm*, 1878, 84.

¹³⁶ THON, *Rechtsnorm*, 1878, 85.

¹³⁷ THON, *Rechtsnorm*, 1878, 85.

¹³⁸ THON, *Rechtsnorm*, 1878, 87.

¹³⁹ En efecto, THON, *Rechtsnorm*, 1878, 85, considera que el ordenamiento jurídico no se limita a prohibir mediante sus normas lo indeseado, sino que hay ámbitos, como el jurídico-negocial, en el que él mismo es capaz de evitar la realización de lo indeseado, pues aquí el ordenamiento jurídico «tiene el poder de hacer fracasar, desde el principio, el resultado deseado».

¹⁴⁰ THON, *Rechtsnorm*, 1878, 88.

¹⁴¹ THON, *Rechtsnorm*, 1878, 88.

¹⁴² THON, *Rechtsnorm*, 1878, 88.

¹⁴³ THON, *Rechtsnorm*, 1878, 89.

¹⁴⁴ THON, *Rechtsnorm*, 1878, 98.

¹⁴⁵ THON, *Rechtsnorm*, 1878, 98.

¹⁴⁶ En la medida que el ordenamiento jurídico busca la concreción de lo que manda a través de sus normas, estas, como portadoras de mandatos o prohibiciones constituyen medios para la obtención de sus finalidades.

Como antes se dijo, THON sostuvo que el Derecho no era otra cosa que un «complejo de imperativos» dirigidos a los hombres para motivarlos a la conducta debida. Sin embargo, en la medida que la norma no constituye un fin en sí misma, sino que persigue la obtención de una situación valorada positivamente, entendió también que el imperativo era transgredido objetivamente ya en cuanto su meta no era correspondida¹⁴⁷. Por tanto, las consecuencias jurídicas vinculadas a la infracción de las normas también afectan a los no culpables.

5.1. Ahora bien, hay dos asuntos adicionales –de trascendencia práctica– que se desprenden del planteamiento de THON, que, por lo demás, el mismo autor, ante las críticas recibidas¹⁴⁸, intentó desarrollar. Primero, que las consecuencias jurídicas que no presuponen el elemento de la culpabilidad aluden más que a la cualificación del hecho, a los intereses legítimos de terceros. Este primer planteamiento estaba amparado por los mismos motivos que originaron la aparición del concepto del injusto objetivo en el Derecho civil, delineado por JHERING: la existencia de consecuencias jurídicas, diferentes a la sanción, que puedan imponerse a incapaces de imputación, precisamente, sobre la base de una infracción no culpable de la norma. De esta manera, la reparación o compensación de un mal causado (*Ausgleichung*)¹⁴⁹, a diferencia de la pena (que requiere de culpabilidad –esto es, de una infracción culpable de la norma– como presupuesto irrenunciable), supone tanto una infracción culpable como una no culpable de la norma.

5.2. Segundo, que no resulta razonable admitir la imposibilidad de defenderse de manera legítima de la agresión de un incapaz de imputación¹⁵⁰. Este segundo argumento radica en la conocida necesidad (ya puesta de manifiesto por JHERING) de imponer consecuencias jurídicas a las conductas antijurídicas cometidas por inculpables. Con el desarrollo de su planteamiento, THON buscaba oponerse a MERKEL, quien sostenía que la acción del inimputable se encontraba al mismo nivel que el que corresponde a la fuerza de la

¹⁴⁷ THON, *Rechtsnorm*, 1878, 40 ss., 50 ss., 76 ss., 92 ss. Al respecto, MERKEL, ZPrÖ 6, 1879, señaló que «Thon entendió el Derecho en sentido objetivo como una personificación (*Inbegriff*) bajo la que se encuentran los imperativos –mandatos o prohibiciones– en los que se traduce la voluntad de la comunidad (*der Wille der Gemeinschaft*), esto es, la “voluntad general”. Los mismos se dirigen a la voluntad de los individuos, y su determinación es proporcionar protección a los intereses de los hombres y, mejor dicho, en forma del mandato, proporcionar protección a las exigencias de los intereses de los hombres».

¹⁴⁸ Así, THON, JhJb 50, 1906, 23, 38 frente a las críticas de HOLD VON FERNECK.

¹⁴⁹ THON, *Rechtsnorm*, 1878, 19.

¹⁵⁰ THON, JhJb 50, 1906, 38.

naturaleza¹⁵¹. Si esto fuera así, entonces, según THON, el inimputable no tendría protección jurídica, lo que, ante sus ojos, no era correcto: «También el loco sigue siendo hombre. Él, como cualquiera nacido de mujer, es miembro de la comunidad estatal, él, como cualquier otro, queda cubierto por el ordenamiento jurídico con su escudo protector. Estoy frente a él atado de manos. Me es prohibida la violencia contra su persona, incluso prohibida bajo pena»¹⁵². Este planteamiento conduciría a admitir, según THON, que los inimputables podían ser titulares de deberes jurídicos. Si esto es así, y si el deber (de hacer o de omitir) se obtiene de una norma, entonces «las normas rigen para los incapaces de acción como para los capaces de acción»¹⁵³. En la medida que, para THON, no es posible ser portador de derechos sin serlo al mismo tiempo de los correspondientes deberes¹⁵⁴, la afirmación consistente en que un incapaz de imputación (*unzurechnungsfähig*) no puede actuar de manera antinormativa no resultaba sostenible¹⁵⁵. Se confirmaba así su planteamiento: la norma «está dirigida a la generalidad de sometidos al Derecho»¹⁵⁶.

6. En definitiva, THON estableció que el legislador, en el momento de emitir una norma, a pesar de ser consciente de que una parte de sus destinatarios no podrán ser motivados por esta (pues carecen de una concreta capacidad para dejarse motivar por el mensaje

¹⁵¹ THON, *Rechtsnorm*, 1878, 91 ss., buscó oponerse a la conclusión de MERKEL (de que el Derecho solo podía ser transgredido por capaces de imputabilidad) planteando el caso de la ayuda a uno mismo (*Selbsthilfe*). Así, si el privado de razón se encontrase al mismo nivel que cualquier acontecimiento de la naturaleza o el hecho de un animal, entonces aquel no carecería de protección jurídica (se podría actuar frente a él de cualquier manera).

¹⁵² THON, *Rechtsnorm*, 1878, 92. FISCHER, H. A., *Rechtswidrigkeit*, 1911, 25-26, al respecto, señaló: «Según el Derecho actual, todos, incluido el hombre incapaz de voluntad (*willensunfähige Mensch*), es, ya desde su nacimiento, capaz jurídicamente (BGB § 1). Sin embargo, capaz jurídico (*Rechtsfähig*) significa, como Thon correctamente resaltó, no solo la capacidad de ser portador de derechos activos (*Aktivrechten*), sino también de derechos pasivos (*Passiverchten*). También el incapaz de voluntad es capaz de deber (*pflichtfähig*)».

¹⁵³ THON, *Rechtsnorm*, 1878, 95.

¹⁵⁴ THON, *JhJb* 50, 1906, 24 ss. Este asunto también concierne al planteamiento de HOLD VON FERNECK, quien fue un fuerte crítico del planteamiento de THON. Así HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. II, 1906, 13, reconoció que a todo derecho subjetivo le corresponde un deber. Sin embargo, más adelante, HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. II, 1906, 17, señaló que los menores eran portadores idóneos de derechos subjetivos. Esto debería conducirle, en la misma línea de THON, a considerar que los menores podían ser portadores de deberes. Sin embargo, esto no fue así: como se verá a continuación, HOLD VON FERNECK excluyó a un amplio grupo de personas (entre ellos, a los menores) como receptores de la norma estatal, pues, en su opinión, solo los capaces de imputación (*Zurechnungsfähigen*) pueden ser destinatarios de los mandatos o prohibiciones jurídicas. Destaca esta inconsistencia en el planteamiento de HOLD VON FERNECK, FISCHER, H. A., *Rechtswidrigkeit*, 1911, 26. Debe señalarse, sin embargo, que HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. II, 1906, 24, consideró que «Lo que se indica brevemente como deberes de menores y dementes son, en realidad, fenómenos jurídicos complejos (*komplizierte Rechtserscheinungen*) cuyo punto central es el deber del representante (*die Pflicht des Vertreters*)». En la misma orientación, ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, t. I, 1897, 47 s.

¹⁵⁵ Así también, LAMPE, *Unrecht*, 1967, 21.

¹⁵⁶ THON, *JhJb* 50, 1906, 46.

prescriptivo), no por ello deja de dirigirles la norma, esencialmente porque es imprescindible disponer frente a todos que un determinado comportamiento es contrario a ella. THON señala con respecto a los inimputables que «la ley no excluye a tales personas de sus imperativos (...) pues es una necesidad absoluta tildar cierta conducta de antinormativa frente a la generalidad. Para terceros, esto es, personas mediatamente afectadas, es significativo saber si están frente a una conducta antinormativa o no»¹⁵⁷. Los argumentos expuestos por THON hacen referencia a un asunto que, desde sus inicios, se encuentra en la base del concepto de injusto objetivo: la actuación de terceros ante determinados hechos nocivos y la imposición de algunas consecuencias previstas por el Derecho es independiente de las circunstancias subjetivas que concurran en el autor del hecho¹⁵⁸. Por lo tanto, THON consideró que la norma jurídica también podía ser infringida por un incapaz de culpabilidad, lo que demostraría, en su opinión, que es posible un injusto no culpable en el Derecho penal¹⁵⁹.

2.6. HOLD VON FERNECK.

1. A principios del siglo XX la teoría del injusto había sido ampliamente desarrollada¹⁶⁰. Uno de sus principales aspectos era la concepción del injusto objetivo, que en ese

¹⁵⁷ THON, *JhJb* 50, 1906, 39 ss.; 46-47. Sobre este planteamiento, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 269.

¹⁵⁸ El núcleo argumentativo de THON radicaba en vincular la antijuridicidad con la valoración objetiva del comportamiento frente a terceros. Sin embargo, tener como punto de partida una concepción imperativa-instrumental de la norma no resultaría congruente con la postura consistente en defender un injusto objetivo. Por esto, en la doctrina se reconoce que, a pesar de haberse reconocido como imperativista, THON desarrolló una posición conciliadora entre las existentes en aquel momento: la comprensión imperativo-instrumental de la norma y la referida al enjuiciamiento de la lesividad social del hecho. En ese sentido, sentó una posición intermedia entre las que corresponden a MERKEL y a JHERING, estableciendo las bases para una futura distinción entre norma de valoración y norma de determinación. Así también lo admiten SANCINETTI, *Teoría del delito*, 1991, 21; SACHER, *Tipo subjetivo*, 1998, 50. Por otro lado, ZIELINSKI, *Unrechtsbegriff*, 1973, 18 (= *Concepto de ilícito*, 1990, 7), señala que THON es un antecedente fundamental para la comprensión valorativa de la norma en los términos planteados años después por MEZGER. En esa misma dirección, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 270, quien afirma que THON no era un imperativista en sentido estricto, sino más bien un precursor de la teoría de la norma valorativa. También, GRUPP, *Unrechtsbegründung*, 2009, 24, quien afirma que el concepto de injusto objetivo, desarrollado por JHERING, ingresó al Derecho penal por medio de THON.

¹⁵⁹ Esta posición fue ampliamente criticada por varios autores. Así, por todos, MERKEL, *ZPrÖ* 6, 1879, 383; HERTZ, *Unrecht*, 1880, 9, 12; BINDING, *Normen*, t. I, 4.^a ed., 1922, 100, 10, consideró que la opinión de THON sobre el injusto no culpable era «una gran *petitio principii* y como tal no requiere mayores reflexiones»; KOHLRAUSCH, *Irrtum*, 1908, 50 ss. PAWLIK, *FS-Otto*, 2007, 146 (= *Libertad institucionalizada*, 2010, 125), considera que la construcción de teoría de las normas de THON es «insostenible».

¹⁶⁰ Según ENGISCH, *FS-DeutscherJuristentag*, 1960, 401, la teoría del injusto (que se había enriquecido hasta ese momento con las contribuciones de, entre otros, M.E. MAYER, KOHLRAUSCH, HOLD VON FERNECK, GRAF ZU DOHNA, BIERLING, BELING, VON BAR y H.A. FISCHER) planteaba las siguientes inquietudes: si la estructura del Derecho que se infringe a través de una conducta antijurídica (¿significa esto una infracción de

momento era la posición prácticamente unánime¹⁶¹, gracias a decisivas contribuciones de diversos autores como BINDING (en su última etapa) y HÄLSCHNER. De esta manera, es posible señalar que la comprensión estrictamente objetiva de la antijuridicidad fue absolutamente mayoritaria hasta la posterior aparición del finalismo¹⁶². En ese marco, HOLD VON FERNECK, quien llevó las reflexiones de MERKEL hasta sus últimas consecuencias, desarrolló importantes ideas en lo que respecta a la defensa del injusto culpable desde una perspectiva imperativa de la norma¹⁶³. Su obra adquirió trascendencia y hasta se admite que ocupó el lugar de BINDING cuando éste viró hacia la adopción de un injusto objetivo¹⁶⁴.

2. HOLD VON FERNECK, considerado el representante más consecuente de la teoría de los imperativos¹⁶⁵, tuvo como punto de partida la idea de que el Derecho es una fuerza real vinculada a la efectiva relación entre individuos¹⁶⁶. En ese sentido, si la función del ordenamiento jurídico radica en la protección de intereses de la vida social¹⁶⁷, esto solo se podría realizar mediante la imposición de un deber (el que para HOLD VON FERNECK era

un derecho subjetivo o de un derecho objetivo? y en este último caso, ¿se trataría de la infracción a un imperativo o a otra norma?), el contenido propio de la antijuridicidad (¿significa la infracción de un deber o una vulneración de un derecho subjetivo?), el concepto de la antijuridicidad objetiva, el objeto de la antijuridicidad (¿puede solo una conducta ser antijurídica o pueden haber estados de cosas antijurídicos?), los posibles destinatarios de la norma, la oposición entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material así como la diferenciación entre diversos tipos de injusto (penal, civil, etc.).

¹⁶¹ Es importante mencionar que ya en los primeros años del siglo XX estaba ampliamente admitida la existencia tanto de acciones antijurídicas como de situaciones antijurídicas. Al respecto, LÖFFLER, ZStW 21 (1901), 548 ss.; BELING, *Verbrechen*, 1906, 170 ss.; FISCHER, H. A., *Rechtswidrigkeit*, 1911, 98 ss.; HEINITZ, *Rechtswidrigkeit*, 1926, 15; ZIMMERL, *Tatbestand*, 1928, 4 ss.; MEZGER, *Tratado*, t. I, 1957, 282.

¹⁶² Así, MEZGER, *Tratado*, t. I, 1957, 283, n. 3.

¹⁶³ Las reflexiones de MERKEL fueron recibidas no solo por HOLD VON FERNECK, sino también, entre otros, por ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, t. I, 1897, 47 s.

¹⁶⁴ Al respecto, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 328 ss.

¹⁶⁵ Así lo reconocen HEINITZ, *Rechtswidrigkeit*, 1926, 10; MEZGER, *Tratado*, t. I, 1957, 286, n. 10; KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewußtsein*, 1949, 133; KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 109-110 (=Teoría de las normas, 1977, 144); LAMPE, *Unrecht*, 1967, 107; ZIELINSKI, *Unrechtsbegriff*, 1973, 19 (=Concepto de ilícito, 1990, 8); KRÖGER, *Fahrlässigkeitsstrafat*, 2016, 81.

¹⁶⁶ A lo largo de toda la obra, HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 16, 39, 152, destacó que el Derecho, al igual que otras fuerzas ético-sociales como la religión, la moral y la costumbre, es ante todo «un sistema de relaciones entre hombres».

¹⁶⁷ En ese sentido, HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 21, 26 y 33 ss. Asimismo, señaló HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 139, que el Derecho, al igual que las otras fuerzas ético-sociales, consiste en reglas que directa o indirectamente buscan la evitación de los conflictos sociales. Precisamente, el Derecho, a diferencia de las otras fuerzas ético-sociales, se distingue en que procede de un legislador consciente que actúa pensando en la protección de intereses de la vida social. Esta es la razón por la cual el Derecho alude solamente a las acciones externas, y solo en la medida en que afecten a terceros. Debe señalarse aquí que, para HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 84, 116 ss., la función del Derecho en general radicaba en la prevención general, con lo que demuestra la influencia de FEUERBACH a lo largo de toda su investigación.

«el centro del sistema jurídico»¹⁶⁸), esto es, mediante una coerción psíquico-social sobre la voluntad humana, con el objetivo de proteger los intereses de la vida en comunidad¹⁶⁹. Al respecto, el mencionado autor señaló que de «que el Derecho se constituye como poder objetivo en contra de la resistencia interna del obligado, y de que estos motivos, como resultado de la coacción psíquica-social, son deberes, resulta que el Derecho objetivo –en contraste con el derecho subjetivo– es un complejo de deberes. Y en la medida que un deber no es concebible sin un imperativo, esto es, sin una orden coactiva, la norma, el Derecho es un complejo de imperativos. El imperativo es al deber como la flecha a la herida: sin imperativo no hay deber»¹⁷⁰. HOLD VON FERNECK, como es evidente, se adhirió de manera expresa a la teoría de los imperativos (respondiendo inclusive a las diversas críticas que contra esta teoría se formularon en la doctrina¹⁷¹) aunque fue más allá que THON, pues su comprensión del deber impuesto por la norma como núcleo del Derecho lo llevó a entender al deber como una especie de intermediario entre el Derecho y el individuo: «El deber no es más que el transmisor del imperativo al interior del hombre»¹⁷² o «El Derecho es el reflejo del deber»¹⁷³ constituyen afirmaciones bastante expresivas de su pensamiento.

3. Para HOLD VON FERNECK, la antijuridicidad significaba una contrariedad al derecho subjetivo. Pero, en la medida que el derecho subjetivo no significa más que el hecho de que una persona está obligada, resultaba recomendable emplear, en lugar del término «antijurídico» («*rechtswidrig*»), el término «contrario a la norma» («*normwidrig*») o «contrario a deber» («*pflichtwidrig*») para hacer referencia a la contrariedad al Derecho objetivo, lo que, en su opinión, es imprescindible en un delito¹⁷⁴. Por esto, el mencionado

¹⁶⁸ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 94.

¹⁶⁹ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 76 ss., 84 y 94. Aquí es importante mencionar, como plantea MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 329, la diferenciación, en HOLD VON FERNECK, entre el Derecho como fuerza, como instrumento que actúa en la psique humana, de la función que el Derecho está llamado a cumplir (protección de intereses de la vida social).

¹⁷⁰ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 94. Con la expresión citada («*wie der Pfeil zur Wunde*»), el autor alude a una irrenunciable y lógica relación de necesidad (todo efecto posee una causa).

¹⁷¹ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 104 ss.

¹⁷² HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 105.

¹⁷³ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 120, 150.

¹⁷⁴ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 149. Es importante mencionar al respecto que HOLD VON FERNECK reserva el término «antijurídico» para aludir a la contrariedad al derecho subjetivo y el término «antinormativo» o «contrario al deber» para indicar la infracción del derecho objetivo. En ese sentido, debido a que no todo delito supone un enfrentamiento a un derecho subjetivo, el delito solo podrá ser la acción antinormativa. Al respecto, HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 276 ss. Luego, HOLD VON FERNECK identifica lo «antijurídico» con lo «contrario a deber» («*pflichtwidrig*»), pues «es imposible que una acción u omisión (...) sea antijurídica sin ser contraria al deber».

autor concluye afirmando que «Antijurídica, mejor dicho, contraria al deber, es siempre una acción u omisión humana, prohibida e imputable. Y solo en este caso se puede hablar también de contrariedad a la norma. Una conducta contraria a un derecho subjetivo, sin estar en contradicción a un derecho objetivo de una norma, es un absurdo. Según la forma de expresión de la terminología dominante, hay por lo tanto (...) pura antijuridicidad objetiva. (...) El concepto de antijuridicidad o contrariedad al deber no admite en absoluto una desintegración entre una parte objetiva y una subjetiva. Pues el Derecho no comprende ni solo la interioridad del sujeto, ni tampoco solo la esfera externa, sino que actúa a través de la interioridad (como motivo) sobre la actividad externa»¹⁷⁵.

4. El Derecho es una fuerza real que se manifiesta tanto objetiva como subjetivamente. Desde una perspectiva objetiva (relevante para la definición formal del derecho¹⁷⁶), el Derecho constituye un motivo en sentido estricto de acciones y omisiones. HOLD VON FERNECK señaló: «El Derecho objetivo, considerado como un poder objetivo, es, como unidad, solamente el producto del pensamiento (...) En ningún lugar de la realidad hay un Derecho objetivo homogéneo al lado de (...) sujetos de Derecho (...) el poder real son siempre los concretos derechos subjetivos»¹⁷⁷. Desde una perspectiva subjetiva, el Derecho se plasma en la consciencia que sobre el mismo tiene el individuo, de tal manera que provoque efectos en su mente y esto produzca modificaciones en la conducta o, dicho en otras palabras, que el Derecho ejerza un «poder psíquico» sobre la voluntad del individuo conforme a la imposición de un deber individual¹⁷⁸. HOLD VON FERNECK dijo al respecto que «el Derecho (...) se asienta exclusivamente en la mente humana»¹⁷⁹. Por esto, reconoció que el Derecho objetivo se diluye psicológicamente, existiendo solo de manera personal en la cabeza de los individuos como un complejo de funciones psíquicas¹⁸⁰. Esto es coherente con su idea de que la función del Derecho consiste en introducir motivos en la mente de aquellos (pues solo en las personas individuales existe una psique). De todo esto se desprende que, según HOLD VON FERNECK, el objeto de la ciencia jurídica precisa tanto del ámbito interno como del externo del sujeto, pues el significado completo del hecho

¹⁷⁵ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 277.

¹⁷⁶ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 12, 50.

¹⁷⁷ HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 99.

¹⁷⁸ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 94.

¹⁷⁹ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 2, 98.

¹⁸⁰ En ese sentido, LAMPE, *Unrecht*, 1967, 23.

para el Derecho dependerá de cómo el ámbito interno se traduce en una actividad objetiva que afecta a otros individuos¹⁸¹.

5. HOLD VON FERNECK, siguiendo los lineamientos planteados por MERKEL, resaltó la estrecha relación subjetivo-personal entre el Derecho y el individuo¹⁸²: «La norma se dirige solo a receptores en principio idóneos o capaces de recibir órdenes, y solo si estos se encuentran en un estado subjetivo que permita imputarles la acción. Por esto, solo es antijurídico un comportamiento imputable»¹⁸³. Esto debe conducir a pensar necesariamente que solo los inimputables son destinatarios aptos de las normas, y solo cuando se encuentren en una situación en la que sean capaces de cumplir el mandato. Sin embargo, para determinar quién es imputable y cuál es esa situación en la que se posee esa condición, HOLD VON FERNECK parece abandonar ese inicial criterio personal (que tomaba en cuenta las condiciones individuales del destinatario), para seguir una perspectiva centrada en un criterio intersubjetivo, esto es, centrado en un término medio del grupo al que pertenece el sujeto¹⁸⁴. Conforme a esto, el mencionado autor señala reiteradamente que el legislador racional solo puede dirigir las normas a quienes de manera general sean capaces de cumplirlas (imputables) y se encuentren en una situación en la que sea esperable una observancia como mínimo regular¹⁸⁵, siendo un sin sentido que no sea así¹⁸⁶. Esta orientación queda resumida en una expresiva frase de HOLD VON FERNECK: «Imputables son todos los que en general son intimidables, aunque en el caso concreto no puedan ser intimidados; inimputables son todos los que en general no pueden ser intimidados, aunque en el caso concreto sí puedan serlo»¹⁸⁷. La condición de destinatario

¹⁸¹ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 15, 50.

¹⁸² Así, LAMPE, *Unrecht*, 1967, 23.

¹⁸³ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 361. Este autor criticó la idea en virtud de la cual los hechos de la naturaleza (que suponen una afectación de los intereses del ordenamiento jurídico) puedan ser considerados antijurídicos. Esto era así ya que, según HOLD VON FERNECK, tal planteamiento se concentraba en lo accesorio (no se pueden impedir sanciones), dejando de lado lo principal: la norma no tiene sentido frente a estos destinatarios (animales y seres inanimados que no pueden ser sujetos de derecho). Si bien los acontecimientos de la naturaleza o los actos de los animales pueden generar resultados dañosos a intereses jurídicamente valorados, solo tienen una relación indirecta con las normas, pues estas se dirigen a individuos para evitar que estos realicen actividades que supongan consecuencias lesivas semejantes. Al respecto, HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 356 ss.

¹⁸⁴ Así, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 337.

¹⁸⁵ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 79, 88, 121, 169, 199 ss.; *Rechtswidrigkeit*, t. II, 1906, 17 ss.

¹⁸⁶ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. II, 1906, 29.

¹⁸⁷ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 27.

de la norma (esto es, de imputable), por lo tanto, no se determina individualmente, sino que radica en la «efectividad regular previsible»¹⁸⁸.

6. Este último planteamiento de HOLD VON FERNECK, por lo tanto, parece ser contradictorio con el espíritu general de su obra¹⁸⁹: si bien el citado autor inicia señalando que la cuestión de si el Derecho se dirige a un individuo será diferente según la psique y la capacidad de motivación de este¹⁹⁰ y que no se podía prohibir o mandar todo, ni en cualquier circunstancia ni a cualquiera¹⁹¹, concluye admitiendo una determinación general del destinatario, precisamente, a partir de considerar el carácter general de la norma, la que, en su opinión, condiciona (por ser un criterio de razonabilidad) al legislador para la selección de los individuos que serán destinatarios de ella. Sobre esa base, quedan al margen de la norma los inimputables (pues, generalmente no pueden cumplir el mandato o la prohibición, aunque en algunos pocos casos sí puedan) y los imputables situados en una circunstancia especial (que es analizada también desde una perspectiva general-abstracta) en la que no puede esperarse el cumplimiento del mandato o la prohibición (aunque otro sujeto, ubicado en la misma situación, sí hubiera podido realizar tal cumplimiento)¹⁹².

7. Ahora bien, otro asunto de gran importancia para esta investigación tiene que ver con la concepción determinista de HOLD VON FERNECK, quien, al respecto, señaló expresamente: «Capacidad de imputación es la determinabilidad normal mediante motivos»¹⁹³. Este punto de partida parece llevarse mal con el recurso a la comprensión de la norma desde una perspectiva imperativo-instrumental: si la norma solo se dirige a quien se encuentre en condiciones de motivarse por la misma (esto es, un imputable), con la comisión del delito el autor de este demuestra que nunca pudo haber sido destinatario idóneo de la norma (esto es, sería un inimputable) pues una comprensión determinista supone aceptar que el autor no podía haber actuado de manera distinta a como lo hizo. HOLD VON FERNECK fue

¹⁸⁸ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 201.

¹⁸⁹ Así, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 338.

¹⁹⁰ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. II, 1906, 28.

¹⁹¹ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 199.

¹⁹² Como bien señala MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 338, ese «carácter general» de la norma, señalado por HOLD VON FERNECK, implica que el legislador solo procede racionalmente si es que la dirige a quienes previsiblemente puedan cumplirlas. Con todo, es posible reconocer otra forma de «proceder racional» del legislador: manteniendo la idea de que la norma tiene un carácter general, esta, por precaución, se dirige a todos, salvo que se tenga la seguridad de que en ningún caso puede ser cumplida.

¹⁹³ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. II, 1906, 3.

absolutamente consciente de este problema¹⁹⁴, que intentó resolver mediante la introducción de la perspectiva *ex ante* del legislador racional: si el hecho es visto en el momento en el que se promulga la norma, se tiene en cuenta lo que el legislador puede racionalmente esperar de la norma y, principalmente, de los imputables, esto es, el cumplimiento regular de la norma (lo que no se podría decir, desde una perspectiva *ex ante*, de los inimputables).

8. En definitiva, la obra de HOLD VON FERNECK sigue la línea trazada por MERKEL y asumida por BINDING en su primera etapa: no cabe hablar de injusto no culpable si la antijuridicidad es concebida como contrariedad a la norma y la norma tiene como finalidad el modelar la conducta humana. En ese sentido, HOLD VON FERNECK, al asumir cabalmente la concepción imperativo-instrumental de la norma, negó cualquier posibilidad de admitir la existencia de un injusto objetivo¹⁹⁵. Al afirmar la imposibilidad de que una acción u omisión pueda considerarse como antijurídica sin que sea contraria a deber, HOLD VON FERNECK vinculó definitivamente la culpabilidad (infracción del deber) al injusto¹⁹⁶. Como antes se señaló, para el mencionado autor no es correcto distinguir entre injusto objetivo y subjetivo, pues ambas constituyen un todo inescindible¹⁹⁷. HOLD VON FERNECK criticó una «tendencia a la objetivización»¹⁹⁸, de la cual el concepto de injusto objetivo era una clara manifestación¹⁹⁹. Tal tendencia, señaló el citado autor, se produce pues se olvida que el Derecho es un sistema de relaciones entre individuos. Precisamente, un injusto objetivo no destacaría la naturaleza relacional del Derecho²⁰⁰.

¹⁹⁴ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 121, 169 ss.; *Rechtswidrigkeit*, t. II, 1906, 27.

¹⁹⁵ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 218.

¹⁹⁶ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 276.

¹⁹⁷ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 277.

¹⁹⁸ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 209 ss., 283.

¹⁹⁹ Tanto el concepto de injusto objetivo, la naturaleza de los derechos reales frente a las obligaciones (HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 220 ss.) y la responsabilidad de la persona jurídica (HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 244 ss.) constituyen manifestaciones de la criticada omisión de la idea del Derecho entendido como relaciones entre individuos. HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 218, señaló que lo referido a la naturaleza de los derechos reales frente a las obligaciones y la responsabilidad de la persona jurídica resultarían admisibles solo si se entienden como conceptos complejos que solo de manera aparente ocultan las relaciones entre individuos. Por lo dicho, HOLD VON FERNECK solo niega de manera absoluta el concepto de injusto objetivo.

²⁰⁰ Señala que una de las más importantes aportaciones de HOLD VON FERNECK consiste en haber resaltado la naturaleza relacional del Derecho, GRAF ZU DOHNA, *Rechtswidrigkeit*, 1905, 28 (quien destacó además que el primero haya hecho del deber el punto central del sistema jurídico y haya destacado los conceptos de «contrariedad a deber» y «contrariedad a la norma» como «directamente correlativos»).

9. HOLD VON FERNECK mantuvo una importante polémica con THON²⁰¹. En el marco de esta, es bastante común hacer referencia a una frase de NAGLER, en la que se destaca que mientras los «triumfos lógicos» estaban con el primero, la «verdad» correspondía al segundo²⁰². NAGLER, defensor del injusto objetivo, buscaba justificar con tal afirmación la necesidad de entender a la antijuridicidad como una valoración objetiva de las conductas humanas, esto es, desde la perspectiva de su lesividad para intereses susceptibles de protección jurídica. Por esto, para NAGLER, en THON radicaba «la verdad». Sin embargo, la adopción de una concepción imperativa de la norma como punto de partida, que obligue a analizar elementos subjetivo-individuales como condición para afirmar la infracción de la norma, complicaba seriamente la posibilidad de distinguir entre injusto (objetivo) y culpabilidad (subjetiva). Esta posición, propia de los imperativistas como HOLD VON FERNECK, era, según NAGLER, un «triumfo lógico», pues suponía una construcción coherente hasta sus últimas consecuencias.

2.7. VON LISZT.

1. VON LISZT es frecuentemente reconocido como el autor con el que se inició la concepción sistemática del Derecho penal²⁰³. Los presupuestos metodológicos que asumió como puntos de partida²⁰⁴, le permitieron llegar a un concepto de delito interpretado esencialmente desde la perspectiva del ideal de exactitud de las ciencias naturales. Este pensamiento naturalista, en vigor entre finales del siglo XIX e inicios del XX, permitió, en el ámbito del Derecho penal, el nacimiento del pensamiento clasificatorio del delito²⁰⁵. Cabe aquí destacar abreviadamente las principales manifestaciones de la nueva orientación iniciada por VON LISZT (con las que buscaba fundamentar su oposición a los lineamientos

²⁰¹ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. II, 1905, 28 ss.; THON, *JhJb* 50, 1906, 23, 38.

²⁰² NAGLER, *FS-Binding*, t. II, 1911, 336. Al respecto, véase también las consideraciones de MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 270, n. 50.

²⁰³ Así, por todos, MUÑOZ CONDE, *Franz von Liszt*, 2011, 16 ss. La escuela «moderna» de VON LISZT (contrapuesta a la –en ese entonces denominada– «escuela clásica» encabezada por BINDING) destacó por su pretensión de ordenar un sistema que tuviera un carácter pedagógico y fuera sencillamente comprensible. Por otro lado, KRÖGER, *Fahrlässigkeitsstrafat*, 2016, 60, destaca que VON LISZT representó un desafío al método dialéctico hegeliano dominante en la ciencia jurídico-penal alemana desde 1840 a aproximadamente 1870.

²⁰⁴ Sobre el pensamiento de VON LISZT y sus presupuestos metodológicos, MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 197 ss.; PORCIÚNCULA, *Tipo penal*, 2014, 96 ss.; KRÖGER, *Fahrlässigkeitsstrafat*, 2016, 59 ss.

²⁰⁵ VON LISZT, *ZStW* 6 (1886), 666. Es importante mencionar que la llamada «moderna» teoría del delito se elaboró sobre la base de la filosofía positivista (VON LISZT), desarrollándose posteriormente con el neokantismo (GOLDSCHMIDT, M. E. MAYER, MEZGER, Eb. SCHMIDT).

de la escuela de BINDING)²⁰⁶: la postulación de un concepto de acción como base de la construcción sistemática de la teoría del delito²⁰⁷; la defensa del determinismo en el ámbito de la culpabilidad (en oposición al libre albedrío del destinatario de la norma)²⁰⁸, la adopción de una concepción preventiva de la pena orientada a la idea del fin (en contraposición con una perspectiva retributiva de la pena)²⁰⁹ y de una concepción material del bien jurídico, definida como interés jurídicamente protegido²¹⁰ (distinta a una concepción meramente formal de bien jurídico) que, sostenida sobre la idea de la nocividad social, era entendido como el contenido material de la norma. Esta última afirmación permite considerar que, en el pensamiento de VON LISZT, la afectación de determinados intereses humanos procedentes de valores sociales (bienes jurídicos) se situaban en el núcleo del desvalor jurídico-penal²¹¹. En ese marco, si lo determinante para el Derecho penal era la significación del hecho para la sociedad, entonces el aspecto imperativo de la norma debería ubicarse en un segundo plano²¹². De esta manera, la acentuación en la

²⁰⁶ Sobre la «*Schulenstreit*» entre BINDING y VON LISZT, por todos, BACIGALUPO, *Delito*, 1983, 60 ss.

²⁰⁷ VON LISZT, ZStW, 6 (1886), 687. Al respecto, GOLDSCHMIDT, *Problemas fundamentales*, 2010, 320, sostuvo que mientras VON LISZT concentró su atención en la acción dentro del concepto de delito, BINDING y MERKEL lo hicieron en la antijuridicidad y culpabilidad, respectivamente y BELING se refirió a la tipicidad. La descripción del delito como acción la tomó VON LISZT de BERNER, *Lehrbuch*, 1857, 108, 138, 182, quien, al parecer, le dio forma por primera vez al concepto de acción, aunque incluía en este a la imputabilidad (*Zurechenbarkeit*). VON LISZT, como es conocido, no siguió en esto a BERNER. La causalidad estaba integrada en el concepto de acción de VON LISZT, lo cual se deduce de su idea de que la acción es una conducta voluntaria al mundo exterior. Al respecto, VON LISZT, *Lehrbuch*, 21.^a/22.^a ed., 1919, 116 (última edición antes de la muerte del autor).

²⁰⁸ VON LISZT, *Lehrbuch*, 21.^a/22.^a ed., 1919, 151 ss.

²⁰⁹ Sobre este asunto, VON LISZT, ZStW 3 (1883), 1 ss. La teoría de la pena de VON LISZT estuvo estrechamente vinculada con el pensamiento finalista («*Zweckgedanke*») que, a su vez, se relaciona estrechamente con una orientación «sociológica» de la jurisprudencia, tal y como lo había propuesto JHERING. Al respecto, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, 1972, 82.

²¹⁰ Al respecto, VON LISZT, ZStW 6 (1886), 673; ZStW 8 (1888), 133. A diferencia de lo sostenido por la teoría de las normas de BINDING, VON LISZT exigía la prueba expresa de la acción materialmente antijurídica, recurriendo al concepto de bien jurídico. Con esto, VON LISZT escapó de la estructura del estricto positivismo legal. Al respecto, VON LISZT, ZStW 6 (1886), 673, donde señaló: «Es claro que con el “bien jurídico”, el pensamiento de la orientación a fines hace su entrada en el ámbito de la teoría jurídica, que comienza la observación teleológica y la lógico-formal encuentra su fin». Con esta fundamentación material de la antijuridicidad, VON LISZT preparó el terreno para el principio de ponderación de intereses. Al respecto, HEINITZ, ZStW 81 (1969), 584. En todo caso, VON LISZT, ZStW 3 (1883), 1, 19, como BINDING, definió al bien jurídico como «interés jurídicamente protegido». La diferencia radicaba en la perspectiva empleada por cada autor: mientras BINDING se conformó con una comprensión del bien jurídico desde la mirada de un puro positivismo legal, VON LISZT entendió al bien jurídico desde una perspectiva sociológica, vinculada a los intereses vitales existentes en el ordenamiento jurídico. Al respecto, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, 1972, 52 ss.

²¹¹ Al respecto, BACIGALUPO, *LH-Mir Puig*, 2017, 448, señala que «La comprensión de la norma y la motivación no eran, en la concepción de v. Liszt, relevantes a los efectos de la perturbación social producida por la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico, que definían la acción antijurídica en su sistema».

²¹² BACIGALUPO, *LH-Mir Puig*, 2017, 449, sobre el particular, afirma lo siguiente: «(...) la distinción básica entre hecho antijurídico y culpabilidad quedó definida por la concepción receptada de v. Liszt: rechazo de la teoría de las normas (como imperativos de obediencia en el sentido de Binding), antijuridicidad como «ataque a los intereses vitales protegidos por normas jurídicas, lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos»

protección de bienes jurídicos permitió entender sin dificultades que tanto los imputables como los inimputables podían cometer actos antijurídicos (pues tanto unos como otros pueden perpetrar un hecho externo, independientemente de la vinculación psíquica que puedan tener con tal hecho). La aplicación de una consecuencia jurídica para quien los haya afectado habrá de proceder tanto para quien pudo comprender su hecho como para quien no, pues en ambos casos resultaba innegable la afectación de intereses sociales fundamentales²¹³.

2. Es importante aclarar que VON LISZT no negó que el Derecho estaba compuesto por normas y que estas, como mandatos o prohibiciones, tenían como destinatarios a los individuos²¹⁴. Lo que sí expresó fue que aquellas debían operar en función a la protección de bienes jurídicos. Así, claramente sostuvo que «Las normas de orden jurídico, mandando y prohibiendo, presentando una determinada acción bajo supuestos determinados, son la muralla de defensa de los bienes jurídicos»²¹⁵. Desde esta perspectiva, en un Derecho penal en el que la imposición de una sanción punitiva está orientada a la protección de intereses sociales fundamentales, la norma no parece tener la forma de una orden, careciendo así de importancia, como ya se dijo, el aspecto imperativo de las mismas²¹⁶. VON LISZT es claro: «La protección jurídica que presta el orden del Derecho a los intereses de la vida es la *protección por las normas* (...). «Bien jurídico» y «Norma» son los dos conceptos fundamentales del Derecho»²¹⁷. Precisamente, tomando en cuenta estas apreciaciones, VON LISZT desplegó sus críticas a BINDING: «Mi punto de vista respecto de la teoría general del Derecho, es, por tanto, el mismo que el de Binding. Pero en seguida separamos nuestros caminos (...) Binding ha hecho, de un modo enteramente parcial y arbitrario, del concepto de la norma, el eje (...) de todo el sistema penal, sin prestar ninguna atención al bien

y la capacidad de imputación como «capacidad (general) de un comportamiento social». En este contexto, en el que el determinismo tuvo un peso muy especial, es claro que la motivación por la norma no tenía espacio y su relación con la infracción del derecho no era sistemáticamente relevante».

²¹³ SANCINETTI, *Teoría del delito*, 1991, 23.

²¹⁴ VON LISZT trató de alejarse de la posición de BINDING, consistente en que el fundamento del delito radicaba en la infracción de la pretensión estatal de obediencia. Esto, sin embargo, también parecía encontrarse en el pensamiento de VON LISZT, *Lehrbuch*, 2.^a ed., 1884, 94, donde señaló que «el delito es un ataque antijurídico, esto es, se halla en contradicción con los imperativos del Ordenamiento jurídico». Como bien señala ROBLES PLANAS, en: ROBLES PLANAS/SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (Coords.), *Derecho penal contemporáneo*, 2010, 49, n. 7, «El distanciamiento que parece producirse (en von Liszt respecto a Binding) por la orientación de aquel a los «intereses vitales» es más aparente que significativo en este punto».

²¹⁵ VON LISZT, *Lehrbuch*, 6.^a ed., 1894, 50.

²¹⁶ Así también, BACIGALUPO, RDPUC 1986, 65.

²¹⁷ VON LISZT, *Lehrbuch*, 3.^a ed., 1888, 21 (cursiva en el original). La idea de que el bien jurídico y la norma como conceptos fundamentales del derecho se mantuvo en las sucesivas ediciones del *Tratado*.

jurídico, para servir a la protección del cual está llamada la norma (...) El defecto capital de la teoría de las normas está en la concepción puramente formalista del delito como una violación del deber de obediencia, en tanto que queda completamente relegada a segundo término la tendencia del crimen contra las condiciones de vida de la comunidad humana jurídicamente organizada»²¹⁸. Mediante estas apreciaciones, VON LISZT pretendía otorgarle trascendencia a la idea de la afectación del bien jurídico, superando la mera consideración de este como mero presupuesto de la norma. Esta comprensión, que según VON LISZT se podía encontrar en BINDING, constituyó el motivo del reproche del primero al segundo. Con este proceder, VON LISZT quiso vincular la lesión del bien jurídico con la infracción de la norma.

3. Uno de los aportes principales de VON LISZT a la ciencia del Derecho penal es la referida a la distinción entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material²¹⁹, que desveló con cierta claridad la evolución de la influencia de la teoría de las normas en el pensamiento del mencionado autor. A partir de la segunda edición de su *Lehrbuch* (1884), VON LISZT rechazó la teoría de las normas de BINDING²²⁰. En la tercera edición (1888), VON LISZT entendió a la antijuridicidad de la siguiente manera: «La antijuridicidad del ataque dirigido contra el ordenamiento jurídico pertenece a los elementos necesarios del delito. Todo fundamento que quite fuerza obligatoria a los mandatos o prohibiciones del orden jurídico impide conceptualmente la posibilidad de un delito»²²¹. Esta es una definición negativa de la antijuridicidad, en la que aún se podía apreciar la influencia de la teoría de las normas²²². En la cuarta edición del *Lehrbuch* (1891), la antijuridicidad se entendía ya como afectación de un interés jurídicamente protegido: «Todo delito implica una agresión a un interés jurídicamente protegido, una contravención de prescripciones emanadas del Estado, y en este sentido una lesión del Derecho. Todo delito es una acción antijurídica»²²³. Seguidamente indica, al parecer por primera vez, que la agresión a un interés jurídicamente

²¹⁸ VON LISZT, *Lehrbuch*, 6.ª ed., 1894, 50, 2 (=Tratado, t. II, 1916, 7, n. 2). Esta cita se mantiene en las ediciones posteriores (no estaba en la tercera y cuarta edición, que son las más antiguas a las que he podido acceder).

²¹⁹ Aunque los antecedentes de esta distinción pueden encontrarse ya en LUDEN, *Abhandlungen*, t. II, 1840, 116 ss., 202 ss.

²²⁰ Al respecto, VON LISZT, *Lehrbuch*, 3.ª ed., 1888, 21, n. 3, donde afirma que, si bien en la primera edición del *Lehrbuch* veía con simpatía la teoría de las normas de BINDING, se había convencido cada vez más de su «insostenibilidad científica».

²²¹ VON LISZT, *Lehrbuch*, 3.ª ed., 1888, 131-132.

²²² Así, BACIGALUPO, *Delito*, 1983, 64.

²²³ VON LISZT, *Lehrbuch*, 4.ª ed., 1891, 144.

protegido puede ser una lesión de un bien jurídico o una puesta en peligro de este²²⁴. Asimismo, VON LISZT sostuvo que «toda agresión de un interés jurídicamente protegido es en sí antijurídica, sin que se requiera una prohibición especial del orden jurídico. El concepto de bien jurídico encierra necesariamente en él la prohibición de toda perturbación»²²⁵. Si, como antes se dijo, VON LISZT pretendía vincular la lesión del bien jurídico con la infracción de la norma, los argumentos acabados de citar permiten entender que en este momento de su pensamiento tal aspiración quedaba satisfecha. Este punto de máxima integración entre la afectación del bien jurídico y la infracción de la norma llamada a protegerlo se mantuvo en la quinta edición del *Lehrbuch* (1892)²²⁶. Con esta perspectiva, la oposición con la teoría de las normas de BINDING es manifiesta: la antijuridicidad se define no a partir de una prohibición expresa del orden jurídico, sino a través de la afectación de un bien jurídico. En este momento de su pensamiento, VON LISZT no había propuesto aún la distinción entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material²²⁷.

4. En la décimo primera edición del *Lehrbuch* (1902), VON LISZT hizo una distinción importante: «El delito es, como injusto (*Unrecht*), así como el delito civil, antijurídico, esto es, formalmente, la transgresión de una norma estatal, de un mandato o una prohibición del ordenamiento jurídico; materialmente, un ataque a los intereses jurídicamente protegidos a través de las normas estatales»²²⁸. Posteriormente, en la vigésimo primera edición de su *Lehrbuch* (1919) se pudo constatar que el pensamiento de VON LISZT era distinto²²⁹. En efecto, en tal edición, sostuvo el citado autor que un delito era un hecho contrario a Derecho (*rechtswidrig*), del que no cabía deducir una antijuridicidad (*Rechtswidrigkeit*)²³⁰.

²²⁴ VON LISZT, *Lehrbuch*, 4.ª ed, 1891, 144.

²²⁵ VON LISZT, *Lehrbuch*, 4.ª ed., 1891, 145. En la n. 2, el autor señala: «Este principio es generalmente ignorado en el Derecho privado. También por el BGB (...) Pero también la teoría de las normas de Binding se basa en una ignorancia de esta simple verdad. La esencia de la norma es afirmación de la protección jurídica, reconocimiento de un interés vital como bien jurídico».

²²⁶ VON LISZT, *Lehrbuch*, 5.ª ed., 1892, 142-143.

²²⁷ Al respecto, BACIGALUPO, *Delito*, 1983, 64.

²²⁸ VON LISZT, *Lehrbuch*, 11.ª ed., 1902, 118.

²²⁹ Esto también queda claro en la traducción de la vigésima edición alemana, publicada en España como *Tratado de Derecho penal*.

²³⁰ VON LISZT, *Lehrbuch*, 21.ª/22.ª ed., 1919, 132. la antijuridicidad «es un juicio jurídico de disvalor sobre el hecho». La «antijuridicidad» («*Rechtswidrigkeit*») o, mejor dicho, la «acción antijurídica» («*rechtswidrige Handlung*») se definió como «un ataque a los intereses vitales protegidos por las normas jurídicas, del individuo o de la comunidad, por lo tanto (...) lesión o puesta en peligro de un bien jurídico». Se debe señalar que VON LISZT, en las primeras ediciones de su *Lehrbuch*, aludía en primer lugar a la antijuridicidad formal, esto es, «la contradicción a los imperativos del ordenamiento jurídico». Al respecto, BUBNOFF, *Entwicklung*, 1966, 138.

En ese sentido, VON LISZT afirmó la distinción entre una antijuridicidad, entendida en términos formales como la contrariedad del hecho al ordenamiento jurídico (pues el acto «es formalmente contrario al Derecho, en tanto que es transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico»²³¹), y una antijuridicidad, en términos materiales, como lesividad social (en el que el acto «implica materialmente, la lesión o peligro de un bien jurídico»²³² o «significa una conducta contraria a la sociedad (antisocial)»²³³). Con esta explicación, VON LISZT dio forma a su muy conocida distinción entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material, que, si bien ha sido admitida por una inabarcable cantidad de autores hasta el día de hoy²³⁴, no está exenta de inquietudes, específicamente, en lo que tiene que ver con la relación entre los componentes de aquella distinción²³⁵.

5. Pese a que el propio VON LISZT, al parecer, no haya sido lo suficientemente claro al explicar el ámbito de la escisión entre las dos clases de antijuridicidad²³⁶, parece deducirse de la totalidad de sus argumentos la existencia de una relación de subsidiariedad entre la antijuridicidad formal y la antijuridicidad material, en la que la segunda solo se aplica como criterio correctivo de la primera. En efecto, señaló VON LISZT: «Este contenido material (antisocial) de la infracción es independiente de su exacta apreciación por el legislador. La norma jurídica se encuentra ante él; ella no lo crea. La ilegalidad formal y material pueden coincidir, pero pueden también discrepar. No es presumible una contradicción semejante entre el contenido material del acto y su apreciación jurídica positiva, pero no es imposible. Caso de que exista, el juez está ligado por la ley; la rectificación del Derecho vigente está más allá de los límites de su misión»²³⁷. Si bien de esta afirmación puede deducirse la existencia de una relación de independencia²³⁸ entre las

²³¹ VON LISZT, *Tratado*, t. II, 1916, 336.

²³² VON LISZT, *Tratado*, t. II, 1916, 262.

²³³ VON LISZT, *Tratado*, t. II, 1916, 336.

²³⁴ Sobre los presupuestos y consecuencias de la distinción entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 45 ss.

²³⁵ Al respecto, *infra* Cap. IV, 5.4.

²³⁶ Destaca la falta de claridad en la exposición de este asunto en VON LISZT, entre otros, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 48.

²³⁷ VON LISZT, *Tratado*, t. II, 1916, 337.

²³⁸ Esto es, que, si bien un hecho puede llegar a ser formal y materialmente antijurídico, puede haber casos en los que un hecho formalmente antijurídico pueda no ser materialmente antijurídico o viceversa. Desde el inicio de la distinción entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material, se ha criticado que mientras el primero sea reflejo del derecho positivo, el segundo sea entendido en sentido puramente sociológico (así, BELING, *Verbrechen*, 1906, 32 ss., en el marco de su crítica a las «normas de cultura» de M. E. MAYER). En ese sentido, se ha exigido que tanto la antijuridicidad formal como la antijuridicidad material sean conceptos

antes mencionadas especies de antijuridicidad (VON LISZT inclusive calificó a la antijuridicidad material como «principio extralegal»²³⁹), es cuando el autor aborda lo relacionado al ámbito de la exclusión de la intervención penal (esto es, la determinación de la frontera entre lo lícito y lo ilícito) cuando surgen algunas precisiones: un acto que genere una consecuencia lesiva, si era ordenado o permitido legalmente, será considerado legítimo (esto es, no será formalmente antijurídico, independientemente de su trascendencia material); sin embargo, si un acto produce un resultado nocivo y tal acto no estaba amparado legalmente, solo entonces será relevante el contenido material para amparar el hecho (se analiza, primero, si el acto era conforme al fin reconocido como justo por el legislador²⁴⁰, y, segundo –y solo si lo primero no concurre– si el acto resultaba conveniente en consideración al fin de la convivencia regulada por el Estado²⁴¹). Parece ser que, desde la perspectiva de VON LISZT, tanto para fundamentar como para excluir lo ilícito, la primacía la tenía la antijuridicidad formal; sin embargo, en el último de tales casos (el de la exclusión de lo ilícito), aunque no exista formalmente una disposición que permita la afectación de un bien jurídico, si esta se produjo para salvaguardar otro, será posible considerar el acto como legítimo. De verificarse una colisión entre ambas formas de antijuridicidad, el juez «está obligado por la ley», es decir, por la antijuridicidad formal. Esta conclusión, supuso una importante alteración de la primigenia idea de VON LISZT entre la identidad de la afectación del bien jurídico y la infracción de la norma: la distinción entra antijuridicidad formal y antijuridicidad material (en la que la primera, en caso de colisión, posee una primacía), lo acercó al pensamiento de BINDING, esto es, que para la

jurídicos (lo que, según MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 47, constituiría una tesis intermedia entre la independencia en sentido estricto y la perfecta correspondencia).

²³⁹ VON LISZT, *Tratado*, t. II, 1916, 337, n. 3. La calificación de «principio extralegal» a la antijuridicidad material, fue el motivo por el que BELING, *Verbrechen*, 1906, 136 ss., criticó a VON LISZT, considerándolo defensor de la tesis de la independencia (en la que la antijuridicidad material era un concepto sociológico y, por tanto, «ajeno al Derecho positivo»). Muchos años después, ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 14/12, señala que «para Liszt la antijuridicidad formal era una categoría de Derecho positivo, y la material un principio políticocriminal». Sin embargo, ROXIN considera que tal comprensión de la antijuridicidad formal no supone un quiebre con el principio de legalidad, pues el propio VON LISZT consideró la preeminencia (como correctivo) de la antijuridicidad formal. HEINITZ, *Rechtswidrigkeit*, 1926, 2, ya había señalado que la comprensión de la antijuridicidad material en VON LISZT no era totalmente metajurídica. Así, VON LISZT calificó a la antijuridicidad material como «concepto metajurídico» pues lo entendía como un puente metodológico entre las finalidades del Derecho penal y la labor dogmática. Debe recordarse aquí que, para VON LISZT, mientras la antijuridicidad formal tenía un carácter dogmático, la antijuridicidad material poseía un significado político-criminal, existiendo entre ambas una «infranqueable barrera» que no permitía una comunicación fluida entre ambas dimensiones de la antijuridicidad. Al respecto, ALCÁCER GIRAO, *Lesión*, 2000, 28, señala que «Superada esa visión de las relaciones entre la dogmática y la política criminal, la noción material del hecho punible, siendo una instancia político-criminal, puede y debe erigirse en uno de los pilares de construcción del sistema dogmático del delito».

²⁴⁰ VON LISZT, *Tratado*, t. II, 1916, 338.

²⁴¹ VON LISZT, *Tratado*, t. II, 1916, 338.

afirmación de la infracción de la norma la idea de la afectación del bien jurídico no es trascendente²⁴².

6. En cuanto a la estructura del delito, la distinción entre injusto y culpabilidad propuesta por VON LISZT, como consecuencia de su pensamiento clasificatorio²⁴³, se impuso en la ciencia jurídico-penal, siendo mayoritaria hasta la actualidad. Como es ampliamente conocido, la diferencia entre ambas categorías, tal y como fue propuesta desde la perspectiva del positivismo naturalista, se sostuvo sobre la base de criterios empíricos: una parte objetiva o «externa» del hecho, correspondiente a la antijuridicidad, y una parte subjetiva o «interna» del hecho, referida a la culpabilidad²⁴⁴. En ese sentido, esta clasificación se realizó desde la perspectiva de una descripción meramente formal y externa, atenta solo a las «partes» del delito: mientras en la antijuridicidad se concentraban los procesos causales producidos por un movimiento corporal (modificación empírico-real del mundo exterior)²⁴⁵, en la culpabilidad quedaban abarcadas el contenido psicológico de tal movimiento corporal (todos los elementos de la personalidad del autor)²⁴⁶. De esto se extraía que el hecho antijurídico era descrito tal y como era descrito cualquier otro hecho de la naturaleza: como un proceso causal. En efecto, se partía del resultado lesivo y se exigía únicamente que aquél haya sido causado por un movimiento corporal de un hombre

²⁴² De la misma opinión, BACIGALUPO, *Delito*, 1983, 65 ss., quien reconoce que tal acercamiento fue producto de la forma en que VON LISZT quiso satisfacer las exigencias del principio «*nullum crimen nulla poena sine lege*».

²⁴³ Esta delimitación entre las categorías del delito se mostraba tan clara y sencilla que era prácticamente obligado considerarla correcta y materialmente adecuada. Así, WELZEL, *JuS* 1966, 422.

²⁴⁴ Al parecer, en las primeras ediciones de su *Lehrbuch*, VON LISZT no tomó posición sobre el carácter objetivo o subjetivo del injusto. Al respecto, HEINITZ, *ZStW* 81 (1969), 582. Aunque las reflexiones de VON LISZT aparecieron en la primera edición de su *Lehrbuch* (1881), según WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, 39 (=DP. PG., 1970, 60), fue en la segunda edición de tal obra (1884) en la que por primera vez realizó de manera clara una distinción entre injusto y culpabilidad tomando en cuenta la separación entre lo objetivo y lo subjetivo.

²⁴⁵ VON LISZT, *Lehrbuch*, 21.ª/22.ª ed., 1919, 118; VON LISZT/SCHMIDT, *Eb.*, *Lehrbuch*, 26.ª ed., 1932, 157. También siguieron esta orientación RADBRUCH, *ZStW* 24 (1904), 334 ss.; VON HIPPEL, *Strafrecht*, t. II, 1930, 132. Como explica MEZGER, el «resultado» abarca no solo al «comportamiento físico del actuante», sino también al «resultado exterior», por lo que el resultado era la totalidad de la realización exterior del tipo. Al respecto, SANCINETTI, *Teoría del delito*, 1991, 22, quien señala: «Con esta entronización de la afectación del objeto de bien jurídico como punto rector del concepto de ilícito, Liszt recuperaba la idea expresada mucho tiempo antes por Birnbaum (1834) y que habría que constituir la columna vertebral del objetivismo, que llega hasta hoy en distintas manifestaciones».

²⁴⁶ Es importante señalar que esta comprensión psicológica de la culpabilidad había sido posiblemente influenciada por los trabajos de KOHLRAUSCH y LIEPMANN. VON LISZT, al abordar la categoría de la culpabilidad, hablaba de una relación psicológica entre el hecho y el autor. En ese sentido, para poder vincular psicológicamente al autor con el hecho, debían verificarse dos cosas: primero, el autor debe ser capaz de culpabilidad (ser determinable mediante normas); segundo, debe haber imputabilidad (*Zurechenbarkeit*) del hecho. Al respecto, VON LISZT, *Lehrbuch*, 21.ª/22.ª ed., 1919, 152.

causado a su vez por un impulso voluntario (dejando fuera del hecho, solo para poder culpar del mismo a su autor, la cuestión de si dicho impulso voluntario se dirigía conscientemente o no (dolo) al realizar el hecho). Si el «hecho» se analizaba en la antijuridicidad, y tal «hecho» se concebía como un mero proceso causal (con independencia de la finalidad del autor, lo cual se analizaba en la culpabilidad) era lógico que la antijuridicidad abarque únicamente el aspecto objetivo-externo (causal) de la acción. Luego de eso, en la medida que ese hecho debía ser vinculado al autor, se analizaba la culpabilidad, en la que se encontraba la imputación, ya no en los términos de su clásica comprensión, sino imputación como imputabilidad²⁴⁷. En definitiva, la construcción de VON LISZT, si bien optó por diferenciar conceptualmente las categorías de injusto y culpabilidad, no profundizó en el significado normativo de cada uno de ellos²⁴⁸.

2.8. GOLDSCHMIDT.

1. A pesar de que la teoría de la pena de VON LISZT no consiguió imponerse completamente en el Derecho penal, él logró que, conforme a su concepción indeterminista, la vinculación de la pena con la culpabilidad se flexibilice. Sin embargo, tal vinculación no desapareció. Pronto surgió en el Derecho penal la necesidad de proponer una norma acorde con la actitud de rebeldía del autor con respecto al ordenamiento jurídico²⁴⁹. En estrecha relación con esto, los lineamientos del positivismo naturalista en las categorías dogmáticas del Derecho penal se mostraron progresivamente insuficientes, por lo que fue necesario abrir nuevos caminos para resolver convincentemente las inquietudes surgidas. Tal necesidad se evidenció también en la categoría dogmática de la culpabilidad, ámbito en el que FRANK, en su fundamental obra «*Über den Aufbau des Schuldbegriffs*» de 1907, propuso por primera vez la comprensión de la culpabilidad como «reprochabilidad», considerando, además, como su presupuesto, no solo a la capacidad de imputación (*Zurechnungsfähigkeit*), al dolo y a la imprudencia, sino también al «estado de normalidad de las circunstancias bajo las que obra el autor»²⁵⁰. La naciente teoría normativa de la

²⁴⁷ Al respecto, con múltiples referencias, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 351. También, *infra* Cap. II,2.

²⁴⁸ De señalarse, sin embargo, que, en la última edición del *Tratado*, VON LISZT/SCHMIDT, Eb., *Lehrbuch*, 26.ª ed., 1932, 174-175, 222 ss., se admitió la distinción entre norma de valoración y norma de determinación para fundamentar tanto el injusto como la culpabilidad, respectivamente, por una clara influencia de MEZGER. Reconoce la afinidad en los planteamientos de MEZGER y Eb. SCHMIDT, KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 77 ss. (=Teoría de las normas, 1977, 101 ss.).

²⁴⁹ Así, por todos, BACIGALUPO, RDPUC 1986, 66.

²⁵⁰ GOLDSCHMIDT, *FG-Frank*, t. I, 1930, 428.

culpabilidad, cuya aparición se atribuye históricamente a FRANK, no desconoce a otros destacados autores, unidos para siempre con el antes mencionado, en el estudio de la reformulación de la evolución de la culpabilidad desde un enfoque psicológico a uno normativo²⁵¹: FREUDENTHAL y GOLDSCHMIDT²⁵². Precisamente, este último contribuyó al desarrollo del concepto normativo de culpabilidad, estableciendo como su núcleo material a la reprochabilidad, la que a su vez se fundamentó en la premisa de la libertad del individuo. Asimismo, en cuanto al injusto, GOLDSCHMIDT, en la línea iniciada por THON y BIERLING, y en sintonía con la orientación asumida posteriormente por OEHLER, dedicó sus esfuerzos en conciliar una visión imperativa de la norma penal y una concepción objetiva del injusto²⁵³. GOLDSCHMIDT consideró importante una reformulación del concepto de norma imperativa, reconociendo a la vez la importancia del mantenimiento del injusto objetivo, negando, consecuentemente, la posibilidad de incluir elementos subjetivos en ese ámbito²⁵⁴.

2. GOLDSCHMIDT, siguiendo a THON, consideró que el Derecho era un complejo de mandatos y prohibiciones, es decir, un conjunto de imperativos que imponen deberes de hacer u omitir²⁵⁵. Conforme a esto, afirmó que la norma siempre tiene un carácter imperativo²⁵⁶. Sin embargo, el mencionado autor estableció que tal carácter tiene un contenido distinto en el injusto y en la culpabilidad. Así, GOLDSCHMIDT reconoció la

²⁵¹ La relevancia de este cambio de paradigma puede notarse en KELSEN, *Hauptprobleme*, 2.ª ed., 1923, 133 ss.

²⁵² Los nombres de FREUDENTHAL y GOLDSCHMIDT son frecuentemente relacionados al de FRANK, al explicar la evolución del concepto psicológico a uno normativo de culpabilidad. Esto, según el propio GOLDSCHMIDT, *FG-Frank*, t. I, 1930, 431, desde SCHUMACHER, *Strafrechtsschuld*, 1927, 2 ss. Como antes se dijo, FRANK es el iniciador de la concepción normativa de la culpabilidad, ya que fue el primero que concibió a la culpabilidad como «reprochabilidad» (1907). GOLDSCHMIDT reconoció la esencia de la reprochabilidad en la contrariedad de la voluntad a las «normas de deber», dirigidas a la motivación de cada sujeto (1913). Finalmente, FREUDENTHAL buscó en la «exigibilidad» de una conducta adecuada a Derecho el fundamento de la reprochabilidad (1922). También BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. III, 1905, 238, ya había señalado que un juicio de valor es constitutivo de la culpabilidad.

²⁵³ Por eso, ZIELINSKI, *Unrechtsbegriff*, 1973, 21 (=Concepto de ilícito, 1990, 12), sostiene que GOLDSCHMIDT pulió «teórico-normativamente» el sistema trazado por THON.

²⁵⁴ GOLDSCHMIDT, *FG-Frank*, t. I, 1930, 7.

²⁵⁵ GOLDSCHMIDT, *Problemas fundamentales*, 2010, 100.

²⁵⁶ SIEVERTS, *Beiträge*, 1934, 78, señala que GOLDSCHMIDT fue un «decidido defensor de la teoría de los imperativos». Sin embargo, si THON, como se dijo, fue precursor de la norma de valoración (al vincular la antijuridicidad con la valoración objetiva del comportamiento frente a terceros.), GOLDSCHMIDT, al tener como punto de partida las reflexiones de aquel, debió concentrar su atención en la parte objetiva del hecho. La mayor prueba de ello, a mi modo de ver, es la comprensión del injusto como infracción de una norma de derecho, como se verá a continuación. También, entre THON y GOLDSCHMIDT (defensores del injusto objetivo) puede situarse a FISCHER, H. A., *Rechtswidrigkeit*, 1911, 99, quien consideró, conforme a la naturaleza imperativa del ordenamiento jurídico, que a los súbditos del Derecho se les dirige prohibiciones o mandatos de provocar o conseguir ciertos estados.

existencia de dos normas distintas: la *norma de derecho* («*Rechtsnorm*»), situada en la base del injusto, y la *norma de deber* («*Pflichtnorm*»), ubicada en la base de la culpabilidad²⁵⁷. La relación entre ambas normas se explicó a partir de la siguiente argumentación brindada por GOLDSCHMIDT: «junto a cada norma de derecho, que exige al individuo una determinada conducta externa, se encuentra una norma no formulada que impone al individuo ajustar su conducta interna conforme a las exigencias que el ordenamiento jurídico haya establecido con respecto a su conducta externa»²⁵⁸. De esto se extrae que, para el citado autor, el injusto se entendía en sentido objetivo, pues contemplaba valoraciones jurídicas de carácter abstracto: estados objetivos y externos. El injusto quedaba configurado, entonces, cuando el supuesto de hecho concreto lograba corresponderse con el ámbito de la norma de carácter abstracto (la norma de derecho) la cual tenía como objetivo a la conducta externa. Si esto sucedía (una situación de hecho concreta encajaba en la norma abstracta), entonces, emanaba de manera automática un «deber jurídico» como imperativo, consistente en imponer al individuo la obligación de adoptar su conducta interior de la forma que sea necesaria para poder responder, en su conducta exterior, a las exigencias del ordenamiento jurídico²⁵⁹.

3. Según lo expuesto, es claro que GOLDSCHMIDT entendía que tanto la norma de derecho como la norma de deber se encontraban conectadas²⁶⁰. Del hecho de que el mencionado autor haya considerado que la norma de derecho podía infringirse sin que ello implique la infracción de la norma de deber²⁶¹, es posible pensar que, en el planteamiento de GOLDSCHMIDT, se trataban de normas independientes entre ellas. En este escenario (infracción de la norma de derecho, pero no de la norma de deber) se afirmarían la

²⁵⁷ Con su distinción entre normas de derecho y normas de deber, GOLDSCHMIDT quería explicar que en las causas de inexigibilidad el Derecho no impusiera al sujeto el deber personal (norma de deber) de actuar conforme a lo objetivamente correcto según la norma de derecho. Así, por todos, MIR PUIG, *EPH-Gimbernat*, t. II, 2008, 1310.

²⁵⁸ GOLDSCHMIDT, *ÖstZStr* 4, 1913, 145. En la versión castellana de este artículo (*Problemas fundamentales*, 2010, 356) se emplea el término «norma jurídica» para hacer referencia a «*Rechtsnorm*». La traducción de este término, de manera más correcta, como «norma de derecho», es la que se ofrece en el cuerpo del texto.

²⁵⁹ GOLDSCHMIDT, *ÖstZStr* 4, 1913, 146 (= *Problemas fundamentales*, 2010, 356). Según SCHUMACHER, *Strafrechtsschuld*, 1927, 12, el planteamiento de GOLDSCHMIDT termina en una «nueva construcción de la culpabilidad», que divisa en la «contrariedad al deber» («*Pflichtwidrigkeit*») la materialización del elemento normativo que «Frank sintetizó en la posible reprochabilidad por motivación normal».

²⁶⁰ Al respecto, ZIELINSKI, *Unrechtsbegriff*, 1973, 22 (= *Concepto de ilícito*, 1990, 11).

²⁶¹ Así lo sostienen, por todos, ZIELINSKI, *Unrechtsbegriff*, 1973, 23 (= *Concepto de ilícito*, 1990, 12).

existencia de un hecho objetivamente antijurídico no culpable²⁶². En esa línea, también podría infringirse la norma de deber sin que lo mismo se deba sostener sobre la norma de derecho, lo que sucedería en el caso de un hecho culpable no antijurídico (una tentativa)²⁶³. Pues bien, sin entrar aquí en detalles sobre las eventuales complejidades de este planteamiento²⁶⁴, si se centra la atención en la relación entre la norma de derecho y la norma de deber, GOLDSCHMIDT, pese a aludir a una independencia entre ellas, señala que la lesión de la norma de deber, que constituye «el fundamento del elemento normativo de la culpabilidad junto al dolo (...) se abstrae de la correspondiente norma de derecho, cuya infracción fue intentada o consumada»²⁶⁵. En ese marco, llama la atención si realmente se tratan de dos normas independientes o si hay una relación de dependencia entre ambas²⁶⁶. Esta duda no hace que GOLDSCHMIDT, a mi juicio de manera coherente con la idea de que se tratan de dos normas independientes, haya señalado que «todo delito doloso consumado contiene por tanto una doble contrariedad a la norma: objetivamente la infracción de una norma de derecho, subjetivamente, la lesión de la correspondiente norma de deber»²⁶⁷.

4. GOLDSCHMIDT afirmó que la norma de derecho y la norma de deber no solo se diferenciaban porque una se refiere a la conducta exterior –causalidad– y otra a la interior –motivación–, sino que también se distinguían por su contenido: las normas de derecho

²⁶² GOLDSCHMIDT, ÖstZStr 4, 1913, 146 (=Problemas fundamentales, 2010, 356). Por esto, GOLDSCHMIDT criticó a HOLD VON FERNECK por admitir «sin vacilar» la identificación de las normas de derecho (*Rechtsnormen*) con las normas de deber (*Pflichtnormen*).

²⁶³ GOLDSCHMIDT, ÖstZStr 4, 1913, 146-147 (=Problemas fundamentales, 2010, 356-357). También, GOLDSCHMIDT, *FS-Frank*, t. I, 1930, 434 s. (=Culpabilidad, 2.ª ed., 2002, 92 s.), donde reafirma la posibilidad de que haya tanto una «contrariedad al deber con legalidad solo intentada» («*Pflichtwidrigkeit mit bloß versuchter Illegalität*») en el caso de la tentativa absolutamente inidónea y en el de ausencia de tipo, como «contrariedad al deber con ilegalidad solo posible» («*Pflichtwidrigkeit mit bloß möglicher Illegalität*») en el caso de una conducta imprudente sin resultado y en el de una conducta no punible.

²⁶⁴ Sobre la relación entre norma de derecho y norma de deber, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 760, señala que, si bien el primer escenario (el de la infracción de la norma de derecho pero no de la de deber, que fundamenta solo el injusto) no plantea problemas excesivos, el segundo (la infracción de la norma de deber pero no de la de derecho, que fundamenta solo la tentativa) «supone la ruptura de la habitual relación entre hecho antijurídico y culpable según la cual el segundo es vicario del primero».

²⁶⁵ GOLDSCHMIDT, ÖstZStr 4, 1913, 148. Al respecto, ZIELINSKI, *Unrechtsbegriff*, 1973, 22 (=Concepto de ilícito, 1990, 11), resalta también que la norma de deber representa solo una abstracción a partir de la norma de derecho.

²⁶⁶ Tiempo después, GOLDSCHMIDT, *FG-Frank*, t. I, 1930, 433, reiteró la idea de que «al lado de cada norma de derecho que determina la conducta exterior, hay una norma de deber que exige una correspondiente conducta interior». En esa misma obra, GOLDSCHMIDT, *FG-Frank*, t. I, 1930, 436, reconoció expresamente la independencia de su norma de deber al enfrentarse a las críticas formuladas por VON LISZT/SCHMIDT, *Eb., Lehrbuch*, 26.ª ed., 1932, 222 ss.

²⁶⁷ GOLDSCHMIDT, ÖstZStr 4, 1913, 148. Aquí llama la atención que GOLDSCHMIDT recurra al término «infracción» («*Übertretung*») para aludir a la contrariedad a la norma de derecho y al término «lesión» («*Verletzung*») para hacer lo propio con la norma de deber.

pueden ser prohibiciones o mandatos, mientras que las normas de deber son fundamentalmente mandatos²⁶⁸. Así, con respecto a las normas de derecho, el mencionado autor reconoce que estas «pretenden ser causales para finalidades de carácter social; sus prohibiciones pretenden impedir, sus mandatos, determinar»²⁶⁹. Por su parte, sobre la norma de deber, GOLDSCHMIDT reitera su contenido: «Tú debes –por regla general–, a partir de la idea de que la puesta en práctica de tu voluntad (*Willensbetätigung*) puede provocar un resultado jurídicamente prohibido, distanciarte de ello; y, a partir de la idea de que la puesta en práctica de tu voluntad puede provocar un resultado jurídicamente requerido, dejarte determinar a él»²⁷⁰. Posteriormente, GOLDSCHMIDT señaló que la norma de deber es «un mandato de elevar la representación de resultado a contramotivo, no solo una prohibición de que ella se convierta en motivo»²⁷¹. En ese sentido, ante la crítica por la cual se le reprochaba la proposición de una norma de deber que aspira a la «pureza interior» de los sentimientos²⁷², GOLDSCHMIDT explicó que aquella norma «se dirige a la voluntad de actuación (...) pide la victoria del motivo de la obediencia al Derecho sobre los otros motivos»²⁷³. La norma de deber, por tanto, es una «norma de lucha» («*Kampfnorm*»)²⁷⁴.

5. Las reflexiones de GOLDSCHMIDT se dirigieron también a solucionar lo referido al «problema del destinatario»²⁷⁵. El referido autor señaló que las normas de derecho se dirigían a todos, imputables e imputables, esto es, a todos los ciudadanos con independencia de sus circunstancias personales y de su capacidad de motivarse o no por la norma²⁷⁶. En ese sentido, si la norma de derecho estaba orientada a la prohibición de resultados contrarios a lo valorado jurídicamente, queda claro que tales resultados podían ser causados tanto por imputables como por imputables, pues todos se encuentran obligados objetivamente por las normas jurídicas. Es en el ámbito de la norma de deber,

²⁶⁸ GOLDSCHMIDT, *FG-Frank*, t. I, 1930, 431 ss.

²⁶⁹ GOLDSCHMIDT, *ÖstZStr* 4, 1913, 149.

²⁷⁰ GOLDSCHMIDT, *ÖstZStr* 4, 1913, 147-149.

²⁷¹ GOLDSCHMIDT, *FG-Frank*, t. I, 1930, 457.

²⁷² Al respecto, GRÜNHUT, *ZStW* 50 (1930), 316.

²⁷³ GOLDSCHMIDT, *FG-Frank*, t. I, 1930, 433.

²⁷⁴ GOLDSCHMIDT, *FG-Frank*, t. I, 1930, 433.

²⁷⁵ Aunque este asunto, como se ha visto, había quedado de alguna manera «eclipsado» con la imposición del positivismo naturalista en el concepto de delito. Al recurrir GOLDSCHMIDT a premisas normológicas (norma de derecho y norma de deber), las cuestiones referidas al destinatario de la norma se pusieron nuevamente de manifiesto.

²⁷⁶ Así también lo reconoce KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 127 (=Teoría de las normas, 1977, 167).

sin embargo, en el que no se podría apreciar una transgresión. En efecto, GOLDSCHMIDT sostuvo que el cumplimiento de las normas de derecho, por los inimputables, no está garantizada por las correspondientes normas de deber²⁷⁷. En buena cuenta, de la norma de derecho –dirigida a todos, imputables e inimputables y, por ello, general y abstracta– se desprende «por abstracción» una norma de deber (independiente de la primera) dirigida al individuo en particular, esto es, a su conducta interna, de cara a determinar su comportamiento externo para que este sea conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico (mandatos o prohibiciones)²⁷⁸.

2.9. MEZGER.

1. El sistema neoclásico, edificado sobre los lineamientos del neokantismo, no consideró como suficiente la descripción externa de las características del delito, sino que se orientó a explicarlas a partir de sus respectivos significados valorativos. En efecto, la sustitución del método naturalista por otro orientado a comprender el sentido cultural-valorativo de los conceptos jurídico-penales condujo consecuentemente a la búsqueda del significado valorativo de las categorías del injusto y la culpabilidad, por lo que mientras el primero se concibió como un «juicio de desvalor», la segunda se comprendió como un «juicio de reproche» dirigido al autor. Esto supuso –a diferencia del sistema clásico, donde, como antes se dijo, se defendía lo objetivo-externo y lo subjetivo-interno como categorías distintas sobre las cuales se erigía el concepto de delito– la necesaria introducción de elementos subjetivos en el injusto y de elementos objetivos en la culpabilidad²⁷⁹. De esta manera, la tradicional distinción empírica entre parte «objetiva» y parte «subjetiva» para distinguir entre injusto y culpabilidad dejó de ser suficiente: en el denominado «sistema neoclásico» la antijuridicidad representaba la valoración del hecho desde la perspectiva de

²⁷⁷ GOLDSCHMIDT, *FG-Frank*, t. I, 1930, 456.

²⁷⁸ Siguiendo los planteamientos de GOLDSCHMIDT, y con la pretensión de justificar un concepto de injusto objetivo, se pueden reconocer a algunos autores de la denominada «Escuela austríaca». Al respecto, KADEČKA, *ZStW* 59 (1940), 17; *FS-Rittler*, 1957, 32 ss.; NOWAKOWSKI, *ZStW* 63 (1951), 316; *JZ* 1958, 336 (aunque este autor modificó posteriormente su concepción de injusto). Sobre el particular, véase MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 761, donde señala: «La tentativa, y especialmente la inidónea, no supondría la comisión de un hecho ilícito, sino de un hecho orientado a la comisión de un ilícito. La pena en estos casos no se vincularía a la infracción objetiva de la norma, que requiere la comisión de un hecho desvalorado por sus efectos sobre el bien jurídico, sino sólo a la culpabilidad. Con ello estos autores intentan mantener en un mismo sistema coherente el concepto estricto de antijuridicidad objetiva que defienden y la tentativa inidónea punible en la que está ausente esta característica, y que sólo podría fundamentarse subjetivamente».

²⁷⁹ Al respecto, por todos, SCHÜNEMANN, en: SCHÜNEMANN (Comp.), *Sistema*, 1991, 31 ss.

su dañosidad social (juicio en el que concurrían no solo elementos objetivos, sino también subjetivos) y la culpabilidad (en la que el dolo y la imprudencia eran categorías subordinadas) aludía a una reprochabilidad por el hecho cometido (base de la concepción normativa de la culpabilidad)²⁸⁰.

2. En este momento histórico-dogmático se empezó a indagar por la relación entre el contenido de las categorías del injusto y la culpabilidad y las normas que se encontraban en su base y que servían para extraer el significado valorativo de aquellas categorías. MEZGER, principal representante de un sistema del delito basado en las premisas metodológicas del neokantismo, fue quien –siguiendo las ideas expuestas en su momento por JHERING, THON, NAGLER y GOLDSCHMIDT– introdujo dos conceptos en clave normológica en el sistema de la teoría del delito, esto es, dos clases de normas que, de infringirse, permitirían la verificación del injusto y de la culpabilidad, respectivamente: la norma de valoración y la norma de determinación²⁸¹. De esta manera, las normas (objetivas) de valoración decidirían el carácter objetivamente incorrecto del hecho y con ello su antijuridicidad²⁸², mientras que las normas (subjetivas) de determinación se dirigirían a la mente del sujeto para incidir en su decisión²⁸³. Con la introducción de la norma de valoración y la norma de determinación, MEZGER, desde su enfoque neokantiano, construyó las bases para una distinción normológica entre injusto y culpabilidad, que ya había tenido una primera aproximación con las ideas de GOLDSCHMIDT.

3. MEZGER desarrolló la denominada «teoría de la doble naturaleza de la norma». Así, conforme al planteamiento del mencionado autor, la norma parece ser, de manera simultánea, tanto una norma de valoración como una norma de determinación²⁸⁴. Cada una de ellas, sin embargo, aunque están estrechamente vinculadas (MEZGER entendía que la norma de valoración constituía el presupuesto lógico indispensable de la norma de

²⁸⁰ Por estas consideraciones, la teoría neoclásica del delito, defendida por los neokantianos, es entendido por diversos autores como el cambio más profundo en la teoría del delito. Véase, por todos, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 91.

²⁸¹ De hecho, las denominaciones «norma de valoración» y «norma de determinación» aparecen por primera vez en MEZGER, GS 89 (1924), 239 ss., en el que analiza los elementos subjetivos en el injusto. Ver también, MEZGER, *Tratado*, t. I, 1957, 281.

²⁸² MEZGER, GS 89 (1924), 242, donde dice: «El derecho es un orden vital objetivo, de esta manera, el injusto es la lesión de este orden objetivo».

²⁸³ MEZGER, *Tratado*, t. I, 1957, 281.

²⁸⁴ MEZGER, *Tratado*, t. I, 1957, 284.

determinación) se manifiestan por separado en cada una de las categorías del delito: mientras el contenido valorativo se proyectaba en la antijuridicidad, la culpabilidad se regía por el contenido directivo. MEZGER consideró que, si el Derecho no es más que una ordenación objetiva de vida, el injusto habría de ser la lesión de dicho orden. Por eso, con carácter previo a la constatación de si alguien había infringido una norma de determinación a él dirigida (un deber personal), era necesario comprobar si antes había lesionado objetivamente el orden vital tal y como es definido por el Derecho. Este orden vital, desde su perspectiva, se reflejaba en la norma de valoración la cual dice que «¡un determinado estado social debe ser!»²⁸⁵.

4. MEZGER, consciente de las dificultades que podía suponer su concepción normológica, explicó que la norma de valoración expresa solamente un «deber ser impersonal»²⁸⁶: al considerarse como objetivamente deseables o indeseables ciertos hechos, deberá considerarse como antijurídica toda lesión del Derecho, incluso si es perpetrada por sujetos no capaces de responsabilidad. De esta manera, la antijuridicidad lograba constituirse con la sola verificación de una «lesión objetiva de las normas de valoración», sin tener en cuenta las circunstancias específicas (subjetivo-individuales) del autor²⁸⁷. Las normas de determinación, según MEZGER, se proyectaban en el posterior juicio de culpabilidad, instancia en la que se efectuaba una evaluación individualizada sobre el sujeto y sus circunstancias y en la que se valoraba si aquel pudo guiarse conforme a los juicios de valor contenidos en las normas. A partir de estas explicaciones, es posible entender por qué MEZGER señaló que la lesión de una norma subjetiva de determinación «es de importancia decisiva, pero no para la constitución del injusto, pero sí ciertamente para la de la culpabilidad; el deslinde conceptual entre las normas jurídicas como normas de valoración que se dirigen “a todos” y la norma de deber como norma de determinación que se dirige “sólo” al personalmente obligado, hace posible, en consecuencia, el necesario y claro contraste entre los dos presupuestos básicos del delito, entre la antijuridicidad objetiva y la reprochabilidad personal»²⁸⁸.

²⁸⁵ MEZGER, GS 89 (1924), 245. Siguen esta orientación, HEINITZ, *Rechtswidrigkeit*, 1926, 18; KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewußtsein*, 1949, 137 ss.

²⁸⁶ MEZGER, GS 89 (1924), 242, 245.

²⁸⁷ MEZGER, *Tratado*, t. I, 1957, 282.

²⁸⁸ MEZGER, *Tratado*, t. I, 1957, 283. Tanto la antijuridicidad (objetiva) como la culpabilidad (subjetiva) reflejan lo que posteriormente MEZGER, ZStW 57 (1938), 693 ss., consideró como la idea de la protección (*Schutzgedanke*) y la idea del deber (*Pflichtgedanke*), respectivamente.

5. Con la teoría de la doble naturaleza de la norma, fue posible dar respuesta al antes mencionado «problema del destinatario»²⁸⁹: la admisión, como objeto de la norma, de los comportamientos tanto del capaz de acción o de culpabilidad como los de un incapaz de acción o de culpabilidad, permitió entender que aunque un individuo no comprendiera la norma –esto es, aunque no se le pueda reprochar personalmente– pueda realizar un hecho antijurídico (por la mera razón de contravenir un determinado estado de cosas valorado positivamente)²⁹⁰. Según MEZGER, mientras la norma de valoración se dirigía a todos, la norma de determinación se dirigía únicamente al personalmente obligado²⁹¹. Esto permitió al mencionado autor afirmar no solo que los inimputables también podían cometer hechos antijurídicos²⁹², sino también mantener la distinción estructural existente entre antijuridicidad (afectación de la norma objetiva de valoración) y culpabilidad (infracción de la norma subjetiva de determinación)²⁹³. En definitiva, la norma jurídico-penal se constituyó en el factor unificador de todo el sistema. El injusto y la culpabilidad se construyeron sobre la idea común de la contradicción con el Derecho, esto es, de un juicio de «contrastación» entre el hecho y el Derecho. Tal juicio de contrastación, si bien hizo posible la afirmación de una equivalencia estructural entre injusto y culpabilidad (ambas categorías, según las reflexiones de MEZGER, expresaban una contrariedad a la norma jurídico-penal), se llevaba a cabo necesariamente desde perspectivas distintas (el acontecer externo, objeto de la norma de valoración o el quebrantamiento de un deber personal, con origen en la norma de determinación), funcionales a cada una de las mencionadas categorías del concepto de delito.

2.10. WELZEL.

1. El concepto final de acción, como consecuencia del método deductivo-axiomático desarrollado por el finalismo²⁹⁴, resultó de significativa trascendencia y causó inevitables

²⁸⁹ Al respecto, RENZIKOWSKI, en: BOROWSKI/PAULSON/SIECKMANN, *Rechtsphilosophie*, 2017, 633.

²⁹⁰ MEZGER, *Tratado*, t. I, 1957, 282. Esta afirmación, como lo supo muy bien MEZGER, condujo a entender que no solo la conducta humana, sino también que el comportamiento de otros seres animados (animales) y las circunstancias de la naturaleza puedan generar resultados antijurídicos (o estados antijurídicos).

²⁹¹ MEZGER, *Tratado*, t. I, 1957, 285.

²⁹² MEZGER, *Tratado*, t. I, 1957, 286. También, por todos, ZIMMERL, *Tatbestand*, 1928, 3.

²⁹³ MEZGER, *Tratado*, t. I, 1957, 285.

²⁹⁴ Si bien la plenitud de las consecuencias del finalismo para la teoría del delito no tuvo lugar hasta 1939 (en el artículo «*Studien zum System des Strafrechts*»), las bases metodológicas de tal corriente metodológica las

repercusiones en la estructura de la teoría del delito²⁹⁵. En efecto, frente a las concepciones causalistas imperantes en la época (que consideraban fundamental la producción material de resultados externos, sin otorgarle importancia a la voluntad y sin desentrañar su contenido²⁹⁶) el finalismo propuso concentrar la atención sobre el aspecto subjetivo de la acción, esto es, sobre la finalidad, pues esta es la que diferencia a las acciones humanas de los simples fenómenos naturales. Siendo esto así, la «estructura lógico-objetiva» de la finalidad (el contenido de la voluntad, dirigido a un determinado fin) resultó fundamental en el concepto de acción²⁹⁷.

2. En lo que respecta al contenido de las normas, WELZEL consideró necesario incidir en el «sustrato ético-social» de las mismas. En efecto, el mencionado autor reconoció expresamente que los valores del actuar conforme a Derecho (arraigados en la conciencia jurídica) constituyen el trasfondo ético-social positivo de las normas jurídico-penales²⁹⁸, afirmando además de manera reiterada que tales valores aseguran su validez real mediante el castigo (por parte del ordenamiento jurídico) de la inobservancia manifestada efectivamente de los mencionados valores del actuar jurídico²⁹⁹. Precisamente, afirmó WELZEL que el Derecho penal protege los bienes jurídicos a los que están referidos los valores conforme a Derecho mediante el castigo a la efectiva inobservancia de tales

había fijado WELZEL en 1930, en su artículo «*Kausalität und Handlung*», precisándolas y desarrollándolas en su obra de 1932 denominada «*Über Wertungen im Strafrecht*» y en 1935, en su conocida monografía «*Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*». WELZEL sostuvo que el causalismo obviaba una característica fundamental de la acción humana: la dirección a una meta, circunstancia que diferenciaba a tal acción de cualquier acontecimiento natural. En ese sentido, el finalismo –como el causalismo naturalista o el causalismo valorativo– se ocupó también de la acción humana, pero destacó un aspecto distinto en ella: mientras que en las ciencias naturales –base del sistema clásico y neoclásico– se comprendía a la acción humana como fenómeno sujeto a las leyes causales (como hecho «natural»), en el finalismo se abordó la acción en su especialidad espiritual, esto es, como definida por la idea de finalidad conforme a sentido, por la «consciencia de sentido». Por ello, se entendió que la finalidad, como voluntad del autor, era decisiva para determinar una acción como jurídico-penalmente relevante.

²⁹⁵ En la actualidad es de justicia reconocer que la aparición del finalismo supuso un punto de inflexión en la ciencia jurídico-penal. El concepto final de acción, que permitió la inclusión del dolo y la imprudencia en el tipo, ya había sido anticipado por otros autores como WOLF, *Strafrechtsreform*, 1933, 39; VON WEBER, *Aufbau*, 1935, 8 ss.; GRAF ZU DOHNA, *Aufbau*, 1.ª ed., 1936, 28. Por otro lado, es importante decir que en este lugar no es posible describir con profundidad los diversos alcances de la teoría finalista en el Derecho penal. Sin embargo, a lo largo de la investigación se harán diversas referencias críticas a varias de las ideas que se desprenden de aquella teoría. Sobre el pensamiento finalista, véase, por todos, CEREZO MIR, ADPCP 2009, 68 ss.; GRACIA MARTÍN, *Finalismo*, 2005, 41 ss. Recientemente, ROXIN, *InDret*, 4/2012, 2 ss., ha reconocido que la teoría final de la acción, que no logró imponerse en Alemania, «forma parte ya de la historia de la dogmática».

²⁹⁶ WELZEL, *Nuevo sistema*, 2004, 50.

²⁹⁷ WELZEL, *Nuevo sistema*, 2004, 41.

²⁹⁸ WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, 2 (=DP. PG., 1970, 12).

²⁹⁹ WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, 2 (=DP. PG., 1970, 12).

valores, la que a su vez se manifiesta mediante acciones poseedoras de un indudable desvalor jurídico (WELZEL hablaba de acciones desleales, de rebeldía, indignas, fraudulentas)³⁰⁰. De esto se deduce que WELZEL no desconoció que el Derecho penal poseía la función de proteger bienes jurídicos. Sin embargo, proclamar tal protección como el fin del Derecho penal (WELZEL considera que la protección de bienes jurídicos posee un fin preventivo, de carácter policial y negativo³⁰¹), parecía ser más una consecuencia de lo que constituye el verdadero núcleo de la protección jurídico-penal, que posee una naturaleza ético-social y de carácter positivo. Conforme a esto, señaló rotundamente WELZEL que «Al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica, revela, en la forma más concluyente a disposición del Estado, la vigencia inquebrantable de estos valores positivos de acto, junto con dar forma al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalecer su conciencia de permanente fidelidad jurídica»³⁰². En definitiva, WELZEL afirmó que «La misión del Derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social y solo por inclusión la protección de bienes jurídicos particulares»³⁰³.

3. Los argumentos vertidos por WELZEL destacan la distinción entre lo que él mismo denominó valor del acto (*Aktwert*) y valor *del resultado o del estado de cosas* (*Erfolgs-oder Sachverhaltswert*). En este marco, el referido autor otorgó una primacía al castigo del desvalor de acción (*Handlungsunwert*), pues mediante esto se impedía el desvalor del resultado (*Erfolgswert*). De esta manera, si es que el Derecho penal posee la misión de proteger bienes jurídicos, tal misión solo podría cumplirse si es que se castigan las acciones contrarias a lo que las normas mandan o prohíben³⁰⁴ y, en ese sentido, dirigidas a la afectación de aquellos bienes: «Misión del Derecho penal es la protección de los bienes jurídicos mediante la protección de los elementales valores de acción ético-sociales»³⁰⁵. Es

³⁰⁰ WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, 2 (=DP. PG., 1970, 12).

³⁰¹ WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, 3 (=DP. PG., 1970, 13).

³⁰² WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, 3 (=DP. PG., 1970, 13).

³⁰³ WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, 3 (=DP. PG., 1970, 15).

³⁰⁴ WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, 2 (=DP. PG., 1970, 12), donde señaló: «Esta protección de los bienes jurídicos la cumple en cuanto prohíbe y castiga las acciones dirigidas a la lesión de bienes jurídicos. Luego, se impide el desvalor material o de resultado mediante la punición del desvalor de acto».

³⁰⁵ WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, 5 (=DP. PG., 1970, 16). Seguidamente afirmó el citado autor: «El Derecho penal lleva a efecto esta protección de bienes jurídicos del siguiente modo: mandando o prohibiendo acciones configuradas de determinada manera. Detrás de sus prohibiciones o mandatos se hallan los elementales deberes ético-sociales (valores de acto), cuya vigencia asegura conminando con pena su lesión. Sólo así se obtiene una protección realmente eficaz y permanente de los bienes, y restringida, además, a las formas de agresión reprobables desde un punto de vista ético-social».

claro que, para WELZEL, la misión fundamental del Derecho penal (que él identificaba como el aseguramiento real de la vigencia de los valores de acto) suponía el recurso a normas que expresan mandatos y prohibiciones, que a su vez imponen deberes ético-sociales que, al ser internalizados en la voluntad del individuo, requieren en este la realización de lo debido o la omisión de lo prohibido. Por esta razón, en el seno del finalismo se atribuyó a la norma jurídico-penal la función de determinación, pues aquella se concibió como el mecanismo con el cual motivar a que el individuo realice u omita una determinada conducta. En definitiva, si las normas jurídico-penales buscaban motivar al individuo para la realización de un determinado comportamiento (lo que no sería más que el cumplimiento del deber ético-social a él impuesto), se explica por qué, desde la perspectiva del finalismo, se buscó proteger mediante el Derecho penal –antes inclusive que a los bienes jurídicos– los juicios ético-sociales de los ciudadanos y el fortalecimiento de una permanente fidelidad al Derecho: «El Derecho penal al circunscribirse a los deberes elementales, con motivo de la protección de los bienes jurídicos, cumple una significativa función de formación ética (...) Al hacer patente ante todos la validez inquebrantable de los elementales deberes ético-sociales, proscribiendo y castigando su lesión, modela y refuerza eficazmente el juicio ético y la conciencia jurídica de los ciudadanos»³⁰⁶.

4. WELZEL recurrió a las ya mencionadas categorías del «desvalor de acción» y del «desvalor del resultado» para manifestar que, en su comprensión, a diferencia de la del positivismo-naturalista o del neokantismo –donde el injusto se explicaba en términos causales–, era imprescindible atender a una acción voluntaria para que sea posible establecer una relación entre el autor y el resultado. De esta manera, el injusto, al entenderse como un «juicio de desvalor», debía proyectarse sobre lo que poseen todos los delitos, esto es, sobre la acción. Por esto, el resultado –o, mejor dicho, su desvalor– dejó de ubicarse en el centro del injusto penal, cediéndole tal lugar al desvalor de la acción³⁰⁷. Estas reflexiones condujeron, precisamente, a la gestación del concepto de injusto personal (*personal Unrecht*), en cuyo seno se realizaba un examen de determinados elementos

³⁰⁶ WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, 5 ss. (=DP. PG., 1970, 16 ss.).

³⁰⁷ Es bastante frecuente la siguiente cita de WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, 62 (= DP. PG., 1970, 92): «La doctrina de la antijuridicidad como lesión causal de un bien jurídico, que rechazamos, tiene de todos modos el mérito de haber destacado la importancia del elemento del resultado (del bien jurídico). En la mayor parte de los delitos es esencial, sin duda, una lesión o peligro de un bien jurídico, pero sólo como momento parcial de la acción personalmente antijurídica, y nunca en el sentido de que la lesión del bien jurídico caracterice suficientemente lo injusto del hecho».

subjetivos entendidos como aspectos personales del autor (la concurrencia de dolo, imprudencia o error sobre los elementos del tipo) antes de llegar a la culpabilidad: «La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referido al autor, es injusto personal»³⁰⁸. Conforme a los lineamientos aquí planteados, que conducen necesariamente a sostener la idea de que el injusto penal queda determinado por una síntesis de aspectos objetivos y subjetivos, WELZEL afirmó que «La lesión del bien jurídico (el desvalor de resultado) tiene relevancia en el Derecho penal sólo dentro de una acción personalmente antijurídica (dentro del desvalor de acción). El desvalor personal de la acción es el desvalor general de todos los delitos en el Derecho penal. El desvalor de resultado (el bien jurídico lesionado o puesto en peligro) es un elemento carente de independencia en numerosos delitos (los delitos de resultado y peligro). El desvalor de resultado puede faltar en el caso concreto sin que desaparezca el desvalor de acción, por ejemplo, en la tentativa inidónea»³⁰⁹. De lo expuesto se desprende que, con la teoría del injusto personal, el finalismo logró superar el dualismo fenomenológico hasta el momento existente en el marco de las categorías dogmáticas de la antijuridicidad y la culpabilidad, esto es, la diferenciación entre elementos objetivo-externos y subjetivo-internos, proveniente del causalismo naturalista y del causalismo valorativo³¹⁰.

5. Los argumentos vertidos por WELZEL evidenciaron un virtual retorno a postulados afines a los de la teoría de los imperativos (MERKEL, BINDING, HOLD VON FERNECK)³¹¹. Como es bien sabido, la principal aportación sistemática del finalismo a la teoría del delito –el traslado del dolo al tipo– permitió considerar que las normas de valoración ya no eran necesarias para entender a la antijuridicidad como infracción del Derecho: si una norma de determinación tiene por objeto «motivar» al individuo a evitar una decisión incorrecta –y esta decisión se considera como parte esencial del injusto– se llegaría a la conclusión de que el injusto debería ser entendido como infracción de la norma de determinación. De esta manera, WELZEL no solo explicó que el ámbito de la normatividad jurídico-penal se

³⁰⁸ WELZEL, *Strafrecht*, 11ª ed., 1969, 62 (=DP. PG., 1970, 92).

³⁰⁹ WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, 62 (=DP. PG., 1970, 92).

³¹⁰ En el causalismo valorativo, sin embargo, hay que resaltar que ni la antijuridicidad era estrictamente objetiva ni la culpabilidad era puramente subjetiva: ya se habían introducido elementos subjetivos en la primera categoría y ya se habían afirmado elementos objetivo-normativos en la segunda.

³¹¹ En ese sentido, KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 132 (=Teoría de las normas, 1977, 175).

limitaba al recinto de la posible actividad final humana³¹², sino que también estableció que en la medida que la estructura final del actuar humano era necesaria para la constitución de las normas jurídico-penales, estas (las prohibiciones o los mandatos) no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino solo a acciones que tienen la capacidad de configurar finalmente el futuro; en buena cuenta, que las normas solo pueden mandar o prohibir una conducta final³¹³. Este sería el origen de una afirmación que sería labrada posteriormente por sus discípulos y que se erigiría desde ese momento como seña de identidad de los representantes de la escuela finalista: lo que desvaloran las normas jurídico-penales no son resultados, sino comportamientos³¹⁴.

6. En este punto debe quedar claro que WELZEL rechazó la separación entre norma de valoración y norma de determinación como construcciones referidas a las distintas partes – objetiva y subjetiva, respectivamente– del concepto de delito³¹⁵. En ese sentido, en el seno del finalismo se buscó superar tal distinción normológica, considerando que todo el hecho –objetivo y subjetivo– debía ser objeto de una valoración unitaria en el ámbito del injusto, categoría conceptual en la que, según WELZEL, al reflejar la «conducta antijurídica misma»³¹⁶, suponía una específica comprensión de la relación entre tipo y antijuridicidad. Precisamente, WELZEL delegó a la realización del tipo el estadio en el que

³¹² WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, 31 (=DP. PG., 1970, 51).

³¹³ WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, 37 (=DP. PG., 1970, 59).

³¹⁴ Es ampliamente conocido que esta idea constituye una de las más conocidas ideas de la aquí llamada «primera Escuela de Bonn», cuyos principales representantes son Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, 1954, 105 y ss. (=Teoría de las normas, 1977, 139 ss.) y ZIELINSKI, *Unrechtsbegriff*, 1973, 121 ss. (=Concepto de ilícito, 1990, 133 ss.) Al respecto, SANCINETTI, *Teoría del delito*, 1991, 62 ss., BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción*, 3.ª ed., 2005, 64. Sin embargo, hay que mencionar que en el propio seno del finalismo existieron voces discrepantes en lo referido al concepto de injusto (y sobre otras categorías). Así, por ejemplo, la posición de Armin KAUFMANN y ZIELINSKI (orientada a fundamentar el injusto únicamente en el desvalor de la acción) ha sido criticada por llevar a cabo una «reducción de los aspectos objetivos del hecho», como indica HIRSCH, ADPCP 2005, 14. Este autor, al parecer, manteniendo lo desarrollado por WELZEL, considera que es necesario mantener la parte objetiva del hecho. HIRSCH, ADPCP 2005, 14, no desconoce que es el propio WELZEL quien ha contribuido a la aparición de una orientación más subjetivista en el finalismo, al señalar este que en el Derecho penal «se impide el desvalor material o de resultado mediante la punición del desvalor de acto». Al respecto, WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, 2 (=DP. PG., 1970, 12). En todo caso, HIRSCH, ADPCP 2005, 15, contra la postura de Armin KAUFMANN y ZIELINSKI, sostiene que «una reducción del disvalor completo de acción al disvalor de intención no es propia del “finalismo”». Otro asunto sobre el que se reconocen tensiones en el propio ámbito del finalismo es el referido al del tratamiento del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Así, mientras WELZEL, HIRSCH, MAURACH/GÖSSEL siguieron la teoría estricta de la culpabilidad (tratamiento del mencionado error como error de prohibición), otros como STRATENWERTH se acercaron a la teoría de los negativos del tipo, que posee los mismos efectos que la teoría restringida de la culpabilidad (tratamiento del mencionado error como error de tipo). Al respecto, por todos, STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.ª ed., 2011, 9/157 ss.

³¹⁵ Al respecto, WELZEL, ZStaatsW 97, 1937, 382. Lo confirma KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 75, 83 (=Teoría de las normas, 1977, 99, 108).

³¹⁶ WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, 52 (=DP. PG., 1970, 78).

había de verificar la antinormatividad (*Normwidrigkeit*)³¹⁷, la misma que, para ser antijurídica, precisaba de la no concurrencia de alguna proposición permisiva, pues solo de esta manera sería posible confirmar la oposición del hecho típico (antinormativo) con el resto del ordenamiento jurídico. Con claridad lo expuso el propio WELZEL: «Dado que la realización típica es antinormativa, y puesto que la violación de una norma prohibitiva es antijurídica, salvo que opere una norma permisiva, se desprende que una acción es antijurídica si realiza plenamente el tipo de una norma prohibitiva, a menos que proceda aplicar una norma permisiva. Una vez comprobada la realización completa del tipo mediante una conducta, es posible establecer la antijuridicidad mediante un procedimiento exclusivamente negativo, es decir, a través de la comprobación de que no interviene ninguna norma permisiva (causal de justificación)»³¹⁸.

7. En definitiva, es posible señalar que el argumento normológico se encontraba presente en las formulaciones de WELZEL: las normas, como prohibiciones o mandatos, se vinculan al factor determinativo de la voluntad, por lo que tienen que prohibir u ordenar acciones finales. De esto se desprende lo siguiente: la ejecución de la acción es objeto del injusto y la toma de decisión de obrar contra el Derecho es objeto de la culpabilidad (estructuras lógico-objetivas de finalidad y libertad, respectivamente). El dolo, ubicado entonces dentro de la materia de la prohibición (en el tipo de injusto), y entendido como ejecución de la decisión de la acción (determinación del fin, elección de los medios adecuados para realizarlo, utilización de tales medios para alcanzar el fin propuesto), permitió afirmar que los inimputables pueden actuar antijurídicamente sin poder ser personalmente reprochables. Esta comprensión del dolo permitió a WELZEL afirmar que «también el enfermo mental puede ejecutar acciones dolosas absolutamente perfectas (siempre que no haya descendido por completo al estadio de los puros movimientos reflejos)»³¹⁹. Sin embargo, en la medida que el citado autor había admitido una concepción normológica claramente imperativista, quedaba un asunto pendiente: el problema del efecto obligatorio de la norma³²⁰.

³¹⁷ WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, 50 (=DP. PG., 1970, 76), donde dice: «El tipo es una figura conceptual que describe mediante conceptos formas posibles de conducta humana. La norma prohíbe la realización de estas formas de conducta. Si se realiza la conducta descrita conceptualmente en el tipo de una norma prohibitiva (así, por ejemplo, el dar muerte a un hombre), esta conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma. De ahí deriva «la antinormatividad» de la conducta».

³¹⁸ WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, 82 (=DP. PG., 1970, 119).

³¹⁹ WELZEL, *Abhandlungen*, 1975, 131.

³²⁰ Así lo explican también BACIGALUPO, RDPUC 1986, 69-70; SANCINETTI, *Teoría del delito*, 1991, 32.

2.11. Armin KAUFMANN.

1. La norma de valoración –como la comprendía el neokantismo–, al suponer un deber impersonal, no necesitaba ocuparse del efecto obligante de la norma y de sus condiciones. Sin embargo, al plantear el retorno a unos parámetros afines a la teoría de los imperativos, en las filas del finalismo se reconoció la necesidad de explicar la relación entre la infracción de la norma con la infracción de un deber, y, a la vez, se intentó justificar la necesidad de concebir al injusto como contrariedad a una norma imperativa, manteniendo a la vez la distinción categorial –defendida por la teoría final de la acción– entre injusto y culpabilidad. En esto consistió, pues, el punto de partida de Armin KAUFMANN, cuyos esfuerzos se orientaron a brindarle a la teoría del injusto personal una sólida base normológica.

2. Armin KAUFMANN sostuvo la idea de que la norma se dirige a todos³²¹. En ese sentido, el mencionado autor, si bien consideró formalmente correcta la solución que autores como THON y BIERLING plantearon al denominado «problema del destinatario», no se mostró conforme con la afirmación, defendida también por tales autores, de que todo destinatario de la norma es al mismo tiempo un obligado por ella³²². Conforme a esto, Armin KAUFMANN, partiendo de la distinción entre los obligados en abstracto y el obligado en concreto, se sirvió de la comprensión de BINDING referida a que solo el «capaz de acción» («*Handlungsfähig*») puede ser el concretamente obligado, esto es, que solo sobre el capaz de acción ha de recaer un deber personal. A pesar de este inicial acercamiento, Armin KAUFMANN pronto se distanció de BINDING, precisamente, en lo referido a los alcances de la «capacidad de acción»: mientras para BINDING la capacidad de acción suponía el conocimiento de la norma y la posibilidad de actuar conforme a la misma (lo que era una consecuencia de una incorrecta equiparación, según Armin KAUFMANN, entre norma y deber³²³), para Armin KAUFMANN la capacidad de acción se refería específicamente a

³²¹ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 132 (=Teoría de las normas, 1977, 175).

³²² KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 138 (=Teoría de las normas, 1977, 184).

³²³ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 109 (=Teoría de las normas, 1977, 145) criticó a la teoría de los imperativos en lo relacionado al ámbito de destinatarios de la norma (se produce una reducción en los destinatarios), pues equipara la norma con la obligación del individuo. En ese sentido, según explica KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 125, n. 122 (=Teoría de las normas, 1977, 166, n. 122) lo referido al destinatario de la norma no tiene nada que ver con la determinabilidad o motivabilidad mediante la norma en el caso concreto.

«aquel que bajo ciertas circunstancias concretas y en un determinado momento, puede ejecutar una acción determinada»³²⁴. Esto quiere decir que, para este último autor, el capaz de acción es aquel que, en la situación concreta, reúne todos los elementos psicofísicos para realizar el acto prohibido, por lo que capaz de acción podría serlo tanto el imputable como el inimputable³²⁵.

3. La comprensión normológica de Armin KAUFMANN da inicio con la idea de que toda norma, indiscutiblemente, presupone un juicio de valor. Esto quiere decir que en las normas se distinguen dos estadios valorativos ubicados en una secuencia escalonada: una primera valoración, de carácter positivo, y una segunda, de carácter negativo. Armin KAUFMANN estableció que la primera valoración era siempre positiva –valoración positiva que crea a los bienes jurídicos–, por lo que la valoración negativa presupone siempre una positiva que la precede, por más que ambas puedan coincidir en el tiempo³²⁶. En cuanto a la segunda valoración, el citado autor manifestó que todo aquello que afecta la situación jurídica valorada positivamente –esto es, todo acontecimiento que lesiona un bien jurídico– ingresa dentro de un juicio de valor negativo³²⁷. Como es evidente, Armin KAUFMANN se encargó de proponer una distinción entre «norma» («*Norm*») y «juicio de valor» («*Werturteil*»), que a su vez condujo a afirmar que la producción de un resultado desvalorado por el segundo estadio antes mencionado, ya sea que se produzca por cualquier acontecimiento de la naturaleza, provoca no solo un desvalor para el orden jurídico sino que lo perturba positivamente³²⁸ –desvalor que Armin KAUFMANN relaciona con los términos «contrariedad al ordenamiento jurídico» («*Rechtsordnungswidrigkeit*») y «desvalor del estado de cosas» («*Sachverhaltsunwert*»), propuestos por BINDING y WELZEL, respectivamente–; pero, dentro de todos estos acontecimientos (desvalorados, como se dijo, por este segundo nivel de valoración) debían destacarse a las conductas humanas, pues lo que se valora no es la causalidad entendida como «acontecimiento» o «suceso», sino la composición teleológica de la intencionalidad del hombre: la finalidad

³²⁴ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 139 (=Teoría de las normas, 1977, 185).

³²⁵ Estas consideraciones permitieron a Armin KAUFMANN fundamentar no solo el traslado del dolo de la culpabilidad al injusto, sino también la posibilidad de justificar el mantenimiento de la distinción estructural entre injusto y culpabilidad, ubicándose el dolo en el primero y el conocimiento de la antijuridicidad en el segundo. En un capítulo posterior me encargaré de analizar con profundidad y de manera crítica los alcances de la concepción de Armin KAUFMANN, que resulta relevante para esta investigación en la medida que aquella concepción representa en buena cuenta la adoptada en la actualidad por la doctrina mayoritaria.

³²⁶ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 69 (=Teoría de las normas, 1977, 90).

³²⁷ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 70 (=Teoría de las normas, 1977, 91).

³²⁸ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 70 (=Teoría de las normas, 1977, 92).

hace que el «acontecimiento» sea susceptible de imputación a una persona³²⁹. De aquí no solo es posible extraer que Armin KAUFMANN reconoció, en realidad, tres escalones valorativos –siendo el referido a la acción el último de ellos–, sino también que, aunque siempre sea necesario recurrir al bien jurídico –como resultado de la valoración originaria–, lo relevante en todo caso particular será únicamente el desvalor del acto y no la causalidad. En ese sentido, el criterio de valoración es la referencia de todos los actos a un bien jurídico; al contrario, no siempre es el caso que una acción valorada por el Derecho esté referida a la manera como esta acción afecta a un bien jurídico³³⁰.

4. A partir de todo lo expuesto, es posible entender el «cambio fundamental» del que habló Armin KAUFMANN en lo relacionado a la norma: con respecto al legislador, el paso de la pasividad a la actividad, de la valoración a la orden, en la forma de pensamiento, el cambio del juicio de valor al juicio de deber ser³³¹. Aquí pues, se consolida el concepto de «norma» planteado, como se señaló líneas arriba, por Armin KAUFMANN como momento posterior a la valoración. Si es que lo único que puede prohibir determinadas conductas (por su nocividad) u ordenar la realización de otras (por su indispensabilidad) es la norma, se introduce en ella la idea de finalidad, esto es, se destaca no solo el fin de orientar conductas, sino también de impedir que se concreten resultados desvalorados. De esta manera, a pesar de que el valor del acto es el motivo y fin próximos de la norma, el juicio de valor sobre el acto se basa, a su vez, en el reconocimiento previo del bien jurídico. Por tanto, la realización del valor del acto o el impedir el desvalor del acto no son fines en sí mismos sino medios para la conservación o creación de los bienes jurídicos³³². Siendo esto así, Armin KAUFMANN –coincidiendo con BINDING y WELZEL–, afirmó que el cumplimiento de la norma significa la creación del objeto de un juicio de valor positivo o la no creación del objeto de un juicio de valor negativo, de lo cual era posible obtener la siguiente proposición: el objeto de la norma es idéntico con el objeto del correspondiente juicio de valor³³³. En definitiva, los argumentos de Armin KAUFMANN pueden condensarse en estos tres puntos que el propio autor expresó en su investigación: «1. A toda norma

³²⁹ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 71 (=Teoría de las normas, 1977, 93).

³³⁰ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 72 (=Teoría de las normas, 1977, 95).

³³¹ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 74 (=Teoría de las normas, 1977, 97).

³³² KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 74 (=Teoría de las normas, 1977, 97).

³³³ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 75 (=Teoría de las normas, 1977, 99).

precede un juicio de valor. 2. Este juicio de valor y la norma tienen el mismo objeto. 3. Las normas están constituidas por juicios de valor acerca de actos»³³⁴.

5. Profundizando sobre la categoría denominada «capacidad de acción», Armin KAUFMANN admitió que la finalidad de la norma radicaba en que pueda llegar a ser tomada como motivo de actuación por los individuos, por lo que, consecuentemente, el hombre sería el único obligado por la norma (esto es, el portador del deber³³⁵): solo lo que está dentro de las capacidades del hombre puede estar contenido dentro del deber jurídico³³⁶. Ese «poder cumplir» con la norma, según Armin KAUFMANN, está relacionado con la capacidad de hacer u omitir lo que ella manda o prohíbe: «Omitir algo solo es posible mediante la inhibición de una decisión de realizar una acción determinada o renunciando a una decisión ya tomada de realizar una acción. La prohibición no puede ir, por tanto, más allá, no puede prohibir más de lo que es posible a una acción final»³³⁷. En ese sentido, siguiendo a WELZEL, Armin KAUFMANN señaló que lo único que la norma podía exigir o esperar se encuentra en relación con el hecho de poder disponer de una posibilidad causal en el futuro, esto es, de la voluntad. Por ello, solo las acciones voluntarias pueden ser comportamientos a los cuales se vinculan los deberes del orden de protección³³⁸. Este razonamiento conduce a afirmar que el único objeto posible de una prohibición es una acción voluntaria (que se encuentra en manos del propio sujeto y que este puede dirigir finalmente)³³⁹.

6. Armin KAUFMANN afirmó que los juicios de valor sobre los que se constituyen las normas requieren únicamente de actos o, más específicamente, de la mera capacidad de acción. Mediante esta afirmación se proclamó la no necesidad de verificar que el autor pueda motivarse por la norma, pues independientemente de ello, un individuo puede tener capacidad de acción. Esto permitió a Armin KAUFMANN arribar a dos conclusiones importantes: primero, que era posible mantener la distinción entre injusto y culpabilidad superando el «argumento del destinatario», propuesto por los defensores de las concepciones afines a la teoría de los imperativos –MERKEL, BINDING, HOLD VON

³³⁴ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 77 (=Teoría de las normas, 1977, 101).

³³⁵ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 105 (=Teoría de las normas, 1977, 140).

³³⁶ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 105 (=Teoría de las normas, 1977, 140).

³³⁷ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 106 (=Teoría de las normas, 1977, 141).

³³⁸ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 106 (=Teoría de las normas, 1977, 140).

³³⁹ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 106 (=Teoría de las normas, 1977, 141).

FERNECK—; y, segundo, que la norma, al dirigirse a todos, posee un carácter abstracto³⁴⁰. Sobre este último aspecto, sin embargo, Armin KAUFMANN se encargó de destacar un asunto fundamental: que la norma tenga un carácter abstracto no debía llevar a pensar que todo destinatario resulta a la vez estar obligado por la norma (es decir, que sea sujeto del deber jurídico), ya que la expresión «deber» alude a los deberes concretos, esto es, a los deberes altamente personales que consisten en poner en marcha la propia capacidad de acción³⁴¹. La norma deberá, entonces, concretarse antes de la actuación del sujeto³⁴²: el individuo debe estar en condiciones psicofísicas necesarias de poder realizar el acto prohibido, pues solo esto determinaría la capacidad de acción y la norma se concreta en deber sólo para los capaces de acción³⁴³.

7. De lo expuesto es posible observar cómo Armin KAUFMANN propuso distinguir entre los destinatarios de la norma (todos los ciudadanos) y aquellos a los cuales la norma se concreta en deber (capaces de acción). Si se trata de una norma general, la norma se concretará en deber sólo en relación con un capaz de acción. Terminológicamente, no hay diferencia alguna con BINDING: para él también sólo podía ser obligado por la norma un capaz de acción. Pero la capacidad de acción esbozada por Armin KAUFMANN no era la misma que la sostenida por BINDING: mientras que para este se trataba fundamentalmente del conocimiento del deber (sólo sería capaz de cumplir con el deber quien tenía conocimiento de este), para aquel el capaz de acción era quien bajo circunstancias concretas y en un determinado momento, puede ejecutar una acción determinada³⁴⁴. De esta manera, partiendo de la teoría final de la acción desarrollada por WELZEL, Armin KAUFMANN afirmó que la capacidad de acción del individuo no se derivaba del conocimiento del deber (o de la posibilidad de conocer el deber), sino de la capacidad del

³⁴⁰ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 124 (=Teoría de las normas, 1977, 165).

³⁴¹ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 170 (=Teoría de las normas, 1977, 185).

³⁴² Ante la pregunta de cuándo un hombre es capaz de realizar una acción determinada, Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, 1954, 140 ss. (=Teoría de las normas, 1977, 186 ss.) reconoció tres momentos: 1. El sujeto debe conocer las circunstancias que determinan el objetivo de la norma (sin que tal conocimiento incluye el referido a la validez de la misma), esto es, las circunstancias ya existentes del hecho; 2. El sujeto debe encontrarse en condiciones de calcular (sobre la base de sus conocimientos de las circunstancias fácticas ya existentes y de su saber causal en general) el curso de la acción prohibida; y, 3. El sujeto debe estar en condiciones de poder realizar, según su capacidad psíquica y física, la decisión tomada de ejecutar una determinada acción. Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, 1954, 141 (=Teoría de las normas, 1977, 188) afirmó: «Si se dan estos tres presupuestos, el sujeto es capaz de realizar el acto concreto. Bajo estas condiciones, surge para él —como se explicó más arriba— el deber de omitir la realización de este acto concreto».

³⁴³ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 170 (=Teoría de las normas, 1977, 185).

³⁴⁴ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 140, 143 (=Teoría de las normas, 1977, 186, 190).

autor para proponerse un fin, elegir los medios para alcanzarlo y de ejecutar los actos que conducen al mismo³⁴⁵.

2.12. ROXIN.

1. Durante el desarrollo de la ciencia del Derecho penal del siglo XX es imposible no destacar dos momentos significativos: primero, los argumentos que ROXIN desarrollo contra los alcances de la teoría final de la acción³⁴⁶ y, segundo, la aparición de su obra fundamental «*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*» de 1970³⁴⁷. Esta última puede entenderse como el punto de partida del sistema teleológico-valorativo (enlazado con la dogmática basada en la filosofía neokantiana de la escuela sudoccidental alemana), que ha nutrido la dogmática jurídico-penal hasta el día de hoy. Como queda sobradamente claro en este momento de la investigación, aquí pretendo limitarme únicamente a la comprensión que ROXIN posee en lo relacionado a la teoría de las normas. Pues bien, sobre este asunto, el mencionado autor parece admitir la estrecha relación entre el argumento normológico y el concepto de injusto penal, aunque también manifiesta la relación entre aquel argumento y la separación entre las categorías dogmáticas del injusto y la culpabilidad. En ese marco, ROXIN no desconoce que el núcleo de la polémica descrita radique en la cuestión de «qué contenido tiene la norma penal y a quién se dirige»³⁴⁸. A pesar de esta aproximación inicial, se podría sostener que la orientación asumida por ROXIN desde los años setenta permitiría pensar que, en su pensamiento, la teoría de las normas ha perdido importancia en favor de la idea del Derecho penal como mecanismo subsidiario de protección de bienes jurídicos, lo que se refleja en el mayor relieve que le otorga este autor al significado de la antijuridicidad material³⁴⁹. No obstante, ROXIN no solo ha admitido, con la doctrina jurídico-penal mayoritaria, que la antijuridicidad formal se sostiene sobre la idea de la

³⁴⁵ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 157 (=Teoría de las normas, 1977, 208).

³⁴⁶ Al respecto, ROXIN, *Offene Tatbestände*, 2.ª ed., 1970, 1 ss. (=Tipo penal, 1979, 3 ss.), ZStW 74 (1962), 515 ss. (=Problemas básicos, 1976, 84 ss.).

³⁴⁷ ROXIN, *Kriminalpolitik*, 2.ª ed., 1973, 1 ss.

³⁴⁸ ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 10/90.

³⁴⁹ ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 7/35, 14/6 (donde señala que la importancia práctica de la antijuridicidad material es triple: «permite realizar graduaciones del injusto y aprovecharlas dogmáticamente, proporciona medios auxiliares de interpretación para la teoría del tipo y del error y para solucionar otros problemas dogmáticos, y hace posible formular los principios en los que se basan las causas de exclusión del injusto y determinar su alcance»). Por este motivo, MIR PUIG, GA 2006, 334, ha sostenido que ROXIN le prestó poca atención a la teoría de las normas.

infracción de un mandato o una prohibición³⁵⁰, sino que también ha recurrido a la idea de la norma imperativa para delinear los alcances de una de sus más importantes e influyentes contribuciones en la teoría del delito: la teoría de la imputación objetiva³⁵¹.

2. ROXIN señala que la concepción hoy dominante entiende que en la base del injusto se encuentran tanto una norma de determinación como una norma de valoración. Así, el referido autor afirma que la norma sobre la cual se basa el injusto penal es una norma de determinación, «que se dirige a la voluntad humana y le dice al individuo lo que debe hacer y dejar de hacer»³⁵². Esta norma de determinación, según ROXIN –y a diferencia de lo que él califica como «la vieja teoría subjetiva de la antijuridicidad»³⁵³– «se dirige por igual a capaces e incapaces de culpabilidad (niños, jóvenes, enfermos mentales), y que por lo demás tampoco tiene que ser conocida por el individuo, sino que sólo es preciso que sea objetivamente reconocible»³⁵⁴. ROXIN señala que esta afirmación se justifica en la idea de que «también los inimputables se pueden motivar por regla general por la norma jurídica (por ejemplo, incluso a los niños se les dan constantemente órdenes, que la mayoría de las veces obedecen), y en que una infracción de aquella por los inimputables acarreará, no una pena, pero sí otras consecuencias jurídico-penalmente relevantes (la imposición de una medida de seguridad, derecho a la legítima defensa del agredido)»³⁵⁵. Junto a la norma de determinación, se encuentra también en la base del injusto una norma de valoración, «en cuanto que la realización antijurídica del tipo se desaprueba por el Derecho como algo que no debe ser»³⁵⁶. El sostenimiento de la categoría dogmática del injusto sobre la base de la norma de valoración y la norma de determinación constituye la opinión actualmente dominante, derivándose de esta comprensión una configuración bipartita del injusto: «mientras que la infracción contra la norma de determinación fundamenta el desvalor de la acción y se agota en el mismo, la norma de valoración también abarca adicionalmente el resultado, de tal modo que el delito consumado supone un injusto más grave que la mera tentativa»³⁵⁷. En ese sentido, la distinción planteada originariamente por MEZGER es

³⁵⁰ ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 14/4.

³⁵¹ De esa misma opinión, MIR PUIG, GA 2006, 334.

³⁵² ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 10/93.

³⁵³ Refiriéndose, como puede preverse, a las concepciones de autores como MERKEL, BINDING (en su primera etapa) y HOLD VON FERNECK.

³⁵⁴ ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 10/93.

³⁵⁵ ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 10/93.

³⁵⁶ ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 10/93.

³⁵⁷ ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 10/93.

retomada, pero ya no como criterio para diferenciar entre injusto y culpabilidad, sino como elementos a analizar en el ámbito del propio injusto penal de cara a fundamentar su estructuración bipartita (desvalor de acción y desvalor del resultado).

3. Otro ámbito en el que se percibe la importancia del concepto de norma en el pensamiento de ROXIN es el que alude a la relación entre el tipo y la antijuridicidad³⁵⁸. En cuanto a la primera de estas categorías, ROXIN entiende que los tipos «reúnen las circunstancias que fundamentan el contenido de merecimiento de pena de la correspondiente clase de delito (...) A modo de tablas prohibitivas abstractas y formuladas para general conocimiento, dibujan las figuras de conductas penales de modo general y tienen una función preventivo general al influir en la conciencia jurídica general y actuar en su caso intimidando»³⁵⁹. De esta manera, ROXIN parece afirmar que el tipo presupone una norma general, cuya infracción ha de afirmarse al verificar la realización del tipo. Sin embargo, en caso de que concurra una causa de justificación, se podrá sostener que, de manera excepcional, la realización del tipo estaba permitida. Así, se tiene que, en el pensamiento de ROXIN, la realización del tipo amparada por una causa de justificación no implica ya la infracción de una norma. La concurrencia de una causa de justificación permite entender que el hecho típico (que de manera general está prohibido), excepcionalmente no está prohibido. ROXIN lo explicó de esta manera: «La acción típica ha de ser antijurídica, o sea prohibida (...) Por regla general lo será ya con la tipicidad, puesto que el legislador sólo incorporará una acción a un tipo cuando la misma usualmente deba estar prohibida. Pero ese indicio puede ser contradicho, ya que una conducta típica no es

³⁵⁸ ROXIN, *Kriminalpolitik*, 2.ª ed., 1973, 25, n. 56, reconoce que, debido a algunos casos en los que «norma y precepto permisivo no pueden «repartirse» limpiamente por separado en el tipo y en la antijuridicidad», resulta aconsejable acercarse al planteamiento del tipo total de injusto, en donde las categorías del tipo y la antijuridicidad se encuentran reunidas. Sin embargo, parecen haber ciertas dudas acerca de si es posible, por un lado, mantener la comprensión del tipo y la antijuridicidad en los términos propuestos por ROXIN en *Kriminalpolitik* (el tipo desde una perspectiva estrictamente formal como expresión del principio político-criminal de legalidad y las causas de justificación consideradas no desde un punto de vista necesariamente jurídico-penal sino jurídico-general) y, por otro, recurrir a la teoría del tipo total de injusto como alternativa ante las situaciones problemáticas. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 635, señala que esta dirección (en la mencionada comprensión del tipo y la antijuridicidad) adoptada por ROXIN, le permite eludir «a la hora de expresar su concepción del sistema, un planteamiento en términos polémicos sobre este punto». Al respecto, la crítica planteada por GÜNTHER, H. L., en: ESER/FLETCHER, *Rechtfertigung*, t. I, 1987, 391, donde señala que «Si el mandato o la prohibición y el precepto permisivo no pueden separarse limpiamente, los elementos de la permisión no podrían limitar la fundamentación del injusto, sino que, por el contrario, tales elementos normativos (limitadores) podrían también ampliar el ámbito de la exclusión del injusto».

³⁵⁹ ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 10/20.

antijurídica si en el caso concreto concurre una causa de justificación (...) Ante una acción típica y antijurídica se habla de injusto penal (...)»³⁶⁰.

4. Los lineamientos antes mencionados, que expresan a grandes rasgos la concepción normológica de ROXIN conducen a entender que, para este autor, pueden existir dos significados distintos de la palabra «norma»: un significado abstracto y un significado concreto³⁶¹. Al tipo subyace una norma abstracta válida por regla general (a manera de una «tabla prohibitiva abstracta», según ROXIN³⁶²), siendo una excepción a tal validez general la concurrencia de una causa de justificación en un caso concreto. En ese sentido, si en el caso concreto, el hecho típico no está justificado, tal realización típica supondrá ya la infracción de una norma de mandato o de prohibición (como antes se dijo, ROXIN reconoció que por regla general la acción típica es ya antijurídica). Los argumentos expuestos por ROXIN evidencian un importante alejamiento con la posición defendida por WELZEL y Armin KAUFMANN en cuanto a la relación entre tipo y antijuridicidad desde una perspectiva normológica. En efecto, mientras que para ROXIN el hecho típico pero justificado no supone la infracción de ninguna norma, para WELZEL y Armin KAUFMANN la realización del tipo describía ya su antinormatividad, la que, al ser confrontada con una norma permisiva (una causa de justificación), hacía del hecho típico uno no contrario al ordenamiento jurídico en su conjunto. Para estos últimos autores, como se expuso en líneas precedentes, la concurrencia de una causa de justificación hace que la norma (general y abstracta, dirigida a todos) no se concrete en deber. ROXIN no adoptó la distinción entre normas y deber formulada por WELZEL y Armin KAUFMANN, aunque, hasta donde alcanzo a entender, tampoco profundizó en una explicación como la desarrollada por los mencionados representantes del finalismo. En definitiva –aunque vuelva a incidir sobre estos asuntos de manera más exhaustiva y, sobre todo, crítica, en algún capítulo posterior– es posible afirmar que tanto ROXIN como WELZEL y Armin KAUFMANN entendieron que el hecho típico pero justificado resultaba un hecho amparado por el ordenamiento jurídico (el tipo penal presupone una norma general, a no ser que exista una causa de justificación que permita de manera excepcional la realización del tipo). La diferencia entre los autores

³⁶⁰ ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 7/6.

³⁶¹ Así, por ejemplo, MIR PUIG, GA 2006, 335.

³⁶² Así, ya en ROXIN, *FS-Henkel*, 1974, 182 (= *Problemas actuales*, 1976, 210), señalaba este autor que «Mientras el tipo establece las tablas legales (es decir, prohibiciones fundamentales a modo de anuncio) para todos los ciudadanos a efectos de prevención general (...) la antijuridicidad designa la conducta correcta en casos de conflicto (...)».

mencionados se percibe si se consideran sus respectivas comprensiones normológicas: para ROXIN un hecho típico pero justificado no supone la infracción de ninguna norma general, mientras que para WELZEL y Armin KAUFMANN el hecho típico pero justificado supone la existencia de un hecho antinormativo (infracción de la norma subyacente al tipo) pero no antijurídico. Mientras Armin KAUFMANN sostuvo que la verificación de un hecho típico pero justificado no excluye su antinormatividad, ROXIN entiende que un hecho justificado no podría estar precedido por la infracción de una norma, pues desde el inicio el hecho no podrá ser tal³⁶³. Esto quiere decir, evidentemente, que, si bien la realización del tipo determina la antijuridicidad (la realización del tipo expresa un juicio provisional de injusto, pues, según ROXIN, el tipo es *ratio essendi* y no *ratio cognoscendi* del injusto³⁶⁴), y esta de manera excepcional no sucede, entonces la realización del tipo, desde la perspectiva de ROXIN, sería un juicio provisional de antinormatividad³⁶⁵, esto es, que con la sola realización del tipo no se ha infringido una norma, sino que para que esto suceda, habrá que desvirtuar la concurrencia (excepcional) de una causa de justificación (el tipo es elemento necesario pero no suficiente para la contrariedad a la norma). Un hecho típico pero justificado, para ROXIN, no infringe ninguna norma. Para que esto suceda, esto es, para poder señalar que se infringe un mandato o una prohibición, el hecho debe ser formalmente antijurídico³⁶⁶, esto es, no debe concurrir causa de justificación alguna (pues en caso de que esto suceda –concurra en el hecho una legítima defensa, por ejemplo–, se excluye la antijuridicidad tanto formal como material)³⁶⁷.

5. Ahora bien, al margen de la relación entre las categorías del tipo y la antijuridicidad (ámbito en el que, hasta donde entiendo, se percibe con mayor claridad la percepción normológica de ROXIN, quien, sin embargo, no parece profundizar una distinción entre norma y deber como la desarrollada por Armin KAUFMANN), ROXIN construye las categorías del injusto y la culpabilidad desde una perspectiva teleológico-funcional,

³⁶³ Se puede no obstante sostener de manera lógica que el hecho en general está prohibido, pero excepcionalmente puede no estar prohibido.

³⁶⁴ ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 10/12.

³⁶⁵ Si no obstante se presupone que la tipicidad hace posible un juicio provisional del injusto, entonces sería también coherente asumir que la tipicidad permite también un juicio provisional de antinormatividad (contrariedad a la norma). Y si el «juicio provisional del injusto» significa que en general la realización del tipo determina la antijuridicidad, y esto solo excepcionalmente no sucede, entonces un juicio provisional de antinormatividad no significa la afirmación de una infracción definitiva de la norma, sino solo que esto sucede generalmente, a menos que excepcionalmente concurra una causa de justificación.

³⁶⁶ ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 14/4.

³⁶⁷ ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 14/10.

señalando que mientras la primera de las mencionadas se edifica sobre el fin del Derecho penal, la segunda se construye sobre consideraciones preventivas (generales y especiales) de la imposición individual de la pena³⁶⁸. El injusto penal, según ROXIN, radica entonces en la afectación (lesión o puesta en peligro) del bien jurídico. El referido autor indica que, si el Derecho penal quiere proteger bienes jurídicos frente a afectaciones humanas, esto será posible solamente a través de la prohibición de la creación de riesgos no permitidos para la existencia de bienes jurídicos y mediante la calificación como injusto penal de la realización antijurídica de aquellos riesgos en forma de una afectación de un bien jurídico³⁶⁹. ROXIN, en aras de la superación de lo ontológico –causalidad y finalidad–, propone una concepción normativa para el entendimiento del injusto: afectación del bien jurídico a través de la realización de un riesgo no permitido³⁷⁰. Es claro entonces que ROXIN parte de una innegable vinculación entre la teoría de la imputación objetiva (que determina el ámbito de la prohibición penal a través de la ponderación de los intereses de protección y los intereses de libertad) y el principio de protección de bienes jurídicos para la configuración del injusto penal³⁷¹. Como se deduce de lo expuesto, para ROXIN la estructura del injusto penal no se deriva de fundamentos ontológicos, sino del fin del Derecho penal (protección subsidiaria de bienes jurídicos), lo cual brinda al injusto penal una nueva dimensión en su configuración³⁷².

2.13. JAKOBS.

1. JAKOBS, cuyo pensamiento ha sido denominado como «funcionalismo jurídico-penal»³⁷³ o «funcionalismo-normativista»³⁷⁴, ha planteado una serie de cuestiones de gran trascendencia en el Derecho penal³⁷⁵. JAKOBS edificó su método sobre los planteamientos

³⁶⁸ Como es ampliamente conocido, ROXIN recurre a la categoría de la responsabilidad, en la que se encuentra no solo la culpabilidad, sino también la necesidad preventiva de sanción. Al respecto, ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 19/1 ss.; InDret 4/2012, 11.

³⁶⁹ ROXIN, ZStW 116 (2004), 124.

³⁷⁰ ROXIN, ZStW 116 (2004), 125.

³⁷¹ ROXIN, ZStW 116 (2004), 127.

³⁷² Mayores reflexiones sobre estas ideas serán abordadas en los capítulos posteriores.

³⁷³ Así, el propio JAKOBS, ZStW 107, 1995, 843 (=Sociedad, 1996, 15), quien considera que su concepción es funcionalista en la medida que en ella la prestación del Derecho consiste en garantizar la identidad normativa de la sociedad.

³⁷⁴ Por todos, PEÑARANDA RAMOS, Doxa 23, 2000, 290. La concepción ha sido catalogada también, en sentido crítico por SCHÜNEMANN, ADPCP 1996, 187 ss., como «normativismo sin base empírica» o, mejor, «normativismo libre de empirismo» («*empiriefreien Normativismus*»).

³⁷⁵ Siguen los planteamientos de JAKOBS, entre otros, LESCH, JA 1994, 510 ss., 586 ss.; *Verbrechensbegriff*, 1999, 2 ss., 75 ss.; MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, 1994, 149 ss., 173 ss. Destacan la importancia de la teoría de

de LUHMANN –influencia que el mencionado autor nunca ha negado pero que, al mismo tiempo, es menor de lo que normalmente se piensa³⁷⁶–, aunque la mayor y más significativa influencia proviene de HEGEL³⁷⁷. En este lugar, más que ofrecer una profunda exposición general de su pensamiento³⁷⁸, me limitaré a destacar los aspectos que a mi juicio resultan más relevantes sobre el concepto de norma en su construcción jurídica (esto, evidentemente, sin perjuicio de mencionar otros aspectos del pensamiento de este autor y sus discípulos a lo largo de la investigación). Al respecto, si bien JAKOBS demuestra una importante evolución en su pensamiento (concretamente, en lo relacionado a su teoría de la pena y a su teoría de las normas), la comprensión del delito como «quebrantamiento de la norma» y de la pena como «reestabilización» de la vigencia de la norma quebrantada por el delito se ha mantenido constante desde sus inicios³⁷⁹. Precisamente, tal forma de entender al delito lo condujo a sostener consecuentemente que el Derecho penal no posee la función de proteger bienes jurídicos, sino que tal función consiste en confirmar la vigencia de la norma³⁸⁰.

la pena de JAKOBS para la estimulación de nuevos debates en la doctrina penal, CANCIO MELIÁ/FEIJÓO SÁNCHEZ, *Estudio preliminar*, en: JAKOBS, *Pena estatal*, 2006, 17 ss.

³⁷⁶ JAKOBS, ZStW 107 (1995), 843 ss. (=Sociedad, 1996, 15 ss.).

³⁷⁷ Destacan la creciente aproximación de JAKOBS a los postulados de HEGEL, GARCÍA AMADO, *Doxa* 23, 2000, 248; ALCÁCER GIRAO, *Lesión*, 2003, 55; SCHÜNEMANN, *InDret* 1/2008, 13; PORCIÚNCULA, *Tipo penal*, 2014, 177.

³⁷⁸ Esta es una cuestión que, al desbordar los contornos de esta investigación, no puedo llevar a cabo. Sobre el pensamiento de JAKOBS existen una serie de importantes trabajos que desarrollan con profundidad los alcances del pensamiento del autor. Así, por todos, PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Consideraciones*, en: JAKOBS, *Estudios*, 1997, 17 ss.; GARCÍA AMADO, *Doxa* 23, 2000, 233 ss.; PEÑARANDA RAMOS, *Doxa* 23, 2000, 289 ss.; POLAINO ORTS, *LH-Jakobs*, t. II, 2003, 61 ss. La concepción de JAKOBS ha sido también objeto de varias críticas. Al respecto, SCHÜNEMANN, *FS-Roxin*, 2001, 1 ss.; ZStW 126 (2014), 1 ss.; PUPPE, *FS-Grunwald*, 1999, 469 ss.; HÖRNLE, en: HEFENDEHL (Ed.), *Fundamente*, 2005, 106 ss.; SACHER, ZStW 118 (2006), 574 ss.; STRATENWERTH, *FS-Jakobs*, 2007, 663 ss.; SCHNEIDER, H., *Normanerkennung*, 2004, 84 ss., 143 ss.; GRECO, GA 2009, 624-643.

³⁷⁹ Como señalan CANCIO MELIÁ/FEIJÓO SÁNCHEZ, *Estudio preliminar*, en: JAKOBS, *Pena estatal*, 2006, 18, un elemento constante en todas las aportaciones de JAKOBS (desde las iniciales a las más actuales) consiste en la idea de que «la teoría de la pena debe describir la función de la pena en un sistema social dado». En ese sentido, si en la norma se depositan las expectativas sociales (las normas configuran la identidad de la sociedad), entonces la función de la pena consistirá en la estabilización de la norma infringida (por el delito).

³⁸⁰ Este sería precisamente el punto de partida de la dogmática penal funcional: el Derecho penal debe estabilizar expectativas de conducta o, dicho de otro modo, la pena es el resarcimiento (*Wiedergutmachung*) de un daño a la validez de la norma. Al respecto, por todos, JAKOBS, *AT*, 2.^a ed., 1991, 1/11; 2/2 ss. (=DP.PG., 1997, 1/11, 2/2 ss.). Al respecto, ALCÁCER GIRAO, *Lesión*, 2003, 21: «(...) en la actualidad un cualificado sector doctrinal, postulando como alternativa una noción material de delito como «quebrantamiento de la vigencia de la norma». Ello trae causa, como ya mencioné, en la distinta concepción del cometido del Derecho penal, que no consiste ya en la protección de bienes, sino en la protección de la vigencia del ordenamiento; por ello, lo relevante para el delito no habrá de ser en sí misma la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, sino las repercusiones negativas de la conducta para la vigencia de la norma». La protección de la vigencia de la norma, por tanto, ha sido entendido como un «Meta-bien jurídico» («*Meta-Rechtsgut*»). Al respecto, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 20, 30; RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, 51, n. 3.

2. Antes se mencionó que el pensamiento de JAKOBS, en cuanto a su teoría de la pena y su teoría de las normas, habría sufrido una evolución que vale la pena destacar³⁸¹. En su primera etapa (originada en su obra «*Schuld und Prävention*» de 1976³⁸²), se reconoce en JAKOBS una clara influencia de LUHMANN, esencialmente, a partir de la distinción conceptual entre expectativas cognitivas y expectativas normativas³⁸³. A partir de esta clasificación, que le permitió distinguir entre defraudaciones que se estabilizan contrafácticamente (expectativas normativas) y defraudaciones que obligan a una mera adaptación a la realidad (expectativas cognitivas), pudo entender a la pena (un «instrumento de procesamiento de decepciones», en términos de LUHMANN³⁸⁴) precisamente, como mecanismo para estabilizar la vigencia de las expectativas normativas, esto es, como medio para incrementar las posibilidades de que la generalidad entienda al comportamiento desviado como una alternativa inaceptable³⁸⁵. La pena sería entonces para JAKOBS, en esta primera etapa, ejercicio de fidelidad al Derecho³⁸⁶, lo que demostraría que la pena era concebida desde la perspectiva de la teoría de la prevención general positiva³⁸⁷. En efecto, en su *Tratado*, el mencionado autor señaló que la pena desempeña una triple función que puede ser resumida bajo el concepto de «ejercicio en el reconocimiento de la norma» (prevención general positiva, no solo intimidatoria): el ejercicio en la confianza hacia la norma (pues destinatarios de la norma son todos, ya que nadie puede permanecer

³⁸¹ También reconocen la existencia de una evolución en el pensamiento de JAKOBS, CANCIO MELIÁ/FEIJÓO SÁNCHEZ, *Estudio preliminar*, en: JAKOBS, *Pena estatal*, 2006, 18; SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, 4/2006, 4; ROXIN, *InDret*, 4/2012, 17; PORCIÚNCULA, *Tipo penal*, 2014, 181 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Pena*, 2014, 234 ss.; GRECO, *Teoría de la pena*, 2015, 278.

³⁸² JAKOBS, *Estudios*, 1997, 73 ss.

³⁸³ Lo cual, a su vez, tiene su origen en el reconocimiento de que todo orden social se sostiene en la existencia de expectativas de comportamiento más o menos estables. Al respecto, JAKOBS, *Estudios*, 1997, 78 ss.

³⁸⁴ LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 3.ª ed., 1987, 53, 60.

³⁸⁵ JAKOBS, *Estudios*, 1997, 79. Este asunto se mantiene inamovible desde los primeros trabajos de JAKOBS. Así, este autor siempre ha considerado que el Derecho es un sistema de comunicaciones que se ocupa de la función de estabilización de expectativas normativas, estando estas expectativas protegidas por sanciones (en este caso, la pena).

³⁸⁶ JAKOBS, *Estudios*, 1997, 79.

³⁸⁷ Diversos autores en la literatura jurídico-penal reconocen que, en esta primera etapa, la concepción de la pena en JAKOBS puede ser entendida como una manifestación de la denominada «prevención general positiva». Así, por todos, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, 1990, 253; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 480; BACIGALUPO, *Teoría*, t. I, 2009, 279. Esta fue la posición original en JAKOBS, la que modificó posteriormente al considerar que el mantenimiento o fortalecimiento de la fidelidad al Derecho queda relegado al mismo plano que cualquier efecto propio de la prevención general negativa o especial. LESCH, *JA* 1994, 598 ss.; *Verbrechensbegriff*, 1999, 75 ss., señaló que la denominación «prevención general positiva» no resultaba la más adecuada para caracterizar la comprensión de su maestro, prefiriendo la de «teoría funcional de la retribución» («*funktionale Vergeltungstheorie*»), que, desde su punto de vista, oscila entre una fundamentación absoluta y otra relativa de la pena. Es absoluta pues se castiga «*quia peccatum est*» y no «*ne peccetur*». Es relativa pues esta sanción no es «*absoluta ab effectu*», esto es, no es fin en sí misma, sino que tiene la función consistente en el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social.

sin interactuar socialmente y todos deben saber lo que de las interacciones sociales pueden esperar), el ejercicio en la fidelidad al Derecho (pues al suponer la pena la imposición de una consecuencia costosa por el comportamiento infractor de la norma, se aumenta la probabilidad de que tal comportamiento se considere generalmente como una alternativa de actuación a no tener en cuenta) y el ejercicio en la aceptación de las consecuencias provenientes del comportamiento defraudatorio (pues la pena hace visible la vinculación entre el comportamiento y el deber de asumir los costes del mismo)³⁸⁸.

3. En su segunda etapa (iniciada con la aparición de su artículo «*Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipiendenken*» de 1995³⁸⁹), JAKOBS se aleja de LUHMANN para aproximarse a los planteamientos de HEGEL³⁹⁰. En ese sentido, considera ahora como finalidad de la pena el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad³⁹¹, esto es, en términos hegelianos, que la pena contradice la contradicción de las normas que configuran la identidad social³⁹². Las consecuencias psicológicas colectivas (como el denominado «ejercicio de fidelidad al Derecho») o individuales pasan a un segundo nivel. De este modo, la pena no constituye solo un medio para el mantenimiento de la identidad social, sino que es ya ese mantenimiento mismo: «Ciertamente, puede que se vinculen a la pena determinadas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual de muy variadas características, como, por ejemplo, la esperanza de que se mantenga o solidifique la fidelidad al ordenamiento jurídico. Pero la pena ya significa algo con independencia de estas consecuencias: significa una autocomprobación»³⁹³. Queda claro entonces que, en esta segunda etapa, JAKOBS entiende que la pena, más que en una dimensión empírica (las consecuencias de psicología social o individual afectan al entorno, pero no al núcleo de la teoría), se desarrolla principalmente de manera exclusiva en el ámbito simbólico-comunicativo: la confirmación de la identidad de la sociedad no puede aprehenderse empíricamente, pues tal confirmación no es

³⁸⁸ JAKOBS, AT, 2.^a ed., 1991, 1/15 (= DP.PG., 1997, 1/15).

³⁸⁹ JAKOBS, ZStW 107 (1995), 843 ss. (=Sociedad, 1996, 15 ss.).

³⁹⁰ JAKOBS, AT, 2.^a ed., 1991, 1/21 (=DP. PG., 1/21); ZStW 107 (1995), 843 ss. (=Sociedad, 1996, 15 ss.). CANCIO MELIÁ/FEIJÓO SÁNCHEZ, *Estudio preliminar*, en: JAKOBS, *Pena estatal*, 2006, 37. Es importante señalar, como hace FEIJÓO SÁNCHEZ, *Pena*, 2014, 237, que JAKOBS, si bien se aproxima a HEGEL en esta etapa, admite, a diferencia de este, una concepción más moderna y liberal del Estado.

³⁹¹ JAKOBS, ZStW 107 (1995), 843 (=Sociedad, 1996, 15).

³⁹² JAKOBS, ZStW 107 (1995), 844 (=Sociedad, 1996, 18). Más adelante, JAKOBS, ZStW 107 (1995), 849 (=Sociedad, 1996, 28), señala: «La sanción contradice el proyecto del mundo del infractor de la norma: éste afirma la no-vigencia de la norma para el caso en cuestión, pero la sanción confirma que esa afirmación es irrelevante». También, JAKOBS, *Dogmática*, 2004, 75 ss.

³⁹³ JAKOBS, ZStW 107 (1995), 844 (=Sociedad, 1996, 18).

consecuencia del procedimiento, sino su significado³⁹⁴. En todo caso, la distinción, reconocida por JAKOBS, entre «funciones latentes» y «funciones manifiestas» de la pena³⁹⁵, puso de manifiesto la diferenciación entre la dimensión comunicativa de la pena («función manifiesta») dirigida a personas (al *homo noumenon*) y la de carácter preventivo, dirigida a individuos (al *homo phaenomenon*), que se mueven en el plano de lo fáctico³⁹⁶. La idea de la pena entendida desde la perspectiva de la teoría de la prevención general positiva pierde vigor para reformularse en una concepción próxima a la idea de la retribución de HEGEL: la pena constituye la respuesta al quebrantamiento de la norma, ubicándose en el mismo contexto de significado que esta (ambas son expresiones de sentido) y simbolizando, a su vez, la contradicción de dicho quebrantamiento. Mediante este razonamiento se busca expresar que, pese al quebrantamiento de la norma, la pena manifiesta que aquella continúa siendo una regla de comportamiento en la que se debe seguir confiando³⁹⁷. En ese sentido, la pena servirá para el mantenimiento contrafáctico de las normas, es decir, para el mantenimiento de su vigencia frente a una defraudación *de facto*, la que a su vez se expresa en la conducta defectuosa del autor, contraria a la expectativa de conducta contenida en la norma. Como última idea, cabe señalar que, si mediante la pena se confirma la identidad normativa de la sociedad, entonces el Derecho penal resuelve un problema social: la constitución de la sociedad se produce a través de normas³⁹⁸, por lo que, al actuar la pena frente al delito como confirmación y mantenimiento de la identidad social, la sociedad sigue existiendo en la manera en que estaba configurada. En líneas generales, en esta segunda etapa JAKOBS trató de desarrollar un concepto funcional de retribución con efectos preventivo-generales latentes³⁹⁹.

³⁹⁴ JAKOBS, ZStW 107 (1995), 845 (=Sociedad, 1996, 19).

³⁹⁵ JAKOBS, *Comentarios*, en: ESER/HASSEMER/BURKHARDT/MUÑOZ CONDE (Coords.), *Ciencia del Derecho penal*, 2004, 57.

³⁹⁶ JAKOBS, *Comentarios*, en: ESER/HASSEMER/BURKHARDT/MUÑOZ CONDE (Coords.), *Ciencia del Derecho penal*, 2004, 57.

³⁹⁷ JAKOBS, ZStW 107 (1995), 845 (=Sociedad, 1996, 19).

³⁹⁸ JAKOBS, ZStW 107 (1995), 847 (=Sociedad, 1996, 25).

³⁹⁹ Así, CANCIO MELIÁ/FEIJÓO SÁNCHEZ, *Estudio preliminar*, en: JAKOBS, *Pena estatal*, 2006, 50. Es importante señalar, como hace SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas*, 2006, 142, que la orientación asumida por JAKOBS en esta segunda etapa (en la que recurre a la teoría de la pena de HEGEL), lo acerca metodológicamente a los planteamientos de autores como E. A. WOLFF, KÖHLER, ZACZYK y KAHLO, quienes, según SCHÜNEMANN, «intentan justificar la pena de un modo absolutamente idéntico». Sobre la orientación de estos autores (que SCHÜNEMANN califica como «neoidealismo»), WOLFF, E. A., ZStW 97 (1985), 786 ss.; KÖHLER, AT, 1997, 43; ZACZYK, *Unrecht*, 1989, 130 ss.; KAHLO, *Unterlassungsdelikten*, 1990, 167 ss. La obra que lleva este planteamiento de JAKOBS hasta sus últimas consecuencias es la de LESCH, JA 1994, 590 ss., 596; *Verbrechensbegriff*, 1999, 276, quien señala, como JAKOBS, que las finalidades preventivas quedan excluidas como fundamento de legitimación de la pena, por lo que esta, desde la perspectiva sistémico-funcional, se interpreta como «estabilización de las expectativas de conducta» y

4. En su tercera etapa, iniciada en su conferencia titulada «*Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*»⁴⁰⁰ de 2004, JAKOBS, si bien mantiene las ideas principales fundamentadas en el pensamiento de HEGEL, reconoce aspectos empíricos que lo llevan a replantear su teoría de la pena y su teoría de las normas. JAKOBS plantea así su punto de partida: «Es palmario que el hecho de infligir dolor penal puede ser comprendido como símbolo de una contradicción, pues la destrucción o limitación de la libertad del delincuente, es decir, la coacción dirigida contra él muestra que su uso de la libertad no puede sentar precedente. Sin embargo, permanece sin resolver la cuestión de por qué precisamente se elige el infligir dolor como símbolo, y no otra cosa. Pues téngase en cuenta que ya el fallo condenatorio constituye una contradicción del delito. ¿Por qué es necesario, además, un dolor producido por la pena?»⁴⁰¹. Queda claro que los factores empíricos que, hasta ese momento constituían solo aspectos secundarios de la imposición de la pena, pasan a ocupar la atención de JAKOBS, hasta el punto de considerarlos ahora un asunto central⁴⁰²: «Para poder hacer uso de su derecho la persona no sólo necesita seguridad normativa (...); por el contrario, esta certeza normativa, si se pretende que verdaderamente dirija la conducta, debe contar con un apoyo cognitivo (...)»⁴⁰³. De esta apreciación (que se puede condensar así: la conciencia de tener derecho no es suficiente para el uso de este, si a esto no se agrega la conciencia de que su derecho no será efectivamente dañado), extrae la respuesta a la pregunta formulada anteriormente: «el dolor sirve para la salvaguardia cognitiva de la vigencia de la norma; éste es el fin de la pena, como la contradicción de la negación de la vigencia por parte del delincuente es su significado»⁴⁰⁴. En definitiva, JAKOBS, en esta

como «ejercicio de confianza en la norma», asuntos que no deben entenderse en sentido psicológico-real. En ese sentido, LESCH da un paso más en el planteamiento de JAKOBS y propone una «teoría funcional de la retribución» («*funktionale Vergeltungstheorie*»).

⁴⁰⁰ JAKOBS, *Pena estatal*, 2006, 83 ss.

⁴⁰¹ JAKOBS, *Pena estatal*, 2006, 135; *System*, 2012, 14. Esta deficiencia en la concepción de JAKOBS ya había sido manifestada por autores como HÖRNLE/VON HIRSCH, GA 1995, 266; MIR PUIG, RDPC 2, 1998, 445 ss. y PEÑARANDA RAMOS, *Doxa* 23, 2000, 312 ss.

⁴⁰² Así, el propio JAKOBS, *Pena estatal*, 2006, 12, quien, refiriéndose a la imposición de un «dolor penal» como dimensión de la reacción estatal ante el delito (la otra dimensión es la parte simbólica de la pena), dice: «(...) la cimentación cognitiva se mantiene porque el dolor penal transforma de modo final el hecho en una empresa fracasada (esto último, es decir, la demostración de que el delito no merece la pena, no sólo es una función latente de la pena; en esta medida, reviso en el presente trabajo mi posición mantenida hasta el momento)». Sobre este asunto me dedicaré con amplitud en el siguiente capítulo.

⁴⁰³ JAKOBS, *Pena estatal*, 2006, 140; *System*, 2012, 14.

⁴⁰⁴ JAKOBS, *Pena estatal*, 2006, 141. Asimismo, señala JAKOBS, *Pena estatal*, 2006, 142 ss.: «Si al autor se le inflige un dolor penal de tal intensidad que a causa del dolor su hecho es generalmente considerado un fracaso, con ello queda claro que en el futuro el apoyo cognitivo de la norma al menos no será peor que antes del hecho (...) Del mismo modo que después de la defraudación de una expectativa cognitiva la orientación

última etapa –en la que se afirma que ha realizado un «giro fáctico» en su pensamiento⁴⁰⁵– propone una relación estrecha entre la prevención general positiva y la prevención general negativa (siendo la primera el límite de la segunda), ya que, desde su nueva perspectiva, el mantenimiento de la norma como esquema de orientación social (prevención general positiva) solo será efectivo si se produce miedo o convicción en los potenciales delincuentes (prevención general negativa)⁴⁰⁶. Queda claro que la prevención general positiva y la prevención general negativa, que antes constituían únicamente «funciones latentes» dirigidas al *homo phaenomenon*, forman ahora parte del propio núcleo de la pena⁴⁰⁷.

5. Es necesario mencionar también que el pensamiento de JAKOBS ha repercutido en una normativización de las categorías dogmáticas de la teoría del delito⁴⁰⁸. Esto se debe posiblemente al intento de construir la mencionada teoría como una teoría de la imputación, cuestión que lleva a cabo JAKOBS de manera significativa (su *Tratado* lleva por subtítulo el de «Fundamentos y teoría de la imputación») y que supone una revisión de las categorías integradas en el concepto material de delito⁴⁰⁹. La primera y más clara manifestación de la alteración que implica el «funcionalismo jurídico-penal» en el

no se restablece sin más porque el sujeto defraudado corrobore lo errado de su cálculo, sino que, por el contrario, éste ha de corregir tal cálculo, tampoco bastará después de la defraudación de una expectativa normativa con identificar al autor como fuente de la defraudación; debe ser tratado realmente como autor, es decir, debe ser eliminado en cuanto destinatario de la comunicación de modo más o menos completo y por tiempo más o menos largo».

⁴⁰⁵ Al respecto, CANCIO MELIÁ/FEIJÓO SÁNCHEZ, *Estudio preliminar*, en: JAKOBS, *Pena estatal*, 2006, 28, señalan que «El nuevo posicionamiento sistemático de estos factores cognitivos de la pena en la aproximación más reciente de JAKOBS cristaliza sobre todo en dos elementos de gran relevancia en la discusión pública de asuntos relacionados con el Derecho penal: por un lado, la explicación sistemática en la teoría de la pena de la necesidad del *dolor penal*, por otro, la problemática del sujeto imputable peligroso (o: mejor, de determinados tipos de sujetos) desde la perspectiva del llamado *Derecho penal del enemigo*» (cursivas en el original).

⁴⁰⁶ JAKOBS, *Pena estatal*, 2006, 148, donde además dice: «(...) la prevención general negativa –junto con otros elementos, en particular, la producción de convicción– se halla contenida en la positiva, si bien simultáneamente es limitada por ésta de modo estricto a la reparación del daño culpablemente producido».

⁴⁰⁷ Con ello, como señala PORCIÚNCULA, *Tipo penal*, 2014, 186 ss., parece relativizarse la distinción entre «persona» e «individuo», pues aquel no puede prescindir de un soporte empírico.

⁴⁰⁸ Al respecto, el prólogo en JAKOBS, DP. PG., 1997, IX, donde dice: «Si se parte de la misión del Derecho penal y no de la esencia (o de las estructuras) de objetos de la Dogmática penal ello conduce a una (re)normativización de los conceptos. En esta concepción, un sujeto no es aquel que puede ocasionar o impedir un suceso, sino aquel que puede ser responsable por éste. Igualmente, los conceptos de causalidad, poder, capacidad, culpabilidad, etc., pierden su contenido prejurídico y se convierten en conceptos que designan grados de responsabilidad o incumbencia». Esta renormativización ha sido ampliamente criticada en la doctrina. Al respecto, por todos, SCHÜNEMANN, ADPCP 1991, 707 ss.

⁴⁰⁹ Este empeño puede reconocerse también en otros autores de la doctrina alemana como: HRUSCHKA, *Zurechnung*, 1976; *Strafrecht*, 2.^a ed., 1988; NEUMANN, GA 1985, 389 ss.; JOERDEN, *Strukturen*, 1988; KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989. Al respecto, *infra* Cap. II, 3.5.

concepto dogmático de delito radica en la negación de la tradicional partición de este, esto es, en desconocer que el delito, en términos de estructura conceptual, sea entendido como una acción típica, antijurídica y culpable, tal y como lo entiende la doctrina jurídico-penal mayoritaria⁴¹⁰. Esto es así pues las tradicionales categorías del concepto de delito se ven reinterpretadas por el sistema, dejando de lado su configuración prejurídica (el mundo de los hechos –objetivo, externo– y el mundo del sujeto –subjetivo, interno–). Aunque las repercusiones de una reforma en la «imagen exterior» del sistema serán abordadas con mayor amplitud y profundidad en otros lugares de esta investigación, vale la pena adelantar algunas ideas referidas a los fundamentos de un concepto de delito alejado del dominante pensamiento clasificatorio. JAKOBS sostiene que una acción (como unidad de sentido) es jurídico-penalmente relevante en la medida que suponga el quebrantamiento de una norma: «Sólo quien vulnera la norma de comportamiento siendo responsable, esto es siendo culpable, vulnera esta norma, y en esta vulneración de la norma es en donde cristaliza la finalidad de la pena, porque es esta vulneración de la norma la que constituye la lesión de la vigencia de la norma»⁴¹¹. De esto se extrae dos importantes consecuencias: primero, que la distinción entre acción y omisión pierde sentido (pues tanto una conducta activa como una omisiva suponen la infracción de una norma, y ante ello la pena habrá de imponerse con el cometido de confirmar la vigencia de la norma)⁴¹²; y, segundo, que, si el delito es una expresión de sentido de una persona en derecho, entonces la culpabilidad se entiende como presupuesto de la acción⁴¹³. Por esto, JAKOBS –influenciado por la teoría de la imputación de HEGEL– defiende un concepto de acción culpable: «no existe una lesión de la vigencia de la norma jurídico-penalmente relevante sin culpabilidad»⁴¹⁴, por lo cual el injusto «no produce por sí mismo la pena, sino que jurídico-penalmente es un mero concepto auxiliar. Por ello, un concepto de acción que almacene el programa completo del Derecho penal debe ser ampliado hasta la culpabilidad. Acción es convertirse a sí mismo en culpable»⁴¹⁵.

⁴¹⁰ LESCH, RDPC 6, 2000, 267.

⁴¹¹ JAKOBS, *Estudios*, 1997, 123.

⁴¹² JAKOBS, *Estudios*, 1997, 114 ss.

⁴¹³ JAKOBS, *Estudios*, 1997, 101 ss., 123. Es importante mencionar que al tiempo de su exposición sobre el concepto jurídico-penal de acción (1992), JAKOBS no había propuesto aún la completa inescindibilidad entre injusto y culpabilidad, sino que entendía que el primero era un necesario escalón valorativo previo de la segunda.

⁴¹⁴ JAKOBS, *Estudios*, 1997, 123.

⁴¹⁵ JAKOBS, *Estudios*, 1997, 124, donde agrega seguidamente: «formulándolo de otro modo: acción es la asunción culpable de la competencia por una lesión de la vigencia de la norma». Al respecto, PEÑARANDA RAMOS, *Doxa* 23, 2000, 298: «los conceptos de quebrantamiento de la norma y de daño a su vigencia sólo

6. Por lo expuesto, se evidencia una problemática desde la perspectiva diferenciadora entre las categorías dogmáticas del injusto y la culpabilidad, las mismas que, desde la aparición del pensamiento clasificatorio, se mantienen como entidades separadas en el marco del concepto del delito. El «funcionalismo jurídico-penal» rechaza tal clasificación categorial, pues, desde su perspectiva, es ontológica o naturalista. JAKOBS ha afirmado que todo intento de sistematización previo al juicio de culpabilidad tendría una función meramente didáctico-auxiliar, con el objetivo de hacer más manejable tal categoría⁴¹⁶. Conforme a lo aquí reseñado, el injusto quedaría subordinado a la culpabilidad, hasta el punto de que esta última absorbería al primero, configurándose así un concepto unitario de delito⁴¹⁷. Esta concepción del Derecho penal tiene su desarrollo lógico en la teoría del delito, que los normativistas llaman teoría general de la imputación y que tiene por misión determinar a qué persona y bajo qué presupuestos puede castigarse para lograr la estabilización de la norma: ha de castigarse, se afirma, al sujeto que se ha comportado de forma contraria a la norma y culpablemente. En una de sus últimas contribuciones, JAKOBS ha señalado: «La imputación jurídico-penal (...) tiene la función de determinar el caso en el que una norma debe ser ratificada y cimentada cognitivamente a causa del comportamiento de una persona (...) las reglas de la imputación jurídico-penal establecen cuándo un suceso ha de entenderse como una contradicción a la norma de una persona competente para manifestarse en el espacio público»⁴¹⁸. De esta manera, los conceptos básicos de la teoría de la imputación jurídico-penal son el comportamiento del sujeto, la infracción de la norma y la culpabilidad⁴¹⁹. Por esto, injusto y culpabilidad se confundirían, pues, a partir de las premisas de este autor, solo un injusto culpable comunica una contradicción a la norma, lo que permite hablar, desde su punto de vista, de un «tipo total de imputación» («*Gesamtzurechnungstatbestand*»)⁴²⁰.

son la abreviatura de que concurren en el hecho la totalidad de los presupuestos de la imputación de una pena, lo que conduce a una teoría de la imputación, como la de Hegel, en la que la culpabilidad termina convirtiéndose en presupuesto de la acción». Como ya se dijo, este planteamiento es llevado al extremo por LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, 190 ss., 203 ss., 274 ss., 278 ss. 299, quien, al proponer una «revisión funcional del concepto de delito» (en el que el injusto ya no sería un concepto auxiliar para la culpabilidad, sino que es idéntico a la propia culpabilidad), alude a un «tipo total de culpabilidad».

⁴¹⁶ JAKOBS, *ZStW* 107 (1995), 864 (=Sociedad, 1996, 60). También, LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, 205; PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 257.

⁴¹⁷ Por todos, LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, 1 ss., 207 ss.

⁴¹⁸ JAKOBS, *System*, 2012, 15 s.

⁴¹⁹ JAKOBS, *AT*, 2.^a ed., 1991, 6/1 (=DP. PG., 1997, 6/1).

⁴²⁰ JAKOBS, *System*, 2012, 24.

3. Principales reflexiones emanadas del desarrollo histórico-dogmático.

1. Mediante el desarrollo histórico-dogmático acabado de exponer he intentado resaltar las diversas manifestaciones del argumento normológico en la evolución del concepto de delito. Tales manifestaciones son bastante variadas e identificables en diferentes ámbitos de tal concepto. En ese sentido, a continuación, me encargaré de enunciar de manera sintética los aspectos que considero importantes para comprender la trascendencia de la teoría de las normas en el Derecho penal. Estos aspectos serán sometidos a un estudio más amplio y profundo en los próximos capítulos.

2.1. En primer lugar, es posible decir que en Derecho penal la referencia al concepto, naturaleza y estructura de la norma jurídica se ha producido principalmente en el marco del análisis del contenido y alcances de la categoría dogmática de la «antijuridicidad»⁴²¹. Esto no debería sorprender, ya que si tal categoría es definida tradicionalmente como «contrariedad al Derecho» (cabe recordar aquí que el término correspondiente en alemán es «*Rechtswidrigkeit*», que expresa con mayor claridad semántica la contraposición con el ordenamiento jurídico), y si «Derecho» se entiende como un conjunto de normas, no será difícil llegar a la conclusión de que la antijuridicidad describe la contrariedad a las normas jurídicas⁴²². Si se recuerdan aquí las reflexiones de HEGEL, situadas en el mismo origen de la discusión, será posible afirmar que el concepto de injusto apareció para hacer referencia

⁴²¹ Si se tiene en cuenta que el Derecho ha sido definido tradicionalmente como un conjunto de normas, entonces será posible reconocer la estrecha relación entre la categoría dogmática de la antijuridicidad con la idea de la infracción de la norma e, inclusive, su equivalencia conceptual (antijuridicidad como antinormatividad). Es en ese marco que hizo su aparición la amplia discusión sobre la naturaleza de la norma (norma de valoración o norma de determinación) y cómo esta se infringía. Al respecto, por todos, GRAF ZU DOHNA, *Rechtswidrigkeit*, 1905, 15; ENGISCH, *FS-Deutscher Juristentag*, 1960, 413; NOWAKOWSKI, *ZStW* 63 (1951), 287; SCHILD, *Straftat*, 1979, 39; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 89; SCHÜNEMANN, en: SCHÜNEMANN (Comp.), *Sistema*, 1991, 75; SANCINETTI, *Teoría del delito*, 1991, 44; LAURENZO COPELLO, *Resultado*, 1992, 38; SANZ MORÁN, *Elementos subjetivos*, 1993, 4; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *RDPC* 2, 1998, 384; MORALES PRATS, *EPM-Valle Muñiz*, 2001, 537; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 540.

⁴²² Al respecto, THON, *Rechtsnorm*, 1878, 2, donde ya reconoce la equivalencia conceptual entre injusto (*Unrecht*) y contrariedad a la norma (*Normwidrigkeit*). Debe destacarse, como hace el mismo THON, que esa equiparación conceptual se hace sin perjuicio de considerar si al concepto de injusto «pertenece una culpabilidad de parte del obligado». Este concepto de injusto (equiparado conceptualmente con la contrariedad a la norma o antinormatividad) parece ser la concepción original que luego, con VON LISZT, se reformuló bajo el concepto de «antijuridicidad formal». También, por todos, KOHLRAUSCH, *Irrtum*, 1903, 47 ss.; NAGLER, *FG-Frank*, t. I, 1930, 343; ENGISCH, *FS-Deutscher Juristentag*, 1960, 413. También, JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.ª ed., 1996, 233 (=DP. PG., 2002, 249), donde dice: «La antijuridicidad significa “**contradicción con el Derecho**” (“**Widerspruch gegen das Recht**”)» (resaltado en el original).

a la contrariedad al Derecho («*Unrecht*» como oposición a «*Recht*»)⁴²³. En ese sentido, ya en las primeras décadas del siglo XX, cuando el concepto de injusto objetivo había logrado imponerse, era común la utilización indistinta de los términos «*Unrecht*», «*Rechtswidrigkeit*» y «*Widerrechtlichkeit*» para indicar lo mismo: la instancia, previa a la culpabilidad, en la que se evaluaba la contrariedad al Derecho⁴²⁴.

2.2. Este punto de partida, en apariencia evidente e incontrovertible, contenía ya una serie de inquietudes que se pusieron de manifiesto cuando se dirigió la atención al propio contenido del concepto de injusto: solo mediante la determinación de tal contenido sería posible saber cómo se produce tal contrariedad al Derecho⁴²⁵. Para establecer esto, históricamente han existido dos caminos, que han tenido como punto de partida en común el reconocimiento de la antijuridicidad como contrariedad al Derecho objetivo⁴²⁶. Primero, la orientación que, considerando al Derecho como un *estado jurídicamente ordenado* (*rechtlich geordneter Zustand*), propuso entender a la antijuridicidad como la lesión de un estado correspondiente al Derecho o como la realización de un estado contrario al Derecho⁴²⁷. En última instancia, la contrariedad al Derecho lograba verificarse, según esta orientación, con la sola realización de un hecho cuyo despliegue externo permita pensar en una contrariedad o discrepancia objetiva entre el hecho y lo dispuesto por la norma⁴²⁸. Segundo, la orientación que, reconociendo al Derecho como una suma de preceptos jurídicos (esto es, de normas), los consideró en su totalidad como normas de carácter

⁴²³ Con todo, el «injusto» parece ser, según FISCHER, H.A., *Rechtswidrigkeit*, 1911, 118, «algo más que un mero no derecho».

⁴²⁴ Así, por todos, FISCHER, H. A., *Rechtswidrigkeit*, 1911, 95; NAGLER, *FS-Binding*, t. II, 1911, 283 ss.; ENGISCH, *FS-DeutscherJuristentag*, 1960, 402.

⁴²⁵ En efecto, la respuesta a la pregunta «¿Qué define la contrariedad al Derecho?» constituye, a mi modo de ver, la principal inquietud que mueve a HEGEL a desarrollar (desde una perspectiva jurídico-filosófica), el concepto de «*Unrecht*» y, a partir del mismo, la tripartición ya mencionada al inicio.

⁴²⁶ Al respecto, KOHLRAUSCH, *Irrtum*, 1903, 50. Es necesario tener en cuenta que en este momento histórico-dogmático había una contraposición entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo. Por su parte, GRAF ZU DOHNA, *Rechtswidrigkeit*, 1905, 15 ss., señala que la ciencia jurídico-penal otorga dos definiciones sobre la antijuridicidad: es «en primer lugar, lesión del Derecho (*Rechtsverletzung*), a saber, lesión del Derecho objetivo, de la proposición jurídica (*Rechtssatz*); en segundo lugar, lesión del derecho subjetivo, del interés: lesión de un bien jurídico».

⁴²⁷ El origen de esta concepción puede encontrarse en THON. Siguen esta orientación, entre otros, KITZINGER, *GS* 55 (1898), 16 ss., LÖFFLER, *ZStW* 21 (1901), 537; BINDING (en su última etapa) y en los posteriores representantes del injusto objetivo (NAGLER, HEGLER, H. A. FISCHER, MEZGER).

⁴²⁸ Como señala KOHLRAUSCH, *Irrtum*, 1903, 50, para esta teoría sería antijurídica la muerte de una persona a manos de otra como también la sería aquella causada por el impacto de un rayo. Se trata, como se ha señalado antes, de la imposibilidad de excluir los acontecimientos de la naturaleza y los actos de animales del propio concepto de antijuridicidad (objetiva).

imperativo⁴²⁹. Al margen de los matices entre estas dos posiciones, se puede señalar, como asunto en común, que ambas expresaban el entendimiento de que el Derecho, como conjunto de normas, se proyecta hacia los individuos (los destinatarios) mediante mensajes prescriptivos con los que orienta sus comportamientos. Por eso, en el caso en que aquellas normas no sean seguidas por los destinatarios como criterios de actuación, estos desobedecerían⁴³⁰ lo dispuesto por el Derecho⁴³¹. Se percibe entonces que, en el marco de la explicación de la antijuridicidad, existe una marcada tensión entre dos posturas: causación de consecuencias lesivas externas o la infracción de un deber personal⁴³². El

⁴²⁹ Por todos, MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 42 ss.; THON, *Rechtsnorm*, 1878, 1 ss.

⁴³⁰ Cabe señalar aquí, que la posición clásica con respecto a la utilización de la teoría de la norma como base de la construcción de la teoría del delito concebía a la norma desde una perspectiva puramente formal, conforme a la cual la infracción se entendía desde la idea de la mera desobediencia. Esto es advertido, por ejemplo, por GRÜNHUT, *FG-Frank*, t. I, 1930, 10-11.

⁴³¹ Así, bastante claro, KOHLRAUSCH, *Irrtum*, 1903, 52, quien contrapone, por un lado, al injusto como «causación de un estado» y, por otro, al injusto como «contrariedad a una norma (...) una conducta que el ordenamiento jurídico desaprueba». El planteamiento ofrecido en el cuerpo del texto es aún bastante básico y no profundiza sobre las consideraciones referidas al destinatario de la norma, que constituye un asunto de gran importancia en el marco de esta discusión. Una primera orientación sostenía, por ejemplo, que un concepto de injusto objetivo permitía entender que las normas se dirigen a todos, por lo que también pueden actuar «antijurídicamente» los incapaces de imputación (*Unzurechnungsfähigen*), sin embargo, no los animales. Así, THON, *Rechtsnorm*, 1878, 71 ss. Por otro lado, otra orientación señaló que las normas se dirigen solo a aquellos que son capaces de organizar su conducta conforme a aquellas. Aquí pueden reconocerse dos opiniones. La primera sostiene que todos los capaces de imputación, sin importar que en el caso individual actúen culpablemente o no, pueden actuar antijurídicamente. Solo los capaces de imputación pueden actuar. Así, JHERING, *Schuldmoment*, 1867, 5 s.; HÄLSCHNER, *Strafrecht*, I, 1881, 17 ss.; BINDING, *Handbuch*, t. I, 1885, 159 (parece ser que aquí cambia lo que decía en la segunda edición de *Normen*). La segunda sostiene que, si bien la norma se dirigía a todos los capaces de imputación, para poder hablar de una lesión de la norma, esto es, de un injusto, debía concurrir el presupuesto de la imputabilidad (*Zurechenbarkeit*) de la acción individual. Se trataba aquí, como puede preverse, del injusto culpable. Al respecto, MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 42 ss.

⁴³² Así, ZIMMERL, *Tatbestand*, 1928, 5, quien diferenciaba ya entre lo «prohibido» y lo «jurídicamente desaprobado». Esta tensión entre las dos posturas mencionadas, sin embargo, debe ser matizada. Ya se ha visto que MERKEL, como defensor de un injusto subjetivo, si bien consideraba que lo determinante para hablar de un injusto culpable era la infracción de un deber (recordar aquí que este autor representaba un pensamiento conceptualizante del delito), no desconoció la posibilidad de un injusto en el que no concurra tal infracción, sino que se limite a la afectación de objetos jurídicos. Por su parte, BINDING, en su última etapa, en la que concentró su atención en el injusto objetivo, no dejó de reconocer que la culpabilidad necesitaba de la infracción de un deber. Queda claro entonces que los autores que defendieron un concepto de injusto culpable desde la perspectiva imperativo-instrumental de la norma (MERKEL, BINDING, HOLD VON FERNECK) no desconocieron nunca el contenido material del delito como una afectación a intereses jurídicamente valorados (bienes jurídicos). Es su comprensión de la norma la que los conduce, consecuentemente, a considerar al injusto y a la culpabilidad como elementos inescindibles, y no la falta de importancia de la causación de efectos sobre bienes considerados como de necesaria protección jurídica. Finalmente, la contraposición entre causación de consecuencias lesivas externas y la infracción de un deber personal podría caracterizarse (aunque solo de manera impropia e insuficiente) como el enfrentamiento entre lo objetivo y lo subjetivo en el contexto del concepto del hecho punible, ya que, incluso hasta hoy, tal enfrentamiento es abordado desde diversas perspectivas. Queda claro, sin embargo, que la contraposición entre lo objetivo y lo subjetivo en el Derecho penal no puede entenderse más como se hacía a inicios del siglo XX. Así, ya ROXIN, *FS-Henkel*, 1974, 171 (= *Problemas actuales*, 1976, 200). La polémica entre MERKEL y JHERING marcó el inicio de un intenso debate que puede reconocerse hasta el día de hoy, entre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto. Como se deduce de lo desarrollado en líneas anteriores, posiblemente sean las reflexiones de BINDING en sus diversas etapas las que de manera más clara constituyan la expresión de la tensión entre las

desarrollo histórico-dogmático realizado en líneas anteriores permite percibir que la primera postura logró imponerse, precisamente, por la necesidad de erigir un ámbito previo a la culpabilidad que no supusiera aún la concurrencia de los elementos asentados en la propia culpabilidad y que permitiera la solución más idónea de problemas específicamente penales referidos a la imposición de medidas sin que concurra la culpabilidad. Por lo tanto, el injusto objetivo (o injusto no culpable), forjado sobre la base de las consideraciones de HEGEL y JHERING, permitió la entrada en escena del concepto de injusto penal tal y como hoy se conoce.

3.1. En segundo lugar, es necesario destacar que la actual doctrina jurídico-penal consideró y sigue considerando la distinción entre injusto y culpabilidad como una separación de carácter esencial e irrenunciable en la estructura de la teoría del delito⁴³³. Tal separación de carácter sistemático, que constituye la expresión esencial del afán clasificatorio del positivismo (causalismo naturalista) en la ciencia del Derecho penal y sobre la que es posible decir que existe un innegable consenso (aunque evidentemente los contenidos de las categorías que integran el sistema hayan cambiado durante el tiempo transcurrido)⁴³⁴, ha sido considerada como «uno de los progresos dogmáticos más importantes de las últimas generaciones»⁴³⁵, como «una de las perspectivas más notables que haya alcanzado nuestra ciencia penal en los últimos cien años»⁴³⁶ o como «un avance, que en todo caso (...) ya no cabe abandonar (...) del pensamiento sistemático científico-jurídico general»⁴³⁷. Siendo esto así, la doctrina dominante, para justificar el carácter previo e independiente de

posiciones desde las cuales se buscaba construir el sustrato material de lo punible. Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el Derecho penal, por todos, SCHILD, *FS-Verdross*, 1980, 215 ss.; PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, 347 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Error*, 2008, 151; BURKHARDT, en: WOLTER/FREUND (Eds.), *Sistema integral*, 2004, 160 ss.

⁴³³ Por todos, SCHÜNEMANN, en: SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.) y SILVA SÁNCHEZ (Ed.) *Fundamentos*, 1995, 206 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Torío López*, 1999, 363; SANZ MORÁN, RP 5, 2000, 75; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 17 ss., 59 ss.; FRISCH, en: WOLTER/FREUND (Eds.), *Sistema integral*, 2004, 224; HÖRNLE, en: HEFENDEHL (Ed.), *Fundamente*, 2005, 105; GRECO, GA 2009, 637 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 606; InDret 3/2014, 2 ss.; MIR PUIG, *DP.PG.*, 10ª ed., 2016, 5/8; VARELA, *Dolo*, 2016, 81.

⁴³⁴ Sobre la evolución de la teoría del delito, ROXIN, *DP. PG.*, t. I, 1997, 7/11 ss. Debe señalarse, sin embargo, con HRUSCHKA, *Estudios*, 2005, 258, que pese a haber un acuerdo terminológico esencial sobre las categorías integradas en el concepto de delito, hay una multiplicidad de opiniones sobre el contenido de cada una de ellas. Esta situación (entre otras que ampliamente expone) conduce a HRUSCHKA a mostrar un legítimo escepticismo acerca de la real existencia de una teoría coordinada, articulada y comprensiva en la doctrina jurídico-penal.

⁴³⁵ WELZEL, JuS 1966, 421.

⁴³⁶ ROXIN, *FS-Henkel*, 1974, 171 (=Problemas actuales, 1976, 200).

⁴³⁷ SCHÜNEMANN, en: SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.) y SILVA SÁNCHEZ (Ed.) *Fundamentos*, 1995, 206.

la categoría del injusto con respecto a la de la culpabilidad, ha formulado tanto una fundamentación como una sistematización de sus consecuencias. Con respecto a la fundamentación, ha entendido que el injusto es esencialmente la contradicción al Derecho y, por lo tanto, la contravención a normas generales, esto es, «dirigidas a todos»⁴³⁸ pues, en la medida que el injusto es una categoría objetivo-general, se pretende que las disposiciones del Derecho sean conocidas y vinculantes para todos, «no solo para dejar clara cuál es la conducta prohibida de modo general, sino también entre otras cosas porque en ocasiones y en cierta medida también los inimputables se dejan determinar o motivar por la norma penal»⁴³⁹. Queda claro, entonces, el recurso a un argumento normológico en cuanto a la fundamentación del injusto como categoría previa e independiente a la culpabilidad. Por otro lado, con respecto a las consecuencias, ha entendido que la afirmación de un injusto como categoría independiente y previa a la culpabilidad permite la imposición de una medida de seguridad en caso de que el injusto lo haya cometido un sujeto peligroso⁴⁴⁰, constituye el presupuesto fundamental para la participación de otro (un injusto penal se erige como premisa necesaria para la aplicación de los preceptos de la participación en sentido estricto, conforme al concepto restrictivo de autor y al principio de accesoriedad de la participación)⁴⁴¹ y se presenta como un hecho frente al cual un sujeto se puede defender (representa la aparición de una «situación de justificación» o «situación de necesidad»)⁴⁴².

3.2. La comprensión actual absolutamente extendida del injusto, que permite su interpretación como hecho contrario al Derecho y, por lo tanto, como contrario a la norma (lo que, a su vez, explica la arraigada equiparación conceptual entre injusto y antinormatividad), ha sido nuevamente objeto de cuestionamiento sobre la base de un argumento en absoluto novedoso, pues es el mismo que condujo a MERKEL y a BINDING a considerar inviable la existencia de un injusto no culpable⁴⁴³: si la norma es entendida

⁴³⁸ Al respecto, por todos, ENGISCH, *FS-DeutscherJuristentag*, 1960, 415, defendía también la idea del imperativo como una norma dirigida a todos los sujetos. Así, ENGISCH dijo que «El derecho exige a todos, aun cuando más tarde se tenga en consideración que la capacidad de imputación (*Zurechnungsfähigkeit*) está disminuida o ausente» (...) «también los incapaces de imputación podrían actuar contra el imperativo y por ello, antijurídicamente, en sentido objetivo».

⁴³⁹ LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 13/56.

⁴⁴⁰ MIR PUIG, DP. PG., 10.ª ed., 2016, 16/32; LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 21/13.

⁴⁴¹ SCHÜNEMANN, LK 12.ª ed., 2006, previo a § 26/20 ss.

⁴⁴² Por todos, NAGLER, *FS-Binding*, t. II, 1911, 341.

⁴⁴³ También resalta este asunto, RENZIKOWSKI, en: MATT/RENIKOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, previo a § 13/39.

desde una perspectiva imperativo-instrumental (esto es, como mensaje prescriptivo que impone deberes de actuar u omitir), la infracción de la norma (antijuridicidad) supondría la verificación de determinadas condiciones individuales en el destinatario (imputabilidad o conocimiento de la norma) que tradicionalmente se sitúan en el ámbito de la culpabilidad (pues la imposición de un deber solo tiene sentido si se toma en cuenta las capacidades y conocimientos de quien es obligado)⁴⁴⁴. Este argumento tiene repercusiones que cuestionan directamente la solidez del sistema generalmente admitido, sostenido sobre la base de la distinción conceptual entre injusto y culpabilidad⁴⁴⁵. Como el desarrollo histórico-dogmático ha dejado en evidencia, ya desde la aparición de la necesidad de mantener una instancia de enjuiciamiento previo a la que corresponde a la culpabilidad (finales del siglo XIX), se desarrollaron los más diversos argumentos con los que se pretendía responder con suficiencia el aludido cuestionamiento⁴⁴⁶. Primero, se propuso un reajuste de la teoría imperativa para adecuarla a las particularidades del injusto objetivo (postura seguida por autores como THON⁴⁴⁷, BIERLING⁴⁴⁸, GOLDSCHMIDT⁴⁴⁹ u OEHLER⁴⁵⁰). Desde esta perspectiva, se asumió la concepción imperativo-instrumental de la norma, pero, en la medida que la norma fue entendida de manera general y, en ese sentido, «dirigida a todos»⁴⁵¹, se negó que solo los capaces de motivarse por ella sean los destinatarios (lo que supuso la ampliación del círculo de destinatarios al incluir a los inimputables). Segundo, se

⁴⁴⁴ Este argumento que, como se ha visto, tiene origen en MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 42 ss., ha sido retomado en la por autores tanto alemanes (FREUND, GA 1991, 387, 390 ss., 396 ss., 403 ss.; AT, 2.ª ed., 2009, 1/20 ss., 3/39; GA 2010, 193, 197; RENZIKOWSKI, ARSP 104 (2005), 133 ss.; WALTER, *Kern*, 2006, 116 s.; ROSTALSKI, en: SCHNEIDER, A./WAGNER (Eds.), *Normentheorie*, 2018, 107 ss.), como españoles (BAJO FERNÁNDEZ, CPC 1977, 20; MIR PUIG, ADPCP 1994, 7; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 67, 490).

⁴⁴⁵ Critican la distinción entre injusto y culpabilidad, entre otros, KORIATH, *Grundlagen*, 1994, 256 ss., 328; JAKOBS, *Estudios*, 1997, 101 ss.; *FS-Schreiber*, 2003, 949 ss., 956 ss.; LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, 203 ss., 205 ss.; PAWLIK, *Person*, 2004, 87 ss.; *Unrecht*, 2012, 259 ss.; WALTER, *Kern*, 2006, 116 ss.; FREUND, AT, 2.ª ed., 2009, 4/20 ss.; GA 2010, 193 ss.; en: JOECKS/MIEBACH (Eds.), *MK*, 3.ª ed., 2017, previo a § 13/138. La reconstrucción histórico-dogmática desarrollada en este capítulo muestra que la culpabilidad, si bien se concibió como un presupuesto indispensable para la imposición de la pena (hasta el día de hoy está en vigencia el principio «no hay pena sin culpabilidad»), resultaba al mismo tiempo un elemento incómodo para la aplicación de otras consecuencias jurídicas (participación, legítima defensa o imposición de medidas de seguridad), como se ha señalado en el cuerpo del texto.

⁴⁴⁶ En ese sentido, también, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 21, 265. Es necesario mencionar que una de las orientaciones que también se desarrollaron fue la propuesta por KELSEN, *Hauptprobleme*, 2.ª ed., 1923, 53; *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., 1960, 116, quien, al oponerse decisivamente a la teoría de los imperativos, no admitió el concepto de norma como un mensaje prescriptivo. Aunque aquí no se mencione su planteamiento (precisamente, por su carácter extremo y por la poca influencia que ha tenido en la comprensión mayoritaria), este será abordado con amplitud más adelante.

⁴⁴⁷ THON, *Rechtsnorm*, 1878, 1 ss.

⁴⁴⁸ BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. III, 1905, 175 ss.

⁴⁴⁹ GOLDSCHMIDT, *ÖstZStr* 4, 1913, 129 ss.

⁴⁵⁰ OEHLER, *Zweckmoment*, 1959, 21 ss.

⁴⁵¹ THON, *Rechtsnorm*, 1878, 70 ss.

formuló una distinción entre los conceptos de injusto y antinormatividad (alternativa asumida por BINDING en su última etapa⁴⁵²). Conforme a este planteamiento, antes de la contrariedad al deber, situada en la culpabilidad, habría una instancia caracterizada por representar una contraposición objetiva entre un hecho y la norma, siendo ese hecho el presupuesto y el motivo de la norma (la que nunca dejó de considerarse como un imperativo). Tercero, se desarrollaron ideas orientadas a la fundamentación de una teoría de la norma alternativa a la imperativa, a saber, la teoría de la doble naturaleza de la norma, en virtud de la cual se alegó la existencia, junto a una norma de determinación, de una norma de valoración (MEZGER⁴⁵³). Esta perspectiva permitió solucionar las inquietudes emanadas del «problema del destinatario»⁴⁵⁴, al fundamentar el injusto sobre la base de la infracción de una norma de valoración⁴⁵⁵. Cuarto, se adoptó una concepción de la norma imperativa, pero se distinguió entre norma (dirigida a todos) y deber, radicando en este último la capacidad de acción, elemento que, al ser independiente de la capacidad de

⁴⁵² BINDING, GS 76 (1910), 1 ss.

⁴⁵³ MEZGER, GS 89 (1924), 242.

⁴⁵⁴ Cuando en Derecho penal se hace referencia al «problema del destinatario» se alude al antiguo y complejo tema referido a si los inimputables (menores de edad, enfermos mentales profundos) o quienes desconocen el mandato o la prohibición pueden ser destinatarios de las normas. Esta idea fue parte fundamental del razonamiento de MERKEL, quien, como antes se expuso, adoptó una concepción de la norma indudablemente cercana al imperativismo: si las normas imponen deberes jurídicos a sus destinatarios, solo podrán ser estos quienes cumplan con las condiciones necesarias para poder cumplir aquellos deberes. Por ello, según MERKEL el contenido de la norma solo se transformaba en prescriptivo –esto es, en deber– para quien ostentaba las cualidades subjetivo-individuales necesarias para adecuar su conducta a la prescripción. Como contrapartida, si los inimputables no contaban con tales cualidades subjetivo-individuales, no podrían ser considerados como destinatarios de las normas. Como es conocido, MERKEL destacó entonces la exigencia de una aptitud por parte del individuo para considerarlo como destinatario del mandato o la prohibición. En todo caso, es posible decir también que el denominado «problema del destinatario» no se refería solamente al análisis de la posibilidad de que los inimputables puedan ser dirigidos por la norma jurídico-penal, sino también al asunto ya expuesto referido a si solo los individuos o si estos y el Estado son destinatarios de aquellas normas. Este último asunto, que será ampliado en el tercer capítulo, recibirá en general menos atención que el primero, por lo que cuando en esta investigación se haga referencia al «problema del destinatario» deberá entenderse que se está aludiendo a las condiciones subjetivo-individuales que debe reunir el individuo para poder ser considerado destinatario de la norma. Sobre este asunto, que será mencionado varias veces en esta investigación, HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 198 ss., *Rechtswidrigkeit*, t. II, 1905, 15 ss.; THON, *JhJb* 50, 1 ss.; FISCHER, H. A., *Rechtswidrigkeit*, 1911, 23 ss., 43 ss.; NAGLER, *FS-Binding*, t. II, 1911, 335 ss.; NOWAKOWSKI, *ZStW* 63 (1951), 291; ENGISCH, *FS-DeutscherJuristentag*, 1960, 414; KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 121 ss. (=Teoría de las normas, 1977, 161 ss.); BAJO FERNÁNDEZ, *EPC* 1, 1977, 31; COBOS GÓMEZ DE LINARES, *Presupuestos*, 1987, 49; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 33, *passim*.

⁴⁵⁵ Como se ha visto, posiblemente la teoría de la doble naturaleza de la norma se presentó en su momento como la alternativa más adecuada a la teoría imperativa, en la medida que ofrecía presuntamente un fundamento normológico razonable y sistemáticamente nítido para la distinción entre injusto y culpabilidad. LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, 245, n. 107, señala que el denominado «problema del destinatario» alude a «una discusión entre los partidarios de la teoría de los imperativos sobre si la norma se dirige a todo el mundo (así lo afirma el punto de partida “objetivista” (...)), o solo a los sujetos capaces de acción y de imputación (así lo afirma el punto de partida “subjetivista” (...))». Como ya se ha señalado, mientras THON es representante de ese punto de partida «objetivista», MERKEL, BINDING y HOLD VON FERNECK adoptan el punto de partida «subjetivista».

motivación, hizo posible la fundamentación, sobre la base de cada una de estas categorías, del injusto y de la culpabilidad, respectivamente (WELZEL⁴⁵⁶, Armin KAUFMANN⁴⁵⁷). La doctrina actualmente dominante (desarrollada sobre las bases conceptuales legadas por el finalismo) parece asumir esta última perspectiva pues no solo niega la limitación del destinatario a los sujetos culpables (amplía el círculo de los destinatarios de la norma, incluyendo a los inimputables y a quienes actúan en error de prohibición invencible), sino que también acepta el carácter imperativo de la norma en el injusto, pero ubica a las categorías de la imputabilidad y del conocimiento del injusto en la culpabilidad. Esa perspectiva, sin embargo, debe enfrentar un gran obstáculo, a saber, la justificación de la existencia de una norma imperativa dirigida a quien no puede cumplirla⁴⁵⁸, cuestión que intenta resolver con la idea de que «la norma se dirige a todos»⁴⁵⁹.

4.1. En tercer lugar, el concepto de injusto penal, tal y como es entendido por la posición dominante, está dotado de consideraciones normológicas. Así, se entiende usualmente que en el marco del referido concepto conviven tanto una norma de determinación como una norma de valoración, que a su vez se refieren, respectivamente, tanto al desvalor de acción como al desvalor del resultado⁴⁶⁰. En efecto, por un lado, se busca resaltar el aspecto de la voluntad como elemento que expresa la contrariedad a la norma y que constituye el núcleo del desvalor de acción (la norma de determinación se dirige a los ciudadanos para decirles qué deben hacer) y, por otro lado, se pretende verificar si esa voluntad contraria a Derecho se concreta mediante la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, lo que se refiere al

⁴⁵⁶ WELZEL, *Strafrecht*, 11.^a ed., 1969, 31 ss. (=DP. PG., 1970, 92 ss.)

⁴⁵⁷ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 105 (=Teoría de las normas, 1977, 140).

⁴⁵⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 336.

⁴⁵⁹ ENGISCH, *FS-DeutscherJuristentag*, 1960, 415. Antes, VON HIPPEL, *Strafrecht*, II, 1930, 187, n. 4, señaló: «No puede haber duda alguna de que en la extensión más amplia también los niños y los enfermos mentales serán influidos por las prescripciones del derecho, es decir, exactamente de la misma manera que los adultos capaces de imputación». Sobre esto, KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 125, n. 122 (=Teoría de las normas, 1977, 166, n. 122), quien, contra VON HIPPEL, señala que «todo el que es motivado realmente por una norma, es imputable (capaz de voluntad), o sea, en el sentido de Binding, capaz de acción, por lo menos, con relación a la acción u omisión motivada, es decir, para el caso concreto». ENGISCH, *FS-DeutscherJuristentag*, 1960, 415, n. 35, considera que la crítica de Armin KAUFMANN a VON HIPPEL es parcialmente correcta. Así, parece estar de acuerdo con el primero cuando este afirma que «la cuestión del destinatario de la norma nada tiene que ver con la determinabilidad a través de la norma en el caso concreto». Luego ENGISCH señala que «sin embargo, von Hippel quiere decir correctamente que la norma puede extenderse ampliamente por sobre el círculo de los capaces de imputación establecidos de lege lata, pues en vista de la determinabilidad real también del que no es capaz de imputación, es absolutamente sensato dirigirse a todos sin exclusión de los no capaces de imputación. Intercambiar al concepto jurídico de la capacidad de imputación por un concepto «óntico» e interpretar también a los niños y a los enfermos mentales como «capaces de imputación», por lo que ellos podrán ser motivados de facto a través de las normas, en mi opinión, no procede».

⁴⁶⁰ Al respecto, por todos, ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 10/93.

desvalor del resultado (valoración de un determinado estado o resultado). De esta manera, la doctrina mayoritaria, que adopta una concepción dualista del injusto penal, sugiere la existencia de dos normas situadas una al lado de otra, que tienen como objeto de referencia dos elementos distintos: la norma de determinación a la conducta y la norma de valoración a un determinado estado de cosas⁴⁶¹. Esta orientación dualista, surgida de un amplio debate (que ocupó los esfuerzos de muchos penalistas durante el siglo XX⁴⁶²), permite entender que en el ámbito del injusto penal se produce entonces un doble juicio de desvalor, tanto sobre la acción (infracción de la norma de determinación) como sobre el resultado (infracción de la norma de valoración)⁴⁶³.

4.2. Esta forma de edificar el concepto de injusto desde una teoría de la norma, a mi modo de ver, parece no ofrecer una explicación más profunda, pese a las inquietudes que emanan de esa manera de proceder. Así, aunque se ha adoptado generalmente una posición conciliadora sobre el asunto (esto es, una orientación dualista para entender el injusto penal), esto no significa que los problemas se hayan superado. La opinión dominante en la actualidad parece admitir una concepción de la norma jurídico-penal como una norma de determinación, sin que ello suponga la exclusión de una norma de valoración, que constituiría el *prius* lógico de aquella⁴⁶⁴. Se evidencia, entonces, una vinculación entre dos «normas», sobre la que, al parecer, no se ha reflexionado lo suficiente. Por esto, surgirían las siguientes preguntas: ¿se tratan de dos normas distintas?⁴⁶⁵ ¿se tratan de dos funciones

⁴⁶¹ Por todos, HAAS, en: KAUFMANN, M./RENIKOWSKI (Eds.), *Zurechnung*, 2004, 203 (=InDret, 1/2016, 12); RENIKOWSKI, en: BOROWSKI/PAULSON/SIECKMANN, *Rechtsphilosophie*, 2017, 636.

⁴⁶² Sobre esta discusión, ampliamente conocida, entre un concepto de injusto fundado en el desvalor del resultado y un concepto de injusto sostenido en el desvalor de acción, SCHÜNEMANN, en: SCHÜNEMANN (Comp.), *Sistema*, 1991, 75 ss.; LAURENZO COPELLO, *Resultado*, 1992, 17 ss. La discusión sobre si la norma era de valoración o de determinación era en realidad una polémica sobre la naturaleza de la norma de conducta o norma primaria, esto es, de una norma dirigida al ciudadano (en contraposición a la que se dirige al juez, denominada norma de sanción o norma secundaria).

⁴⁶³ Por lo que es posible decir que el concepto de injusto personal (en el que no se han admitido completamente los postulados del finalismo y se han integrado las consideraciones de la imputación objetiva) se mantiene en el pensamiento dominante. Por todos, HIRSCH, ADPCP 2005, 11, n. 13.

⁴⁶⁴ Al respecto, por todos, AST, *Normentheorie*, 2010, 11; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, DP. PG., 9.ª ed., 2015, 327; LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 1/42 ss.

⁴⁶⁵ Ejemplo de esto, por todos, constituye el planteamiento de RÖTTGER, *Unrechtsbegründung*, 1993, 227, quien señala que de la norma de conducta se deducen tanto una «norma de valoración» como una «norma de determinación». Ya se ha visto que la distinción entre norma de valoración y norma de determinación proviene de MEZGER, GS 89 (1924), 207 ss., 241 ss., aunque con un objetivo distinto: situar la primera en la base del injusto y la segunda en la base de la culpabilidad. Por su parte, ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 10/93, se limita a decir que «en la base del injusto» se encuentra tanto una norma de determinación como una norma de valoración.

de una misma norma?⁴⁶⁶ ¿cuáles son las consecuencias de una u otra orientación? Si se entiende que el injusto equivale a antinormatividad, entonces se estaría hablando, si es que se postula la separación entre una norma de valoración y una norma de determinación, no de la infracción de una norma, sino de dos normas distintas⁴⁶⁷. Esto supondría admitir la existencia independiente de una norma de valoración y de una norma de determinación, lo que, consecuentemente, debería llevar no solo a discutir acerca de la idoneidad de hablar de una «norma» que se limita a valorar (cuestión que, como se expone más adelante, es insostenible), sino también que, vista desde un enfoque pragmático, la norma de determinación requeriría siempre de un destinatario idóneo, por lo que la extendida opinión de que la norma «se dirige a todos»⁴⁶⁸ quedaría por lo menos cuestionada (y ya se verá en un momento posterior que esta comprensión de una norma «abstracta y general» no puede

⁴⁶⁶ Por todos, ZIMMERL, *Tatbestand*, 1928, 5 («(...) si, en primer lugar, se entienden a las normas jurídicas como normas de valoración, esto no supone excluirlas de la concesión del carácter de normas de determinación en segundo lugar»); GALLAS, *FS-Bockelmann*, 1979, 158; GÜNTHER, H. L., *Strafrechtswidrigkeit*, 1983, 99 ss.; PERRON, *Rechtfertigung*, 1988, 30, 33; LIPPOLD, *Reine Rechtslehre*, 1989, 212 («Se puede (...) distinguir entre la función de valoración y la función de determinación de las normas penales. Aunque distintas, se tratan de dos funciones de la misma norma»); JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª ed., 1996, 237 (=DP. PG., 2002, 254) («(...) las proposiciones jurídicas tienen un doble carácter: como imperativo son normas de determinación y como escala para el enjuiciamiento jurídico de la conducta son normas de valoración»); MIKUS, *Verhaltensnorm*, 2002, 21 («A la norma de conducta le corresponde una función de valoración y una función de determinación»); AST, *Normentheorie*, 2010, 11 («indica ambas funciones de toda norma de conducta, por un lado, la función como factor de determinación de conductas y, por otro, como medida o baremo de valoración para quienes enjuician»); SCHNEIDER, A., *Verhaltensnorm*, 2011, 36 («Las normas de conducta tienen dos funciones: una función de valoración y una función de determinación»); RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, 238 («La función de valoración y la de determinación son aspectos inseparablemente vinculados de una única norma de conducta») (resaltado en el original); en: MATT/RENIKOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, previo a § 13/12 («La función valorativa de la norma de conducta se diferencia de la función de determinación prospectiva. De manera retrospectiva, las normas de conducta funcionan como medida o baremo de valoración para el aplicador del Derecho, al describir ella el objeto de la imputación»); LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 1/43 («(...) también puede entenderse la norma penal, según veremos, como combinación de ambos aspectos, que es la posición correcta»).

⁴⁶⁷ Así también, MIR PUIG, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. II, 2008, 1312.

⁴⁶⁸ La idea de la norma dirigida a todos se sostiene en la teoría general del derecho a partir del frecuente reconocimiento de que las normas jurídicas son «generales» y «abstractas». Al respecto, por todos, BOBBIO, *Contribución*, 1980, 298; LUMIA, *Principios*, 1993, 38.). Así, mientras el carácter «general» de la norma se desprende del hecho de que esta se dirige «a toda clase de sujetos que se encuentren en la misma situación» (LUMIA, *Principios*, 1993, 38.), la naturaleza «abstracta» de la misma implica que esta consiste en una norma que regula «toda clase de acciones que tengan el mismo contenido» (LUMIA, *Principios*, 1993, 38.). De esto cabe deducir entonces que la norma es general desde la perspectiva de su destinatario y es abstracta desde la perspectiva de la acción prescrita. En la medida que en el ámbito de la teoría del derecho la caracterización de las normas jurídicas como generales y abstractas ha sido un argumento útil para diferenciar a las normas jurídicas de otras manifestaciones del lenguaje directivo o prescriptivo (órdenes o mandatos singulares; por ejemplo, ROSS, *Directives*, 1968, 41 ss., entendiéndose a las órdenes como «directivas personales» mientras que las normas son «directivas impersonales»), tal caracterización posiblemente haya sido trasladada directamente al Derecho penal, ámbito en el que la común afirmación de que la norma jurídico-penal «se dirige a todos» logró arraigarse.

seguir siendo mantenida)⁴⁶⁹. Por otro lado, si se tratase de una misma norma de la que se deducen funciones distintas, resultará difícil asociar a una mera «función» la idea de infracción: en la medida de que una «función» necesita de un objeto de referencia del que se predique que tal función se lleva a cabo o no (y si, de ser realizada, se produce de manera satisfactoria o no), no es esa «función» la que es enjuiciada desde la óptica del binomio «vigencia»/«infracción», sino que lo sería el mencionado objeto de referencia⁴⁷⁰. En todo caso, la opinión ampliamente mayoritaria parece ser la que entiende a la valoración y a la determinación solo como funciones de una misma norma. De esta comprensión se deriva una posición aparentemente conciliadora que, lejos de poner un punto final a la discusión (considerando inclusive que no sería de gran trascendencia discutir sobre el asunto⁴⁷¹), encubre el hecho de que aún parece estar pendiente una explicación sobre cómo compatibilizar la idea de la norma (específicamente, de la norma de determinación, que en esta investigación se admite como correcta) con la arraigada distinción entre injusto y culpabilidad⁴⁷².

5. En cuarto lugar, la distinción entre injusto y culpabilidad se mantiene por las distintas perspectivas sobre las que pretenden sostenerse: el injusto se evalúa desde la perspectiva de la dañosidad o lesividad social y la culpabilidad se determina desde la perspectiva de la

⁴⁶⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 63, n. 46, señala :«(...) incluso entre quienes defienden una concepción de la norma como norma de determinación de conductas es habitual complementar el aspecto prescriptivo con el valorativo y, lo que es más importante, a la hora de determinar el contenido de la norma prescriptiva en la antijuridicidad acaban refiriéndose en términos ambiguos a un deber general –la prohibición o el mandato– dirigido a todos los destinatarios sean cuales sean sus características y con idéntico contenido, que serviría de patrón en las relaciones intersubjetivas, en el que no se tienen en cuenta las circunstancias de posible eficacia de la prescripción, con lo que en último extremo su posición se acaba confundiendo con la de la norma de valoración».

⁴⁷⁰ Sobre la noción de «infracción» y, concretamente, la de «infracción de una norma», *infra* Cap. IV. Aquí vale la pena destacar que ya BINDING, GS 76 (1910), 8-9, había señalado que la norma no tenía una función valorativa, aunque sí contenía una valoración. En ese sentido, el juicio valorativo que permite la aparición posterior de una norma (esto es, del mensaje prescriptivo) constituye algo distinto a la idea de que la norma sea una mera valoración. Con esto BINDING se apartaba de los planteamientos de THON, pues en última instancia pretendía negar que entender a la norma como una valoración justificaba la idea de que la norma «se dirige a todos» (incluidos los incapaces de imputación). Como se puede observar de la descripción de la evolución del pensamiento de BINDING, este finalmente sucumbió ante la idea de que la norma «se dirige a todos» (aunque nunca dejó de reconocer que el deber solo se impone a quien es capaz de actuar u omitir).

⁴⁷¹ Así, por ejemplo, MIKUS, *Verhaltensnorm*, 2002, 21, n. 14, que, reconociendo que la norma tiene una función de valoración y otra de determinación, señala (sobre la orientación que concibe a la norma de valoración y a la norma de determinación como dos normas distintas) que «la creación de categorías independientes de normas, sin embargo, no contiene más que una diferencia terminológica a la concepción aquí expuesta».

⁴⁷² GRECO, GA 2009, 645.

reprochabilidad personal⁴⁷³. Dicho de otra manera, mientras el injusto se refiere al hecho, la culpabilidad alude al autor. Esta descripción aparentemente sencilla no debe ocultar, sin embargo, que, en asuntos concretos, en el injusto reside «una mezcla de elementos objetivo-sociales y subjetivo-individuales difícil de describir y aún más de desentrañar»⁴⁷⁴. Dejando de lado por ahora las cuestiones referidas a las subcategorías integradas en el injusto, busco aquí centrarme en este como categoría en sí, previa e independiente de la culpabilidad. Pues bien, sobre el injusto será posible sostener –mirando en retrospectiva toda la evolución dogmática– que se exhibe como un producto de la teoría del bien jurídico, así como de la definición de la protección de bienes jurídicos como fin del Derecho penal⁴⁷⁵. Esto, por lo menos a primera vista, evidencia una fundamentación del injusto «distinta» a la que tradicionalmente recurre a la norma y que, en mi opinión, merece una explicación más amplia en la que es posible incluso recurrir a consideraciones de ética normativa⁴⁷⁶. En efecto, una teoría de la protección de bienes jurídicos y la correspondiente finalidad del Derecho penal consistente en protegerlos refleja esencialmente una orientación propia de la ética consecuencialista⁴⁷⁷. Esto puede ser percibido con bastante claridad en el ámbito del injusto, especialmente, en el principio del interés preponderante⁴⁷⁸ (que esencialmente señala que, en el caso de un conflicto de intereses, el Derecho debería solucionar tal conflicto a favor de la protección del interés

⁴⁷³ Al respecto, por todos, SCHÜNEMANN, en: SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.) y SILVA SÁNCHEZ (Ed.), *Fundamentos*, 1995, 214, ss.; ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 7/14-22, 59, 81; 10/21; 14/11; JAREBORG, en: ESER/FLETCHER, *Rechtfertigung*, t. I, 1987, 415 ss., 430 ss.; HÖRNLE, en: HEFENDEHL (Ed.), *Fundamente*, 2005, 105 ss.; GRECO, GA 2009, 639; SILVA SÁNCHEZ, InDret 3/2014, 2. La distinción entre dañosidad social y reprochabilidad individual se acuñó en el marco del concepto neoclásico del delito. Al respecto, FREUND, en: JOECKS/MIEBACH, MK, 3.^a ed., 2017, previo a § 13/9.

⁴⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, InDret 3/2014, 2.

⁴⁷⁵ Así, por todos, GRECO, GA 2009, 646; DE SOUSA MENDES, *FS-Wolter*, 2013, 271.

⁴⁷⁶ En este punto es importante señalar que la ética normativa (como ámbito parcial de la filosofía ética) se ocupa de las preguntas: ¿qué conducta puede ser considerada moralmente correcta? ¿qué motivaciones subyacen a esa conducta? ¿hay principios generales que pueden ser considerados como un criterio de medición para la conducta correcta? Pues bien, generalmente se distinguen distintas teorías morales en la ética normativa, a partir de cómo se fundamenta una conducta como moralmente correcta. Estas teorías morales son: la ética consecuencialista, la ética deontológica y la ética de las virtudes.

⁴⁷⁷ Al respecto, GRECO, GA 2009, 645, que señala que la teoría de protección de bienes jurídicos y el establecimiento de la finalidad del Derecho penal como de protección de bienes jurídicos responderían a una comprensión consecuencialista. DE SOUSA MENDES, *FS-Wolter*, 2013, 272 ss. señala correctamente que tal comprensión puede encontrarse en JHERING.

⁴⁷⁸ La teoría del interés preponderante, formulada por MEZGER, se sostiene tanto sobre el principio del interés preponderante (ámbito en el que quedan situadas al menos la legítima defensa y el estado de necesidad) como sobre el principio de ausencia de interés (ámbito en el que radica al menos el consentimiento de la víctima). Al respecto, por todos, ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 14/40. Sobre la relación entre la teoría del interés preponderante y el planteamiento normológico de MEZGER (esto es, el sostenimiento de las categorías del injusto y la culpabilidad en las normas de valoración y de determinación, respectivamente), WILENMANN, *Justificación*, 2017, 42 ss.

que se considere más valioso)⁴⁷⁹. Ese principio se descubre, al parecer, no solo como criterio esencial en el marco de las causas de justificación⁴⁸⁰ (lo que se verifica al sostener que el estado de necesidad justificante (art. 20.5 CP, § 34 StGB) es la causa de justificación más significativa⁴⁸¹, que además se toma como criterio rector para la interpretación de las otras causas de justificación⁴⁸²), sino que inclusive parece haber ingresado en el ámbito de la tipicidad (principalmente, en la denominada «teoría de la imputación objetiva»)⁴⁸³. Pero no solamente en estos ámbitos parece tener efectos una orientación consecuencialista. En el ámbito de la justificación de la pena estatal, se ha rechazado el retribucionismo, entre otras razones –todas ellas, desde mi punto de vista, bastante rebatibles⁴⁸⁴–, sosteniendo que esta orientación tendría que renunciar al principio liberal del daño o de lesión de bienes jurídicos⁴⁸⁵.

6. En quinto lugar, en la doctrina se reconoce que, si hay un elemento genuinamente penal que debe concurrir como condición para la imposición de la pena, ese es el de la culpabilidad⁴⁸⁶. Si se mira nuevamente el desarrollo histórico-dogmático, habría que darle

⁴⁷⁹ GÜNTHER, H. L., *Strafrechtswidrigkeit*, 1983, 255, quien señala: «Las razones que llevan a la exclusión del injusto penal se basan en una ponderación entre los intereses de la víctima afectada y la generalidad a una protección penal de un bien jurídico, por un lado, y, por otro, el interés del autor y de la generalidad a la protección frente al Derecho penal».

⁴⁸⁰ WILENMANN, *Justificación*, 2017, 38, reconoce que, si la teoría del interés preponderante es llevada al extremo, «la doctrina tradicional debiera tender a una reconstrucción completamente consecuencialista de las causas de justificación». Una perspectiva consecuencialista era especialmente reconocida en la dogmática alemana de fines del siglo XIX e inicios del XX. Al respecto, PAWLIK, *Notstand*, 2002, 34 ss.

⁴⁸¹ Al respecto, por todos, SEELMANN, *Verhältnis*, 1978, 32; MONTENBRUCK, *Notwehr*, 1983, 47 ss.; LENCKNER, GA 1985, 295 ss.

⁴⁸² Al respecto, SEELMANN, *Verhältnis*, 1978, 32 ss.; ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 14/48.

⁴⁸³ HAAS, en: KAUFMANN, M./REZIKOWSKI (Eds.), *Zurechnung*, 2004, 203 (=InDret, 1/2016, 12).

⁴⁸⁴ Un recuento de las comunes argumentaciones en contra del retribucionismo en GRECO, en: GRECO/MARTINS (Coords.), *EH-Juarez Tavares*, 2012, 270 ss.

⁴⁸⁵ Al respecto, GRECO, en: GRECO/MARTINS (Coords.), *EH-Juarez Tavares*, 2012, 278, quien señala: «(...) la tesis retributivista, por considerar irrelevante para la justificación de la pena que ella genere alguna ganancia, es corolario de un principio que, por tanto, está en contradicción con otro importante principio del liberalismo jurídico-penal, el de que solo aquello que genera un daño social o una lesión a un bien jurídico puede ser penado».

⁴⁸⁶ Ya KLEIN, *Grundsätze*, 2.ª ed., 1799, § 120, consideraba que la responsabilidad penal debía constituirse como culpabilidad: una relación entre el resultado y la voluntad del autor, esto es, una «relación de culpabilidad». Al respecto, BELING, *Verbrechen*, 1906, 46 ss.; KOHLRAUSCH, en: ASCHROTT/VON LISZT, *Reform*, 1910, 184; BINDING, *Normen*, t. II, 2.ª ed., 1914, 294; GRAF ZU DOHNA, *Aufbau*, 1.ª ed., 1936, 39; WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, 139 (=DP. PG., 1970, 198); KAUFMANN, Arthur, *Schuldprinzip*, 2.ª ed., 1976, 149; KÖHLER, AT, 1997, 348 ss.; FREUND, en: JOECKS/MIEBACH, MK, 3.ª ed., 2017, previo a § 13/3. Al respecto, señala MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 196, que «La verdadera revolución en el Derecho penal no es la moderna teoría del delito, por más que ésta pueda ser una revolución en su exposición sistemática, sino la afirmación del principio de culpabilidad como base de la responsabilidad penal. Y esto es mucho más antiguo que la teoría del delito: al menos desde que la teoría de la imputación procedente del derecho natural se integró en la teoría del delito nos encontramos ya en ese estadio «moderno» de la ciencia penal».

la razón a NAGLER, quien señaló que el abordaje de la culpabilidad y de la pena suponía concentrarse en la persona del infractor («*Person des Verletzters*»), cuestión que explica que los penalistas hayan concentrado su atención en un injusto culpable (a diferencia de los civilistas que, al centrarse en el «punto de vista del lesionado» («*Standpunkt des Verletzten*»), dirigieron la mirada a lo objetivo para responder la pregunta sobre lo jurídicamente desaprobado)⁴⁸⁷. Con todo, el propio Derecho penal, nutrido desde sus mismos orígenes por el principio de culpabilidad, al parecer, ha sido testigo de las múltiples reubicaciones de tal elemento en el marco del sistema: la culpabilidad se ha ubicado en la acción (HEGEL), en el injusto (MERKEL, BINDING en su primera etapa), se ha constituido como una categoría autónoma posterior a la antijuridicidad (VON LISZT, MEZGER, WELZEL, ROXIN) y en la actualidad algunos proponen su indisolubilidad del injusto (JAKOBS, LESCH, PAWLIK). La exposición histórico-dogmática realizada en el presente capítulo ha dejado en evidencia que el enclavamiento de la culpabilidad ha estado sometido a los vaivenes de una específica comprensión normológica. Pero no solo eso: el paso del siglo XIX al siglo XX fue fundamental para la transformación del entendimiento de un concepto estrechamente ligado al de culpabilidad: a saber, el concepto de imputación. En efecto, la trascendencia de la admisión del positivismo naturalista en el Derecho penal (centrado en la idea de la causalidad) permitió, en el marco del mencionado cambio de siglo, el abandono de un concepto de imputación con bases filosóficas por un concepto de imputación desarrollado en función de conexiones empírico-causales (que dio origen a la categoría de la imputabilidad como primer escalón de la culpabilidad⁴⁸⁸). La pérdida de trascendencia de la teoría clásica de la imputación⁴⁸⁹, entonces, dio paso a la distinción entre injusto y culpabilidad: la necesidad de analizar el hecho, primero, desde una perspectiva externa-objetiva (causalismo naturalista) y luego, valorativa, desde la perspectiva de su lesividad (causalismo valorativo), para consolidar la categoría del injusto, parecía ir en contra del concepto de imputación, cuyo ámbito natural (por lo menos hasta la irrupción del positivismo naturalista en el Derecho penal) siempre fue la

⁴⁸⁷ NAGLER, *FS-Binding*, t. II, 1911, 338-339.

⁴⁸⁸ Al respecto, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 15.

⁴⁸⁹ El concepto de «imputación» ocupó un lugar central en la doctrina del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII y en los penalistas hegelianos del siglo XIX. Sin embargo, con la aparición y desarrollo del naturalismo positivista en el Derecho penal, con gran influencia en Alemania de VON LISZT, el mencionado concepto perdió trascendencia. Al respecto, VON DER LINDE, *Rechtfertigung*, 1988, 44, quien señala que la separación categorial entre injusto y culpabilidad se ha desarrollado de manera independiente de la problemática de la imputación.

culpabilidad (en el que se decidía la responsabilidad personal)⁴⁹⁰. El concepto de imputación (si se entiende como la vinculación de un hecho a la actuación libre de un individuo) carece indudablemente de trascendencia para la construcción de un concepto de injusto en el que no se toman en cuenta las cualidades específicas del autor. En ese sentido, posiblemente el punto más alto (y más claro) en el desarrollo de la distinción conceptual entre injusto y culpabilidad haya sido aquel en el que se admitió un concepto empobrecido de acción, limitado a sus alcances causales⁴⁹¹. Pero la culpabilidad es también un concepto estrechamente ligado con la propia noción de individuo que se tenga como punto de partida. Así, si se tiene como objeto de referencia a un individuo como sistema psico-físico, la imputación, como componente de la culpabilidad, hará referencia a un juicio psicológico, esto es, a la relación psíquica entre el autor con su hecho⁴⁹². Sin embargo, si se tiene un concepto de individuo construido normativamente, esto es, de persona, entonces los hechos psíquicos quedan de lado para atender a una relación normativa del autor con su hecho⁴⁹³.

7. Al hilo de lo acabado de señalar, puede ser importante aquí proponer algunas ideas sobre el concepto de «imputación», sin perjuicio de lo que sobre el mismo se pueda exponer en los capítulos posteriores⁴⁹⁴. La idea de la imputación es bastante conocida en el ámbito del Derecho penal: antes de la aparición del pensamiento clasificatorio que hoy gobierna la comprensión del delito⁴⁹⁵, la doctrina clásica de la imputación de la filosofía moral había sido utilizada para fundamentar la responsabilidad: permitía distinguir entre acciones voluntarias (hechos humanos) e involuntarias (hechos fortuitos o meramente físicos). Así,

⁴⁹⁰ La idea de que la persona es el sujeto de la imputación constituye el núcleo del desarrollo de la teoría del delito a lo largo del siglo XIX. Para este desarrollo fueron fundamentales las reflexiones de KANT, quien estableció como centro de imputación en el Derecho penal a la persona en un sentido moral. Vale la pena mencionar que las reflexiones de KANT ingresaron al Derecho penal por medio de FEUERBACH, aunque la condición de kantiano de este último es algo que se pone en tela de juicio. En lo que se refiere a la teoría de la imputación, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 258, niega que la comprensión de FEUERBACH sea kantiana en sentido estricto.

⁴⁹¹ Precisamente, la incorporación de un concepto de acción, limitado a su aspecto externo, constituyó un intento de superación de la comprensión puramente objetiva del injusto.

⁴⁹² Al respecto, LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, 4, quien vincula este planteamiento con FEUERBACH, para quien el sujeto era entendido como un sistema psico-físico, por lo que la imputación era un juicio psicológico (por lo tanto, una imputación subjetiva), esto es, una relación psicológica entre el autor y el hecho.

⁴⁹³ Así, por todos, JAKOBS, *ZStW* 107 (1995), 850 ss.; LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, 4. Este planteamiento, como se ha explicado, evoca las reflexiones de HEGEL.

⁴⁹⁴ Sobre la existencia de un renacimiento del interés por la imputación en la dogmática jurídico-penal, en ciertos planteamientos de orden político-criminal y en algunas orientaciones de la Filosofía práctica, véase SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 2 ss.

⁴⁹⁵ Algunos autores señalan que las doctrinas de la imputación contribuyeron a la elaboración y presentación sistemática del Derecho penal. Al respecto, por todos, SCHAFFSTEIN, *Verbrechen*, 1930, 17, 22 y 37.

las cosas, aunque la teoría de la imputación entró en decadencia en la segunda mitad del siglo XIX debido a la progresiva importancia del pensamiento causal⁴⁹⁶, el neokantismo⁴⁹⁷ –ya en el siglo XX– permitió la aparición de planteamientos cercanos a la teoría de la imputación (a partir de los planteamientos de LARENZ⁴⁹⁸, HONIG⁴⁹⁹, H. MAYER⁵⁰⁰ y HARDWIG⁵⁰¹). Sin embargo, el momento crucial para el renacimiento de la idea de imputación en el Derecho penal se reveló mediante las ideas de ROXIN en los años sesenta, principalmente, con el surgimiento de la teoría de la imputación objetiva, cuyo posterior desarrollo por otros autores (entre ellos JAKOBS⁵⁰² y FRISCH⁵⁰³) ha permitido, desde finales del siglo XX, una normativización de las categorías de la teoría del delito⁵⁰⁴. Por esto, creo posible decir que la idea de imputación vigente en la actualidad está claramente distanciada de la idea de imputación propia de la filosofía moral: la «imputación» ha adquirido importancia en las últimas décadas para hacer referencia a algo distinto, a saber, el contenido de sentido de una acción en el marco de la denominada «teoría de la imputación objetiva». En todo, caso, pese a que el término «imputación», al parecer, posee en la

⁴⁹⁶ A mediados del siglo XX, HARDWIG, *Zurechnung*, 1957, 4, señaló que en los tratados de la época el concepto de imputación «se utiliza realmente solo en relación con el concepto de capacidad de imputación (*Zurechnungsfähigkeit*)», concepto conocido también como imputabilidad. Autores como HÄLSCHNER, *Strafrecht*, t. I, 1881, 227 ss., o WÄCHTER, *Deutsches Strafrecht*, 1881, 129 ss., emplearon el concepto de imputación de manera más amplia. Esto, sin embargo, cambió con el paso del tiempo. Es interesante la reflexión de HARDWIG, *Zurechnung*, 1957, 4, n. 10, quien sostuvo que: «con los hegelianos desapareció también el problema de la imputación como problema general. La ocupación con el concepto de imputación como concepto general sistemático se desplazó desde entonces a la historia del Derecho».

⁴⁹⁷ Debe señalarse, sin embargo, que si bien en esta etapa se reintrodujo el concepto de imputación en la ciencia jurídicopenal (lo cual se explica por el hecho de que en el neokantismo se introdujeron criterios valorativos, con los que se pretendía superar al causalismo naturalista), tal concepto poseía un contenido distinto al que había tenido en la etapa de los representantes del Derecho natural y en la etapa de los penalistas hegelianos. Al respecto, SÁNCHEZ OSTIZ, *Imputación*, 2008, 15.

⁴⁹⁸ LARENZ, *Zurechnungslehre*, 1927, 1 ss.

⁴⁹⁹ HONIG, *FG-Frank*, t. I, 1930, 174 ss.

⁵⁰⁰ MAYER, H., AT, 1967, 101 ss.

⁵⁰¹ HARDWIG, *Zurechnung*, 1957, 11 ss.

⁵⁰² JAKOBS, AT, 2.^a ed., 1991, 6/1 ss. (=DP. PG., 1997, 6/1 ss.); *Imputación objetiva*, 1996, 89 ss.

⁵⁰³ FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, 1988, 23 ss. (=Comportamiento típico, 2004, 37 ss.); *Tipo penal*, 1995, 15 ss.; *FS-Roxin*, 2001, 213 ss. (=en: FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar*, 2004, 19 ss.); GA 2003, 719 ss.; *Imputación objetiva*, 2015, 41 ss.

⁵⁰⁴ La teoría de la imputación objetiva constituye, en opinión de muchos autores, la expresión máxima de lo que en la ciencia jurídico-penal se ha llamado como «funcionalismo» o «pensamiento teleológico-racional» y se ha convertido en uno de los temas centrales de la teoría del delito por lo menos en los últimos cuarenta años. Si bien en un primer momento estuvo orientado a definir el nexo entre una acción y un resultado con criterios normativos (superadores de la mera relación de causalidad), presentando una oposición férrea al método axiomático-deductivo propio del finalismo, en la actualidad ha permitido todo proceso de normativización del tipo (renormativización de la teoría del delito), de tal manera que abarca también una serie de aspectos de gran relevancia, como el enjuiciamiento de la propia conducta peligrosa, la intervención de la propia víctima en el hecho. Al respecto, SCHÜNEMANN, GA 1999, 207 (=Temas actuales, 2002, 70), señala que el significado fundamental adquirido por la teoría de la imputación objetiva es comparable al del finalismo en las décadas anteriores a los años setenta o al concepto de causalidad en la época del naturalismo jurídico-penal.

actualidad un carácter polisémico⁵⁰⁵, considero posible destacar dos orientaciones que sobre él pueden reconocerse en la doctrina jurídico-penal: un concepto «amplio» de imputación, con el que se quiere reinterpretar el concepto de delito, y un concepto más «restringido», referido esencialmente a la imputación de resultados (la ampliamente difundida «teoría de la imputación objetiva»)⁵⁰⁶. Como se verá más adelante, cada una de estas orientaciones se proyecta de manera particular sobre la propia estructura del concepto de delito: mientras el concepto «amplio» de imputación puede promover una comprensión del delito en el que en última instancia no se distinga entre injusto y culpabilidad⁵⁰⁷, a la manera del pensamiento conceptualizante, el concepto «restringido», compatible con un pensamiento clasificatorio o separador, tendría que explicar cómo es que se puede afirmar una imputación (no solo objetiva, sino también subjetiva) antes de constatar la imputabilidad (capacidad de imputación)⁵⁰⁸. En esta investigación, como puede preverse, interesa no solo comprender cada una de estas orientaciones, sino también analizar su relación con la teoría de las normas.

8. En atención a todo lo expuesto, considero posible concluir estas aproximaciones iniciales haciendo referencia a cómo entiende la opinión dominante en la actualidad el concepto de delito. Más allá de las discusiones referidas a la relación entre el tipo y la antijuridicidad (lo que repercute en la defensa de posiciones tradicionalmente denominadas «bipartitas» y «tripartitas»)⁵⁰⁹, queda claro que mayoritariamente se admite la distinción categorial entre injusto y culpabilidad, como expresión máxima de un «pensamiento separador» («*Trennungsdenken*»). Con esa distinción, como puede preverse, se mantienen las reflexiones básicas desarrolladas por el finalismo, aunque acompañadas del concepto de

⁵⁰⁵ Al respecto, MIR PUIG, RECPC 05-05 (2003), 10. También, JOSHI JUBERT, *EPH-Gimbernat*, t. I, 2008, 1077, señala que en la actualidad es bastante común leer expresiones como «imputación a la conducta típica», «imputación en los delitos de omisión», «imputación al dolo», «imputación a la imprudencia» (siendo común el término «imputación subjetiva» para abarcar a los dos últimos), «imputación en la relación de autoría y participación», «imputación personal», «imputación de primer nivel», «imputación de segundo nivel», «imputación ordinaria», «imputación extraordinaria», etc. Por su parte, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Libertad*, 2014, 53, quien dice: «En el ámbito de la dogmática del Derecho penal se percibe un uso tan frecuente del término “imputación” y derivados que da la impresión de que no hay teoría del delito que pueda prescindir de tal concepto. Sin embargo, puesto que un término que designe indistintamente demasiados significados va perdiendo capacidad de distinguir, puede suceder que “imputación” designe tantos contenidos, que se esté diluyendo su sentido. Cuanto más variados contenidos designe, menos precisión aportará y dejará entonces de ser relevante para las construcciones doctrinales».

⁵⁰⁶ Sobre estas dos orientaciones, *infra* Cap. II, 2.

⁵⁰⁷ Como se ha señalado antes, este es el planteamiento de JAKOBS, *System*, 2012, 24.

⁵⁰⁸ Al respecto, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, XX, n. 4.

⁵⁰⁹ En mi opinión, la posición «bipartita» es la concepción correcta, si es que se toma en serio el punto de partida asumido: una teoría de la norma como norma de determinación.

imputación que, al parecer, se disgrega en distintos niveles, incardinándose así en cada una de las categorías: acción, tipicidad subjetiva, imputabilidad y conocimiento de la antijuridicidad⁵¹⁰. En efecto, en primer lugar, se imputa a título de ilícito, como infracción de un deber, un comportamiento que realiza los elementos del tipo (y que, como mínimo, queda en tentativa). En segundo lugar, se imputa el injusto a su autor a título de culpabilidad. Cada una de estas categorías supone, a su vez, dos distintas capacidades: la imputación del injusto requiere una capacidad de acción (condiciones psicofísicas para evitar la realización del tipo), mientras que la imputación a la culpabilidad precisa de una capacidad de motivación (condiciones para poder actuar conforme a lo jurídicamente correcto y debido). Es posible observar, entonces, que no hay una separación estricta entre valoración e imputación⁵¹¹. Establecer las repercusiones que, en el marco del sistema acabado de describir, puede tener una argumentación normológica (que atienda, evidentemente, a las observaciones formuladas en líneas precedentes), constituye el objeto de esta investigación.

⁵¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, InDret 3/2014, 4. Esto explica, según el autor citado, que las anomalías psíquicas puedan ser relevantes normativamente ya en cualquiera de esas instancias en las que se disgrega la imputación. Si esto es así, la doctrina dominante, que distingue entre injusto y culpabilidad y considera, entre otras cosas, que las medidas de seguridad a inimputables requieren de la comisión de un hecho antijurídico (en el que residen la acción y el dolo), tendría que enfrentarse a escenarios en los que, por ejemplo, la enfermedad mental del sujeto peligroso le hace incurrir en un estado de ausencia de acción o en un error excluyente del dolo. Sobre la integración de la imputación objetiva en el marco de la teoría del injusto personal, SCHUMANN, H./SCHUMANN, A., *FS-Küper*, 2007, 543 ss.

⁵¹¹ Así, SILVA SÁNCHEZ, *LH-Mir Puig*, 2017, 879, quien afirma que la separación entre valoración e imputación, vigente en la concepción dominante, tiene razón (aunque signifique una «pérdida de rigor analítico»).

CAPITULO II

TEORÍA DE LA NORMA Y TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN EN EL DERECHO PENAL

1. Consideraciones preliminares.

1. En la teoría del Derecho se ha reconocido, principalmente por influencia de la filosofía jurídica neokantiana, que el Derecho es un sistema de mandatos y prohibiciones, es decir, de normas¹. Que el Derecho se caracterice, entonces, no por describir hechos, sino por ordenar conductas o, dicho de otra manera, por prescribirlas, constituye un punto de partida importante para esta investigación, sin perjuicio de las reflexiones que se puedan verter sobre la variedad irreductible de tipos de normas jurídicas, diferentes a las prescriptivas, que posiblemente existan en un sistema jurídico² (cuestión que aquí, aunque no pongo en duda, no puedo profundizar³). La comprensión de las normas desde una perspectiva prescriptiva («deóntica») resulta particularmente importante en el Derecho penal, precisamente, por la propia naturaleza de esta rama del Derecho, en la que se pretende prevenir la comisión de delitos mediante específicos preceptos de los que a la vez se extraen los comportamientos que se quieren evitar o promover y cuya realización o incumplimiento, respectivamente, constituye el presupuesto para la imposición de una pena⁴. De esta manera, la norma entendida por su carácter prescriptivo, esto es, como un directivo de conducta orientado al ciudadano, si bien constituye una comprensión que

¹ Por todos, KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., 1960, 31 ss.; ZIPPELIUS, *Methodenlehre*, 11.ª ed., 2012, 2. También, RAZ, *Concept*, 2.ª ed., 1980, 3, resalta que una de las características del Derecho (junto a su carácter institucionalizado y a su carácter coactivo) es su carácter normativo: «El Derecho es normativo en tanto sirve, y está hecho para que sirva, como guía de la conducta humana».

² Al respecto, por todos, MÜNZBERG, *Verhalten*, 1966, 1; ZIPPELIUS, *Methodenlehre*, 11.ª ed., 2012, 2; RODILLA, *Teoría del derecho*, 2013, 115.

³ Por esa razón, advierto aquí que en lo que sigue dejaré de lado la discusión relativa a si las normas del ordenamiento jurídico son siempre imperativas, al ser aquella una cuestión propia de la teoría general del Derecho cuyo desarrollo, aparte ser prescindible desde la perspectiva de los fines de esta investigación, supondría un esfuerzo demasiado intenso que se manifestaría en una innumerable (e innecesaria) cantidad de páginas. Aquí basta mencionar que en Derecho penal algunos autores se han manifestado al respecto, aunque sin profundizar en el asunto. Así, véanse las opiniones de MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 53 ss. (para quien la determinación de la norma como imperativa parece ser un asunto específicamente penal) y OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 72 (para quien, en el marco de la discusión, es necesario acudir a la teoría general del derecho). Más allá de lo debatible del asunto, considero correcta la afirmación de LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 41: «(...) lo que sí se puede afirmar es que las normas jurídicopenales son imperativos, normas de determinación con independencia de que toda norma jurídica sea o no un imperativo (...) incluso quienes niegan que todas las normas jurídicas sean imperativos, reconocen, claro está, que hay muchas que sí lo son, y se trataría simplemente de que en las normas punitivas concurre esa característica».

⁴ MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 5 s., donde dice: «(...) en Derecho penal no existen normas que no puedan concebirse imperativamente». También, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 398.

podría no representar una explicación exhaustiva del fenómeno normativo⁵, al reflejar la estructura principal dentro de cualquier sistema jurídico debe ser entendida aquí como imprescindible⁶. Por todo esto, aunque el concepto de norma, como casi todos los conceptos fundamentales en el Derecho, sea caracterizado como un concepto complejo y elusivo⁷ o se le atribuya una «diversidad de significaciones»⁸, puede ser entendido esencialmente desde la perspectiva de su carácter prescriptivo, esto es, de la dirección de la conducta (referida a un hacer o a un no hacer) del destinatario de la norma⁹. Con esto se verifica la condición predominante de las normas como directivas de comportamiento¹⁰, cuestión que, como punto de partida en esta investigación, ha de reconocerse como condición innegable e irrenunciable, al margen de otros asuntos que aún se encuentran en discusión y que forman parte de la polémica sobre los alcances del sistema normativo¹¹. Las normas, al constituirse como núcleo del Derecho, representan un elemento sin el que no se puede imaginar un ordenamiento jurídico¹².

2. La adopción de una concepción prescriptiva (imperativa) de la norma (que, adelante aquí, es la posición que se entiende como correcta en esta investigación) constituye solamente una forma de dilucidar lo que es un sistema jurídico. En ese sentido, a mi modo

⁵ Así, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 561, n. 13, quien afirma que esto sería así, entre otras cosas, porque dejaría fuera cuestiones fundamentales como el contexto de efectividad de los directivos de autoridad, o el cumplimiento regular de la norma por los ciudadanos, etc.

⁶ En la doctrina existe una gran cantidad de intentos de sistematización de las normas. Uno de los esfuerzos más importantes de sistematización de las normas jurídicas es el de VON WRIGHT, *Norm*, 1963, 1 ss. Al respecto, con múltiples referencias, BAYÓN MOHINO, *Normatividad*, 1991, 243 ss.

⁷ RODILLA, *Teoría del derecho*, 2013, 61 ss. Destaca también la falta de claridad del concepto de «norma», MEYER-CORDING, *Rechtsnormen*, 1971, 1.

⁸ BAYÓN MOHINO, *Normatividad*, 1991, 243.

⁹ Al respecto, es posible mencionar como ejemplo a VON WRIGHT, que ante las innegables complejidades que supone la elaboración de una teoría general de las normas, se limitó a diseñar una teoría de las prescripciones, siendo estas el modelo de norma al que los juristas están más acostumbrados. A partir de ello, VON WRIGHT, *Norm*, 1963, 7, define a las prescripciones como «órdenes o permisos dados por alguien desde una posición de autoridad a alguien en una posición de sujeto».

¹⁰ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 36 ss. (=Teoría de las normas, 1977, 47 ss.). Que las expresiones normativas son una modalidad del uso directivo (prescriptivo) del lenguaje es una idea que se encuentra reconocida ampliamente en la teoría del Derecho. Al ser las normas una clase de directivo (directivo de conducta), están íntimamente vinculadas con lo relacionado a los mandatos u órdenes (mandatos singulares). Se pueden reconocer, sin embargo, diferencias claras entre los mandatos singulares y las normas jurídicas, a saber, las (diferencias) que afectan al emisor, las que aluden a la determinación del contenido y las que se refieren al destinatario. Al respecto, por todos, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 537. Habla de la norma en su «sentido original» como una «pauta» («*Richtschnur*»), ZACZYK, GA 2014, 79. Sobre el origen etimológico de la palabra «norma» (y cómo desde su propio origen ya era posible reconocer en ella un sentido prescriptivo), RENZIOWSKI, en: BOROWSKI/PAULSON/SIECKMANN, *Rechtsphilosophie*, 2017, 636 s.

¹¹ Al respecto, con mayor detalle, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 536 ss.

¹² BAYÓN MOHINO, *Normatividad*, 1991, 247.

de ver, tal adopción resultaría criticable únicamente a partir de una comprensión distinta de la norma, conforme a la que sea posible obtener una mejor explicación de lo que es aquel sistema. Al respecto, vale la pena mencionar que los esfuerzos por interpretar los alcances de un sistema jurídico desde la perspectiva de normas distintas a las de carácter prescriptivo, hasta donde entiendo, no han tenido éxito¹³. Y esto es así pues si se piensa en un sistema de normas, este sería difícil de entender si es que no se considerara, dentro de aquel, un mínimo de normas que imponen deberes. El hecho de que otro tipo de normas puedan o no concurrir¹⁴, pero que siempre sea necesario contar con normas de carácter prescriptivo, permite visualizar, por lo menos de manera intuitiva, la posición básica y central que poseen tal clase de normas con respecto a las demás¹⁵. Esta aseveración no ha sido desconocida en el ámbito del Derecho penal. En efecto, en esta rama del derecho, por su propia naturaleza, se ha sostenido generalmente que las normas poseen un contenido prescriptivo. Pero ello no es todo: la prescripción que establece cómo debe comportarse el ciudadano a quien la norma se dirige no es un instrumento neutral, sino que debería ir acompañado de reflexiones previas referida a las finalidades de la norma y de la pena (como principal consecuencia de la infracción de la norma).

2. ¿Teoría del delito como teoría de la norma o como teoría de la imputación?

1. Se ha dicho antes que en el Derecho penal existen normas orientadas a la prohibición o al mandato de conductas, cuya realización u omisión, respectivamente, habilitaría la imposición de una pena. Este planteamiento representaría solo una abreviatura útil para describir la relación entre el delito y la pena, sobre cuyos respectivos contenidos aún queda mucho por decir. Sin embargo, lo que es importante destacar en este momento es que, en Derecho penal, junto a las normas antes mencionadas, existen también reglas o criterios que permiten la imputación de un hecho a un individuo y que, conforme a eso, permiten que se afirme con propiedad la existencia de una responsabilidad de naturaleza jurídico-penal de tal individuo por el hecho cometido. Por tanto, frente a las diversas teorías de la

¹³ La importancia de la norma como directivo de conducta puede verificarse en el hecho de que cada cierto tiempo aparecen construcciones doctrinales orientadas a reconducir todas las disposiciones del ordenamiento jurídico a normas que imponen deberes. Al respecto, BAYÓN MOHINO, *Normatividad*, 1991, 243 ss., n. 7, 246.

¹⁴ Al respecto, en el ámbito del Derecho penal, MERKEL, *Gesammelte Abhandlungen*, t. II, 1899, 584 ss.; HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 109 ss.; BINDING, *Normen*, t. I, 4.^a ed., 1922, 104 ss.

¹⁵ BAYÓN MOHINO, *Normatividad*, 1991, 247.

norma que se han desarrollado a lo largo de la ciencia jurídico-penal, se reconoce una serie de reglas o criterios cuya aplicación permite afirmar que un determinado suceso le «pertenece» a un individuo¹⁶.

2. Los acontecimientos que suceden en el mundo pueden ser explicados desde la causalidad o desde la imputación¹⁷. En efecto, la causalidad, si bien permite resaltar la relación causal entre una acción y su resultado (esto es, la descripción de hechos), sirve también en última instancia para explicar acontecimientos de la naturaleza (fenómenos naturales, hechos realizados por animales). La imputación, por su parte, después de un largo desarrollo, parece quedar reservada solo al ámbito de las conductas humanas¹⁸. Estas afirmaciones constituyen solamente la síntesis de la inexorable necesidad (presente en la civilización prácticamente desde su origen) de explicar las relaciones entre los individuos y entre estos y la naturaleza: en un primer momento fue la imputación el criterio con el cual se explicaban las conductas humanas y los fenómenos naturales (cuya ocurrencia era atribuida a los dioses)¹⁹, pero, en un segundo momento fue la causalidad, con la diferenciación entre las relaciones entre las cosas y entre los hombres, la que permitió el entendimiento de los sucesos mediante la observación y la comprobación²⁰.

¹⁶ Así, por todos, JOSHI JUBERT, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. I, 2008, 1076; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Libertad*, 2014, 27 («A todo modelo normativo de conducta subyace un modelo de imputación, dotado de unos elementos mínimos comunes»); VARELA, *Dolo*, 2016, 69. Sobre la teoría de la imputación, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 1 ss.; PÉREZ DEL VALLE, *InDret* 2/2015, 2 ss. Reconocen la utilidad de la doctrina de la imputación, entre otros, SCHAFFSTEIN, *Verbrechen*, 1930, 36 ss.; HARDWIG, *Zurechung*, 1957, 11 ss.

¹⁷ La imputación es más antigua que la causalidad. La atribución de una consecuencia a un sujeto como su obra fue una operación previa a la aparición de la explicación de hechos mediante una argumentación causal. Al respecto, KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., 1960, 86 ss.

¹⁸ Esto desde ARISTÓTELES, quien, desde el plano de la ética y no del Derecho, entendió a la imputación como presupuesto del mérito o el castigo. Sobre el planteamiento de ARISTÓTELES, por todos, HARDWIG, *Zurechnung*, 1957, 11 ss.; KÖHLER, *FS-Hirsch*, 1999, 65 s.

¹⁹ Así como en las sociedades antiguas las desgracias como una mala cosecha, la ausencia de lluvias o la pérdida de la guerra eran atribuidos como castigos a una conducta considerada como «mala» entre los integrantes de una determinada sociedad, la aparición de las normas también respondía a la idea de la imputación. Es correcto, por tanto, cuando KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., 1960, 86 s. señalaba que en las sociedades primitivas regía la regla de la retribución (*die Regel der Vergeltung*): si uno se comporta correctamente, deberá ser premiado (se le deberá otorgar algo bueno o positivo); pero si uno actúa mal, deberá ser castigado (se le deberá imponer algo malo o negativo). La relación entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica se rige, según el autor citado, no por la causalidad, sino por la imputación. Conforme a esto, señala que «cuando un acontecimiento es percibido como malo, es interpretado como un castigo por un mal comportamiento, por una ilicitud (*ein Unrecht*)», por lo que, en su opinión, «las desgracias, es decir, los acontecimientos perjudiciales como una mala cosecha, una caza infructuosa, la derrota en la guerra, la enfermedad, la muerte, son imputadas como castigos, al comportamiento contrario a las normas de los miembros del grupo (*dem normgemäßen Verhalten der Mitglieder der Gruppe*)».

²⁰ KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., 1960, 89, quien señala: «El paso decisivo de una interpretación normativa a una interpretación causal de la naturaleza, del principio de imputación al principio de causalidad, reside en que el hombre adquiere consciencia de que las relaciones entre las cosas, a diferencia de las

3.1. En el ámbito del Derecho penal la historia de la imputación está estrechamente ligada a la categoría de la culpabilidad. Y en esa historia la categoría de la norma también parece desempeñar un papel importante. Aunque se niega la existencia de una teoría de la culpabilidad en la época del Derecho penal común²¹, se reconoce que aquella existencia ya comienza a ser objeto de discusión en la teoría del Derecho natural del siglo XVII²². De esta época proviene la distinción entre *imputatio facti* (imputación objetiva de un acontecimiento externo) e *imputatio iuris* (imputación subjetiva a la responsabilidad personal). KANT, heredero de las reflexiones del Derecho natural, adopta la teoría de la imputación y formula la clásica definición de esta: «La imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio por el que alguien es considerado como artífice (*causa libera*) de una acción (*Handlung*), que entonces es denominada hecho (*factum*) y está sometido a las leyes»²³. El planteamiento kantiano fue recibido en el Derecho penal principalmente por FEUERBACH, de quien se puede decir que realizó el primer esfuerzo de construcción doctrinal del Derecho penal²⁴. Pues bien, el mencionado autor, si bien adoptó un concepto de imputación, se alejó de las bases kantianas de ese (en el que la imputación implica moralidad) para otorgarle un contenido distinto (conforme, además, a su teoría de la pena²⁵): la imputabilidad es intimidabilidad («*Abschreckbarkeit*»)²⁶. FEUERBACH entendía,

relaciones entre hombres, son independientes de una voluntad humana, o sobrehumana, o, lo que es equivalente, de que no están determinadas por normas. El comportamiento de las cosas no está prescrito o autorizado por autoridad alguna».

²¹ Al respecto, SCHAFFSTEIN, *Verbrechen*, 1930, 85 ss.; MAYER, H., AT, 1953, 104.

²² Las primeras referencias a la imputación pueden encontrarse en ARISTÓTELES. Posteriormente, la noción de imputación fue objeto de estudio por la filosofía aristotélico-tomista. Luego, fue analizada por el racionalismo, principalmente, por autores como PUFENDORF o Christian WOLFF (que recogen muchos elementos de la tradición aristotélica) La imputación fue también estudiada por el idealismo alemán, siendo determinantes para ello los planteamientos de KANT y HEGEL. Sobre esta evolución, KÖHLER, *FS-Hirsch*, 1999, 65 ss. Sobre los autores del Derecho natural racionalista (THOMASIIUS, Christian WOLFF, PUFENDORF), con múltiples referencias, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 16 ss. PUFENDORF parece ser el primero en utilizar el término «*imputatio*». Así, LOENING, *Zurechnungslehre*, 1903, X ss. Es frecuente que al abordar la denominada «teoría de la imputación objetiva», los autores frecuentemente se remontan a PUFENDORF. Al respecto, por todos, RUEDA MARTÍN, *Imputación objetiva*, 2001, 68 ss.; ANARTE BORRALLÓ, *Causalidad*, 2002, 97 ss.; HÜBNER, *Objektiven Zurechnung*, 2004, 29 ss.

²³ KANT, MdS AA, 227.

²⁴ Sobre los planteamientos de FEUERBACH, por todos, NAUCKE, *Zwangstheorie*, 1962, 39 ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 219 ss.; GRECO, *Teoría de la pena*, 2015, 41 ss.

²⁵ FEUERBACH, *Lehrbuch*, 14.^a ed., 1847, § 16.

²⁶ FEUERBACH, *Revision*, t. II, 1800, 67, donde señala: «La imputación jurídica, por tanto, insiste solamente en la relación de un hecho antijurídico sucedido (*eines vorkommenden rechtswidrigen Factums*) en la capacidad de deseo (*Begehrungsvermögen*) del sujeto. Ella no comprende más que el juicio por el que una persona, mediante su voluntad (capacidad de deseo), es causa (*Ursache*) del hecho antijurídico y por el que están presentes las condiciones psicológicas bajo las cuales se fundamenta la intimidación (*Abschreckung*) a través de la ley penal». Al respecto, por todos, HARDWIG, *Zurechnung*, 1957, 55; LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, 60, 73 ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 229; GRECO, *Teoría de la pena*, 2015, 49 ss. Conforme

en última instancia, que la atribución de responsabilidad es esencialmente la comprobación de las condiciones de punibilidad, esto es, la «contrariedad a la ley» (como ese autor definía al delito), en realidad, representaba la subsunción del hecho en la ley penal (lo más precisa posible)²⁷.

3.2. El ya complejo camino de la imputación se encontraría ahora con el planteamiento de HEGEL, llevado al Derecho penal por los denominados «penalistas hegelianos» (ABEGG, KÖSTLIN, BERNER y HÄLSCHNER), principalmente, desde 1840 hasta 1870²⁸. Conocer aquel planteamiento, en lo que aquí interesa, exige regresar al concepto de delito (*Verbrechen*), como forma más grave de injusto. En esa categoría se produce una oposición entre una voluntad particular y una voluntad general, lo que significa la negación de su ser racional (es decir, la negación de sí mismo como ser racional), pues solo mediante la identificación del arbitrio con el espíritu es que se actúa conforme al Derecho²⁹. En ese sentido, la sanción emerge como respuesta a esa negación, pues solo aquella permitiría tratarle nuevamente como persona racional³⁰. Si se traslada este planteamiento al Derecho penal, puede entenderse que la actuación voluntaria contra la voluntad general es una actuación

al planteamiento de FEUERBACH, el individuo ya no sería un agente libre, sino uno determinado causalmente por el estímulo psicológico expresado en la pena como la amenaza de un mal.

²⁷ Y no un enjuiciamiento en términos de contrariedad a una norma, cuestión que, a mi juicio, solo logra adquirir trascendencia una vez que se produce la distinción, propuesta por BINDING, entre norma y ley penal. Al respecto, BINDING, *Normen*, t. I, 1.ª ed., 1872 4 ss. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 263, considera que la calificación de la teoría de la imputación en FEUERBACH se resume así: «*empirismo, naturalismo* y reducción del Derecho a mera subsunción» (cursiva en el original).

²⁸ Es importante mencionar, sin embargo, que estos autores son caracterizados como «hegelianos» pues tienen en común una comprensión de la pena a partir de los planteamientos de HEGEL. Sin embargo, pese a los intentos de encontrar bases comunes en los desarrollos de aquellos penalistas (al respecto, por todos, SCHMIDT, Eb., *Einführung*, 3.ª ed., 1965, 267 ss.), existen diferencias importantes entre ellos: ABEGG y KÖSTLIN parecen tener una mayor influencia hegeliana que HÄLSCHNER y BERNER, en los que la influencia es menor e incluso es posible encontrar otras. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 317, formula un planteamiento interesante: a lo largo del siglo XIX parece producirse un «reparto de la herencia kantiana». Así, señala: «Por un lado, pugnan Feuerbach y aquellos autores que pretenden desmoralizar el Derecho y hacer de la imputación un proceso «limpio» de consideraciones etizantes. Por otro, pugnan los autores que, siguiendo las trazas de la filosofía de Hegel, enfocan la imputación desde una doctrina de la pena y del delito de carácter idealista. Los primeros dan en psicologismo y empirismo, que se perpetúa y manifiesta a finales del s. XIX en autores como v. Liszt, A. Merkel y otros. Los segundos plantean la imputación como expresión del idealismo, y no consiguen perpetuarse en la praxis y la doctrina posterior». Cabe señalar aquí que la influencia de la filosofía hegeliana fue determinante hasta el último tercio del siglo XIX, momento en el cual hizo su aparición la codificación. En efecto, en efecto, el StGB de 1871 fue determinante para un cambio en la forma de hacer dogmática: se buscaba aplicar la ley a partir de ella misma. Como bien señala WILENMANN, *Justificación*, 2017, 63, «la pregunta metodológica fundamental de la teoría continental del Derecho de fines del siglo XIX y principios del XX (fue) ¿cómo es posible realizar ciencia normativa abstracta una vez que uno se compromete con la positividad del Derecho?».

²⁹ Sobre este asunto, LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, 120 ss.

³⁰ Con esto se evidencia que una orientación distinta a la de FEUERBACH: en este la persona es entendida como sistema psico-físico, por lo que la sanción debe ser entendida en términos sensitivos. En HEGEL, la persona es entendida como ser racional, por lo que la sanción se ubica en el plano de la razón.

voluntaria contra la norma jurídica (aunque esta, para el delincuente, aparece como «inalcanzable e intangible»³¹). Será la pena, como respuesta necesaria al delito, la que reafirma el Derecho³². La imputación, por tanto, ya no se refiere a la atribución de hechos, sino a la identificación de la propia conducta con lo general (el Derecho)³³. Se produjo, por tanto, una reestructuración de la teoría clásica de la imputación como teoría de la acción, lo cual a su vez condujo a la «espiritualización» de la imputación en el Derecho penal y la correspondiente normativización de sus categorías³⁴.

3.3. BINDING, reconocido como representante de un positivismo normativista, también le confirió importancia a la imputación, que era analizada conforme a su teoría de las normas. En ese sentido, BINDING defendió la imputación de la acción como constitutiva de una infracción de las normas³⁵. Según el mencionado autor, es la imputación la que afirma si se ha producido una acción en sentido jurídico³⁶. Por eso, una acción solo podrá existir si se lleva a cabo un juicio de imputación por el que se afirme que una modificación en el mundo jurídico constituye la autorrealización de una voluntad jurídicamente relevante³⁷. Con esto destacó BINDING que el hecho antijurídico (que describe como «*objektive Deliktstatbestand*») constituye la realización de la culpabilidad en sentido estricto («*subjektive Deliktstatbestand*»), por lo que «debe existir imputabilidad del hecho a la culpabilidad»³⁸. Si hay una acción en sentido jurídico, entonces ha de haber infracción de la norma, la que, si es conminada con pena en la ley, será un «delito» («*Verbrechen*»)³⁹. BINDING reconoció que la imputación no consiste en la mera constatación de la infracción (esta sería una imputación formal), sino en la atribución de lo que el sujeto pudo y debió realizar o evitar (imputación material) en función de la libertad de voluntad, sin la que no

³¹ HÄLSCHNER, *Strafrecht*, t. I, 1881, 29.

³² Habla de la pena como «revés» («*Rückschlag*») del delito, LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, 128, n. 381. Esto destaca la unidad de sentido del delito y de la pena.

³³ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 282 («La pena, y no el obrar, el hecho, es lo que reintegra el carácter racional al agente»).

³⁴ Ejemplo de lo cual, como se verá más adelante, es el planteamiento de JAKOBS, AT, 2.^a ed., 1991, VII (=DP. PG., 1997, IX). El planteamiento de HEGEL en el Derecho penal puede entenderse como un esfuerzo por seguir una orientación distinta a la seguida por FEUERBACH (orientación psicologicista de la imputación), lo que tampoco significa regresar a KANT (pues, en realidad, pretende superarlo). Como bien señala SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 277, «la normativización de la imputación puede entenderse como el resultado de huir del empirismo y evitar el kantismo».

³⁵ BINDING, *Normen*, t. II-1, 2.^a ed., 1914, 95, n. 20. Este autor se encarga de resaltar que los conceptos como acción, capacidad de acción, culpabilidad e imputación son de carácter jurídico.

³⁶ BINDING, *Normen*, t. II-1, 2.^a ed., 1914, 93.

³⁷ BINDING, *Normen*, t. II-1, 2.^a ed., 1914, 98.

³⁸ BINDING, *Handbuch*, t. I, 1885, 503.

³⁹ BINDING, *Handbuch*, t. I, 1885, 503.

hay imputación⁴⁰. La imputación (atribución del hecho a la culpabilidad en sentido estricto), por tanto, era requisito para afirmar la infracción de una norma⁴¹.

3.4. El cambio de la imputación (subjetiva) a la culpabilidad se llevó a cabo entre finales del siglo XIX e inicios del siglo XX⁴². Uno de los aspectos esenciales de este cambio de paradigma fue el que tuvo que ver con la lucha de escuelas y con las respectivas posiciones sobre la libertad: la escuela «clásica», con BINDING a la cabeza, admitía la existencia de libertad de voluntad, por su parte, VON LISZT, liderando la escuela «moderna», proponía una reducción de la culpabilidad a la relación psicológica del autor con el hecho (teniendo como consecuencia una teoría psicológica de la culpabilidad)⁴³. Al oponer lo metafísico (explicación de la realidad mediante la filosofía) con lo empírico (explicación de la realidad desde el paradigma de las ciencias naturales) y preferir este último camino, VON LISZT deja a un lado la ética, acabando con la relación entre imputación y libertad⁴⁴. Por lo tanto, adquiere relevancia la verificación de la relación psíquica entre el individuo y el hecho, por lo que la imputación deja su lugar a la imputabilidad (*Zurechnungsfähigkeit*), esto es, la capacidad de culpabilidad⁴⁵. Entretanto, la norma pasa a un segundo plano, ocupando la base de la llamada antijuridicidad formal en contraposición a la antijuridicidad material, referida a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Por tanto, al imponerse la mencionada escuela «moderna» y su correspondiente defensa del positivismo naturalista, imperó el pensamiento clasificatorio del delito, que condujo a la consolidación de la teoría del delito sostenida sobre las bases del injusto y la culpabilidad. En este marco, debe mencionarse que la imputación, que hasta finales del siglo XIX se limitaba a

⁴⁰ BINDING, *Normen*, t. II-1, 2.ª ed., 1914, 203, 229.

⁴¹ La valoración del concepto de imputación en el planteamiento de BINDING parece no quedar suficientemente claro. Así, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 327, señala que «En Binding parece consumarse la identificación de imputación y aplicación de la ley (...) Imputación se aproxima ahora a subsunción». En todo caso, BINDING parece alejarse del concepto de imputación kantiano.

⁴² Este cambio de conceptual queda claro, por ejemplo, en la obra de MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 51, quien, como ya se dijo, usualmente identificó imputabilidad (*Zurechenbarkeit*) con culpabilidad (*Schuld*). Si esto es así, debe entenderse que MERKEL entendía a la imputabilidad en un sentido amplio (como capacidad de imputación subjetiva) y no en los términos que hoy mayoritariamente se conoce (como capacidad de culpabilidad).

⁴³ Al respecto, por todos, VON LISZT/SCHMIDT, Eb., *Lehrbuch*, 26.ª ed., 1932, 27 ss.

⁴⁴ VON LISZT, *Lehrbuch*, 2.ª ed., 1884, 137 ss.

⁴⁵ Como señala SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 353, «la imputabilidad como estadio o presupuesto de la culpabilidad es terminológicamente «heredera» de la doctrina de la imputación, pero su contenido guarda poco que ver con ésta». Con la aparición del positivismo, la relación causal se constituyó como el núcleo del concepto de delito, por lo que el concepto de imputación, utilizado por las doctrinas precientíficas en el Derecho penal, fue abandonado. Solo se mantuvo el término de «imputabilidad» («*Zurechenbarkeit*»), que ahora era una categoría concentrada en las conexiones empírico-causales.

determinar la atribución de un suceso a un sujeto como su obra, con el planteamiento metodológico dominante pasó a satisfacerse, al parecer, con la mera subsunción del hecho en el correspondiente precepto penal. Se volvió, así, a FEUERBACH: se desconoce la libertad del individuo y la imputabilidad se identifica con la punibilidad o, dicho de otra manera, con la posibilidad de aplicar una pena⁴⁶.

3.5. Con el neokantismo, que supuso una reivindicación de las consideraciones valorativas en la teoría del delito, fue posible el ingreso de consideraciones normativas en la culpabilidad, dando paso a su comprensión como juicio de reproche al autor por un hecho antijurídico, por lo que esa nueva comprensión de la culpabilidad se acerca a la *imputatio iuris* de la teoría de la imputación. Debido a ello, el neokantismo, centrado, más que en la descripción de fenómenos, en la comprensión de estos (el neokantismo, con la introducción de las valoraciones, permitió *comprender* las acciones, esto es, dotarlas de sentido), hizo posible que, en los años treinta del siglo XX, el concepto de imputación recobre un lugar importante en la ciencia jurídica y, en particular, en la ciencia jurídico-penal⁴⁷. LARENZ se remitió a HEGEL y vuelve a poner en un lugar visible al concepto de imputación (y al de libertad). Por su parte, HONIG propuso la entrada de criterios valorativos. Este cambio de metodología fue un punto de quiebre importante para lo que sucedería en los años sesenta del siglo XX, a saber, la aparición de una perspectiva teleológica en el Derecho penal, en donde la noción de imputación sería «redescubierta» (aunque, sin que se le otorgue el mismo contenido que el desarrollado por los planteamientos previos a inicios del siglo XX), principalmente, para resolver los problemas que representaba un enfoque causal en el ámbito de los delitos de resultado⁴⁸.

4. En el capítulo anterior se ha indicado que desde los años sesenta del siglo XX la idea de imputación adquirió una importancia gravitante en la teoría del delito, principalmente, en el ámbito de la denominada «imputación objetiva». Sin embargo, como también se ha

⁴⁶ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 360.

⁴⁷ Como se señaló al final del capítulo anterior, fueron determinantes para esto los aportes de LARENZ (en el Derecho civil) y HONIG (en el Derecho penal).

⁴⁸ En efecto, la teoría de la imputación objetiva pretendía establecer, con la precisión que no podía brindar una comprensión causal, la relación entre la conducta prohibida y el resultado producido (en el ámbito de los delitos de resultado). Fundamental para esto, ROXIN, *FS-Honig*, 1970, 133 ss. (= *Problemas básicos*, 1976, 128 ss.). En esa misma orientación, fueron decisivos, WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, 17 ss.; RUDOLPHI, *Causalidad*, 1998, 13 ss.; SCHÜNEMANN, GA 1999, 207 ss. (= *Temas actuales*, 2002, 70 ss.).

dicho, en la ciencia jurídico-penal hay orientaciones que emplean el concepto de imputación para interpretar el propio concepto de delito. En buena cuenta, desde esta perspectiva la imputación no solo constituye un elemento a tomar en cuenta dentro del marco general constituido por las categorías de la teoría del delito, sino que se presenta como un concepto útil para la comprensión de la totalidad del delito, esto es, como un objeto de estudio. Se trata, entonces, como se dijo antes, de un concepto «amplio» de imputación o, dicho con más precisión, de un sistema total de imputación⁴⁹. Como se verá a continuación, estos planteamientos no desconocen la trascendencia del concepto de norma, sino que este, junto al concepto de imputación, parecen revelarse como las dos dimensiones normativas del Derecho penal⁵⁰.

5. En la actualidad es frecuente la distinción entre la norma y las condiciones según las cuales es posible afirmar que esa norma ha sido lesionada⁵¹. La norma no puede ser criterio de imputación, pues la imputación tiene como objeto la declaración (*Feststellung*) de la responsabilidad por la discrepancia a la norma⁵². Se ha aceptado, entonces, la existencia de reglas con las que completar la norma primaria (o norma de conducta) y que le otorgan al juez información sobre los presupuestos con los cuales a un individuo se le puede imputar la infracción de una norma⁵³. En todo caso, vale la pena señalar aquí que la imputación, después de abandonar su primitiva utilidad para explicar el mundo y sus fenómenos, al concentrarse en las actividades humanas ha de relacionarse necesariamente con conceptos como la libertad (como contraposición de la responsabilidad)⁵⁴ e inclusive a la propia

⁴⁹ Estos planteamientos comparten un mismo punto de partida: consideran a la imputación como la totalidad del delito. A partir de este, sin embargo, empiezan las diferencias, las que pueden caracterizarse no solo a partir de la diferente intensidad con la que se distancian de las tradicionales categorías de la teoría del delito, sino también en el contenido y alcances atribuidos a cada juicio de imputación. En la actualidad representan esta orientación JAKOBS, AT, 2.ª ed., 1991, 6/1 ss. (=DP. PG., 1997, 6/1 ss.); HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.ª ed., 1988, XI ss., entre otros autores.

⁵⁰ VARELA, *Dolo*, 2016, 68 ss., señala que en Derecho penal es posible verificar dos dimensiones normativas (una que se corresponde a la teoría de las normas y otra que alude a la teoría de la imputación), provenientes tanto de la idea del Derecho penal como subsistema normativo dentro de un sistema normativo general y de la idea de que el Derecho penal contempla una serie de reglas o criterios que habilitan un juicio de imputación de un hecho a una persona y su correspondiente responsabilidad jurídica.

⁵¹ Al respecto, PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 255.

⁵² KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 29, 39, 65; VOGEL, *Norm*, 1993, 41, 62; PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 255.

⁵³ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 13, 29 ss.; JRE 2, 1994, 340 s.; GA 1994, 200 s.; *FS-Eser*, 2005, 349 ss.; GA 2007, 450; GA 2010, 493; TOEPEL, *Kausalität*, 1992, 19 ss.; HRUSCHKA, ADPCP 1994, 344; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, 23; LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, 227; MAÑALICH, *Nötigung*, 2008, 75 s.; JOERDEN, *FS-Roxin*, 2011, 599; DEHNE-NIEMANN, GA 2012, 97; PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 255.

⁵⁴ Para que alguien sea responsable, es necesario que, como contrapartida, sea libre, esto es, que haya podido actuar conforme a la norma a él dirigida, haciendo lo mandado u omitiendo lo prohibido. Cuando se alude a

noción de persona (el sujeto objeto de referencia de la imputación o, dicho de otro modo, de la condición de persona para el Derecho) a quien se hace responsable (pues en definitiva imputar es hacer responsable a alguien).

6.1. En la ciencia jurídico-penal se ha propuesto la comprensión de la teoría del delito como teoría de la infracción –también teoría de la antinormatividad o, según algunos, teoría de la acción⁵⁵– o como una teoría de la imputación⁵⁶. Ante la pregunta: ¿qué es el delito? La respuesta habrá de variar según quien la formule tenga como punto de partida una teoría de la infracción⁵⁷ o una teoría de la imputación⁵⁸. Ambas formas de entender el delito generan a primera vista tres importantes inquietudes (a mi juicio, aún no suficientemente explicadas): ¿En qué consiste cada una de estas formas de abordaje del hecho punible? o ¿Cómo definen el delito las mencionadas teorías? ¿Cuál es la relación –si es que esta existe– entre ambas? y ¿En qué radica la importancia de reconocer una y otra? Intentaré formular algunas apreciaciones preliminares, sin perjuicio de volver sobre esto reiteradamente –y de manera mucho más profunda– a lo largo de la investigación. En cuanto a la primera inquietud, se ha señalado que una teoría del delito como teoría de la infracción permite la comprensión del delito como la infracción de un deber personal⁵⁹. Por su parte, la teoría de la imputación puede ser tanto una referida a la defraudación de una expectativa normativa como una relativa a la lesión (o desautorización) de una norma objetiva de conducta⁶⁰ (dos manifestaciones que aconsejarían hablar mejor de «teorías de la imputación»). Con solo esta primera aproximación, ya es posible relacionar cada una de

la noción de imputación, debe aludirse necesariamente también a una norma que constituye el objeto de referencia de la conducta humana, esto es, una norma con la que esa conducta sea cotejada. Al respecto, HARDWIG, *Zurechnung*, 1957, 7.

⁵⁵ Así, FEIJÓO SÁNCHEZ, RDPC 17, 2006, 428.

⁵⁶ En la doctrina jurídico-penal española, esta propuesta fue desarrollada por SILVA SÁNCHEZ, *Normas*, 2003, 15 ss. Luego, el mismo autor amplió sus consideraciones al respecto en SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.^a ed., 2010, 678, donde habla de una «teoría de la *infracción personal de la directiva de conducta* expresada en la norma (una *teoría de la antinormatividad*)» (cursivas en el original).

⁵⁷ HAFFKE, en: SILVA SÁNCHEZ (ed. española)/SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.), *Fundamentos*, 1995, 134, parece reconocer la existencia de posturas (aunque las valora negativamente, pues las considera erróneas) que construyen el sistema del delito únicamente desde la perspectiva de la infracción de la norma de conducta.

⁵⁸ En España, son varios autores los que proponen una comprensión de la teoría del delito desde la perspectiva de una teoría de la imputación. Así, PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones*, 2.^a ed., 2018, 75 ss.; InDret 2/2015, 1 ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 8 s. En Alemania, un autor que ha otorgado importancia al concepto de imputación es PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 288 ss., aunque, hasta donde alcanzo a entender, su noción de imputación se aleja de la empleada por la comprensión mayoritaria (que distingue entre las categorías del injusto y la culpabilidad) y la desarrollada por la teoría clásica de la imputación.

⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.^a ed., 2010, 678.

⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.^a ed., 2010, 678.

las teorías mencionadas con autores paradigmáticos en la ciencia jurídico-penal: la teoría de la infracción parece poseer una estrecha relación con las reflexiones expuestas por WELZEL y Armin KAUFMANN⁶¹, mientras que, en cuanto a las teorías de la imputación, la primera variante parecería evocar a JAKOBS y la segunda a HRUSCHKA. Este inicial acercamiento, que precisa, evidentemente, de un mayor desarrollo, posiblemente explique la razón por la que se ha adjetivado a la teoría de la infracción como «tradicional» y a la teoría de la imputación como «moderna»⁶².

6.2. En cuanto a la segunda inquietud, se puede sostener que cada una de las formas de abordaje de la teoría del delito (teoría de la infracción o teorías de la imputación) condiciona el establecimiento de los presupuestos necesarios para su afirmación. Una teoría del delito como teoría de la infracción se subordina a las condiciones que, a partir de la propia dinámica de la norma, se establezcan como necesarias para afirmar que el mandato o la prohibición puedan ser cumplidos. Esto quiere decir que la afirmación de la infracción de la norma dependerá de la aseveración de determinados presupuestos derivados de la propia norma⁶³. Otros serían los resultados en el caso de una teoría del delito como teoría de la imputación. Así, en el caso de la teoría de la imputación referida a la defraudación de una expectativa normativa, los criterios de imputación provendrían de la expectativa social de conducta⁶⁴. Por su parte, en la teoría del delito como teoría de la imputación referida a la desautorización de una norma objetiva de conducta, los criterios de imputación se derivarían de las reglas de imputación⁶⁵.

6.3. En cuanto a la tercera inquietud, es posible afirmar que si bien tanto la teoría de la infracción como las teorías de la imputación constituyen formas diferentes de abordar el

⁶¹ En efecto, la teoría del delito como teoría de la infracción provendría de las reflexiones de WELZEL y Armin KAUFMANN e, inclusive, de las planteadas por BINDING. En el capítulo anterior se señaló que Armin KAUFMANN retomó la concepción imperativo-instrumental de la norma de BINDING para fundamentar tanto la inclusión del dolo en el tipo (personalizando así el deber dirigido al sujeto) así como la distinción entre las categorías del injusto y la culpabilidad.

⁶² Así, FEIJÓO SÁNCHEZ, RDPC 17, 2006, 428.

⁶³ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 678, donde el autor dice: «Para la teoría del delito como teoría de la infracción personal de una directiva de conducta, la propia lógica de la directiva de conducta constituye el criterio rector de cuáles han de ser los presupuestos de su infracción. Dicho de otro modo, los criterios de imputación de la antinormatividad derivan de la propia norma (y de su relación con el sujeto preexistente a ésta, al que se dirige)».

⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 678.

⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 678.

estudio de la teoría del delito⁶⁶, existen destacadas voces en la ciencia jurídico-penal que proponen una complementación entre ambas formas de abordaje del hecho punible (mediante concepciones integradoras⁶⁷), en la medida que tanto una como otra se proyectan sobre diferentes momentos y poseen distintas funciones. En ese sentido, es posible identificar diversas posiciones que, si bien pretenden edificar bases para una teoría de la imputación, no desconocen la trascendencia de la idea de la norma⁶⁸. En efecto, para realizar una imputación, parece necesario tener en cuenta un determinado baremo como elemento orientador, esto es, una norma, pues solo de esta manera se podría enjuiciar una conducta desde la perspectiva de la norma que tiene a esa conducta como objeto de referencia⁶⁹. Adelanto aquí –con cargo a desarrollarlo más adelante– que esta es la posición que se asume en esta investigación, ya que, a mi juicio, es posible argumentar a favor de una conciliación entre la teoría de la infracción y las teorías de la imputación, de tal manera que se obtenga como resultado una concepción mixta que contemple tanto la dimensión normológica como la de la imputación del hecho antijurídico⁷⁰. Esta orientación permite interpretar a la teoría del delito como una teoría de la infracción susceptible de imputación. En todo caso, debe señalarse en este momento que la admisión de una teoría de la norma o una teoría de la imputación no supone un desconocimiento total de la imputación ni de la norma, respectivamente: a mi modo de ver, tanto una como otra han sido siempre tomadas en cuenta, aunque con diferentes intensidades⁷¹, a partir de que se

⁶⁶ VARELA, *Dolo*, 2016, 70.

⁶⁷ Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *Normas*, 2003, 26 ss.; *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 680 ss., propone una concepción integradora de la teoría del delito como teoría de la antinormatividad (infracción de una directiva de conducta) y como teoría de la imputación de la desestabilización de las expectativas asociadas a tales directivas.

⁶⁸ Posiblemente sea HARDWIG, *Zurechnung*, 1957, 111 ss., el primer autor que haya tenido esta orientación.

⁶⁹ Para imputar un hecho, por tanto, un sujeto debe poseer la condición de obligado por una norma, esto es, debe recaer sobre él un determinado deber de actuar u omitir. Para la atribución de un hecho a un sujeto, entonces, es condición necesaria la existencia de una norma. Si esta norma no es cumplida, entonces es posible la valoración de la conducta de ese sujeto.

⁷⁰ Al respecto, VARELA, *Dolo*, 2016, 93, señala: «(...) tanto la teoría de las normas, como la doctrina de la imputación operan con normas o reglas de conducta y, en consecuencia, a pesar de que no podría concebirse una doctrina de la imputación que no contemple reglas de conducta, sí podría concebirse una teoría de las normas sin reglas de imputación». Luego dice: «Sin normas no puede existir imputación (un Derecho penal sin normas no sería Derecho), pero sin imputación pueden existir las normas (aunque sería un Derecho penal solamente del hecho prohibido)».

⁷¹ Así, por ejemplo, MIR PUIG, RECPC 05-05 (2003), 10 ss.; DP.PG., 10.ª ed., 2016, 20/23 ss., quien aborda la teoría del delito desde la teoría de las normas, aunque no desconoce la existencia de momentos de imputación objetiva, subjetiva y personal; SILVA SÁNCHEZ, *Normas*, 2003, 26 ss.; *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 584 ss., 588, donde aborda expresamente la teoría del delito desde la perspectiva de la teoría de las normas aunque no obvia la consideración de los momentos de la imputación concurrentes en la teoría del delito, esto es, asume momentos de imputación; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 22, 97 ss., 497 ss., quien defiende un concepto de delito basado en la separación entre la lesividad y la infracción de la norma. Desde la teoría de la imputación de HRUSCHKA (conforme a la cual es posible distinguir entre

concentre la atención en una u otra⁷². Finalmente, en cuanto a la cuarta inquietud, esta tiene que ser necesariamente desarrollada al final del presente capítulo, después de haber analizado profundamente las distintas concepciones normológicas existentes en la ciencia jurídico-penal. Con todo, se puede adelantar aquí que la importancia de una u otra parece tener relación con el grado de normativización que el intérprete esté dispuesto a asumir para la comprensión de la teoría del delito: mientras una teoría de la infracción puede mantener un anclaje en datos ontológicos, las teorías de la imputación pueden admitir mayores grados de normativización⁷³. En todo caso, tanto una teoría de la infracción como las teorías de la imputación recurren inexorablemente al concepto de norma y a una específica comprensión de esta, lo que ya constituye un motivo suficiente para abordar las mencionadas perspectivas normológicas y, principalmente, desentrañar sus consecuencias. Por lo tanto, considero que el análisis de algunas propuestas existentes en la ciencia jurídico-penal puede ser de utilidad para visualizar, entender y valorar la utilización del concepto de norma y la relación de este con el concepto de imputación (concepto que, por lo demás, parece ser un elemento indispensable en la actual comprensión de la teoría del delito, de tal manera que no parezca correcto siquiera sugerir el abandono de ese concepto).

3. Teorías de la norma en Derecho penal.

A continuación, me encargaré de abordar los principales aspectos de la comprensión de la teoría del delito tanto desde la teoría de las normas como desde la teoría de la imputación⁷⁴.

imputatio facti e imputatio iuris, así como entre imputación ordinaria y extraordinaria) se pueden destacar a los siguientes autores: KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 29 ss.; VOGEL, *Norm*, 1993, 27 ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 449 ss., 503 ss.; *Libertad*, 2014, 17 ss.; MIRO LLINARES, *Conocimiento e imputación*, 2009, 120 ss.; MAÑALICH, *Nötigung*, 2009, 23 ss.; REJ 2010, 171 ss. Desde la perspectiva de JAKOBS, por ejemplo, autores como LESCH, MÜSSIG y PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 288 ss. (este último, al parecer, recurre a la idea de la imputación, aunque no en el sentido utilizado en el marco de la concepción dominante del delito ni tampoco conforme a la teoría clásica de la imputación).

⁷² No considero posible afirmar la existencia de posturas puramente basadas en la teoría de la norma o edificadas exclusivamente en la doctrina de la imputación. En ese sentido, como también señala VARELA, *Dolo*, 2016, 94, que todas las concepciones «hacen más hincapié en alguno de los puntos que intentan combinar (las normas o las reglas de imputación)», de lo que cabe deducir que todas las concepciones, en realidad, son «mixtas» (cada una, como es evidente, con sus propios matices).

⁷³ Inclusive de una «normativización extrema», como afirma SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 679. Sobre esto se volverá más adelante.

⁷⁴ Una interesante clasificación la ofrece SILVA SÁNCHEZ, InDret 3/2014, 5, quien reconoce que la doctrina penal utiliza, como mínimo, cuatro conceptos distintos de norma: «(i) un concepto de norma, procedente de la filosofía analítica del lenguaje, entendido como prohibición de causación de una lesión o mandato de

3.1. Norma de determinación.

1. Una mirada a la situación actual de la doctrina jurídico-penal permitiría confirmar el hecho de que prácticamente ningún autor ha puesto en duda que las normas jurídico-penales sean normas de determinación, o, para decirlo de manera más gráfica, normas de carácter imperativo⁷⁵. Como «norma de determinación», la norma es entendida como un mensaje prescriptivo dirigido al ciudadano, mediante el que se expresa un mandato o una prohibición, esto es, una «norma de conducta» con la que se busca que el correspondiente destinatario no cometa el delito⁷⁶. La norma de determinación, como portadora de un contenido prescriptivo, ha sido mayoritariamente aceptada como la genuina comprensión de la norma y se ha mantenido como concepción normológica prácticamente desde el mismo inicio del estudio de la norma como elemento integrante de los sistemas jurídicos⁷⁷. Una concepción moderna de la norma como norma de determinación, si bien no supone el desconocimiento o la negación de otro tipo de normas (no necesariamente imperativas), resalta la existencia de una específica clase de normas caracterizadas precisamente por expresar mensajes prescriptivos orientados a la dirección de conductas. Esta concepción normológica tiene en la teoría de los imperativos su antecedente histórico más importante, por lo que puede ser útil exponer algunas ideas sobre ella⁷⁸.

2. A partir del siglo XIX se forjó en la ciencia jurídica una comprensión reduccionista de las normas en la que el Estado se relacionaba con los ciudadanos a través de imperativos

evitación de ésta; (ii) un concepto de norma como baremo de valoración (la norma de valoración o norma de derecho, procedente del neokantismo); (iii) un concepto de norma como directiva de conducta para imputables e inimputables (la norma de determinación como norma de conducta *à la* Kaufmann); y (iv) un concepto de norma como directiva de conducta (la norma de determinación, norma de deber o, de modo más sencillo, el deber) dirigida sólo a imputables, los únicos que podrían infringirla».

⁷⁵ Así, por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, DP. PG., 1977, 78; BOCKELMANN/VOLK, AT, 4.^a ed., 1987, 35; ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 10/93. Incluso, como se verá más adelante, quienes han defendido la teoría de la doble naturaleza de la norma no han desconocido que la norma tenga un carácter prescriptivo. Así, por ejemplo, MEZGER, GS 89 (1924), 239 ss.; *Tratado*, t. I, 1957, 284 ss.

⁷⁶ Por todos, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.^a ed., 2010, 585.

⁷⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 562.

⁷⁸ La relación entre la comprensión de la norma como norma de determinación y la teoría de los imperativos ha sido objeto de discusión en la ciencia jurídico-penal. Así, hay autores que la relacionan y hay otros que la separan, precisamente, a partir de la idea de que la norma de determinación se vincula con una norma de valoración anterior (siendo discutido en esta perspectiva si hay alguna primacía entre ellas o cuál es la relación entre ellas). Al respecto, con múltiples referencias, KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 41 ss. (= *Teoría de las normas*, 1977, 53 ss.); OEHLER, *Zweckmoment*, 1959, 16-21; MÜNZBERG, *Verhalten*, 1966, 49, n. 98. En general, sobre la teoría de los imperativos, MEZGER, GS 89 (1924), 214.

(mandatos o prohibiciones). De esta manera, tomando en cuenta consideraciones que pueden remontarse inclusive hasta HOBBS (en cuya teoría del Estado, se dice, radica el origen de la teoría de los imperativos⁷⁹), se comprendió que en la medida que los ciudadanos estaban sometidos a la voluntad estatal (siendo aquellos calificados inclusive como «súbditos»), adquirió relevancia la noción de «obediencia» como valor subyacente a la relación entre el Estado y el ciudadano (el primero manda, el segundo, obedece). Es en ese marco en el que surgió la denominada «teoría de los imperativos»⁸⁰, cuya paternidad la doctrina jurídico-penal atribuye frecuentemente a THON y BIERLING⁸¹. Esa teoría estableció que las normas (que expresan la voluntad del Estado) se presentan ante la sociedad como imperativos (mandatos y prohibiciones) dirigidos a la voluntad de los hombres⁸². El presupuesto indiscutible de la teoría de los imperativos era, entonces, que el Derecho es una «obra de la voluntad» («*Willenswerk*»), por lo que detrás de los imperativos se hallaba una voluntad dirigida a la conducta de los sometidos a las normas⁸³. Tales imperativos, al ser incumplidos, daban lugar a la consecuente reacción estatal⁸⁴. La infracción, desde esta perspectiva, consistía en un acto de desobediencia por parte del súbdito, esto es, un acto contrario a una orden (una prohibición de acción o un mandato de acción) como expresión de la autoridad del soberano respaldada por la fuerza. En ese sentido, la contrariedad al Derecho consistiría esencialmente en la oposición de la voluntad (individual) del autor a la voluntad (general) del Estado⁸⁵. Si hay alguna máxima que puede representar con cierta

⁷⁹ HOBBS, *De Cive*, 1642, Cap. XIV, I, define así al mandato («*command*»): «(...) es un precepto en el que la causa de mi obediencia deriva de la voluntad del que ordena». En la teoría del Estado de HOBBS, la ley se reduce a un mandato a los súbditos («Ley civil es, para cada súbdito, aquellas reglas que el Estado le ha ordenado de palabra o por escrito o con otros signos suficientes de la voluntad, para que las utilice en distinguir lo justo de lo injusto, es decir, para establecer lo que es contrario y lo que no es contrario a la ley»). Reconocen que la teoría de los imperativos tiene su origen en HOBBS, entre otros, RENZIKOWSKI, *FS-Gössel*, 2002, 4 ss., n. 17; ARSP 87 (2001), 110 ss.; KÖHLER, *FS-Hirsch*, 2002, 66 s.; GRUPP, *Unrechtsbegründung*, 2009, 24; ZACZYK, GA 2014, 80.

⁸⁰ Sobre la noción de Estado subyacente, a esta teoría, JELLINEK, *Staatslehre*, 3.ª ed., 1929, 367 ss.

⁸¹ En el capítulo anterior puse de manifiesto que esto constituye una afirmación incorrecta. Antes de THON ya existían en la doctrina una serie de opiniones caracterizadas por su intensa afinidad con una concepción imperativa de la norma, como las de HOBBS, BENTHAM, AUSTIN y JHERING. Al respecto, SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, 1917, 214, n. 1. Mayores referencias en HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 106.

⁸² BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. I, 1894, 27 ss., utilizó indistintamente los términos «norma» e «imperativo». Al respecto, las críticas de KELSEN, *Hauptprobleme*, 2.ª ed., 1923, 210.

⁸³ ENGISCH, *FS-Deutscher Juristentag*, 1960, 414.

⁸⁴ BENTHAM ya había acentuado la obligación por la fuerza, esto es, la amenaza de un mal en caso de desobediencia, como característica del Derecho. Al respecto, BENTHAM, *Introduction*, 1789, cccxxix.

⁸⁵ Este planteamiento condujo a BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. I, 1894, 178, a sostener lo siguiente: «Contrario a derecho (*Rechtswidrig*) es ya la mera voluntad que se dirige en contra de una norma jurídica, incluso si esa voluntad no conduce a un correspondiente actuar contrario a Derecho». La comprensión de la norma como vinculación psicológica de dos voluntades (la que impone, desde su autoridad, la regla de conducta, y la del súbdito, llamada a cumplirla), ha sido caracterizada como «imperativismo ingenuo» por

exactitud los cimientos sobre los que se edifica la teoría aquí comentada, esta podría ser la de «*oboedientiae finis est protectio*»⁸⁶, de la cual pueden derivarse dos cuestiones fundamentales de gran importancia: primero, la relación de derechos y deberes entre el soberano (que protege) y el ciudadano (que por esa labor le corresponde un deber de obediencia); y, segundo, la comprensión de la norma jurídica desde una doble perspectiva, en una parte distributiva, en la que se reconoce a todos determinados derechos que no pueden ser lesionados por otros, y una parte vindicativa, con la que los órganos del Estado quedan autorizados y obligados a sancionar las infracciones del ordenamiento jurídico⁸⁷.

3. La teoría de los imperativos ha sido frecuentemente criticada desde varias perspectivas⁸⁸. En el ámbito del Derecho penal las opiniones también han sido ampliamente formuladas⁸⁹. Probablemente el reproche más evidente se refiera a la idea de que, desde la perspectiva de la mencionada teoría, todas las disposiciones del ordenamiento jurídico sean consideradas como imperativos (recordar aquí la frase, formulada por THON, «el derecho es un complejo de imperativos»)⁹⁰. Al respecto vale decir que, si bien en esta

BOBBIO, *Positivismo, jurídico*, 1993, 199 s., que señala que esta comprensión «no va más allá en el análisis de la estructura del propio imperativo jurídico». No resultaría incorrecto afirmar que la simplicidad de esta tesis y su concordancia con el modo común de pensar, han contribuido decisivamente a la difusión de la teoría imperativista. Al respecto, RODRÍGUEZ MOURULLO, DP. PG., 1977, 78.

⁸⁶ Como señala correctamente ESER, *FS-Lenckner*, 1998, 32, n. 26 (=RDPC 7, 2001, 185, n. 26), de la proposición «*oboedientiae finis est protectio*» se extrae el lema «*protego ergo obligo*». Al respecto, también, WELZEL, *Naturrecht*, 4.ª d., 1962, 118 ss.

⁸⁷ Al respecto, ESER, *FS-Lenckner*, 1998, 32 s. (=RDPC 7, 2001, 185), que, comentando la obra de HOBBS, señala que aquí «cabe percibir ya sin dificultad la relación existente entre normas de valoración, garantía, determinación y sanción, que se dirigen –en parte de modo paralelo, en parte de manera divergente–, creando derechos y obligaciones, al Estado y a los ciudadanos, como también se intuye ya la diferencia entre las reglas de conducta para el ciudadano y las normas de decisión y de tratamiento para los órganos del Estado».

⁸⁸ Por todos, ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, 6.ª ed., 2011, 10, indica que la teoría de los imperativos «no da respuesta a la pregunta sobre qué se basa la fuerza vinculante del mandato estatal y especialmente la vinculación de la instancia legislativa a sus propias leyes».

⁸⁹ Critican la teoría de los imperativos, entre otros, FISCHER, H. A., *Rechtswidrigkeit*, 1911, 20 ss., 23, ss., 46 ss.; BOCKELMANN/VOLK, AT, 4.ª ed., 1987, 34. Un amplio recuento de las objeciones a la teoría de los imperativos puede encontrarse también en HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 107 ss. MÜNZBERG, *Verhalten*, 1966, 59, n. 98, resume correctamente los aspectos más discutidos de la teoría de los imperativos: «1. La identificación de poder estatal y Derecho; 2. La sobreacentuación de los deberes frente a los derechos y la insuficiente explicación de las «concesiones» («*Gewährungen*») jurídicas; 3. El peligro de una «psicologización» del Derecho; 4. La real voluntad de la autoridad, perteneciente necesariamente a una orden, no sería demostrable; 5. La conducta antijurídica de incapaces de imputación (*Unzurechnungsfähiger*) no podría ser explicada; 6. La diferencia entre antijuridicidad y culpabilidad se difumina; 7. Los imperativos no serían localizables en las leyes, sino que serían *sobreinterpretados* (*hineininterpretiert*) a la fuerza; 8. La norma de determinación presupone necesariamente la norma de valoración». También, COCA VILA, *Colisión de deberes*, 2016, 149.

⁹⁰ La idea de que todas las proposiciones jurídicas son imperativos proviene de THON, *Rechtssnorm*, 1878, 8, 12, 13, 345 ss. y BIERLING, *Grundbegriffe*, t. II, 1883, 7 ss. Al respecto, KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 260 (=Teoría de las normas, 1977, 347), quien alude a una teoría «monista» de los imperativos, cuyo principal representante sería HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 98 ss., 104 ss. Conforme a

investigación no pretendo desarrollar una clasificación de las distintas clases de normas que pueden existir en un sistema jurídico, es posible afirmar que, así como no todas las disposiciones jurídicas son imperativos, mucho menos solo los imperativos pueden ser entendidos como normas jurídicas. Fuera de esta observación básica, pienso que la teoría de los imperativos, en su comprensión original, no podría tener vigencia en la actual concepción del Estado: las relaciones del poder estatal con el ciudadano en la actual configuración del Estado difieren profundamente de la que correspondía en la época en la que se forjó la teoría de los imperativos⁹¹. El Estado no puede ser el sujeto del fin del orden jurídico, sino que es el objeto, esto es, el medio para la concreción del fin. Son los individuos los que constituyen el fin dentro de la sociedad⁹². De esto, a su vez, se desprende una última apreciación, consistente en que el imperativo no puede consistir únicamente en la voluntad del soberano (en el sentido más cercano a la expresión «orden» («*Befehl*»)) propuesto por BIERLING⁹³), sino que debe responder a una valoración previa a la prescripción⁹⁴. Como se puede prever, ambas posiciones son excluyentes: si el mandato del soberano se explica de manera exclusiva por emanar de su voluntad, entonces no habría

esta, todas las proposiciones jurídicas son imperativos (inclusive las que no tengan forma de imperativos, pero puedan ser transformadas sin dificultad y sin modificación alguna de su enunciado en ellos) o bien solo tendrían un significado si es que se ponen en relación con imperativos, por ejemplo, las «proposiciones jurídicas conceptuales» («*begriffsentwickelnden Rechtssätze*») y las «proposiciones jurídicas permisivas» («*erlaubenden Rechtssätze*»). La concepción monista no niega entonces que haya otro tipo de proposiciones jurídicas, aunque sí considera que la existencia de estas sería impensable si es que no son puestas en relación con los imperativos. HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 128, señala incluso que «En ningún lugar ejerce el Derecho la función de “permitir”». Ahora bien, frente a esta teoría «monista» de los imperativos, se alude a una teoría «dualista». Sobre esta última, MINAS-VON SAVIGNY, *Negative Tatbestandsmerkmale*, 1972, 35, n. 77, señala que, aunque la expresión «teoría dualista» (para hacer referencia a esta subcategoría dentro de la teoría de los imperativos) no había sido utilizada por nadie, parece ser la más adecuada para ser contrapuesta a la «teoría monista» (expresión empleada por Armin KAUFMANN). Pues bien, según esta concepción dualista, se reconocen dos tipos de proposiciones jurídicas: las proposiciones independientes (*selbständigen Rechtssätze*), que serían las normas de carácter imperativo (mandatos o prohibiciones), y las normas dependientes (*unselbständigen Rechtssätze*) que, si bien no contienen imperativo, son también normas jurídicas por su referencia a las normas independientes. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. I, 1894, 71 ss., 88 ss., sería un representante de una posición propia de una teoría «dualista» de los imperativos pues, en su opinión, no toda norma jurídica podría entenderse como una norma de mandato (exigencia de hacer) o prohibición (exigencia de omitir). La expresión «teoría dualista» fue utilizada, entre otros, por BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción*, 3.ª ed., 2005, 54, quien la utiliza para señalar que en el ordenamiento jurídico no solo hay normas imperativas, sino también «reglas de permiso». Sobre esta discusión, por todos, MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 192 ss.

⁹¹ Así, por todos, KRÜGER, *Adressat*, 1969, 113; HAAS, en: KAUFMANN, M./REZIKOWSKI (Eds.), *Zurechnung*, 2004, 205 (=InDret, 1/2016, 14); ZACZYK, GA 2014, 80.

⁹² Esto ya había sido resaltado sobradamente por KELSEN, *Hauptprobleme*, 2.ª ed., 1923, 206. En la actualidad, por todos, RENZIKOWSKI, GA 2007, 564.

⁹³ BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. I, 1894, 27, n. 3.

⁹⁴ Esta fue la crítica de MEZGER, GS 89 (1924), 244, a la teoría de los imperativos.

necesidad de apelar a su contenido de valor⁹⁵. Si se quiere fundamentar la norma en algo más que en la propia voluntad (del Estado o del emperador), un momento valorativo previo a la determinación parece ser irrenunciable⁹⁶.

4. Cabe destacar ahora dos asuntos que podrían tener trascendencia para el Derecho penal. Un primer asunto se refiere al hecho de que la teoría de los imperativos, al parecer, se enfocaba en un único aspecto de la prescripción, dejando de lado otro igual de importante: el de los derechos subjetivos⁹⁷. ENGISCH plantea un ejemplo: la prohibición de perturbar al propietario de un bien de su efectivo dominio permite la exclusión de que otros disputen al propietario el objeto de su propiedad, pero no define en términos positivos la propiedad (la propiedad solo estaría definida en términos negativos: otros distintos al propietario no pueden disponer fáctica o jurídicamente del bien)⁹⁸. Precisamente, este aspecto positivo que «parece quedar absolutamente oculto»⁹⁹ no sería explicado por la antigua teoría de los imperativos, en la que el derecho subjetivo sería solo «un claro en el artículo normativo»¹⁰⁰. Y es importante destacar esto pues, ese aspecto positivo, el contenido de lo

⁹⁵ Al respecto, BAJO FERNÁNDEZ, EPC 1, 1977, 26 s., donde señala que: «Si la norma es mandato de la voluntad del soberano no se explica por qué necesariamente tal voluntad exige como *prius* lógico una valoración. El mandato del soberano se explicaría exclusivamente por emanar de su voluntad, sin necesidad de tener que apelar a su contenido de valor. De otro lado, es cierto que la valoración sólo se consigue por medio del imperativo, pero esto es sólo cierto en el sentido de que un juicio de valor que no se impone no pasa de ser un mero deseo. La norma exige además la pretensión de validez de la consecuencia jurídica en caso de infracción del presupuesto. Lo que no es cierto es que la valoración sólo se consiga por medio de una orden emanada de la voluntad del soberano».

⁹⁶ Esto también es admitido por ENGISCH, *Introducción*, 1967, 41, quien señala que «Los mandatos y prohibiciones del derecho están enraizados en las llamadas normas de valoración y se fundamentan –dicho simplemente– sobre valoraciones, sobre aprobaciones y desaprobaciones». Como se observa, el citado autor habla de la existencia de una «norma de valoración», cuestión que será comentada en líneas posteriores. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 639, n. 363, sostiene que las normas de determinación son producto de la armonización de dos clases de enunciados valorativos (aquellos que valoran negativamente los hechos lesivos de bienes jurídicos y los que valoran positivamente los hechos que suponen una salvaguarda o protección de determinados bienes o intereses jurídicos), siendo tales valoraciones abstractas e internas al ordenamiento.

⁹⁷ Al respecto, por todos, HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 107 ss., 211 ss.; FISCHER, H.A., *Rechtswidrigkeit*, 1911, 46, 49 ss.; NAGLER, *FS-Binding*, t. II, 1911, 311 ss.; BINDER, *Rechtsnorm*, 1912, 18 s.; *Adressat*, 1927, 6; OEHLER, *Zweckmoment*, 1959, 25; ENGISCH, *Konkretisierung*, 2.ª ed., 1968, 108; BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción*, 3.ª ed., 2005, 54 ss.

⁹⁸ ENGISCH, *Introducción*, 1967, 39.

⁹⁹ ENGISCH, *Introducción*, 1967, 39.

¹⁰⁰ Así, la célebre frase de BINDING, *KritV* 21, 1879, 542, 563, en el marco de su crítica a la obra de THON. Utilizo la traducción empleada en ENGISCH, *Introducción*, 1967, 39, aunque tal vez la más cercana a lo que quería decir BINDING era que el derecho subjetivo era un «agujero en el centro de los contornos de la norma» («*das Loch im Zentrum eines Normenkreises*»). Es importante destacar que, a diferencia de la concepción imperativa de BINDING, la teoría clásica de los imperativos entendía a los derechos subjetivos del individuo como «la otra cara» del imperativo promulgado por el Estado. Con todo, como se explica en el texto, esta teoría parece haber concentrado su atención en una «definición negativa» del derecho subjetivo. Al respecto, HAAS, en: KAUFMANN, M./REZIKOWSKI (Eds.), *Zurechnung*, 2004, 205 (=InDret 1/2016, 14). También

que se adjudica al individuo, es la contrapartida positiva del aspecto negativo referido a la exclusión¹⁰¹. Pues bien, al respecto ENGISCH explicó que la teoría de los imperativos «(...) no niega que el derecho conceda algo, que proporcione realizaciones positivas y fundamente notorios beneficios»¹⁰². En ese sentido, el citado autor sostuvo que «la teoría imperativista hace notar que el derecho sólo alcanza este efecto positivo mediante imperativos plenos de sentido. Así, únicamente se “concede” la propiedad, que puede ser considerada como prototipo de un derecho subjetivo, cuando se prohíbe a todos perturbar al propietario en el goce de la cosa que le pertenece, es decir, robarle, hurtarle, apartarlo de su propiedad, molestarlo en el uso de la misma, etc.»¹⁰³. En este sentido es que puede entenderse la afirmación de THON, quien, al distinguir entre Derecho privado y Derecho público, consideró que, en caso de infracción de la norma, en el primero se produce una cesión, al protegido, de un medio para eliminar la contrariedad a la norma¹⁰⁴.

5. Las reflexiones de ENGISCH permiten advertir dos cosas de relevancia para el Derecho penal: en primer lugar, la amplitud en la configuración de las normas y; en segundo lugar, la conformación de ese aspecto positivo que busca protegerse. Sobre lo primero, queda claro que los imperativos solo hacen posible la protección de derechos subjetivos siempre que aquellos se expresen de manera amplia tanto en lo que se refiere a la cantidad de preceptos orientados a tal protección¹⁰⁵ como –principalmente– en lo que tiene que ver con sus destinatarios (los preceptos deben ser generales y abstractos, para garantizar así un

ZACZYK, GA 2014, 81, quien señala: «la burla de Binding, por la que la propiedad, conforme a la teoría de los imperativos, sería un agujero en el círculo de la norma (esto es: no estaría positivamente definida), gana entonces, con respecto a toda persona, un significado de mayor fatalidad: ella caracterizaría de independencia jurídica frente al Derecho legislado general».

¹⁰¹ Así, LARENZ, *Metodología*, 2.ª ed., 2001, 246, sostuvo: «(...) la adjudicación a la esfera jurídica propia del propietario y la prohibición, a todos dirigida, de «perturbar» la propiedad –lo que también positivamente se puede calificar del precepto, a todos dirigido, de respetar al propietario en su propia esfera–, son por igual elementos necesarios del concepto de propiedad. Esto significa que no se puede simplemente reducir el uno al otro, para, de este modo, hacerlo desaparecer».

¹⁰² ENGISCH, *Introducción*, 1967, 39.

¹⁰³ ENGISCH, *Introducción*, 1967, 39. En ese sentido, RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, 171, n. 55, señala que la crítica formulada por BINDING no es correcta, «pues (la teoría de los imperativos) puede obtener los derechos subjetivos a través de la interpretación de las normas de deber (*Verpflichtungsnormen*)».

¹⁰⁴ THON, *Rechtsnorm*, 1878, 6 ss.

¹⁰⁵ ENGISCH, *Introducción*, 1967, 41, donde dice (con respecto a la diferencia entre las autorizaciones y la concesión de derechos subjetivos): «Con cada autorización se limitan prohibiciones, y, por consiguiente, los imperativos pierden terreno. Por el contrario, con cada concesión de derechos subjetivos, tal como ha sucedido en la época moderna con la introducción de los derechos de autor, aumentan necesariamente los imperativos. El reino de lo permitido se extiende tanto más cuanto más se reducen los imperativos. Contrariamente, la existencia de derechos subjetivos puede aumentar sólo conjuntamente con la existencia de prohibiciones y mandatos».

mayor alcance)¹⁰⁶. Sobre lo segundo, el que el sistema jurídico sea entendido como un cúmulo de imperativos supuso que la infracción de estos sea a la vez una infracción del Derecho objetivo (de las normas), más que del propio derecho subjetivo. La protección (mediante un «rodeo»¹⁰⁷) de los derechos subjetivos que supuestamente permitía la teoría de los imperativos no impidió afirmar que se destaque que lo afectado, en primer lugar, sea el propio imperativo: mientras en el Derecho privado el Estado cedía al súbdito un medio para eliminar la contrariedad a la norma, en el Derecho público era el propio Estado quien buscaba esa misma finalidad¹⁰⁸. El desarrollo histórico-dogmático analizado en el capítulo anterior permite sostener que la necesidad de poner en primer lugar la afectación material condujo, en el Derecho penal, a la admisión de un injusto objetivo (y, desde esa perspectiva, en aras de un correspondiente apoyo normológico, la posterior alegación de la existencia de una norma de valoración)¹⁰⁹.

6. Desde mi punto de vista, la teoría de los imperativos, en principio, es correcta únicamente en el sentido de que las normas se dirigen a las conductas¹¹⁰. Dicho con mayor claridad: la norma se dirige al individuo para regular su conducta. De la admisión de esta

¹⁰⁶ Al respecto, *supra* Cap. I, 2.5.

¹⁰⁷ Como señaló ENGISCH, *Introducción*, 1967, 40, «los derechos subjetivos no aparecen siempre cuando el derecho manda algo, sino cuando los imperativos están dispuestos de tal manera que de ellos surge, de acuerdo con las prescripciones, aquellas posiciones de fuerza que llamamos derechos subjetivos».

¹⁰⁸ Esto se desprende de los planteamientos de THON, *Rechtsnorm*, 1878, 110, cuyo modelo de sociedad consistía en entender al Estado como entidad que asigna bienes al individuo solo en beneficio de la generalidad. En ese marco, HAAS, en: KAUFMANN, M./RENIKOWSKI (Eds.), *Zurechnung*, 2004, 205 (=InDret, 1/2016, 14), critica esta posición señalando que «la autonomía privada se reduce a asegurar el cumplimiento de la orden jurídico-pública».

¹⁰⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, RChD 22, 2, 1995, 267, n. 5, quien señaló: «Lo que sí destacaba Merkel es la concepción del derecho como conjunto de mandatos y prohibiciones –como conjunto de normas, en una palabra–. Con ello se abandonan las teorías que vinculaban el injusto a la lesión no del derecho objetivo –de las normas– sino de los derechos subjetivos de los particulares, concepción que facilitaba –al menos aparentemente– un enfoque objetivo del injusto. No es extraño que, pese al abandono definitivo de dicha tesis, quienes posteriormente concibieron el injusto de forma exclusiva o predominantemente objetiva, se apoyaran en una concepción de la norma como norma de valoración, centrada en el resultado lesivo de la acción más que en ésta, que en buena medida es un encubierto regreso al punto de vista del perjudicado y por ello a las teorías del injusto como lesión de derechos subjetivos, aunque se haya trocado esta expresión por la de lesión de bienes jurídicos».

¹¹⁰ Parecido, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewußtsein*, 1949, 63. Este autor señala que una comprensión imperativa de la norma jurídica supone entender que esta se dirige a «los súbditos del Derecho para determinarlos a actuar conforme a Derecho, pues solo las conductas humanas y solo aquellas conductas de destinatarios idóneos (esto es, de capaces de imputación) infringen el Derecho». Esta definición, como puede verse, no fue seguida en su integridad por el finalismo (aunque se señale, como hace BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción*, 3.ª ed., 2005, 57, que WELZEL y Armin KAUFMANN «son los continuadores del pensamiento de BINDING»), al proponer la distinción entre capacidad de acción y capacidad de motivación. Al respecto, *infra* Cap. IV, 2.

idea (que alcanzó su momento cumbre con los planteamientos de Armin KAUFMANN¹¹¹ y ZIELINSKI¹¹²), es posible extraer otras tres que, a mi juicio, poseen gran relevancia para esta investigación. Primero, que una concepción imperativa de la norma es aquella que entiende que a través de las normas se busca que los destinatarios hagan o dejen de hacer un determinado comportamiento (aunque en este extremo la teoría de los imperativos haya sido objeto de debate: se ha señalado que esta teoría concentra especialmente su atención en los concretos efectos psicológicos de las normas jurídicas¹¹³). Segundo, que es absolutamente correcto decir que lo único que puede ser prohibido o permitido por las normas son los comportamientos (y no los resultados)¹¹⁴. Tercero, que las normas están dirigidas únicamente a quienes están en condiciones de motivarse por las mismas. La admisión de una concepción imperativa de la norma (sin que ello suponga, necesariamente, aceptar la argumentación de origen autoritario de la teoría clásica de los imperativos), si quiere ser consecuente, debe mantener en todo momento aquellos tres aspectos¹¹⁵.

7. La necesidad de destacar la función de motivación de las normas jurídicas fue manifestada por autores que, a pesar de acercarse a la teoría clásica de los imperativos, la rechazaron por sus demás aspectos. Esto quiere decir que, si bien autores como MERKEL¹¹⁶

¹¹¹ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 139 (=Teoría de las normas, 1977, 184)

¹¹² ZIELINSKI, *Unrechtsbegriff*, 1973, 47 (=Concepto de ilícito, 1990, 42)

¹¹³ Así, MÜNZBERG, *Verhalten*, 1966, 9, quien señala que los defensores de esta teoría han seguido este camino «en ignorancia del real cometido» (de la norma). De otra opinión, ZIPPELIUS, *Aufbau*, 1953, 8 ss.; GALLAS, *FS-Mezger*, 1954, 322.

¹¹⁴ Así ya LAMMASCH, *Begriffe des Verbrechensversuchs*, 1879, 53; HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 387; GRAF ZU DOHNA, *FG-Güterbock*, 1910, 58; NAGLER, *FS-Binding*, 1911, 317; GERMANN, *Strafbarkeit*, 1914, 129; HARDWIG, *Zurechnung*, 1957, 81, 128 s.; ENGISCH, *FS-DeutscherJuristentag*, 1960, 419; MÜNZBERG, *Verhalten*, 1966, 3; FRISCH, *Vorsatz*, 1983, 76 ss.

¹¹⁵ Pienso que estos aspectos, que pueden rescatarse de la clásica teoría de los imperativos, están en consonancia con la idea señalada por ENGISCH, *Introducción*, 1967, 35, referida a que la mencionada teoría «es también correcta cuando se la entiende adecuadamente y no se la exagera». Ahora bien, como será expuesto más adelante, se puede decir que el problema con la actual concepción doctrinal mayoritaria radica en el mantenimiento de la norma como una norma de determinación (como un directivo de conductas) pese a que esta comprensión normológica constituye una circunstancia incómoda para la distinción entre injusto y culpabilidad. Por esto, en caso se considere necesario mantener tal distinción y se quiera conservar al mismo tiempo una concepción imperativa de la norma, entonces la separación entre injusto y culpabilidad debe sostenerse con independencia de la aptitud del individuo para ser destinatario de las normas. Como se indicó en el capítulo anterior, autores como MERKEL y BINDING adoptaron lineamientos próximos a la teoría de los imperativos, lo que les permitió formular un pensamiento conceptualizante del delito. Sin embargo, otros autores se apartaron de la teoría de los imperativos al entender como necesaria la distinción entre injusto y culpabilidad. Así, KOHLRAUSCH, *Irrtum*, 1903, 50, 57, rechazó la teoría de los imperativos y defendió la posibilidad de distinguir entre injusto y culpabilidad. Por su parte, FISCHER, H. A., *Rechtswidrigkeit*, 1911, 20 ss., rechazó también la teoría de los imperativos, adoptando la antijuricidad objetiva y con ello la distinción entre injusto y culpabilidad.

¹¹⁶ MERKEL, *ZPrÖ* 6, 1879, 391.

o BINDING¹¹⁷ expresaron su oposición con la idea de que el Derecho era un complejo de imperativos (y que, consecuentemente, por ejemplo, las normas permisivas solo tenían importancia en la medida que se encontraban vinculadas con las normas imperativas), admitieron la idea de la norma como mensaje prescriptivo, esto es, destacaron el carácter imperativo de la norma (cuestión que se convirtió en un aspecto fundamental en sus respectivas construcciones) y la necesidad de que el destinatario de la misma cuente con las condiciones necesarias para actuar conforme a la norma. Inclusive, un autor como MERKEL, que admitió este específico alcance de la teoría de los imperativos, destacó los puntos débiles de la misma (las normas de competencia y los derechos subjetivos)¹¹⁸. La teoría clásica de los imperativos, entonces, aunque ha sido declarada muerta muchas veces¹¹⁹, parece haber sobrevivido bajo una idea que parece ser correcta y que ha sido caracterizada como su «núcleo utilizable» («*brauchbarer Kern*»)¹²⁰: que el injusto es una infracción a un mandato o una prohibición y que por ello debe referirse a una conducta humana¹²¹. Con todo, esta apreciación parece necesitar una complementación: si bien la teoría de los imperativos ya describe de manera correcta la protección jurídica de los ciudadanos «desde arriba», al añadirse a ella los planteamientos liberales del Estado de Derecho, será posible entonces una fundamentación «desde abajo», esto es, a partir del individuo¹²². En definitiva, si bien entiendo a la idea de la norma como una prescripción (esto es, como un mandato o una prohibición), esta debe despojarse de los aspectos criticables de la teoría clásica de los imperativos (ordenamiento jurídico compuesto por imperativos, origen

¹¹⁷ En ese sentido, resulta importante señalar que, aunque BINDING haya comprendido al delito como la infracción de un deber personal de obediencia, esto no debe suponer que la finalidad de la norma consiste en ejercitar a los ciudadanos en la obediencia del Estado. Así, BINDING, *Normen*, t. II, 2.^a ed., 1914, 232, señala: «Sería una grotesca concepción de las prohibiciones y mandatos el considerar que sólo son promulgados para brindar a los sometidos a la ley ejercicios con los que probar sus legales o ilegales propósitos». En realidad, BINDING nunca consideró que la norma sea un fin en sí mismo. Así, BINDING, *Normen*, t. I, 4.^a ed., 1922, 397, señaló, con respecto a los delitos de pura desobediencia, que «Indiscutiblemente ninguna ley razonable exige obediencia como un fin en sí mismo», pues esto significaría la imposición de una sanción por una mera desobediencia y no por un hecho cometido. BINDING quería destacar principalmente los efectos materiales de la acción sobre la realidad (lo cual, si bien en sus primeras obras quedaba relegado al brindársele a la contrariedad a la norma el centro de atención, no ha dejado de ser un elemento constante en todas sus obras).

¹¹⁸ Así, MERKEL, ZPrÖ 6, 1879, 378, donde señala que no resulta reconducible a la estructura de un imperativo la regla que permite en ocasiones a los funcionarios del gobierno central con autorización del Consejo Federal el establecimiento de un estado de sitio (*Belagerungszustand*), sin que aquello suponga una afectación de su función y significado. Sobre las reflexiones de MERKEL en la crítica a la teoría clásica de los imperativos, DORNSEIFER, *Rechtstheorie*, 1979, 84.

¹¹⁹ NAGLER, *FS-Binding*, t. II, 2011, 311 s.; GALLAS, ZStW 67 (1955), 37.

¹²⁰ Así, MÜNZBERG, *Verhalten*, 1966, 10.

¹²¹ Al respecto, por todos, NIESE, *Finalität*, 1951, 60; NOWAKOWSKI, ZStW 63 (1951), 291; GALLAS, ZStW 67 (1955), 15; HARDWIG, ZStW 68 (1956), 21 ss.; *Zurechnung*, 1957, 108 ss.; MAIHOFER, *FS-Rittler*, 1957, 149 ss.; ZIPPELIUS, *Aufbau*, 1953, 7 ss.; OEHLER, *Zweckmoment*, 1959, 21 ss.; KRAUSHAAR, GA 1965, 19 ss.; ENGISCH, *Konkretisierung*, 2.^a ed., 1968, 140.

¹²² RENZIKOWSKI, GA 2007, 565.

autoritario, fundamentación del imperativo en la mera voluntad del soberano)¹²³, si se pretende aplicar en el marco de un moderno Estado de Derecho¹²⁴.

3.2. Norma de valoración.

1. La seguridad con la que se puede afirmar que nadie en la doctrina penal niega que una norma jurídico-penal pueda entenderse como una norma de determinación, no se reproduce cuando se aborda lo relacionado a la norma de valoración. En efecto, si bien en la actualidad la doctrina mayoritaria admite la concurrencia de una norma de valoración, la comprensión de esta en sentido estricto (esto es, desligada de cualquier tipo de imperativo) es prácticamente inexistente¹²⁵. Las críticas que ha recibido la norma de valoración no han sido suficientes para desvirtuar la idea, absolutamente asentada en la doctrina penal dominante, de que aquella antecede a la norma de determinación como *prius* lógico¹²⁶. Conforme a esto, la norma de valoración desempeñaría un rol fundamental en el ámbito del injusto penal, específicamente, en lo relacionado a los resultados jurídico-penalmente desvalorados que deben verificarse para afirmar o no la existencia de un delito (o de este en alguna de sus formas imperfectas de ejecución)¹²⁷. Lo que aquí debe quedar claro es que la aceptación de la existencia de una norma de valoración no niega en absoluto la mayor importancia que tiene la norma de determinación por su función prescriptiva¹²⁸. En ese

¹²³ Al respecto, MÜNZBERG, *Verhalten*, 1966, 9, quien señala que a menudo se identifica de manera injustificada las deficiencias de la teoría de los imperativos con la comprensión directiva de la norma, esto es, la norma como un mandato o prohibición. También, MEZGER, GS 89 (1924), 240 ss.; KAUFMANN, Arthur, JZ 1956, 353 ss.; ENGISCH, *FS-Deutscher Juristentag*, 1960, 422. ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, 6.ª ed., 2011, 9, afirma que entender que el ordenamiento jurídico está formado por reglas de conducta no implica una declaración a favor de la teoría de los imperativos.

¹²⁴ RENZIKOWSKI, GA 2007, 565. También, HÖRNLE, *Straftheorien*, 2.ª ed., 2017, 10, quien señala que los conceptos de «órdenes» («*Befehle*») o «deber de obediencia frente al Estado» resultan «problemáticos en un Estado de libertades».

¹²⁵ Al respecto, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 91. Asimismo, hay que mencionar que la defensa de la existencia de una norma de valoración no supone necesariamente negar la concurrencia de una norma de determinación, aunque la ubicación de esta sería, según varias opiniones, en la culpabilidad. Véase también GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *Introducción*, 5.ª ed., 2012, 429 ss.

¹²⁶ MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 57; RECPC 06-02 (2004), 1 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, DP. PG., t. I, 1977, 77; BAJO FERNÁNDEZ, EPC, 1, 1977, 25; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 87; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª ed., 1996, 237 ss. (=DP. PG., 2002, 254 ss.); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, RDPC 2, 1998, 391; GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *Introducción*, 5.ª ed., 2012, 438; LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 13/58.

¹²⁷ Al respecto, el planteamiento de WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, 25 ss.

¹²⁸ En realidad, se tratan de posiciones que han intentado combinar la norma de valoración y la norma de determinación, para de esa manera evitar las posibles objeciones que recibían cada una de estas comprensiones de la norma por separado. Así, por todos, MEZGER, GS 89 (1924), 240 s.; GOLDSCHMIDT, *FG-Frank*, t. I, 1930, 433 ss.; VON LISZT/SCHMIDT, Eb., *Lehrbuch*, 26.ª ed., 1932, 174 ss., 222 ss.; OEHLER, *FS-Sauer*, 1949, 263; *Zweckmoment*, 1959, 20 ss.; WELZEL, ZStaatsW 97, 1937, 382; KAUFMANN, Armin,

sentido, estando en la actualidad fuera de dudas la existencia de una norma de determinación, lo que se debate en la doctrina penal es si aquella está acompañada por una norma de valoración, y en caso de estarlo, cómo se relaciona con esta y cuál es la ubicación de ambas en el marco de la teoría del delito¹²⁹.

2. Conforme a lo expuesto, los defensores de la norma de valoración entienden que la norma jurídico-penal constituye fundamentalmente un juicio de valor, siendo este aspecto (el valorativo) destacable por encima de otros¹³⁰. Desde esta perspectiva normológica, se procede a determinar estados de cosas valorados jurídicamente y por ello considerados como positivos. A partir de esto, se identifican las circunstancias y acontecimientos que representan una oposición a tales estados de cosas valiosos¹³¹. Si la antijuridicidad de un hecho se determina a partir de la discordancia objetiva entre lo valioso y lo disvalioso, es porque se tiene como punto de partida que el Derecho «no es otra cosa que una suma *juicios de valor* con cuyo auxilio se distingue entre un comportamiento que es conforme y otro que es contrario a Derecho»¹³². Esto evoca la idea de que el Derecho, más que edificarse sobre la base de imperativos dirigidos a los ciudadanos, lo hace a partir del establecimiento de un «deber ser impersonal», que determina como deseables o indeseables ciertos acontecimientos¹³³. Una apreciación como esta refleja precisamente el origen de la teoría de la doble naturaleza de la norma, que puede ser considerada como el antecedente histórico-dogmático de la comprensión actual de la norma jurídico-penal como norma de valoración. En el capítulo anterior se sostuvo que el protagonismo que adquirió el neokantismo en la doctrina penal dentro del primer tercio del siglo XX permitió la configuración de las bases normológicas para la consolidación del pensamiento

Normentheorie, 1954, 69 ss., 176 ss. (=Teoría de las normas, 1977, 90 ss., 233 ss.); HARDWIG, *Zurechnung*, 1957, 166; MAIHOFER, *FS-Rittler*, 1957, 151 ss.; NOWAKOWSKI, *FS-Rittler*, 1957, 71; ZIPPELIUS, *AcP* 1958/59, 157, 394;. También, con más referencias, ENGISCH, *Introducción*, 1967, 42; BAJO FERNÁNDEZ, *EPC*, 1, 1977, 22; BOCKELMANN/VOLK, *AT*, 4.ª ed., 1987, 34 s.; COCA VILA, *Colisión de deberes*, 2016, 150.

¹²⁹ Las denominaciones «norma de valoración» y «norma de determinación» aparecen por primera vez en MEZGER, *GS* 89 (1924), 239 ss., en el marco de su estudio sobre los elementos subjetivos del injusto. Sobre la separación entre estas dos clases de normas, véase, por todos, KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 36 ss. (=Teoría de las normas, 1977, 47 ss.); KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 58; LIPPOLD, *Reine Rechtslehre*, 1989, 212 ss.; SANCINETTI, *Teoría del delito*, 1991, 46; RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, 125 ss., *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, 235 ss., *ARSP* 87 (2001), 110 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.ª ed., 1996, 237 ss. (=DP. PG., 2002, 254 ss.); MIKUS, *Verhaltensnorm*, 2002, 21 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 540 ss.

¹³⁰ Algunos autores le han concedido al carácter valorativo un mayor énfasis, por todos, NAGLER, *FS-Binding*, t. II, 1911, 273 ss.; NOWAKOWSKI, *ZStW*, 63 (1951), 288 ss.

¹³¹ BOCKELMANN/VOLK, *AT*, 4.ª ed., 1987, 34.

¹³² JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.ª ed., 1996, 236 (=DP. PG., 2002, 253) (cursiva en el original).

¹³³ MEZGER, *GS* 89 (1924), 245.

clasificadorio en el sistema de la teoría del delito. Así, importantes y muy autorizadas voces en la doctrina penal argumentaron a favor de la existencia de la teoría de la doble naturaleza de la norma¹³⁴, como construcción conceptual que hacía posible no solo la deseable separación entre las categorías dogmáticas de injusto y culpabilidad en el concepto de delito, sino también el desarrollo de bases sólidas para argumentar a favor de la posibilidad de que los inimputables puedan cometer hechos antijurídicos¹³⁵. Como ya es bien conocido, el principal representante para el Derecho penal de la corriente ideológica neokantiana, MEZGER, defendió la idea de que mientras la norma de valoración se encontraba en la base del injusto, la norma de determinación se ubicaba en el ámbito de la culpabilidad. Aquí radica, entonces, la importancia de la teoría de la doble naturaleza de la norma: la comprensión de la norma como elemento común tanto para el injusto como para la culpabilidad¹³⁶.

3.1. La teoría de la doble naturaleza de la norma, propuesta por MEZGER sobre la base de las reflexiones previas de THON y GOLDSCHMIDT, puede ser objeto de diversas consideraciones. En primer lugar, el uso del término «objetivo» para conceptualizar a las «normas objetivas de valoración» parece ser ambiguo: es evidente que el Derecho tiene un carácter objetivo –por lo que la validez de las normas no dependerá de la aceptación ni del reconocimiento del destinatario de estas–, pero esto no quiere decir que el objeto sobre el cual recae la «valoración objetiva» de la norma deba ser, también, entendido de manera únicamente objetiva¹³⁷. MEZGER partió correctamente de la identificación de la naturaleza de la valoración –entendiéndola como objetiva–, pero su error consistió en pretender

¹³⁴ Admiten la existencia de una norma de valoración, por todos, ENGISCH, *Introducción*, 1967, 41 (en donde inclusive cita a MEZGER, y a su distinción entre norma subjetiva de determinación y norma objetiva de valoración).

¹³⁵ En España, asumieron la teoría de la doble naturaleza de la norma, RODRÍGUEZ MOURULLO, DP. PG., 1977, 83. En Alemania, por todos, BLEI, AT, 16.^a ed., 1975, 88 (aunque en la siguiente edición de esta obra, BLEI, AT, 17.^a ed., 1977, 90, si bien mantiene la distinción entre norma de determinación y norma de valoración, parece acercarse más a la opinión dominante al sostener que aquellas se sitúan en el injusto y fundamentan el «injusto de la acción» y el «injusto del resultado», respectivamente); BOCKELMANN/VOLK, AT, 4.^a ed., 1987, 34 ss.

¹³⁶ Al respecto, KORIATH, *Grundlagen*, 1994, 293, quien señala que, en la concepción de MEZGER, injusto y culpabilidad son equivalentes desde el punto de vista estructural, puesto que, si bien ambas categorías constituyen, en esencia, una contradicción del hecho con la norma penal, lo que las diferencia es el punto de referencia del juicio de contrariedad normativa. Por su parte, LAURENZO COPELLO, *Dolo*, 1999, 59, señala que, desde la perspectiva de MEZGER, la norma penal se erigía como el elemento que dada unidad a todo el sistema (el injusto y la culpabilidad respondían a la idea común de la contradicción con la norma, esto es, un juicio de contrastación entre el hecho y los dictados del Derecho). También, LAGODNY, *Grundrechte*, 1996, 82.

¹³⁷ SANCINETTI, *Teoría del delito*, 1991, 26.

transportar ese carácter –objetivo– al propio objeto de la valoración¹³⁸. Esto repercutió, como es bien sabido, en las dificultades que tuvo el citado autor en explicar la tentativa (recuérdese aquí su conocido «argumento de la tentativa»), que lo condujo a señalar que la distinción entre injusto y culpabilidad poseía, en ocasiones, «algunas excepciones» o – aparentemente, distanciándose de su posición original– a indicar que queda al arbitrio del legislador la decisión de configurar una conducta como causal o final –dependiendo todo, por tanto, de la redacción del precepto legal–¹³⁹.

3.2. La segunda crítica a la norma de valoración como elemento fundamental en el marco de la teoría de la doble naturaleza de la norma formulada por MEZGER, se refiere a la relación de aquella con la norma de determinación (que MEZGER reconoció en la base de la culpabilidad). Como se señaló en el capítulo anterior, MEZGER entendió que la norma jurídico-penal podría ser, de manera simultánea, tanto una norma de valoración como una norma de determinación. Esto debería conducir a afirmar que el mencionado autor consideró que ambas manifestaciones normológicas eran en realidad dos partes, aspectos o funciones de una sola norma¹⁴⁰. Sin embargo, de los argumentos desarrollados por

¹³⁸ Parece ser que MEZGER si conocía las consecuencias de esta comprensión de lo «objetivo». Así, MEZGER, *Libro de Estudio*, 1955, 134, señaló «La norma objetiva de valoración del derecho puede referirse tanto a la *conducta externa* (“objetiva”) como a la *conducta interna y psíquica* (“subjetiva”). Por consiguiente, las palabras “*objetivo-subjetivo*” tienen un *significado distinto*; sin embargo, siempre se las ha confundido; nosotros las tendremos rigurosamente separadas: el derecho es una ordenación “objetiva” de vida, en tanto que materializa, sin una relación con sujetos determinados (que se realiza convirtiéndose en la “norma de determinación”), una valoración de sucesos sociales que, sin embargo, no necesita estar limitada a sucesos externos “objetivos”. La conversión a lo “subjetivo” se realiza allí en la transición desde la norma de valoración a la de determinación y aquí, en cambio, en la transición desde la valoración del suceso externo (objetivo) a la del suceso interno (subjetivo)» (cursivas en el original). Esta concepción de lo objetivo fue comentada por WELZEL, *Strafrecht*, 11.^a ed., 1969, 51 (=DP. PG., 1970, 77), quien señaló que «Debido a la ambigüedad del concepto “objetivo” ha surgido el equívoco de que la antijuridicidad sólo podría referirse al aspecto objetivo (del mundo externo) de la acción, por ser un juicio de valor “objetivo”. En realidad, el empleo de la palabra “objetivo” en ambos casos, no tiene nada en común. La antijuridicidad es objetiva sólo en el sentido de un juicio de valor general; su objeto, la acción, en cambio, es una unidad de elementos objetivos (del mundo externo) y subjetivos».

¹³⁹ Así lo pareció manifestar cuando MEZGER, *Libro de Estudio*, 1955, 137, dijo que «El legislador dispone de dos posibilidades: o bien puede asentar la norma únicamente sobre el suceso exterior y prohibir una conducta por el resultado que ella causa o bien sentar como fundamento la voluntad del autor y poner bajo pena una conducta dirigida a un resultado».

¹⁴⁰ Esta ambivalencia se ha desarrollado en la doctrina española con diversas expresiones: la norma jurídico-penal tendría «dos momentos» (BAJO FERNÁNDEZ, EPC 1, 1977, 25), «dos aspectos» (RODRÍGUEZ MOURULLO, DP. PG., 1977, 76), «dos puntos de vista» (RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, DP. PG., 18.^a ed., 1995, 181-185, 405 ss.), «una doble función» (COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, DP. PG., 1996, 40, 248), aunque se trate de un «todo indisoluble» (BAJO FERNÁNDEZ, EPC 1, 1977, 25) o una «realidad unitaria» (RODRÍGUEZ MOURULLO, DP. PG., 1977, 83). A pesar de esta complejidad, los autores que admiten en su pensamiento la teoría de la doble naturaleza de la norma han señalado, como lo hizo MEZGER, que no se tratan de dos normas distintas, sino que se trata de dos aspectos distintos de la misma norma. Sin embargo, como se verá a continuación, aunque se afirme que la norma de valoración es una norma completa, la

MEZGER, es posible observar una continua referencia a normas «completas», tanto en lo que tiene que ver con la norma de valoración (referente del injusto) como con la norma de determinación (referente de la culpabilidad). Llama la atención el hecho de que MEZGER, aunque en un principio afirme que se tratan de aspectos de una misma norma¹⁴¹, utilice el término «norma» para calificar a algo que, aparentemente, no debería serlo (queda claro que un aspecto de una norma no puede ser la norma en sí). Por otro lado, de tratarse de dos aspectos o funciones de una única norma, resultaría difícil admitir que la contravención de lo dispuesto por el aspecto pertinente de la norma supondría una infracción «completa» de la misma¹⁴². Así, en el específico caso de la norma de valoración, no sería asumible que la sola contraposición a la valoración se entienda como una infracción a la norma completa. Desde esta perspectiva, si la sola oposición del hecho desvalorado con la norma que considera valioso un determinado estado de cosas no permite admitir la infracción de una norma, el injusto no podría ser entendido como la infracción completa de una norma¹⁴³.

3.3.1. La tercera crítica a los argumentos planteados por MEZGER tiene que ver con los alcances propios que este autor le atribuye a la norma de valoración. Como se ha señalado en diversas ocasiones, MEZGER defendió la existencia de una norma de valoración ubicada en la base de la antijuridicidad. Esta norma, al servir como juicio valorativo entre la conducta desplegada por un sujeto y el ordenamiento jurídico, permite afirmar que aquella conducta es antijurídica. Aquella norma de valoración se expresaba, según la formulación

construcción de MEZGER sigue siendo igual de inaceptable. En VON LISZT/SCHMIDT, Eb., *Lehrbuch*, 26.ª ed., 1932, 174-175, 222 ss., Eberhard SCHMIDT consideró que había una única norma con dos funciones distintas. RENZIKOWSKI, en: BOROWSKI/PAULSON/SIECKMANN, *Rechtsphilosophie*, 2017, 633, n. 14, parece decir que MEZGER, a diferencia de Eberhard SCHMIDT, consideraba que sí había dos normas. MIR PUIG, ADPCP 1994, 6, indica que MEZGER concebía a la norma de valoración como «distinta» a la norma de determinación.

¹⁴¹ Como ya es sabido, para MEZGER la norma tiene una doble función: valorativa en el injusto e imperativa en la culpabilidad. Sin embargo, GOLDSCHMIDT se opuso a esa eventual falta de independencia de la norma de deber –norma de determinación según MEZGER– respecto a la norma de derecho. Precisamente, MEZGER, *Tratado*, t. I, 1957, 284, n. 6, señaló que la teoría de GOLDSCHMIDT era incorrecta en la medida que ubica a la norma de deber «al lado» de la norma de derecho. Según MEZGER, lo correcto era entender que la norma de deber es una norma *derivada* de la norma de derecho. Por ello, este último autor señaló que la norma de determinación (que fundamenta la culpabilidad) se deriva de la norma de valoración (que fundamenta el injusto). La tesis de GOLDSCHMIDT es muy cercana a la de MEZGER. Por lo dicho, parece ser que la diferencia fundamental entre la concepción de GOLDSCHMIDT y la de MEZGER radica en que para este último autor la norma de determinación deriva de la norma de valoración; mientras que para el primero una norma se encuentra junto a la otra.

¹⁴² Aunque a veces esto parece sostenerse. Por todos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, RDPC 2, 1998, 387, quien señala: «(...) como estimo que se debe considerar el carácter valorativo de la norma como parte de ella, la contrariedad a la valoración que se manifiesta en la antijuridicidad ya supondría la infracción de la norma».

¹⁴³ Al respecto, MIR PUIG, ADPCP 1994, 6, quien señala: «Entendida como oposición a la valoración de la norma prohibitiva, la antijuridicidad no significa, pues, infracción completa de la norma. El entendimiento normativo de la antijuridicidad por parte del neokantismo no permitió explicar aquella como antinormatividad, en el sentido de infracción de la norma prohibitiva (norma primaria, norma de conducta)».

inicial de MEZGER, bajo la fórmula «se debe». Siendo esto así, la ocurrencia de un determinado hecho externo, en caso de contravenir a la situación objetiva ideal representada por el «se debe», sería desvalorada y, por ende, devendría en antijurídica. La norma de valoración, que contenía aquel genérico «se debe», siguiendo los lineamientos iniciales de MEZGER, se orientaba únicamente a las conductas humanas, pues solo de ellas es esperable que desencadenen un estado de cosas jurídicamente desvalorado (MEZGER señaló expresamente que no había lesión de intereses jurídicos sin un sujeto que actúe de manera antijurídica¹⁴⁴). A mi modo de ver, esta es la única manera por la cual podría afirmarse la existencia de una obligación para el individuo, consistente en no generar un determinado estado de cosas considerado jurídicamente negativo. Consecuentemente, solo de esta esta manera podría afirmarse que un individuo «infringe» una norma de valoración.

3.3.2. Sin embargo, la argumentación antes expuesta adolece de un importante defecto que no puede obviarse: si la norma de valoración es infringida cuando se produce una causación de un estado de cosas jurídicamente desvalorado, esta situación no solo podría ser provocada por una conducta humana, sino que también por cualquier acontecimiento de la naturaleza. De esta manera, del abstracto «se debe» formulado por MEZGER, no hay ninguna razón para limitar lo jurídicamente relevante solo a las conductas humanas, y no a otros acontecimientos naturales que externamente causan o pueden causar hechos o acontecimientos susceptibles de desvaloración jurídica. Así, al conferirle a la valoración el estatus de «norma», se entendería por esta una pura valoración, renunciando a su intrínseco carácter prescriptivo y, en consecuencia, obviando por completo lo único que puede ser regulado o dirigido por normas: las conductas humanas¹⁴⁵. Por ello, en la medida que los alcances de ese abstracto «se debe» no sean precisados, habría que admitir que la situación objetiva ideal podría ser alterada o afectada tanto por una conducta humana como por cualquier acontecimiento de la naturaleza (no habiendo diferencia, por ello, entre lo humano y lo natural)¹⁴⁶. Esta idea era suficientemente conocida por autores como LÖFFLER¹⁴⁷ y BINDING¹⁴⁸, quienes, al vincular la existencia de un injusto a la verificación de un efecto lesivo de estado de cosas jurídicamente protegidos, admitieron que el

¹⁴⁴ MEZGER, GS 89 (1924), 246, 249, donde dice que el fin de las leyes penales también se encuentra en la «protección de intereses humanos mediante la prevención de su ataque por parte de acciones humanas».

¹⁴⁵ MIR PUIG, ADPCP 1994, 6.

¹⁴⁶ BACIGALUPO, RDPUC 1986, 67.

¹⁴⁷ LÖFFLER, ZStW, 21 (1901), 537 ss.

¹⁴⁸ BINDING, *Normen*, t. I, 4.ª ed., 1922, 258 ss.

comportamiento de los animales o los diversos acontecimientos de la naturaleza podían ser también considerados como injusto, pues de aquella era posible extraer consecuencias lesivas para intereses jurídicamente valorados de manera positiva. MEZGER, a diferencia de estos autores, nunca reconoció que los animales y la propia naturaleza podían actuar de manera antijurídica¹⁴⁹ (con lo que aparentemente siguió el camino trazado por JHERING)¹⁵⁰. Seguramente, entendió que resultaría absurdo entender que los animales o la naturaleza puedan generar estados de cosas antijurídicos, ya que estos solo podrían ser generados por conductas humanas¹⁵¹. Pero si esto es así (es decir, si se tiene la idea de la existencia de un individuo como punto de referencia imprescindible para la antijuridicidad), es porque la emisión de normas solo tiene sentido si es que los individuos a los que aquellas se dirigen pueden motivarse por las mismas (algo que MEZGER no atiende para calificar como «norma» a la norma de valoración) y, en virtud de ello, actuar de conformidad a la conducta mandada o comportarse en sentido contrario a la prohibición. En el planteamiento de MEZGER parece no distinguirse entre la valoración –ínsita en la norma– y el carácter imperativo-instrumental de la norma (siendo este último el criterio fundamental y exclusivo en el ámbito de la determinación de las conductas)¹⁵².

3.3.3. El problema de la presuntamente necesaria vinculación entre una conducta humana y el abstracto «se debe» (o, en todo caso, la delimitación de los alcances del «se debe» a la conducta humana, y no a otros acontecimientos de la naturaleza que de igual manera pueden generar externamente un evento lesivo de intereses jurídicamente protegidos), nunca pudo ser solucionado con claridad por MEZGER. Esto, a pesar de que, en atención a las críticas (las que esencialmente se concentraron en la elemental idea de que una norma sin destinatario difícilmente podría entenderse como una genuina norma, pues aquella no impondría alguna obligación), MEZGER matizó su posición inicial y admitió que «toda

¹⁴⁹ MEZGER, *Tratado*, t. I, 1957, 282. Con todo, SILVA SÁNCHEZ, InDret, 2014, 6, señala, sobre la norma de valoración, que «existen dudas no resueltas acerca de si este injusto presupone una imputación del proceso lesivo a título de acción (actio humana) o no. A pesar de las manifestaciones teóricas en el sentido de que el objeto de la norma de valoración podrían ser cualesquiera acontecimientos o fenómenos, lo cierto es que en la práctica del sistema neoclásico su objeto se limitaba a acciones voluntarias».

¹⁵⁰ La influencia de JHERING en MEZGER es resaltada también por PAWLIK, *FS-Otto*, 2007, 137 (= *Libertad Institucionalizada*, 2010, 119).

¹⁵¹ MEZGER, GS 89 (1924), 246, donde señaló que «la lesión de intereses jurídicamente protegidos no (puede) pensarse sin un sujeto que obra injustamente».

¹⁵² ZIELINSKI, *Unrechtsbegriff*, 1973, 47 (= *Concepto de ilícito*, 1990, 42)

norma va dirigida a alguien»¹⁵³. Sin embargo, a pesar de reconocer que toda norma tiene un destinatario (afirmó que del abstracto e impersonal «se debe» se deduce el personalizado «tú debes»), concluyó señalando, a mi juicio de manera contradictoria, que el abstracto «se debe» se mantenía vigente en la base del injusto. Con ello, aunque intenta salvar su tesis, no lo logra, pues mantiene el impersonal y abstracto «se debe» no dirigido a nadie, como referente de la antijuridicidad, del cual se obtiene el específico «tú debes», propio de la culpabilidad. Por tanto, MEZGER siguió manteniendo un abstracto «se debe» no dirigido a nadie¹⁵⁴. Ese abstracto «se debe» solo podría corresponderse con una norma sin destinatario, sin embargo, MEZGER reconoció que una norma sin destinatario no podría ser una norma. Si esto es así, la norma de valoración no podría ser una norma¹⁵⁵ y, por lo tanto, el injusto (que tiene en su base, según lo expuesto, una norma de valoración) no podría ser entendido como la infracción de un deber impuesto normativamente. Como es claro, las dificultades de MEZGER para hacer comprender su «se debe» sin destinatario demuestra la escasa importancia de entender a la norma como una «norma» de valoración.

3.3.4. El que MEZGER haya decidido aparentemente abdicar de su posición original consistente en la admisión de una «norma sin destinatario» responde al hecho de que esta evidenciaba el carácter no normativo de aquél abstracto «se debe». De esta manera, dado que la antijuridicidad se concibe tradicionalmente como contrariedad a las normas del ordenamiento, MEZGER necesitó considerarla como norma, cuya infracción determinaría la antijuridicidad de una conducta. Lo que se quiere decir con esto es que, la cuestión de si la norma puede o no ser una norma de valoración no se limita a una mera cuestión nominal, sino que se proyecta sobre un ámbito mucho mayor y más importante: incide en la concepción del injusto. Si el genérico «se debe» otorga un modelo de comportamiento abstracto definido en una supuesta norma valorativa, la única forma en que se puede reconocer que se produce un incumplimiento de tal modelo abstracto (y por ende, la verificación de una conducta antijurídica) consistiría en corroborar el incumplimiento de

¹⁵³ MEZGER, *Tratado*, t. I, 1957, 285, n.7, al percatarse de estas dificultades, quiso explicar su concepción de la «norma de valoración». Así –aunque en una anotación a pie de página– MEZGER señaló: «Cuando en nuestro trabajo (...) se habla de «norma sin destinatario», se sobreentiende que el Derecho siempre se dirige, y en tanto, la norma «siempre tiene destinatario». Pero aquella formulación lo que dice es que en el Derecho existe un impersonal, «sin destinatario»: «¡debe!», del que se deduce el concretamente personalizado: «¡tú debes!»».

¹⁵⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 560.

¹⁵⁵ Al respecto, recientemente, RENZI KOWSKI, en: BOROWSKI/PAULSON/SIECKMANN, *Rechtsphilosophie*, 2017, 641. También, ROBLES PLANAS, InDret 1/2019, 3, quien señala que «se mire como se mire, carezca de sentido hablar de normas sin destinatario».

una obligación (si el sujeto puede infringir la obligación legal es porque él debe cumplirla). Si no fuera así, se podría desvalorar el hecho externamente, pero no se podría decir que es «contrario a una norma», aunque sea sólo de valoración. Entonces, ese abstracto «se debe» debería concretarse en múltiples «tú debes» para poder afirmar que se produce el incumplimiento de una obligación. Sin embargo, un concreto «tú debes» supondría poner en relación el abstracto «se debe» con las circunstancias individuales del destinatario, con lo que, como es claro, habría una confusión entre injusto y culpabilidad (¿cómo interpretar la coexistencia de dos distintos «tú debes», uno en el injusto y otro en la culpabilidad?¹⁵⁶). En otras palabras, la idea de que la norma de valoración impone deberes específicos al destinatario supondría realizar un procedimiento que corresponde a la culpabilidad. MEZGER era consciente de ello, por lo que entendió a la norma de valoración en un primer momento como una «norma sin destinatario». Sin embargo, una norma como esta sería, por utilizar una afirmación de ENGISCH, «puramente platónica», sin poder de creación y, por lo tanto, vacía de contenido semántico como expresión de un deber¹⁵⁷.

4.1. Habiendo expresado las principales inquietudes que se desprenden de la norma de valoración formulada por MEZGER, es importante señalar que la teoría de la doble naturaleza de la norma, tal y como fue desarrollada por el mencionado autor, posee una gran ventaja y, a la vez, un importante inconveniente¹⁵⁸. La ventaja es que, por lo menos según su inicial formulación, deslinda con gran nitidez lo que son dos aspectos implícitos en la responsabilidad penal que no deben ser confundidos: la valoración del hecho desde la perspectiva de su lesividad y la infracción de un deber personal; distinción que, por lo demás, se ajusta a la diferenciación teórica entre injusto y culpabilidad –y que, además, resolvía el «problema del destinatario»—. Al entender a la norma como directivo de conducta y al circunscribirla al ámbito de la culpabilidad, se preservaba su estructura instrumental, de tal manera que el deber personal solo surgía cuando se daban todos los elementos de la culpabilidad, que no son otros que los requisitos de eficacia de los directivos que en líneas anteriores hice referencia. En el marco de este esquema, la norma

¹⁵⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 558, quien formula, aludiendo al caso de un inimputable, la siguiente interrogante: ¿cómo puede ser que el mismo comportamiento de mismo sujeto contrario al «tú debes» de la valoración, pero conforme al «tú debes» de la determinación?

¹⁵⁷ ENGISCH, *Introducción*, 1967, 42, quien además señala que «Sólo cuando las normas valorativas se transforman en exteriorizaciones de la voluntad, es decir, en mandatos, se convierten en normas jurídicas». En el mismo sentido, MÜNZBERG, *Verhalten*, 1966, 11.

¹⁵⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 560.

de determinación es una norma que sólo impone deberes a quien la conoce, sólo a quien es imputable y sólo a quien es capaz de percibir que su acción coincide con la descrita en el contenido objetivo de la norma. Hasta este momento, como puede preverse, no hay oposición a lo planteado en su momento por autores como MERKEL y BINDING¹⁵⁹.

4.2. Sin embargo, el gran inconveniente que plantea la teoría de la norma de valoración radica, precisamente, en empeñarse en hacer del injusto la contrariedad a una norma de valoración¹⁶⁰. Tomando en cuenta entonces la base normológica de la culpabilidad (la norma de determinación), que fue admitida por MEZGER, este procedió, al parecer, a realizar el mismo procedimiento en el estadio del injusto. Desde mi punto de vista, la comprensión del injusto como contrariedad a Derecho (idea que, por lo demás, parece estar absolutamente arraigada en la doctrina penal), llevó a MEZGER a identificar a esta categoría con la necesaria contravención de una norma, en este caso, de una norma de valoración, única «norma» que, según sus reflexiones, podría encontrarse sobre su base¹⁶¹. Es claro entonces que un punto de partida esencialmente correcto, como es la distinción entre injusto y culpabilidad como categorías dogmáticas sobre las cuales edificar la teoría del delito, fue deficientemente justificado desde una perspectiva de las normas, al pretender que, en la base del injusto, como en la culpabilidad, haya un sustrato normológico. Como antes se dijo: aunque la comprensión de la norma como un directivo de conducta que impone deberes a sus destinatarios es una definición aún muy elemental e incompleta, hace posible identificar el hecho de que la imposición de deberes de actuar u omitir por parte de las normas jurídicas para ciertos individuos constituye el contenido mínimo e irreductible de las normas jurídicas¹⁶². Este carácter mínimo no pudo verificarse en la norma de valoración formulada por MEZGER, ni en la norma de valoración que propugna la doctrina actual (en la que aquella coexiste con la norma de determinación en sede del injusto).

¹⁵⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 561. La teoría de la norma de valoración como eje del injusto tenía la indudable ventaja de respetar el sentido genuino de la norma directa –reservada para la culpabilidad– y a la vez permitir un concepto de injusto centrado en la lesividad del hecho para los bienes jurídicos.

¹⁶⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 561.

¹⁶¹ Pues si se acudía, por ejemplo, a la norma de determinación como base del injusto, se regresaría a un pensamiento conceptualizante del delito (MERKEL, BINDING) y, a partir de ello, a la imposibilidad de distinguir las categorías dogmáticas de la injusto y la culpabilidad. Por esto, la norma de valoración, situada en la base del injusto, apareció como una idea importante.

¹⁶² MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 561.

5. El que MEZGER haya tenido muchas dificultades en aclarar los alcances de su «se debe» sin destinatario constituye una clara manifestación de la fragilidad de la norma de valoración como norma¹⁶³. Por ello, si esta comprensión de la norma aún está vigente en la doctrina penal no es por su valor como teoría de la norma, sino porque permite aparentemente mantener algo que sí está justificado, como es la distinción entre el desvalor material del hecho conforme a su lesividad (injusto) y el reproche al autor por la infracción de un deber personal que se le impone (culpabilidad)¹⁶⁴. En efecto, la teoría de la doble naturaleza de la norma, al incidir en una necesaria distinción entre la parte objetiva y subjetiva del delito, no solo buscaba mantener el pensamiento clasificatorio impulsado por VON LISZT y BELING, sino también la asignación y esclarecimiento de los alcances de cada uno de los estadios valorativos en los que se edificaba el delito: el injusto (en donde se concentran las soluciones a la legítima defensa, participación, etc.) y la culpabilidad, como reprochabilidad personal por la infracción de un deber personal. En ese sentido, la teoría de la doble naturaleza de la norma solo fue acertada en lo relacionado al fundamento normológico de la categoría dogmática de la culpabilidad, pues esta, al concentrarse en la infracción personal de una norma de conducta por parte de quien está obligado a cumplirla, analizaba diversos aspectos subjetivo-individuales (o condiciones de operatividad instrumental de la norma, como son la imputabilidad del individuo, el conocimiento de la norma por parte del individuo y la capacidad del individuo en entender que la conducta que realiza es equiparable a la conducta prohibida) de gran relevancia para afirmar la relación normativa entre el mensaje prescriptivo y el destinatario del mismo. Pero, a mi modo de ver, por los argumentos antes descritos, la mencionada teoría fracasa en el injusto.

6. Los principales rasgos de la teoría de la doble naturaleza de la norma siguen vigentes en la opinión mayoritaria. Esto, a mi juicio, puede colegirse no solo de la ampliamente difundida y conocida afirmación consistente en que «la norma se dirige a todos», sino también cuando se afirma que, en el ámbito del injusto penal, coexisten tanto una norma de determinación como una norma de valoración¹⁶⁵. En efecto, el desvalor de acción y el desvalor del resultado en el ámbito del injusto penal, se justifican tanto en la norma de

¹⁶³ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 562.

¹⁶⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 562.

¹⁶⁵ Al respecto, AST, *Normentheorie*, 2011, 11.

determinación como en la norma de valoración, respectivamente¹⁶⁶. Este asunto, que será abordado más adelante, supone tener como punto de partida dos ideas problemáticas, ya destacadas por MIR PUIG: primero, la admisión de la existencia de normas de valoración, y, segundo, que el injusto no consiste en la oposición a una norma, sino a dos normas¹⁶⁷. Lo que es importante señalar aquí es que, en la actualidad, la doctrina jurídico-penal tiene claro que la existencia de la presunta «norma de valoración» supone reconocer la imprescindible concurrencia de una valoración en la base de la norma de determinación¹⁶⁸. Esto es algo con lo que estoy plenamente de acuerdo. Sin embargo, denominarla «norma» no es, desde mi punto de vista, la forma más correcta de comprenderla (sobre todo por las consecuencias que se derivan de calificar a algo como una «norma»)¹⁶⁹. Si es que una norma de valoración no es una norma, entonces el injusto no podría entenderse desde la perspectiva de una infracción normativa. Esto debe conducir necesariamente a negar la existencia de una supuesta «norma de valoración», por carecer esta de las características que singularizan a toda norma. De esta afirmación, sin embargo, no cabe deducir en absoluto alguna negación de la importancia de la valoración como estadio previo a la formulación de un mensaje prescriptivo. La norma jurídico-penal, entonces, solo podría ser considerada como una norma de determinación, en la medida que, a través de ella, se busca orientar la conducta de los individuos¹⁷⁰.

3.3. Norma como juicio hipotético.

¹⁶⁶ De la misma opinión, MIR PUIG, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. II, 2008, 1313. En la actualidad, el sistema teleológico del Derecho penal ha garantizado la imposibilidad de retornar a un objetivismo irrestricto. Esto es así pues la protección de bienes jurídicos mediante normas (mandatos y prohibiciones) toma como punto de partida sistemático el comportamiento humano motivable por las normas, esto es, a la norma de determinación.

¹⁶⁷ MIR PUIG, *EPH-Gimbernat*, t. II, 2008, 1313.

¹⁶⁸ Por todos, ENGISCH, *Introducción*, 1967, 41.

¹⁶⁹ Algunas inquietudes al respecto ya las había formulado DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, RDPC 2, 1998, 384, en su recensión a la 4.^a ed. del *Tratado* de MIR PUIG: «Tal vez debamos reflexionar, con Mir, si incluso el carácter más abierto o difuso de las valoraciones o los principios no hacen preferible reservar la denominación de norma para el imperativo, sin que ello se reste un ápice de importancia a esas valoraciones y principios. Sin embargo, tampoco existe ningún inconveniente desde puntos de vista de teoría de la norma en admitir que las propias normas tienen un contenido valorativo y probablemente esta concepción, mayoritaria entre los penalistas, sea preferible al menos en cuanto es más acorde con la que rige en otras ramas del Derecho y contribuya a que el Derecho penal no constituya un “coto cerrado” dentro del ordenamiento jurídico».

¹⁷⁰ De esto extrae GRACIA MARTÍN, *Fundamentos*, 2006, 106 ss., que el legislador, en la medida que quiere regular conductas humanas, tiene que vincular la norma de determinación con el juicio de antijuridicidad. Por razones lógico-objetivas, entonces, el juez debe definir la antijuridicidad como infracción de una norma la que, a su vez, solo puede configurarse «a partir de la estructura ontológica final de la acción humana».

1. La idea de la norma como juicio hipotético constituye un aspecto fundamental de la teoría pura del Derecho, en la que se entiende al derecho positivo como un conjunto de normas que disponen el ejercicio de la coacción por parte de los órganos del Estado¹⁷¹. Esta corriente doctrinal manifestó una expresa oposición a la concepción imperativa de la norma¹⁷². Conforme a esto, según el planteamiento original desarrollada por KELSEN¹⁷³, la norma jurídica debía ser entendida como un juicio hipotético, en la medida que posee una estructura condicional que expresa la relación entre un hecho (condicionante) y una consecuencia (condicionada)¹⁷⁴. De aquí se desprende la idea –muy arraigada en la doctrina penal, como se verá más adelante– de que la norma jurídica presenta la siguiente estructura lógico-formal: «Si A, entonces debe ser B» («Si matas, entonces debes ser condenado»), en donde «A» constituye el supuesto de hecho o la condición (el delito), y «B» es la consecuencia jurídica o la sanción (la pena). Según KELSEN, la conexión que une el supuesto de hecho con la consecuencia jurídica es una relación de imputación, por lo que, por ejemplo, en caso de cometerse un delito, la legítima y necesaria consecuencia de ello será la imposición de una pena (como ejercicio de la coacción en su forma más explícita) sobre el autor¹⁷⁵. Con esto, en el planteamiento de KELSEN la imputación no es

¹⁷¹ Al respecto, es fundamental, KELSEN, *Hauptprobleme*, 2.ª ed., 1923, obra en la que se establecen las bases de toda la obra posterior del autor.

¹⁷² Así, KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 42 (=Teoría de las normas, 1977, 55), señala que los defensores de la teoría pura del Derecho son decididos adversarios de la existencia de la norma en el sentido de BINDING. Al respecto también VOGEL, *Norm*, 1993, 30, quien considera a la «Zwangstheorie des Rechts» como opositora a la opinión que admite la existencia de normas de conducta (de mandato y prohibición).

¹⁷³ En este punto es importante destacar que el concepto de norma en KELSEN fue modificado con el paso del tiempo (aunque su pensamiento general sobre la concepción del derecho no sufrió mayores alteraciones). En una primera etapa, KELSEN, *Hauptprobleme*, 2.ª ed., 1923, 33 ss., 189 ss., adoptó, como se dijo, una perspectiva claramente antimperativista. Sin embargo, posteriormente, a partir de KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., 1960, 3 ss., admite un cierto grado de imperativismo. RENZIOWSKI, ARSP 87 (2001), 110, 113, n. 19, parece indicar un cambio de opinión de KELSEN entre «Reine Rechtslehre» y «Allgemeinen Theorie der Normen». En todo caso, parece ser que la consideración de la norma constituye el contenido de sentido de un acto de voluntad es indiferente a la contraposición entre imperativismo y anti-imperativismo, por lo que aquella consideración, junto a la distinción radical entre ser y deber ser (que KELSEN tampoco mantiene de manera constante), constituyen los pilares fundamentales de su pensamiento en general y de su comprensión de la norma en particular. Al respecto, por todos, CELANO, en: NAVARRO/REDONDO (Comp.), *Ensayos*, 2002, 154 ss.

¹⁷⁴ KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., 1960, 73, 81 ss.

¹⁷⁵ En este momento se pueden señalar algunas cuestiones sobre la comprensión del concepto de «imputación» en este autor. Inicialmente, en KELSEN, *Hauptprobleme*, 2.ª., 1923, 72, este señalaba que la imputación (*Zurechnung*) era una vinculación (efectuada sobre la base de la norma) entre un supuesto de hecho del ser (*Seinstandbestand*) y un sujeto. Posteriormente, KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., 1960, 79 ss., se refirió a la imputación como la vinculación de un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica (sanción). En ese sentido, empleó el término «adscripción» («Zuschreibung») para aludir a la imputación de un supuesto de hecho a una persona. Debe señalarse que la pretensión de KELSEN radicaba en oponer su concepto de imputación al de causalidad (lo cual es reflejo de su empeño en contraponer el Derecho y las ciencias sociales), por lo tanto, si bien tanto los enunciados jurídicos, como los de las ciencias naturales, son de carácter hipotético, KELSEN reconoció una diferencia: en las ciencias naturales el enunciado sería «Si A,

más la conexión de sentido entre el hecho y su artífice u originador (*Urheber*) –por lo que parece alejarse del concepto clásico de imputación–, sino una «relación funcional» de la consecuencia jurídica de la norma al cumplirse su supuesto de hecho¹⁷⁶.

2. La conocida afirmación de KELSEN «el injusto no es negación, sino condición del Derecho»¹⁷⁷, reflejaba que, desde la perspectiva del mencionado autor, una conducta no es antijurídica porque sea contraria a una norma, sino porque «el Derecho positivo la ha hecho condición de un acto coactivo, esto es, de una sanción»¹⁷⁸. De esta manera, se puede afirmar que el núcleo de la teoría de la norma de KELSEN radica en que las normas deben prever una sanción para el caso de que el hecho que constituye su antecedente sea realizado (un acto contrario a la condición anudada al acto de coacción), pues solo aquellas normas estructuralmente unidas a una sanción constituyen genuinas normas jurídicas¹⁷⁹. Al respecto, se ha señalado acertadamente que mientras el concepto de deber se construye en BINDING a partir de la norma, aquel se construye en KELSEN a partir de la sanción¹⁸⁰.

3. La tradicional comprensión de la norma prescriptiva (por ejemplo, el «¡No debes matar!») pretende ser superada en la concepción de KELSEN. Dicho de otra manera, se

entonces B», pero en la ciencia jurídica, el enunciado sería «Si A, entonces debe ser B». En ese sentido, según KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., 1960, 84, la imputación es la «conexión funcional» entre la consecuencia jurídica de la norma y su presupuesto cuando este es cumplido. Su concepto de imputación alude al enlazamiento de una conducta con su consecuencia (por esto ya se aparta de la noción clásica de la imputación). Sobre el concepto de imputación en KELSEN, por todos, VAN ALPHEN, IJSL VI/17, 1993, 163 ss.; ANARTE BORRALLA, *Imputación objetiva*, 2002, 199 ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 336 ss.

¹⁷⁶ KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., 1960, 84 ss. Sobre el concepto de imputación en KELSEN, por todos, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 336-342.

¹⁷⁷ KELSEN, *Hauptprobleme*, 2.^a ed., 1923, 53; *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., 1960, 116.

¹⁷⁸ KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., 1960, 117. Según LARENZ, *Metodología*, 2.^a ed., 2001, 97, el que la norma que prescribe conductas pase a segundo plano con respecto a la sanción, llevó a KELSEN a cambiar de sentido el significado tradicional que «lo antijurídico» tiene en el Derecho.

¹⁷⁹ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 260-261 (= *Teoría de las normas*, 1977, 348), puso de manifiesto la coincidencia entre el monismo de la teoría de los imperativos y el de la norma como juicio hipotético: mientras que para la primera postura solo el imperativo era la genuina norma, para la segunda posición solo la norma como juicio hipotético, portadora en su propia estructura de la sanción, sería realmente una norma. Posiblemente, un aspecto común entre ambas concepciones sea también el de una posible crítica: ninguna permite explicar de manera acertada la estructura de todas las proposiciones jurídicas.

¹⁸⁰ SCHMID, *Tatbestand*, 2002, 62. Además, este autor explica que mientras BINDING planteaba un concepto de deber situado delante de la imposición de la sanción, KELSEN proponía un concepto de deber derivado del concepto de sanción. Por tanto, al ubicar en primer plano a la sanción, el deber pierde su función independiente. No se castiga al autor «porque él haya descatado una prohibición, sino que al autor se le prohíbe una conducta pues con la realización de esta él será penado».

pretende renunciar al acto ilocucionario del mandato¹⁸¹. Hasta donde alcanzo a entender, el motivo de que esto sea así es consecuencia directa del propio núcleo argumental desarrollado por el mencionado autor: la necesidad de entender al Derecho como un ordenamiento coactivo, en el que la sanción integre el propio concepto de norma¹⁸². Si esto constituye el punto de partida y la norma es el elemento que dispone el ejercicio de la coacción, este solo podrá realizarse de manera condicional o hipotética: a partir del cumplimiento de ciertas condiciones (la realización de un hecho caracterizado como delito, por ejemplo). Si no he comprendido mal, en la construcción de KELSEN desaparece la idea de la obediencia o desobediencia propia de la teoría clásica de los imperativos, pues, desde su punto de vista, una prescripción que diga «¡No debes matar!» resultaría insuficiente para ser considerada una genuina norma, la que, precisamente, tiene la condición de tal por habilitar el ejercicio de la coacción¹⁸³. Solo habría una norma jurídica que establece que los funcionarios apliquen una sanción a partir de la verificación de determinadas circunstancias (por ejemplo, el que una persona cause la muerte de otra). Por tanto, el destinatario de la norma, en la teoría de KELSEN, estaba claramente definido: solo podrán serlo aquellos habilitados a imponer sanciones, esto es, solo los jueces y otros funcionarios afines¹⁸⁴. En síntesis, se puede decir que lo que la norma era para la teoría de los imperativos (esto es, un mensaje prescriptivo orientado a guiar la conducta de los individuos para que estos actúen u omitan actuar de determinada manera), para la teoría pura del Derecho era una figura impropia, que solo podría tener algún sentido si es que interioriza al elemento coactivo como componente esencial. Lo que para la teoría de los imperativos es contenido, para la teoría pura del Derecho es condición¹⁸⁵. La consecuencia de este procedimiento es el reconocimiento –conforme a KELSEN– de una genuina norma jurídica: una norma con estructura condicional o hipotética. Las normas dirigidas a los

¹⁸¹ HAAS, *Kausalität*, 2002, 109. Esto queda más claro en la «teoría alética de la norma» propuesta por HOYER, en la que las autoridades estatales renuncian al acto ilocucionario del mandato y se conforman con la mera información sobre las probables consecuencias del comportamiento.

¹⁸² Como se verá en el próximo capítulo con mayor detalle, esta idea constituye el núcleo del denominado «Modelo de la sanción» («*Sanktionsmodell*»).

¹⁸³ En este punto es importante explicar que pese a que KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.ª d., 1960, 3 ss., señala que el «deber ser» de una norma posee un efecto obligante sobre el destinatario, pronto señala que no es este el sentido que él quiere otorgarle al «deber ser». Así, desde su perspectiva, no se trata de que la norma determine lo «correcto» o lo «incorrecto», sino que aquella haya sido formulada de manera legítima por la respectiva norma fundamental. Al respecto, LARENZ, *Metodología*, 2.ª ed., 2001, 96 ss.

¹⁸⁴ Los que, por lo demás, son parte del Estado y el Estado solo puede ordenar sus propias acciones. Al respecto, KELSEN, *Hauptprobleme*, 2.ª ed., 1923, 189. Por otro lado, KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., 1960, 35, señala que las normas «autorizan a un determinado individuo para imponer a otro individuo un acto coactivo como sanción».

¹⁸⁵ BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción*, 3.ª ed., 2005, 60.

ciudadanos para imponerles un determinado modelo de conducta serían, como contrapartida, meros «epifenómenos» de las (genuinas) normas dirigidas a los jueces para imponerles la obligación de imponer sanciones¹⁸⁶.

4. La teoría pura del Derecho, si bien fue una construcción rigurosa y significativamente expresiva de las circunstancias históricas en las que se desarrolló¹⁸⁷, no parece haber sido recibida con la suficiente atención por el Derecho penal¹⁸⁸. El carácter tradicionalmente prescriptivo de las normas que integran este sector del ordenamiento jurídico hizo difícil la admisión de una construcción normológica en la que la función imperativo-instrumental de la norma quedaba eclipsada. En efecto, creo poder afirmar que la construcción de KELSEN se concentró únicamente en los efectos de la norma (la imposición de la sanción) y no en su función de dirección de conductas (no existían normas jurídicas dirigidas a los ciudadanos)¹⁸⁹. Las normas marcadamente prescriptivas del Derecho penal parecen no encontrar lugar en la tesis excesivamente simplificadora y reduccionista de KELSEN, no solo porque, desde su perspectiva, el orden jurídico reconoce únicamente la actividad del Estado (y no la de los ciudadanos, cuya actividad sería, al parecer, completamente intrascendente), sino también porque se consideran como integrantes de aquel orden estrictamente a las normas de sanción¹⁹⁰. Con todo, es posible reconocer algunos autores en la dogmática penal de lengua alemana (hasta donde he podido indagar, algunos nombres son los de NOWAKOWSKI¹⁹¹, LIPPOLD¹⁹², KORIATH¹⁹³, HOYER¹⁹⁴, HEIDEMANN¹⁹⁵ y

¹⁸⁶ KELSEN, *General Theory*, 1945, 60.

¹⁸⁷ Al respecto, LARENZ, *Metodología*, 2.ª ed., 2001, 90 ss.

¹⁸⁸ Así ya OEHLER, *FS-Sauer*, 1949, 262.

¹⁸⁹ KELSEN, *Hauptprobleme*, 2.ª ed., 1923, 379, 395.

¹⁹⁰ Esto conduce a BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción*, 3.ª, 2005, 61, a hablar de un «doble monismo» en la teoría pura del Derecho de KELSEN, la que ha implicado «que en el campo del derecho penal haya sido predominantemente rechazada para explicar el orden jurídico y que se haya preferido ya sea el imperativismo monista o el imperativismo diferenciado».

¹⁹¹ NOWAKOWSKI, *ZStW*, 63 (1951), 287 ss. En este trabajo, NOWAKOWSKI planteó consideraciones críticas en lo referido a la distinción entre norma de valoración y norma de determinación, proponiendo una alternativa sustentada en la teoría de la norma de KELSEN, la que posteriormente abandonó (Al respecto, NOWAKOWSKI, *Strafrechtsdogmatik*, 1981, 8 ss.). Destaca también el alejamiento de NOWAKOWSKI de la posición de KELSEN, Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, 60 (=Teoría de las normas, 1977, 79).

¹⁹² LIPPOLD, *Reine Rechtslehre*, 1989, 27 ss. Crítico con las observaciones formuladas por LIPPOLD en cuanto a la distinción entre injusto y culpabilidad, SCHÜNEMANN, en: SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.) y SILVA SÁNCHEZ (Ed.) *Fundamentos*, 1995, 205, n. 1.

¹⁹³ KORIATH, *Grundlagen*, 1994, 304.

¹⁹⁴ HOYER, *Strafrechtsdogmatik*, 1997, 14 ss. Reconoce que HOYER parte de las premisas de KELSEN, entre otros, HAAS, *Kausalität*, 2002, 109. NEUMANN, *GA* 1999, 443, destaca la influencia de ROSS y LUNDSTEDT (y otros representantes del denominado «realismo jurídico») en el pensamiento de HOYER. El propio HOYER, *Strafrechtsdogmatik*, 1997, 45, reconoce esa influencia. Por su parte, RENZIKOWSKI, *FS-Gössel*, 2002, 6, va

SCHMID¹⁹⁶) que adoptaron tales lineamientos para construir sugestivos planteamientos específicamente jurídico-penales. El desarrollo conceptual presentado por esos autores, aunque resulta interesante, son en muchos aspectos problemáticos¹⁹⁷. Por esto, al no superar las complejidades verificables ya en el propio pensamiento de KELSEN, las observaciones críticas formuladas a este, hasta donde alcanzo a entender, pueden reiterarse frente a los autores que han aplicado las premisas de KELSEN al ámbito del Derecho penal¹⁹⁸.

5. La comprensión de KELSEN no permite distinguir entre, por ejemplo, un robo (cuya realización prevé la imposición de una pena) y un acontecimiento de la naturaleza, por ejemplo, una epidemia (cuya aparición desencadena la implantación de una cuarentena en la zona afectada). En ambos casos, como es claro, es posible verificar un supuesto de hecho y su correspondiente consecuencia jurídica, consistente en la aplicación de ciertas medidas coactivas de privación de la libertad¹⁹⁹. Sin embargo, aquí se reconoce medianamente el mismo problema que ya había sido apuntado al analizar críticamente la teoría de la doble naturaleza de la norma: si las normas jurídicas se conciben como instrumentos habilitantes para el ejercicio de la coacción, esta se podrá proyectar tanto hacia las conductas humanas como a los acontecimientos de la naturaleza, haciendo imposible una diferenciación cualitativa entre ambos escenarios. Y para ello no resultaría suficiente, como argumentó KELSEN ante esta problemática, sostener que el «acto coactivo,

más allá y encuentra vinculación entre las reflexiones de HOBBS, *De Cive*, 1642, XIV, XXIII, con las ideas desarrolladas por HOYER.

¹⁹⁵ HEIDEMANN, *Norm*, 1997, 44.

¹⁹⁶ SCHMID, *Tatbestand*, 2002, 73.

¹⁹⁷ HÖRNLE, en: HEFENDEHL (Ed.), *Fundamente*, 2005, 105, 113, quien también relaciona a los autores citados con KELSEN.

¹⁹⁸ De esta concepción del Derecho se extrae también la consideración de que los tipos penales (*Straftatbestände*) son exclusivamente normas autorizadoras o habilitadoras (*Ermächtigungsnormen*), esto es, que «habilitan a un determinado individuo dirigir un acto de coacción como sanción contra otro individuo» (KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., 1960, 35.). En la ciencia jurídico-penal se reconoce que el principal representante de esta orientación es SCHMIDHÄUSER (*Strafgesetze*, 1988, passim; JZ 1989, 417 ss.), quien sostiene que la norma jurídico-penal difícilmente pueda encontrarse en la realidad social. Aunque esto será ampliado en un capítulo posterior, es posible adelantar aquí que esta orientación sostiene que el destinatario de la norma es el órgano del Estado (VOGEL, *Norm*, 1993, 30.). El citado autor entiende que la función de la gestión de la orientación jurídica de las conductas (algo en principio no negado por él) no se obtiene del Código Penal, sino de la moral social o del «conocimiento jurídico social» (*Soziale Rechtsbewußtsein*), en el que adquiere relevancia el «Derecho en la representación jurídica en la esfera del profano». Al respecto, SCHMIDHÄUSER, JZ 1989, 419, 424. Cabe señalar en este punto, sin embargo, que si bien las *Ermächtigungsnormen* pueden deducirse de una *Zwangstheorie* (pues se relacionan a la idea de que solo las normas de sanción y no las normas de conducta son genuinas normas jurídicas), son sin embargo independientes de este pensamiento. Al respecto, VOGEL, *Norm*, 1993, 30.

¹⁹⁹ RODILLA, *Teoría del derecho*, 2013, 154.

como sanción (en el sentido de consecuencia de una ilicitud), solo puede distinguirse de otros actos coactivos estatuidos por el orden jurídico en cuanto el supuesto de hecho condicionante es una acción u omisión (...)»²⁰⁰, pues al introducir como criterio delimitador un aspecto individual como el de la conducta humana, entonces habría que reconocer la existencia de alguna norma que esté dirigida a quien la realiza y así fundamentar un deber de actuación en un determinado sentido. El hecho de que KELSEN haya considerado que el supuesto de hecho de la imposición de una sanción debe ser una acción u omisión humana, lo lleva necesariamente, en mi opinión, a una contradicción: esa conducta humana ha de haber sido motivada, lo cual es imposible alegar en un acontecimiento del mundo natural (una epidemia, la actuación violenta de animales, etc.).

6.1. Sin embargo, el principal cuestionamiento que se puede hacer a esta orientación normológica posiblemente sea el referido a la idea de que el delito no es un hecho contrario a Derecho, esto es, que el delito no es un suceso caracterizado por su antinormatividad. El delito, como tal, solo sería, desde esta perspectiva, un estadio antecedente al del ejercicio de la coacción por parte de los legítimamente llamados a hacerlo, esto es, como antes se dijo, una condición para la sanción²⁰¹ o, dicho con palabras del propio KELSEN, el delito sería aquella conducta que representa «la condición para un acto coactivo estatuido por el Derecho»²⁰². Por esto, ya en el ámbito del Derecho penal, aunque se haya señalado la posibilidad de admitir que la norma ejerce una influencia sobre los comportamientos de los individuos, aquella no se realizaría mediante la imposición de un deber (emanado de una norma de conducta)²⁰³, sino mediante la inmediata vinculación de la conducta cuestionable con la sanción²⁰⁴. Según esta orientación, la infracción de un deber no reflejaría un suceso antijurídico, sino que, conforme a los postulados de KELSEN, se constituiría como el

²⁰⁰ KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., 1960, 42.

²⁰¹ KELSEN, *Hauptprobleme*, 2.^a ed., 1923, 276 ss. Al respecto, también LIPPOLD, *Reine Rechtslehre*, 1989, 104 ss.; KORIATH, *Grundlagen*, 1994, 277 s., 234 (con referencias a KELSEN). Una argumentación parecida puede encontrarse en WACH, GS 25 (1873), 438 ss., en el marco de su crítica al planteamiento de BINDING. Va más lejos WILENMANN, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 112, n. 19, quien considera que los planteamientos de MERKEL (principalmente, los desarrollados en su *Lehrbuch*) constituyen un antecedente (ese autor habla de una «completa coincidencia») del pensamiento normológico de KELSEN.

²⁰² KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., 1960, 116.

²⁰³ Al respecto, HOYER, *Strafrechtsdogmatik*, 1997, 14, plantea una «teoría alética de la norma» («*alethische Normentheorie*»), que establece que la función del Derecho penal consiste en influir en las conductas para la protección de bienes jurídicos, aunque no mediante la imposición de deberes, sino mediante la vinculación del hecho con la sanción correspondiente. HOYER, *Strafrechtsdogmatik*, 1997, 40, propone la sustitución del modelo dualista (compuesto por las llamadas «normas de conducta» y «normas de sanción») por un modelo monista que, sin imponer deberes de conducta, pueda asegurar la protección de bienes jurídicos.

²⁰⁴ HOYER, *Strafrechtsdogmatik*, 1997, 40 ss.

supuesto de hecho de la imposición de una sanción, lo que, como antes se dijo, permitiría entender a la norma, no como un enunciado deóntico, sino como una proposición hipotética²⁰⁵. Así, una norma que diga «*¡No debes matar!*» (prohibición) o «*¡Debes omitir matar!*» (mandato), debería formularse entonces como «*Es necesario* no matar a otro si se quiere evitar la imposición de una sanción» o «*Es suficiente* matar a otro si se quiere imponer una sanción»²⁰⁶. El precepto penal no constituye la entidad de la que se deriva la norma que, al ser infringida, permite hablar de un delito (de un hecho antijurídico), sino que solamente se limita a informar al destinatario la previsible consecuencia jurídica en el caso de que cometa el supuesto de hecho descrito, precisamente, en aquel precepto. La influencia sobre el comportamiento, entonces, se produce no mediante la imposición de un deber (pues en este planteamiento no hay un «comportamiento contrario a Derecho»), sino mediante la vinculación entre la sanción y la realización del comportamiento cuestionado que constituye su inmediato antecedente.

6.2. Queda en evidencia entonces que, en lugar de la imposición de un deber jurídico, como criterio conforme al que el destinatario de aquel debe actuar u omitir, ha de tomarse en cuenta a la propia sanción como resultado perjudicial para el propio individuo, quien decidirá no realizar el hecho, esto es, el presupuesto de ese resultado, precisamente, porque la consecuencia jurídica de ese proceder es experimentada como desagradable por la mayoría de los individuos. El individuo tiene que evitar la realización de la correspondiente conducta que constituye el presupuesto de aquella sanción²⁰⁷. En ese marco, HOYER señala que si conforme al mandato de economía ontológica (*Gebot ontologischer Sparsamkeit*) no es posible postular entidades inútiles, los mandatos de conducta independientes (*eigenständige Verhaltensgebote*), al no ser necesarios para la protección de bienes jurídicos, resultarían superfluos²⁰⁸. La protección de bienes jurídicos podría asegurarse directamente a través de un vínculo de la conducta infractora del bien jurídico con la imposición de un daño. El pretendido control de la conducta sucedería, por

²⁰⁵ HOYER, *Strafrechtsdogmatik*, 1997, 48, 81, reconoce a la norma, más que como enunciados deónticos (*Sollenssätze*), como enunciados descriptivos ordinarios (*reguläre Aussagesätze*).

²⁰⁶ HOYER, *Strafrechtsdogmatik*, 1997, 48 ss. Antes, KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., 1960, 51 s, 121. Las normas entendidas deónticamente quedarían desplazadas por normas que contienen modalidades deónticas «necesario» («*notwendig*») o «suficiente» («*hinreichend*»). Por esto, la norma penal no implica tomar en cuenta el deber del destinatario de esta, sino que se limitaría a «ponerle un precio a la acción», de tal manera que haga de la misma algo poco atractivo. Al respecto, HOYER, *Strafrechtsdogmatik*, 1997, 47, 267.

²⁰⁷ RENZIKOWSKI, en: MATI/RENIKOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, Introducción, nm. 3.

²⁰⁸ HOYER, *Strafrechtsdogmatik*, 1997, 46 ss.

tanto, a través de la omisión de la conducta lesiva del bien jurídico, pues su realización está ligada a un especial costo: el de ser susceptible de la imposición de una consecuencia que se muestra como desventajosa²⁰⁹. Por esto, HOYER llega a la consecuencia de que también las proposiciones normativas (*Normsätze*) no son proposiciones de deber (*Soll-Sätze*), esto es, no expresan deberes, sino que describen oraciones enunciativas generales (*gewöhnliche Aussagesätze*) que significan que para el individuo es necesario omitir una determinada conducta si quiere evitar que se le imponga esa consecuencia desagradable²¹⁰.

6.3. Esta forma de motivar la no afectación de bienes jurídicos, sin embargo, parece no poder tener base suficiente para convertirse en un criterio general: para muchos tanto los impuestos como las penas constituyen consecuencias jurídicas desagradables, pero el ordenamiento jurídico no busca en absoluto evitar las conductas (hechos imponderables) que permiten la aparición de los primeros²¹¹, lo que, por el contrario, si sucede con las últimas. Aquí se trata de la ya conocida crítica por la cual, desde la perspectiva de una norma como juicio hipotético, no podría distinguirse entre pena y tributo²¹². Asimismo, tampoco la sustitución de la noción de deber por la imposición de un precio a la acción resulta adecuada pues, como se ha visto, que un individuo esté en situación de asumir los costos que supone la pena, no es razón para no imponérsela. Es claro que para determinadas personas una conducta, a pesar de estar amenazada con pena, puede presentarse como una «inversión rentable»²¹³ y, por ello, como algo que están dispuestos a pagar para afectar los intereses de la víctima. En definitiva, renunciar a la idea del deber y concentrar la atención en la consecuencia jurídica aparece como un planteamiento que en última instancia se concentra no únicamente en el mero cálculo de preferencias (y de las posibilidades de

²⁰⁹ HOYER, *Strafrechtsdogmatik*, 1997, 267.

²¹⁰ HOYER, *Strafrechtsdogmatik*, 1997, 48.

²¹¹ Es claro que no toda norma jurídica tiene la finalidad de que el individuo desvíe su conducta para evitar de esa manera la consecuencia jurídica vinculada a esa norma.

²¹² HART, *Punishment*, 1968, 6 ss.; RENZIKOWSKI, ARSP 87 (2001), 110, 116 ss. Como bien señala RENZIKOWSKI, en: MATT/REZNIKOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, Introducción, nm. 3, «Quien se hace cargo de un impuesto, paga en cierto modo la libertad por la correspondiente conducta. Por el contrario, un hecho punible está prohibido independientemente de la disposición de hacerse cargo de la pena, pues se desprecia la posición jurídicamente protegida de otro». Al respecto, HOYER, *Strafrechtsdogmatik*, 1997, 64 ss. busca argumentos para diferenciar entre las normas tributarias y las normas penales. Así, señala que una norma tributaria «debe parecer objetivamente idónea para contribuir al aumento de los ingresos del Estado (...)». Por su parte, «una ley penal existe si la norma va dirigida exclusivamente a la dirección de la conducta (en interés de la protección de bienes jurídicos), pero no persigue (ni como resultado accesorio) la generación de beneficios adicionales. Por tanto, se ha conseguido diferenciar entre tributo y delito sin tener que servirse de la categoría de la «contrariedad al deber» («*Pflichtwidrigkeit*»).

²¹³ VOGEL, *Norm*, 1993, 30; SCHÜNEMANN, GA 1999, 216, n. 39 (=Temas actuales, 2000, 81).

relativización que este enfoque permite)²¹⁴, sino que también se aleja de la apelación a la libertad del destinatario de una norma para cumplir el deber que esta impone²¹⁵.

7. La construcción de KELSEN, en virtud de la cual el ejercicio de la coacción es la característica de las normas jurídicas, no permite dotar de una específica cualidad jurídico-penal al supuesto de hecho habilitante a la imposición de una sanción²¹⁶. Así, aunque KELSEN haya defendido la distinción entre un delito y una epidemia –distinción, según lo antes expuesto, a mi juicio, insatisfactoria–, no puede distinguir entre diversos escenarios cuya ocurrencia habilita la imposición de actos coactivos. Así, un consecuente seguimiento de los argumentos desarrollados por KELSEN no permitiría diferenciar entre, por ejemplo, un delito de calumnia (castigada con una sanción pecuniaria) y una compraventa (sujeto al correspondiente tributo), y, principalmente, no habría forma de señalar por qué el primer hecho es un delito y el segundo no²¹⁷. Es claro que, si bien ambos escenarios son supuestos de hecho sobre los que se proyectan actos coactivos, parece claro que mientras el primero es claramente un suceso ilícito, el segundo no lo es. En ese sentido, solo con respecto al primer escenario tendría sentido hablar de una «sanción»²¹⁸. Si, como señala HART, la distinción entre ambos escenarios tiene que ver con el esencial dato de que en el primero se verifica la existencia de un deber (los ciudadanos tienen un deber de no difamar a los demás, mientras que aquellos no tienen el deber de no realizar contratos de compraventa), no podría pasarse por alto que esto implica necesariamente la existencia de una norma que prohíbe la difamación y, por ello, que el hecho de calumniar supone la infracción de una norma que impone un deber²¹⁹. Pero esto es, precisamente, lo que no se encuentra en el planteamiento de KELSEN y que ha sido caracterizado como una «igualación» del *nivel del objeto (Objektebene)* y el *metanivel (Metaebene)*, es decir, del fundamento (infracción de la norma de conducta) y el resultado (sanción)²²⁰. Este razonamiento, como es claro, impide fundamentar la imposición de una sanción sobre la base de la infracción de una

²¹⁴ HAAS, *Kausalität*, 2002, 110.

²¹⁵ NEUMANN, GA 1999, 443 s., 445 s. No existiendo un orden objetivo de conductas desde el que valorar, tampoco sería posible definir los espacios de autor y víctima como esferas de libertad. La injerencia en los intereses de la víctima (en un sistema así no puede hablarse de derechos subjetivos) se convierte en una pura cuestión de precio.

²¹⁶ Lo mismo sucede en el caso de HOYER. Así, HAAS, *Kausalität*, 2002, 109. También, RENZIKOWSKI, ARSP 87 (2001), 120.

²¹⁷ RODILLA, *Teoría del derecho*, 2013, 154.

²¹⁸ RODILLA, *Teoría del derecho*, 2013, 154.

²¹⁹ RODILLA, *Teoría del derecho*, 2013, 155.

²²⁰ HAAS, *Kausalität*, 2002, 109.

prohibición o un mandato. Más bien, se sustituye, por ejemplo, la declaración «El autor será penado pues con su conducta ha infringido una prohibición» por una (promovida por la teoría aletica de la norma desarrollada por HOYER) que dice «El autor será penado pues es necesario no realizar la conducta si él quiere evitar la sanción», la que sería evidentemente circular²²¹. En todo caso, entender al uso regular de la coacción como rasgo característico del Derecho no tiene porqué eliminar el sentido que tienen las normas jurídicas (y principalmente, las normas jurídico-penales) como pautas de conducta para los ciudadanos²²². En ese sentido, que la configuración del correspondiente precepto refleje una formulación hipotética, esto es, la relación entre un hecho condicionante y una consecuencia condicionada (Si «A» se realiza, entonces debe suceder «B» o, con mayor claridad, «si matas a otro debes ser condenado con una pena determinada»), no constituye un condicionamiento para la no admisión de una interpretación deóntica de la norma jurídico-penal, esto es, una renuncia a la comprensión de la norma como un imperativo²²³. Aquella formulación hipotética no implica la admisión inmediata, exclusiva y excluyente, de un juicio hipotético y la renuncia de una comprensión imperativa²²⁴.

8. La orientación que aquí se defiende, que señala que las normas dirigen conductas (esto es, la norma como un enunciado deóntico), puede brindar una explicación del surgimiento del valor subyacente a aquellas normas, esto es, a los bienes jurídicos como estados de cosas susceptibles de valoración y que se consideran que deben ser mantenidos. Del planteamiento de KELSEN y de sus seguidores no se explica por qué se cuestiona valorativamente un determinado comportamiento ni tampoco esclarece el procedimiento por el que un bien jurídico alcanza a ser tal. En cuanto a lo primero, se ha sostenido que esta concepción desconoce algo que, desde mi punto de vista, es fundamental: la renuncia a la interpretación deóntica del Derecho penal supone negar también un orden objetivo de conductas. Si esto es así, no es posible valorar y, por ende, no es posible definir los

²²¹ HAAS, *Kausalität*, 2002, 109.

²²² RODILLA, *Teoría del derecho*, 2013, 152.

²²³ En el mismo sentido, acertadamente, RENZIOWSKI, ARSP 87 (2001), 125, quien señala que «el hecho de que las normas de conducta (normas primarias) estén vinculadas regularmente a una sanción (la pena) en caso de incumplimiento, no excluye lógicamente ni hace superflua (en contra de lo que pretende HOYER) una concepción dualista de las normas».

²²⁴ Algunas reflexiones al respecto ya en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 73. Por el contrario, HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción*, 1998, 214, al parecer, con un planteamiento cercano a KELSEN, señala: «Si nuestros ordenamientos jurídicos, concretamente, nuestros códigos penales, no prohíben de forma expresa, ni tácita, los actos calificados como delitos (el homicidio, el robo, etc.), entonces quien comete un delito no viola ninguna norma jurídica, no realiza en rigor un comportamiento contrario al Derecho, un comportamiento antijurídico».

espacios de autor y víctima como esferas de libertad²²⁵. Por tanto, en este planteamiento, «las normas no serían más objeto de un dialogo en el que se hable sobre su legitimidad»²²⁶. En cuanto a lo segundo, solo habría que afirmar que un bien jurídico es tal porque un acto de poder determina la sanción como consecuencia jurídica de la realización de un supuesto de hecho que representa la lesión de aquel interés jurídicamente protegido²²⁷. Si a esto se le agrega el hecho de que, desde esta perspectiva, el individuo no omitiría la conducta punible a partir de su prohibición, sino por la fuerza, entonces, el ordenamiento jurídico sería un ordenamiento de poder sin deberes (*pflichtlose*) y por ello privado de todo sentido normativo. Como en su momento KELSEN, HOYER renuncia a la importancia de las normas como mensajes prescriptivos dirigidos a los individuos (renuncia a la interpretación deóntica del derecho penal), por lo que, el Derecho penal se convierte en un puro fenómeno de poder²²⁸.

3.4. Norma objetiva de conducta.

1. Una de las manifestaciones de las aquí reconocidas como «teorías de la imputación» es la que ha sido «redescubierta» por HRUSCHKA²²⁹. Esta concepción, que hunde sus raíces en los planteamientos de los representantes del Derecho natural de los siglos XVII y XVIII (PUFENDORF, Christian WOLFF y DARIÉS)²³⁰, entiende que la noción de libertad de la persona permite una delimitación entre un hecho humano y un hecho fortuito o meramente físico. HRUSCHKA, a mi juicio el representante más importante del concepto clásico de «imputación»²³¹ en la ciencia penal alemana, edificó su concepción a partir de la distinción

²²⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Normas*, 2003, 19.

²²⁶ HAAS, *Kausalität*, 2002, 109. Esto, si no entiendo mal, no puede ser entendido como un defecto en el planteamiento de KELSEN, sino que es parte de su propio presupuesto. En todo caso, esta orientación resulta insuficiente en el Derecho penal. Esto, me atrevería a decir, podría explicar el motivo de la escasa trascendencia de la teoría pura del Derecho en el Derecho penal.

²²⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Normas*, 2003, 19, n. 10.

²²⁸ Así, HOYER, *Strafrechtsdogmatik*, 1997, 49, 50, n. 30, donde cita a KELSEN.

²²⁹ Así, HRUSCHKA, *Zurechnung*, 1976, 2 ss. También, VOGEL, *Norm*, 1993, 57 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 589, n. 229. El mérito de HRUSCHKA radica en proponer una ordenación de las categorías (y la relación entre estas) que durante siglos se han venido empleando. En general sobre los puntos de partida metodológicos de HRUSCHKA, HAAS, *Kausalität*, 2002, 28 ss.

²³⁰ Al respecto, HRUSCHKA, *Imputación*, 2005, 272, donde señala: «La doctrina jurídico-penal actual es, inconscientemente, heredera y sucesora de la *Jurisprudentia et Philosophia Practica Universalis* de los siglos XVII y XVIII, lo cual significa, sobre todo, que tiene el mismo objeto de estudio».

²³¹ «Imputación» («*Zurechnung*») significa atribución de un hecho a un hombre y no a causas externas al mismo, esto es, atribución a la libertad y no a la mera causalidad. Así lo entendían KANT, FEUERBACH o BERNER. Sobre la teoría clásica de la imputación, por todos, GRÜNHUT, *Zurechnung*, 1922, 74 ss. (que examina la evolución del concepto de imputación desde PUFENDORF hasta FEUERBACH, centrándose en este

analítica entre reglas de comportamiento (*Verhaltensregeln*) y reglas de imputación (*Imputationsregeln*)²³², la que no solo resulta más importante que la que corresponde a la separación entre reglas de justificación y reglas de exculpación²³³, sino que es equiparable a la distinción entre «conduct rules» y «decision rules», respectivamente²³⁴. En lo que sigue me encargaré de exponer brevemente, aunque con la mayor claridad posible, los principales aspectos de la concepción de HRUSCHKA, específicamente, su concepto de delito, el mismo que ha sido considerado como imputación a la infracción de una norma objetiva de conducta²³⁵.

2. Las reglas de comportamiento (que DARIÉS, según HRUSCHKA, denominó únicamente como «lex»), pueden ser distinguidas entre reglas de comportamiento con una función de configuración y reglas de comportamiento con una función de baremo de medición. Las primeras, según HRUSCHKA, desempeñan una función en la prospectiva, estableciendo pautas de comportamiento dirigidas a los ciudadanos. Así, «son mandatos o prohibiciones que se dirigen al sujeto sometido a la norma indicándole lo que debe hacer o dejar de hacer; o son reglas permisivas que se dirigen al sujeto sometido a la norma indicándole lo que le está permitido hacer o dejar de hacer»²³⁶. Se tratan entonces de normas de configuración pues, como el propio HRUSCHKA destaca, «Su cometido reside, pues, en influir y en conformar la vida»²³⁷. Por su parte, las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición cumplen una función en la retrospectiva, proyectándose hacia el

último); HARDWIG, *Zurechnung*, 1957 (que examina la evolución histórica de la teoría de la imputación desde ARISTÓTELES, proponiendo una reformulación de toda la teoría del delito desde la perspectiva de la idea de la imputación); SCHMIDT, Eb., *Einführung*, 3.ª ed., 1965, 157 ss., 169 ss.; HRUSCHKA, *Zurechnung*, 1976, 3 ss.; *Estudios*, 2005, 27 ss.; HÜBNER, *Objektiven Zurechnung*, 2004, 18 ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 11 ss.; *Libertad*, 2014, 15 ss.; PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 288 ss.

²³² HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.ª ed., 1988, 289, 416; ADPCP, 1994, 344. Como señala el autor citado, la distinción entre reglas de comportamiento y reglas de imputación fue propuesta originalmente por DARIÉS. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 586, dice que la teoría conforme a la que se distingue analíticamente entre normas de conducta y reglas de imputación (aludiendo a la propuesta desarrollada por HRUSCHKA) es «Una teoría de las normas distinta».

²³³ HRUSCHKA, ADPCP 1994, 344.

²³⁴ Sobre las «conduct rules» y las «decision rules», DAN-COHEN, *Harv. L. Rev.*, 97 (1984), 625 ss.

²³⁵ HRUSCHKA, JZ 1985, 8 (=Estudios, 2005, 272) (donde alude al delito como la «infracción imputable del deber»). Al respecto, también, KINDHAUSER, *Gefährdung*, 1989, 13 ss., 56 ss.; VOGEL, *Norm*, 1993, 20 ss., 28 ss., 41 ss.

²³⁶ HRUSCHKA, ADPCP 1994, 344. Agrega el autor que estas pautas «Dicen acaso: “¡no debes matar!”, “¡No debes robar!” y “En una situación de necesidad, debes prestar primeros auxilios a tu prójimo”. O, “¡En una situación de legítima defensa, te está permitido matar al agresor, si ello es necesario para rechazar la agresión!”, “¡En una situación de estado de necesidad, te está permitido agredir intereses ajenos, si ello es necesario para evitar el peligro y el interés protegido es relevantemente mayor que el interés lesionado por la agresión!”, etc. Como muestran estos ejemplos, las reglas de comportamiento poseen en la prospectiva una función de configuración».

²³⁷ HRUSCHKA, ADPCP 1994, 345.

pasado para realizar así una valoración del hecho («*applicatio legis ad factum*»). Desde esta perspectiva, los mandatos, prohibiciones o permisiones en sentido originario se revierten, desde el punto de vista de la regla de comportamiento con función de baremo de medición, en tipos delictivos de omisión, tipos delictivos de comisión y tipos de justificación, respectivamente²³⁸. Todos estos tipos, sostiene HRUSCHKA, «llevan aparejada una valoración de la que resulta la antijuridicidad o no antijuridicidad de la conducta»²³⁹. A diferencia de las reglas de comportamiento con función de configuración, las reglas de comportamiento con función de baremo de medición están dirigidas a los jueces (o a quien se encargue de valorar el hecho *ex post facto*), cuya actuación consistirá en valorar el hecho según los alcances de las propias reglas²⁴⁰. Señala HRUSCHKA que tanto la función configurativa como la función de baremo de medición de las reglas de comportamiento deben entenderse como una unidad, por lo que «Son como dos caras de una y la misma moneda»²⁴¹. Por lo dicho, vale decir que las reglas de conducta en su función configurativa y las reglas de conducta en su función de baremo de medición se diferencian no solo por el momento en el que operan (las primeras, *ex ante*, las segundas, *ex post*), sino también por los sujetos a las que están dirigidas (las primeras, a los individuos, las segundas, a los jueces –y en general a quien se encargue de realizar el juzgamiento–).

3.1. Sobre las reglas de imputación, HRUSCHKA sostiene que no pertenecen desde un punto de vista lógico al sistema de reglas de comportamiento (a la *lex* de DARIES), pues forman parte de un sistema de reglas propio. Así, tales reglas, a diferencia de las de comportamiento (que, como se dijo, tienen funciones en la prospectiva y en la retrospectiva), al poseer una función fundamentalmente adscriptiva, solo tienen una función en la retrospectiva²⁴². En ese sentido, al igual que las reglas de comportamiento con función de baremo de medición, las reglas de imputación se dirigen primariamente a la persona que juzga el hecho con posterioridad a su realización. HRUSCHKA reconoce dos

²³⁸ HRUSCHKA, ADPCP 1994, 345, quien señala: «A los mandatos corresponden tipos de delitos de omisión; a las prohibiciones, tipos de delitos de comisión; y a las reglas permisivas, tipos de justificación. En vez de «¡No debes matar!», se dice entonces «¡Quien ha matado, ha actuado antijurídicamente!»; en vez de «¡Debes prestar primeros auxilios!», se dice entonces «¡Quien ha omitido prestar primeros auxilios ha actuado antijurídicamente!»; y de la referida norma de justificación sobre la legítima defensa se desprende que no actúa antijurídicamente quien mata al agresor, en caso de que ello sea necesario para rechazar la agresión».

²³⁹ HRUSCHKA, ADPCP 1994, 345.

²⁴⁰ HRUSCHKA, ADPCP 1994, 345.

²⁴¹ HRUSCHKA, ADPCP 1994, 345. Esto es, según el mencionado autor, lo que distingue las reglas jurídicas de otras clases de reglas (HRUSCHKA hace referencia a las de una ética normativa), en las que, por ejemplo, si bien tienen una función de baremo de medición, pueden no poseer en cambio una función de configuración.

²⁴² HRUSCHKA, ADPCP 1994, 346.

niveles en la propia imputación: la *imputatio facti* y la *imputatio iuris*²⁴³. La imputación de primer nivel o *imputatio facti* «es la imputación de un proceso como ejecución de una acción o de una inactividad como omisión de una acción, en la respectiva situación relevante según los tipos contenidos en la *lex*»²⁴⁴. Es la declaración de que el sujeto es *causa moralis* de un proceso como hecho comisivo o de una inactividad como hecho omisivo²⁴⁵. Esto quiere decir que la imputación de primer nivel tiene como resultado la afirmación de un *factum* (hecho)²⁴⁶, lo que supone haber constatado su origen en la libertad del agente (y no en una mera sucesión causal de fenómenos), quien será el artífice de aquel hecho²⁴⁷.

3.2. En cuanto a la imputación de segundo nivel o *imputatio iuris*, HRUSCHKA señala que «es el *iudicium de merito facti*, esto es, la imputación «al merecimiento» de un hecho que ha sido juzgado en atención a la *lex*»²⁴⁸. La *imputatio iuris* supone que ya se ha realizado la *applicatio legis ad factum*, esto es, que el *factum* tenga la condición de hecho antijurídico²⁴⁹. De esta manera, la imputación de segundo nivel consiste en un juicio sobre el «merecimiento» del hecho, esto es, un juicio sobre el mérito o el demérito (siendo este último el relevante para el Derecho penal, pues un juicio sobre el demérito es un juicio sobre la culpabilidad de autor)²⁵⁰. Así como la imputación de primer nivel tuvo que ver con la libertad, la imputación de segundo nivel también requiere su enjuiciamiento: la imputación de segundo nivel (imputación de hechos antijurídicos a la culpabilidad) representa el juicio conducente a afirmar que el autor actuó con conocimiento de la antijuridicidad de su hecho, esto es «por una parte, tuvo un motivo para omitir la acción prohibida o para ejecutar la acción prescrita y, por otra parte, no tuvo ningún contramotivo comprensible que le impidiera el cumplimiento de su deber»²⁵¹. La referencia a la libertad, entonces, es distinta tanto en el primer como en el segundo nivel de imputación: en el

²⁴³ La *imputatio facti* y la *imputatio iuris* ya habían sido reconocidas por DARIÉS, quien además se esforzó por destacar que entre tales niveles de imputación se encontraba la llamada *applicatio legis ad factum*, de carácter distinto a aquellos (por lo tanto, no equiparable a la *imputatio facti* o a la *imputatio iuris*). Al respecto, HRUSCHKA, *Estudios*, 2005, 64 ss. La distinción entre *imputatio facti* e *imputatio iuris* fue común hasta el siglo XVIII.

²⁴⁴ HRUSCHKA, ADPCP 1994, 346.

²⁴⁵ HRUSCHKA, ADPCP 1994, 346.

²⁴⁶ HRUSCHKA, ADPCP 1994, 347.

²⁴⁷ Por esto, como se verá más adelante, no es posible imputar el *factum* si el agente desconocía las circunstancias o no era el origen del proceso.

²⁴⁸ HRUSCHKA, ADPCP 1994, 346.

²⁴⁹ HRUSCHKA, ADPCP 1994, 351.

²⁵⁰ HRUSCHKA, ADPCP 1994, 350.

²⁵¹ HRUSCHKA, ADPCP 1994, 351.

primero, la libertad se expresa en las alternativas que el sujeto tuvo para su acción; y, en el segundo, la libertad se refiere al conocimiento de la antijuridicidad del hecho (que el agente «tuvo un motivo para omitir la acción prohibida o para ejecutar la acción prescrita y, por otra parte, no tuvo ningún contramotivo comprensible que le impidiera el cumplimiento de su deber»)²⁵².

4. Por lo expuesto, HRUSCHKA plantea no solo el orden sistemático de las categorías hasta ahora expuestas (la imputación de primer nivel –*imputatio facti*– precede a la aplicación de las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición –*applicatio legis ad factum*–, mientras que la imputación de segundo nivel –*imputatio iuris*– es posterior a las mencionadas reglas de comportamiento)²⁵³, sino también las relaciones correspondientes entre aquellas. Mediante la *imputatio facti* se busca atribuirle un sentido al suceso ocurrido en el mundo exterior, esto es, a la verificación de un *factum* (un hecho realizado por un sujeto por intermedio de su libertad)²⁵⁴. Seguidamente se aplicarán las reglas de conducta en su función de baremo de medición o *applicatio legis ad factum* (juicio de medición entre el *factum* –el hecho imputado– y la ley –reglas o pautas de conducta–)²⁵⁵. Si el hecho coincide con lo dispuesto por la regla, entonces no procederá imputación alguna a título de mérito o demérito. Por el contrario, si se produce una diferencia entre el hecho y la regla, entonces es aplicable la *imputatio iuris*: si el hecho no es conforme a la regla (el hecho queda por debajo de lo que exige la regla), entonces se imputa un demérito; pero si el hecho va más allá de lo que la regla prescribe (el hecho excede de lo dispuesto en la regla), entonces se imputa un mérito (el hecho es supererogatorio)²⁵⁶.

5. Junto a los dos niveles de imputación (*imputatio facti* e *imputatio iuris*), HRUSCHKA distingue también dos tipos de imputación: imputación ordinaria e imputación

²⁵² HRUSCHKA, ADPCP 1994, 351.

²⁵³ HRUSCHKA, ADPCP 1994, 346.

²⁵⁴ HRUSCHKA, ADPCP 1994, 347.

²⁵⁵ HRUSCHKA, ADPCP 1994, 348. De estas apreciaciones extrae HRUSCHKA la idea de que el obligado debe poder poseer la capacidad de realizar la obligación o, dicho de otra manera, en términos más kantianos, «deber implica poder». Así: «La expresión prescriptiva «¡Debes cerrar la puerta!», que puede resultar de una regla de comportamiento análoga, presupone e implica que el que se expresa cree que el destinatario puede efectivamente cerrar la puerta. Si es manifiesto para todos los intervinientes que el destinatario de la orden no pudo cerrar la puerta, entonces tan sólo cabrá entender la orden «¡Debes cerrar la puerta!» como dicha en un modo de hablar sesgado o torcido, como expresada, por tanto, cínicamente».

²⁵⁶ HRUSCHKA, ADPCP 1994, 349.

extraordinaria²⁵⁷. El mencionado autor explica: «En los dos niveles de imputación de un hecho (antijurídico), es ésta «ordinaria», si y porque el juzgador no aprecia razón alguna que la excluya. La imputación es, por el contrario, «extraordinaria», si en efecto concurre una tal causa de exclusión de la imputación y, sin embargo, precisamente por ello, se hace responsable al autor»²⁵⁸. Esto quiere decir que, a pesar de que no concurren los elementos de la imputación ordinaria, se mantiene la imputación al agente. La imputación extraordinaria es entonces una imputación en virtud de reglas adversativas: al agente se le imputa (extraordinariamente) no por haber infringido una regla ni tampoco reprochabilidad alguna, sino por actuar contra lo que al agente le incumbía²⁵⁹, esto es, por contravenir una «*Obliegenheit*»²⁶⁰. De esto se tiene entonces que, en el caso de la *imputatio facti*, aunque concurren las condiciones que la hagan imposible (el sujeto se encuentra bajo una *vis absoluta* o no ha conocido el hecho)²⁶¹, si se determina que el autor virtual hubiera podido revertir esa situación (evitando la situación en la que ha quedado sometido por la *vis absoluta* o si hubiera podido evitar el error sobre las circunstancias relevantes que excluyen su dolo referido al hecho), entonces procede una imputación extraordinaria (se le imputa al autor el proceso o la inactividad como hecho comisivo u omisivo, a pesar de que no se hayan cumplido con los presupuestos de la exclusión de la imputación ordinaria)²⁶². De la misma manera, aunque no concurren condiciones que no permitan la *imputatio iuris* (el sujeto se encuentra en una *vis compulsiva* o desconoce la antijuridicidad de su comportamiento)²⁶³, si se determina que el autor ha producido la propia situación (él

²⁵⁷ Sobre los orígenes de la distinción entre imputación ordinaria y extraordinaria, HRUSCHKA, *Estudios*, 2005, 56 ss., donde señala que PUFENDORF fue el primero en establecer esta distinción (aunque este autor no haya acuñado las denominaciones para cada una de esas formas de imputación).

²⁵⁸ HRUSCHKA, ADPCP 1994, 352.

²⁵⁹ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Libertad*, 2014, 36, señala que «Las incumbencias se presentan entonces como fuentes de pautas de comportamiento que no llegan a ser reglas del actuar, pero posibilitan estas». La terminología «reglas adversativas» (que fundamentan la imputación extraordinaria) y «reglas consecutivas» (que sostienen la imputación ordinaria) es propuesta por SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 36, 534.

²⁶⁰ HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.^a ed., 1988, 277 ss., 397 ss.; ADPCP 1994, 353. En lo que sigue, el término «*Obliegenheit*» será traducido como «incumbencia», propuesta formulada por SÁNCHEZ-OSTIZ, *Libertad*, 2014, 139 ss. Frente a otras traducciones (como «carga» u «obligación»), la de «incumbencia» parece ser, a juicio de MONTIEL, InDret 4/2014, 4, la «menos imprecisa».

²⁶¹ HRUSCHKA reconoce los casos en los que no procede la *imputatio facti*: 1) cuando el autor virtual se hallaba en una situación en la que la ejecución de la acción era físicamente imposible; 2) cuando el autor virtual se hallaba bajo la incidencia de una necesidad física (*vis absoluta*); 3) cuando el autor virtual no ha conocido la situación relevante o no ha conocido la alternativa que le era dada al proceso o a la inactividad.

²⁶² HRUSCHKA, ADPCP 1994, 352.

²⁶³ HRUSCHKA reconoce los casos en los que no procede la *imputatio iuris*: 1) cuando el autor se encuentra en una situación de necesidad (*vis compulsiva*); 2) cuando el autor desconoce la antijuridicidad de su comportamiento (se halla en situación de ejecutar la acción mandada o de omitir la prohibida, sin embargo, no tiene ningún motivo para obrar conforme a deber, puesto que no conoce la regla de comportamiento pertinente).

mismo ha generado la *vis compulsiva* o él se encuentra en un estado de error de prohibición evitable), entonces sobre él se produce una imputación extraordinaria²⁶⁴.

6. La abreviada descripción del pensamiento de HRUSCHKA permite entender que las reflexiones de este autor están orientadas a la comprensión del concepto de delito desde la perspectiva de la teoría de la imputación. Por esto, en las siguientes líneas me limitaré a lo relacionado a las repercusiones normológicas que se desprenden de las reflexiones desarrolladas por HRUSCHKA, sin perjuicio de que en otros lugares de la investigación se aborden otros aspectos que considero de gran importancia.

7.1. El pensamiento de HRUSCHKA debe analizarse teniendo en cuenta que este admite la distinción entre injusto y culpabilidad²⁶⁵. A partir de esto, el referido autor pretende construir bases para una correspondencia entre la teoría clásica de la imputación y una estructura del delito que, precisamente, se refleje en la distinción entre las categorías dogmáticas integradas en aquella estructura²⁶⁶. La forma de proceder de HRUSCHKA consiste, como se dijo, en plantear dos niveles de imputación, cada uno conforme a las categorías del injusto y de la culpabilidad²⁶⁷. El camino propuesto por HRUSCHKA, sin embargo, plantea diversas inquietudes de relevancia para esta investigación. En primer lugar, emerge la cuestión de si realmente pueden distinguirse entre diversos niveles en el concepto de imputación, para de esta manera sustentar una pretendida correspondencia con las tradicionales categorías dogmáticas del injusto y la culpabilidad²⁶⁸. Este proceder, si no

²⁶⁴ HRUSCHKA, ADPCP 1994, 352-353.

²⁶⁵ HRUSCHKA, ADPCP 1994, 356, considera que la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad opera en el marco prejurídico de la lógica del lenguaje prescriptivo y adscriptivo, por lo que resulta independiente del Derecho positivo. En esta línea, HRUSCHKA coincide con muchos autores que en la ciencia jurídico-penal alemana han concentrado sus esfuerzos en sostener que la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad es independiente del Derecho positivo. Por ejemplo, SCHÜNEMANN, en: SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.) y SILVA SÁNCHEZ (Ed.) *Fundamentos*, 1995, 214 ss., quien recurre a consideraciones materiales.

²⁶⁶ HRUSCHKA, ADPCP 1994, 346 ss.

²⁶⁷ Como se ha visto, HRUSCHKA pretende justificar la estratificación de la imputación acudiendo al concepto kantiano de imputación, con el que construye un primer nivel de imputación (*imputatio facti*, previo a la *applicatio legis ad factum*) que situaría en el ámbito del injusto, mientras que un segundo nivel de imputación (*imputatio iuris*) se ubicaría en el ámbito de la culpabilidad.

²⁶⁸ Manifiesta también sus dudas, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 97, donde dice que «(...) la comparación entre injusto y culpabilidad, por un lado, y niveles de imputación por otro, debe ser tomada con ciertas reservas, ya que ni la primera pareja de conceptos tiene un contenido único a lo largo de la historia, ni tampoco las clasificaciones de la imputación ofrecen un panorama uniforme, no ya sólo en los términos utilizados, sino en los contenidos». Opta por una posición contraria a la traslación de categorías de la imputación a la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, KORIATH, *Grundlagen*, 1994, 17 ss., 259, n. 15. Por su parte, VON DER LINDE, *Rechtfertigung*, 1988, 37, señala que en PUFENDORF no es posible encontrar una distinción entre niveles de imputación, así como una diferenciación entre diversos tipos de causas de

entendiendo mal, sería conforme con la concepción hoy mayoritaria, que entiende que las cuestiones de la imputación corresponden tanto al injusto como a la culpabilidad, lo que se revela al verificar la ubicación sistemática de las categorías como la acción, el dolo, la imprudencia y el conocimiento del injusto, repartidas a lo largo de la estructura de la teoría del delito²⁶⁹. En ese sentido, la distinción entre dos niveles de imputación podría enriquecer la comprensión dominante en la que el dolo se encuentra en el injusto y el conocimiento del injusto en la culpabilidad²⁷⁰. Sin embargo, es un asunto pendiente el analizar cómo ese proceder se concilia con el juicio de antijuridicidad, entendido generalmente como un examen del hecho desde una perspectiva general que toma en cuenta su lesividad, que responde, como puede preverse, a una dimensión distinta a la que corresponde a la imputación, orientada a la dimensión referida al autor (la *imputatio facti* y la *imputatio iuris*, como integradas en una imputación en sentido estricto, tienen como referencia aspectos subjetivo-individuales²⁷¹). En este momento bastará con decir que, en mi opinión, la separación entre dos niveles de imputación (cuya distinción es algo que, por lo demás, aún debe ser demostrado), responde a la pretensión de mantener la separación categorial, dominante en la ciencia jurídico-penal, entre injusto y culpabilidad²⁷². Sin

exclusión de la imputación. En realidad, fue DARIÉS el que de manera expresa distinguió entre niveles de imputación (*imputatio facti*, *imputatio iuris*), y un nivel de aplicación de la ley (*applicatio legis ad factum*).

²⁶⁹ En efecto, es frecuente encontrar en obras generales la clasificación del dolo y la imprudencia dentro de una categoría denominada «imputación subjetiva».

²⁷⁰ De hecho, me parece que es en estos ámbitos en donde los seguidores de la teoría de la imputación destacan sus principales aportes. Por todos, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Libertad*, 2014, 41 ss. Por otro lado, vale la pena mencionar aquí que, posiblemente por admitir la distinción entre injusto y culpabilidad, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 109, señala que la propuesta de HRUSCHKA es cercana a la posición de la doctrina dominante (siendo esta cercanía lo que le otorga, según MOLINA FERNÁNDEZ, su poder de convicción).

²⁷¹ Aquí surge la pregunta: ¿qué aspectos de la subjetividad le corresponderían tanto a la *imputatio facti* como a la *imputatio iuris*? Es claro que la *imputatio facti* no se puede satisfacer con una mera acción causal. Por esto, tendrá que exigir más: una acción voluntaria. Sin embargo, dado que la *imputatio facti* alude a la imputación del hecho: ¿cuánto del hecho debe restringirse a la *imputatio facti*? Parece ser que HRUSCHKA entiende que la *imputatio facti* abarca solo la acción imputable, mientras que la *imputatio iuris*, la culpabilidad. Sin embargo, esta separación de ámbitos no es porque la *imputatio facti* no pueda «abarcar más», sino porque con un criterio externo (la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad), HRUSCHKA limita la acción voluntaria a la *imputatio facti* y la culpabilidad a la *imputatio iuris* (pues la primera debe limitarse al conocimiento del hecho y la segunda al conocimiento de la ley). Sin embargo, como se verá a continuación, este procedimiento no solo genera dudas, sino que tampoco parece ser acorde a lo que tanto DARIÉS o KANT pretendían con su referencia a la idea de imputación. Según MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 698, n. 141, el término «imputación» debería reservarse para la denominada «imputación subjetiva», esto es, la antigua «*imputatio moralis*».

²⁷² Aquí cabe llamar la atención sobre algo: la teoría de imputación nace con una lógica completamente ajena a la que se consolidó a finales del siglo XIX, referida a la comprensión del delito desde un pensamiento clasificatorio. Precisamente, el auge del positivismo y el pensamiento clasificatorio en el concepto de delito, que permitió la aparición de las categorías de injusto y culpabilidad, se fortaleció hasta el punto de que la noción de imputación se diluyó en aquellas. Quedó solo la idea de imputación como «imputabilidad», en el ámbito de la culpabilidad. Sin embargo, como señala correctamente VON DER LINDE, *Rechtfertigung*, 1988,

embargo, a mi modo de ver, el mantenimiento de esa separación categorial no constituye una consecuencia del punto de partida asumido por el mencionado autor (la separación entre reglas de conducta y reglas de imputación), sino que constituye ya su propio punto de partida²⁷³.

7.2. En segundo lugar, parece claro que, por lo dicho, debe abordarse el asunto referido a la distinción entre *imputatio facti* e *imputatio iuris*, concretamente, a si estos niveles de imputación pueden ser entendidos como dos categorías separadas. Se ha mencionado ya que HRUSCHKA reconoce y justifica la existencia de estos dos niveles de imputación basándose en la tradición kantiana. Sin embargo, la utilización de esta noción («estratificada») de imputación no necesariamente constituye la única interpretación que se puede hacer sobre las reflexiones de KANT al respecto²⁷⁴. En efecto, es cierto que KANT distinguió entre *imputatio facti* e *imputatio iuris*. Del primer juicio de imputación se tiene como resultado el hecho como suceso proveniente de una persona libre (*causa libera* o artífice del hecho). Del segundo juicio de imputación se produce la atribución del hecho valorado como meritorio o demeritorio (o, mejor dicho, como recompensa o como reproche) si el sujeto hace más de lo debido o realiza menos de lo debido, respectivamente. Sin embargo, se debe señalar que KANT no imputa como hecho las acciones debidas, sino solo las acciones indebidas, esto es, solo los hechos indebidos (demeritorios o reprochables) son imputados. KANT consideró que cuando el sujeto realiza una acción

44-45, aunque la problemática de la imputación tuvo poco que ver con la posterior aparición de la distinción entre injusto y culpabilidad, la diferenciación entre niveles de imputación puede ser un primer ejemplo del pensamiento orientado a la separación de categorías.

²⁷³ Esto me parece criticable pues las categorías del injusto y la culpabilidad son consecuencias de una argumentación sistemática y no pueden ser ya el punto de partida con el que se quiera fundamentar un determinado planteamiento. Precisamente, antes de la imposición del positivismo y su monismo metodológico (etapa en la que la referencia a la imputación era frecuente, principalmente en el ámbito de los aspectos subjetivos del hecho punible), el delito no era entendido desde una perspectiva clasificatoria, sino conceptualizante. En todo caso, HRUSCHKA pudo haber tomado en cuenta la arraigada distinción entre causas de justificación y causas de exculpación (distinción que se encuentra intensamente arraigada en la ciencia jurídica, por lo menos, en su opinión, desde las postrimerías del siglo XVIII) y, por lo tanto, admitir la posibilidad de la existencia de hechos antijurídicos no culpables. Al respecto, HRUSCHKA, *Estudios*, 2005, 65. Parece criticar también el planteamiento de HRUSCHKA, en un sentido parecido al señalado en el cuerpo del texto, PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 264, que señala que, en el referido planteamiento, la distinción entre injusto y culpabilidad es presupuesta y abordada de manera constructiva, «sin embargo, no es expresamente fundamentada».

²⁷⁴ Sobre la teoría de la imputación de KANT, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 146 ss., quien destaca reiteradamente que la distinción entre *imputatio facti* e *imputatio iuris* (y la que corresponde a la de *imputatio facti* y *applicatio legis ad factum* –que KANT denomina *imputatio legis*–) no es absolutamente clara. Asimismo, destaca el mencionado autor más adelante (*Imputación*, 2008, 164) que KANT no se «refiere expresamente a la *applicatio legis ad factum*, sino a la *imputatio legis*, a la que le sigue el segundo juicio de imputación».

conforme a un deber impuesto por la norma, aquel se encuentra sometido a la ley, por lo tanto, ya no es *causa libera* del hecho. Esto revela, a mi juicio, que KANT, ya en el primer nivel de imputación, toma en cuenta la norma con la que se mide la acción (que, en caso de ser debida, no llegaría a ser un *factum*, sino que se queda al nivel de un proceso o inactividad en el que el sujeto está inmerso). Por lo tanto, si los hechos debidos no son imputados (no se llega al segundo nivel de la imputación, esto es, la *imputatio iuris*), es en el primer nivel de la imputación (*imputatio facti*) en donde no solo se imputa a un sujeto el hecho como su obra, sino que ese juicio implica ya una confrontación con la norma, de tal manera que ese proceso o inactividad sea considerada una conducta debida o no²⁷⁵. Considero que de esta manera es posible entender la afirmación de KANT por la cual «La adecuación de la conducta a lo que es debido no tiene efecto jurídico»²⁷⁶. Inclusive, según el propio KANT, no habría imputación de primer nivel (*imputatio facti*) cuando la acción sea conforme a un deber impuesto por la norma, por lo tanto, ni siquiera habría que determinar si se está frente a un hecho (pues una acción debida, como se dijo, no es una acción libre o, dicho de otra manera, el autor no actúa libremente, si no en cumplimiento del deber y ya solo por este esa acción no pasa a ser un hecho imputable)²⁷⁷.

7.3. En tercer lugar, en la obra de HRUSCHKA no se dice nada sobre la posibilidad de recurrir a otra noción distinta de imputación (que sería, incluso, más habitual y literal): la imputación como atribución de un hecho a un sujeto (noción que, además, es acorde con una relación específicamente moral: la relación entre el hecho y la persona entendida como

²⁷⁵ De la idea de que «la *imputatio legis* es entonces la *applicatio legis ad factum sub lege sumtum*» podría entenderse la clásica definición propuesta por KANT, de que la imputación da como resultado un hecho como acción proveniente de su artífice y sometida a las leyes que lo rigen («La imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio por el que alguien es considerado como artífice (*causa libera*) de una acción (*Handlung*), que entonces es denominada hecho (*factum*) y está sometido a las leyes»).

²⁷⁶ KANT, MdS AA, 228, señala: «(...) la adecuación de la conducta a lo que es debido no tiene efecto jurídico». En efecto, una vez que se afirma que se trata de un *factum*, hay diferencias entre si sigue una imputación jurídica o una imputación ética (ambas como especies de la imputación moral). En el ámbito de la imputación jurídica, no se imputan los hechos conformes con lo debido (esto es, lo correcto), pero sí se imputan los hechos que sobrepasan el deber (como mérito) o los que quedan debajo de él (como demérito). En este último supuesto, entonces, se habla de lo incorrecto o, con mayor claridad, de un injusto (se utilizan los términos «*iniustum*» o «*reatus*» o, el que más tarde utilizaría BINDING: «*Übertretung*»). Al respecto, sobre la imputación jurídica y ética en KANT, por todos, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 149.

²⁷⁷ Al respecto, CORDINI, RDPUCV 43, 2014, 687, quien señala, con respecto al planteamiento de KANT, por el que actuar en cumplimiento de un deber no es actuar libremente, que «Esta afirmación no la realiza en la (Metafísica de las costumbres), sino que aparece en obras posteriores considerando que ninguna conducta que se encuentre bajo la obligación de actuar u omitir puede ser imputada siendo sólo imputable las acciones basadas en la libertad». Luego, agrega en la n. 56 que «Nada que sea conforme a las leyes y, en cuya consideración estamos obligados a cometer u omitir algo puede ser imputado. Luego, solo una acción, que se basa en la libertad, es imputable, y la libertad misma no es nada más que la capacidad de imputación (*receptivitas imputationis*)».

causa libera del hecho). Existen serias dudas, por tanto, sobre si la tradicional distinción entre *imputatio facti* e *imputatio iuris* cumpliría la función que HRUSCHKA les atribuye: imputar algo como hecho e imputar el hecho antijurídico como demérito respectivamente²⁷⁸. El proceso de imputación parecería ser, en realidad, solo uno: la declaración de que el sujeto es autor (*causa libera*) del hecho, el que, en caso de estar valorado o desvalorado en un sistema normativo, entraña el correspondiente mérito o demérito del autor. Por lo tanto, la *imputatio iuris*, más que un escalón posterior de imputación independiente de la aplicación de la ley al hecho es simplemente el juicio acerca del mérito o demérito de la actuación del sujeto que se deriva de la comparación entre el hecho y la ley. No habría una estratificación de la imputación (separación de la imputación en dos niveles), por lo que ni la *imputatio facti* dependería de unos conocimientos y la *imputatio iuris* de otros (conocimiento del hecho y conocimiento de la ley, respectivamente).

7.4. En definitiva, considero que es importante tener en cuenta que la adopción de una determinada orientación sistemática (como la separación entre injusto y culpabilidad) debe ser, más que un punto de partida, una consecuencia necesaria de un determinado punto de partida. Si esto es así, el planteamiento de HRUSCHKA no parecería apropiado, pues, como antes se dijo, asume como asunto incuestionable la mencionada distinción sistemática, en cuyo marco integra sus reflexiones emanada de la teoría de la imputación²⁷⁹. En todo caso, aunque se considere apropiado el proceder de HRUSCHKA, pienso que quedan legítimas dudas acerca de la posibilidad de distinguir entre *imputatio facti* e *imputatio iuris* (situando a la *applicatio legis ad factum* entre ambos tipos de imputación) o, dicho con mayor claridad: no queda lo suficientemente claro si el proceder de HRUSCHKA es, como él anuncia, conforme con la distinción entre niveles de imputación tal y como fue planteada en la tradición kantiana. En mi opinión, la separación entre *imputatio facti* e *imputatio*

²⁷⁸ Así, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 111, n. 58, quien sostiene que nadie siguió una interpretación como la propuesta por HRUSCHKA. En ese sentido, dice: «Es significativo que muchos autores llegaran a identificar la *imputatio iuris* con la propia aplicación de la ley al hecho. Tiene razón Hruschka en insistir en que desde una perspectiva lógica una cosa es la imputación del mérito y otra la aplicación de la ley, lo que sucede es que si se sigue la interpretación que me parece más razonable, la aplicación de la ley al hecho fácticamente imputado es todo lo que se necesita para la imputación del mérito o demérito (*imputatio iuris*), por lo que no es extraño que ambas cosas se identificaran».

²⁷⁹ En mi opinión, la separación conceptual entre injusto y culpabilidad es correcta. Precisamente, una de las ideas principales de esta investigación consiste en demostrar que esta orientación clasificatoria, vigente y dominante en la ciencia jurídico-penal, es correcta. Pero la afirmación de su precisión solo puede sostenerse con reflexiones previas que conduzcan a fortalecer su existencia. La clasificación sistemática no puede ser un punto de partida inamovible.

iuris, en los términos desarrollados por HRUSCHKA, no parece ser admisible. Considero que solo ha de tomarse en cuenta un concepto único de imputación (la denominada «*imputatio moralis*» contrapuesta a la «*imputatio physica*»), en virtud del que se realice un juicio de imputación (de un *factum*, en términos kantianos o, en palabras más acordes al lenguaje jurídico-penal, de un hecho antijurídico)²⁸⁰. Ese único juicio de imputación se llevaría a cabo en su ámbito «natural», esto es, en lo que en la ciencia jurídico-penal se conoce como culpabilidad²⁸¹.

8. Dejando de lado estos asuntos que, como antes dije, están necesitados de un desarrollo más profundo que no puedo realizar aquí, la comprensión de HRUSCHKA genera otras interesantes inquietudes. El primer aspecto que vale la pena destacar –por su relación con la teoría de las normas– es el referido a la distinción entre reglas de comportamiento y reglas de imputación²⁸². En lo que respecta a las primeras, HRUSCHKA menciona expresamente la necesidad de entender que aquellas poseen tanto una función de configuración como una función de baremo de medición, las cuales, hasta donde entiendo, se complementan (una regla de comportamiento solo en su función configurativa ejercería una labor de indicarle en prospectiva al ciudadano qué debe y qué no debe hacer, pero no diría nada en caso de que aquel actuase en el sentido contrario a lo que establece la referida regla; por su parte, una regla de conducta solo en su función de baremo de medición podría decir en retrospectiva cuándo un sujeto ha actuado conforme o en oposición a la regla (antijurídicamente), pero no podría decirle al ciudadano, antes de tal valoración, cómo debe actuar)²⁸³. Esto, que es bastante claro, pronto pierde trascendencia en el desarrollo argumental de HRUSCHKA, quien, hasta donde alcanzo a ver, parece concentrarse más en la regla de comportamiento en su función de baremo de medición (en detrimento de la función de configuración) y en la relación que aquella tiene con la *imputatio facti* y la

²⁸⁰ Así, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 110, señala que «la imputatio iuris no sería un escalón posterior de imputación independiente de la aplicación de la ley al hecho, como sugiere Hruschka, sino simplemente el juicio acerca del mérito o demérito de la actuación del sujeto que se deriva de la comparación entre el hecho y la ley. La “imputatio iuris” no sería más que la consecuencia de la subsunción del hecho fácticamente impulsado bajo la ley». Esta comprensión, en mi opinión, es más cercana a la noción de imputación desarrollada por KANT.

²⁸¹ La idea de imputación es fructífera para la culpabilidad y no tanto para la antijuridicidad, por lo menos en su comprensión originaria. Al respecto, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 108.

²⁸² Como se sostuvo al inicio, HRUSCHKA entiende que las reglas de comportamiento en su función de configuración son las prohibiciones, los mandatos y las permisiones. Que las permisiones se entiendan como una norma independiente es un asunto que aquí no puede abordarse, pero que me referiré ampliamente en un capítulo posterior. Por ello, en lo que sigue, el análisis de las reglas de comportamiento en su función de configuración se limitará únicamente a los mandatos o prohibiciones.

²⁸³ Así, HRUSCHKA, ADPCP 1994, 345.

imputatio iuris. Posiblemente, por esto se ha criticado la concepción de HRUSCHKA señalando que la regla de comportamiento, en los términos de este autor, no opera como una norma de conducta (pues no hace referencia a un deber jurídico), sino que actuaría solo como una «regla de valoración objetiva del hecho»²⁸⁴. A mi modo de ver, la crítica podría estar justificada: si bien la función de configuración y la función de baremo de medición constituyen, en palabras de HRUSCHKA, una unidad, tiene sentido que la segunda función adquiera mayor importancia pues sería esta la que determina (en su sistema) la antijuridicidad del hecho²⁸⁵. Que el individuo actúe o no conforme a la norma que a él se le dirige para determinar su actuar u omitir no parece ser tan importante como la imputación de un suceso o de una inactividad como hecho comisivo u omisivo, respectivamente (esto es, la verificación de una *imputatio facti*, como antecedente a la *applicatio legis ad factum*, cuya función declarativa, permite entender que el hecho imputado es contrario a Derecho). La función de configuración se vuelve así un mero epifenómeno de la función de baremo de medición, que es la que declara que el hecho imputado (en primer nivel) es antijurídico. Evidentemente, HRUSCHKA no desconoce que la regla de comportamiento pueda incidir o no en los individuos (es evidente que la función de orientación a los individuos parece una idea que difícilmente se pueda dejar de lado), pero no concentra su atención en esto, sino que se traslada al momento en el que un suceso o una inactividad se hayan producido y que sea necesario imputar este suceso o inactividad a la libertad de un individuo²⁸⁶.

9. Por lo dicho, el juicio de antijuridicidad, al parecer, se produce en mérito de una contrastación entre el hecho y la ley. Esto es un asunto que llama la atención. Las múltiples referencias a la *applicatio legis ad factum* destacan que se trata de una contrastación, esto es, una comparación entre un hecho y una regla²⁸⁷. Esto, en mi opinión, no es una

²⁸⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 616, n. 12.

²⁸⁵ En la medida que HRUSCHKA, a diferencia de lo sostenido por KANT, consideraba que cualquier proceso o inactividad en la que el individuo esté inmerso puede ser objeto de juicio de imputación (*imputatio facti*) para obtener de él un *factum*, esto es, un hecho del que se diga que aquel individuo es *causa libera* (recordar aquí que KANT, al señalar que los actos conforme a deber no son causa libera, por eso los actos debidos ya son excluidos de plano de este primer nivel de imputación), tiene que concentrar sus esfuerzos en la *applicatio legis ad factum*, del que extraerá que el hecho es conforme o contrario a la ley.

²⁸⁶ Las reglas de imputación y las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición, al adquirir una mayor trascendencia en el sistema de HRUSCHKA, permiten entenderlo como un sistema orientado al juez (por la perspectiva claramente retrospectiva que posee), esto es, un sistema con una perspectiva *ex post*, al adquirir protagonismo las reglas de imputación y la regla de comportamiento en su función de baremo de medición (que «mide» un hecho previamente imputado).

²⁸⁷ Al respecto, por todos, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Libertad*, 2014, 30 («la atribución al sujeto a título de mérito o demérito presupone que ha tenido lugar una comparación –medición– del hecho con arreglo a pautas o reglas de conducta»), 45 («Como juicio de valoración que es, recae sobre el hecho, que se confronta, se mide con la

valoración. En todo caso, si se sostiene que se trata de una valoración, la regla de conducta en su función de baremo de medición, según explica HRUSCHKA, se aproximaría a la denominada «norma de valoración»²⁸⁸ que, como se ha sostenido en líneas anteriores, no es una norma. Si HRUSCHKA equipara conceptualmente injusto y antinormatividad, como hace la doctrina mayoritaria, entonces habría que afirmar que la infracción de la norma se produce con el juicio de antijuridicidad que provee la regla de comportamiento en su función de baremo de medición. Pero entonces, la antijuridicidad –que para el citado autor sería la relación entre el hecho (*factum*) y a regla (operación que se lleva a cabo en la *applicatio legis ad factum*)– radicaría únicamente en un comparación o contrastación y no en una valoración.

10. El que la regla de comportamiento en su función de configuración sea, como se ha dicho, un mero epifenómeno de la función de baremo de medición parece confirmarse, a mi juicio, con esa peculiar «transformación» de la regla de comportamiento, cuando pasa de ser vista en la prospectiva a ser vista en la retrospectiva. Si se recuerda lo señalado por HRUSCHKA, la regla de comportamiento en su función de configuración evoca a la regla como una pauta de conducta (prohibición, mandato o permisión), pero en su función de baremo de medición es un tipo (comisivo, omisivo o de justificación). Esa curiosa relación

regla de comportamiento. Se trata entonces de identificar el concreto contenido de la norma y proyectarlo sobre el hecho, como se trata también de enfrentar el hecho con la regla. De este modo, lo afirmado por la doctrina de la imputación ha de dar entrada a la configuración del objeto por la norma, y de la norma por el objeto, como ha destacado la hermenéutica»; 46 («Resultado de la aplicación de una ley al hecho es un juicio de valoración que concluye afirmando la adecuación a la norma, o bien, en cambio, su inadecuación»); 58 («Las mismas reglas de conducta que operaban hacia el futuro con una función configuradora de hechos, pasan a emplearse retrospectivamente con una función de medición de esos mismos hechos. El resultado de tal operación de medición será que el hecho o bien coincide con lo prohibido, prescrito (el hecho es debido) o permitido en cada caso; o bien que queda «por debajo» de lo prohibido, prescrito o permitido en cada caso: el hecho es contrario a la regla en cuestión, y por tanto antijurídico (típico o típicamente antijurídico –diríamos con la terminología al uso en las teorías del delito–); o bien, cabe que el hecho exceda de lo que era debido, en cuyo caso se habla de conductas meritorias (...)»).

²⁸⁸ Esto también parece haber sido reconocido por SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 394, n. 20, quien sigue los planteamientos de HRUSCHKA. SÁNCHEZ-OSTIZ vincula la regla de conducta en su función de configuración y en su función de baremo de medición con la norma de determinación y la norma de valoración, respectivamente. Así, señala: «La doble función de las reglas (...) puede guardar relación con la cuestión del carácter valorativo y/o imperativo de las normas penales. A mi modo de ver, y a reservas de mayor precisión, las reglas de conducta operan como imperativos en la prospectiva, mientras que en la retrospectiva como valorativas. De ser así, se podría hablar, más que de dos clases de normas o de una doble naturaleza, mejor de una *doble función* de las reglas de conducta penales». Con esto SÁNCHEZ-OSTIZ enlaza la comprensión de la regla de comportamiento de dos funciones (como configuradora y como baremo de medición) con la norma penal de dos funciones, haciendo que todos los problemas que tiene esta orientación se trasladen inmediatamente a su propuesta de entendimiento de la regla de comportamiento. En todo caso, la regla de comportamiento en su función de baremo de medición parece ser incluso «menos» que una «norma de valoración»: medir una conducta realizada con la contemplada en la ley no es valorar, simplemente comparar o contrastar.

entre las reglas y los tipos, como si de un elemento reversible se tratara, no me termina de convencer. No estoy seguro si esta comprensión de la relación entre las reglas y los tipos es consecuente con el amplio desarrollo sobre el tema surgido de la teoría de las normas, específicamente, de la hoy unánime admisión de que en la base de los tipos penales se ubican normas subyacentes. Evidentemente, una norma y un tipo no son lo mismo, por lo que ubicar a ambas categorías, en una posición equivalente, en la que se produzca una relación de «reversibilidad», no constituye una aproximación que considere admisible²⁸⁹.

11. Otro asunto que vale la pena comentar es el que tiene que ver con algo que parece ser un elemento característico de las teorías de la imputación: es la imputación lo que determina lo jurídico-penalmente relevante²⁹⁰. Las reflexiones de HRUSCHKA y de sus seguidores permiten entender que un hecho (*factum*) es producto de la imputación de un suceso o inactividad a la libertad de un sujeto. Por tanto, esta teoría de la imputación opera con una realidad que se crea o que se afirma: la afirmación de algo como hecho es la conclusión de un juicio de imputación²⁹¹. La diferencia con la doctrina jurídico-penal dominante, basada en el pensamiento clasificatorio es evidente: la realidad no se constata a través de una acción humana, sino que se afirma mediante la instauración de un hecho. No pretendo criticar aquí la forma de proceder de HRUSCHKA, pero sí considero necesario expresar algunas ideas con las que explicar el motivo por el que asumo un camino diferente. La *imputatio facti* (fuera de las posibles objeciones que ya se han señalado antes, referidas a si es posible desligarla de la *imputatio iuris*) instaura una realidad (se declara la existencia de un *factum* porque este tiene origen en el agente, esto es, en su libertad,

²⁸⁹ Por todos, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Libertad*, 2014, 44, donde señala que en la *applicatio legis ad factum* «las respectivas normas en juego (prohibiciones, prescripciones y permisiones) que operan en prospectiva, son empleadas en la retrospectiva por el juzgador –el juez, el propio agente o un tercero– como baremo de medición. Hablamos entonces de tipos comisivos, tipos omisivos y tipos de causas de justificación, respectivamente». Me es difícil entender cómo un mismo objeto puede tener, visto desde diversas perspectivas (una, la del individuo, otra, la del juez), una forma de comprensión tan distinta. Así, una norma, orientada a dirigir la conducta del individuo, desde la prospectiva, es evidentemente un mandato o una prohibición (muchas veces sustentada en los conocimientos previos del propio individuo, como resultado de su propia socialización). Esa misma norma, en la retrospectiva, sigue expresando una pauta de conducta (eventualmente no cumplida por el destinatario y, por ello, infringida), pero ese cambio en la perspectiva no la convierte en un tipo penal. Entre una norma y un tipo hay importantes diferencias que no pueden pasarse por alto por el solo hecho de adoptar una perspectiva concreta (prospectiva o retrospectiva) o por intercambiar el destinatario (individuo, llamado a actuar conforme a la norma; juez, llamado a afirmar el incumplimiento de la norma e imponer la consecuencia jurídica pertinente, si no quiere él, a su vez, infringir la norma que a él se le dirige).

²⁹⁰ Lo mismo sucede, como se verá más adelante, en la teoría de la imputación desarrollada por JAKOBS, donde no es el individuo, sino un concepto normativo de persona (estandarizado-objetivizado) sobre el que se produce la imputación.

²⁹¹ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Libertad*, 2014, 43.

teniendo el agente el conocimiento de las circunstancias relevantes). La *imputatio facti* desempeña una labor aglutinante, pues junta una serie de elementos que, hasta donde entiendo, deberían estar separados: la acción voluntaria, el dolo²⁹². Si se procede de esta manera, no veo por qué no se podría aglutinar también a la culpabilidad (lo que llevaría a situar todos los elementos de la imputabilidad como presupuesto del delito), pues, como antes se dijo, si el criterio rector es la imputación (del hecho a la libertad del sujeto), el conocimiento del hecho y el conocimiento de la ley, si bien son distinguibles, no tendrían por qué estar separados. En consecuencia, a diferencia de lo que HRUSCHKA o sus seguidores podrían estimar como correcto, en esta investigación se adopta un concepto de acción reducido, empobrecido, de mayor importancia en su función negativa, definible también desde una perspectiva antropológica, sobre el que posteriormente se vayan integrando los elementos valorativos situados tanto en el injusto como en la culpabilidad. La necesidad de emplear un concepto de realidad no instaurado (definido por la imputación), sino uno verificado, me lleva a esta conclusión.

12. Un último aspecto que se puede mencionar aquí es el referido a la imputación extraordinaria²⁹³. Como se recuerda, este tipo de imputación opera cuando no procede la imputación ordinaria. Así, tanto cuando no concurren los elementos de la *imputatio facti*, como de la *imputatio iuris*, es posible mantener una imputación, sobre la base de una *incumbencia (Obliegenheit)*²⁹⁴. En ese sentido, según el planteamiento de HRUSCHKA,

²⁹² SÁNCHEZ-OSTIZ, *Libertad*, 2014, 44.

²⁹³ Al respecto, por todos, HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.ª ed., 1988, 274-386; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 533 ss.

²⁹⁴ HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.ª ed., 1988, 274 ss. En general sobre las incumbencias, por todos, BIEWALD, *Verantwortlichkeit*, 2003, 105 ss.; RUDOLPH, *Korrespondenzprinzip*, 2006, 78 ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 532 ss., *Libertad*, 2014, 139 ss., *InDret* 1/2015, 1 ss., en: CARNEVALI (Coord.), *Justicia penal*, 2017, 41 ss., *RPolCrim* 24, 2017, 1211 ss.; MAÑALICH, *Nötigung*, 2009, 67 ss.; MONTIEL, *InDret* 4/2014, 1 ss., en: CARNEVALI (Coord.), *Justicia penal*, 2017, 3 ss. HRUSCHKA sitúa las incumbencias en el ámbito de la imputación extraordinaria (también SÁNCHEZ-OSTIZ, *RPolCrim* 24, 2017, 1214 ss.), pero este no es la única propuesta que puede encontrarse en la doctrina. Así, se ha señalado que las incumbencias se ubican en el ámbito de la autorresponsabilidad de la víctima, a saber, aluden a cargas u obligaciones de autoprotección de la propia víctima. Al respecto, WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, 342 ss.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, 1988, 450 ss. (=Comportamiento típico, 2004, 476); JAKOBS, *AT*, 2.ª ed., 1991, 7/56 ss., 24/16 ss. (=DP. PG., 7/56 ss., 24/16 ss.); HÖRNLE, *GA* 2009, 626 ss. También se ha señalado que las incumbencias se analizan en el ámbito de la tentativa. Al respecto, JAKOBS, *System*, 2012, 70. Se han relacionado también las incumbencias con la participación en el delito. Así, por todos, JAKOBS, *System*, 2012, 70, 79 y 81. Se ha relacionado también a las incumbencias con el ámbito de las restricciones a la legítima defensa (el caso en el que el individuo provoca la situación de defensa y, en lugar de huir, pudiendo hacerlo, lesiona a otro en legítima defensa, con lo que lesiona una *Obliegenheit*). Al respecto, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 118. Otro ámbito fructífero para las incumbencias parece ser el referido al de la obligación de implementación de programas de cumplimiento (*compliance programs*), ya en los terrenos del Derecho penal económico. Sobre esto, ROBLES PLANAS, *Estudios*, 2014, 220 ss. También se

aunque no se pueda afirmar una *imputatio facti* (por incapacidad de acción o por desconocimiento del hecho), será posible, mediante la imputación extraordinaria, atribuir el hecho al sujeto como su obra. Asimismo, aunque no pueda señalarse una *imputatio iuris* (por desconocimiento de la norma o por imposibilidad situacional de cumplirla), será posible una imputación extraordinaria, con la cual imputar el hecho antijurídico al individuo. En ambos supuestos el fundamento de la exclusión de la imputación (*facti* o *iuris*), al deberse al propio individuo (quien es responsable del defecto que sostiene tal exclusión), hace que sobre este recaiga una imputación extraordinaria. En buena cuenta, «Se mantiene o restablece la imputación a pesar de –¿o precisamente por?– ese defecto (...) hacemos responsable al propio sujeto del defecto en cuestión»²⁹⁵. Con las incumbencias (*Obliegenheiten*), por tanto, se resuelven los problemas de la imprudencia, de los errores invencibles, de la *actio libera in causa* y de la *omissio libera in causa*²⁹⁶. Sin perjuicio de que pueda regresar sobre este asunto más adelante, aquí se puede señalar que el de las incumbencias es posiblemente el aspecto más oscuro del planteamiento de HRUSCHKA, aunque también es el que mayor interés genera desde la perspectiva de una teoría de la norma. Esto es así pues el mencionado autor ha señalado que las incumbencias constituyen fuentes de pautas de comportamiento, pero que no llegan a ser normas: no constituyen mensajes prescriptivos de actuar u omitir, pero los hacen posible²⁹⁷. Lo problemático, sin embargo, radicaría en fundamentar una responsabilidad no en la infracción de un deber, sino en entidades que no llegan a fundamentar obligaciones de actuar u omitir. Por lo que, en realidad, la incumbencia permitía una «ampliación» de la imputación, esta vez, no sobre la base de una relación lógica: no se trata de un acto libre, si no de la violación de una incumbencia²⁹⁸. Es precisamente este asunto que resulta

recurre a las incumbencias para hacer referencia a las cargas impuestas al ciudadano para la concreción de la norma en el caso concreto. Así, por todos, PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 259, 345, 354, 375, passim. Finalmente, las incumbencias han sido empleadas también para sostener la imputación al individuo de sus propios defectos. Al respecto, MONTIEL, InDret 4/2014, 1 ss.

²⁹⁵ SÁNCHEZ-OSTIZ, RPolCrim 24, 2017, 1214 (cursiva en el original).

²⁹⁶ HRUSCHKA, *Zurechnung*, 1976, 49 ss.

²⁹⁷ HRUSCHKA, *Zurechnung*, 1976, 49 ss. Al respecto, también, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 540 ss.

²⁹⁸ HRUSCHKA sigue aquí la clasificación que se encuentra en PUFENDORF, que distingue entre *actio libera in se* (acción libre en sí misma) y *actio libera in causa* (acción libre en su causa). La imputación extraordinaria respondería a un supuesto en el que no es un caso de una acción libre en sí misma, pero es libre en su causa (violación de una incumbencia). No hay imputación cuando se está frente a una acción que no es libre en sí misma ni cuando no es libre en su causa. Pues bien, en el caso de una acción libre en su causa, sucedería lo siguiente. En la *imputatio facti*, en el caso de que esta quede excluida por incapacidad de acción o por desconocimiento del hecho, se podría imputar el hecho de manera extraordinaria sobre la base de la violación de una incumbencia. Est escenario corresponde al delito imprudente. En la *imputatio iuris*, si esta queda excluida por la imposibilidad de cumplir la norma o por desconocimiento de la norma (error de prohibición),

problemático y que debe ser objeto de debate en la ciencia jurídico-penal: los propios alcances del origen y del contenido de la incumbencia²⁹⁹.

3.5. Norma como expectativa institucionalizada

1. La comprensión de la norma jurídico-penal como expectativa de conducta institucionalizada fue forjada por JAKOBS y varios representantes de su escuela. Esta orientación es claramente antagónica a la de la norma de determinación, pues, como se ha explicado en el capítulo anterior, expresa una clara oposición a la idea de la norma de carácter imperativo. De esta manera, el aspecto principal de las normas, desde la perspectiva de JAKOBS, no radicaría en su carácter deóntico (mandatos o prohibiciones dirigidos a los ciudadanos para imponerles deberes de actuar u omitir, respectivamente)³⁰⁰, sino en el aseguramiento de expectativas de conducta. Por esto, se señala que esta perspectiva rechaza una concepción imperativista de las normas y adopta una visión institucional de las mismas, en la que, en lugar de dirigir o regular conductas de manera inmediata, se busca establecer y estabilizar en la sociedad redes de expectativas recíprocas de comportamiento³⁰¹. La conocida argumentación de JAKOBS al respecto es la siguiente: resulta preferible conceder una menor relevancia a la relación interna entre el autor (potencial) del hecho y la norma (cuestión que, como es sabido, era un aspecto fundamental para el finalismo) pues tal relación interna expresa una desatención a la relevancia social del hecho. Esto se evitaría al otorgar mayor interés al sentido que al hecho le otorga la víctima y la sociedad³⁰², esto es, a la significación social de la vigencia de las normas y de su quebrantamiento³⁰³. Por tanto, «la norma significa (...) que debe

se podría aplicar una imputación extraordinaria sobre la base de reglas de carácter adversativo en el ámbito de la *imputatio iuris*.

²⁹⁹ Es importante discutir sobre la incumbencia pues, conforme a lo explicado, esta permitiría ampliar los alcances de la imputación bajo la apariencia de una «imputación extraordinaria» (según el planteamiento de HRUSCHKA). Las bases para esta ampliación deben ser fundamentadas.

³⁰⁰ JAKOBS, *Norm*, 3.^a ed., 2008, 52 ss. Varios autores han reconocido esta orientación. Por todos, PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Consideraciones*, en: JAKOBS, *Estudios*, 1997, 19; SILVA SÁNCHEZ, *Normas*, 2003, 21.

³⁰¹ JAKOBS, *Norm*, 3.^a ed., 2008, 54. Al respecto, también LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, 203.

³⁰² Así, JAKOBS, *Estudios*, 1997, 226, donde, a partir del análisis de la posición de Armin KAUFMANN (consistente en la admisión de una norma de carácter imperativo), señala: «(...) el sentido que la víctima o los otros ciudadanos den o pudieran dar al hecho del autor queda evidentemente fuera del ámbito en el que tiene incidencia el injusto penal. Esto a su vez significa que el injusto ya no es así ningún acontecer necesariamente relevante desde el punto de vista social, sino algo que sólo puede tener lugar entre norma e individuo y que con sus elementos determinantes solamente allí tiene lugar».

³⁰³ JAKOBS, ZStW 107 (1995), 859 (=Sociedad, 1996, 50), sostuvo: «El Derecho penal reacciona frente a una perturbación social; ésta no puede (precisamente, al ser una perturbación social) disolverse de modo

ocurrir una determinada configuración del mundo y no otra opuesta. Una norma (...) no puede ser infringida o quebrantada por hechos (un *mero* hecho no *infringe* ni contradice *nada*), sino solo por medio de una configuración con sentido contrario»³⁰⁴. Es a partir de esta comprensión de la norma como expectativa institucionalizada que JAKOBS y sus discípulos fundamentan una correspondiente teoría de la pena, según la cual esta institución jurídica tiene la función de estabilizar expectativas normativas cuando estas son esenciales para el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad³⁰⁵.

2.1. En los últimos años, sin embargo, algunos autores han afirmado que los lineamientos generales acabados de exponer (situados, aparentemente, en un plano comunicativo-simbólico) se habrían modificado. En efecto, en el capítulo anterior se señaló que, en la última etapa de la evolución del pensamiento de JAKOBS, este le habría otorgado a lo fáctico una mayor relevancia³⁰⁶. Conforme a esto, según aquellos autores, ese «giro fáctico» tendría importantes repercusiones en la teoría de las normas del mencionado autor³⁰⁷. La explicación que propone JAKOBS para justificar la imposición del «dolor penal» (y de esa manera, explicar por qué la pena necesita de un elemento empírico y no solamente de una declaración —en un sentido comunicativo-simbólico— de que la conducta

adecuado en los conceptos de un sujeto aislado, de sus facultades y de una norma imaginada de términos imperativistas (como se correspondería, especialmente, con el programa de Armin KAUFMANN). Por el contrario, hay que partir de los correspondientes conceptos sociales: de los conceptos de sujeto mediado por lo social, o lo que es lo mismo, de persona; del ámbito de cometidos adscrito, es decir, de la competencia; y de la norma en cuanto expectativa social institucionalizada». Al respecto, también, PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Consideraciones*, en: JAKOBS, *Estudios*, 1997, 19.

³⁰⁴ JAKOBS, *System*, 2012, 22 (cursiva en el original).

³⁰⁵ JAKOBS, *Normativización*, 2003, 23; *System*, 2012, 15.

³⁰⁶ Precisamente, la necesidad de explicar por qué la pena supone la imposición de un mal (físico) y no solamente una respuesta comunicativa, es lo que parece conducir a JAKOBS a nuevas reflexiones sobre su teoría de la pena. Al respecto, JAKOBS, *System*, 2012, 14.

³⁰⁷ Así, expresamente, SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 4/2006, 4, quien señala: «(...) la imposición del «dolor penal» tiene el fin de producir confianza real en que algunos (...) se abstendrán de delinquir. Sin embargo, para producir confianza fáctica en las víctimas potenciales, es necesario que la pena produzca miedo o convicción en los autores potenciales (esto es, prevención general negativa)». Inmediatamente, en la n. 13, SILVA SÁNCHEZ, con respecto al aludido «giro fáctico» agrega: «Ello tiene paralelismos importantes en la teoría de las normas: pues se pone de relieve que el aseguramiento de expectativas requiere la existencia de directivas de conducta». Por su parte, PORCIÚNCULA, *Tipo penal*, 2014, 186-187, sostiene que «A partir de 2004 (...) Jakobs pasa a considerar que la norma, en cuanto expectativa de conducta institucionalizada, solo puede generar orientación social si produce también miedo o convicción en potenciales delincuentes. Brevemente: en la actualidad, para Jakobs, la dimensión imperativa de la norma es esencial para su función de aseguramiento de expectativas». También, GIL GIL, *Delito imprudente*, 2007, 46, n. 78, donde dice que esta nueva postura «acerca un poco la teoría de Jakobs a la prevención general positiva psicológica de la que anteriormente se había distanciado. Sin embargo, esta explicación sigue sin ser suficiente para fundamentar el quantum de la pena. La pena sigue sin relacionarse con el contenido y el presupuesto valorativo de la “norma primaria” cuya infracción en el concepto de injusto de Jakobs queda diluida, como veremos, por el concepto de la “defraudación”».

del autor no altera la vigencia de la norma) generaría consecuencias no solo para su teoría de la pena, sino también para su propia concepción de la norma: se incorporaría a la misma una dimensión imperativa que de alguna manera sería complementaria a su usual comprensión de la norma como una expectativa³⁰⁸. Pues bien, al respecto debo decir que si bien estoy de acuerdo con los autores que han destacado el mencionado «giro fáctico» (es indudable que se produce una importante modificación en el pensamiento de JAKOBS, que él mismo admite³⁰⁹, y que tiene consecuencias, principalmente en su teoría de la pena³¹⁰) no considero –a diferencia de aquellos– que ese giro tenga repercusiones en la teoría de la norma sostenida por el autor aquí analizado.

2.2. JAKOBS mantiene expresamente la idea de que el Derecho penal no busca prevenir delitos³¹¹. Así, este autor reafirma su idea de que el Derecho penal debe reaccionar frente al delito para mantener la vigencia de la norma. En varios lugares de la contribución que refleja la última etapa de su pensamiento, JAKOBS destaca que el mantenimiento en vigor de la norma significa entender al Derecho como «real»³¹². Si esto es así, parece ser que el mencionado autor vincula la «realidad» de la norma con su «vigor» o «vigencia»: la norma es real –esto es, está en vigor– tanto antes de la comisión del delito (mediante la «prevención de lo injusto», esto es, a través de la conminación penal) como después de la comisión del mismo (mediante la «reacción frente a lo injusto», esto es, a través de la imposición de la pena, que restaura la vigencia de la norma quebrantada)³¹³. En esa línea,

³⁰⁸ Hasta donde entiendo, la siguiente cita, JAKOBS, *Pena estatal*, 2006, 147-148, parece ser la que ha conducido a los autores mencionados en la anterior nota a pie a destacar el cambio de la concepción normológica de JAKOBS: «(...) sólo podrá mantenerse la norma como esquema de orientación a través de la pena si aquellos que se orientan en el papel de autor, teniendo en cuenta la pena, se abstienen, por miedo o convicción, de cometer el hecho, y si en los sujetos que se orientan en el papel de víctimas existe la representación de que la pena apartará a alguno de cometer el hecho, y esta representación ha de tener a la larga una fundamentación posible, ya que de lo contrario la vigencia acabaría erosionándose tarde o temprano, al quedar al descubierto el engaño».

³⁰⁹ JAKOBS, *System*, 2012, 14-15.

³¹⁰ Al respecto, amplias referencias en FEIJOO SÁNCHEZ, *Pena*, 2014, 234 ss., 242 ss.

³¹¹ JAKOBS, *Pena estatal*, 2006, 144, donde señala que «En Derecho penal no se trata de modo primario de prevenir delitos –de esto ha de ocuparse principalmente la policía–, sino de una reacción frente al delito que asegure que la fidelidad al ordenamiento jurídico se mantenga como actitud natural de la mayoría de todas las personas, por lo que las víctimas potenciales puedan tener la certeza de que no sólo *tienen derecho* a ejercer sus derechos, sino que *podrán* ejercerlos quedando incólumes, a menos que se ubiquen en los márgenes de la sociedad». Esta afirmación se vincula con una señalada previamente, JAKOBS, *Pena estatal*, 2006, 141: «(...) la conciencia de tener derecho no basta para el uso de los derechos si a ello no se suma la conciencia de que no se producirán –dependiendo del peso, probablemente o, incluso, con una altísima probabilidad– pérdidas en los intereses del agente».

³¹² JAKOBS, *Pena estatal*, 2006, *passim*.

³¹³ JAKOBS, *Pena estatal*, 2006, 137, donde dice: «(...) el Derecho está en vigor también cuando se produce una conducta antijurídica, concretamente cuando esta conducta se denomina y trata como delito. El Derecho

para que el Derecho sea «real» —y no meramente «abstracto», algo que JAKOBS ubica en el plano meramente comunicativo³¹⁴—, se produce una integración de la vigencia de la norma con lo empírico: la estabilización de la norma mediante la pena constituye el lado comunicativo (este es el significado de la pena), pero la imposición de un «dolor penal» constituye el lado cognitivo (este es el fin de la pena)³¹⁵. Esta faceta empírica, que JAKOBS denomina «apoyo cognitivo» (pues fortalece la certeza normativa), es el elemento que verdaderamente hace posible la orientación tanto a los «potenciales autores» como a las «potenciales víctimas»³¹⁶. Con respecto a estas últimas, queda claro que necesitan una certeza normativa (consciencia del ejercicio de su derecho, el que, en caso de ser perturbado, permitirá hacer responsable al perturbador mediante la imputación a este de la perturbación y no al propio sujeto como consecuencia del manejo temerario de su derecho) y un apoyo cognitivo para orientar su conducta. Por esto, JAKOBS señala que para que una norma resulte realmente orientativa, esta no solo debe ser contrafácticamente declarada en

está en vigor mientras dirija la orientación comunicativa, siendo equivalente que la dirija para la prevención de un delito, o, si ello no se logra, para la reacción frente a un delito como tal. Si no se realiza un delito posible, bien sea por convicción en la validez del ordenamiento jurídico, o bien sea por miedo a la pena, o si el delito se comete, pero el autor es penado, en todo caso, el Derecho se realiza. Por lo tanto, el Derecho está en vigor mientras y en la medida que constituya el esquema de orientación dominante, concretamente, para la prevención de lo injusto o, en cambio, para la reacción frente a lo injusto». La equiparación entre la vigencia y la realidad de la norma se puede ver aquí: «El delincuente, por tanto, pulsa el reloj del ajedrez para colocar al Estado en la necesidad de jugar, crea una tendencia lesiva y, en esa medida, podrá hablarse de un ataque a la vigencia de la norma. Pero cuando se pena con ello el ataque queda rechazado, la tendencia lesiva eliminada y la norma *sigue siendo real*, es decir, sigue en vigor» (cursivas en el original).

³¹⁴ Así, JAKOBS, *Pena estatal*, 2006, 135-136, donde dice: «En el Derecho abstracto únicamente es posible aprehender el delito en cuanto vulneración del Derecho, y la pena, sólo en cuanto salvaguardia de una realidad jurídica puesta en peligro por el hecho. Queda claro que estos procesos no son cuantificables, sino que siempre se trata de la secuencia «puesta en peligro-aseguramiento», sin que sean relevantes ni la clase del derecho violado ni la intensidad de la contradicción». Agrega además que en el ámbito del Derecho abstracto «un derecho sólo ha de concebirse como Derecho, y no como continente de intereses cuantificables, de modo que tampoco la respuesta a una vulneración del Derecho, la pena, puede mostrar un peso de intereses cuantificable. Dicho brevemente: el Derecho abstracto deja sin respuesta la cuestión de la medida de la pena; ésta ha de buscarse en otro lugar, y en la búsqueda recuérdese previamente cuál es el objetivo de Hegel ya en el Derecho abstracto: la idea del Derecho, es decir, la realización de aquello que ha de entenderse como Derecho, de modo que como primer paso, incluso antes de la cuestión acabada de plantear en torno a la medida de la pena, debe responderse a una pregunta previa, a saber, cuándo puede hablarse de la realidad del Derecho».

³¹⁵ Con esto, a mi modo de ver, JAKOBS abdica de una de sus ideas más conocidas: el fin de la pena ya no es solamente el mantenimiento de la vigencia de la norma (esto es, la idea de que la norma tiene una finalidad en sí misma).

³¹⁶ JAKOBS, *Pena estatal*, 2006, 139-140: «(...) para ser real el Derecho no sólo debe ofrecer orientación a los potenciales autores sino también a las potenciales víctimas; dicho con un ejemplo, en una sociedad en la que ninguna persona osa moverse libremente por miedo a la delincuencia, el derecho a la libertad de movimientos no es real, se mire como se mire. Para poder hacer uso de su derecho la persona no sólo necesita seguridad normativa, es decir, la conciencia de que ejerce su derecho y de que, en caso de ser perturbada, esto se imputará al perturbador como falta suya y no a ella misma como temeridad; por el contrario, esta certeza normativa, si se pretende que verdaderamente dirija la conducta, debe contar con un apoyo cognitivo, dicho de otro modo, no debe ser demasiado elevada la probabilidad de que se convierta uno en víctima de un delito con ocasión del ejercicio de sus derechos».

vigor mediante la pena, sino que también mediante esta se le debe conceder a las «víctimas potenciales» un sustento cognitivo, de tal manera que, debido al dolor penal impuesto sobre el autor –dolor penal que a la vez representa el fracaso de su obra–, en el futuro la norma puede seguir siendo pauta de orientación. Si las «víctimas potenciales» tienen confianza real en que algunos no cometerán delitos (mediante la cimentación cognitiva que representa el dolor penal³¹⁷), entonces no solo podrán ser conscientes de su derecho, sino también ejercerlo (nadie interferirá en el ejercicio de su derecho). Si no me equivoco, esto queda confirmado cuando JAKOBS sostiene que «los destinatarios de la pena no son sólo –ni siquiera lo son en primera línea– el autor en cuestión y otros delincuentes que ya tienen tendencia a cometer el hecho, sino las personas fieles al ordenamiento, es decir, la gran masa de éstas: deben conservar su fidelidad al Derecho y su confianza en la norma»³¹⁸.

3. Pero hasta ahora JAKOBS se ha concentrado en las «víctimas potenciales», sin haber ofrecido, a mi juicio, mayores consideraciones sobre los «autores potenciales»³¹⁹. Pues bien, al respecto, el mencionado autor dice: «sólo podrá mantenerse la norma como esquema de orientación a través de la pena si aquellos que se orientan en el papel de autor, teniendo en cuenta la pena, se abstienen, por miedo o convicción, de cometer el hecho»³²⁰. Hasta donde alcanzo a entender, con solo esta referencia no es posible decir si JAKOBS se refiere a la conminación penal o a la imposición de la pena (distinción que el propio autor reconoce). Pero si tal aseveración es relacionada con otras expuestas en la contribución objeto de análisis³²¹, habrá razones fundadas para afirmar que JAKOBS se refiere (como todas las exposiciones de la teoría general positiva) a la imposición de la pena (o lo que él

³¹⁷ JAKOBS, *Pena estatal*, 2006, 141, «(...) el dolor sirve para la salvaguardia cognitiva de la vigencia de la norma; éste es el fin de la pena, como la contradicción de la negación de la vigencia por parte del delincuente es su significado».

³¹⁸ JAKOBS, *Pena estatal*, 2006, 144, 145, donde dice: «Se habla de *prevención general positiva*, porque no se pretende alcanzar la intimidación de la generalidad de las personas, sino el mantenimiento de la norma como esquema de orientación, *prevención*, porque se persigue un fin, precisamente, el mantenimiento de la fidelidad a la norma, y ello, concretamente, respecto de la sociedad en su conjunto, por ello, *prevención general*».

³¹⁹ A lo largo de su investigación sobre la pena estatal, JAKOBS se concentra en resaltar la cuestión referida a que las víctimas potenciales no solo vean reconocidos sus derechos, sino que también puedan ejercitarlos sin temor ante posibles agresiones ilegítimas. Al respecto, JAKOBS, *Pena estatal*, 2006, 144. Por esto, se podría señalar que el enriquecimiento empírico de su construcción (situada hasta ese momento en una perspectiva comunicativo-simbólica) refleja la importancia que ahora JAKOBS le concede a la idea de que los ciudadanos necesitan seguridad cognitiva. Al respecto, por todos, FEJOO SÁNCHEZ, *Pena*, 2014, 243.

³²⁰ JAKOBS, *Pena estatal*, 2006, 147.

³²¹ JAKOBS, *Normativización*, 2003, 50, 57.

denomina «reacción frente a lo injusto»³²². Luego, así como la imposición de la pena a un individuo que defrauda una expectativa no solo tiene efectos comunicativos, sino también cognitivos para las «víctimas potenciales» (quienes, según JAKOBS, son los destinatarios de la pena, esto es, de la pena impuesta, del específico dolor penal aplicado a un sujeto), la imposición de la pena a un individuo que defrauda una expectativa solo genera, para los autores potenciales, efectos cognitivos: miedo o convicción, y solo mediante tales efectos, las «víctimas potenciales» mantienen la confianza en la norma. De esto se deduce la siguiente apreciación: es la pena impuesta –y no la norma, que se encuentra en un plano anterior– la que genera las consecuencias advertidas por JAKOBS, esto es, la posibilidad de mantener a la norma como pauta de orientación para las «víctimas potenciales».

4. En la argumentación de JAKOBS está ausente el elemento de la norma como imperativo. Para explicarlo acudo a un ejemplo propuesto por el propio JAKOBS: «dando un paseo nocturno por un parque urbano, nadie se tranquilizará tan solo con la consideración de que no debe ser sometido a un robo o, incluso, ser privado de su vida, sino que, por el contrario, si inicia el paseo, también partirá de que con alta probabilidad no será tratado de ese modo»³²³. Pues bien, el paseante del ejemplo contará con esa alta probabilidad, en realidad, por la existencia de normas de carácter imperativo (normas de determinación) que imponen (a otros), en la situación concreta, deberes de no robar o de no matar. Una cosa es que el dolor penal aplicado a un autor responsable (la imposición de la pena) signifique para otros sujetos la generación de un miedo (de no querer sufrir las mismas consecuencias, esto es, el mismo dolor penal), y que sea este miedo la razón por la que

³²² Por ejemplo, JAKOBS, *Pena estatal*, 2006, 142: «Ahora bien, la contradicción por sí sola no cambia en nada la situación de que el hecho da motivo para dudar de la imprescindible seguridad cognitiva de la vigencia de la norma; pues el hecho muestra que hay que contar con la posibilidad de que se infrinja la norma (primaria). Si al autor se le inflige un dolor penal de tal intensidad que a causa del dolor su hecho es generalmente considerado un fracaso, con ello queda claro que en el futuro el apoyo cognitivo de la norma al menos no será peor que antes del hecho; este mantenimiento del lado cognitivo de la vigencia de la norma es el fin de la pena, y en función de tal fin ha de determinarse la pena, y es en este contexto de fines no limitado a lo abstracto en el que de hecho por primera vez queda esbozada la medida de la pena». Seguidamente, dice: «Dicho de otro modo: después de un delito, no basta con denominar delincuente al autor –esto, por sí sólo, es únicamente una corroboración conceptual–, sino que también ha de ser tratado como delincuente para avanzar hacia la idea, hacia la realización del concepto, y mantener la fuerza de orientación del Derecho, su vigencia. Del mismo modo que después de la defraudación de una expectativa cognitiva la orientación no se restablece sin más porque el sujeto defraudado corrobore lo errado de su cálculo, tampoco bastará después de la defraudación de una expectativa normativa con identificar al autor como fuente de la defraudación; debe ser tratado realmente como autor, es decir, debe ser eliminado en cuanto destinatario en la comunicación de modo más o menos completo y por tiempo más o menos largo».

³²³ JAKOBS, *Pena estatal*, 2006, 140; *System*, 2012, 14.

aquellos sujetos decidan abstenerse de cometer un hecho³²⁴; y otra cosa es que un mensaje prescriptivo le imponga a un individuo, en una situación concreta, un determinado deber (fortalecido con una conminación penal), consistente en un hacer (mandato) o en un no hacer (prohibición) algo³²⁵. No solo porque considero que no es el miedo el principal motivo por el que los individuos cumplen las normas (uno no mata a una persona porque haya una disposición en el CP que castigue tal hecho con una pena privativa de libertad), sino también porque una comprensión (a mi juicio, correcta) de una norma como mensaje prescriptivo (la norma primaria), si bien está fortalecida por la conminación penal (la norma secundaria), exige no contemplar a la sanción en su propia estructura³²⁶. Estos dos argumentos, a mi modo de ver, constituyen ideas discrepantes a las que configuran la concepción de JAKOBS. Si bien este autor reconoce la distinción entre conminación penal e imposición de la pena³²⁷ (distinción correcta, pues entiendo que se tratan de dos diferentes dimensiones de la norma secundaria o norma de sanción³²⁸), esto parece ser aplicable solo para las «víctimas potenciales», pero no para las «autores potenciales». Es más, me atrevo a formular aquí la idea de que en el sistema de JAKOBS, en realidad, no hay «autores potenciales» (sujetos a quienes se dirijan las normas imponiéndoles deberes de hacer o de no hacer, esto es, mandatos o prohibiciones), sino solo «autores responsables» (a quienes ya se ha impuesto un dolor penal, el que, a su vez, constituye el apoyo cognitivo de la certeza normativa de las «víctimas potenciales»). Y esto es así, hasta donde alcanzo a entender, debido a que la admisión de la existencia de «autores potenciales» supondría aceptar necesariamente la existencia de autores motivables (a los que es posible dirigir normas). Pero en la medida que JAKOBS no da por buena la teoría de la norma más consecuente con tal admisión (la norma como directivo de conducta –como imperativo–), entonces el Derecho solo será «real» para las víctimas potenciales (a quienes se le asegura certeza normativa y apoyo cognitivo) y para los autores responsables (a quienes, mediante

³²⁴ En este caso, dicho sea de paso, falta exponer una razón por la que un individuo es utilizado para generar efectos sociopsicológicos en otros. Es decir, falta explicar por qué aquí no se produce una infracción al mandato de no instrumentalización. Al respecto, *infra* Cap. III, 9.

³²⁵ Una persona que sale de paseo nocturno a un parque urbano hace uso de su derecho y parte de la alta probabilidad de que no será víctima de un robo o de un asesinato no porque en casos similares (de robos o de asesinatos) a los autores responsables se les hayan impuesto penas (lo que no solo representa el fracaso de tales autores en su forma de ver el mundo, sino un mal –un dolor penal– que debería intimidar a otros («autores potenciales») a que no cometan los mismos hechos, lo cual sin embargo, es difícil de determinar: ¿cómo se determina que las penas ya impuestas por la comisión del delito de robo puedan hacer que un sujeto no robe?), sino porque sabe que otras personas no deben robar o no deben matar, esto es, que en una circunstancia específica no deben realizar actos contra el patrimonio ajeno o la vida ajena.

³²⁶ Sobre esto, *infra* Cap. III, 5.

³²⁷ JAKOBS, *Pena estatal*, 2006, 115.

³²⁸ Al respecto, *infra* Cap. III, 5.

la imposición de la pena se les reconoce como personas en Derecho y con su sufrimiento se expresa el apoyo cognitivo que requieren las «víctimas potenciales» para ejercer sus derechos). Por lo acabado de señalar, parece no haber paralelismo alguno entre la nueva comprensión de JAKOBS (referida exclusivamente a su teoría de la pena) y la concepción imperativa de la norma.

5. 1. Las reflexiones acabadas de exponer permiten desarrollar con profundidad una serie de ideas adicionales relativas a la concepción normológica de JAKOBS que son de importancia para esta investigación. El punto de partida radica en la verificación de la propia concepción del delito del referido autor: más que un fenómeno concentrado en la relación entre la norma y el infractor es un fenómeno social en el que se produce una afectación de la víctima y de la sociedad. La traslación de un enfoque individualista a uno general (social) en JAKOBS responde, hasta donde entiendo, a varios motivos que intentaré analizar a continuación. En primer lugar –y este es, tal vez, el asunto más evidente–, debe destacarse la introducción de un sustrato fáctico en su teoría de la pena (y no en su concepto de norma), que complementa la dimensión simbólica que JAKOBS había defendido a partir de las bases hegelianas de su planteamiento. Así, si el delito solo fuese comunicación, entonces no habría diferencia alguna entre la comisión de un delito y una simple puesta en escena, la que debería ser castigada como la real perpetración de un hecho punible, si es que con esto (y no de otra manera) la sociedad pueda convencerse de que la norma continúa en vigor³²⁹. El reconocimiento de un sustrato fáctico en cuanto a la pena es un síntoma de la insuficiencia de una perspectiva puramente comunicativa, la que, en cuanto al delito, también necesita de un sustrato fáctico que, hasta donde entiendo, sería la denominada «dañosidad social»³³⁰.

5.2.1. En segundo lugar, debe considerarse el propio punto de partida de JAKOBS: se ha señalado de manera reiterada que su concepto de norma no es uno proveniente de la noción imperativa de la norma, sino de la teoría de los sistemas, que establece que la norma es portadora de una expectativa de conducta institucionalizada que no se dirige a individuos, sino a *personas* («destinos construidos comunicacionalmente»)³³¹. La norma, por tanto, más que entenderse como un mensaje prescriptivo que en una situación concreta impone

³²⁹ GRECO, GA 2009, 642.

³³⁰ GRECO, GA 2009, 642.

³³¹ JAKOBS, *Normativización*, 2003, 17.

un deber (de actuar u omitir) al destinatario, se concibe, en el planteamiento de JAKOBS, al parecer, como la descripción de una regularidad social³³²: la norma, como expectativa institucionalizada, sirve como criterio de orientación para las personas, esto es, describe, en una sociedad de contactos anónimos, qué es lo que uno, como persona, *debe* hacer (lo que los demás *pueden* esperar de él) y qué es lo que *puede* esperar de los demás (lo que los demás *deben* hacer). Las normas son, por tanto, expectativas de conducta institucionalizadas que, al ser infringidas, se estabilizan contrafácticamente (mediante la imposición de la pena)³³³. Esas normas, si bien no aseguran la realización de un comportamiento adecuado a las mismas, sí que protegen a quien espera un comportamiento adecuado a ellas³³⁴ (esto es, resguardan la expectativa de la llamada «víctima potencial»)³³⁵. Esta posición se sostiene en la ampliamente conocida argumentación funcional-normativista, referida a la importancia (por sus ventajas en la sociedad) de las expectativas normativas en detrimento de las expectativas solamente cognitivas³³⁶.

5.2.2. Que la norma solo describa una regularidad social me parece una cuestión problemática. Así, JAKOBS ha señalado reiteradamente que la norma ejerce una función «orientadora» de conductas, lo que, en sus palabras, quiere decir que esa norma «no origina conductas, sino que brinda razones para llevarla a cabo»³³⁷. Estas razones, sin embargo, no están destinadas, a mi juicio, a imponer un deber (de actuar u omitir en el caso concreto), sino a comunicar, a las personas en Derecho (en lenguaje funcionalista), un determinado patrón conductual que debe cumplirse conforme a lo esperado. La norma, entonces, desde la perspectiva de JAKOBS, parece ser, en realidad, una regla técnica³³⁸, donde el delito representaría el empleo incorrecto de un instrumento y la pena constituiría

³³² SILVA SÁNCHEZ, *Normas*, 2003, 23, n. 24: «(...) la confianza en que el otro se ajuste a regularidades esperables es un presupuesto fundamental de la coordinación social».

³³³ JAKOBS, *Dogmática*, 2004, 75 ss. Dado que estas expectativas se juridifican, adquieren la condición de expectativas institucionalizadas o, dicho de otra manera, expectativas normativas, vinculantes para todos y vigentes contrafácticamente (esto es, vigentes a pesar de que en el caso concreto un individuo las defraude). También, SILVA SÁNCHEZ, *Normas*, 2003, 26.

³³⁴ Así, por todos, LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, 188 ss. De esta afirmación, SILVA SÁNCHEZ, *Normas*, 2003, 26, ha señalado que mientras la tradicional norma como directiva de conducta (como norma de determinación) entendería al ciudadano como «delincuente potencial», la norma como expectativa institucionalizada lo concibe como «víctima potencial».

³³⁵ LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, 188 s.

³³⁶ Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *Normas*, 2003, 23.

³³⁷ Al respecto, JAKOBS, *Norm*, 3.^a ed., 2008, 53, donde agrega inmediatamente que: «(...) y es en este sentido que las normas pueden dirigir conductas: la noción tranquilizante de un ordenamiento bien establecido puede constituir un motivo para adaptarse».

³³⁸ Sobre las reglas técnicas, VON WRIGHT, *Norm*, 1963, 9 ss., quien señala que este tipo de reglas no son descriptivas ni prescriptivas.

la correspondiente consecuencia (indeseada) por ese empleo incorrecto, la que a la vez confirmaría el modo correcto en que ese instrumento debió ser utilizado³³⁹, esto es, lo que se debería haber hecho conforme al ordenamiento jurídico (y así mantener su vigencia) para no fracasar en el proceder. Si la expectativa normativa es un modelo general de orientación en el contacto social, el comportamiento defectuoso es tal por expresar una forma de actuar disconforme con ese modelo general de orientación, o, dicho de otra manera, una contradicción a lo que, según el mencionado autor, es una norma: «una determinada configuración del mundo (que) debe ser»³⁴⁰. Por todo esto, pienso que resulta difícil mantener, en el planteamiento de JAKOBS, la idea del deber desde la perspectiva de su empleo usual en el lenguaje jurídico³⁴¹. Más bien, pienso que el empleo que le otorga JAKOBS al concepto de deber solo puede ser entendido de manera impropia. En realidad, ese deber, no sería más que una «metáfora expresiva» de las necesidades de funcionamiento del sistema³⁴². Pienso que esto se evidencia en la utilización del término «norma», el que pierde trascendencia cuando menciona al concepto de «rol», el que finalmente es el determinante: si la norma constituye una expresión de una expectativa de conducta institucionalizada, y si es el rol el elemento mínimo que se defrauda para hablar de responsabilidad³⁴³, la idea de norma se disuelve y solo se utiliza para mantener la dicotomía norma-pena en un plano comunicativo, es decir, constituye el vehículo con el que se expresa la expectativa de conducta institucionalizada y susceptible de ser estabilizada de manera contrafáctica por la pena, pero en modo alguno se presenta como un

³³⁹ Una idea similar en SILVA SÁNCHEZ, *Normas*, 2003, 30, quien dice: «en realidad, resulta más que dudoso que la norma de Jakobs contenga un «Sollen» (deber) con contenido axiológico, diferenciable de una mera regla técnica, que permita definir al delito como algo más que un error y la pena como algo distinto del fracaso en el manejo del instrumento».

³⁴⁰ JAKOBS, *System*, 2012, 22.

³⁴¹ JAKOBS utiliza la noción de deber para caracterizar tanto a los deberes negativos como los deberes positivos. Los deberes negativos están vinculados a los delitos de organización (deberes de garantía que resultan de la administración de un ámbito de organización), que consiste esencialmente en el respeto por organizaciones ajenas y, en ese sentido, de una relación negativa. Puede describirse algo así como: ¡no dañes! o ¡cuida de que tu organización no se extienda demasiado! (JAKOBS, *Dogmática*, 2004, 89). El deber positivo, por el contrario, alude al deber de establecer un mundo en común, esto es, una comunidad con otro y, en ese sentido, una relación positiva (por ejemplo, el padre de familia, el juez, el policía, etc., quienes deben encargarse de una determinada institución, a saber, familia, administración de justicia, orden público, respectivamente). Puede describirse como ¡ayuda a otro! (JAKOBS, *Dogmática*, 2004, 89). Los deberes positivos se relacionan con los delitos de infracción de deber (que puede ser cometido por acción u omisión).

³⁴² Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *Normas*, 2003, 21. Por su parte, JAKOBS, *System*, 2012, 27, señala: «de (...) una norma vigente, resultan derechos vigentes –por ejemplo, no ser matado– y deberes vigentes –no se debe matar–. Los portadores de derechos y deberes, como ya fue indicado, serán llamados «personas» y las comunicaciones, «sociedad»». También JAKOBS, *Norm*, 3ª ed., 2008, 28 ss., 61 ss.

³⁴³ El rol entra en juego principalmente en el ámbito de la imputación objetiva, el que el objeto radica en las desviaciones de las expectativas referidas al portador de ese rol. No se deben tener en cuenta las capacidades de quien actúa, sino el contenido del rol.

mecanismo para influir sobre la conducta de los ciudadanos. JAKOBS parece confirmar esta apreciación diciendo que «lo que importa son los acontecimientos comunicativos, no para la dirección de conductas, sino para la determinación de la valoración social de la conducta, en la dirección de la comunicación: *una norma es real, si ella provee los modelos interpretativos determinantes para las conductas de las personas*. Esto presupone comunicación personal y esto falta (...) en un orden puramente coercitivo»³⁴⁴.

5.3. En tercer lugar, la comprensión del delito desde una perspectiva social y no individual responde a la idea de que es la sociedad la que establece qué sucesos cuestionan su identidad normativa. Por lo tanto, es aquella la que debe reaccionar ante el cuestionamiento que representa la defraudación de una expectativa institucionalizada, para que, de esta manera, la sociedad pueda mantener su propia vigencia. Esta aseveración no es más que la consecuencia de una mirada más profunda, superadora de la apariencia de una norma que «orienta» conductas y que pone en evidencia su verdadera «esencia»: una forma de manifestación de las necesidades de funcionamiento del propio sistema³⁴⁵. Lo acabado de explicar resulta problemático si se tiene en cuenta que JAKOBS no se dedica a establecer criterios de legitimación para los alcances de la sociedad³⁴⁶. Si en la teoría clásica de los imperativos la norma estaba desposeída de un contenido de valor (recuérdese que su contenido se limitaba a la voluntad del soberano), en la norma como expectativa institucionalizada sucede algo parecido, pues adolece de un contenido valorativo. Que la norma sea portadora de una expectativa institucionalizada solo supone, a mi entender, que mediante la pena se asegura el mantenimiento de su vigencia, esto es, la pena es solamente un reforzamiento sancionatorio en caso de defraudación³⁴⁷.

³⁴⁴ JAKOBS, *Norm*, 3.^a ed., 2008, 53 (cursivas en el original).

³⁴⁵ JAKOBS, *Norm*, 3.^a ed., 2008, 119.

³⁴⁶ Al respecto, MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, 1993, 72: «(...) planteamientos teórico-sistémicos demuestran fundamentalmente ser ciegos frente a los problemas jurídico-penales de legitimación». Por su parte, SCHNEIDER, H., *Normanerkennung*, 2004, 71, señala: «A diferencia de la opinión mayoritaria en la ciencia del Derecho penal, en Jakobs se reduce sin embargo la relevancia del concepto de bien jurídico en esta función más bien pragmática y no tiene especial significado en la legitimación material o en la tarea del Derecho penal».

³⁴⁷ Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *Normas*, 2003, 30. JAKOBS, *Dogmática*, 2004, 75 ss., desarrolla la diferencia entre las normas del entorno y las normas de la sociedad. Las normas del entorno, en su opinión, no necesitan de una reacción como la pena, pues su contradicción tiene como consecuencia una pena natural («Las normas referidas al entorno de la sociedad se estabilizan a sí mismas, por cuanto que quien no las observa se encuentra abocado al fracaso»). Sin embargo, las normas de la sociedad sí necesitan, en caso de su contradicción, una pena para mantener su vigencia, para demostrar que el modelo de comprensión del mundo del autor no vale y que el modelo de comprensión del mundo de la norma sigue vigente («Esto diferencia tales normas de las normas sociales-directas: Quien infringe estas últimas, no pone en peligro per se su bienestar individual o el de su grupo, en todo caso no, mientras las otras personas se atengan a las normas en

5.4. En cuarto lugar, se desprende de lo expuesto que, en el planteamiento de JAKOBS es la sociedad la que debe establecer qué elementos se deben reunir en un sujeto para ser responsable por la defraudación de las expectativas institucionalizadas (o, dicho de otra manera, es la sociedad la que define qué es persona³⁴⁸). A diferencia de una concepción imperativa de la norma, donde los presupuestos de la responsabilidad están subordinados a un proceso motivacional, esto es, a condiciones psicológicas mínimas de la comunicación entre imperativo y destinatario, una comprensión de la norma desde la perspectiva de la teoría de los sistemas tendría que acudir al propio contexto social para establecer los elementos con los cuales fundamentar tal responsabilidad. Si es el contexto social el ámbito del que se extraen los presupuestos de la responsabilidad penal, y las condiciones subjetivo-individuales se encuentran desvinculadas de tal contexto, entonces los presupuestos de la responsabilidad penal han de ser definidos de manera independiente a esas condiciones (la motivación sería una de ellas). Se entiende entonces que un concepto de delito comprendido desde la perspectiva de la relación entre norma e infractor, al tomar en cuenta aspectos previos a lo normativo, sea rechazado en el planteamiento de JAKOBS. Y se entiende también, por todo esto, que se afirme que, mientras que en el planteamiento

su conjunto. Las normas sociales-directas adolecen pues de una debilidad propia frente a las normas referidas al entorno de la sociedad»). Luego, JAKOBS, *Dogmática*, 2004, 75 s., dice: «Cuando la sociedad pena, se niega a concebir un cambio de su configuración, el hecho punible, como un acto de evolución, como una parte de sus posibilidades, sino que por el contrario se mantiene firme en el statu quo, en contra de la propuesta de cambio. De la misma forma que una persona rechaza una pretensión que no encaja con su forma de ser, ratificando de esta manera esta forma de ser, así la sociedad rechaza la pretensión de abandonar la expectativa defraudada, ratificando con ello su identidad». Asimismo, JAKOBS, *Dogmática*, 2004, 79, dice: «La protesta contra las normas sociales-directas es contradicha mediante la pena, lo cual significa, que se ratifica que las normas pertenecen a la configuración social que marca la pauta, y que el contra-modelo propuesto por el autor difunde una configuración que no marca la pauta y con un sentido normativamente imposible (si bien, fácticamente posible)». Pues bien, en atención a lo dicho, es posible decir que la protesta por parte de un individuo contra una norma del entorno de la sociedad expresa un mundo fácticamente imposible, por lo que emerge la pena natural; mientras tanto, la protesta por parte de un individuo contra una norma de la sociedad expresa un mundo, si bien fácticamente posible, normativamente imposible, por lo que emerge la pena como comunicación para mantener la vigencia de la sociedad. Las normas del entorno de la sociedad establecen estándares objetivos fijados por la naturaleza. Las normas de la sociedad establecen estándares objetivos fijados por la sociedad. Cómo el entorno de la sociedad y la propia sociedad mantienen su vigencia es, esencialmente, igual. JAKOBS parece querer trasladar la relación de necesidad que existe entre la protesta contra las normas del entorno de la sociedad y la consecuencia por esa protesta (pena natural) al ámbito de la protesta contra las normas de la sociedad y la consecuencia por esa protesta (pena que comunica que la sociedad mantiene su vigencia). Este planteamiento puede ser conforme a la afirmación mencionada antes en el cuerpo del texto: la norma es, al parecer, una regla técnica o, con mayor claridad, una «metáfora expresiva» de las necesidades de funcionamiento del sistema.

³⁴⁸ La persona es determinada por la concreta configuración social, esto es, está en función de las necesidades de integración (una sociedad determina si el hecho de menores o incapaces son interpretados como hechos de la naturaleza o si pueden comunicar un modelo alternativo del mundo). Al respecto, JAKOBS, *Estudios*, 1997, 372.

de la norma como imperativo el destinatario es percibido como un sujeto *preexistente* a la misma, el programa de la norma como expectativa de conducta institucionalizada (que interpreta al delito desde la perspectiva de la sociedad) conduce a visualizar al individuo (*persona*, en su lenguaje) como un sujeto *construido* a partir de la norma (que porta las expectativas de la sociedad)³⁴⁹: el sujeto que defrauda una expectativa normativa mediante una máxima de comportamiento incompatible con aquella demuestra su competencia y se le imputa su propia defraudación, siendo mediante tal imputación que a ese sujeto se le reconoce su calidad de persona³⁵⁰.

5.5. En quinto lugar, JAKOBS le concede gran trascendencia a la imputación en su sistema, lo que queda claro a partir de la utilización de la denominación «teoría de la imputación» para hacer referencia al hecho punible³⁵¹. En ese sentido, el mencionado autor señala que «La teoría de la imputación desarrolla los conceptos que se han empleado: comportamiento del sujeto, infracción de la norma y culpabilidad»³⁵². La imputación jurídico-penal, por tanto, permite establecer «cuándo un suceso es entendido como una contradicción a la norma en tanto manifestación externa de una persona competente»³⁵³. JAKOBS considera un concepto amplio de imputación (que denomina, como antes se dijo, «tipo total de imputación»³⁵⁴, en el que quedan abarcados todos los presupuestos de la acción culpable) en el que no cabe distinguir entre imputación del hecho e imputación a la culpabilidad, pues solo es imputación la imputación culpable³⁵⁵. Pese a esto, es posible

³⁴⁹ JAKOBS, *Normativización*, 2003, 20, donde dice: «(...) la persona, como puede observarse, no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social». La diferencia entre sujeto «preexistente» a la norma y sujeto «construido» a partir de la norma es reconocida también por SILVA SÁNCHEZ, *Normas*, 2003, 22, n. 21; *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 678; VARELA, *Dolo*, 2016, 89. Sobre esta diferencia se volverá más adelante.

³⁵⁰ JAKOBS, *Normativización*, 2003, 15 ss., 17 ss. Por estos motivos, considero necesario resaltar que, en la concepción de JAKOBS, el sujeto es tratado, más que como un infractor de la norma, como un defraudador de esta. Esta diferencia es importante: mientras el análisis de la responsabilidad de un infractor se ubica en el plano individual (pues el infractor es tal en la medida que infringe un deber a él impuesto previamente), el análisis de la responsabilidad del defraudador se encuentra en el plano social (pues el defraudador ha defraudado expectativas normativas). Al respecto, también, VARELA, *Dolo*, 2016, 89, n. 216. Por otro lado, tanto los conceptos de acción, culpabilidad y persona deben ser funcionales, esto es deben ser definidos teniendo como referencia al fin del Derecho penal, que en el planteamiento de JAKOBS es el mantenimiento de la vigencia de la norma,

³⁵¹ Al respecto, JAKOBS, *AT*, 2.ª ed., 1991, 6/ 1 ss. (=DP. PG., 1997, 6/1 ss.). Debe destacarse aquí que JAKOBS señala que «La función de la imputación se deriva de la función de la pena». Esta es, como es bien sabido, uno de los aspectos esenciales del pensamiento de JAKOBS y sus discípulos.

³⁵² JAKOBS, *AT*, 2.ª ed. 1991, 6/ 1 (=DP. PG., 6/1) (cursiva en el original).

³⁵³ JAKOBS, *System*, 2012, 15 s.

³⁵⁴ JAKOBS, *System*, 2012, 24.

³⁵⁵ Del planteamiento de JAKOBS se deduce que la imputación jurídico-penal equivale a la verificación de la culpabilidad. Como se dijo al analizar la propuesta de HRUSCHKA, la culpabilidad es el «lugar natural» de la imputación.

reconocer una distinción entre dos momentos de la imputación. Primero, se lleva a cabo la imputación objetiva de un determinado hecho entre varios candidatos (el autor, la víctima o terceras personas)³⁵⁶. En este estadio adquiere importancia el concepto de «competencia» («*Zuständigkeit*»), que permite determinar a quién, de entre varias personas, le incumbe un suceso³⁵⁷. Segundo, la imputación subjetiva, que se muestra bajo una consideración más precisa como imputación persona-específica, a saber, imputación que se centra en el ciudadano fiel al Derecho como persona-baremo³⁵⁸. Como antes se dijo, estos dos momentos están integrados en un concepto amplio de imputación, con el que se determina al sujeto competente por el delito³⁵⁹.

5.6. Finalmente, si los presupuestos de la responsabilidad no están determinados por las condiciones psicológico-individuales del sujeto (por ser considerado como un dato ontológico), sino por las necesidades sociales, y si el conflicto producido por el delito se soluciona mediante la pena (que es la que se encarga de estabilizar contrafácticamente la expectativa de conducta institucionalizada en caso de defraudación), entonces, desde la perspectiva de JAKOBS, el papel central lo asumiría no la norma de conducta (o norma primaria) sino la norma de sanción (norma secundaria)³⁶⁰. Sin perjuicio de que este asunto sea desarrollado con amplitud más adelante (ya se verá en su momento la trascendencia que tiene el binomio conceptual «norma primaria»/«norma secundaria» para la configuración de la estructura de la teoría del delito), aquí es posible decir que la mayor atención que adquiere la norma de sanción permite, consecuentemente, analizar el hecho desde la perspectiva *ex post* (y no *ex ante*, como permitiría la concepción imperativa de la norma). Las consecuencias de esta orientación, sin embargo, no me parecen admisibles. Si la norma de sanción se encarga de solucionar un conflicto, entonces los criterios para tal

³⁵⁶ JAKOBS, AT, 2.ª ed., 1991, 7/ 1 ss. (=DP. PG., 1997, 7/1 ss.), en donde el autor se refiere a las propiedades objetivas y generales del comportamiento imputable.

³⁵⁷ JAKOBS, *Dogmática*, 2004, 89. La pregunta por el sujeto competente de la infracción de la norma se produce tanto en los delitos activos como en los omisivos.

³⁵⁸ En el sistema de JAKOBS se pueden reconocer dos niveles secuenciales de imputación (con los cuales fundamentar la responsabilidad penal): primero, la imputación objetiva (que fija a quién, de entre varias personas, le incumbe un suceso); segundo, la imputación personal (deberes según el rol general de ciudadano fiel al Derecho). Al respecto, señala JAKOBS, *Dogmática*, 2004, 91: «Mientras que en la imputabilidad objetiva se estandarizan múltiples capacidades, en la llamada imputación subjetiva se estandariza tan sólo la voluntad de seguimiento de la norma».

³⁵⁹ Como se señaló en el capítulo anterior, según JAKOBS, solo el injusto culpable comunica una contradicción a la norma, de lo que se obtiene un «tipo total de imputación», en el que quedan abarcados todos los presupuestos de la acción culpable. Al respecto JAKOBS, *System*, 2012, 24.

³⁶⁰ De esa opinión también, SILVA SÁNCHEZ, *Normas*, 2003, 22; VARELA, *Dolo*, 2016, 91. Los conceptos de norma primaria y norma secundaria serán ampliamente desarrollados en el Cap. III.

resolución serían extraídos de la sociedad, pero no de la propia relación entre el individuo y la norma de conducta (norma primaria)³⁶¹. El revestir a la dimensión social del conflicto y a la estabilización del sistema normativo como asunto prioritario, en detrimento de la dimensión individual, hace que no se tenga en cuenta al infractor real y a su libertad real, sino a un infractor ideal que no existe y que tampoco es auténticamente portador de libertad³⁶². El sistema de responsabilidad de JAKOBS, que aborda el hecho punible desde la imputación (*rectius*: desde una imputación altamente objetivizada), debe funcionar necesariamente con una lógica de imputación fuerte (altamente normativizada en términos de estandarización de la subjetividad)³⁶³. Y esta lógica de imputación es la que, precisamente, se lleva mal con el grado de libertad individual que predica³⁶⁴ (pues se trata de una persona según un rol, esto es, según un estándar)³⁶⁵.

4. Concepción personal.

1. Las normas, como instrumentos de modificación de la realidad, han sido objeto de análisis en el ámbito de la teoría del Derecho, aunque también en el del Derecho penal. En lo que concierne a este último, desde el propio inicio de la discusión dogmática se ha admitido también la existencia de normas cuya vinculación con las leyes penales radicaba concretamente en estar contenidas en estas³⁶⁶. En esta investigación se sostiene que en el Derecho penal las normas jurídicas deben ser entendidas necesariamente como mandatos o prohibiciones, esto es, como mensajes prescriptivos –de carácter imperativo– dirigidos a individuos para regular sus conductas³⁶⁷. De esta manera, aunque en la teoría del Derecho

³⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, *Normas*, 2003, 22 s.

³⁶² VARELA, *Dolo*, 2016, 31.

³⁶³ En mi opinión, la perspectiva *ex post* no solo justifica una derogación de la perspectiva de los llamados «autores potenciales» para concentrar la atención en las «víctimas potenciales» (a quienes se busca garantizar la seguridad cognitiva) y en los «autores responsables» (quienes garantizan la seguridad cognitiva de la vigencia de la norma mediante la pena concreta que se les inflige), sino que también permite un abuso de la normativización de las categorías.

³⁶⁴ Al respecto, VARELA, *Dolo*, 2016, 30.

³⁶⁵ Esto permite concluir que en JAKOBS tiene sentido hablar de imputación objetiva de comportamientos según deberes derivados del rol (que se completa con el rol general de ciudadano en Derecho). JAKOBS, *Dogmática*, 2004, 35-36, señala que «(...) los que delinquen no son individuos, sino miembros de la sociedad constituidos comunicativa y –en ese sentido– objetivamente, esto es, son personas (o bien, en cuanto que éstas además se conciben como personas, sujetos)».

³⁶⁶ Por todos, ZOLL, *FS-Roxin*, 2001, 93.

³⁶⁷ De esto, sin embargo, no cabe deducir que el resultado (para el Derecho) «es indiferente», como señaló HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 387. La defensa de una concepción de la norma jurídica como un mensaje prescriptivo, evidentemente, debe ser superadora de la dicotomía entre obediencia o desobediencia, por lo que la concepción considerada aquí como correcta debe entenderse alejada por

la discusión sobre los tipos de normas no esté acabada, en Derecho penal será suficiente con afirmar que las normas, para ser tales, no se limitan a expresar reglas técnicas (manual de instrucciones) del género «si no quieres ir a prisión, no robes», ni se ajustan a ser meros juicios de pronóstico o descriptivos como «cuando alguien roba, suele ir a la cárcel» o «si robas, es probable que vayas a la cárcel»³⁶⁸. Habiendo aceptado entonces una concepción imperativa de la norma (o norma jurídico-penal como norma de determinación), es necesario explicar algunos asuntos importantes con los que ofrecer una exposición integral de este punto de partida normológico: *la relevancia de la valoración como instancia previa a la prescripción* (valoración que no llega a tener la entidad de una norma, pero que refleja el correspondiente bien jurídico cuya protección se encarga a la genuina norma de determinación) y *la consideración de la norma no solo como fuente de deber, sino también como fuente de derechos*.

2. La doctrina mayoritaria, después de un profundo debate, admite en la actualidad que el concepto de injusto (como contrariedad a la norma) está sostenido sobre la base de dos pilares (desvalor de acción y desvalor del resultado), por lo que adopta una concepción dualista del injusto. El enfrentamiento entre esta postura y otras concepciones del injusto (injusto sostenido exclusivamente en el desvalor del resultado o injusto sostenido exclusivamente sobre el desvalor de acción, en el que el resultado es solo una condición objetiva de punibilidad) es bastante conocido, por lo que para las pretensiones de esta investigación no será necesario profundizar al respecto³⁶⁹. Lo que sí vale la pena destacar aquí es que el argumento de la norma fue un elemento esencial en el desarrollo de cada una de las posiciones, siendo aquel argumento visible en la concepción hoy mayoritaria. En

completo de los fundamentos sobre los que se edificó la teoría clásica de los imperativos. Una norma de determinación, como la que se defiende en esta investigación, no puede identificarse con la orden o el mandato que vincula la voluntad del soberano con la del súbdito. En ese sentido, como señala HÖRNLE, *Straftheorien*, 2.^a ed., 2017, 10, que se dejen de lado conceptos como los de «órdenes» o «deber de obediencia frente al Estado» no quiere decir que «a las normas penales no les corresponda una función comunicativa. Ellas son entendidas como una apelación (*Appell*) o una exigencia (*Aufforderung*) para comportarse conforme a la norma. Las leyes penales (*Strafgesetze*) expresan formal y públicamente valoraciones centrales de la comunidad y les da a las personas buenas razones para comportarse de determinada manera».

³⁶⁸ Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.^a ed., 2010, 584. En ese sentido, también, BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción*, 3.^a ed., 2005, quien sostuvo que mientras una ley natural dice «lo que es» (o por lo menos pretende eso) y la regla técnica dice «lo que tiene que ser», la norma (como expresión del Derecho, que a su vez tiene la pretensión de vincular obligatoriamente la conducta del hombre) da origen a un «deber ser» (un deber de actuar o de omitir).

³⁶⁹ Al respecto, por todos, HUERTA TOCILDO, *Antijuridicidad*, 1984, 17 ss.; LAURENZO COPELLO, *Resultado*, 1992, 35 ss.; PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, CPC 125, 2018, 71 ss.

efecto, en la ciencia actual del Derecho penal, como ya se ha dicho, parece no haber dudas sobre el carácter imperativo de la norma (norma de determinación), la que se proyecta a los individuos para dirigir sus conductas³⁷⁰. La inclusión del resultado valorativo en el injusto –cuestión admitida por la opinión mayoritaria y que considero materialmente correcta– es producto también de una argumentación normológica: tanto si se dice que en el injusto reside la materia de la prohibición (el contenido de la norma) y sus efectos (el fin de la norma, esto es, la protección de bienes jurídicos)³⁷¹, como si se señala que la infracción de una norma de determinación fundamenta el desvalor de acción y la de una norma de valoración, el desvalor del resultado³⁷², se percibe con absoluta claridad la utilización del argumento normológico en cada uno de esos razonamientos. Como es posible observar, en todo caso, la norma (se entienda solo como norma de determinación, como una norma con dos facetas –valoración y determinación– o como dos normas distintas –una de valoración y otra de determinación–), según la posición dominante, se analiza en sede del injusto. Precisamente, uno de los objetivos de esta investigación radica en presentar razones que permitan pensar que eso no necesariamente debe ser así. Más adelante intentaré desarrollar ideas orientadas a fundamentar la desvinculación conceptual entre injusto y antinormatividad³⁷³.

3. Como se ha visto, que la norma se entienda como una norma de determinación no implica desconocer la necesidad y significación de un previo ámbito valorativo. En ese sentido, la importancia de la valoración, como *prius lógico* a la emisión del mensaje prescriptivo es, hasta donde alcanzo a entender, un asunto indiscutible³⁷⁴. Si hay algo en común entre la «valoración de la insoportabilidad jurídica» propuesta por BINDING y la

³⁷⁰ La problemática podría radicar, sin embargo, en el propio alcance de esa norma de carácter imperativo: una norma general y abstracta, «dirigida a todos» (concepción mayoritaria) o una norma que en una específica situación impone un deber de actuar u omitir (planteamiento que considero más adecuado, si es que se toma en serio la naturaleza imperativa de la norma, esto es, su genuina condición como norma de determinación). Sobre este asunto, *infra* Cap. IV, 5.

³⁷¹ Por todos, HUERTA TOCILDO, *Antijuridicidad*, 1984, 64-73; STRATENWERTH, *Acción*, 1991, 63 ss.

³⁷² Como ya se ha señalado en líneas anteriores, esta es la posición dominante en la ciencia jurídico-penal. Al respecto, por todos, GALLAS, *FS-Bockelmann*, 1979, 156-162; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, 25-29, 46-51; ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 10/93; ALCACER GUIRAO, *Tentativa inidónea*, 2000, 432-434; LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 1/42 s., 13/52 s.; GRACIA MARTÍN, *Fundamentos*, 2006, 297-302; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, DP. PG., 9.ª ed., 2015, 45, 301.

³⁷³ Al respecto, *infra* Cap. IV, 5.4.

³⁷⁴ Recientemente, RENZIKOWSKI, en: BOROWSKI/PAULSON/SIECKMANN, *Rechtsphilosophie*, 2017, 641, ha señalado que: «Las normas de valoración, que identifican determinados estados o variaciones como jurídicamente deseados o indeseados, o las normas distributivas, que reparten bienes y asignan derechos, no son normas en un sentido real, pues ellas nada prescriben. Más bien, constituyen juicios de valor de los que se deducen las normas».

«norma de valoración» admitida por la actual doctrina dominante es, precisamente, la realización de valoraciones sobre un determinado estado de cosas como aspecto previo a la formulación del mensaje de carácter imperativo³⁷⁵. Esto, sin embargo, como se ha explicado previamente, no debe conducir en absoluto a la admisión de aquella presunta «norma de valoración»³⁷⁶. Cada vez que el legislador crea una norma, contempla en primer lugar qué busca evitar u obtener mediante ella. Así, la norma, conforme a una perspectiva imperativo-instrumental, busca proyectarse sobre las conductas humanas con el objetivo de que evite la producción de un estado de cosas desvalorado que exprese un *enfrentamiento* a uno valorado y que por eso busca ser mantenido³⁷⁷. De esto se deduce que tal estado de cosas positivamente valorado que pretende mantenerse ha de estar inexorablemente vinculado a un comportamiento humano³⁷⁸. Si se admite que tanto una acción³⁷⁸ como una

³⁷⁵ La necesidad de vincular las valoraciones del legislador (sobre lo bueno y lo malo) con la emisión de normas fue reconocida inclusive por autores de la aquí denominada «primera Escuela de Bonn», quienes, paradójicamente, fueron conocidos por negar la relevancia al desvalor del resultado como elemento integrante en el injusto penal (que, desde el punto de vista de estos autores, se sostiene únicamente sobre la base del desvalor de acción). Así, Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, 1954, 69 ss. (= *Teoría de las normas*, 1977, 90 ss.), quien denomina al primer momento «valoración de primer nivel», mientras que la valoración de los acontecimientos que provocan desvalores de primer nivel sería «valoración de segundo nivel», siendo el desvalor sobre las actividades humanas la «valoración de tercer nivel». ZIELINSKI, *Unrechtsbegriff*, 1973, 123 ss. (= *Concepto de ilícito*, 1990, 136 ss.), por su parte, entiende que la valoración de segundo nivel de Armin KAUFMANN es en realidad un nivel primario y un nivel secundario sería el nivel terciario propuesto por Armin KAUFMANN. ZIELINSKI entiende que la valoración de primer nivel propuesta por Armin KAUFMANN constituye el punto de partida previo a las valoraciones propias de la norma. En todo caso, tanto Armin KAUFMANN como ZIELINSKI consideraron que esta valoración de primer nivel representa o equivale al ámbito de determinación de los bienes jurídicos susceptibles de protección. SANCINETTI, *Teoría del delito*, 1991, 32 ss., 39, n. 93, señala que la valoración de primer nivel de ZIELINSKI es equivalente a una refundición de las valoraciones de primer y segundo nivel propuestas por Armin KAUFMANN. En todo caso, los defensores de un injusto penal sostenido exclusivamente sobre la base del desvalor de acción han sostenido que si bien la protección de bienes jurídicos es el motivo de la norma penal (por ejemplo, HORN, *Gefährdungsdelikte*, 1973, 83 ss.), no es un presupuesto de su infracción.

³⁷⁶ Debido a ello, pese a estar de acuerdo con SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 542, en la idea de que hay una «valoración positiva del hecho ordenado, o negativa del hecho prohibido», no comparto la conclusión de este autor, quien afirma la existencia de una presunta «norma de valoración». Asimismo, tampoco estoy de acuerdo con SCHÜNEMANN, en: SCHÜNEMANN (Comp.), *Sistema*, 1991, 75, al extraer este autor una «norma de valoración» de la valoración negativa del comportamiento que el legislador establece como condición (presupuesto lógico) de sanción penal. Es claro que el legislador valora negativamente un determinado comportamiento, construyendo sobre la base de tal valoración el respectivo precepto en el que estipula la correspondiente amenaza de pena (con la que, como se dice generalmente, pretende que tal comportamiento no se realice). Sin embargo, por todo lo expuesto hasta este momento, habrá que decir que tal valoración negativa no puede constituir una presunta «norma de valoración».

³⁷⁷ Al respecto vale decir que mientras la conducta comisiva representa la infracción de una norma prohibitiva mediante la que se lesiona o pone en peligro un bien jurídico que estaba en una situación segura, la conducta omisiva simplemente no favorece o fomenta un bien jurídico. De esto se extrae que mientras la conducta comisiva ataca directamente al bien jurídico, la omisión no lo ataca ni menoscaba directamente. Al respecto, LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 30/13 ss.

³⁷⁸ Aquí radica, precisamente, la relevancia de las conductas humanas como factores desencadenantes de resultados desvalorados jurídico-penalmente (frente a resultados que, siendo eventualmente igual de graves, han sido causados por los hechos de la naturaleza). Al respecto, es bastante expresivo STRATENWERTH, *Acción*, 1991, 39, al señalar: «Sería sólo una especie de daltonismo ético-social si se quisiera sostener que la

omisión constituyen siempre el presupuesto de un estado de cosas distinto al que se pretende evitar u obtener, respectivamente, entonces habrá que aceptar que la prohibición o el mandato dirigido a comportamientos humanos se justifica en el potencial efecto lesivo que ellos puedan poseer para generar tales estados de cosas. La razón por la cual el legislador prohíbe o manda un comportamiento es debido a que su realización o su omisión, respectivamente, expresa ya una peligrosidad para el bien jurídico³⁷⁹.

4. Si se entiende, como se hace aquí, que los estados de cosas positivamente valorados constituyen el fundamento último que explica la existencia de normas (pues mediante estas se pretende proteger aquellos)³⁸⁰, entonces, la norma, como instrumento de modificación o mantenimiento de la realidad, deberá proyectarse sobre el individuo (pues a diferencia de los acontecimientos de la naturaleza, solo la conducta humana es «dirigible»), convirtiéndose para él en una *razón* para actuar u omitir y para que, en definitiva, tal individuo realice (en virtud de un mandato, que supone una valoración positiva del hecho que se ordena) u omita (en virtud de una prohibición, que implica la valoración negativa del hecho que se prohíbe) conductas que puedan poner en cuestión un determinado estado de cosas valorado, mediante, precisamente, la generación de consecuencias que reflejen un estado de cosas disvalioso³⁸¹. La norma, como norma de determinación, al dirigirse al ciudadano, pretende incorporarse en el proceso de enjuiciamiento previo a toda decisión de actuar, convirtiéndose en una razón para actuar (en caso de ser la norma un mandato) u omitir (en caso de ser la norma una prohibición). De esta manera, la norma busca constituirse como un factor de desincentivación del hecho desvalorado o de incentivación

muerte natural o incluso la causada por las fuerzas de la naturaleza tiene el mismo carácter de disvalor que el asesinato. La identidad exterior del resultado no significa aún identidad en la valoración jurídica. Pero, sobre todo, al aislar el resultado se pierde de vista que la lesión del bien jurídico en los delitos de homicidio afecta a la vida no sólo como hecho biológico, sino como sustrato de la pretensión de respeto frente a los hombres (...) Para el derecho penal, no existe, por ello, un disvalor de resultado desvinculado de la conducta humana».

³⁷⁹ Por todos, RUDOLPHI, en: SCHÜNEMANN (Comp.), *Sistema*, 1991, 92.

³⁸⁰ RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, 165; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 660.

³⁸¹ Como señala MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 663, la valoración no alude solamente al efecto de las acciones «sobre un determinado objeto portador de valor, sino a lo que podríamos denominar el saldo total del hecho desde la perspectiva de los bienes jurídicos». Esto, que será desarrollado en un capítulo posterior, se refiere al hecho de que los mandatos y prohibiciones deben atender a las situaciones de conflicto entre bienes jurídicos. Aquí bastará con señalar que el mensaje prescriptivo emanado del correspondiente mandato o prohibición solo se obtiene mediante la puesta en relación de estas normas con aquellas que pueden limitar sus alcances (las llamadas «proposiciones permisivas, por ejemplo») o, con mayor amplitud, con los preceptos que resuelven los conflictos entre bienes jurídicos. Como bien señala MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 663, «La lesividad de un hecho no se mide sólo por lo malo que causa, sino también por lo malo que evita o lo bueno que provoca».

de un hecho valorado, que, además, debe incorporarse al arbitrio de cada persona. Si el destinatario de la norma es entendido como un sujeto preexistente a la norma (esto es, no es la imputación la que lo constituye), entonces esta, mediante la motivación, tiene la pretensión de intervenir en el proceso interno de formación de voluntad del destinatario y desempeñar un elemento decisivo en detrimento de otros, es decir, persigue ser una razón excluyente para actuar u omitir³⁸². La norma, con todo, no busca que el individuo admita el valor subyacente a la prescripción en el sentido de asumirlo internamente pues, como puede preverse, esto iría demasiado lejos. En realidad, la norma se satisface con que el sujeto no realice al exterior una acción que se identifica con aquella que esa norma prohíbe. Un comportamiento externo puede «corresponderse» con la ley³⁸³, pero las razones de la obediencia se circunscriben al arbitrio de cada persona³⁸⁴. Estas consideraciones serán ampliadas más adelante.

5. El estado de cosas valioso, previo al momento de la determinación, se corresponde con lo que en la doctrina jurídico-penal se llama «bien jurídico»³⁸⁵. Con respecto a este concepto, que ha generado desde hace tiempo un intenso debate sobre el que ahora no me puedo detener³⁸⁶, será suficiente señalar aquí algunas apreciaciones orientadas a fundamentar la posición que se quiere sostener en esta investigación. El estado de cosas valioso, subyacente a la norma de determinación, tiene esa condición pues, precisamente, representa una relación considerada como positiva, esto es, una relación jurídica entre una determinada realidad y un sujeto. Sin embargo, si se quiere entender genuinamente al concepto de bien jurídico desde una perspectiva relacional³⁸⁷, debe atenderse al hecho de

³⁸² Sobre la norma como una razón excluyente para actuar u omitir, *infra* Cap. III, 4.

³⁸³ Sobre las nociones de «correspondencia» y «cumplimiento», *infra* Cap. III, 4.

³⁸⁴ Parecido, PEÑARANDA RAMOS, RPDJP 2001, 431.

³⁸⁵ Por todos, KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 69 (= *Teoría de las normas*, 1977, 90).

³⁸⁶ Una referencia a las diversas opiniones que sobre el concepto de bien jurídico hay en la doctrina aquí no es posible ni tampoco necesaria. Sobre la historia del concepto de bien jurídico, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, 1972, 15 ss.; ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 2/1 ss.

³⁸⁷ Al respecto, RUDOLPHI, *FS-Honig*, 1970, 151. Parecido JAKOBS, *Normativización*, 2003, 60 s., donde señala: «¿cuándo un bien es un bien jurídico? La respuesta es: cuando esté configurado como derecho del titular. No existen los bienes jurídicos que fluctúen libremente, sin estar asignados a un titular, sino sólo aquellos a cuyo uso tiene derecho un individuo o un colectivo, y no es el bien, sino el titular el que –puesto que tiene derecho– puede exigir que su bien no sea lesionado. Dicho de otro modo: el Derecho no es un muro protector colocado alrededor de los bienes, sino que es una relación entre personas. Por lo tanto, la idea del Derecho penal como protección de bienes jurídicos sólo puede significar que se protege a una persona o a la generalidad, en cuanto colectivo imaginado de todas las personas, en su relación con otra persona, contra la lesión de los derechos sobre sus bienes». Este punto de partida, si bien a JAKOBS le parece correcto, es para él también insuficiente: «El término «lesión de un bien jurídico» sólo describe de modo muy incompleto esa situación, y también se percibe cómo cabe aprehender mejor el asunto: como infracción de un rol, como

que ese estado de cosas valorado no supone solo la existencia de una relación entre el individuo y una realidad, sino también la relación entre el individuo y otros afines. Los bienes jurídicos, como indicó correctamente WELZEL, no son «piezas de museo»³⁸⁸, por lo que no pueden ser comprendidos desde una perspectiva estática, sino dinámica: la relación jurídica entre el individuo y la realidad se orienta sustancialmente a la libertad externa de la persona en cuanto sujeto de derecho, esto es, a su autonomía, la que no solo puede desarrollarse de manera aislada para el individuo mismo, sino –principalmente– en su relación con los demás³⁸⁹. La protección jurídico-penal de, por ejemplo, la vida humana individual, tiene sentido en la medida que el individuo se interrelaciona con los demás, pues solo las afectaciones a la vida humana individual que se produzcan en ese ámbito serán jurídico-penalmente relevantes; más aún, tales afectaciones deben consistir en actividades humanas que representen una superación de los límites de la libertad de acción existentes en el específico ámbito de interacción.

6. En una sociedad de individuos libres y cuya libertad se protege normativamente, es claro que las normas desempeñan un papel primordial: los miembros de la sociedad confían en las normas y tienen expectativas de cumplimiento de aquellas. De esta manera, la única forma en la que un individuo puede ejercer su libertad en el marco de las interrelaciones humanas radica en la creencia de que los bienes jurídicos (que a él se le reconocen o que a él le son funcionales para su integración y participación en el sistema social) no solo están protegidos por el Derecho, sino también –principalmente– frente a los demás ciudadanos. En buena cuenta, la norma (*rectius*: su infracción) no solo se constituye en el presupuesto de la sanción³⁹⁰, sino que también debe generar una insoslayable seguridad en la orientación para la vida en comunidad, al crear la existencia de expectativas de conducta: todo ciudadano puede en principio confiar que él no será matado, robado o asesinado por

infracción de deber, y con ello se percibe qué es lo que protege el Derecho penal en un sentido global: no bienes, sino la vigencia de la norma». La «situación» a la que alude JAKOBS es aquella que corresponde a lo que él denomina «deber positivo», esto es, un escenario en el que el ciudadano está obligado a realizar una prestación (positiva) para mantener un determinado bien (lo que, en opinión del autor citado, no se produce de una manera satisfactoria desde la perspectiva del concepto de bien jurídico). En mi opinión JAKOBS confunde el medio con el fin.

³⁸⁸ WELZEL, ZStW 58 (1939), 514.

³⁸⁹ Al respecto, KAHLO, en: HEFENDEHL (Ed.), *Bien jurídico*, 2007, 55 s. Mucho antes, HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 217, había señalado ya la naturaleza relacional del derecho, pues este «existe siempre en relaciones entre individuos». Este planteamiento, según el citado autor, es frecuentemente dejado de lado, principalmente, en los derechos reales, la persona jurídica y la antijuridicidad objetiva, que demuestran una «tendencia a la objetivización» (*Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 209 ss., 283) y en las que no se distingue suficientemente la relación entre individuos.

³⁹⁰ Sobre este asunto, *infra* Cap. III, 3.

otro³⁹¹. Esto se refleja en la argumentación de RENZIKOWSKI, quien señala que las normas (primarias, sobre las que me ocuparé con amplitud más adelante), en el sentido de BINDING, no solo sirven como presupuesto para las sanciones, sino que ellas deben conseguir una imprescindible seguridad orientativa para la convivencia en la comunidad, al crear ellas la existencia de expectativas normativas³⁹².

7. La idea de la existencia de una expectativa parece entonces acompañar la vigencia de ese estado de cosas valorado positivamente³⁹³. Pero no se trata de un concepto de expectativa como la propuesta por una perspectiva funcional más radical³⁹⁴. Antes se dijo que los miembros de la sociedad confían en las normas y poseen expectativas de cumplimiento de aquellas. Pues bien, con esto me refiero únicamente a que, así como un individuo ejerce su libertad de acción dentro de los límites jurídicamente reconocidos (orientación de su libertad externa³⁹⁵), aquel esperará que los demás hagan lo mismo³⁹⁶. La norma, al desplegar su carácter prescriptivo en una determinada circunstancia, orienta la conducta que debe realizarse y, de ser el caso, la que cabe esperar de los demás³⁹⁷. Por esto, la norma es, para unos, fuente de orientación contrafáctica (fuente de derechos, en lenguaje prefuncionalista), pero también es, para otros, directiva de conducta (fuente de

³⁹¹ RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, 54.

³⁹² RENZIKOWSKI, ARSP 87 (2001), 121.

³⁹³ Posiblemente, aquella «pretensión de justicia» de la que habla LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 10, pueda verificarse en el ámbito de las expectativas: «El conjunto de normas jurídicopenales supone, pues, una regulación u ordenación de determinados aspectos problemáticos –ya veremos que los hay muy problemáticos– de la convivencia social; eso sí, con una cierta pretensión de justicia que es inherente a todo el Derecho, pero sin que sea fundamental que tal ordenación sea, en efecto, justa o no lo sea»

³⁹⁴ Al respecto, ALCÁ CER GUIRAO, *Lesión*, 2003, 81, quien sostiene, contra las pretensiones de LESCH, que al entender a la sociedad como un entramado de comunicaciones se adopta un punto de vista metodológico que es perfectamente compatible con una sociedad liberal o con una sociedad «comunitarista», por lo que es posible, por ejemplo, proteger la vigencia de un orden normativo basado en la libertad individual.

³⁹⁵ Al respecto, LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 10.

³⁹⁶ Hasta ahora se han hecho múltiples referencias a la idea de la libertad de acción. Considero que la forma más adecuada de entenderla es de la manera desarrollada por KANT, quien, a su vez, tuvo como base las ideas de ROUSSEAU, concretamente, su noción de libertad. En efecto, teniendo ROUSSEAU como punto de partida la idea de que «el hombre nace libre», y de que, por tanto, los hombres no renuncian a su libertad natural en el contrato (pues no se trata de un contrato de sumisión como postularon HOBBS, GROCI O PUFENDORF), si no que deben asumir una limitación de su libertad natural en función de la voluntad general comprendida como ley pública universal, KANT, que propuso una comprensión jurídica del contrato social, asignó, precisamente al Derecho, la tarea de hacer posible la coexistencia externa entre las libertades de todos los miembros de la sociedad civil (la libertad de uno es compatible con la de los demás).

³⁹⁷ En ese sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 585, no observa una «radical incompatibilidad» entre las posiciones caracterizadas por entender a la norma como una norma de determinación y a la norma como expectativa, por lo que admite la idea de que ambas en lugar de contraponerse, podrían complementarse.

deberes)³⁹⁸. La norma es, por tanto, en primera instancia, fuente de derechos³⁹⁹ para luego, en caso de que el individuo se encuentre en una situación concreta y se convierta en destinatario, convertirse en fuente de un deber, lo que sucede cuando la norma le impone a aquel un deber de actuar u omitir.

8. Que la norma genere una expectativa no puede entenderse como un eufemismo de la tradicional opinión de que la norma «se dirige a todos». La norma, en realidad, impone un deber (de hacer u omitir) al destinatario en una específica situación⁴⁰⁰. Sin embargo, en esa situación concreta, la norma no solo se limita a imponer un deber, sino que tiene efectos hacia todos los que se encuentran dentro de los contornos de esa situación, de tal manera que estos puedan orientar sus conductas conforme a la expectativa inherente esa norma (y de ese modo puedan decidir cómo actuar y puedan prever sobre lo que pueden esperar de los demás)⁴⁰¹. La interrelación humana está sostenida en las expectativas normativas, lo cual evoca sin duda aquello que se puede esperar de otro en un determinado contexto. Si esto es así es porque los individuos se reconocen como sujetos que siguen normas, por lo

³⁹⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.^a ed., 2010, 586. Por su parte, MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, 1998, 64, señaló: «(...) si bien el aseguramiento de expectativas puede ser visto analíticamente como cometido primario del Derecho, no puede ser separado completamente del control de conductas. Más bien la cimentación (*Untermauerung*) cognitiva de las normas es indispensable para la estabilización de su validez. Las expectativas no podrían ser estabilizadas a la larga si la facticidad de la norma es transgredida de manera permanente y manifiesta. La coercibilidad (*Durchsetzbarkeit*) fáctica de la norma es, por tanto, «condición de estabilidad de la proyección de la norma», ya que, sin perspectiva de imposición fáctica, las normas no pueden perseverar: el control de conductas es, por tanto, una segunda función del Derecho, de naturaleza derivada».

³⁹⁹ El Estado, ante la dicotomía de satisfacer directamente los intereses de los individuos o dejar a estos la tarea de hacerlo, opta –la mayoría de las veces– por la segunda alternativa. Siendo esto así, el Estado otorga las herramientas necesarias para que los individuos satisfagan sus intereses, siendo una de aquellas la facultad o prerrogativa de actuar sobre todas las entidades capaces de provocar la satisfacción de los intereses de los individuos que forman parte de la comunidad. Esa facultad o prerrogativa es el derecho subjetivo, que no constituye una finalidad en sí misma sino solamente una herramienta que el ordenamiento jurídico emplea para lograr la satisfacción de los intereses de los individuos a los que rige y, de este modo, posibilitar el logro de eso que explica y justifica su propia existencia. El interés (elemento que pertenece al plano de la realidad del ser humano) constituye, entonces, el presupuesto y la justificación del derecho subjetivo (como instrumento orientado a hacer posible una convivencia pacífica entre los ciudadanos).

⁴⁰⁰ Al respecto, *infra* Cap. IV, 5.

⁴⁰¹ Al respecto, PEÑARANDA RAMOS, RPDJP 2001, 434, parece ampliar la relación normativa (comunicativa) que aquí se predica entre la norma y el destinatario de esta: «las normas no se dirigen solamente a sus potenciales infractores como tales, sino también a los posibles afectados por esa conducta y, más en general, a todos los que en una determinada situación tratan de orientarse acerca del comportamiento que han de adoptar y que pueden esperar de los demás». La idea detrás de este planteamiento, a mi juicio, es correcta, pero no la conclusión a la que arriba el citado autor. Así, si se admite que la norma se dirige no solo al potencial infractor, sino a otros, ya no se está ante una norma de determinación, sino ante una presunta «norma» de valoración. Cuestión distinta es que, en la situación concreta en la que se produce una relación normativa (comunicativa) entre la norma y su destinatario (a quien la norma impone un deber) se puedan reconocer ciertos efectos jurídicos hacia quienes se encuentren dentro del perímetro normativo que la situación concreta refleja.

tanto, las normas dictan regularidades que han de seguirse para mantener la vida en comunidad: siguiendo una norma, mi libertad se hace compatible con la de las demás. En una situación concreta, si hay una expectativa normativa, es porque uno tiene derecho a esperar de otro determinado hecho. La expectativa normativa es lo que permite entender la conducta de otro y no solo observarla (desde un plano puramente causal) como un conjunto de movimientos corporales.

9. En definitiva, aquí puedo finalizar adelantando la idea de que la concepción de la norma como expectativa de conducta no supone necesariamente la exclusión de la comprensión de la norma como directiva de conducta. Inclusive, se puede afirmar que ambos aspectos forman parte de una misma norma: así como esta se muestra para algunos como una expectativa normativa (como la institucionalización de una expectativa), se muestra para otros como una norma de conducta. Ambas formas de manifestación de la norma parecen complementarse, pues las expectativas normativas de un ciudadano no implican la negación de la existencia de directivas para los demás ciudadanos quienes, precisamente, con su conducta deberían mantener las expectativas del primero. La concentración en solo alguna de estas facetas parecería ser, entonces, incompleta: no es suficiente fijarse en los ciudadanos como «potenciales víctimas» de delitos (como sujetos fieles al Derecho) ni tampoco solo como «potenciales delincuentes», pues ambas manifestaciones de la norma pueden converger en cada individuo⁴⁰².

10.1. Finalmente, considero que la adopción de la norma como una norma de determinación implica la adopción de específicos puntos de partida para una comprensión general del delito. Estos puntos de partida serán aquí enunciados solo en lo que sea necesario para dejar clara mi posición, ya que una profundización de estos será llevada a

⁴⁰² SILVA SÁNCHEZ, *Normas*, 2003, 27. Como se desprende de la exposición realizada, la utilización de las denominaciones «autores potenciales» y «víctimas potenciales» se corresponden, respectivamente, con las teorías de la prevención general negativa y la prevención general positiva, esto es, con teorías orientadas a justificar la pena (cuya fundamentación, según los alcances desarrollados en esta investigación, debe distinguirse de la que corresponde a la teoría de la norma). En otro lugar, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.^a ed., 2010, 586, señala que la norma, como fuente de deberes, se dirige al ciudadano en tanto «delincuente potencial» (o sujeto interesado prioritariamente en la libertad de acción), pero también como fuente derechos (como fuente de orientación contrafáctica), esto es, como expectativa, con lo que se describe una relación entre el Derecho y los ciudadanos como «víctimas potenciales». Este planteamiento, si bien puede parecer cercano al aquí sostenido, no me parece aconsejable en la medida que entiende al ciudadano como «delincuente potencial», lo que supone entender que la conminación penal se integra en la propia norma para así definirla, lo que, a su vez, acarrea una determinada comprensión del hombre que aquí no se estima como correcta. Al respecto, *infra* Cap. III.

cabo en un capítulo posterior, en el que aborde lo relacionado a la propia infracción de la norma. En todo caso, las cuatro ideas que a continuación se formularán constituyen apreciaciones entendidas como correctas y, en ese sentido, como transversales a toda la investigación. En primer lugar, entender a la norma como una norma de determinación debe repercutir en la formación de una opinión en torno a la relación entre lo ontológico y lo normativo (esto es, sobre la relevancia de uno y otro en la comprensión del concepto de delito y sobre las distintas intensidades de cada uno, en caso de que ambos se estimen como elementos indispensables)⁴⁰³. Si desde la perspectiva de la teoría de la infracción el delito se expresa principalmente en una relación individual entre el individuo y la norma, entonces habrá que reconocer que la mencionada teoría estará más limitada por datos ontológicos⁴⁰⁴. En nada empece esta afirmación el hecho de que a partir de esa relación individual entre el individuo y la norma se lleven a cabo concreciones valorativas de base social, dando lugar a un posterior juicio social de atribución de responsabilidad por la infracción de la norma por parte del individuo (la infracción de la norma no deja de ser personal)⁴⁰⁵. Esto, en realidad, solo demuestra la importancia del reconocimiento de una base ontológica mínima y previa, sobre la que posteriormente se llevarán a cabo valoraciones. Y precisamente por la admisión de este punto de partida es que no es posible admitir como correctas las teorías del delito construidas exclusivamente desde la perspectiva de la teoría de la imputación, pues estas son susceptibles de producir una normativización extrema⁴⁰⁶. En efecto, la teoría de la imputación, al operar con elementos más normativizados, permite que los criterios de valor instauren la propia realidad de los hechos⁴⁰⁷. Por lo tanto, las consideraciones hasta ahora expuestas en esta investigación aconsejan la adopción de un enfoque en el que lo ontológico se relacione con lo normativo, constituyendo su base, pero, a la vez, desempeñándose como un criterio limitador⁴⁰⁸. Esto, sin embargo, no supone un reconocimiento de lo ontológico en términos causalistas o

⁴⁰³ Al respecto, por todos, SCHÜNEMANN, en: SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.) y SILVA SÁNCHEZ (Ed.) *Fundamentos*, 1995, 206, 214. Cabe destacar, además, que, según SÁNCHEZ-OSTIZ, *Libertad*, 2014, 54-55, la cuestión del método idóneo que pretenda entenderse como válido para el Derecho penal (la relación entre lo fáctico y lo normativo, entre lo empírico y lo axiológico en la teoría del delito) recorre la historia de la teoría del delito, desde los modelos positivistas del mismo, hasta el del finalismo (con las estructuras lógico-objetivas), frente a los modelos del neokantismo y el funcionalismo.

⁴⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 679.

⁴⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 679.

⁴⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 679.

⁴⁰⁷ VARELA, *Dolo*, 2016, 95.

⁴⁰⁸ Como bien señala con SCHÜNEMANN, en: SCHÜNEMANN (Comp.), *Sistema*, 1991, 31 ss., es posible estar de acuerdo con la renormativización de la dogmática jurídico-penal, pero eso no supone la admisión de un exceso de normativismo bajo la forma de razonamientos falsos normativos y el abandono de las bases ontológicas.

finalistas⁴⁰⁹, sino en la necesidad de condicionamiento a una «conformidad con la realidad»⁴¹⁰ o a una «realidad de las cosas»⁴¹¹. En definitiva, una teoría de la infracción permite una teoría del delito en la que los criterios de valor se vinculen con la realidad de las cosas sin contrariar su onticidad, esto es, respetando su esencia mínima⁴¹².

10.2. En segundo lugar, será posible reconocer que tanto la teoría del delito como teoría de la infracción y la teoría del delito como teoría de la imputación permiten una determinada imagen del sujeto de la imputación, de la que se extrae una contraposición entre un «sujeto preexistente» y un «sujeto construido», respectivamente⁴¹³. En efecto, si bien ambas orientaciones tienen como punto de partida la comprensión del individuo como un agente moral autorresponsable⁴¹⁴, los caminos inmediatamente se separan, dependiendo del grado de normativización que se estima como adecuado. Como antes se dijo, la teoría de la infracción mantiene una base óptica que determina los alcances de la normativización, mientras que la teoría de la imputación posee una tendencia a ampliar la normativización. En efecto, en esta última los criterios del rol o de la competencia constituyen la base de la responsabilidad⁴¹⁵. JAKOBS, por ejemplo, señala que su teoría de la imputación (que él presenta como teoría del delito) se orienta a determinar al sujeto competente del suceso⁴¹⁶. En última instancia, una teoría de la imputación construye un concepto de persona que, por

⁴⁰⁹ Al respecto, por todos, VARELA, *Dolo*, 2016, 29.

⁴¹⁰ SCHÜNEMANN, *Grund*, 1971, 38.

⁴¹¹ SCHÜNEMANN, ADPCP 1991, 708.

⁴¹² VARELA, *Dolo*, 2016, 95.

⁴¹³ SILVA SÁNCHEZ, *Normas*, 2003, 33. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., 1960, 97, en la misma línea que KANT, definió a la persona como «punto final de la imputación».

⁴¹⁴ La diferencia, con todo, parece radicar en los límites que se debe establecer a ese punto de partida común. Esto queda claro, como se ha expuesto previamente, en la posibilidad de atribuir responsabilidad penal inclusive en aquellos casos en que no concurren todos los presupuestos subjetivos (ordinarios) de la imputación, bajo la forma –excepcional– de una imputación extraordinaria (que se fundamenta esencialmente en la infracción de una *Obliegenheit*). Al respecto, VARELA, *Dolo*, 2016, 86, señala: «la doctrina de la imputación, al igual que la teoría de la infracción personal de la norma, concibe al sujeto como un agente moral autorresponsable, pero mucho más allá de los límites de los que la mencionada teoría de la infracción personal ha llegado a reconocer. Esto significa que la doctrina de la imputación ve posible atribuir responsabilidad penal aun en aquellos casos en que no concurren todos los presupuestos subjetivos (ordinarios) de la imputación, a través de una vía excepcional a la que denominan imputación extraordinaria y para la cual reservan un especial fundamento: la obligación de una *Obliegenheit*».

⁴¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Normas*, 2003, 36-37.

⁴¹⁶ JAKOBS, *Normativización*, 2003, 50 s., donde parece decir que culpabilidad es ya imputación: «El principio de culpabilidad garantiza dos cosas: en primer lugar, que el hecho no debe interpretarse como casualidad o como capricho del destino, sino como obra, artefacto de una persona; y en segundo lugar, que esta persona es competente para intervenir en asuntos públicos (...) Es con esta interpretación que se alcanza el plano verdaderamente social: la comunicación; el autor afirma a través de su hecho que el mundo debe ser configurado del modo en el que él se comporta, es decir, en contra de la norma y no de otra manera».

las propias necesidades de la imputación, puede ser algo distinto al ser humano⁴¹⁷. Esto es así pues en una teoría de la imputación lo social es presupuesto de la condición de persona como tal. Una teoría de la infracción, por su parte, tiene como punto de partida a la persona como tal por su dignidad y autonomía, siendo lo social un criterio posterior⁴¹⁸. Desde mi punto de vista, la persona debe entenderse como un concepto óntico-normativo. Esto puede sostenerse en una teoría de la infracción, pero difícilmente en una teoría de la imputación, en el que la imputación es constitutiva (determinar quién puede ser el sujeto susceptible de imputación, supone establecer previamente quién es persona para el Derecho). Existen dos razones por las cuales el concepto de persona no puede desligarse de su aspecto óntico: primero, porque la dignidad humana se erige como límite negativo a toda clase de constructo teórico y, por ende, a todo tipo de injerencia estatal en la esfera personal; y, segundo, porque la autonomía personal se constituye en elemento irrenunciable sobre el que fundamentar la imputación de responsabilidad y la consecuente imposición del correspondiente castigo⁴¹⁹.

10.3. En tercer lugar, una teoría del delito entendida como teoría de la infracción permite mayores posibilidades de acudir al criterio de la libertad para fundamentarse. En efecto, recurrir a la norma como el instrumento básico para conseguir sus objetivos, supone entender al destinatario como «libre»⁴²⁰, lo que, en última instancia, revela que la idea de libertad está estrechamente relacionada con un concepto de persona⁴²¹. Esta primera aseveración, evidentemente, necesita una mayor profundización en cuanto a los alcances de esa «libertad»⁴²². Aunque esto se vaya a profundizar más adelante, es importante señalar aquí que la utilización de la norma como instrumento para dirigir conductas tiene como contrapartida la imagen de un individuo que posea la capacidad personal de autodeterminación (principio de autonomía individual) para actuar u omitir, esto es, un individuo entendido desde la regla de la racionalidad valorativa⁴²³. Más adelante se incidirá en la idea de que el destinatario de la norma, por su condición de tal, debe transformar la

⁴¹⁷ JAKOBS, *Normativización*, 2003, 20 s.

⁴¹⁸ VARELA, *Dolo*, 2016, 56, quien señala: «Se es persona porque se es sujeto de dignidad y de autonomía, en donde lo social es una condición necesaria para la realización personal junto a los demás, pero nunca el presupuesto desde el cual concebir a la persona en cuanto tal».

⁴¹⁹ Al respecto, VARELA, *Dolo*, 2016, 54, de quien tomo estos dos importantes aspectos.

⁴²⁰ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 398.

⁴²¹ Así, VARELA, *Dolo*, 2016, 57.

⁴²² Al respecto, SÁNCHEZ OSTIZ, *Imputación*, 2008, 24.

⁴²³ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 48 s.

razón de la norma en motivo de su actuar u omitir, por lo que, a la inversa, debe hacerse responsable por transformar en motivo otra razón distinta a la norma. Se verifica entonces que el presupuesto de la condición de destinatario de la norma es, precisamente, la autorresponsabilidad en el ejercicio de la libertad que es, además, presupuesto de la utilización de la norma como instrumento mediante el cual el Estado alcanza sus objetivos. La utilización de normas, entonces, es el reconocimiento de que los individuos pueden actuar libremente, y que es el sistema más afín al Estado de libertades⁴²⁴. Un sistema concentrado únicamente en reglas de imputación, por el contrario, desembocaría en un modelo «engañoso» de libertad⁴²⁵.

10.4. En cuarto lugar, la adopción de la norma como una norma de determinación, como bien se ha destacado ya en la doctrina, parece repercutir en una teoría de delito más subjetiva, lo que es conforme, a su vez, con una teoría de la infracción⁴²⁶. La teoría de la imputación permite, por el contrario, planteamientos más intersubjetivos, de valoración social. La afirmación de ese carácter más subjetivo, a mi modo de ver, no resulta perjudicial si es que tal carácter es correctamente entendido. En efecto, debe quedar claro que, si bien, en mi opinión, resulta preferible una teoría del delito interpretada como teoría de la infracción, esta orientación no implica forzosamente desconocer los criterios de imputación. Desde la perspectiva de la teoría de la infracción, la imputación se condiciona a las bases ónticas de las que parte aquella teoría. En una teoría de la infracción el juicio de

⁴²⁴ Es importante tener esto en cuenta: el sistema jurídico es claramente un conjunto interrelacionado de preceptos de las más diversas jerarquías. En el caso del sistema jurídico penal, esto no es la excepción: las disposiciones del CP se interrelacionan con aquellas propias de las instancias procesales y de la ejecución de la pena. Esta complejidad, que difícilmente puede negarse, se contradice con la pretensión de un sistema de disposiciones legales claramente comprensible para el ciudadano. Es evidente que al ciudadano no se le puede exigir un conocimiento extraordinario del Derecho, lo que supone, lógicamente, no exigirle conocer, por ejemplo, los alcances de la pena con la que se amenaza un concreto delito, las específicas formas de comisión de un hecho punible o los supuestos de excusas absolutorias como mecanismo de exclusión de responsabilidad de carácter político-criminal. El Estado lo único que puede hacer es garantizar que las normas subyacentes a los delitos sean lo más cercanas al sistema de valores imperantes en la correspondiente sociedad.

⁴²⁵ VARELA, *Dolo*, 2016, 30. En 31, esta autora señala que «los sistemas que abordan el hecho punible sólo desde la imputación suelen operar con una lógica de imputación fuerte, que no siempre coincide con el grado de libertad individual que predicán. En efecto, en el momento de imputar, estos planteamientos no suelen tener en cuenta al infractor real al cual han brindado máxima libertad en el juego social (predicando un simple *neminem laedere*), sino un infractor ideal que no existe y que tampoco es auténtica portador de libertad. Esto es porque, dado el conflicto, dan exclusiva prioridad a la dimensión social del mismo y a la estabilización del sistema normativo, y no a la dimensión individual como causa del conflicto».

⁴²⁶ Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 679: «las teorías del delito como infracción de un imperativo tienden a ser más subjetivistas que las teorías del delito como sistema de imputación a un sujeto, ya sea de la responsabilidad por la defraudación de una expectativa, ya sea de la lesión o desautorización de una norma objetiva de conducta».

imputación es reflejo de la autonomía subjetiva⁴²⁷. Por esto, en la doctrina se ha reconocido que, mientras un modelo asentado en la imputación constituye un modelo de imputación fuerte, un modelo sostenido en la teoría de las normas permite un modelo de imputación moderado⁴²⁸. La adopción de una teoría del delito desde la perspectiva de la teoría de la infracción, entonces, no impide reconocer la existencia de juicios de imputación. Esto es precisamente lo que no sucede con la teoría del delito vista desde la perspectiva de una teoría de la imputación: la idea de la infracción se minimiza (JAKOBS) o se entiende de manera inadecuada (HRUSCHKA).

5. Recapitulación.

1. En este capítulo se ha buscado exponer y analizar las teorías de la norma y las teorías de la imputación posiblemente más difundidas en la ciencia jurídico-penal. En cuanto a las teorías de la norma, se ha hecho referencia a la norma de determinación (y a su antecedente histórico directo: la teoría de los imperativos) y a la norma de valoración (y a su planteamiento más significativo: la teoría de la doble naturaleza de la norma). En cuanto a las teorías de la imputación, se ha abordado el planteamiento de la norma como norma objetiva de conducta (en la que la imputación, entendida desde una perspectiva kantiana, interviene decisivamente mediante diversos niveles de enjuiciamiento) y el de la norma como expectativa de conducta institucionalizada (en el que la imputación, sostenida sobre planteamientos hegelianos, tiene un carácter global y unitario). Se ha procedido, por tanto, a describir, comprender y analizar cada una de estas perspectivas, en la medida de que cada una de ellas pueden ofrecer no solo un determinado concepto de norma en el ámbito del concepto de delito, sino también algunas referencias que pueden ser de utilidad para el planteamiento que se pretende defender en esta investigación, que se expondrá con claridad más adelante. Aquí basta con señalar, a partir de lo expuesto, la posibilidad de reconocer una relación entre las categorías de norma e imputación, la que se ha manifestado de las maneras más variadas y con diversas intensidades. Esto es así pues en la actualidad se admite generalmente que, si una norma es infringida, esa infracción requiere de ciertos criterios de imputación que permitan, precisamente, atribuir ese hecho (que expresa la infracción) a su autor.

⁴²⁷ VARELA, *Dolo*, 2016, 54.

⁴²⁸ VARELA, *Dolo*, 2016, 95.

2. Se ha hecho referencia a los dos conceptos de norma más difundidos en la ciencia jurídico-penal y que han sido por mucho tiempo objeto de arduo debate: la norma de determinación y la norma de valoración. Con respecto a la norma de determinación, se ha destacado su directa conexión con la teoría clásica de los imperativos. Sobre esta, pese a las críticas que se le puedan dirigir (si el ordenamiento jurídico está compuesto solamente por imperativos, su origen autoritario, la fundamentación del imperativo en la mera voluntad del soberano), tiene un «núcleo utilizable»: que la norma de carácter imperativo consiste en un mandato o prohibición dirigido a regular una conducta humana. Pero no solo ese parece ser un vestigio aún aprovechable de la teoría de los imperativos: también la otra cara del imperativo, la del derecho subjetivo (que la teoría de los imperativos no define positivamente pero que, como se ha visto, sí asegura frente a terceros), puede considerarse como un elemento importante que puede tener repercusiones para una mejor comprensión del bien jurídico desde una perspectiva dinámica (fundamento material de la norma)⁴²⁹.

3. La necesidad de resaltar la afectación material se reflejó en el Derecho penal con la admisión de un injusto objetivo y a la correspondiente norma de valoración. Como se ha visto, el planteamiento más difundido al respecto fue el de la teoría de la doble naturaleza de la norma, según la cual era posible reconocer dos normas situadas respectivamente en la base del injusto o de la culpabilidad: la norma de valoración y la norma de determinación⁴³⁰. Sin embargo, una norma de valoración, en los términos descritos previamente, difícilmente puede ser entendida como una genuina norma. La norma de valoración de MEZGER, al ser, como él mismo señaló, un abstracto «se debe», no impone una obligación (pues ese abstracto se debe no tendría por qué limitarse a conductas humanas), por lo tanto, no hay infracción de un deber impuesto (a un individuo concreto) por una norma. No se puede hablar propiamente entonces de una «contrariedad a la

⁴²⁹ Al respecto, *infra* Cap. III, 8.

⁴³⁰ Si se tratan de dos funciones o dos aspectos de una misma norma o de dos normas independientes (lo que parece tener más plausibilidad, en la medida que MEZGER se refirió siempre a normas «completas» y –frente a GOLDSCHMIDT– que la norma de determinación se *derivaba* de la norma de valoración) es un asunto, en todo caso, sobre el que aún se debe discutir. En todo caso, esta aún no clara relación entre norma de valoración y norma de determinación (si una está «al lado de otra» como sostenía GOLDSCHMIDT o si una «se deriva de otra» como afirmaba MEZGER) se reproduce en la actualidad en la concepción mayoritaria, que sitúa en el ámbito del injusto, para fundamentar tanto el desvalor de la acción como el desvalor del resultado, tanto a una norma de determinación como a una norma de valoración, respectivamente.

norma», sino solo de una desvaloración externa del hecho sobre la que habría que fundamentar el injusto. Proponer una presunta «norma de valoración» supone renunciar a su carácter prescriptivo, lo que a la vez significa pasar por alto que lo único que puede ser regulado o dirigido por las normas son las conductas humanas. Precisamente, el gran inconveniente de la teoría de la norma de valoración (específicamente, de la teoría de la doble naturaleza de la norma), según lo expuesto con amplitud en líneas anteriores, consiste en hacer del injusto la contrariedad a una norma de valoración, con la pretensión de mantener la distinción clasificatoria entre injusto y culpabilidad⁴³¹.

4. El concepto de imputación es uno que puede rastrearse hasta los primeros momentos de la civilización, pues constituyó una forma de explicar el mundo y sus fenómenos. En el ámbito del Derecho penal, el concepto de imputación, nutrido con los aportes del racionalismo y el idealismo, fue empleado hasta la aparición del positivismo y la correspondiente comprensión científica del Derecho penal (finales del siglo XIX e inicios del siglo XX). Como se ha dicho, el positivismo naturalista permitía la explicación del delito desde la perspectiva del ideal de exactitud de las ciencias naturales. La aparición del neokantismo representó un cambio de perspectiva metodológica, por lo que, en el Derecho en general y en el Derecho penal en particular fue posible la introducción de consideraciones valorativas. Es en este contexto que el concepto de imputación reingresa a la ciencia jurídica, principalmente por las contribuciones de LARENZ (en el Derecho civil) y HONIG (en el Derecho penal)⁴³². Posteriormente, en los años setenta del siglo XX, se desarrolló la teoría de la imputación objetiva, como modelo explicativo de la relación entre la conducta prohibida y el resultado producido. Como es bien sabido, ROXIN fue el artífice de esta nueva orientación, que sería desarrollada por otros autores como –por mencionar solo algunos– RUDOLPHI, WOLTER y SCHÜNEMANN. En la actualidad, como ya se dijo,

⁴³¹ En la doctrina jurídico-penal se sostiene que el contenido de la declaración normativa es la misma tanto en una norma de valoración como en la norma de determinación. Al respecto, por todos, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewußtsein*, 1949, 128; KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 75 ss. (=Teoría de las normas, 1977, 97 ss.); KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 58; VOGEL, *Norm*, 1993, 46; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, 2238 ss. Por eso, PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 264, señala que pese a «la posibilidad de distinguir normológicamente entre normas de valoración y de determinación, ha de excluirse la obtención de un argumento a favor de la independencia sustancial del juicio de injusto frente al juicio de culpabilidad». En todo caso, agrega PAWLIK que la distinción entre norma de determinación y norma de valoración no sería capaz de fundamentar la distinción entre injusto y culpabilidad, sino solo, en todo caso, de realizarla. Esto último, por lo demás, parece ser para algunos, ya desde hace tiempo, algo dudoso. Al respecto, ya GEMMINGEN, *Rechtswidrigkeit*, 1932, 31.

⁴³² Como antes se dijo, también las contribuciones de H. MAYER y HARDWIG fueron decisivas en el ámbito del Derecho penal.

parecen coexistir entonces dos orientaciones con respecto a la imputación: un concepto de imputación en sentido «restringido» (que esencialmente se refiere a la imputación de resultados a comportamientos⁴³³) y un concepto de imputación en sentido «amplio» (ámbito en el que destacan las contribuciones de HRUSCHKA y JAKOBS).

5. En cuanto a la teoría de la imputación en sentido amplio, en la actualidad es posible observar dos corrientes: la de HRUSCHKA, sostenida, como antes se dijo, sobre las ideas de KANT; y la de JAKOBS, cuyas reflexiones se basan en el pensamiento de HEGEL. Aunque ambas orientaciones tienen en común la fundamentación de la responsabilidad en la idea del ejercicio autorresponsable de la libertad, sus modos de proceder difieren: mientras el pensamiento analítico impulsó una escisión del concepto de acción (lo que le permitió distinguir entre una acción en sí misma y una acción culpable (planteamiento que dio paso a la estratificación de la imputación en una imputación del hecho y en una imputación de la voluntad culpable); el pensamiento hegeliano, como ya se ha visto, promovió la unificación conceptual de la acción y la culpabilidad (que permitió la idea de un modelo de imputación de la acción culpable). El pensamiento analítico presenta una mayor compatibilidad con la arraigada distinción entre injusto y culpabilidad (precisamente, la *imputatio facti* y la *imputatio iuris* serían lo que en el lenguaje dominante corresponde con la acción, el dolo y la culpabilidad, como instancias separadas⁴³⁴), pero el pensamiento de raigambre hegeliana considera que solo hay injusto culpable y que la culpabilidad es presupuesto de la acción.

5.1. El planteamiento de HRUSCHKA aporta claridad para determinar la frontera entre la norma y la regla de imputación (entidades que no están aisladas una de otra, sino que se relacionan intensamente de manera lógica), por lo que es posible decir que «filtra» el concepto de imputación. Surgen dudas, sin embargo, sobre algunos asuntos. Primero, sobre la viabilidad de distinguir entre dos juicios de imputación (*imputatio facti* e *imputatio*

⁴³³ La perspectiva mayoritaria en la ciencia jurídico-penal ha considerado correcto recurrir tanto a la causalidad como a la imputación. Es decir, la causalidad, como primera instancia, permitiría reconocer la relación causal entre una acción y un resultado. Solo después, como criterio adicional, se recurre a la imputación, pero no en los términos de la teoría clásica de la imputación, sino a la aplicación de criterios normativos que permitan perfilar (excluir o confirmar) la relación causal ya existente (la denominada teoría de la imputación objetiva, enfocada a analizar la relación entre la conducta desaprobada y el resultado producido). Una perspectiva integradora (en la que la causalidad establece los límites máximos sobre los que han de operar los criterios de imputación) es, por lo tanto, la orientación que sigue la posición mayoritaria.

⁴³⁴ Al respecto, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Libertad*, 2014, 41 ss.

iuris) para de esa manera proponer una correspondencia con las tradicionales categorías del injusto y la culpabilidad. Segundo, sobre si la noción de imputación más adecuada no sería la del hecho ya desvalorado (del hecho antijurídico), es decir, un solo juicio de imputación (*imputatio*) que residiría en su lugar «natural»: la culpabilidad. Tercero, sobre la débil noción de norma como directivo de conducta (función de configuración) que se desprende de su sistema, el que, al estar determinado decisivamente por la imputación, se concentra esencialmente en una perspectiva *ex post*. Debido a ello, la norma (en su función de baremo de medición) propuesta por HRUSCHKA, a mi juicio, no necesariamente valora (se insiste reiteradamente que se trata de un proceso de «medición» o «contrastación» lo que, a mi modo de ver, no es una valoración). Pero, aunque se admita que ese sea el camino correcto, se estaría frente a una entidad equiparable a una norma de valoración (como la formulada por MEZGER) y por, lo tanto, le son trasladables las mismas objeciones antes mencionadas. Cuarto, sobre la naturaleza de la categoría de las «*Obliegenheiten*» (incumbencias), pues, al parecer, aún queda mucho por decir sobre su carácter fundamentador de la imputación extraordinaria y sobre cómo se relacionan esas incumbencias con las normas a las que preceden.

5.2. El planteamiento de JAKOBS, por el contrario, propone que el concepto de imputación se entiende como un sistema total de imputación, según el cual el delito se comprende como una totalidad (injusto culpable). JAKOBS, que sigue a HEGEL (quien, como se ha visto, posee un concepto un concepto de acción extremadamente subjetivo), identifica la capacidad de acción con la capacidad de culpabilidad. La imputación, por tanto, depende de la existencia de culpabilidad, categoría que pasa a convertirse en el núcleo del sistema⁴³⁵. El concepto total de imputación recoge todos los presupuestos de la acción culpable. En el planteamiento de JAKOBS surgen también algunas inquietudes. Primero, sobre las ventajas de su concepto de delito, afín a un pensamiento conceptualizante en el que no se puedan distinguir categorías (aunque el referido autor reconoce a la imputación objetiva, esta parece ser solo una instancia al interior de un concepto (más amplio) de imputación). Segundo, sobre su propia noción de «norma», en la que se abandona por completo el carácter imperativo (pese a opiniones que sostengan que se haya producido un cambio en ese sentido) para entenderla como la descripción de una regularidad social o,

⁴³⁵ En este punto JAKOBS se distancia de HRUSCHKA, en la medida que, a diferencia de este, no realiza una distinción estricta entre *imputatio facti* e *imputatio iuris*, sino que, en su opinión, fuera de la imputación culpable todo es naturaleza.

como la denomina el propio JAKOBS, como «expectativa institucionalizada». Tercero, sobre la mayor atención del hecho desde una perspectiva *ex post*, lo que conduce a conceder a la norma de sanción una mayor significación en su pensamiento, lo que es consecuencia (como en el planteamiento de HRUSCHKA), del propio concepto «amplio» de imputación del que parte.

6. Las teorías de la norma expuestas responden a una determinada comprensión del delito: como teoría de la infracción o como teoría de la imputación. La teoría de las normas supone entender a la teoría del delito esencialmente como una teoría de la infracción personal de la directiva de conducta expresada en la norma. Desde esta perspectiva, el delito será entendido como la infracción de un deber personal. Por su parte, las teorías de la imputación, según lo expuesto, han concentrado sus esfuerzos en aspectos distintos a la idea de la infracción de una norma. Sin embargo, se ha visto que de alguna u otra manera, reconocen la existencia de una norma (pero no como mensaje prescriptivo o, dicho de otra manera, como directiva de conducta). La teoría de la norma como expectativa institucionalizada propone desconocer a la norma desde una perspectiva imperativa, concediéndole a la imposición de la pena toda la carga motivacional (el dolor penal como «apoyo cognitivo» para las «víctimas potenciales»). La norma como desautorización objetiva entiende a la norma, principalmente, en su función de baremo de medición. Pero esta orientación se concentra más bien en una perspectiva *ex post* de la norma y no tanto en una perspectiva *ex ante*, que es la que correspondería a una norma de carácter imperativo. Dicho de otra manera: la función de configuración de la regla de comportamiento queda notoriamente eclipsada en favor de la función de baremo de medición (concentrada en la retrospectiva).

CAPITULO III

NORMA PRIMARIA Y NORMA SECUNDARIA. ESTRUCTURA, CONTENIDO, FUNCIONES, OBJETO DE PROTECCIÓN Y REPERCUSIONES EN LA TEORÍA DE LA PENA.

1. Consideraciones preliminares.

1. La distinción entre la denominada «norma de conducta» («*Verhaltensnorm*») y «norma de sanción» («*Sanktionsnorm*»), como se verá más adelante, constituye una frecuente referencia en muchas investigaciones que abordan diversas consideraciones sobre la teoría de las normas en el ámbito del Derecho penal. Tal distinción categorial, ampliamente difundida en Alemania y en España (donde se ha empleado el binomio conceptual «norma primaria» y «norma secundaria» con el mismo objetivo), obedece a una discusión más antigua referida a la determinación del destinatario de la norma¹. En efecto, si bien en la época del Derecho natural, a inicios del siglo XIX, aquella discusión no había sido objeto de atención, a partir de la aparición del positivismo fue posible la formulación, en el ámbito de la ciencia jurídica, de algunos planteamientos teórico-normativos como consecuencia de comprender a la norma como categoría del Derecho positivo². Sin embargo, en una época en la que la aparición del Derecho codificado desempeñaba un papel fundamental³ (lo que explica la en ese momento imperante idea de que no existía otro Derecho que no sea el Derecho reconocido por el Estado), aquellos planteamientos fueron limitados, pues la discusión sobre el destinatario de la norma se desarrolló principalmente en un plano pragmático, esto es, orientado a la práctica⁴.

¹ Al respecto, por todos, HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 198. La cuestión del destinatario parece ser un asunto que genera inquietudes hasta hoy, lo que parece ser manifestado por HÖRNLE, *Straftheorien*, 2.^a ed., 2017, 9, quien indica que, si se tiene como punto de partida la idea de que las leyes penales sirven al fin de la comunicación, «queda por establecer, sin embargo, quién es el destinatario y cuál es el contenido de aquellas leyes penales».

² TRUTNAU, *Rechtsnormen*, 1983, 51, quien también destaca que este nuevo horizonte en la ciencia jurídica respondía a una orientación más amplia caracterizada por un alejamiento tendencial de los contenidos del Derecho natural de la Ilustración y del Derecho patriarcal de la edad media.

³ Al respecto, SCHMIDT, Eb., *Einführung*, 3.^a ed., 1965, § 272, quien reconoce que el positivismo se consolida con la trascendencia que adquiere la obra de FEUERBACH, con la aparición de múltiples códigos penales durante el siglo XIX y con la influencia de la Escuela histórica del Derecho, que proponía el análisis «filológico» de los textos. También destaca la importancia de la progresiva aparición de la codificación del derecho durante el siglo XIX para la discusión sobre el destinatario de la norma, TRUTNAU, *Rechtsnormen*, 1983, 51.

⁴ TRUTNAU, *Rechtsnormen*, 1983, 51. Mayores detalles históricos, en MOOS, *Verbrechensbegriff*, 1968, 54 ss. También, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 619, n. 16.

2. Con todo, es posible hacer referencia a algunos planteamientos teóricos decisivos en la cuestión del destinatario de la norma y que además resultan trascendentes para la posterior separación conceptual entre norma de conducta y norma de sanción. Así, puede aludirse a la exposición de HOBBS, quien reconoció que la ley civil («*Lex civilis*» o «*civil law*»), entendida como un mandato respaldado por la coacción y dirigido a los súbditos⁵, tenía dos aspectos, uno de carácter distributivo y otro de carácter vindicativo (o penal)⁶, esto es, se trataba de «dos partes de la misma ley»⁷. Mientras el primero estaba dirigido a todos los ciudadanos y se relacionaba al reconocimiento de determinados derechos en virtud de los cuales se hacía posible la interrelación armónica con otros en sociedad, el segundo estaba referido a la obligación de los órganos del Estado a imponer sanciones a los individuos que infringen las leyes⁸. Posteriormente, BENTHAM planteó la distinción entre normas «primarias» o «principales» y normas «secundarias» o «subsidiarias»: unas dirigidas a la imposición de deberes a los ciudadanos de cara a la regulación de su conducta y otras dirigidas a los jueces con el objetivo de regular la imposición de las sanciones que tengan como fundamento el quebrantamiento de las primeras. BENTHAM reconoció la necesidad de distinguir entre la norma que «crea una ofensa» y aquella que «ordena la imposición de un castigo en caso de que tal ofensa se realice»⁹. En ese sentido, el mencionado autor expresó que aquellas eran dos normas distintas («*two distinct laws*») y no solo dos partes de una

⁵ HOBBS, *Leviathan*, 1651, Cap. XXVI, 137, entendía a la «*law*» (ley) como «*command*» (mandato) y, en ese sentido, se trataba de un mandato de carácter obligatorio para el súbdito. Según el pensamiento contractualista de HOBBS, el súbdito debía obedecer al soberano debido al contrato social en el que aquel ha participado. Al respecto, HOBBS, *Leviathan*, 1651, Cap. XVII, 85 ss.

⁶ HOBBS, *De Cive*, 1642, Cap. XIV, VI, 235.

⁷ HOBBS, *De Cive*, 1642, Cap. XIV, VII, 236.

⁸ HOBBS, *De Cive*, 1642, Cap. XIV, VII, 236. Aquí, sin embargo, hay que tomar en cuenta que HOBBS planteaba una diferenciación entre la ley civil y la ley penal. Su concepción de la ley como mandato dirigido a los súbditos y respaldado por la coacción estaba limitada a la ley civil. La ley penal, por su parte, es distinta en la medida que solo declaran el castigo correspondiente al hecho, por lo que sus destinatarios serían aquellos llamados a imponer tal castigo: los funcionarios y oficiales encargados de la ejecución de ese. HOBBS, *Leviathan*, 1651, Cap. XXVI, 148, reconoció que «(...) aunque todos deben estar informados de los castigos instituidos anticipadamente para las transgresiones, aun así, el mandato (*command*) no va dirigido al delincuente (de quien ha de suponerse que no se castigará fielmente a sí mismo), sino a los ministros públicos designados para atender la ejecución de las penas». Con mayor detalle sobre los planteamientos de HOBBS, TRUTNAU, *Rechtsnormen*, 1983, 52-54. También, HÖRNLE, *Straftheorien*, 2.^a ed., 2017, 9, quien considera que HOBBS no puede ser considerado un representante del planteamiento por el cual la ley penal se dirige únicamente a los órganos estatales encargados de imponer la pena, pues este autor reconoció expresamente que la ley civil se dirige a los ciudadanos para regular sus conductas (HOBBS, *Leviathan*, 1651, Cap. XXVI, 137).

⁹ BENTHAM, *Introduction*, 1789, cccxxix. Este autor considera que el término «*mandate*» es el que contiene con mayor precisión lo que sugiere el término «*law*».

misma norma¹⁰. De esta manera, en el caso del delito de robo, BENTHAM admitió con claridad la concurrencia de dos normas: «*No se permite a nadie robar; y, El juez debe condenar a la horca a cualquiera que sea convicto de robo*»¹¹, donde la primera era una «*simply imperative law*» y la segunda una «*punitory law*»¹². En definitiva, BENTHAM pretendía resaltar que las normas primarias y las normas secundarias, aunque coincidían en su carácter imperativo¹³, eran normas diferentes, pues ambas poseían un contenido propio y estaban dirigidas a distintos destinatarios¹⁴. Asimismo, el citado autor estableció con claridad la relación entre ambas normas, principalmente, el hecho de que la norma secundaria contiene *por implicación* (*by implication*) la norma primaria¹⁵. AUSTIN, influenciado por HOBBS, consideró que el Derecho consistía exclusivamente en aquellas leyes emanadas del soberano¹⁶. En ese marco, la ley era entendida como un mandato general, por lo que aquella, en caso de ser inobservada, tenía como consecuencia la imposición de una sanción¹⁷. La función social del Derecho, fundamento de su pensamiento utilitarista¹⁸, permitía reconocer que las normas jurídicas se dirigían a los miembros del Estado y de la sociedad, de quienes el soberano esperaba una determinada conducta social descrita en las leyes¹⁹. Consecuencia de ello es que, desde la perspectiva de AUSTIN, tanto el mandato (*command*), el deber de los súbditos (*duty*) como la sanción (*sanction*) se encontraban en una unidad inseparable en la definición de la ley²⁰. Es posible

¹⁰ BENTHAM, *Introduction*, 1789, cccxxix (apartado VI de su «*Concluding note*»), con lo que este autor se apartaba aparentemente de lo desarrollado por HOBBS. Sobre estos autores, RENZI-KOWSKI, *FS-Gössel*, 2002, 7 ss.

¹¹ BENTHAM, *Introduction*, 1789, cccxxix (apartado VI de su «*Concluding note*»).

¹² BENTHAM, *Introduction*, 1789, cccxxix (apartado VI de su «*Concluding note*»), donde agrega sobre la segunda que «si ordena imponer el castigo y no solamente lo permite, es tan imperativa como la otra (...)».

¹³ BENTHAM, *Introduction*, 1789, cccxxix (apartado VI de su «*Concluding note*»).

¹⁴ BENTHAM, *Introduction*, 1789, cccxxix (apartado VI de su «*Concluding note*»).

¹⁵ En efecto, BENTHAM, *Introduction*, 1789, cccxxix (apartado número VIII de su «*Concluding note*»), señala: «Decirle al juez *condenar a la horca a cualquiera que conforme a derecho sea convicto de robo*, es, aunque no directamente, una manera tan inteligible para hacer saber a los individuos en general que ellos no deben robar, como si se les dijera directamente *no robes* (...)» (cursivas en el original).

¹⁶ En ese sentido, los planteamientos de AUSTIN tuvieron como objeto únicamente las proposiciones jurídicas del Derecho positivo. Al respecto, TRUTNAU, *Rechtsnormen*, 1983, 54. Según RODILLA, *Teoría del derecho*, 2013, 155, de la crítica de la teoría de los imperativos de AUSTIN se construye en buena medida la teoría de HART.

¹⁷ AUSTIN, *Jurisprudence*, 1832, 5 ss.

¹⁸ La función del Derecho, consistente en un instrumento de regulación social, explica el planteamiento utilitarista de AUSTIN, en el que al Estado le corresponde la tarea de armonizar los intereses del individuo y los de la comunidad. Al respecto, TRUTNAU, *Rechtsnormen*, 1983, 54.

¹⁹ TRUTNAU, *Rechtsnormen*, 1983, 54-55, señala que esta afirmación se sostiene en el hecho que AUSTIN haya considerado que la eficacia y la validez del derecho como un supuesto de hecho social unitario.

²⁰ AUSTIN, *Jurisprudence*, 1832, 7 ss. Vale la pena tener en cuenta, como ha destacado MORESO, AFD 1989, 352, que tanto la expresión «*mandate*» (BENTHAM) como «*command*» (AUSTIN) pueden ser expresadas por el término «norma».

afirmar, por lo expuesto, que HOBBS, BENTHAM y AUSTIN constituyen los precursores de la distinción entre norma primaria y norma secundaria²¹.

3. Rastros de una incipiente distinción entre una norma primaria y una norma secundaria puede hallarse también en la obra de JHERING. En efecto, este autor, al distinguir entre «normas externas» y «normas internas», hizo referencia a una diferenciación entre normas dirigidas a los ciudadanos y normas dirigidas a los jueces, respectivamente. Por esto, se reconoce a JHERING como el autor con el que se inició la discusión sobre el destinatario real de la norma jurídica²², que fue comprendida por él como «un imperativo abstracto para la acción humana»²³, diferente de los «imperativos sociales» como la moral y las costumbres²⁴. Precisamente, al ser la coacción el elemento que define a las normas jurídicas (y que explica que el sistema jurídico sea un ordenamiento coactivo, diferenciado, por tanto, de las normas sociales que no poseen el elemento de la «coacción estatal»), entonces las llamadas «normas internas»²⁵, dirigidas a los órganos obligados a impartir justicia²⁶, eran las normas más importantes del ordenamiento (pues a estos «está reservado el ejercicio de la coacción»²⁷). Sin embargo, en la medida que la coacción «presupone dos partes: aquel que coacciona y aquel que es coaccionado»²⁸, JHERING, reconoció la existencia de «normas externas», cuya eficacia alcanzaría al ciudadano²⁹. En efecto, tales normas externas «encuentran sin duda su fin práctico en la persona privada; esta es la que debe disponer de la acción u omisión correspondiente a la norma. De esta manera podemos

²¹ Sobre HOBBS y AUSTIN, véase TRUTNAU, *Rechtsnormen*, 1983, 55, quien señala que ambos autores son precursores de una teoría jurídica positivista, al entender que el Derecho consiste en proposiciones jurídicas positivas. Este autor afirma además que en los planteamientos de ambos «la pregunta por la validez de las normas se conecta a los efectos sociales y con ello, a la vez, se evita examinar el contenido de la norma». Por su parte, MORESO, AFD 1989, 359, en el marco del análisis de los planteamientos de BENTHAM y AUSTIN, señala que, mientras el modelo del primero es un «modelo prescriptivo matizado», el del segundo es un «modelo prescriptivo puro» (para AUSTIN todas las entidades jurídicas son «*commands*»). Se reconoce que AUSTIN y BENTHAM no solo son partidarios del utilitarismo, sino que también son los iniciadores de la escuela analítica de jurisprudencia, en la que se han abordado asuntos que hasta hoy interesan a la filosofía del Derecho.

²² Al respecto, KRÜGER, *Adressat*, 1969, 19; TRUTNAU, *Rechtsnormen*, 1983, 56.

²³ JHERING, *Zweck*, 2.^a ed., 1884, 331.

²⁴ JHERING, *Zweck*, 2.^a ed., 1884, 331.

²⁵ JHERING, *Zweck*, 2.^a ed., 1884, 333. Reciben el nombre de «normas internas» pues estas se expresan solo «al interior de la maquinaria coactiva del Estado».

²⁶ JHERING, *Zweck*, 2.^a ed., 1884, 332. Es importante mencionar que este autor distinguió como posibles destinatarios de la norma jurídica al pueblo, al juez y al Estado. Sin embargo, procedió a descartar a este último pues, en su opinión, el Estado no podría ser destinatario de sus propios imperativos, pues esto supondría desconocer la existencia de dos voluntades opuestas (una que domina y otra que somete), bastante expresiva de la teoría de los imperativos.

²⁷ JHERING, *Zweck*, 2.^a ed., 1884, 336.

²⁸ JHERING, *Zweck*, 2.^a ed., 1884, 332.

²⁹ JHERING, *Zweck*, 2.^a ed., 1884, 332.

decir que esos imperativos se dirigen al pueblo»³⁰. El ciudadano, entonces, queda implicado al menos de manera mediata o pasiva: si bien parte de la idea de que los imperativos estatales se dirigen a los órganos encargados de manejar la coacción (pues, desde su perspectiva, todo imperativo estatal se caracteriza por el hecho de que algún titular del poder estatal está encargado de la realización práctica del mismo), no desconoce que, al ser ejecutado pasivamente el poder coactivo del Estado contra el ciudadano individual, los imperativos legales extienden sus efectos también a este último, atribuyéndole derechos y, como contrapartida, obligaciones³¹. Por ello, al tener en cuenta el fin de las normas de este tipo, será posible decir que también se proyectan hacia el individuo, lo cual, sin embargo, no altera en absoluto la noción por la cual se entiende que, en cuanto a su forma, aquellas se dirigen únicamente a los órganos del Estado³².

4. Posteriormente, la esencia de la distinción entre norma primaria y secundaria (aunque sin utilizar esta terminología) se reflejó también en la que es considerada como la primera gran construcción teórica en Derecho penal, a saber, la teoría de las normas desarrollada por BINDING³³. El punto de partida de este autor consistió en reconocer que, en realidad, el delincuente realiza el tipo penal de la ley, es decir, que con su conducta no infringe la ley penal, sino que la cumple, actuando conforme a ella³⁴. En ese sentido, la ley penal no formularía una prohibición o mandato que pueda ser infringido por el ciudadano, sino que aquella supondría un mandato dirigido al juez cuyo presupuesto es cumplido al verificarse la realización del delito. En otras palabras, para BINDING el delito no se corresponde con la infracción de la ley penal, sino que debe ser entendido como la realización del presupuesto

³⁰ JHERING, *Zweck*, 2.ª ed., 1884, 333-334.

³¹ JHERING, *Zweck*, 2.ª ed., 1884, 338.

³² JHERING, *Zweck*, 2.ª ed., 1884, 338. En el mismo sentido, MAYER, M. E., *Rechtsnormen*, 1903, 4. Sobre el trasfondo jurídico-político en el que JHERING desarrolló sus planteamientos, véase TRUTNAU, *Rechtsnormen*, 1983, 56 ss.

³³ Al respecto, SCHMIDT, Eb., *Einführung*, 1983, 304 ss.; RENZIOWSKI, *FS-Gössel*, 2002, 3; SCHNEIDER, H., *Normenerkennung*, 2004, 148; SCHNEIDER, A., *Verhaltensnorm*, 2011, 36. SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, 1917, 188-190, consideró a BENTHAM y a AUSTIN como antecesores de BINDING. Antes de BINDING, se encuentra una primera aproximación a lo que hoy puede reconocerse como norma primaria y norma secundaria en LUDEN, *Abhandlungen*, t. II, 1840, 134, quien, después de reconocer, con la orientación dominante en ese entonces, que el delito es la «infracción de la ley penal» («*die Übertretung eines Strafgesetzes*»), señaló: «Por el contrario, quien se comprometa correctamente con las palabras, en todo caso, podría objetar que mediante el delito no se quebranta la ley penal en su totalidad, sino solo la prohibición expresada en la misma. Puesto que en la ley penal siempre está contenida la determinación de que al criminal le debe afectar una pena, podría aquella ser infringida o lesionada no por ese, sino por aquel que tendría que pronunciar o aplicar la pena». Este parece ser un importante antecedente de la posterior distinción, realizada por BINDING, entre norma y ley penal.

³⁴ BINDING, *Normen*, t. I, 1.ª ed., 1872, 4.

que desencadena la aplicación de la correspondiente consecuencia jurídica. Si esto es así, el delito no será la infracción de la ley penal, sino la violación de una proposición jurídica denominada «norma» que, además, es la única que puede transgredir el delincuente pues aquella «le prescribe el modelo de su conducta»³⁵. BINDING propuso entonces la enfática y ampliamente conocida distinción entre «norma» («*Norm*») y «ley penal» («*Strafgesetz*»). La norma, si bien no se encontraba en el Derecho escrito (según BINDING la norma «no es una ley, sino una proposición de Derecho no legislado»³⁶), se dirigía a los ciudadanos para modelar su conducta. Asimismo, aquella era de carácter jurídico-pública y conceptual, temporal y externamente previa a la ley penal³⁷. Consecuentemente, BINDING sostuvo que la norma «ha de ser desarrollada mediante la transformación de la primera parte de nuestras proposiciones jurídico-penales en una orden»³⁸ —es decir, no realizar la acción descrita o bien actuar como se exige—, por lo que, por ejemplo, el «*no debes matar*» precede conceptual y temporalmente a la proposición jurídico-penal «*el que mata a otro será castigado*». La ley penal, por su parte, si bien carecía de carácter normativo (a diferencia de la norma, la ley penal no expresaba un imperativo dirigido al ciudadano), buscaba habilitar a los jueces para la imposición de consecuencias penales correspondientes por la transgresión de la norma³⁹. Esto quiere decir que si bien la ley penal no fue comprendida como una norma en sentido estricto (no eran destinatarios de la misma el tribunal competente para la eventual imposición de la pena, tampoco los funcionarios responsables de su ejecución, ni tampoco el Estado⁴⁰), fue entendida como una «proposición jurídica afirmativa», que, a diferencia de la norma (que sí impone directamente un deber), estaba orientada a la configuración de derechos punitivos y a la determinación de su contenido⁴¹. Por ello, BINDING aparentemente consideró que la ley penal se encontraba relegada a una posición secundaria (en comparación a la norma, que poseía una posición de supremacía): «La disposición penal es la accesoria, pues no puede existir sin apoyarse en la norma»⁴².

³⁵ BINDING, *Normen*, t. I, 2.^a ed., 1890, 7.

³⁶ BINDING, *Normen*, t. I, 1.^a ed., 1872, 5.

³⁷ BINDING, *Normen*, t. I, 1.^a ed., 1872, 4.

³⁸ BINDING, *Normen*, t. I, 1.^a ed., 1872, 31.

³⁹ BINDING, *Normen*, t. I, 4.^a ed., 1922, 4.

⁴⁰ BINDING, *Normen*, t. I, 4.^a ed., 1922, 14 ss.

⁴¹ BINDING, *Normen*, t. I, 4.^a ed., 1922, 19 ss. Aquí puede notarse la diferencia entre BENTHAM y BINDING. Como antes se dijo, aquel reconoció que la norma sancionatoria era también una norma y que tiene el mismo contenido prescriptivo que la que define el delito.

⁴² BINDING, *Normen*, t. I, 4.^a ed., 1922, 58.

5. Importantes son también las reflexiones de M. E. MAYER, quien, si bien tuvo como punto de partida la idea, admitida por BINDING, de la distinción entre ley penal y norma⁴³, negó el carácter jurídico de esta última, considerándola más bien como una norma de cultura, lo que le permitió distinguir, consecuentemente, entre una norma jurídica y una norma de cultura⁴⁴. Con respecto a la primera (a la que se refería indistintamente como «*Gesetz*» o «*Rechtssatz*»), afirmó que tenía como destinatario al órgano del estado encargado de aplicar la ley, esto es, al juez⁴⁵. En ese sentido, siguiendo a JHERING, afirmó que «Las normas jurídicas se dirigen a los órganos del Estado que aplican el Derecho; aquellas imparten a estos los órdenes y les dan las instrucciones de cómo el Derecho debe ser ejercido»⁴⁶. Con respecto a la segunda –que es en la que se concentra la principal aportación de M. E. MAYER–, al cuestionarse sobre aquello que es posible lesionar y dónde esto se puede encontrar⁴⁷, afirmó que las proposiciones jurídicas no se dirigen al individuo⁴⁸, sino que son las normas de cultura (también de carácter imperativo) las que deben guiar su conducta. El citado autor señaló que: «Así como el pueblo nada sabe de la ley, la ley positiva tampoco sabe nada del pueblo; ambas no se conocen»⁴⁹. De esta manera, tales normas, dirigidas al pueblo (esto es, dirigidas a todos), no poseen carácter jurídico (como sostenía BINDING), sino que pertenecen a la cultura⁵⁰. Conforme a esto, M. E. MAYER definió a las normas de cultura como: «Mandatos y prohibiciones mediante las que una sociedad exige conductas correspondientes a sus intereses»⁵¹. Ahora bien, aunque tales normas se encuentran en una relación estrecha con las normas jurídicas (la obligatoriedad de la ley, precisamente, radica en que las normas jurídicas se corresponden

⁴³ MAYER, M.E., *Rechtsnormen*, 1903, 3.

⁴⁴ MAYER, M. E., *Rechtsnormen*, 1903, 17, donde expone expresamente la diferencia entre ambas categorías.

⁴⁵ MAYER, M. E., *Rechtsnormen*, 1903, 4-5, donde dice: «Las proposiciones jurídicas [*Rechtssätze*] regulan la conducta del juez; para él ellas son normas, normas jurídicas, pues son proposiciones del derecho objetivo». También, MAYER, M. E., *Rechtsnormen*, 1903, 40, 130.

⁴⁶ MAYER, M. E., *Rechtsnormen*, 1903, 30.

⁴⁷ MAYER, M.E., *Rechtsnormen*, 1903, 3.

⁴⁸ MAYER, M. E., *Rechtsnormen*, 1903, 6, en donde si bien el autor citado habla de ley (*Gesetz*), no es posible afirmar que aquí el citado autor se exprese en el sentido de BINDING, esto es, de que no es la ley, sino la norma jurídica la que se dirige al individuo. En realidad, M. E. MAYER considera que la ley (como imperativo abstracto dirigido a los órganos del Estado) es idéntica a la norma jurídica (que, según la opinión de BINDING, es la que se dirige al individuo). Al respecto, MAYER, M. E., *Rechtsnormen*, 1903, 40.

⁴⁹ MAYER, M.E., *Rechtsnormen*, 1903, 9.

⁵⁰ MAYER, M. E., *Rechtsphilosophie*, 1922, 33, definió a la cultura como «conservación de un interés común y el estado de valor creado por ella».

⁵¹ MAYER, M. E., AT, 1915, 44. Previamente, MAYER, M. E., *Rechtsnormen*, 1903, 17, consideró que bajo la expresión «normas de cultura» hacía referencia a «la totalidad de tales mandatos o prohibiciones que, como religiosas, morales, convencionales o como exigencias del tráfico o del trabajo, se dirigen al individuo». Más adelante, MAYER, M. E., *Rechtsnormen*, 1903, 43, dice «Las normas de cultura son demandas emanadas de intereses sociales, y estos son el producto de muchos factores variables, en los cuales, como factor constante, se encuentran los intereses de la misma especie de muchos individuos».

con las normas de cultura, cuya obligatoriedad el individuo conoce y acepta⁵²), no existe una correlación completa entre ambas, pues la norma de cultura está incompleta en la ley penal. Al respecto, M. E. MAYER sostuvo que la norma de cultura era solo «el material con el que el legislador hace la norma jurídica»⁵³. En todo caso, se debe señalar que este direccionamiento exclusivo a los órganos del Estado competentes para la aplicación de las normas jurídicas no cambia el hecho de que estas sean vinculantes para los ciudadanos, en la medida que aquellas coinciden con las normas de cultura y serían conocidas y reconocidas por los ciudadanos⁵⁴.

6. Los lineamientos teóricos establecidos desde el siglo XIX por autores como BENTHAM, BINDING y THON en cuanto a la distinción entre normas primarias y normas secundarias fueron objeto de una profunda reformulación por KELSEN, quien –siguiendo los lineamientos desarrollados por JHERING en cuanto a su concepción de las normas y a la comprensión del ordenamiento jurídico como ordenamiento coactivo⁵⁵– las interpretó desde la perspectiva de su propia concepción del sistema jurídico, generando así una alteración en la denominación habitual de las normas (calificando como «primarias» a las normas dirigidas al juez y «secundarias» a las dirigidas al ciudadano). Sobre los planteamientos de KELSEN ya se han esbozado varias ideas críticas en el capítulo anterior, aunque aquellas pueden complementarse con algunas apreciaciones adicionales. En primer lugar, ya se mencionó que KELSEN partió de la idea de que el Derecho se caracteriza

⁵² MAYER, M. E., *Rechtsnormen*, 1903, 16.

⁵³ MAYER, M. E., AT, 1915, 49.

⁵⁴ MAYER, M. E., *Rechtsnormen*, 1903, 16 s. Según FISCHER, H. A., *Rechtswidrigkeit*, 1911, 24, las tesis de M. E. MAYER fueron definitiva y contundentemente rebatidas por THON, JhJb 50, 1906, 12-22.

⁵⁵ Destacan la directa relación entre JHERING y KELSEN, BOBBIO, *Contribución*, 1980, 319; LUMIA, *Principios*, 1993, 47. En este planteamiento, el mandato de sanción dirigido a los órganos del Estado (específicamente, al juez) debe constituirse como la norma primaria mientras que el mandato dirigido a los ciudadanos debe comprenderse como la norma secundaria (la que, además, se deriva de la norma primaria). Defiende esta posición, entre otros, ROSS, *Directives*, 1968, 90 ss. Sobre la relación entre JHERING y KELSEN puede ser importante hacer una precisión. JHERING entendía a la coacción como un elemento externo de lo que él denominaba «regla de derecho». En ese marco, consideró que «una regla de derecho desprovista de la coacción jurídica es un contrasentido». Con esta argumentación, sin bien JHERING consideraba a la coacción como un aspecto fundamental para otorgarle eficacia a la norma (decía el autor que una norma sin coacción era «un fuego que no quema, una antorcha que no alumbr»), diferenciaba ambos elementos, de tal manera que conceptualmente eran independientes. Si bien podría decirse que KELSEN tuvo ese punto de partida, lo correcto sería reconocer que aquel dio un paso decisivo para configurar su propia comprensión del Derecho: este autor interioriza la coacción en la norma jurídica, lo que produce una alteración conceptual decisiva en la misma. Esta comprensión de la norma hace que no pueda seguir siendo entendida como un imperativo (como una norma que prescribe una determinada conducta, esto es, como una norma imperativa en el sentido de MERKEL, BINDING o THON), pues si la coacción ahora integra conceptualmente a la norma, entonces la prescripción de actos coactivos debe tener un carácter hipotético, condicionado: debe suceder una determinada condición para que, como consecuencia, se ejerza un acto coactivo. La norma jurídica pasa así a tener una estructura condicional hipotética.

esencialmente por el uso de la coacción como forma de incitar a los hombres a comportarse de determinadas maneras. En segundo lugar, considerando KELSEN que las normas jurídicas son aquellas que imponen obligaciones a los ciudadanos siempre y cuando vayan acompañadas de una sanción, se realiza una inversión entre lo que desde la perspectiva de autores como BENTHAM o BINDING era «primario» y «secundario»⁵⁶. De esta manera, KELSEN denominó como «norma primaria» a aquella que, ante la lesión de una «norma secundaria», «determina como debido el establecimiento de un acto coactivo condicionado de parte de un órgano jurídico», y como «norma secundaria» a aquella que «establece como debida una determinada conducta del sujeto de derecho»⁵⁷. Esta inversión de la terminología habitual responde al núcleo argumentativo de KELSEN sobre su comprensión del sistema jurídico, que estaba edificado estrictamente sobre la idea de la coacción: si el rasgo característico del Derecho es la sanción y sólo son jurídicas aquellas normas que van acompañadas de sanciones, entonces la norma verdaderamente importante es aquella que establece una sanción para un determinado acto, esto es, que contiene un acto coactivo. Finalmente, aunque de las ideas anteriores era posible concluir que las normas secundarias tienen cierta entidad propia –aunque sólo son jurídicas en la medida en que puedan ser conectadas a una norma penal–, KELSEN lleva sus argumentos hasta sus últimas consecuencias y concluye con una radical tesis: las que él denomina «normas secundarias» son superfluas⁵⁸. De esta manera, aunque en ocasiones el legislador formule normas «secundarias» (en la terminología de KELSEN), al no estar estas acompañadas de sanciones, habrá que afirmar consecuentemente que tales normas no son jurídicas y, por ello, la presencia de tales normas «secundarias» es redundante⁵⁹.

7. Por lo expuesto, queda claro que KELSEN, al entender que en la norma «secundaria» se verifica una mera duplicación de lo que ya está contenido en la norma «primaria», la primera resultaba completamente prescindible por su redundancia. Esto condujo a KELSEN a afirmar que, en realidad, las normas jurídicas eran solamente aquellas dirigidas a los

⁵⁶ KELSEN, *General Theory*, 1945, 60 ss.

⁵⁷ KELSEN, *Normen*, 1979, 43.

⁵⁸ KELSEN, *General Theory*, 1945, 138, donde señala, con respecto al delito de robo, que «El deber jurídico de un individuo de abstenerse de robar está directamente estipulado por la norma primaria general que vincula al robo un castigo. La norma secundaria: «todo el mundo, por tanto, yo también, debe abstenerse de robar», en este caso, no es más que una construcción auxiliar de la teoría jurídica. No es indispensable. La realidad jurídica puede ser descrita sin recurrir a aquella. El juicio que reproduce el contenido de la norma primaria: «si A roba deberá ser castigado» es suficiente para caracterizar el deber jurídico de A».

⁵⁹ KELSEN, *General Theory*, 1945, 61.

jueces, estableciendo que en ciertas condiciones se deben ejecutar ciertos actos coactivos⁶⁰. Las normas que imponen deberes a los ciudadanos (y que KELSEN calificó en primera instancia como normas secundarias) están incluidas ya en normas de ese tipo, por lo que al no añadir nada a las verdaderas normas jurídicas (las normas primarias, según KELSEN), ni poseer ningún significado independiente, resultaban absolutamente superfluas. En ese sentido, la norma jurídica que prohíbe una determinada conducta no es diferente a la norma jurídica que castiga tal conducta con una determinada pena, sino que, en realidad, está integrada en esta última: la norma que enarbola la prohibición penal del robo queda integrada en la norma (que KELSEN entiende como «norma primaria») que estipula la sanción por la comisión del robo⁶¹. En definitiva, el planteamiento de KELSEN supone una liquidación de la distinción tradicional entre «normas primarias» (normas que imponen deberes) y «normas secundarias» (normas que estipulan sanciones). Así, todas las normas jurídicas serían de un solo tipo, a saber, normas dirigidas a los jueces estableciendo que si se dan ciertas circunstancias debe aplicarse una sanción. Al concentrarse toda la atención en la norma jurídica entendida como una «cláusula condicionante» dirigida al órgano jurisdiccional, la condición del ciudadano como destinatario de la norma jurídica deja de ser un asunto nuclear (pasa a ser un asunto prescindible) y se concluye con que solamente los jueces podrían, entonces, actuar contrariamente a Derecho en el caso de no aplicar la sanción cuando la condición de esta se cumple⁶².

8. La breve exposición propuesta permite verificar que la determinación del destinatario de la norma parece haber sido un asunto de gran relevancia a finales del siglo XIX y principios del XX. Los autores, como se ha visto, se agruparon esencialmente en dos posturas enfrentadas: solo serían las autoridades encargadas de ejercer el poder punitivo del Estado, en cuyo nombre y representación actúan, los destinatarios de las normas⁶³

⁶⁰ Formula interesantes apreciaciones críticas sobre la concepción de la norma de KELSEN en lo referido al destinatario, SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, 1917, 505, n. 1.

⁶¹ KELSEN, *General Theory*, 1945, 61, donde señala: «El derecho es la norma primaria que estipula la sanción, y esta no resulta contradicha por el delito cometido por el sujeto, sino que, por el contrario, constituye la condición específica de la sanción».

⁶² KELSEN, *General Theory*, 1945, 61. Vale la pena mencionar, en todo caso, que, en KELSEN, *Normen*, 1979, 43, 115 ss. (obra publicada de manera póstuma), este autor reconoció, al lado de –lo que en su planteamiento sería– la norma primaria (que prescribe el establecimiento de un acto de coacción como debido), la existencia de normas secundarias que prescriben como debida una determinada conducta de los sujetos jurídicos. Pese a esto, parece ser que una idea permanente en el pensamiento de KELSEN consistió en el rechazo a una teoría de los imperativos. Al respecto, RENZIOWSKI, ARSP 104 (2005), 117, n. 7.

⁶³ Esta fue la posición original de BINDER, *Rechtsnorm*, 1912, 21 ss. La idea consistente en que el ordenamiento jurídico se dirigía a la autoridad y no a los ciudadanos (miembros de una comunidad jurídica)

(denominado «planteamiento minimalista»⁶⁴) o, en el marco del análisis de la relación entre el Estado y los ciudadanos, serían estos los destinatarios de las normas⁶⁵. Este debate se encuadra en planteamientos más amplios de filosofía política como la propia concepción del Estado (que, mirado en retrospectiva, se caracterizaba en esa época por ser un Estado autoritario) o de filosofía práctica como el referido a la distinción entre Derecho y moral⁶⁶. Por lo expuesto hasta este momento, es posible señalar que, después de un amplio intercambio de ideas⁶⁷, es la segunda orientación la que ha logrado imponerse en el Derecho penal⁶⁸. Así, como ya se ha visto, desde finales del siglo XIX, autores como MERKEL, BINDING, y HOLD VON FERNECK establecieron como núcleo de sus investigaciones lo relacionado a la función del Derecho y de las normas, por lo que en ellas la admisión del individuo como destinatario de las normas poseía una importancia fundamental. Esta orientación, como puede preverse, ha generado la aparición de nuevas inquietudes: existiendo, en principio, dos tipos de normas (unas dirigidas al ciudadano, para regular su conducta; otras, dirigidas a los órganos judiciales del Estado, para habilitar la imposición de sanciones por el incumplimiento de las primeras), ¿Cuál es la relación existente entre ambas? ¿Hay algún criterio para afirmar que las primeras son más importantes que las segundas (o viceversa)? ¿Se tratan en realidad de dos normas distintas

fue ampliamente criticada, como reconoció posteriormente el propio BINDER, *Adressat*, 1927, 1, n. 2. También, SCHEIN, *Rechtsphilosophie*, 1889, 11, quien señalaba que «el Derecho es un reglamento para el Estado, pero no para el ciudadano».

⁶⁴ HÖRNLE, *Straftheorien*, 2.^a ed., 2017, 9.

⁶⁵ Acerca del debate sobre el destinatario de la norma (si se dirigía a los subordinados o a los órganos del poder jurídico), SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, 1917, 501 ss.

⁶⁶ Vale la pena señalar aquí, por ejemplo, el ya expuesto planteamiento de KELSEN, quien consideró, a partir de la comprensión de las normas de conducta como normas dependientes de las normas de sanción (por lo que consideró a estas como las genuinas normas primarias), a la realidad de las normas secundarias (normas de conducta) como componente de la moral social, por tanto, hechos sociopsicológicos que han de ser expulsados del ámbito del ser y por tanto de una teoría pura del Derecho. Al respecto, KELSEN, *Hauptprobleme*, 2.^a ed., 1923, 189 ss., 223 s. Las críticas a este planteamiento pueden encontrarse ya en GRÜNHUT, *FG-Frank*, t. I, 1930, 6 ss. Otra fue la orientación seguida por THON, quien intentó englobar la realidad del Derecho y las normas. THON, *Rechtsnorm*, 1878, X ss., 1 ss. También MAYER, M. E., *Rechtsnormen*, 1903, 16 s., 40 ss., que identificó a las normas como normas de cultura.

⁶⁷ Después de la publicación del t. I de *Normen* (1872), varios autores en la ciencia jurídico-penal alemana cuestionaron la teoría de las normas propuesta por BINDING, precisamente, en lo relacionado a la idea de la existencia de una norma dirigida al súbdito. Al respecto, VON BAR, *KritV XV*, 1873, 562; BIERLING, *Götting. Gel. Anzeigen*, 1873, 402; WACH, *GS 25* (1873), 436; THON, *Rechtsnorm*, 1878, 9, n. 10. Por el contrario, una orientación más cercana a BINDING es la de ZUCKER, *ZStW 9* (1889), 270 ss., 281 (quien señala que la ley tiene la «Faz de Jano», con lo que expresa que aquella imparte dos órdenes: una para los ciudadanos y otra para los órganos del Estado). Con más referencias, BINDING, *Handbuch*, t. I, 1885, 187.

⁶⁸ HÖRNLE, *Straftheorien*, 2.^a ed., 2017, 9, quien considera que el mencionado «planteamiento minimalista» resulta inoportuno en el actual Estado de Derecho. La obra de MERKEL demuestra claramente la importancia que le concedió a los mandatos y prohibiciones como esencia del Derecho (*Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 43 ss.), por lo que no sería incorrecto decir que lo que aquí se denomina «norma primaria», adquirió gran relevancia en su pensamiento. En ese marco, MERKEL, *ZPrÖ 6* (1879), 369 ss.

e independientes? O ¿aluden solo a dos aspectos de una única norma?⁶⁹ No sin antes anunciar que lo que esto significa será abordado seguidamente, aquí solo deseo mencionar que el interés por abordar este tema radica en que en los últimos años la discusión sobre la teoría de las normas se ha avivado notablemente, alcanzando prácticamente a todos los aspectos de estas: desde su existencia como enunciados de deber ser, a su vocación de dirección de conductas y a su relevancia para construir sobre su base la teoría del delito⁷⁰.

2. La «norma primaria» y la «norma secundaria» frente a la «norma de conducta» y la «norma de sanción».

1. La terminología «norma primaria» y «norma secundaria», al parecer, ha terminado imponiéndose en la teoría del Derecho⁷¹ y en el Derecho penal español⁷². Sin embargo, principalmente en el ámbito del Derecho penal alemán, se ha hecho conocida, a partir de los aportes de ZIPPELIUS⁷³ y MÜNZBERG⁷⁴, la antes mencionada distinción entre normas de conducta y normas de sanción⁷⁵ (proveniente, aparentemente, del Derecho civil⁷⁶). Una

⁶⁹ Al respecto, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 628, n. 48.

⁷⁰ Así también, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 584.

⁷¹ En teoría general del derecho, por todos, HART, *Punishment*, 1968, 7; WEINBERGER, *Rechtslogik*, 2.ª ed., 1989, 264 ss.; HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción*, 1998, 206; ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, 11.ª ed., 2012, 2 ss. Mientras las normas primarias son aquellas normas que establecen qué deben hacer o no hacer los ciudadanos, las normas secundarias, dirigidas a los órganos judiciales, son aquellas que habilitan la imposición de una sanción en el caso de que la norma primaria sea infringida. Al respecto, por todos, ROSS, *Directives*, 1968, 91. Por lo demás, la utilización de la terminología «norma primaria»/«norma secundaria» puede poseer diversos matices en su contenido desde diversas perspectivas (cronológica, axiológica, etc.). De esta definición bastante preliminar de las denominadas normas «primarias» y «secundarias», resalta su relación predominantemente cronológica sin ningún tipo de significado axiológico. Precisamente, por lo menos en el ámbito de la teoría general del derecho, el binomio «norma primaria»/«norma secundaria» se utilizó originalmente para destacar el hecho de que en un ordenamiento jurídico existen normas que van antes (las normas dirigidas a los ciudadanos) y normas que van después (normas que, dirigidos a los órganos del poder judicial y del poder ejecutivo, entran en funcionamiento solo en el caso de que las primeras no hayan generado los efectos esperados). Al respecto, BOBBIO, *Contribución*, 1980, 318. La distinción entre norma primaria y norma secundaria también ha sido tratada en la sociología del Derecho. Al respecto, por todos, GEIGER, *Soziologie*, 4.ª ed., 1987, 100 ss., 169 ss.

⁷² Véase, por todos, MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 31 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 170; LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 12.

⁷³ ZIPPELIUS, *Aufbau*, 1953; AcP 157, 1958/59, 390 ss.; *Methodenlehre*, 1.ª ed., 1971, 36 ss. A partir de la 4.ª ed. de su *Methodenlehre*, ZIPPELIUS deja de mencionar de manera expresa la distinción entre norma de conducta y norma de sanción. Pese a esto, ZIPPELIUS, *Methodenlehre*, 4.ª ed., 1985, 3, mantiene la distinción entre una «norma primaria» («*primäre Norm*») que «regula la conducta interpersonal» y una «norma secundaria» («*sekundäre Norm*») que «instruye al órgano de justicia, esto es, al juez, a reaccionar ante la lesión de la norma primaria con una sanción, esto es, con una pena».

⁷⁴ MÜNZBERG, *Verhalten*, 1966, 51 ss.

⁷⁵ Al respecto, por todos, FRISCH, *Vorsatz*, 1983, 59 ss., 502 ss.; *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, 1988, 23 ss. (= *Comportamiento típico*, 2004, 37 ss.); KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 13 ss., 29 ss.; RUDOLPHI, en: SCHÜNEMANN (Comp.), *Sistema*, 1991, 81; FREUND, *Erfolgssdelikt*, 1992, 27 ss., 51 ss.; AT, 2.ª ed., 2009, 1/5 ss. (3 ss.); TOEPEL, *Kausalität*, 1992, 16 ss.; VOGEL, *Norm*, 1993, 33 ss.; BALDÓ LAVILLA, *Estado de*

norma de conducta, que se deduce de manera indirecta del CP, supone un mandato o una prohibición dirigida al individuo, para que este haga o no haga lo prescrito por la norma⁷⁷. Por su parte, una norma de sanción, que se deduce directamente del CP, es aquella dirigida a los órganos encargados de hacer cumplir la ley, quienes deberán imponer una sanción en caso de la inobservancia de la norma de conducta⁷⁸.

2. A primera vista, parece ser que la distinción entre el binomio conceptual «norma primaria»/«norma secundaria» y «norma de conducta»/«norma de sanción» no es significativa o, dicho con mayor precisión, se tratarían de denominaciones completamente intercambiables. Sin embargo, pese a una presunta igualdad en el contenido, al parecer no existiría necesariamente una correspondencia entre las normas primarias y las normas de conducta, así como entre las normas secundarias y las normas de sanción. Esto sería así pues las normas de sanción no poseerían forzosamente el mismo contenido que las normas secundarias (normas que tienen por objeto otras normas, al servir de apoyo para su cumplimiento y al sancionar la infracción de estas). Si bien aparentemente las normas secundarias y las normas de sanción pueden coincidir, hay normas secundarias que no son normas de sanción y normas de sanción que no son secundarias. Asimismo, se podría sostener que, aunque la norma primaria y la norma secundaria poseen distintos destinatarios, ambas son normas de conducta (como antes se dijo, mientras la primera se dirige a los ciudadanos para orientar sus comportamientos, la segunda se dirige a los órganos de justicia). De lo dicho se puede extraer, entonces, que una norma primaria no

necesidad, 1994, 33 ss.; HAFFKE, en: SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.) y SILVA SÁNCHEZ (Ed.) *Fundamentos*, 1995, 129 ss.; LAGODNY, *Grundrechte*, 1996, 78 ss.; GÖSSEL, CPC 68, 1999, 283; RÖNNAU, *Einwilligung*, 2001, 118 ss.; ALTENHEIN, *Anschlussdelikt*, 2002, 282 ss.; MIKUS, *Verhaltensnorm*, 2002, 19 ss.; HEFEHNDEHL, *Rechtsgüter*, 2002, 89; HÖRNLE, en: HEFENDEHL (Ed.), *Fundamente*, 2005, 111 ss.; RENZIKOWSKI, GA 2007, 561 ss.; en: MATT/REZNIKOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, Introducción, nm. 3; SCHILD, *FS-Jakobs*, 2007, 601 ss.; SCHRÖEDER, F. C., *FS-Otto*, 2007, 167; SCHÜNEMANN, InDret 1/2008, 7; ENGLÄNDER, *Nothilfe*, 2008, 10; RW 2-2013, 196-197; AST, *Normentheorie*, 2010, 10; WILFERT, *Strafe*, 2017, 16; ROBLES PLANAS, InDret 1/2019, 7 ss. Recurren a la distinción entre norma primaria y norma secundaria, HOERSTER, JZ 1989, 10; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.^a ed., 2010, 505. Critican esta concepción (la distinción entre norma de conducta y norma de sanción), SCHMIDHÄUSER, AT, 2.^a d., 1975, 92; HOYER, *Strafrechtsdogmatik*, 1997, 42 ss.

⁷⁶ Al respecto, SCHNEIDER, H., *Normanerkennung*, 2004, 148 s.

⁷⁷ Con todo, existen importantes autores que señalan que las normas solo se dirigen a los órganos estatales encargados del juzgamiento. Por ejemplo, SCHMIDHÄUSER, AT, 2.^a d., 1975, 92; JZ 1989, 419; *Strafgesetze*, 1988, 36 ss. Otro autor es RÖTTGER, *Unrechtsbegründung*, 1993, 236, que señala que todas las normas se aplican de manera exclusiva por los órganos estatales encargadas de ejercitar la acción penal. En esa misma dirección, recientemente, KRÖGER, *Fahrlässigkeitsstrafat*, 2016, 350.

⁷⁸ Que la norma primaria se deduce «indirectamente» del precepto penal y que la norma secundaria se obtiene «directamente» del mismo precepto, es un asunto que me encargaré de abordar más adelante. En todo caso, ROBLES PLANAS, InDret 1/2019, 7, señala que: «Ni las normas de conducta, ni las de sanción aparecen formuladas directamente en los enunciados legales».

sería necesariamente equivalente a una norma de conducta, ya que una norma secundaria también sería una norma de conducta (aunque con un distinto destinatario y con distintos presupuestos). Este razonamiento conduce a sostener que resultaría preferible utilizar el término «norma primaria» en lugar de «norma de conducta», ya que, si bien toda norma primaria es una norma de conducta, la norma de conducta no es necesariamente una norma primaria (una norma secundaria también es una norma de conducta)⁷⁹. En definitiva, con lo expuesto pretendo establecer que, en lo que sigue, aunque considero correcta la terminología «norma primaria»/«norma secundaria»⁸⁰, utilizaré indistintamente también la de «norma de conducta»/«norma de sanción», siempre y cuando se tenga en cuenta los alcances de lo acabado de argumentar.

3. Es importante también tomar en cuenta la distinción entre los «preceptos legales» y las «normas jurídicas»⁸¹. Esta diferenciación no es en absoluto novedosa: ya BINDING había señalado que «Una revisión de la ciencia del Derecho penal está, por tanto, condicionada por el abandono de la confusión de normas y leyes penales, por la cuidadosa determinación de las normas según su forma, contenido y clases, y, finalmente, por la clarificación de las

⁷⁹ A favor de esta terminología, entre otros, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 633; MIR PUIG, *EPH-Gimbernat*, t. II, 2008, 1315, n. 26 («Prefiero la terminología «norma primaria» a la de «norma de conducta», porque también la norma que determina la pena obliga a una determinada conducta por parte del juez: la de imponer la pena»). También resalta ese asunto, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 584.

⁸⁰ Esta terminología resulta preferible, no solo por ser la habitual en la teoría del Derecho, sino también por expresar, a mi juicio, con mayor claridad, la relación entre ambas normas.

⁸¹ Esta distinción, iniciada en la obra de BINDING, es continuada por otros como JSAY, *Rechtsnorm*, 1929, 6 ss.; VON LISZT/SCHMIDT, Eb., *Lehrbuch*, 26.ª ed., 1932, 106-107. La distinción entre la norma y la ley está ampliamente admitida, según HEFENDEHL, *Rechtsgüter*, 2002, 89, quien señala además la naturaleza de esa distinción es «analítica y lógico-conceptual». Esa distinción es conocida también por muchos autores en la teoría del derecho, aunque con diversa terminología. Así, ALEXY, *Teoría*, 1993, 50 ss., siguiendo a WEINBERGER, *Rechtslogik*, 2.ª ed., 1989, 51 ss., distingue entre «norma» («Norm») y «enunciado jurídico» («Normsatz»). Sigue esta distinción, en Derecho penal, SCHMID, *Tatbestand*, 2002, 59-60. Por su parte, ROSS, *Directives*, 1968, 34 ss., distingue entre «forma lingüística en que se expresa la directiva» y «directiva». Posteriormente, el mismo autor afirma que una directiva es una «norma» («Norm»), aunque alude a ciertas condiciones que deben ser cumplidas. Al respecto, ROSS, *Directives*, 1968, 82 ss. VON WRIGHT, *Norm*, 1968, 109, plantea la distinción entre «formulación de la norma» («norm formulation») y «norma» («Norm»). Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., 1960, 73 ss., reserva el término «proposición jurídica» («Rechtssatz»), que diferencia de la «norma jurídica» («Rechtsnorm»), para aquella proposición condicional que expresa que debe producirse cierta consecuencia bajo determinada condición. Por su parte, LARENZ, *Metodología*, 2.ª ed., 2001, 242, utiliza los términos «proposición jurídica» («Rechtssatz») y «norma jurídica» («Rechtsnorm»), lo que se justifica en el hecho de que la norma jurídica solo pueda ser expresada con una proposición. La diferencia entre una disposición jurídica y una norma fue un asunto puesto de manifiesto en la teoría general del derecho. Así, autores como BENTHAM o Kelsen ya habían puesto de manifiesto la diferenciación (aunque con resultados distintos). Al respecto, RAZ, *Concept*, 2.ª ed., 1980, 71 ss., 85 ss. En Derecho penal, por todos, ZOLL, *FS-Roxin*, 2001, 93-94, que distingue entre «Strafvorschrift» («prescripción penal») y «Strafrechtsnorm» («norma penal»). Una revisión histórica, con múltiples referencias, sobre la utilización de los conceptos de «Rechtsnorm», «Rechtssatz» y «Gesetz», en EISELE, *Normerlaß*, 1999, 16 ss.

relaciones externas e internas entre las normas y las leyes penales»⁸². Aunque el contenido que BINDING asignó a cada una de las mencionadas categorías no resulta hoy defendible⁸³, sí que es posible tomar la diferenciación entre aquellas como punto de partida para un análisis normológico del Derecho penal. Los preceptos legales (llamados también «proposiciones jurídicas», «enunciados legales», «textos legales» o «disposiciones legales»), tienen la función específica de transmitir o expresar las normas o, dicho de otra manera, de ser el «vehículo» mediante el que se transmiten las normas jurídicas⁸⁴. De esta manera, es posible señalar que el enunciado legal constituye un conjunto de símbolos lingüísticos que conviene diferenciar del mensaje prescriptivo que transmite, que es el que constituye la norma jurídica. La distinción entre precepto y norma debe conducir a admitir la idea de que existen normas subyacentes a los preceptos penales⁸⁵, idea que, por lo demás, está ampliamente difundida en el Derecho penal y es considerada aquí como correcta⁸⁶. Dicho de otra manera, las normas jurídicas constituyen el sentido, el mensaje prescriptivo que se desprende de los enunciados legales⁸⁷. Por esto, se ha señalado inclusive que la separación entre normas y leyes penales constituye «una aprehensión lógico-objetiva absolutamente fundamental»⁸⁸.

4. Finalmente, conforme a la mencionada distinción entre norma y ley penal, es posible sostener que de esta (ubicada en la parte especial del CP) es posible extraer dos normas: la

⁸² BINDING, *Normen*, t. I, 2.ª ed., 1890, 7.

⁸³ Como se ha visto, BINDING consideraba que la «norma» era una prescripción de carácter jurídico-público y la «ley penal» una entidad sin carácter normativo. La comprensión de la norma como una de naturaleza jurídico-pública ha sido retomada en los últimos años, como se verá más adelante, por autores como, entre otros, H. L. GÜNTHER, RENZIKOWSKI y HAAS, aunque también puede encontrarse en los planteamientos de FRISCH y FREUND.

⁸⁴ Cabe señalar aquí que no todas las disposiciones que se encuentran en textos jurídicos son normas jurídicas (pueden no ser normas de conducta ni tener necesariamente ningún contenido normativo), así como puede ser que el contenido de una norma no se encuentre completa en un solo texto jurídico (por ello la existencia de normas jurídicas incompletas o «fragmentos» de normas).

⁸⁵ Esto es verificable, por lo menos, desde THON, *Rechtsnorm*, 1878, 2.

⁸⁶ Al respecto, por todos, SCHÜNEMANN, en: SCHÜNEMANN (Comp.), *Sistema*, 1991, 75; KORIATH, *Grundlagen*, 1994, 25 (quien reconoce que la distinción entre norma y precepto penal –*Norm, Normsatz*, respectivamente– es una proveniente de un concepto semántico de norma, utilizado a su vez en múltiples trabajos por WEINBERGER); SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 584.

⁸⁷ En Derecho penal, por todos, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 506.

⁸⁸ HAFFKE, en: SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.) y SILVA SÁNCHEZ (Ed.) *Fundamentos*, 1995, 131. La expresión «lógico-objetiva» en esta cita de HAFFKE puede generar, como el mismo autor reconoce, algunas inquietudes con respecto al hecho de que el control social no se ejerza a través de las normas (en el sentido de BINDING), sino mediante el estímulo de aversión representado por la pena.

norma primaria (dirigida a los ciudadanos) y la norma secundaria (dirigida a los jueces)⁸⁹. Esto, que por ser una idea ampliamente aceptada parece aquí una afirmación baladí, a mi juicio no lo es tanto, sobre todo si se toma en cuenta la falta de claridad conceptual que, a mi juicio, existe al momento de describir los alcances tanto del precepto legal como de las normas jurídicas (primaria y secundaria) que aquel transmite. Los pormenores de tal falta de claridad serán expuestos en líneas posteriores, aunque aquí se puede señalar que, en esencia, se admite la diferenciación estricta entre preceptos legales y normas jurídicas. Por lo expuesto, considero que se justifica el tratamiento exhaustivo de las normas primarias y las normas secundarias. En esta investigación se pretende demostrar que ambas clases de normas no son categorías dogmáticamente vacías⁹⁰. Precisamente, el escepticismo relacionado a la utilidad de tales categorías, hasta donde alcanzo a ver, tiene que ver con una comprensión limitada estrictamente a un plano formal⁹¹.

3. Aspectos generales de la norma primaria y la norma secundaria.

1. Tanto la norma primaria como la norma secundaria están orientadas a la protección de bienes jurídicos⁹². Esta afirmación no solo evidencia la relación teleológica existente entre la norma primaria y la norma secundaria⁹³, sino que también constituye una declaración coherente con el punto de partida de la investigación: el contenido y presupuestos de las normas jurídico-penales se determinan a partir del propio fin del Derecho penal⁹⁴. De esta manera, si el Derecho penal tiene como fin la protección de bienes jurídicos (fin de primer orden), entonces aquel debe orientar sus recursos a la prevención del delito, que es el

⁸⁹ Por todos, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 517. Habla de una «teoría del doble destinatario» («*zweigliedrige Adressatentheorie*»), admitida por la opinión dominante, KRÖGER, *Fahrlässigkeitsstrafat*, 2016, 336.

⁹⁰ VOGEL, *Norm*, 1993, 32, quien señala que la norma de conducta es «punto de referencia» de la norma de sanción y ya, por ello, «también de significación dogmática para esta».

⁹¹ Al respecto, las críticas de SCHÜNEMANN, en: SCHÜNEMANN (Comp.), *Sistema*, 1991, 75.

⁹² Aquí sigo a GRECO, *Teoría de la pena*, 2015, 229 ss., y la diferenciación que propone –siguiendo a su vez a otros autores– entre «fines de primer orden» (protección de bienes jurídicos) y «fines de segundo orden», siendo los segundos instrumentales a los primeros. La relevancia de esta distinción radica, como sostiene GRECO, en los reproches a una teoría de los fines de la pena de segundo orden en lo referido a no aportar parámetros para definir qué es una pena (las referencias en GRECO, *Teoría de la pena*, 2015, 229, n. 344).

⁹³ Reconoce la existencia de una relación «teleológica» entre la norma de conducta y la norma de sanción, VOGEL, *Norm*, 1993, 28. También, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 633.

⁹⁴ RUDOLPHI, en: SCHÜNEMANN (Comp.), *Sistema*, 1991, 81 ss., quien además señala que el contenido y presupuestos de las normas no se determinan a partir de otras realidades. RUDOLPHI se refiere específicamente a la teoría finalista, que fundamentó con datos ópticos los diversos presupuestos generales de la punibilidad (la acción humana, la imputación objetiva y subjetiva de los resultados del hecho injusto y hasta la culpabilidad, como imputación individual de un hecho injusto).

fenómeno que describe la afectación más intensa de bienes jurídicos a través de conductas humanas. Si las normas del Derecho penal están al servicio del cumplimiento del fin de este sector del ordenamiento jurídico, entonces la protección preventiva de bienes jurídicos es un asunto que compete tanto a la norma primaria como a la norma secundaria⁹⁵. De cara al cumplimiento de ese fin, el Derecho penal dispone de las herramientas deónticas a su disposición: la norma primaria y la norma secundaria. Como se verá en detalle más adelante, en cada una de estas dimensiones normológicas se va reflejando, de menor a mayor intensidad, la intervención sobre la *libertad de acción (Handlungsfreiheit)* del individuo: la declaración de una conducta como prohibida o mandada, la conminación penal y la imposición de la pena⁹⁶.

2. El que se afirme que las normas jurídico-penales responden al fin de protección de bienes jurídicos evoca indudablemente un tema de gran importancia y de amplia discusión en la ciencia del Derecho penal: el propio concepto de bien jurídico. Aunque intentaré exponer algunas apreciaciones al respecto más adelante, en este lugar sí que puedo adelantar, de cara a justificar la idea de la protección de bienes jurídicos como fin (de primer orden) del Derecho penal, que la noción del bien jurídico tiene como ventaja el hecho de contribuir a la realización de un esfuerzo adicional de justificación en la creación y análisis de las normas penales⁹⁷. En ese sentido, «quien toma como punto de orientación el principio de la protección de bienes jurídicos (no puede) legitimar las normas por sí mismas»⁹⁸. La afirmación de que el Derecho penal se orienta a la protección de bienes jurídicos supone entonces reconocer algo muy importante: primero, que las normas

⁹⁵ La frase «protección preventiva de bienes jurídicos» la tomo de RUDOLPHI, en: SCHÜNEMANN (Comp.), *Sistema*, 1991, 82. Ya BINDING, *Normen*, t. I, 4.ª ed. 1922, 338 ss., había desarrollado la idea de que el objeto de protección de la norma es el bien jurídico.

⁹⁶ Al respecto, por todos, COCA VILA, *Colisión de deberes*, 2016, 152, quien señala: «toda norma penal, por definición, limita inevitablemente la libertad del sujeto al que obliga». ZACZYK, GA 2014, 81 ss., critica la comprensión de que la norma primaria (él alude a la «norma de conducta») limita la libertad de acción del individuo. Así, comentando la posición de FREUND, en: JOECKS/MIEBACH, MK, 3.ª ed., 2017, previo a § 13/155, señala que, desde esa perspectiva, «la prohibición de matar describiría una limitación de la libertad de matar a otro» y, en un paso siguiente, «de los criterios de la proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*) se deduce la legitimación de la limitación de una libertad así determinada». ZACZYK considera que esta concepción de libertad es «vacía» y que «le es dado un determinado contenido desde fuera». Con esto, según el mencionado autor, «el Derecho se reduce a una mera técnica de la vida social, el legislador es un tecnócrata y la mencionada visión introductoria teórico-objetivante del individuo es tangible». La consecuencia de todo esto, según ZACZYK, sería que el Derecho penal y el Derecho de policía no serían distinguibles. Incluso, el citado autor parece decir que el Derecho civil (concretamente, el derecho al resarcimiento por daños y perjuicios) puede integrarse en esta estrategia (lo que quiere decir, creo, que tampoco se podría distinguir del Derecho penal y del Derecho de policía).

⁹⁷ Así también, PEÑARANDA RAMOS, RPDJP 2001, 424.

⁹⁸ AMELUNG, en: JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN (Eds.), *Recht und Moral*, 1991, 275.

(principal vehículo para la protección de aquellos) no se legitiman por sí mismas⁹⁹; y, segundo, que las normas no tienen como finalidad el mantenimiento de su propia existencia¹⁰⁰. Si el Derecho penal está constituido por normas orientadas al cumplimiento de su fin, entonces está justificado hablar de la naturaleza teleológica de las normas (primarias y secundarias), las que, según se ha dicho, se dirigen a la protección de bienes jurídicos.

3. Otro aspecto general que cabe destacar en cuanto a la norma primaria y la norma secundaria tiene que ver con el hecho de que, pese a ser normas distintas, no tienen una diferente estructura¹⁰¹. Que la norma primaria y la norma secundaria sean estructuralmente idénticas quiere decir básicamente dos cosas: primero, que tanto una como otra se dirigen a ciertos sujetos (ciudadano y juez, respectivamente), imponiéndoles deberes de realizar algo en una determinada situación; y, segundo, que el ordenamiento jurídico sanciona la infracción tanto de la norma primaria como de la norma secundaria. A partir de estas dos aseveraciones es posible profundizar un poco más. Con respecto al primer asunto, el que se sostenga que la norma primaria y la norma secundaria poseen la misma estructura supone aceptar que ambas deben ser entendidas como normas de determinación y, en ese sentido, que cada una posee una valoración previa, por lo que tanto en la norma primaria como en la secundaria se reconoce un estado de cosas susceptible de valoración que se busca proteger o promover a través de la prohibición o el mandato, respectivamente¹⁰².

⁹⁹ En ese sentido, se afirma comúnmente que los bienes jurídicos son «razones de legitimación para las normas jurídicas». Al respecto, por todos, MAYER, M. E., *Rechtsnormen*, 1903, 69; VON LISZT, ZStW 8 (1888), 134; MEZGER, GS 89 (1924), 248; MÜNZBERG, *Verhalten*, 1966, 142; LAMPE, *FS-Welzel*, 1974, 164; GÖSSEL, *FS-Oehler*, 1985, 100.

¹⁰⁰ Esto, como puede preverse, conduce a un alejamiento de la posición defendida por JAKOBS (por lo menos, la correspondiente a la segunda etapa de su pensamiento), en virtud de la cual las normas tenían como finalidad el mantenimiento de su propia vigencia. Al declarar JAKOBS que el objeto protegido mediante la pena es la propia norma, renuncia en realidad a un concepto material de delito (esto es, a los fines de la pena de primer orden). Al respecto, GRECO, *Teoría de la pena*, 2015, 231. Por su parte, ya KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 72 (=Teoría de las normas, 1977, 94), citando a BINDING, señala que «Es indiscutible que ninguna ley razonable exige la obediencia en virtud de sí misma».

¹⁰¹ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 616.

¹⁰² Al respecto, ATIENZA/RUIZ MANERO, *Piezas del Derecho*, 2.^a ed., 2004, 150, donde señalan, frente a la posición original de MIR PUIG (que parecía no exigir un juicio de valor subyacente a la norma secundaria), que «No parece que pueda argumentarse, a este respecto, que la imposición de prohibiciones a los ciudadanos requiere estar justificada en términos de juicios de valor, mientras que no se requiere tal cosa a la hora de imponer a los jueces la obligación de imponer sanciones a esos mismos ciudadanos (en el caso de que hayan violado las prohibiciones anteriores). A nosotros nos parece que la necesidad de justificación del imperativo es incluso más clara (y la justificación misma más problemática) en el segundo supuesto que en el primero; pues el imperativo «prohibido matar» ordena abstenerse de realizar una acción disvaliosa, mientras que el imperativo «obligatorio imponer tal pena» ordena realizar algo (privar a un sujeto de libertad durante un determinado periodo de tiempo) que es, en sí mismo, disvalioso. Por lo demás, si las cosas no fueran así, todo

4. Con respecto al segundo asunto, que el ordenamiento jurídico sancione tanto la infracción de la norma primaria como de la norma secundaria permite una comprensión más amplia de los intervinientes y de la perspectiva que cada uno de ellos tiene de la norma correspondiente. Desde la perspectiva del ciudadano, la norma primaria (o norma de conducta) le indica qué debe y qué no debe hacer. La norma de sanción, por su parte, se presenta ante él como una amenaza de pena. De esto, sin embargo, no es posible deducir que el ciudadano sea destinatario de la norma de sanción. En realidad, su actuación contraria a la norma primaria es un presupuesto tanto de la conminación penal como de la imposición de la pena. Desde la perspectiva del juez, la norma primaria dirigida al ciudadano recoge el conjunto de presupuestos que deben concurrir para afirmar que aquella se ha infringido, que esta infracción es imputable a un individuo y que se ha constituido el producto, de carácter necesario, para la imposición de una pena. Por su parte, la norma secundaria es, desde la perspectiva del juez, una norma primaria (esto es, dicho con mayor claridad, una norma de conducta), pues le impone a este un *deber de juzgar* (y no un deber de castigar). Esta aseveración reflejaría la mayor precisión que concede la utilización de la denominación «norma primaria», en detrimento de la de «norma de conducta», pues, como antes se dijo, tanto la norma dirigida al ciudadano como la dirigida al juez constituyen normas de conducta¹⁰³. La norma secundaria desde la perspectiva del ciudadano, que es norma primaria desde la perspectiva del juez, está también protegida por otra norma, que es terciaria desde la perspectiva del ciudadano, secundaria desde la perspectiva del mencionado juez y primaria desde la perspectiva de otro juez. Esta última norma

el discurso –y las polémicas– sobre la justificación de la pena carecerían literalmente de sentido» (cursivas en el original).

¹⁰³ Por su parte, MAÑALICH, RD 2011, 91, sostiene que la «norma de comportamiento» y la «norma de sanción» (terminología utilizada por este autor para hacer referencia a las que aquí denomino «norma primaria» y «norma secundaria», respectivamente) «se diferencian, desde ya, en atención a su estructura». A mi juicio este autor no atiende al hecho de que la norma terciaria (norma de prevaricación judicial) sirve para respaldar coactivamente el cumplimiento de la norma secundaria. Dicho sea de paso, la necesidad de utilizar la terminología más apropiada posible se refleja claramente en la argumentación de MAÑALICH: este autor define a la norma de comportamiento como: «un estándar categórico de comportamiento jurídicamente correcto», lo cual se podría decir tanto de la norma primaria como de la norma secundaria. Profundizando sobre el asunto, sería posible afirmar también que una norma secundaria es también una norma primaria, pues es dirigida al juez para orientar su conducta en un específico sentido. Pero eso no es todo: la infracción de esta norma primaria (mediante la comisión de un delito de prevaricación judicial, por ejemplo) habilita la aparición de una norma secundaria (terciaria desde la perspectiva del ciudadano) sobre otro juez, que para este podría entenderse como una norma primaria. Con todo esto solo quiero decir que también la terminología «norma primaria»/«norma secundaria» puede generar inquietudes. Según MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 616, la utilización de los términos «norma de conducta» y «norma de sanción» se justificaría solo si se considera el análisis de la norma desde la perspectiva del obligado por la norma (del destinatario). En el análisis acabado de hacer, se hace un análisis tanto del ciudadano, del juez y de otro juez.

secundaria, que es una norma primaria para otro juez, es la que está recogida en el delito de prevaricación judicial¹⁰⁴.

5. Lo acabado de mencionar refuerza la idea de que tanto la norma primaria como la norma secundaria son normas «jurídico-penales». Así, en el caso de la norma primaria, su condición de norma jurídico-penal se justifica en el hecho de que su quebrantamiento supone la aparición de otra norma (la norma secundaria) que habilita la imposición de una sanción penal por aquella infracción. Lo mismo se sostiene para la norma secundaria, que se trata también de una norma jurídico-penal en la medida que el incumplimiento (por parte del juez) de la pauta de conducta que aquella porta, supone la aparición de una norma «terciaria» llamada a reaccionar ante tal infracción, esto es, la mencionada norma subyacente al delito de prevaricación judicial. De esto pueden extraerse dos importantes ideas. Primero, que si la norma jurídico-penal, para tener tal condición, debe poseer un respaldo coactivo (de carácter jurídico-penal, evidentemente)¹⁰⁵, tal respaldo puede verificarse tanto en la norma primaria como en la norma secundaria. Segundo, que el ordenamiento jurídico puede ser entendido como una «cadena normativa», en la que la vigencia de una norma inferior (primaria) se ve garantizada por una norma superior (secundaria)¹⁰⁶.

6. El aseguramiento coactivo que la norma secundaria garantiza a la norma primaria no solo es un elemento que permite afirmar la naturaleza jurídico-penal de esta (y de aquella también: pues una norma terciaria asegura coactivamente el cumplimiento de la norma

¹⁰⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 617, n. 15, quien explica también que la consecuencia de esta comprensión consiste en la aparición de una «cadena normativa sin fin». Más adelante, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 623, señala que «El hecho de que en ambos casos se sancione su infracción –la de la primaria con la secundaria y la de ésta con la norma terciaria de la prevaricación– es una prueba más de que se trata de normas con idéntica estructura». También al respecto, por todos, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 103; SCHRÖEDER, F. C., *FS-Otto*, 2007, 167 (aunque este autor utiliza la terminología «norma de conducta»/«norma de sanción»); SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 508.

¹⁰⁵ Al respecto, por todos, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 505; MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 233.

¹⁰⁶ Al respecto, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 618, señala: «No es una cadena de sólo dos eslabones, aunque la denominación primaria-secundaria así parece sugerirlo, ya que el incumplimiento de la norma secundaria acarrea normalmente una sanción impuesta en una norma terciaria, y así sucesivamente. La sanción para el incumplimiento de una norma se atribuye a otra norma, que a su vez se asegura por una tercera, etc. En este sentido, si tomamos dos normas sucesivas cualesquiera en la cadena normativa, la inferior será de comportamiento (primaria) respecto a la superior de sanción (secundaria), y cada una de ellas (salvo la primera en términos absolutos, que siempre y sólo es de comportamiento, y la última, en estos mismos términos, que, aun siendo de comportamiento y sanción, no está asegurada por ninguna otra), invertirán sus papeles respecto de las inmediatamente inferiores o superiores. Y todas tendrán como última finalidad asegurar la primera».

secundaria), sino que expresa una manera de garantizar la efectividad de las normas, propia del sistema jurídico. Como antes se dijo, el aseguramiento de la vigencia de la norma (en este caso, la norma primaria) solo puede conseguirse mediante la referencia a otra que imponga, a otro sujeto, la obligación de reaccionar frente a la infracción de la primera. Estas normas de apoyo, en términos de estructura, como antes se dijo, no se distinguen de las anteriores: también ellas van dirigidas a ciertos sujetos, en este caso, los jueces, a los que se le impone la obligación de realizar «algo» en un determinado escenario: en el caso del Derecho penal, la imposición de un deber de juzgar, esto es, de reconstruir el hecho mediante el que se expresa la infracción de la norma primaria dirigida al ciudadano. La norma secundaria, por lo tanto, sirve para respaldar coactivamente el cumplimiento de la norma primaria y, de ser el caso, concretar la amenaza de pena en imposición¹⁰⁷. De esto, precisamente, es posible afirmar su carácter de «secundaria» y reafirmar su legitimidad. Si una infracción de la norma primaria es condición habilitante para la aplicación de la norma secundaria, entonces se visualiza con claridad la relación lógica entre ambas normas: la segunda adquiere vigencia si y solo si se produce una infracción de la primera¹⁰⁸. Pero de esto no debería deducirse una aplicación inmediata de la norma secundaria: la infracción de la norma primaria, si bien permite la aparición de la norma secundaria dirigida al juez, no implica la imposición a este de un deber de castigar¹⁰⁹, sino, como ya se dijo, de un deber de juzgar el hecho en el que se expresa la infracción de la norma primaria¹¹⁰.

3.1. Norma primaria.

¹⁰⁷ En ese sentido, debe señalarse que, en mi opinión, la infracción de la norma primaria no conlleva en todo caso la imposición de la sanción asociada a ella, esto es, al cumplimiento inmediato de la norma de sanción. Esto sería así si la evaluación se limitase a una mera relación lógica, en la que la infracción de la norma primaria es condición necesaria y suficiente para la aplicación de la norma secundaria. Aunque esto será desarrollado más adelante, aquí se puede decir que la imposición de la sanción, como cumplimiento por parte del juez de la norma secundaria a él dirigida, debe tomar en cuenta cuestiones referidas a la prevención. Por esto, no necesariamente la infracción de una norma primaria conllevará en todo caso la imposición de una sanción: esta solo será impuesta cuando la infracción de la norma va acompañada de la necesidad de pena.

¹⁰⁸ FRISCH, *Vorsatz*, 1983, 59 ss.; VOGEL, *Norm*, 1993, 25 ss.; BACIGALUPO, *Teoría*, t. I, 2009, 279.

¹⁰⁹ KANT, MdS AA 331, hablaba de un «derecho de castigar», el que definía como «el derecho que tiene el soberano de afectar dolorosamente al súbdito por causa de la transgresión de la ley».

¹¹⁰ FREUND/ROSTALSKI, GA 2018, 264, hablan de una «Norma de decisión» («*Entscheidungsnorm*»). Antes, ya DAN-COHEN, *Harv. L. Rev.*, 97 (1984), 627, alude a las «*decision rules*» como aquellas dirigidas a los órganos del Estado («*officials*»). Como se verá más adelante, este planteamiento (esto es, el que sobre el juez recaiga un *deber de juzgar* y no un deber de castigar) tiene consecuencias en el ámbito de la justificación de la pena estatal. Por su parte, ROBLES PLANAS, InDret 1/2019, 7, señala que «las normas de sanción ordenan al juez declarar la culpabilidad en un caso concreto de un sujeto e imponerle una sanción penal por ese hecho. Por consiguiente, el juez debe derivar de entre el abanico de enunciados legales contenidos en los códigos penales el contenido de la norma de sanción del caso que tiene ante sí».

1. La norma primaria es esencialmente un mensaje prescriptivo (expresado bajo la forma de una prohibición o un mandato) dirigido al individuo con el objetivo de orientarle en su comportamiento externo¹¹¹. Así, mientras un mandato supone la imposición de un deber de actuar de determinada manera en una circunstancia concreta, una prohibición implica la imposición de un deber de omitir una determinada conducta en una específica situación¹¹². Por esto, se sostiene que la norma primaria está configurada de modo *prospectivo*: aquella se dirige al individuo para indicarle o prescribirle qué es lo que debe o no debe hacer en el futuro¹¹³. Si la norma primaria implica una intervención en la libertad de acción del destinatario, entonces se debe brindar una razón para justificar tal intervención. Pues bien, si el Derecho penal posee el fin de proteger bienes jurídicos, la norma primaria debe ser entendida conforme a ese objetivo¹¹⁴. La norma primaria, entonces, tiene una finalidad preventiva¹¹⁵. Si esto es así, ha de admitirse que mientras las prohibiciones suponen la imposición de un deber de omitir una conducta en tanto esta representa una situación de riesgo para el bien jurídico, los mandatos significan la imposición de un deber de actuar de determinada manera, para que el respectivo bien jurídico no quede desamparado¹¹⁶.

¹¹¹ Por todos, HOERSTER, JZ 1989, 10. Los estudios que sobre la norma de conducta (o norma primaria, como aquí también se le denomina) se han desarrollado en la ciencia penal alemana, tienen generalmente como punto de partida sobre el tema las reflexiones de BINDING. Por todos, FRISCH, *Vorsatz*, 1983, 72 ss.; VOGEL, *Norm*, 1993, 28, 45 ss.; LAGODNY, *Grundrechte*, 1996, 80 s.; ZACZYK, GA 2014, 80. Cabe señalar, además, siguiendo a SCHNEIDER, A., *Verhaltensnorm*, 2011, 36, que, en la actualidad, la dogmática penal utiliza el término «norma» en un sentido general, esto es, para todo precepto jurídico (*Rechtssätze*), por lo que aquello que para BINDING era la «norma» («*Norm*»), se llama en la actualidad «norma de conducta» («*Verhaltensnorm*»).

¹¹² La norma primaria, de la que surge el deber de actuar u omitir, precisa de un contexto espaciotemporal en el que se pueda hablar de aplicabilidad de la norma, esto es, en el que se verifique la necesidad práctica de hacer u omitir una determinada conducta de tal manera que se evite el hecho prohibido o se haga el hecho mandado. Al respecto, recientemente, CORRÊA CAMARGO, *Concurso*, 2018, 157. La importancia de la circunstancia concreta ya había sido manifestada por KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 42, quien señala que a nadie se le ocurriría decir que quien está sentado en un sillón leyendo el periódico, está omitiendo matar, esto es, cumpliendo la prohibición de cometer un homicidio. Al respecto, también, VOGEL, *Norm*, 1993, 42.

¹¹³ Por todos, HAFFKE, en: SILVA SÁNCHEZ (ed. española)/SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.), *Fundamentos*, 1995, 133.

¹¹⁴ Así, por todos, HAFFKE, en: SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.) y SILVA SÁNCHEZ (Ed.) *Fundamentos*, 1995, 133, quien señala que «Las normas de conducta o normas primarias tienen, pues, una función preventiva, en cierta medida, profiláctico-policial; deben evitar de antemano lesiones de bienes y de valores». Esta opinión parece ser asumida por autores de las más diversas perspectivas. Véase, por todos, RUDOLPHI, *FS-Maurach*, 1972, 69 ss.; HUERTA TOCILDO, *Antijuridicidad*, 1986, 64 ss.; KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 10, 225 ss.; VOGEL, *Norm*, 1993, 46; GÖSSEL, CPC 68, 1999, 284; SCHNEIDER, A., *Verhaltensnorm*, 2011, 36; ROSTALSKI, GA 2016, 75.

¹¹⁵ La función preventiva de la norma ya había sido reconocida expresamente por BINDING, *Normen*, t. I, 1872, 32. Al respecto, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, 239; ROSTALSKI, GA 2016, 76; en: SCHNEIDER, A./WAGNER (Eds.), *Normentheorie*, 2018, 106.

¹¹⁶ Al respecto, LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.^a ed., 2016, 30/9. También, RUDOLPHI, en: SCHÜNEMANN (Comp.), *Sistema*, 1991, 86, señala que las «normas de conducta» «prohíben la lesión de bienes jurídicos o mandan la salvación de bienes jurídicos. Una más detallada información sobre el contenido de los mandatos y prohibiciones jurídico-penales puede obtenerse ya a partir de su propia atribución de fines, pero también

2. La norma primaria hace referencia, en todos los casos, a un determinado escenario resultativo (por ejemplo, «¡no debes matar!» o «¡no debes apropiarte de bienes ajenos!»). En ese sentido, conforme a lo explicado en el capítulo anterior, la norma primaria implica un juicio de valoración negativo respecto a lo que prohíbe o un juicio de valoración positivo respecto a lo que manda (de lo que podrían deducirse afirmaciones como, por ejemplo, «¡no debes matar pues la causación de la muerte de otro es desvalorada!» o «¡debes intervenir para mantener la vida de otro!»)¹¹⁷. Ahora bien, aunque las normas primarias contemplen escenarios resultativos en los que, de manera implícita, se describen determinados estados de cosas valorados negativa o positivamente, aquellas normas solo pueden regular conductas. Como se puede deducir de lo hasta ahora explicado, si se admite que el Derecho penal posee una finalidad preventiva, entonces las normas primarias solo podrían orientar los comportamientos de los destinatarios. Pero esto, a mi modo de ver, no supone negar trascendencia alguna a un resultado en términos valorativos: al Derecho penal no le interesa (porque no puede) castigar todo tipo de producción o causación de resultados lesivos o peligrosos para bienes jurídicos, sino que se limita a dirigir acciones (mediante mandatos o prohibiciones) que puedan ser portadoras de una idoneidad *ex ante* para la producción de tales resultados lesivos o peligrosos¹¹⁸. En otras palabras: si el Derecho penal, mediante la norma primaria, pretende cumplir su finalidad consistente en proteger bienes jurídicos, no podrá condicionar su intervención a la verificación de una situación manifiestamente contrapuesta al estado de cosas valorado de manera positiva (esto es, una situación ya acabada). Por esto, la norma primaria solo puede dirigir conductas, no solo porque estas constituyen el único ámbito de la realidad motivable mediante normas (las acciones u omisiones son la única esfera de la realidad accesible a normas¹¹⁹), sino también porque tales estados que se buscan proteger o evitar, solo pueden ser aquellos que estén en conexión inescindible con las conductas humanas (portadoras de un riesgo objetivo de afectación para bienes jurídico-penales)¹²⁰. Las normas, entonces,

del hecho de que el Estado se sirve para su estabilización y puesta en práctica de las posibilidades de eficacia de pena».

¹¹⁷ En esa dirección también, entre otros, GÖSSEL, CPC 68, 1999, 284.

¹¹⁸ ENGISCH, *FS-Deutscher Juristentag*, 1960, 419. También, por todos, FRISCH, *Vorsatz*, 1983, 76, 124 s., 126 s., 149 s.; *Tatbestandmäßiges Verhalten*, 1988, 40 ss., 71 ss. (= *Comportamiento típico*, 2004, 54 ss., 85 ss.); FREUND, *Erfolgssdelikt*, 1992, 56; GA 1991, 387 ss.

¹¹⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 671.

¹²⁰ De esta afirmación se suele extraer correctamente que el resultado no puede constituir en sí objeto de prohibición o mandato de una norma primaria. Sin embargo –y esto es importante–, de eso no ha de afirmarse

tienen como objeto la evitación de resultados desvalorados o la creación o mantenimiento de resultados valorados¹²¹.

3. Conforme a eso y al carácter prospectivo de la norma primaria afirmado anteriormente, se impone la aceptación del análisis del hecho desde una perspectiva *ex ante*¹²². Esto quiere decir que la norma primaria, esto es, la prohibición o el mandato dirigido al individuo, conforme al mencionado fin preventivo, opera antes de cualquier exteriorización conductual (antes de que el sujeto actúe), constituyéndose en una razón para que el destinatario no realice la conducta prohibida u omita la conducta mandada, por suponer la acción o la omisión, respectivamente, un riesgo grave (jurídico-penalmente relevante) de afectación del bien jurídico que se encuentra en la base de la prohibición o del mandato¹²³. La norma primaria prohíbe la realización de acciones que *ex ante* suponen un peligro para el bien jurídico protegido. Asimismo, la norma primaria manda la realización de acciones cuya omisión representa *ex ante* un peligro para el bien jurídico protegido. La prohibición o el mandato de conductas (de hacer o de omitir, respectivamente) mediante normas es la única forma en que el fin preventivo del Derecho penal puede llevarse a cabo¹²⁴. Evidentemente, si no se quiere admitir una innecesaria e ilegítima intervención en la esfera

necesariamente que el resultado queda fuera del contenido del injusto. Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 625.

¹²¹ Como señala MÜNZBERG, *Verhalten*, 1966, 61, «el probable resultado de una conducta es un motivo para el establecimiento (*Aufstellung*) de la norma». Una norma que diga «¡No debes matar!» es una norma que claramente expresa un mandato de no generación de un resultado desvalorado (privar de la vida a otra persona). Si bien la norma busca la evitación de este resultado desvalorado (resultado valorativo, que supone la lesión del bien jurídico «vida»), es el precepto el que determinará las formas de actuación jurídico-penalmente relevantes, así como el resultado (en caso de haberlo) separable espaciotemporalmente de la acción (es decir, el resultado típico). Es el precepto el que, además, determinará los niveles de lesividad del bien jurídico: si bien lo normal es que la lesión del bien jurídico (resultado desvalorado que la norma quería evitar mediante la norma) se corresponda con la lesión (¿destrucción?) del objeto del bien jurídico (que representa el bien jurídico), por motivos político-criminales pueden haber casos en que el precepto establezca como resultado típico solamente una puesta en peligro concreta del bien jurídico o, inclusive, una puesta en peligro abstracto (nivel de lesividad inferior). Por eso, tomando como referencia al bien jurídico, entra en juego el establecimiento de un nivel previo que resultaría idóneo para el cumplimiento de las funciones preventivas y motivadoras del Derecho penal: la peligrosidad. No se esperará que el individuo haga efectivo un escenario que contravenga el considerado valorativamente positivo, sino que se deben plantear mecanismos que se proyecten directamente sobre la peligrosidad de la conducta. Esto se realiza en el ámbito del tipo, pues el tipo es el instrumento que describe las condiciones para verificar cuándo una conducta supera la frontera entre el legítimo ejercicio de la libertad de un individuo y lo jurídico-penalmente relevante.

¹²² Al respecto, MIR PUIG, ADPCP 1983, 7.

¹²³ Esto es importante: solo si la norma primaria despliega efectos (cualesquiera que sean estos, que están por determinar) antes de que el sujeto actúe, entonces podrá realizar su función de prevención de conductas socialmente disvaliosas.

¹²⁴ Al respecto, por todos, JOSHI JUBERT, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. I, 2008, 1086, donde señala que «(las normas de conducta) ejercen una función de configuración del comportamiento humano, a los efectos de prevenir la realización de conductas peligrosas no justificadas para bienes jurídico-penales».

de libertades de los individuos, la conducta prohibida o mandada debe estar estrechamente vinculada al bien jurídico-penalmente protegido, pues solo de esa manera será posible justificar la relevancia jurídico-penal de la conducta realizada u omitida. Pero la estrecha vinculación al bien jurídico no debe hacer perder de vista que el primer criterio para prohibir una conducta o para ordenar su realización es la peligrosidad *ex ante* que su realización u omisión, respectivamente, expresa: los resultados lesivos para un bien jurídico-penalmente protegido pueden suceder también por conductas que *ex ante* no aparezcan como peligrosas, las que definitivamente no pueden ser prohibidas o mandadas si no se quiere admitir una innecesaria afectación a la libertad de acción del individuo¹²⁵.

4. De lo expuesto se deduce, entonces, que la norma primaria, como mensaje prescriptivo que supone la existencia de una previa valoración positiva o negativa de un determinado estado de cosas, refleja evidentemente una limitación a la libertad de acción de los individuos. Es claro que si la norma primaria, como antes se dijo, se dirige a su destinatario para orientar su comportamiento externo, tendrá que reconocer determinadas formas de actuación que resulten disfuncionales tanto a lo valorado positivamente como a lo valorado negativamente. De esto se derivan importantes cuestiones. La realización de un proceso valorativo (más concretamente: de ponderación) en el que se delibere, tomando en cuenta criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, los alcances de la limitación de la libertad de acción (se trata de una ponderación entre la libertad individual y la libertad general) es una condición necesaria pero no suficiente para esa limitación. De esta manera, la valoración no se lleva a cabo solo para seleccionar si un determinado ámbito vital debe ser protegido o no por el Derecho penal (sobre esto ya se reflexionó en buena medida en el capítulo anterior), sino también para determinar cuánta libertad individual es posible afectar de cara a la protección de la libertad general (que se beneficia del estado de cosas valorado positivamente).

5. De esta comprensión de la norma primaria se extraen dos ideas que considero importante resaltar en este momento. La primera tiene que ver con la negación de la idea de que la norma primaria sea entendida en términos absolutos, esto es, que los mandatos o

¹²⁵ De estas ideas emergen una serie de inquietudes que aquí solo puedo encargarme de describir, con cargo a desarrollarlo más adelante. Así, emergen estas preguntas: ¿Cómo debe entenderse esta estrecha relación (de peligro *ex ante*) entre la conducta prohibida o mandada y el bien jurídico-penalmente protegido? ¿Cómo se determina o bajo qué criterios se decide esa relación? La ley parece no ofrecer respuesta a tales inquietudes, por lo que aquí debe entrar en juego necesariamente la argumentación dogmática.

prohibiciones recogidas en las normas primarias se entiendan de modo categórico¹²⁶. Sin perjuicio de que más adelante pueda verter mayores alcances sobre esta primera reflexión¹²⁷, aquí es posible adelantar que una prohibición como «¡no debes matar!» no puede entenderse en términos absolutos. Así, no toda muerte causada por la actividad de una persona puede ser entendida como un homicidio: matar a una persona en legítima defensa no es algo que esté prohibido por la norma primaria. De esta manera, la norma primaria, si bien es un mandato o una prohibición, puede reconocer determinados ámbitos de no cobertura, de tal manera que, aunque en apariencia se realiza el resultado externo de la conducta que la norma primaria quería evitar, tal resultado externo, en realidad, no pretendía ser evitado por la norma primaria, en la medida que aquel pertenece al ámbito de no aplicación de la mencionada norma primaria.

6. La segunda idea tiene que ver con la propia función de la norma primaria, esto es, con su función de determinación. Es evidente que la norma primaria puede tener tal función (con los matices que más adelante me encargaré de desarrollar) y que pretenda tener el alcance más amplio posible pues eso permitiría reflejar el carácter preventivo del Derecho penal. Sin embargo, la necesidad de prevenir la comisión de delitos, por más legítima que sea en el modelo de Estado vigente, no puede omitir la esencial apreciación de que la norma primaria, al buscar orientar el comportamiento externo del destinatario mediante su función de determinación, no puede presentarse como un mandato o prohibición que incluya más supuestos de los que en realidad manda o prohíbe. Aquí también se puede aludir al ejemplo de la legítima defensa: si bien matar está prohibido, todos los supuestos de matar no lo están, pues matar en legítima defensa, desde el inicio, no está prohibido. Si no se quiere admitir una innecesaria limitación de la libertad de acción del individuo (que se ve ya afectada con la propia prohibición o mandato), entonces habrá que negar la posibilidad de entender a la norma primaria como un mensaje prescriptivo categórico. Una comprensión como esta repercutiría en una confusión de los individuos en el marco del ejercicio de sus libertades. Esta reflexión debe conducir necesariamente a negar aquellas posturas que entienden que los mandatos y las prohibiciones son prescripciones categóricas y que los

¹²⁶ Utilizo aquí el término «categórico» para no utilizar los términos «abstracto» y «general», empleados frecuentemente para sostener la idea de que la norma «se dirige a todos». En todo caso, el sentido del término «categórico» queda claro en el texto.

¹²⁷ Esta idea está estrechamente vinculada a la concepción normológica subyacente a la teoría de los elementos negativos del tipo, por lo que mayores y profundas reflexiones al respecto se llevarán a cabo en un capítulo posterior.

escenarios sobre los que se pueda predicar la concurrencia de una justificación dependan de la existencia de un «precepto permisivo» que no impide admitir que la norma primaria ya se ha infringido¹²⁸. En definitiva, si se pretende asegurar la libertad de acción de las personas, es claro que esto no se puede hacer mediante la aparente existencia de mayores prohibiciones o mandatos de los que realmente existen¹²⁹.

7. En el capítulo anterior se desarrolló la relación entre los ámbitos de la valoración y la prescripción: la valoración constituye un *prius* lógico a la prescripción, sin que aquella posea el carácter de «norma». La norma primaria, en ese sentido, es norma de determinación, y posee la función de dirigir el comportamiento del individuo: refleja un mandato o una prohibición. Pues bien, esta orientación aconseja entender a la norma como una razón para la acción, pues esta noción parece reunir de la manera más correcta la comprensión de la norma como una guía de comportamiento y como un criterio de valoración¹³⁰. Por esto, considero correcto decir que la norma primaria es una razón para la omisión (en el caso de una prohibición) o una razón para la acción (en el caso de un mandato)¹³¹. Si se emplea la terminología propuesta por RAZ, ha de reconocerse que tanto la norma primaria como la norma secundaria constituyen *razones excluyentes* (*exclusionary reasons*) para actuar u omitir¹³². Y en la medida que se tratan de razones, «se ingresa en el plano de la racionalidad práctica»¹³³.

8. Queda todavía por deliberar cuáles son los alcances de la mencionada función de determinación (también llamada «función de motivación») de la norma primaria. Esto es

¹²⁸ Esta es la tradicional posición del finalismo, que entiende a la tipicidad como antinormatividad y a la causa de justificación como una norma permisiva (o «precepto permisivo»). Este pensamiento se desarrollará más adelante.

¹²⁹ Parecido, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 663.

¹³⁰ ATIENZA/RUIZ MANERO, *Piezas del Derecho*, 2.ª ed., 2004, 154, donde dicen: «(...) nos parece que puede ser de gran utilidad volver a la consideración de las normas jurídicas como razones para la acción. Pues cuando se dice que una norma es una razón para la acción se está diciendo, en realidad, dos cosas distintas: que una norma es una guía de comportamiento y, también, que es un criterio de valoración (esto es, de justificación o de crítica) de la conducta. Estos dos elementos están normalmente superpuestos, y de ahí que de ordinario no se advierta –o que, en la mayor parte de los contextos, no merezca la pena advertir– su dualidad. Vienen a constituir algo así como una y otra cara de una misma realidad. Pero hay ocasiones en que esos dos lados –como hemos visto– parecen escindirse. Podríamos decir, entonces, que en una norma pueden distinguirse dos aspectos: el directivo o, si se quiere, normativo en sentido estricto, esto es, de guía de la conducta; y el valorativo o de criterio de valoración (esto es, de justificación o de crítica)».

¹³¹ También, MAÑALICH, *Nötigung*, 2009, 29; REJ 12, 2010, 173.

¹³² RAZ, *Practical reason*, 2.ª ed., 1990, 35 ss. Apreciaciones adicionales sobre el planteamiento de RAZ, *infra*. En esa misma dirección, MAÑALICH, REJ 12, 2010, 173.

¹³³ GRECO, *Teoría de la pena*, 2015, 281.

algo que debe ser explicado, pues tal función, al parecer, ha sido reconocida con las más diversas denominaciones: se habla de «estímulo»¹³⁴, «dirección»¹³⁵, «control»¹³⁶ o, incluso, «manipulación»¹³⁷ para hacer referencia a una relación de causalidad entre la norma y la conducta del individuo¹³⁸. Pues bien, al respecto considero que la norma primaria expresa un mensaje prescriptivo originado en la valoración positiva de un determinado estado de cosas (que se busca proteger o promover). En esa línea, la norma primaria se dirige al individuo, para mostrarse ante él como una razón para actuar u omitir: «¡haz!» o «¡no hagas!». En ese sentido, la norma primaria apela a la autorresponsabilidad del propio destinatario¹³⁹. Si por «motivación» se entiende solamente una razón que el destinatario de la norma primaria debe tener en cuenta, entonces es evidente que tal norma solo podrá poseer una mera «pretensión de motivar»¹⁴⁰ o, como señalaba THON, solo un «intento de motivación»¹⁴¹. En todo caso, lo que es importante destacar aquí es que la norma primaria orienta la conducta del individuo, esto es, pretende por parte del destinatario una determinada forma de actuación externa, independientemente de otros motivos personales. Se trata, en ese sentido, de la *legalidad* (*Legalität*) en sentido kantiano, por lo que resulta indiferente si el destinatario acepta o no las valoraciones ínsitas en la norma (esto es, el estado de cosas valorado que se busca mantener), pues lo relevante es la correspondencia entre la norma jurídica y el comportamiento externo, es decir, que el destinatario realice la conducta mandada o no realice la conducta prohibida¹⁴².

3.2. Norma secundaria.

¹³⁴ HÖRNLE, *Straftheorien*, 2.^a ed., 2017, 12.

¹³⁵ HOYER, *Strafrechtsdogmatik*, 1997, 68.

¹³⁶ FRISCH, *Vorsatz*, 1983, 59.

¹³⁷ HOYER, *Strafrechtsdogmatik*, 1997, 335, 380, 383.

¹³⁸ ZACZYK, GA 2014, 82.

¹³⁹ El reconocimiento de la autorresponsabilidad supone, como contrapartida, la admisión de la libertad. Así, como se profundizará más adelante, si el lenguaje prescriptivo implica necesariamente la libertad del individuo a quien se dirige para decidir el curso de su conducta, y si la norma jurídico-penal es una expresión del lenguaje prescriptivo, entonces esa norma (la norma primaria) se sostiene tanto en la libertad del destinatario como en la consecuente autorresponsabilidad por la infracción de aquella.

¹⁴⁰ De esta idea, por ejemplo, VARELA, *Dolo*, 2016, 105. Esta idea de una sola «pretensión» parece encontrarse también en LARENZ, al plantear su diferenciación entre «mandato» y «determinación». LARENZ, *FS-Engisch*, 1969, 150-151, 155, sostiene que una norma de determinación no equivale a mandato, sino a una «ordenación» («*Geltungsanordnung*») o «pretensión de validez» («*Geltungsanspruch*»).

¹⁴¹ THON, JhJb 50, 1906, 38.

¹⁴² KANT, MdS AA 219, donde señala: «La conformidad o la no conformidad pura y simple de una acción con la ley, sin tener en cuenta sus motivos, se llama legalidad (conformidad a la ley). Pero esta conformidad, en la cual la idea del deber deducida de la ley es al mismo tiempo un móvil de acción, es la *moralidad* (*Sittlichkeit*) de la acción».

1. Generalmente se señala que la norma secundaria (también llamada «norma de sanción»¹⁴³), al igual que la norma primaria, es un mensaje prescriptivo, aunque dirigido al juez (el órgano de persecución penal), a quien le impone el deber de aplicar una sanción (la pena) al individuo que haya infringido una norma primaria¹⁴⁴. De esto se deduce que la norma secundaria, a diferencia de la norma primaria, posee un carácter *retrospectivo*: aquella opera después de la infracción de una norma primaria, esto es, después de un hecho que, desde la perspectiva de la norma secundaria, ha sucedido en el pasado¹⁴⁵. De esta manera, si la norma primaria y la norma secundaria, como antes se dijo, están orientadas a la protección de bienes jurídicos, la forma cómo se produce tal protección es diversa en cada caso: mientras la norma primaria estaría orientada a la evitación de la afectación de un determinado bien jurídico (esto es, protege de manera directa los bienes jurídicos), la norma secundaria, por su parte, protegería bienes jurídicos de manera indirecta o mediata, esto es, mediante el aseguramiento de las normas primarias. Este aseguramiento puede entenderse como un reforzamiento a la protección de bienes jurídicos que realiza la norma primaria: la norma secundaria contiene la amenaza de pena o la conminación penal con la que el legislador refuerza la consecución del fin preventivo del Derecho penal¹⁴⁶.

2. Por lo dicho, queda claro que la norma secundaria entra en juego cuando se verifica la infracción de la norma primaria. En ese sentido, la norma secundaria (posiblemente por ser obtenida directamente del precepto legal, como se verá más adelante) parece

¹⁴³ Con todo, el término «norma de sanción» ha tenido otro uso en el ámbito de las leyes penales en blanco. En efecto, aquellas permitieron la distinción entre «norma de sanción» («*Sanktionsnorm*») y «norma complementaria» («*Ausfüllungsnorm*»), siendo la primera en la que quedaba contenida la conminación penal y la segunda la disposición extrapenal de referencia que permitía completar el contenido de la prohibición. Al respecto, JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª ed., 1996, 111 (=DP. PG., 2002, 118).

¹⁴⁴ Sobre la definición usual de la norma secundaria o norma de sanción, por todos, MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 31; HOERSTER, JZ 1989, 10; LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 12. Hablan de una norma dirigida al juez, FRISCH, *Vorsatz*, 1983, 62; FREUND, *Erfolgssdelikt*, 1992, 113; TOEPEL, *Kausalität*, 1992, 16; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, 54, n. 18; GÖSSEL, CPC 68, 1999, 283; MIKUS, *Verhaltensnorm*, 2002, 21; MEINI, *Lecciones*, 2014, 41. Señala que la norma de sanción es una *proposición jurídica (Rechtsvorschrift)* que «se dirige a los miembros del tribunal» («*an die die Mitglieder des Rechtsstabes richtet*»), SCHILD, *FS-Jakobs*, 2007, 601. BINDING, por su parte, consideró que la norma secundaria (en su terminología, «ley penal») se dirigía al propio Estado. Al respecto, BINDING, *Normen*, t. I, 1872, 6 ss.; *Handbuch*, t. I, 1885, 162 s., 189 ss. KINDHÄUSER, AT, 4.ª ed., 2/4, por su parte, señala: «Dado que estas normas dirigidas al tribunal tienen como objeto la imposición de una sanción, han de ser denominadas normas de sanción. Estas, con otras palabras, son normas de conducta específicas (normas especiales) para el tribunal. Por lo demás, una infracción de estas normas de conducta es asegurada por medio de otras normas de sanción, por ejemplo, a través de la prohibición de encubrimiento del cargo (*Verbote der Strafvereitelung im Amt* (§ 258s)) y la prevaricación (*Rechtsbeugung*) (§ 339)».

¹⁴⁵ Por todos, FRISCH, *Vorsatz*, 1983, 59-60; HAFFKE, en: SILVA SÁNCHEZ (ed. española)/SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.), *Fundamentos*, 1995, 133.

¹⁴⁶ De este punto de partida, si no entiendo mal, la doctrina mayoritaria considera que la norma de conducta contiene ya a la amenaza de pena. Este modelo será analizado en detalle *infra*.

corresponderse con la estructura lógico-formal del precepto legal correspondiente: si se cumple el supuesto de hecho (realización del delito), entonces ha de cumplirse la consecuencia jurídica (imposición de una pena)¹⁴⁷. La realización de tal supuesto de hecho, como puede preverse, implica necesariamente la infracción de una norma, la que sería, en este caso, la norma primaria. Aquí, sin embargo, se debe afirmar que es necesario algo más que una mera operación lógica para indicar la entrada en juego de la norma secundaria. Dicho de otra manera: la mera infracción de la norma primaria, si bien constituye el antecedente irrenunciable para la aplicación de la norma secundaria, es, a mi juicio, solo una condición necesaria, pero no suficiente, para la imposición de una pena. Una mirada limitada como esta expresaría una visión puramente estática –y, por eso, criticable– de la relación entre la norma primaria y la norma secundaria. Debido a ello, creo que se debe tener en cuenta que la infracción de una norma primaria (aunque no solo esta¹⁴⁸) indicaría la existencia de un hecho merecedor de pena, que debe ir acompañado de otros criterios (referidos a su propia necesidad de legitimación ante la sociedad) para así hacer posible la imposición de una pena. La aplicación de la norma de sanción, entonces, debe atender a la teoría de la pena que reside en ella¹⁴⁹. Sobre esto se volverá más adelante¹⁵⁰.

3. Por otro lado, si bien la idea de la infracción de la norma primaria como instancia previa a la aplicación de la norma secundaria es bastante expresiva de una relación lógica y cronológica entre ambas normas, no explica, a mi juicio, otras cuestiones que hay que tomar en cuenta. Así, la norma primaria subyacente al precepto penal correspondiente usualmente es una norma jurídica incompleta (esto es, un fragmento de norma) que debe

¹⁴⁷ VOGEL, *Norm*, 1993, 27.

¹⁴⁸ En mi opinión, el hecho merecedor de pena es el hecho típicamente antijurídico y culpable, esto es, un hecho lesivo jurídico-penalmente relevante como manifestación de la infracción de una norma primaria que es imputada personalmente al individuo. Con mayor detalle, *infra* Cap. IV.

¹⁴⁹ Posiblemente por esto (por la insuficiencia de la mera verificación de una infracción de la norma primaria para imponer una sanción), es que FRISCH, *Vorsatz*, 1983, 59, haya considerado que la norma de sanción, dirigida al aplicador del Derecho, dispone «en qué condiciones debe tener lugar una sanción determinada». Según FRISCH, se encuentran aquí los tipos de la parte especial del StGB (complementados por las disposiciones de la PG) o las reglas de indemnización por daños y perjuicios del Derecho civil. ZACZYK, GA 2014, 74, por su parte, va también en la dirección correcta: advierte que, en el Derecho penal, la pregunta sobre la legitimación del injusto se vincula con el concepto de la norma de conducta y la pregunta sobre la legitimación de la pena se relaciona con la norma de sanción. Atención a ROBLES PLANAS, en: SÁNCHEZ-OSTIZ/ROBLES PLANAS (Coords.), *Derecho penal contemporáneo*, 2010, 50-51, quien resalta que la aplicación de la norma secundaria alude al escenario de la imposición de la pena en concreto, «donde, como es lógico, ello no podía ni pude llevarse a cabo al margen de la adopción de una determinada teoría de la pena, cuyos acentos han variado considerablemente y sigue siendo hoy objeto de ulterior discusión».

¹⁵⁰ *Infra* Cap. III, 9.1 ss.

completarse con otras disposiciones de carácter procesal o de ejecución penal¹⁵¹. Que la norma secundaria solo entra en juego una vez que se ha infringido la norma primaria constituye una sintética afirmación que debe ser correctamente interpretada: el juez, conforme a las facultades conferidas en virtud de sus funciones y a los principios que las inspiran (*iura novit curia*)¹⁵², debe integrar las disposiciones propias del Derecho penal, del Derecho procesal penal y de ejecución penal para construir, en el marco del proceso penal, la norma completa cuya infracción constituye el presupuesto necesario (aunque no suficiente, como antes se dijo) para la imposición de una pena¹⁵³.

4. En líneas anteriores se ha señalado que tanto la norma primaria como la norma secundaria poseen distintos destinatarios: la primera se dirige al ciudadano y la segunda al juez. Esta es, en buena cuenta, y dicho de manera sintética, la posición mayoritaria en la doctrina jurídico-penal. Si bien considero esta comprensión en principio como correcta, pienso que es importante incorporar alguna explicación más profunda, específicamente, en lo referido a lo señalado para la norma secundaria. Considero aceptable la idea de que la norma secundaria, como norma de conducta, se dirige al juez. Pero de esta afirmación, a mi juicio, no sería posible excluir con rotundidad la apreciación de que la norma secundaria puede también tener efectos pragmáticos hacia el ciudadano (sin que se produzca, con este, una relación normativa). Esto se refleja, en mi opinión, en el marco de las usuales exposiciones sobre el principio de legalidad. Más adelante explicaré con amplitud que la norma secundaria se obtiene directamente del precepto penal. Si esta idea se admite —como hace la doctrina mayoritaria—, entonces tiene sentido la preocupación ampliamente difundida de que el principio de legalidad se erija como un criterio rector para la creación del precepto penal, pues se ha sostenido por muchas voces autorizadas que el principio de legalidad es una garantía al ciudadano¹⁵⁴. Por esto, considero que la norma

¹⁵¹ MEINI, *Lecciones*, 2014, 42.

¹⁵² El principio *iura novit curia* reza, según MONTORO BALLESTEROS, *EJH-Martínez Bernal*, 1980, 508, así: «Aunque las partes procesales, al presentar sus pretensiones ante el juez, deban hacer referencia a los preceptos jurídicos en los cuales se fundamentan aquellas, en el proceso, la determinación del derecho aplicable corresponde al juez, conforme al principio *iura novit curia*».

¹⁵³ Debe señalarse, con todo, que el mencionado proceso de reconstrucción, al ser un tema más amplio que excede las fronteras de esta investigación, no puede ser aquí abordado.

¹⁵⁴ Sobre esta idea, que puede encontrarse ya en BELING, por todos, ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 5/1 ss. En realidad, ROXIN señala que del principio de legalidad se derivan cuatro consecuencias (plasmadas en forma de «prohibiciones») del principio de legalidad: dos dirigidas al juez (la prohibición de analogía, la prohibición del Derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena) y dos dirigidas al legislador (la prohibición de retroactividad y la prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas). El principio de legalidad (bajo la difundida frase «*nulla poena sine lege*») fue formulado por primera vez por FEUERBACH,

secundaria irradia sus efectos, en términos pragmáticos, hacia el ciudadano, sin que este, evidentemente, pueda ser considerado destinatario de esa norma¹⁵⁵. De esta manera, que el principio de legalidad sea una garantía al ciudadano no significa que él sea destinatario de la norma secundaria, pues al individuo no se le exige conocer las disposiciones penales (algo a lo que sí está obligado el juez, pues incluso existe un principio que lo ordena, además de poder ser responsable, de ser el caso, por prevaricación –que es, para el juez, una norma terciaria–)¹⁵⁶. La garantía al ciudadano es que el juez aplicará el derecho a su caso. El ciudadano solo sigue siendo destinatario de la norma primaria. El juez, de la secundaria.

5. En todo caso, la doctrina jurídico-penal más reciente plantea algunas objeciones frente a la comprensión de la norma secundaria como una norma de conducta para el juez¹⁵⁷. Estas

Revision, t. I, 1799, 33 (donde formuló el principio, aunque en alemán); *Lehrbuch*, 1.ª ed., 1801, 33 (donde empleó por primera vez la fórmula latina). Una descripción de la aplicación del derecho antes de la vigencia del principio de legalidad (finales del siglo XVIII) puede encontrarse en SCHAFFSTEIN, *Verbrechen*, 1930, 39-43. Con todo, algunas referencias al principio de legalidad pueden encontrarse en HOBBS, *Leviathan*, 1651, c. XXVII, XXVIII, por lo que es posible que el mencionado principio tiene raíces ya en el siglo XVII. Al respecto, con más referencias, HRUSCHKA, *FS-Puppe*, 2011, 23, n. 29. SCHNEIDER, A., *Verhaltensnorm*, 2011, 38, señala, conforme al art. 103, párr. 2 GG, que «para el individuo debe ser evidente qué conducta está amenazada con una pena».

¹⁵⁵ Esta idea puede encontrarse ya en MAYER, M. E., AT, 1915, 34 ss. Recientemente, VARELA, *Dolo*, 2016, 116, n. 308, señala, a mi juicio, acertadamente: «(...) piénsese que la norma de sanción también posee una dimensión prospectiva para el ciudadano, y puede “hacer de norma de conducta” desde la amenaza de pena. La diferencia estaría en lo siguiente: mientras que la norma de conducta cumple una función determinativa de la conducta en el sentido propio de la determinación (basada en el valor), la norma de sanción lo hace en un sentido impropio de la determinación (basada en un desvalor: la amenaza de pena)».

¹⁵⁶ De esto se extrae, entonces, que el principio de legalidad no pueda ser consecuencia del principio de culpabilidad (sobre esta idea: si la culpabilidad presupone el conocimiento de la norma legal infringida, entonces es necesaria una previa incriminación legal del hecho). En efecto, hay dos razones, según BACIGALUPO, *Principios*, 4.ª ed., 1999, 47, para afirmar esto. Primero, el conocimiento de las normas de depende del derecho escrito, pues las normas del derecho no legislado también pueden ser conocidas. Segundo, el principio de culpabilidad no precisa del conocimiento de las consecuencias jurídicas (la punibilidad o incluso la medida de la pena).

¹⁵⁷ Así, por ejemplo, VARELA, *Dolo*, 2016, 117, afirma que la norma dirigida al juez no se deduce del propio precepto, sino de los reglamentos que establezcan las respectivas funciones judiciales. Así, señala: «Si entendemos, como se ha manifestado anteriormente, la norma de conducta como directiva de conducta librada al cumplimiento autorresponsable de la persona, la previsión de una sanción penal en caso de infracción de una norma primaria no contiene directiva de comportamiento alguno. Si de la estructura deóntica: “el que matare a otro será castigado con una pena de prisión de 10 a 15 años”, podemos deducir el supuesto típico “matar a otro” junto a la norma de conducta “no matar a otro” junto a la consecuencia jurídica “prisión de...”, no veo de dónde pueda deducirse la norma de conducta para el juez, excepto que se entienda que ésta se deduce del “será castigado...” (y como quienes castigan en un Estado de Derecho son los jueces, entonces, esta es la norma de conducta para ellos). Pero, y sin pretensiones de contrariar en extremo a lo que la doctrina viene sosteniendo al respecto, a mi juicio, la norma de conducta para los jueces que han de aplicar la norma de sanción se deriva de las funciones judiciales a los que ellos están sometidos por los reglamentos que regulan la función jurisdiccional». Parecido, MAÑALICH, RD 1, 2011, 91, donde señala: «El tribunal competente debe imponer la pena señalada por la norma de sanción al delito, pero no en virtud de esta misma norma de sanción, sino en virtud de las normas que le obligan, al desempeñar su magisterio, a fallar conforme a derecho». Estas apreciaciones reconocen algo que es correcto: el deber que se impone al juez,

opiniones parecen concentrarse en cuestionar la existencia de una directiva de comportamiento que emane de la previsión de una sanción penal. En ese sentido, algunas definiciones de la norma de sanción (aquí llamada preferentemente como norma secundaria) se presentan de manera bastante general, sin hacer referencia necesariamente a su naturaleza prescriptiva, aunque sí señalando expresamente que contienen los presupuestos que deben ser cumplidos para la imposición de una pena¹⁵⁸. En ese sentido, se ha utilizado una definición bastante amplia de norma de sanción: esta sería aquella que establece las condiciones sobre las cuales una determinada sanción (esto es, la pena) debe ser aplicada a un individuo¹⁵⁹.

6. En el ámbito de la norma secundaria es donde se integran las denominadas «reglas de imputación»¹⁶⁰. En efecto, si la norma secundaria solo entra en juego después de la infracción de la norma primaria, y la norma secundaria implica la imposición de un deber al juez de reaccionar de alguna manera (como antes se dijo, ese deber es un deber de juzgar), entonces el juez, en la medida que es el llamado a declarar la responsabilidad (penal) por un determinado hecho, debe imputar, como condición necesaria de tal declaración, la infracción de la norma primaria a un individuo¹⁶¹. Las reflexiones

consistente en aplicar del Derecho, proviene del deber estatal de garantía de justicia (*staatliche Justizgewährleistungspflicht*). Por tanto, como correctamente señala ALTENHEIN, *Anschlußdelikt*, 2002, 308 s., la norma secundaria, si bien «concretiza el contenido del derecho y del deber en el caso concreto, no los fundamenta». Por su parte, ya THON, *Rechtsnorm*, 1878, 10, n. 26, sostuvo que «El juez lesiona su deber judicial general (*allgemeine Richterpflicht*) mediante el incumplimiento de la orden especial complementaria asignada a él a través de toda ley penal». En todo caso, las inquietudes planteadas por VARELA no son, a mi juicio, decisivas para afirmar la existencia de una norma secundaria que impone un deber al juez, pues, como señala SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.^a ed., 2010, 508, «tal cosa resulta de poner en relación aquellos enunciados con otros preceptos del ordenamiento jurídico que atribuyen precisamente a los jueces la misión de imponer las penas previstas por la ley».

¹⁵⁸ Así, por todos, SCHNEIDER, A., *Verhaltensnorm*, 2011, 37, que señala que «las normas de sanción son reglas abstractas que disponen consecuencias jurídicas para una determinada infracción a un deber de conducta». Esta autora alude a «reglas abstractas» («*abstrakte Regelungen*») y no a normas, con lo que podría querer señalar que no se trata aquí necesariamente de mensajes prescriptivos.

¹⁵⁹ VOGEL, *Norm*, 1993, 27 ss.; MAÑALICH, *Nötigung*, 2009, 24 ss.

¹⁶⁰ Esto, a mi juicio, tiene que ver con el hecho de que se considere que las reglas de imputación no se dirigen al ciudadano común, sino concretamente a los jueces. Al respecto, por todos, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 13, 29 ss.

¹⁶¹ La ya mencionada distinción entre reglas de conducta y reglas de imputación, propuesta por HRUSCHKA, tendrían una relación tanto con la norma primaria y la norma secundaria: la regla de conducta puede ser vista desde la prospectiva (función de configuración), y desde la retrospectiva (función de baremo de medición). Si no entiendo mal, la aquí denominada «norma primaria» parecería corresponderse con la regla de conducta en sus dos dimensiones (prospectiva y retrospectiva). Sin embargo, las reglas de imputación, como antes se dijo, al regir, sobre todo, en la retrospectiva (en el procedimiento para imputar responsabilidad por un hecho) parecen vincularse más a la norma secundaria que también posee esa misma mirada al pasado. Pues bien, al respecto, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 393, n. 18, señala que la norma de sanción (denominada preferiblemente «norma secundaria» en esta investigación) «incluirla tanto reglas de imputación como reglas de conducta -éstas, para la desvaloración de la conducta efectuada-». Con todo, las reglas de imputación,

desarrolladas en el capítulo anterior, en el que se abordó lo referido a las teorías de la norma y a las teorías de la imputación, permitió reconocer que mientras la idea de infracción se reduce a la relación normativa entre la norma y el infractor, la imputación hace posible la introducción de criterios referidos a la sociedad. Esto, a mi modo de ver, se refleja en la norma secundaria conforme a cómo esta es entendida en la investigación: una norma de conducta dirigida al juez para imponerle un deber de juzgar, esto es, de resolver un determinado conflicto de relevancia jurídico-penal¹⁶². De esta manera, el juez emplea reglas de imputación para atribuir personalmente a un individuo la infracción de un deber impuesto por la norma primaria y, en definitiva, para afirmar la existencia de un hecho típicamente antijurídico y culpable desde la perspectiva del merecimiento de pena¹⁶³.

4. Funciones de la norma primaria y de la norma secundaria.

1. Habiendo desarrollado los principales aspectos de la norma primaria y la norma secundaria, deben explicarse seguidamente cuáles son las funciones que posee cada una de ellas. Ya se han adelantado algunas ideas importantes que aún deben ser profundizadas. Lo que a continuación se expondrá puede ser aplicable tanto a la norma primaria como a la norma secundaria pues, como antes se dijo, estas son, en realidad, normas de conducta: una dirigida al ciudadano y otra dirigida al juez. La norma, como instrumento de modificación de la realidad, es un mensaje prescriptivo dirigido al destinatario para regular su comportamiento, esto es, para que realice una conducta mandada o para que omita una conducta prohibida. Esta afirmación evoca la idea consistente en que la norma jurídico-

según el mismo SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 394, n. 19, también regirían en la prospectiva, «pues el sujeto imputante cuenta con pautas para imputar correctamente. Dichas reglas de imputación son contingentes (pueden seguirse o dejar de seguirse), pero si se desea efectuar correctamente la imputación (...), han de ser seguidas. En el ámbito jurídico-penal, las reglas de imputación vienen dotadas de fuerza penal vinculante (la amenaza penal del delito de prevaricación (...))».

¹⁶² Debo incidir en que no se trata, como se afirma comúnmente, de un «deber de sancionar» impuesto al juez ante la infracción previa de una norma primaria. De esta opinión era, por ejemplo, MIR PUIG, *Función*, 2.^a ed., 1982, 43.

¹⁶³ Si no he entendido mal, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 393, n. 18, considera que la norma de sanción, al operar en la retrospectiva, contiene no solo las reglas de imputación, sino también la regla de conducta en su función de baremo de medición, esto es, según explica el citado autor en otro lugar de su investigación (SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 393, n. 20), una «función valorativa». Si esto supone que la regla funciona como una «norma de valoración» (cuya existencia como norma, conforme a lo antes argumentado, es insostenible), entonces no puedo estar de acuerdo con su planteamiento. La norma de sanción no recoge ninguna norma de valoración, pues el momento valorativo es subyacente a la norma primaria (norma de determinación que sí puede ser infringida).

penal como norma de determinación posee la función de motivación¹⁶⁴ (o determinación). Pues bien, aunque más adelante me encargaré de abordar específicos aspectos posiblemente más profundos (referidos principalmente a las cuestiones que a mi juicio se encuentran detrás de la expresión «infracción de la norma»), aquí es importante adelantar que, en mi opinión, la norma dirige el comportamiento individual: si se estima como acertada la idea de que una norma jurídico-penal es una norma de determinación, entonces ha de considerarse también como correcto que aquella se constituye como un factor con el que se orientan las conductas externas de sus destinatarios.

2. La norma de determinación, como se ha señalado, es más que una razón para actuar u omitir: es una razón excluyente para actuar u omitir. Que sea una razón excluyente evoca la problemática expuesta por RAZ, referida a cómo resolver un conflicto de razones (entre razones de primer orden o entre razones de primer y segundo orden)¹⁶⁵. Aquí interesa el escenario en el que hay un conflicto entre una razón de primer orden y una razón de segundo orden, caso en el que aquel se resuelve «no por la fuerza de las razones en competencia sino por un principio general de razonamiento práctico que determina que las razones excluyentes prevalecen siempre cuando están en conflicto con razones de primer orden»¹⁶⁶. Conforme a esto, una norma de determinación sería una razón excluyente (y por eso razón de segundo orden) para actuar u omitir¹⁶⁷. En efecto, aquella norma es una razón excluyente pues excluye otras razones eventualmente concurrentes, por lo que, en caso de

¹⁶⁴ Se emplea «fin» y no «función» pues el primer término evoca a un auténtico fin normativo (más que a una mera «función» empírica), cuya realización posee efectos legitimadores. Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 569, n. 191.

¹⁶⁵ RAZ, *Practical reason*, 2.ª ed., 1990, 35.

¹⁶⁶ RAZ, *Practical reason*, 2.ª ed., 1990, 40.

¹⁶⁷ Puede aquí plantarse un ejemplo para facilitar la comprensión del planteamiento ofrecido por RAZ y que puede ser de utilidad para esta investigación. X es un hombre desempleado que, al no conseguir una oportunidad laboral, decide realizar robos para así sobrevivir. Pues bien, X podría, por ejemplo, dedicarse a trabajar como sastre, al haberse desempeñado como tal hace muchos años. El conflicto entre «no tener trabajo» y «trabajar como sastre» sería, según RAZ, un conflicto de razones de primer orden que habría que solucionar en ese marco sobre la base de un balance de razones. Ahora bien, X, sobre la base de no tener trabajo, decide perpetrar robos para sobrevivir. Si «no tener trabajo» es una razón para que X robe y la norma «¡No debes apropiarte de bienes ajenos!» es una razón excluyente para que él no actúe (es decir, para que no robe) sobre la base de la razón «no tener trabajo», entonces «no tener trabajo» y (la norma) «¡No debes apropiarte de bienes ajenos!» no son razones estrictamente en conflicto. La norma «¡No debes apropiarte de bienes ajenos!» no es una razón para no robar, sino que es una razón para no robar por la razón de «no tener trabajo». El conflicto entre «no tener trabajo» y (la norma) «¡No debes apropiarte de bienes ajenos!» es un conflicto entre una razón de primer orden y una razón excluyente de segundo orden, donde la segunda, al ser una razón excluyente, siempre debe prevalecer al estar en conflicto con una razón de primer orden.

seguir una razón que debía ser excluida, quien convierte esa razón en motivo para actuar u omitir ha de ser responsable por ello¹⁶⁸.

3. La función de la norma, consistente en dirigir la conducta del individuo, no debe entenderse como alcanzable mediante la imposición por la fuerza, sino como lograda mediante un mensaje prescriptivo dirigido al individuo para que este lo advierta como una razón excluyente para actuar u omitir. Ya se ha explicado antes que la prohibición o el mandato poseen como antecedente lógico un estado de cosas valorado positivamente por el legislador (y que es conforme a los objetos que se valoran en un Estado de Derecho). En esa línea, tal estado de cosas debe reflejar la opinión general de la comunidad en la que el legislador pretende instaurar la existencia de los mandatos y las prohibiciones¹⁶⁹. Es importante señalar que aquí no interesa si los miembros de la comunidad comparten mínimamente o no la importancia de los estados de cosas valorados positivamente: lo que realmente importa es que los miembros de la comunidad no realicen comportamientos externos que reflejen una oposición a las conductas que las normas mandan o prohíben¹⁷⁰. En todo caso, vale la pena destacar que, si la norma primaria es, como se dijo, una razón excluyente para actuar u omitir, es porque se trata de un mensaje prescriptivo que en definitiva apela al raciocinio del destinatario: que la norma de determinación sea infringida o no depende única y exclusivamente, en última instancia, del propio individuo. La norma no motiva directamente a los individuos si estos no se dejan motivar por ella¹⁷¹. No todo lo que comunica la norma es admitido por cada consciencia individual, sino que esta resuelve, de manera autónoma y selectiva, qué significado tiene para ella la información

¹⁶⁸ Como puede preverse, una situación de justificación evocaría a un supuesto de conflicto entre razones de segundo orden, situación que RAZ, *Practical reason*, 2.ª ed., 1990, 40, reconoce expresamente: «una razón excluyente puede además estar en conflicto y ser superada por otra razón de segundo orden».

¹⁶⁹ Como ejemplo de norma primaria puede mencionarse aquí a la prohibición de matar, consagrada en la norma «¡No debes matar!», que tiene como sustento el valor del bien jurídico «vida individual». Por su parte, como ejemplo de norma secundaria puede aludirse aquí al deber de juzgar, consagrado en la norma «¡Debes imponer una sentencia basada en Derecho!», que se edifica sobre el valor del bien jurídico «función pública ejercitada conforme al interés general conforme a la legalidad existente». Ambos escenarios se refieren a valores asentados en el seno de la propia comunidad y entendidos como necesidades compartidas por todos.

¹⁷⁰ A la norma primaria no le interesa si una persona comparte la idea de que el respeto de la vida ajena es un asunto que debe promoverse o que la protección jurídica de la vida ajena es un asunto de relevancia social. A un individuo no se le puede exigir aceptar que el respeto por un bien jurídico como la vida individual es importante en la medida que permite a todos los miembros de la comunidad desarrollarse y reconocerse como personas. Inclusive, una persona puede estar absolutamente en desacuerdo con la protección jurídica de la vida o inclusive tener una específica posición contraria a la norma en casos problemáticos. Lo que realmente interesa es que el individuo no realice los comportamientos externos que la norma prohíbe o que aquel realice los comportamientos externos que la norma manda.

¹⁷¹ FELIÓ SÁNCHEZ, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. I, 2008, 288. En el mismo sentido, al parecer, SÁNCHEZ-OSTIZ, *RPolCrim* 24, 2017, 1217, n. 27.

normativa¹⁷². Si el lenguaje prescriptivo implica necesariamente la libertad del individuo a quien se dirige para decidir el curso de su conducta¹⁷³, y si la norma jurídico-penal es una expresión del lenguaje prescriptivo, entonces esta (la norma de determinación) se sostiene tanto en la libertad del destinatario como en la consecuente autorresponsabilidad por la infracción de aquella¹⁷⁴. Dicho de otra manera: el individuo (el destinatario de la norma de determinación) tiene la libertad para establecer qué razones transforma en motivos, así como la autorresponsabilidad de asumir las consecuencias de haber transformado en motivos otras razones distintas a las ofrecidas por las normas jurídico-penales.

4. Que se diga que la norma pretende motivar al destinatario no supone en absoluto admitir que aquella busque que en el sujeto se produzca algún tipo de aceptación interna de los criterios valorativos subyacentes al mensaje prescriptivo. Si se entiende que la intervención del Derecho penal, para ser legítima, debe estar sometida a determinados límites, entonces será posible decir que la imposición de una aceptación interna de determinados criterios valorativos (por más que estos sean imperantes en la sociedad o que sean ampliamente compartidos por los integrantes en la sociedad) representaría una superación injustificable de tales límites. Y si se acepta que la norma jurídico-penal como norma de determinación no tiene la función de imponer valoraciones internas a su destinatario, entonces habrá que admitir que la infracción de la norma (esto es, la contrariedad al deber que esta impone) no está sometida a una determinada postura personal del individuo¹⁷⁵. La norma de

¹⁷² FEIJÓO SÁNCHEZ, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. I, 2008, 288. También, MANSO PORTO, *Desconocimiento*, 1999, 43 donde señala: «Si en el autor el seguimiento de la norma fuese el motivo dominante, evitaría las consecuencias antijurídicas que le son conocidas, pero, además, primero reconocería semejante comportamiento y sus consecuencias como antijurídicos».

¹⁷³ HIERRO, *Eficacia*, 2003, 16.

¹⁷⁴ Soy absolutamente consciente de la amplísima discusión existente acerca de la admisión de la idea de libertad o no, esto es, el conocido debate sobre si los individuos están determinados o no lo están. En esta investigación, por obvias razones, no podría dedicarme a una profundización de este tema: concentrar esfuerzos en ello me llevaría a ampliar innecesariamente esta investigación (ya lo suficientemente extensa) así como orientarme al análisis de los más recientes estudios sobre el cerebro, lo que demandaría un tiempo bastante considerable para entenderlos. No creo tener la suficiente capacidad como para siquiera intentar brindar una respuesta a este problema que, al parecer, se ha renovado con las últimas aportaciones desde el ámbito de las neurociencias. Sin embargo, creo que sí puedo esbozar unas breves ideas, meramente referenciales, sobre el tema, las que serán ampliadas en un capítulo posterior. Aquí solo me podría limitar a decir que, conforme al punto de partida, la admisión de las normas supone necesariamente admitir una libertad en el destinatario para cumplirlas o no. El debate, entonces, se concentraría en los alcances de esa libertad que se admite como punto de partida.

¹⁷⁵ STRATENWERTH, *Acción*, 1991, 31, quien señala, sobre cualquier pretensión del Estado de incidir sobre la formación moral del individuo, que «tal actividad preceptora del Estado entra en una contradicción irresoluble, en todo caso, con el reconocimiento del individuo como persona autorresponsable, cuando es ejercida con coerción, sin estar referida a una lesión del orden social». LAURENZO COPELLO, *Dolo*, 1999, 241, quien advierte que: «si se admite que las normas penales no tienen la función de imponer determinadas

determinación está referida únicamente a la orientación de la conducta externa del destinatario, en la medida que esto resulte necesario para la protección de bienes jurídicos. Así como la norma de determinación supone una limitación de la libertad de acción del destinatario (desde la perspectiva externa), de tal manera que no se produzcan modificaciones de la realidad entendidas como desvaloradas, lo importante (para el Derecho penal) será que el destinatario no realice externamente las conductas prohibidas o realice externamente las conductas mandadas. La valoración interna que el individuo pueda tener sobre los mandatos y prohibiciones es algo que pertenece a su esfera privada, impenetrable por el Derecho penal¹⁷⁶.

5. El que aquí se entienda que la norma dirigida al individuo es una razón excluyente para actuar u omitir brinda algunos lineamientos para comprender el fenómeno del cumplimiento de la norma (y diferenciarlo de la mera «coincidencia»)¹⁷⁷. En efecto, dado que la discusión sobre la norma corresponde a una en la que se analiza en buena cuenta el razonamiento jurídico como razonamiento práctico, al aludir al cumplimiento de una norma se hace referencia esencialmente a su eficacia. En ese sentido, ante la diferenciación entre eficacia interna (referida a la capacidad jurídica de las normas para producir efectos jurídicos) y eficacia externa (relativa a la eficacia de la norma jurídica para motivar al destinatario o, en su defecto, para ocasionar una determinada consecuencia –como una sanción– sobre el destinatario que incumple la norma jurídica), aquí interesa esta última: la eficacia «externa», «sociológica» o «material» de la norma jurídica¹⁷⁸. Pues bien, la argumentación puede iniciarse aludiendo al concepto de «correspondencia» (como sentido más amplio y sencillo del que se puede hablar de eficacia –externa– de una norma), que establece «que la acción que la norma prescribe es, en la realidad, la acción que realizan los destinatarios de la norma»¹⁷⁹. Esta correspondencia puede producirse tanto cuando el agente desconoce la norma como cuando conociéndola, la hace una razón excluyente para

valoraciones internas a los ciudadanos, deberá convenirse en que esas posturas personales son irrelevantes de cara a establecer su lesión». Por su parte, GRECO, *Teoría de la pena*, 2014, 154, quien dice: «(...) la llamada voluntad hostil al Derecho también es legítima, en la medida en que no se transforme en hechos».

¹⁷⁶ LAURENZO COPELLO, *Dolo*, 1999, 242.

¹⁷⁷ Al respecto, HIERRO, *Eficacia*, 2003, 71 ss.

¹⁷⁸ Propone esta clasificación (entre eficacia interna y eficacia externa), HIERRO, *Eficacia*, 2003, 71 ss. También se utiliza, con la misma finalidad, los términos «eficacia formal» y «eficacia material». El citado autor señala además que la eficacia interna, al aludir a las condiciones necesarias que regulan su producción, es una idea separable difícilmente de la de «validez».

¹⁷⁹ HIERRO, *Eficacia*, 2003, 76. Por su parte, BAYÓN MOHINO, *Normatividad*, 1991, 460, n. 299, denomina «conformidad» a la «correspondencia».

actuar u omitir. En el primer escenario se estaría ante una «coincidencia»¹⁸⁰ y, en el segundo, ante un «cumplimiento»¹⁸¹. Esta distinción es importante pues, como puede preverse, la coincidencia es un nivel de eficacia distinto que el que tiene que ver con el cumplimiento (que tendría un nivel de eficacia más restringido), pues este, como se dijo, precisa del conocimiento del mandato o prohibición¹⁸². En el cumplimiento «lo que se trata de identificar es la relación motivacional que se produce entre una norma jurídica que, conocida por su destinatario, opera como razón o, al menos como una de las razones, para llevar a cabo un determinado curso de acción»¹⁸³.

5. Relación entre la norma primaria y la norma secundaria.

1. Generalmente se sostiene que la amenaza e imposición de sanciones otorga eficacia a las normas, por lo que estas deben contener necesariamente el elemento de la conminación penal¹⁸⁴. En la teoría del Derecho, el cumplimiento de la norma por temor a la sanción constituye «el motivo más típico, cuando no único, de cumplimiento prudencial o por razones de utilidad»¹⁸⁵. En los últimos tiempos, sin embargo, se ha señalado, en sentido crítico, que la norma primaria no necesariamente desempeña una función de motivación, pues, en realidad, esta podría ser solo una mera pretensión de su parte¹⁸⁶. Parece ser que opiniones como esta dependen mucho de la propia comprensión que se tenga sobre los alcances de la idea de «motivación» y, específicamente, de lo referido a si la norma primaria, dirigida al ciudadano, contiene o no, dentro de su propia definición, a la amenaza

¹⁸⁰ HIERRO, *Eficacia*, 2003, 76. Como bien indica este autor, la coincidencia es «la correspondencia de la conducta con las reglas cuando no es el resultado de la obediencia».

¹⁸¹ HIERRO, *Eficacia*, 2003, 76. Esto coincide con lo que HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría general del Derecho*, 1989, 303, denomina «obediencia».

¹⁸² Este es precisamente el problema: los individuos por lo general no conocen las normas jurídicas. Si esto es así, las normas no podrían cumplir la función a ellas atribuida, esto es, la de dirigir conductas. Al respecto, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, 56. Aquí entra en juego el planteamiento consistente en que no son las normas jurídicas, sino los valores de la moral social, reconocidos por la sociedad, los que se encargarían, en primera instancia, de dirigir conductas, como se verá más adelante.

¹⁸³ HIERRO, *Eficacia*, 2003, 83. También, BAYÓN MOHINO, *Normatividad*, 1991, 460, n. 299, quien (refiriéndose a la «obediencia» a lo que aquí se señala como «cumplimiento») señala que «Cuando hay “obediencia”, por el contrario, el conocimiento de que la regla existe y le es aplicable ha ejercido sobre el sujeto una influencia determinante (de algún tipo, sea meramente porque ha alterado su cálculo prudencial o porque la acepta), de manera que la inexistencia o la ignorancia de la regla habría tenido un efecto diferencial sobre su conducta».

¹⁸⁴ Al respecto, por todos, RENZIKOWSKI, en: MATT/RENIKOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, Introducción, nm. 2.

¹⁸⁵ HIERRO, *Eficacia*, 2003, 99, quien señala además que en tal motivo concurren tres paradigmas: uno teórico, uno sociológico y uno económico.

¹⁸⁶ Así, por todos, VARELA, *Dolo*, 2016, 105.

de pena o conminación penal. Precisamente, un asunto estrechamente relacionado con esto es el que tiene que ver con la discusión sobre si la norma jurídico-penal es independiente de la conminación penal o si la necesita inexorablemente para poseer la condición de norma jurídica. En esta investigación se asume como correcta la idea de que la norma primaria es independiente de la conminación penal, por lo que, en el marco de la referida discusión, en la que se debate si la norma jurídico-penal sigue un *modelo standard* («*Standard-Modell*») o un *modelo de la sanción* («*Sanktionsmodell*»)¹⁸⁷, acepto como correcta a la primera orientación. Y esto por varios motivos.

2.1.1. En primer lugar, parece ser común sostener que generalmente los miembros de la comunidad no cometen delitos debido a la existencia de mandatos o prohibiciones (con respaldo jurídico) que cumplen una importante función social (protección de bienes jurídicos). Pero, más allá de esta afirmación, los mandatos o prohibiciones jurídico-penales tienen éxito porque constituyen un reflejo de las convenciones sociales. Esta idea merece una amplia explicación. Un importante sector dentro de la ciencia jurídico-penal ha desarrollado la idea de que resultaría irreal sostener que la norma se dirige directamente a los ciudadanos, ya que, por lo general, estos no conocen las leyes penales, por lo que no podría predicarse de ellas alguna función directiva de conductas. Se estaría, entonces, frente a una especie de *paradoja*: aunque se afirme que las normas penales dirigen

¹⁸⁷ ENGLÄNDER, RW 2, 2013, 194 ss. ha reconocido la existencia de dos modelos en la doctrina: el *modelo standard* («*Standard-Modell*») y el *modelo de la sanción* («*Sanktionsmodell*»). Según ENGLÄNDER, mientras en el primero «la sanción es algo que se agrega a la norma, pero que no la constituye (...) La sanción no fundamenta o justifica la prohibición (el “ser prohibido” [*das Verboten-Sein*]) de una determinada conducta, sino que presupone lo siguiente: la conducta es sancionada pues contravino una norma», en el segundo «la sanción no se separa de la norma; más bien, conforme a esta, norma y sanción están indisolublemente unidos el uno con el otro (...) la sanción no solo le concede eficacia a la norma, sino que la genera». Dicho de otra manera: mientras en el primer modelo una conducta se sanciona pues infringe una norma (la sanción se «agrega» a la norma, como un mero componente), en el segundo modelo no existe norma sin sanción (la sanción es componente integral de una norma). Algunos de los representantes del *Standard-Modell* (con sus respectivos matices) son, según ENGLÄNDER, autores como HOBBS, *De Cive*, 1642, Cap. XIV, VIII, 237 (quien consideraba que una prohibición sin una amenaza de pena sería inútil), RAZ, *Practical reason*, 2.ª ed., 1990, 157 ss. y HOERSTER, *Ethik*, 2003, 50 ss. En todo caso, como bien sostiene ENGLÄNDER, existe conformidad (a pesar de los diferentes pareceres) con la idea de que la sanción es algo que se agrega a la norma, pero que no la constituye. Por otro lado, autores que pueden considerarse como defensores del *Sanktionsmodell* son AUSTIN, *Jurisprudence*, 1832, 5 ss., KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., 1960, 114 ss.; NORMEN, 1979, 43 ss.; STEMMER, *Handeln*, 2000, 39 ss., 73 ss.; *Normativität*, 2008, 175 ss.; TUGENDHAT, *Ethik*, 1993, 39 ss. y, en el Derecho penal, HOYER, *Strafrechtsdogmatik*, 1997, 42 ss. Principalmente, el trabajo de STEMMER parece ser en la actualidad la obra que representa el mayor desafío para los defensores de un *Standard-Modell*. Al respecto, ENGLÄNDER, RW, 2, 2013, 195. En la misma dirección, RENZIOWSKI, en: MATT/RENZIOWSKI, *StGB*, 2013, Introducción, nm. 3, n. 7, reconoce como defensores de una teoría monista de la sanción (*monistischen Sanktionstheorie der Normen*) además de KELSEN y HOYER, a SCHMIDHÄUSER, *Strafgesetze*, 1988, 36 ss.; ALWART, *Recht und Handlung*, 1987, 146 ss. y RÖTTGER, *Unrechtsbegründung*, 1993, 236 ss.

conductas (por lo que el destinatario de la norma debería conocerla), se admite generalmente que los individuos no conocen los mandatos o prohibiciones penales. Por lo tanto, en el seno de ese sector doctrinal se afirma que mientras a los ciudadanos se les dirige las normas de la moral social (esto es, de todo el conjunto de valores reconocidos en la sociedad), las normas jurídicas se dirigen a los órganos del Estado¹⁸⁸. A mi modo de ver, resulta innegable el hecho de que las normas jurídico-penales en muchas ocasiones tienen el mismo objeto de protección que las normas morales. Y esto es así pues si la legislación penal desea ser efectiva, debería atender a la moralidad prevaleciente en la correspondiente sociedad. Al respecto, ya WELZEL había dicho que «si lo que es mandado como recto jurídicamente no estuviera en concordancia con lo que es mandado como recto moralmente, sería imposible un obrar social unitario dotado de sentido»¹⁸⁹.

2.1.2. Sin embargo, si bien muchas conductas que expresan una infracción a la moral social también son desvaloradas y prohibidas jurídico-penalmente, este no es siempre el caso: una norma penal no tiene por qué suponer la existencia de una norma moral subyacente¹⁹⁰. El planteamiento antes comentado, precisamente, no puede retratar la diferencia entre el comportamiento legalmente prescrito y el comportamiento moralmente requerido¹⁹¹. Y esta es una consecuencia indeseable si se admite como punto de partida que no todas las conductas que suponen una infracción a la moral social implican también la imposición a su autor de una sanción estatal¹⁹². En todo caso, lo que es necesario admitir aquí es que la norma primaria tiene una función preventiva en sí misma: es el propio mandato o la propia prohibición la que ejerce fuerza suficiente para determinar una conducta, aunque, como

¹⁸⁸ Se trata claramente de la idea subyacente al planteamiento de MAYER, M. E., *Rechtsnormen*, 1903, 6 ss. Al respecto, SCHMIDHÄUSER, *Strafgesetze*, 1988, 36 ss.; ALWART, *Recht und Handlung*, 1987, 146 ss.; RÖTTGER, *Unrechtsbegründung*, 1993, 238 ss.; SCHROTH, *Vorsatz*, 1998, 20.

¹⁸⁹ WELZEL, *Naturrecht*, 4.ª ed., 1962, 167 (=Introducción, 2005, 225). Parecen compartir esta orientación, entre otros, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 344; VOGEL, *Norm*, 1993, 32; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, 56.

¹⁹⁰ Precisamente, una de las críticas a la teoría de las normas (dualista) consiste en la imposibilidad de distinción entre normas jurídicas y morales. Al respecto, SCHMID, *Tatbestand*, 2002, 62 ss.

¹⁹¹ RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, 56. El Derecho penal no puede ser entendido como un sistema consistente en sanciones a imponer a las infracciones de las normas de la moral social, como pretendía SCHMIDHÄUSER. Precisamente, conforme a HOERSTER, *JZ* 1989, 11, el principal error de SCHMIDHÄUSER consistió en sustituir la norma penal por el llamado «orden jurídico social» («*gesellschaftliche Rechtsordnung*»), lo que tuvo como consecuencia que los deberes o prohibiciones jurídicos dirigidas al individuo se deducen de la moral social («*Sozialmoral*»). Según HOERSTER, *JZ* 1989, 11, todo precepto penal puede separarse de la moral social, aunque pueda discutirse si es inteligente, ético o incluso democrático que el legislador obre de esa manera.

¹⁹² Por ello, como señala RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, 56, disfrutar de la desgracia ajena puede ser moralmente reprochable, pero en la medida que ese hecho no represente un peligro para un bien jurídico, no podrá ser recogido por una norma penal para su prohibición fortalecida mediante una pena.

puede preverse, la relación entre la norma jurídica que contiene el mandato o la prohibición y el ciudadano se realice de manera indirecta o mediata (a través de mecanismos sociales de aprendizaje y socialización)¹⁹³. Y esto es precisamente así por el mencionado reflejo de las convenciones sociales en las normas primarias¹⁹⁴.

2.2.1. En segundo lugar, aceptar que una norma primaria contiene la conminación penal supondría un desconocimiento de la racionalidad valorativa de las personas y su libertad de elección¹⁹⁵. Como antes se dijo, la norma no opera a la fuerza, sino que apela al raciocinio del destinatario, que atribuye sentido y valor independiente al propio mandato o a la propia prohibición. De esto cabe deducir que la simple razón de la conminación penal no constituye de manera exclusiva y excluyente una razón para actuar u omitir. Hasta donde alcanzo a entender, no necesariamente una persona omite la realización de un delito debido al temor a la amenaza de pena o, por lo menos, no exclusivamente por eso¹⁹⁶. Si fuera así, habría que reconocer que la norma primaria (el propio mandato o la propia prohibición) no sería una razón suficiente para constituirse como pauta de orientación en la vida social¹⁹⁷. En ese sentido, si se señalara que la existencia de una conminación penal es el único elemento en el que se sostiene la motivación para actuar conforme a Derecho, entonces habría que aceptar necesariamente dos cuestiones. Primero, habría que pasar por alto la autonomía del individuo, pues si se considera que la conminación penal comunica razones para actuar u omitir, y la conminación penal es ya coacción (pues limita la libertad de ciudadano), entonces la comprensión de lo justo y lo injusto por parte de los ciudadanos

¹⁹³ Al respecto, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Pena*, 2014, 263 s. señala que «La convivencia se modela más por obra del hábito (muchas veces condicionado por creencias o prejuicios de lo más variado) que por la eficacia directa de las normas. Las personas se dejan orientar más por reglas sociales –que no siempre se corresponden con las penales– o por otros factores que directamente por normas cuya infracción se encuentre sancionada con una pena». En el mismo sentido, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 627, n. 43, quien, estando de acuerdo con la idea de que el conocimiento de las normas básicas del Derecho penal no se logra mediante una lectura directa del Código Penal, sino por medio de la educación general, afirma que esto «no debe hacer pensar que no se trate de normas jurídicas sino de cultura, como pretendía Mayer. Las normas jurídicas básicas no pertenecen a un mundo distinto del de la propia sociedad. Nacen en ella y sirven para ella. En realidad, son una parte más de su estructura básica, y por ello es norma que se conozcan por los habituales cauces de transmisión del conocimiento social».

¹⁹⁴ Al respecto, BAJO FERNÁNDEZ, *EPC 1*, 1977, 48, quien, en su crítica a la teoría de la motivación, señala: «(...) no se trata de negar la función preventiva que indudablemente cumple y debe cumplir el Derecho penal. Lo que queremos advertir es que tal función se cumple no porque la norma jurídica sea un mandato dirigido al súbdito bajo amenaza de sanción, sino porque es *dictamen de razón* que nace del propio sentir comunitario, es decir, coincidente con unas convicciones cuyo papel preventivo es indudable» (cursiva en el original). También, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 492 s.

¹⁹⁵ VARELA, *Dolo*, 2016, 114.

¹⁹⁶ HÖRNLE, *Straftheorien*, 2.ª ed., 2017, 12, donde señala: «Naturalmente, sería poco plausible aceptar que la conducta humana es influida en primer lugar o de manera exclusiva por las leyes penales».

¹⁹⁷ VARELA, *Dolo*, 2016, 114.

sería impulsada por el Estado mediante un medio (la coacción que representa la conminación penal) que desconoce otros menos invasivos y respetuosos de la autonomía del ciudadano¹⁹⁸. Segundo, habría que aceptar que los ciudadanos deben conocer en todo caso el Derecho. En efecto, si la conminación penal es el elemento que debe motivar la conducta de los ciudadanos, entonces estos deberían conocer qué hechos están amenazados con pena para, de esa manera, omitir su realización. Este planteamiento, evidentemente, carece de plausibilidad. No solo porque a los ciudadanos no se les exige en todo caso el conocimiento del Derecho¹⁹⁹, sino también porque, en última instancia, habría que reconocer, de manera pesimista, que los ciudadanos no cometen delitos solo por temor a ser sancionados con una pena y no porque les interese la indemnidad de los bienes jurídicos²⁰⁰. Esto es, se actúa conforme al Derecho no por la causa del temor o la prudencia, sino por la moralidad²⁰¹.

¹⁹⁸ Esta es, precisamente, la principal deficiencia de la teoría dominante de la prevención general positiva. Pese a las diversas formulaciones sobre esa, la teoría esencialmente consiste en justificar la conminación penal afirmando en que esta comunicaría razones morales (en sentido amplio) para actuar. Sin embargo, resulta inadmisibles «ayudar» al ciudadano a entrar en razón (esto es, «educarlo» para comprender lo justo y lo injusto) por medio de la conminación penal que, en buena cuenta, ya es coacción. Como bien señala GRECO, *Teoría de la pena*, 2015, 320, «no está permitido educar mediante coacción».

¹⁹⁹ Esta afirmación no supone desconocer no solo que el Estado posee la competencia de hacer conocer las leyes, sino también que al ciudadano prudente le incumbe informarse sobre los riesgos de su actuar y, principalmente, de las consecuencias (eventualmente, punibles) de tales riesgos. Pero en la medida que se reconozcan grados de desconocimiento por parte del ciudadano (en esto radica la dogmática del error de prohibición), entonces una afirmación absoluta como la que reza «el ciudadano debe conocer el Derecho» resulta insostenible.

²⁰⁰ VARELA, *Dolo*, 2016, 114, señala: «Ello supondría, por ejemplo, afirmar el siguiente absurdo: un conductor prudente no lo es porque quiera evitar resultados lesivos para terceros, esto es, porque respete la vida humana ajena (y la propia), o la seguridad del tráfico automotor, sino, por el contrario, es prudente porque le tiene miedo a la pena (= tiene más miedo al castigo que, a producir la muerte de terceras personas en el accidente)». Esto, a mi juicio, no tendría que conducir a un moralismo individual inadmisibles. Conforme a la autonomía del ciudadano este tiene derecho a ser un hombre egoísta o de mantener una relación distante con el orden jurídico. Un ciudadano puede tener el derecho a querer evitar penas por la mera razón de querer evitarlas como mal. Eso, sin embargo, aquí no es relevante: un sujeto puede cumplir una norma por no querer que a él se le imponga una pena (esto es, por miedo al castigo) o porque piense que el respeto de bienes es ideal. Lo importante, como antes se dijo, es que el individuo no exteriorice las razones (diferentes a las ofrecidas por las normas, esto es, excluidas por las normas como razones de segundo orden) que transforma en motivos. Al respecto, SÁNCHEZ-OSTIZ, *LH-Mir Puig*, 2017, 863, quien señala que «Al poner la atención sobre la norma primaria asegurada penalmente, puede perderse de vista que no es el único medio de motivación, como si la amenaza de pena para un bien del agente fuera la contrapartida o razón para abstenerse a actuar».

²⁰¹ Este planteamiento (actuación conforme al Derecho no por temor a la pena, sino por la moralidad) fue esbozada ya contra los planteamientos de FEUERBACH. Al respecto, con múltiples referencias, GRECO, *Teoría de la pena*, 2015, 296, n. 646. Si, como señala GRECO, al sostener que la causa principal de la conducta generalizada conforme al Derecho penal no es el temor ni la prudencia, sino la moralidad haya «solo un breve camino hasta la teoría de la prevención general positiva», no es algo que afecte especialmente al planteamiento aquí sostenido, concentrado no en la conminación penal, sino en la norma (primaria).

2.2.2. Por lo dicho, parece ser que tanto el modelo estándar como el modelo de la sanción enarbolan dos modelos de hombre distintos: por un lado, el hombre que actúa con racionalidad valorativa y, por otro, el hombre que actúa por razones de utilidad. En el primer caso, se trata de un modelo de hombre que actúa conforme a la norma pues el valor subyacente a la misma representa un escenario que constituye el objeto de su convicción. El individuo actúa aquí conforme a los medios y fines adecuados, independientemente de la satisfacción de resultados o consecuencias secundarias, en la medida de que está convencido del valor incondicionado interno de la conducta, que merece, en su consideración, ser realizada. Este hombre actúa por razones morales, esto es, porque es correcto²⁰². En el segundo caso, el modelo de hombre que actúa por razones de utilidad permite entender que este actúa conforme a la norma por temor a la sanción a ella asociada²⁰³ (si es que esa sanción, evidentemente, no signifique para ese autor un «costo» que está dispuesto a asumir para obtener una ventaja mayor). En ese marco, se trata de un individuo que pondera, en toda situación en la que ha de tomar una decisión, las ventajas de una afectación del bien jurídico con las posibles desventajas de una consecuencia (en este caso, una sanción) derivada de tal afectación²⁰⁴. Esta orientación tiene como trasfondo la prevención de intimidación²⁰⁵, en cuyo marco la motivación se realiza sobre la base de consideraciones económico-racionales y utilitaristas²⁰⁶. La capacidad práctica del individuo es reducida a meras reglas de sensatez (*Klugheit*) y cálculo de utilidades (*Nutzenkalkulation*)²⁰⁷.

²⁰² Aquí la referencia a la «moralidad» debe ser entendida en sentido amplio: que abarque tanto las razones morales en sentido estricto (algo se debe hacer porque es moralmente correcto) como las razones jurídicas (algo se debe hacer porque es jurídicamente correcto, es decir, porque es un deber jurídico). En esta investigación, evidentemente, interesa este último grupo de razones (en el que rige un sistema de normas jurídicas y no morales).

²⁰³ ENGLÄNDER, RW, 2, 2013, 203, quien explica claramente que: «Según la comprensión teórico-sancionatoria, solo se tiene en consideración la evitación de la sanción (*Sanktionsvermeidung*) como fundamento para la omisión de la conducta desencadenante de la sanción». Por su parte, HAFFKE, en: SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.) y SILVA SÁNCHEZ (Ed.) *Fundamentos*, 1995, 132, señala que «es concebible una ordenación de la sociedad en la que el control social no se ejerza a través de normas en el sentido de Binding, sino sólo mediante el estímulo de aversión representado por la pena». Esta orientación responde, como reconoce bien este último autor, a un «paradigma económico».

²⁰⁴ ENGLÄNDER, RW, 2, 2013, 204, quien al respecto alude a un «cálculo costo-beneficio» («*Kosten-Nutzen-Kalkulationen*»).

²⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.^a ed., 2010, 493 (donde habla de un «puro egoísta racional»). Vale la pena mencionar aquí que las versiones actuales de la prevención general negativa provienen principalmente de la teoría económica. Aquellas versiones, por esto, parten de un modelo de elección racional. Al respecto, GRECO, *Teoría de la pena*, 2015, 85.

²⁰⁶ KORNHAUSER, *Rechtstheorie* 31 (2000), 214.

²⁰⁷ Así, PAWLIK, *Person*, 2004, 22; ERBER-SCHROPP, *Schuld*, 2016, 47. También, ZACZYK, GA 2014, 82. Si no entiendo mal, este autor realiza esta crítica, precisamente, a un concepto de norma desde la perspectiva del modelo de la sanción, en el que la norma, para ser tal, precisa de la sanción como elemento constitutivo. Por

2.2.3. En todo caso, debo dejar bien claro que aquí no niego que haya escenarios en los que un individuo se motive por la amenaza de pena para no realizar una determinada conducta²⁰⁸. Lo que critico es que este se considere como el único tipo de motivación o, incluso, la motivación más frecuente por la que los individuos cumplen las normas jurídicas²⁰⁹. Pues de este planteamiento se deduce una comprensión de la norma (propia del denominado «modelo de la sanción») que no me parece admisible. Es importante señalar, por tanto, que un individuo puede actuar de una determinada manera por razones morales (se hace algo porque es correcto o se omite algo porque es incorrecto) o por razones prudenciales (para evitar malas consecuencias, especialmente para sí mismo, o para provocar buenas consecuencias, especialmente para uno mismo)²¹⁰. En ese sentido, el destinatario de la norma de conducta puede cumplirla por razones morales o, en caso de que estas no sean suficientes o no puedan transformarse psicológicamente en motivos, las razones prudenciales (representadas por la conminación penal) se desempeñan como razones adicionales²¹¹.

3.1. Según lo señalado, uno de los argumentos frecuentemente esgrimidos por los defensores del modelo de la sanción (y que describe de manera plástica la imagen de hombre que asume, esto es, como se dijo, el hombre que actúa por razones de utilidad²¹²)

otra parte, con lo dicho en el cuerpo de texto, no sorprende entonces que la teoría de la prevención general negativa haya adoptado, como se ha explicado en el capítulo anterior (*supra* Cap. II, 4), una concepción del individuo como un «delincuente potencial». Al respecto, PEÑARANDA RAMOS, RPDJP 2001, 414, señala que esta perspectiva «pierde de vista un aspecto esencial del problema: que el delito no es sólo una conducta a la que por su propio interés tiende quien lo comete, sino también y ante todo un comportamiento que lesiona intereses, bienes o derechos de otros y, en definitiva, al conjunto de la sociedad. La función de la pena tiene que abarcar también y muy principalmente esta parte de la cuestión, que ha de repercutir indudablemente en la cuantía de la sanción: ésta se ha de determinar atendiendo al perjuicio social que el delito ocasiona y no por la ventaja que en especial reporta a su autor. Es bien conocido que estas ideas están en la base de la comprensión de Jakobs y de otros autores actuales sobre la función de la pena».

²⁰⁸ En el mismo sentido, VON WRIGHT, *Norm*, 1963, 125-126, quien reconoce que «la función de la sanción es constituir motivo de obediencia de la norma en ausencia de otros motivos de obediencia y en presencia de motivos de desobediencia».

²⁰⁹ Se ha reconocido que el planteamiento que establece que la mera utilidad constituye el único tipo de motivación para el cumplimiento de las normas jurídicas es el de la teoría de la elección racional (y, en términos más amplios, el análisis económico del Derecho). Al respecto, KORNHAUSER, *Rechtstheorie* 31 (2000), 214.

²¹⁰ Al respecto, PEÑARANDA RAMOS, RPDJP 2001, 432, quien señala: «El recurso a la fuerza instrumental o a la amenaza de ella es imprescindible para garantizar un mínimo de obediencia fáctica del Derecho, pero sólo de forma secundaria. Un ordenamiento jurídico, que se presume a sí mismo legítimo, pretende prioritariamente el reconocimiento racionalmente motivado de sus normas».

²¹¹ Al respecto, GRECO, *Teoría de la pena*, 2015, 281.

²¹² Se refiere al *Homo Oeconomicus* como el modelo de hombre subyacente a la teoría de la prevención general negativa, ERBER-SCHROPP, *Schuld*, 2016, 48 s.

radica en sostener que, si se prescinde de la amenaza penal, la motivación de la norma carecería de sentido, convirtiéndose en una aspiración, esto es, una mera pretensión. Esta afirmación, calificada por ENGLÄNDER como «argumento de la redundancia» («*Überflüssigkeitsargument*»), destaca que la aceptación de normas independientes de sanción es simplemente prescindible, pues solo a través de las sanciones se produce un apoyo motivacional²¹³. Este razonamiento (que, desarrollado hasta sus últimas consecuencias, se opone a la concepción de una norma de carácter imperativo) no puede ser admitido por muchas razones ya expuestas previamente²¹⁴. En todo caso, frente a la idea de que sin la presencia de la conminación penal la norma no podría motivar, sino que solo podría pretender hacerlo, ha de decirse que, a mi juicio, no constituye una crítica esencial. En la teoría del Derecho se ha reconocido sin inconvenientes que la norma jurídica, por su propia naturaleza, posee la pretensión de ser cumplida por sus destinatarios. Esto quiere decir que la norma (jurídica o de otra clase, y sea cual fuere la concepción de norma que se defienda) tiene en todo caso la pretensión de ser eficaz: la pretensión de cumplimiento de las normas forma parte de su propio significado²¹⁵.

3.2. Siendo esto así, la norma primaria se presenta ante su destinatario como una razón que este, a partir de una correspondiente deliberación, se encargará de transformar o no en motivo. Si la norma primaria apela al raciocinio del destinatario, no puede pretender hacer

²¹³ ENGLÄNDER, RW, 2, 2013, 196. El argumento de la redundancia es defendido en Alemania por HOYER, *Strafrechtsdogmatik*, 1997, 42 ss., que, como antes se ha visto, hace referencia al «mandato de economía ontológica» para oponerse a la ampliamente aceptada idea en la ciencia jurídico-penal alemana de que un ordenamiento jurídico está compuesto tanto por normas de conducta (dirigidas al individuo para imponerle un deber de comportarse de determinada manera) como por normas de sanción (que ante la inobservancia de la norma de conducta dispone la imposición de una sanción). En España, BAJO FERNÁNDEZ, CPC 1, 1977, 37, parece tener una posición cercana, pues señala que la mera descripción típica no puede cumplir ninguna función motivadora a menos que se le anude una pena.

²¹⁴ En el capítulo anterior se ha reconocido que una de las teorías de la norma existentes en el Derecho penal fue aquella originada en los planteamientos de KELSEN y que ha sido desarrollada por autores como NOWAKOWSKI, LIPPOLD, KORIATH, HOYER y SCHMID. Por esto, me remito a las consideraciones vertidas en ese lugar.

²¹⁵ Al respecto, ya SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, 1917, 507, quien ya reconoce que la norma «con su pretensión de validez, de ser cumplida, está ya concluida», lo que, sin embargo, no niega que, aquella, al ser una declaración, posea una «posibilidad de ser percibida» («*Vernehmungsmöglichkeit*»). También, por todos, HIERRO, *Eficacia*, 2003, 15. La norma, como mensaje prescriptivo orientado a modelar la conducta del destinatario, pretende ser entonces de obligatorio cumplimiento. Tal obligación, como es claro, solo recae en el sujeto o sujetos a quienes la norma se dirige: la norma como mensaje prescriptivo debe ser cumplida por su destinatario, quien posee la obligación jurídica de cumplir la norma jurídica. El sentido mismo de la norma jurídica, en cuanto mensaje prescriptivo, es que debe ser cumplida. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la norma jurídica, para ser cumplida –esto es, para ser eficaz– debe atender a determinadas circunstancias. Así, no se puede normar aquello que no es necesario ni aquello que es imposible. Todo el lenguaje prescriptivo implica necesariamente la libertad del individuo a quien se dirige para decidir el curso de su conducta. En ese sentido, toda norma jurídica presupone que, en su ámbito y ocasión, el individuo a quien se dirige pueda (aléticamente) hacer o no hacer lo que la norma prescribe. Al respecto, HIERRO, *Eficacia*, 2003, 16.

más de lo que en realidad puede ser: una razón excluyente para la acción (esto es, para la promoción de comportamientos pretendidos) o para la omisión (esto es, para la evitación de comportamientos lesivos). Por esto, debido a que la norma primaria, como norma de determinación, requiere una serie de presupuestos para poder afirmar su eficacia, no considero que sea incorrecta la afirmación de que aquella norma solo tiene en realidad una pretensión de motivar. Si se toma esto en cuenta, las referencias que a la «función de motivación» se hagan de aquí en adelante deberán ser entendidas solamente como la alusión a una pretensión. En definitiva, la norma no tiene una «función de motivación», sino que solo puede tener una pretensión de motivar, y tampoco la amenaza de pena o conminación penal desempeña ese fin en la norma primaria (pues la norma primaria no necesita incluir a la conminación penal para tener el carácter de «norma»).

4. Por lo acabado de señalar, es importante aclarar ahora un asunto fundamental. Mientras un mandato o prohibición moral ofrece una razón para actuar u omitir referida únicamente a la moral, un mandato o prohibición jurídico-penal ofrece una razón para actuar u omitir que, correspondiéndose o no con una referencia a la moral, es esencialmente referida al Derecho. En ese sentido, aquella razón no es una de cualquier tipo, ya que se trata de una muy específica y cualitativamente distinta de la que corresponde a una norma moral: la norma primaria está vinculada a la conminación penal. Que esto sea así no supone admitir el «*Sanktionsmodell*»: que la amenaza de pena (contenida en la norma secundaria) le otorgue eficacia *adicional* a la norma primaria no significa que la norma primaria, para ser tal, deba contener la conminación penal. Es cierto que el mandato o prohibición jurídico-penal es tal por estar gravada con una amenaza de pena. Pero eso no significa que la norma jurídico-penal, para ser tal, deba tener como componente definitivo a la conminación penal. Como se señaló antes, esta será solo una ulterior razón para actuar u omitir.

5. Existe un segundo argumento que generalmente se emplea para reconocer que las normas, para ser tales, requieren siempre la concurrencia del componente de la conminación penal. Se trata, según ENGLÄNDER, del «argumento de la superioridad» («*Überlegenheitsargument*»), que establece que el aquí denominado «modelo de la sanción» permite una explicación más concluyente de la existencia y forma de funcionamiento de las normas²¹⁶. Este razonamiento, expuesto en la teoría del Derecho

²¹⁶ ENGLÄNDER, RW, 2, 2013, 196.

alemana por STEMMER, parte de la idea de que la normatividad (*Normativität*) no consiste en un «*Sollen*», sino en un específico «*Müssen*»²¹⁷. En efecto, señala el mencionado autor que la mera circunstancia de que alguien dirija a otro un requerimiento de conducta no fundamenta un *deber* (*Müssen*): sobre la persona a la que se dirige ese requerimiento no hay ningún tipo de «*presión de acción*» («*Handlungsdruck*»), por lo que aquella podría ignorar tal requerimiento sin temor a ser objeto de la imposición de una consecuencia desfavorable. Esto revela, según reconoce expresamente STEMMER, que los *mandatos de deber* (*Sollensgebote*) son «normativamente impotentes» (normativ impotent)²¹⁸. Por esto, el referido autor considera que, para producir artificialmente un *deber normativo* (*ein normatives Müssen*), se debe vincular una pena a la conducta, para que así el destinatario de la norma la evite si quiere librarse de la correspondiente sanción (que sí genera una «*presión de acción*», inexistente en el «*Sollen*»). Para STEMMER, en definitiva, las normas consisten en un «*sanktionskonstituiertes Müssen*»²¹⁹.

5.1. Este planteamiento, sin embargo, genera inquietudes. En el aquí denominado «modelo de la sanción» se tiene que, si una conducta está vinculada con una sanción, entonces la omisión de esa representa un mandato normativo. Por lo tanto, si el destinatario de la norma quiere evitar la sanción, debe omitir aquella conducta. Pues bien, las dudas que se desprenden de este planteamiento tienen que ver con las repercusiones que en la propia existencia de una norma tiene la falta de sanción, aunque la correspondiente conducta se haya llevado a cabo²²⁰. El «*Sanktionsmodell*» arribaría entonces a esta (contraintuitiva) consecuencia: una prohibición de robar no existiría en los casos en los que el hecho no es castigado y por ello el ladrón no está sujeto a ningún deber normativo («*normatives Müssen*») consistente en evitar una sanción²²¹. Al respecto, STEMMER señala que el destinatario de la norma no podría saber de antemano si una sanción se daría o no. En ese sentido, solo existiría para él un peligro de ser sancionado que es, precisamente, lo que el destinatario de la norma no quiere que se produzca. STEMMER distingue entonces entre una *sanción primaria* (*primäre Sanktion*) y una *sanción derivada* (*derivative Sanktion*): «la

²¹⁷ La gramática alemana distingue entre «*Sollen*» y «*Müssen*», aun cuando se traduzca generalmente ambas palabras al castellano simplemente como «*deber*». Mientras «*Müssen*» alude a una obligación impuesta por uno mismo (un «tener que»), «*Sollen*» expresa la obligación impuesta por otra persona.

²¹⁸ STEMMER, *Normativität*, 2008, 46 ss., 165.

²¹⁹ STEMMER, *Normativität*, 2008, 157 ss.

²²⁰ STEMMER, *Normativität*, 2008, 179.

²²¹ ENGLÄNDER, RW, 2, 2013, 199.

sanción primaria, la pena real, genera una sanción derivada: el peligro de ser castigado»²²². De esta manera, el destinatario solo podrá evitar esa sanción derivada mediante la omisión de la correspondiente conducta. El «deber normativo» («*normatives Müssen*») del que habla STEMMER sería entonces, en realidad, uno producido por una sanción derivada, que incluso se produciría si la sanción primaria (la verdadera sanción) no es impuesta: «todo robo es objeto de un deber. Aquel debe omitirse si se quiere evitar la posible sanción primaria, lo que significa: si se quiere evitar el peligro de ser primariamente sancionado»²²³. Este proceder, sin embargo, no resuelve completamente el problema: no es útil en los casos en los que el autor puede estar seguro de que no será penado, de tal manera que no existe peligro de castigo que necesite ser evitado²²⁴. STEMMER tendría que admitir, entonces, que, debido a la falta de un «*sanktionskonstituiertes Müssen*», la norma, en definitiva, no existe: si el ladrón puede asumir con seguridad que no será condenado, entonces no infringirá ninguna norma²²⁵.

5.2. Ahora bien, aunque se imponga una sanción, el afectado no está sujeto sin más a un deber normativo («*normatives Müssen*») de omitir la conducta causante de la sanción (*das sanktionsauslösende Verhalten*), conforme al aquí denominado «modelo de la sanción». Un deber («*Müssen*») como tal existiría solo si se quiere evitar la sanción, lo que, consecuentemente, supone valorar la sanción como un mal. Si no es así, entonces, según el «*Sanktionsmodell*», no existiría una norma que le prohíba al agente la conducta causante de la sanción²²⁶. Esto, al parecer, es concedido por STEMMER, quien señala que estos serían casos extraordinarios: los individuos, por lo general, no pueden escoger lo que se presenta ante ellos como ventaja o desventaja y, en todo caso, la mayor parte de los individuos consideran la pérdida de la vida o la libertad como algo indeseado²²⁷. Esto, sin embargo, parece no cambiar el resultado insatisfactorio de que, según el modelo de la sanción, al individuo sin una voluntad de evitación de la sanción (*Sanktionsvermeidewillen*) no se le prohíba la conducta causante de la sanción, sino que él esté *normativamente liberado*

²²² STEMMER, *Normativität*, 2008, 179.

²²³ STEMMER, *Normativität*, 2008, 179.

²²⁴ ENGLÄNDER, RW, 2, 2013, 200.

²²⁵ ENGLÄNDER, RW, 2, 2013, 200.

²²⁶ ENGLÄNDER, RW, 2, 2013, 200.

²²⁷ STEMMER, *Normativität*, 2008, 179.

(*normativ freisteht*) a realizar esa conducta²²⁸. De esta manera, por ejemplo, al ladrón que considera que la pena no es un mal se le permitiría robar²²⁹.

5.3. La voluntad de evitación de la sanción se presenta en el «*Sanktionsmodell*» como un elemento importante, pero a la vez problemático. En efecto, aunque se considere generalmente que la sanción constituye un mal indeseado, puede suceder que ella sea objeto de una ponderación en términos de costo-beneficio, con lo que las ventajas de la realización de la conducta causante de la sanción serían mayores que el perjuicio que representa la sanción (con mayor concreción: la posibilidad de su imposición): esta podría significar solo el precio que se está dispuesto a pagar (esto es, una «inversión rentable») para alcanzar un objetivo más importante²³⁰. Si se considera que la ventaja alcanzada mediante la realización de la conducta causante de la sanción es más alta que el perjuicio del posible castigo se tendrá que llegar a la conclusión de que, conforme el denominado «modelo de la sanción», no existe un deber normativo («*normatives Müssen*») de omitir la correspondiente conducta²³¹. Ahora bien, la inexistencia de un deber normativo no significa, para STEMMER, que la norma no exista. En su opinión, sería suficiente que la sanción produzca un *deber-pro-tanto* (*pro-tanto-Müssen*), que el agente, en el marco de su ponderación, tenga en consideración como un factor contrario a la realización de la conducta²³². Este planteamiento, sin embargo, no altera el hecho de que el carácter categórico del mandato o prohibición se pierde: a las normas jurídicas les corresponde la función de mandar o prohibir determinadas conductas independientemente de sus motivos²³³. En última instancia, conforme el «*Sanktionsmodell*», el destinatario de la norma debe omitir la conducta causante de la sanción solo si la evitación de la sanción sea para él más importante que la realización de un suceso que solo él es capaz de provocar con su conducta²³⁴. Sin embargo, como antes se ha visto al analizar el planteamiento de

²²⁸ ENGLÄNDER, RW, 2, 2013, 201.

²²⁹ ENGLÄNDER, RW, 2, 2013, 201.

²³⁰ ENGLÄNDER, RW, 2, 2013, 201.

²³¹ ENGLÄNDER, RW, 2, 2013, 201.

²³² STEMMER, *Normativität*, 2008, 183.

²³³ ENGLÄNDER, RW, 2, 2013, 201.

²³⁴ ENGLÄNDER, RW, 2, 2013, 201. Debo señalar que, pese a las críticas expuestas en el cuerpo del texto, comparto muchas de las premisas y conclusiones que STEMMER postula en su obra. Al respecto, STEMMER, *Normativität*, 2008, 353, señala: «La orientación por razones y por deberes normativos (*normative Müssen*) no significa una pérdida de autodeterminación, es más bien la manera humana de vivir autodeterminado: en lo que se refiere a la propia voluntad (*Wollen*) y guiado por sus propias reflexiones».

KELSEN, que un individuo esté en situación de asumir los costos que implica la pena no es razón para no imponérsela.

6. Mediante las consideraciones antes expuestas he intentado justificar la idea consistente en mantener una comprensión independiente del concepto de norma (como mensaje prescriptivo), en el que la sanción no desempeñe un elemento definitivo, como alega el aquí denominado «modelo de la sanción». Conforme a esa orientación y teniendo en cuenta los argumentos precedentes, considero posible aquí proponer el siguiente planteamiento: mientras la norma primaria contiene un mandato o una prohibición, la norma secundaria se refiere tanto a la conminación penal como a la imposición de la pena. Esto, a su vez, refleja, a mi juicio, una idea importante: una legítima afectación progresiva de la libertad de acción del individuo²³⁵, la que, además, debe estar delineada por consideraciones de necesidad, posibilidad y licitud²³⁶. Este planteamiento es, por lo demás, acorde al ideal por el cual se busca alcanzar una intervención de máxima eficacia conforme al principio de menor lesividad (principio de intervención mínima). En ese sentido, se recurre a diversos medios lesivos a la libertad del individuo en función de las necesidades de cada etapa de protección de los bienes jurídicos por parte de la norma primaria y la norma secundaria. En la primera etapa, la norma primaria –el mandato o la prohibición– es suficiente por sí misma para cumplir su función de determinación (determinación de la conducta externa conforme a deber) y así, conforme a su carácter teleológico, cumplir el fin del Derecho penal: protección de bienes jurídicos. En la segunda etapa, ante el fracaso de la norma primaria (de su función de determinación), habrá que afirmar que el solo mandato o la sola prohibición no ha determinado a la conducta externa conforme al deber (no ha sido adoptada como una razón excluyente para actuar u omitir). Ante esto, entra en juego la norma secundaria, concretamente, la conminación penal o amenaza de pena, de

²³⁵ La idea de la limitación de la arbitrariedad del individuo («*Beschränkung seiner Willkühr*») como tarea de la norma la reconoce ya BINDING, *Normen*, t. I, 1872, 32; KritV 21, 1879, 554. Reconoce también que las prohibiciones (a la que habría que agregar los mandatos) aseguradas penalmente son una injerencia en la esfera de la libertad de los ciudadanos, GRECO, *Teoría de la pena*, 2015, 372. Recientemente, ROSTALSKI, GA 2016, 75, quien señala que los mandatos o prohibiciones (que aquí se agrupan bajo el nombre de normas primarias) disminuyen la libertad individual de acción. Más referencias en LAGODNY, *Grundrechte*, 1996, 76 ss., 96 ss., 106, 137; ALTENHEIN, *Anschlußdelikt*, 2002, 282 s.; SCHNEIDER, A., *Verhaltensnorm*, 2011, 36. También reconoce una progresiva limitación de la libertad de acción del individuo, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 619-620, quien distingue entre la limitación que implica la amenaza abstracta de pena y la que supone la imposición de una pena concreta. Este autor, como se verá más adelante, vincula la conminación penal a la norma primaria y la imposición de la pena a la norma secundaria, por lo que, hasta donde entiendo, acepta la «*Sanktionsmodell*», alternativa distinta a la que se admite en esta investigación.

²³⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 612.

cara a concretar el fin de protección de bienes jurídicos²³⁷. En una tercera etapa, habiendo fracasado la norma primaria y la conminación penal como primera manifestación de la norma secundaria (esto es, al no haber hecho posible la determinación de la conducta externa conforme al deber), entonces entra en juego la imposición de la sanción penal, como segunda manifestación de la norma secundaria²³⁸.

6. La norma primaria y la norma secundaria no se integran dentro de una única categoría como «aspectos» de esta.

1. La doctrina mayoritaria (posiblemente por influencia de la teoría del Derecho²³⁹) señala frecuentemente que la norma, desde una perspectiva lógico-formal, está integrada por un supuesto de hecho (o presupuesto) y una consecuencia jurídica²⁴⁰. Esto permite afirmar a muchos autores, a partir de la relación existente entre ambos componentes, que la norma jurídico-penal tiene carácter hipotético: si se da el supuesto de hecho (si alguien mata a otro) entonces se produce la consecuencia jurídica (ese «alguien» será castigado)²⁴¹. Hasta donde alcanzo a entender, la concepción de la norma jurídico-penal desde una perspectiva puramente lógico-formal constituye el punto de partida de dos diversas orientaciones en la doctrina española. Ambas posiciones, si bien admiten el reconocimiento de la existencia de una norma primaria y una norma secundaria, se diferencian, al parecer, en la comprensión de la relación de independencia que puede existir entre ellas.

²³⁷ RUDOLPHI, en: SCHÜNEMANN (Comp.), *Sistema*, 1991, 83, quien señala que la conminación penal situada en el ámbito de la norma secundaria está orientada a la impedir infracciones de la norma primaria, precisamente, mediante la amenaza de imposición de una pena a todo aquel que infringe esta última. Conforme al planteamiento aquí defendido, habría que decir que a la razón para actuar u omitir se le otorga la calidad de «razón excluyente» para actuar u omitir, por lo que no realizar un hecho conminado con pena debería ser una razón con más peso que cualquier otra razón.

²³⁸ Distingue también, con clara influencia de FEUERBACH, entre los momentos de la conminación y la imposición de la pena, GRECO, *Teoría de la pena*, 2015, 162. Son dos básicamente los argumentos señalados por el citado autor para proceder con la antes aludida distinción: primero, por razones de claridad (ya que, por ejemplo, la teoría de la retribución, según GRECO, es una que se ocupa del elemento de la imposición de la pena y no de la conminación penal, lo que permite verificar dimensiones del fenómeno penal que aquella no puede o no quiere justificar); y, segundo, «porque la *conminación* y la *imposición de la pena* representan, cada una, una restricción de la libertad del ciudadano con contenidos fácticamente independientes» (cursiva en el original). Las consecuencias del planteamiento señalado en el cuerpo del texto serán ampliadas *infra* Cap. III, 9.

²³⁹ Por todos, LUMIA, *Principios*, 1977, 27; HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción*, 1998, 202 ss.

²⁴⁰ Así, por todos, MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1975, 14; MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 30 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 72 ss.; TRUTNAU, *Rechtsnormen*, 1983, 38; LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 11.

²⁴¹ Afirman que la norma jurídico-penal es siempre una proposición hipotética, MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 32; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 73, 165; LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 11.

2.1. En primer lugar, existen autores que consideran que la norma jurídico-penal, al estar compuesta por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, debe entenderse como una única norma con dos aspectos. El ejemplo más claro de esta orientación en la doctrina penal española era la célebre postura de COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, quienes en su oportunidad afirmaron: «La norma jurídica completa incluye estos dos juicios normativos: el juicio normativo implícito, que establece una determinada regla de conducta y el juicio normativo explícito en la ley que, en el caso de las normas incriminadoras, sanciona con un castigo la violación de esta regla. El primero de dichos juicios recibe el nombre de norma primaria (o precepto) y el segundo el de norma secundaria (o sanción). Pero no debe incurrirse en el error de contemplarlos como dos realidades normativas independientes: la norma primaria y la secundaria constituyen sólo dos aspectos de una totalidad normativa única»²⁴². A esta primera orientación se le realizaron algunas observaciones. En primer lugar, no admite la concurrencia de dos normas individualizables (como es, creo, el camino correcto), sino de una norma jurídico-penal, más amplia y compleja, con dos aspectos de una «totalidad normativa única». En segundo lugar, no permite identificar al destinatario de la norma. La «norma compleja» no podrá dirigirse al ciudadano, pues si bien una primera parte de aquella (el «precepto») parece dirigirse a él para orientar coactivamente su conducta (de tal manera que no realice lo prohibido o no omita lo mandado), la «norma», para ser tal, según los citados autores, se dirige también al órgano judicial encargado de imponer sanciones²⁴³. Si una única norma jurídica abarca tanto al precepto como a la sanción, entonces queda la duda consistente en determinar quién es el destinatario de aquella norma: ¿es el ciudadano al que se le impone el deber de actuar de una u otra manera? O ¿es el juez a quien se le impone el deber de ejercer de manera legítima la potestad de castigar ante la previa verificación de una conducta contraria al mensaje prescriptivo? Como es evidente, entender a la norma como una de carácter amplio, en la que quedan integradas tanto el precepto como la sanción, no permite determinar con precisión a quién se dirige aquella. En tercer lugar, siendo imposible determinar al destinatario de aquella norma compleja, el contenido de esta es también difícil de decretar: así como se dice «*no debes matar*», por otro lado, se dice «*Si X mata, entonces Y debe sancionarle*», lo cual es claramente una obligación pero que en el

²⁴² COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, DP. PG., 5.ª ed., 1999, 43.

²⁴³ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 630.

esquema de los autores citados habría que denominar «sanción»²⁴⁴. La norma compleja propuesta por COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN no responde a las preguntas elementales: «¿quién en su destinatario?» y «¿qué debe realizar?»²⁴⁵. Queda claro entonces que una norma no solo no puede tener dos destinatarios distintos, sino que tampoco puede tener un contenido distinto para cada uno de ellos²⁴⁶.

2.2.1. Una segunda orientación la representan aquellos autores que, a pesar de distinguir correctamente entre norma primaria y norma secundaria (y de admitir que se tratan de normas independientes), mantienen al mismo tiempo una comprensión lógico-formal de la norma, esto es, una norma compuesta por un presupuesto de hecho y por una consecuencia jurídica, por lo que la norma no sería más que el resultado de la relación entre ambas partes. Dentro de esta segunda orientación, sin embargo, es posible distinguir dos grupos de opiniones. En el primero puede encontrarse, por ejemplo, a RODRÍGUEZ MOURULLO quien señala que toda norma jurídica posee dos elementos: el precepto y la sanción²⁴⁷. Esta comprensión de la norma, que parece concentrarse únicamente en la relación entre la regla de conducta y el medio para hacerla valer, parece ser complementada por una comprensión lógico-formal, esto es, según RODRÍGUEZ MOURULLO, en una «vinculación axiológica de dos hechos, de suerte que toda norma expresa la implicación de un consecuente por su antecedente»²⁴⁸. Ahora bien, en la medida que el referido autor reconoce, a la vez, la

²⁴⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 630.

²⁴⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 630.

²⁴⁶ El que la norma primaria y la norma secundaria no pueden integrarse dentro de una única categoría compleja en la que aquellas sean solo dos aspectos de esta ya había sido reconocido con claridad a finales del siglo XVIII por BENTHAM, *Introduction*, 1789, cccxxix (apartado VI de su «*Concluding note*»).

²⁴⁷ Es muy interesante el desarrollo llevado a cabo por RODRÍGUEZ MOURULLO sobre este asunto. Las primeras reflexiones mencionadas por el citado autor evocan claramente al aquí denominado «modelo de la sanción» (RODRÍGUEZ MOURULLO, DP. PG., 1977, 75, dice que, si una norma primaria «se limitase a ser una regla de conducta que poseyese tan sólo la fuerza de una pura exhortación, no serviría al fin del Derecho, porque la norma no sería capaz de ahogar las tendencias antisociales del vivir personal»). A partir de esto, reconoce que son elementos de toda norma jurídica el precepto y la sanción, que se expresan de manera especialmente clara en el Derecho penal: «El precepto indica el comportamiento que debe seguirse para obtener la sanción si ésta es favorable (el acreedor que desee disfrutar de garantía hipotecaria, deberá necesariamente constituir la hipoteca en escritura pública (...)) o para evitarla si es desfavorable (si no se quiere incurrir en la pena de reclusión menor, establecida en el art. 407 del Código Penal, es preciso abstenerse de matar a otro)». Este razonamiento recuerda mucho la argumentación desarrollada posteriormente por autores como HOYER en Alemania, quien, como se explicó en el capítulo anterior, desde una posición contraria a la existencia de normas de conducta, asume como correcta la idea de que los preceptos penales deben ser analizados de manera condicional (juicio hipotético), de la forma: si se quiere evitar la sanción, se debe evitar realizar la conducta.

²⁴⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, DP. PG., 1977, 75.

existencia de normas primarias y secundarias²⁴⁹, tendría que admitir, entonces, que tanto unas como otras tienen la misma estructura: en ambas hay un precepto y una sanción (desde una perspectiva de aseguramiento de la eficacia) o, de ser el caso, una relación entre antecedente y consecuente, esto es, entre precepto y consecuencia jurídica (desde una perspectiva lógico-formal). Muchas de las inquietudes aparecidas en el análisis de la concepción normológica de COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN pueden reproducirse en el marco del análisis de la comprensión de RODRÍGUEZ MOURULLO, pues, hasta donde alcanzo a entender, este último, en realidad, no considera a la norma primaria y a la norma secundaria como normas independientes. Sin detenerme aquí a analizar cuestiones terminológicas²⁵⁰, pienso que las preguntas fundamentales antes formuladas («¿quién en su destinatario?» y «¿qué debe realizar?») pueden ser sin duda alguna aquí transpuestas. Así, más que reconocer a un destinatario con el objetivo de imponerle un deber, RODRÍGUEZ MOURULLO parece querer identificar el supuesto de hecho que será el antecedente de la imposición de la sanción. En ese sentido, el referido autor, hasta donde puedo entender, parece no otorgarle tanta importancia a la cuestión de la identificación del destinatario porque, si no me equivoco, no busca imponer deberes en los individuos ni a los jueces²⁵¹. Esto lo lleva sin problemas a señalar que lo que él denomina «norma» contiene tanto un «precepto dirigido al súbdito» como un «precepto dirigido al juez»²⁵². La pregunta por lo

²⁴⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, DP. PG., 1977, 85, donde admite la existencia de un precepto primario («que señala la regla de conducta dirigida al ciudadano») y un precepto secundario («dirigido a los órganos competentes del Estado, que obliga a éstos a imponer precisamente una determinada pena cuando se haya violado el primer precepto»).

²⁵⁰ Si no entiendo mal, RODRÍGUEZ MOURULLO denomina «precepto primario» y «precepto secundario» a lo que en esta investigación se califica como «norma primaria» y «norma secundaria», respectivamente. Asimismo, el referido autor reconoce como «norma» a lo que, desde mi punto de vista, se reconoce con mayor claridad como precepto penal o precepto legal.

²⁵¹ Esto explica, a mi modo de ver, la escasa atención que le otorga RODRÍGUEZ MOURULLO al asunto del destinatario, el que, según el citado autor, «cobra importancia en el marco de la concepción imperativista del Derecho», la que RODRÍGUEZ MOURULLO (aunque no lo dice expresamente) materialmente parece no seguir. En todo caso, si bien pienso que es correcto afirmar, como hace el citado autor, que los destinatarios de la norma penal son los órganos judiciales del Estado, no creo que esto se deba al hecho de que una concepción imperativa de la norma se vea «obligada a admitir esto en los supuestos en los que la norma se aplica a los sujetos incapaces o bien se trata de normas que carecen de precepto respecto a los sujetos a quienes someten a determinadas consecuencias jurídicas, como sucede, por ejemplo, con las normas que anudan una medida de seguridad a un estado peligroso». Propongo recordar aquí que cuando RODRÍGUEZ MOURULLO habla de «norma», se está refiriendo a lo que aquí se reconoce como «precepto legal». Con todo, se puede rescatar de la argumentación de RODRÍGUEZ MOURULLO el punto referido a que es bastante discutible mantener la idea de una norma de carácter imperativo (que impone un deber) en el caso de sujetos incapaces. Este es, a mi modo de ver, un asunto no resuelto que la opinión mayoritaria pasa por alto mediante la común afirmación de que la norma «se dirige a todos».

²⁵² Así, RODRÍGUEZ MOURULLO, DP. PG., 1977, 84, dice: «Las normas que asocian a un hecho previsto como delito una pena están destinadas, en su complejo, tanto a los miembros de la vida comunitaria como a los órganos judiciales del Estado que deben aplicarlas. En efecto, estas normas contienen no sólo un precepto dirigido al súbdito que indica a éste la conducta que debe mantener para evitar la imposición de la pena (ni no

que debe realizar (el contenido de la norma) también queda sin respuesta, pues, así como por un lado se dice «Si no quieres ser castigado con reclusión menor, debes abstenerte de matar a otro», por otro lado, se dice: «Si alguien da muerte a otro debe ser castigado, como homicida, a la pena de reclusión menor».

2.2.2. El planteamiento acabado de exponer ha sido célebremente criticado por importantes figuras de la ciencia penal española como MIR PUIG²⁵³, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO²⁵⁴, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA²⁵⁵ y LUZÓN PEÑA²⁵⁶, quienes, hasta alcanzo a entender, representarían un segundo grupo²⁵⁷. Estos autores entienden que la norma jurídica es una proposición que consta de dos elementos: supuesto de hecho y consecuencia jurídica²⁵⁸. Es

quieres ser castigado con reclusión menor, debes abstenerte de matar a otro), sino también otro precepto dirigido al Juez señalándole a éste que, cuando se haya violado el primer precepto, debe aplicársele al infractor una determinada pena (si alguien da muerte a otro debe ser castigado, como homicida, con la pena de reclusión menor)».

²⁵³ Las obras de MIR PUIG reflejan una importante evolución en cuanto a la importancia del estudio de las normas jurídico-penales. En MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 29 ss., este autor se concentró esencialmente en la estructura lógico-formal de la norma jurídico-penal, reconociendo de manera muy limitada el binomio conceptual «norma primaria»/«norma secundaria». Es en las distintas ediciones de su PG donde concedería más importancia a la distinción entre norma primaria y norma secundaria, resaltando la función de transmisión de normas que desempeñan las proposiciones jurídicas, indicando que un enunciado legal que castiga un hecho con una pena es una forma de comunicar dos normas distintas: una dirigida al ciudadano y otra dirigida al juez. Al respecto, MIR PUIG, DP. PG., 10.^a ed., 2016, 2/6. Sin embargo, en sucesivas ediciones de su PG sigue dedicando un acápite a la «Estructura de las normas penales», donde reitera expresamente que la estructura de la norma jurídico-penal está compuesta por dos elementos: supuesto de hecho y consecuencia jurídica. Así, MIR PUIG, DP. PG., 10.^a ed., 2016, 2/15 (donde en la n. 11 hace prácticamente las mismas referencias que en MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 30, n. 28). MIR PUIG reconoce que el esquema «supuesto de hecho»/«consecuencia jurídica» no solo aparece inmediatamente en las normas secundarias (donde la conducta delictiva constituye el supuesto de hecho y el deber de imponer una pena o la medida de seguridad constituye la consecuencia jurídica), sino también –aunque es menos evidente– en las normas primarias (donde, por ejemplo en el delito de homicidio, el supuesto de hecho es una situación en la que sea físicamente posible matar a una persona de la que no sea necesario defenderse legítimamente, mientras que la consecuencia jurídica sería el deber de no matar a dicha persona). Concluye MIR PUIG, DP. PG., 10.^a ed., 2016, señalando que «Supuesto de hecho y consecuencia jurídica componen la estructura de las normas jurídico-penales *estáticamente* consideradas» (cursiva en el original).

²⁵⁴ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 165 ss.

²⁵⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción*, v. I, 5.^a ed., 2012, 397.

²⁵⁶ LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 9 ss. Recientemente, LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.^a ed., 2016, 1/13, sigue recurriendo a la perspectiva lógico-formal para definir la estructura de la norma jurídico-penal, por lo que esta sería una proposición con dos elementos: supuesto de hecho (el delito) y consecuencia jurídica (penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias), que debe ser formulada así: «si sucede el supuesto de hecho, debe darse la consecuencia jurídica», por lo que mantiene la idea de que la norma jurídico-penal se articula como una proposición hipotética.

²⁵⁷ Es bastante sintomático que varios de los autores aquí mencionados sean aquellos que frecuentemente son reconocidos como defensores de la «teoría de la motivación» en la doctrina española, concepción que, teniendo como punto de partida la admisión de una norma de carácter imperativo, afirma que la función de motivación de la norma se puede dar por «el tipo» o por «la pena», distinción que, desde su punto de vista, no parece ser determinante en la medida que ambos elementos constituyen aspectos parciales de la realidad compleja de la norma jurídico-penal. Esto queda bastante claro en la exposición de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 118. Sobre esta teoría, *infra* Cap. IV, 3.

²⁵⁸ Por todos, MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 30.

claro, entonces, que estos autores tienen como punto de partida el reconocimiento de la norma desde una perspectiva lógico-formal, admitiendo, al mismo tiempo, la distinción entre norma primaria y norma secundaria²⁵⁹. Las críticas que desde esta postura doctrinal se hacen al primer grupo antes mencionado son, hasta donde entiendo, esencialmente dos. Primero, que el binomio «precepto»/«sanción» refleja la adopción de una perspectiva distinta a la que supone el esquema «supuesto de hecho»/«consecuencia jurídica», ya que aquella distinción alude al carácter imperativo de la norma jurídico-penal más que a su estructura lógico-formal²⁶⁰. Segundo, que la norma jurídico-penal no puede estar compuesta por un precepto y una sanción, pues «en toda norma se expresan dos preceptos distintos y no solo uno»²⁶¹: la norma primaria (dirigida al ciudadano) y la norma secundaria (dirigida al juez). En esa línea, si existen dos preceptos, cada uno poseería su respectiva sanción (en caso de incumplimiento del correspondiente precepto): para la norma primaria la prevista en la disposición concreta (en el precepto) y para la norma secundaria la establecida en otras disposiciones «dirigidas a los órganos que incumplen el mandato de aplicar la sanción legal»²⁶². Estos autores, sin embargo, parecen utilizar dos conceptos de norma incompatibles entre sí: la norma como prescripción (la norma primaria y la norma secundaria) y la norma como conjunción de las anteriores (de las prescripciones), esto es, como un «agregado» de normas²⁶³.

3. Pienso que un entendimiento solo lógico-formal de una «norma» (en la que se diferencie entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica) no puede convivir con la distinción (a mi juicio, mucho más fructífera) entre norma primaria y norma secundaria. Es ampliamente conocido que la concepción-lógico formal de la norma jurídico-penal (tributaria de una concepción clásica de las normas penales, en la que no se distinguía entre norma primaria y norma secundaria, sino que la norma se entendía como un agregado de ambas) permitía entender que el supuesto de hecho aludía a la comisión de un delito, mientras que la

²⁵⁹ MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 31 ss.; *Función*, 2.ª ed., 1983, 45; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 170; LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 12;

²⁶⁰ MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 31; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 169; LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 12.

²⁶¹ Así, expresamente, MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 31. De la misma opinión, LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 12; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción*, v. I, 5.ª ed., 2012, 397.

²⁶² Así, MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 31. De la misma opinión, al parecer, MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1975, 14; RODRÍGUEZ MOURULLO, DP. PG., 1977, 75; BACIGALUPO, *Teoría*, t. I, 2009, 280; LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 1/13; RODRÍGUEZ MOURULLO, DP. PG., 1977, 76; ÁLVAREZ GARCÍA, *Estructura*, 2001, 19.

²⁶³ Esto es destacado también por MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 630, n. 51.

consecuencia jurídica se refería a la sanción que debe imponer el juez al ciudadano por la comisión de aquel hecho. Esta fue precisamente la comprensión vigente en la época de BINDING, quien fue criticado por formular la distinción entre norma y ley penal: contra él se dijo que tal distinción no representaba nada nuevo²⁶⁴ ya que ambos aspectos (un hecho realizado por el ciudadano y la sanción a imponer por el juez) formarían parte de una única norma compleja²⁶⁵. Sin embargo, una vez que se admite la existencia de una norma primaria y una norma secundaria (o de una norma de conducta y una norma de sanción, en la terminología dominante), que emanan de un precepto legal y que constituyen normas independientes, aunque interrelacionadas (una antecede a otra, están intensamente vinculadas y regidas por una relación lógica y teleológica), la primigenia definición lógico-formal de norma perdería sentido²⁶⁶. Y ante esto no se podría decir, por ejemplo, que la infracción de la norma primaria constituiría el presupuesto de hecho de la aplicación de la norma secundaria, que sería la consecuencia jurídica. Una afirmación como esta no reflejaría la estructura lógico-formal de una norma jurídico-penal, sino, en realidad, el resultado de la combinación de dos normas independientes²⁶⁷. Por lo dicho, la norma primaria no coincide con el denominado «supuesto de hecho», así como la norma secundaria no puede equipararse sin más a la consecuencia jurídica: cada una por sí misma ya es una norma y en absoluto un mero componente de una supuesta «norma» compleja superior²⁶⁸. Esta comprensión de la estructura de la ley penal, desde una perspectiva

²⁶⁴ Precisamente, una de las principales críticas formuladas a la teoría de las normas de BINDING consistió en que la separación entre norma y ley penal no era ninguna novedad. WACH, GS 25 (1873), 434 s., donde dice que BINDING propondría, con la «norma», una «corta palabra artificial» para lo que se conoce desde hace tiempo como *praeceptum legis*. Incluso KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 46 (=Teoría de las normas, 1977, 60) parece dar la razón a WACH y admite que en la teoría de las normas el reconocimiento de la norma como algo distinto de la ley penal «no es lo novedoso».

²⁶⁵ En el sentido que expusieron COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN (la norma penal es un agregado de un precepto primario y uno secundario). Si el precepto primario alude al supuesto de hecho (hecho antijurídico) y el precepto secundario alude a la consecuencia (sanción que debe imponer el juez) entonces ambos aspectos de la mencionada norma compleja quedan comprendidos en la distinción.

²⁶⁶ RENZIKOWSKI, ARSP 104 (2005), 117, n. 7, señala que la tradicional comprensión (en el ámbito de la teoría del Derecho) de la «norma completa» como una relación entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica hace que la norma primaria (o norma de conducta) «no sea una norma independiente».

²⁶⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 631, n. 51, quien dice: «Podría decirse que la infracción de la norma primaria es el presupuesto de hecho de la aplicación de la norma secundaria que es la consecuencia jurídica (con lo que en realidad se estaría diciendo lo mismo que en la tesis criticada), pero resulta obvio que entonces estos términos no reflejan ya la estructura de la norma jurídica, sino la estructura de la *combinación de dos normas distintas interrelacionadas*» (cursiva en el original).

²⁶⁸ Tanto MIR PUIG como LUZÓN PEÑA entienden que la norma jurídico-penal (o lo que ellos llaman con esa denominación) consta de dos preceptos: una norma primaria (dirigida al ciudadano) y una norma secundaria (dirigida al juez). A mi modo de ver, resulta confuso utilizar la denominación «norma jurídico-penal» a algo que en realidad no lo es: si se parte de la distinción entre norma jurídico-penal y precepto legal, entonces habrá que afirmar que es este último del que se deducen la norma primaria y la norma secundaria: la primera, de manera indirecta, y la segunda, de manera directa (esto es algo que parece haber cambiado en MIR PUIG,

lógico-formal, a mi juicio, impide comprender el verdadero alcance del concepto de norma²⁶⁹.

4. A partir de lo expuesto, emerge entonces la pregunta: ¿Cuál ha sido la razón por la que se ha mantenido entonces el concepto lógico-formal de norma en casi todos los estudios que prestan atención al estudio de la norma jurídico-penal? En la doctrina se ha intentado relacionar al supuesto de hecho y a la consecuencia jurídica con la norma primaria y la norma secundaria, sobre la base de una idea que en sí es correcta y que de alguna manera debe quedar bastante clara a partir de lo expuesto hasta el momento: que una (la norma primaria) es presupuesto de la aplicación de la otra (la norma secundaria). En la medida que el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica parecen tener la misma relación (si se realiza el supuesto de hecho, entonces se produce la consecuencia jurídica; si el ciudadano realiza el hecho contemplado en la ley como merecedor de pena, entonces el juez debe imponer la sanción prevista para tal hecho), la equiparación parece producirse de manera automática. Sin embargo, esta sería la única coincidencia entre la concepción tradicional y la que aquí se defiende, pues en la medida que la norma primaria y la norma secundaria son normas independientes –cuestión que resulta imprescindible si se quiere distinguir al destinatario y si se quiere establecer con precisión el contenido de la norma, como antes se demostró–, entonces la vinculación entre ambas no podría suponer la existencia de una única norma de carácter más amplio que las considere a aquellas como meros elementos,

pues si en *Introducción*, 1976, 31, hablaba de «dos preceptos (norma primaria y secundaria) que eran expresados en una norma», en DP. PG., 10.^a ed., 2016, 2/2 ss., habla –a mi juicio con mayor corrección y claridad– de un «precepto legal del que se deduce la norma primaria y la norma secundaria». Asimismo, MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 30, señalaba que la «estructura (...) común a toda norma jurídica formalmente completa (es el) *Supuesto de hecho* o presupuesto, por un lado, y *consecuencia jurídica*, por el otro» (cursivas en el original); sin embargo, luego (MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 32) decía que «la estructura lógica representada por la distinción presupuesto-consecuencia, que es la estructura propia de la redacción de las proposiciones jurídico-penales, tiene carácter *hipotético*» (cursiva en el original). De esto se extrae no solo una poco clara equiparación entre «norma» y «proposición jurídico-penal» (que posteriormente, en su PG, MIR PUIG se encarga de diferenciar con mayor precisión), sino que, a partir de esta distinción (y de una lectura de las referencias expresas), sería posible afirmar que MIR PUIG estuvo refiriéndose en todo momento a lo que aquí llamo «precepto legal» (del que se deduce expresamente la norma secundaria e indirectamente la norma primaria). Por su parte, LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 11, utilizaba indistintamente «norma jurídicopenal» y «proposición jurídicopenal» para hacer referencia a lo mismo, y no creo que ambos términos deban identificarse. Es correcto cuando LUZÓN PEÑA dice que la norma secundaria «sí coincide con la estructura de la proposición jurídico-penal» (entendiendo por esta última a lo que en esta investigación se entiende como precepto legal), y lo es porque, como aquí se sostiene (y tanto MIR PUIG como LUZÓN PEÑA lo admiten), la norma secundaria se deduce directamente del precepto legal.

²⁶⁹ La concepción tradicional de la norma como un esquema en el que quedan combinados el precepto y la sanción no puede sustituir la distinción entre norma primaria y secundaria, sino que, en realidad, como señala MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 629, «impide comprender su verdadero alcance y la oscurece». Estas complejidades pueden encontrarse ya en BINDING, *Normen*, t. I, 1872, 4-5.

sino que debería impulsar la comprensión de la existencia de una relación lógica y teleológica entre dos normas distintas.

5. Reconocer la existencia de una norma primaria y una norma secundaria (atribuyendo correctamente un sentido distinto a cada una de ellas), y a la vez mantener la idea de que la estructura lógico-formal de la norma está compuesta por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica (siendo la norma penal el agregado de estos dos preceptos), tal y como se ha venido haciendo, conduce, a mi modo de ver, a resultados desventajosos. Es importante recordar que la comprensión lógico-formal de la norma jurídico-penal, al parecer, se encuentra estrechamente vinculada a la idea de asociar los conceptos de «ley penal» y «norma», pues si la ley penal no solo contemplaba la sanción a imponer por parte de la autoridad judicial, sino también el comportamiento que debía realizar el delincuente para ser susceptible de castigo estatal, entonces resulta razonable situar, dentro del concepto de ley penal, a ambos elementos, sin destacar alguna posibilidad de individualización de los mismos²⁷⁰. En la actualidad, muchos autores asumen un concepto lógico-formal de norma para definirla (empleando así una de las críticas formuladas en oposición a BINDING) pero a la vez asumen la distinción entre norma primaria y norma secundaria (distinción que, precisamente, criticaron los opositores a la teoría de las normas de BINDING), sin profundizar sobre las posibles relaciones internas o las consecuencias de esta forma de proceder. Si bien la doctrina mayoritaria entiende, como BINDING, que la comprensión de la ley penal como combinación de precepto y sanción no puede sustituir la distinción entre norma primaria y secundaria, al mantener tal comprensión no hace más que dificultar un adecuado entendimiento de esta última distinción.

6. Los autores que señalaban que la estructura lógico-formal de toda norma era el esquema presupuesto de hecho/consecuencia jurídica, en realidad, se referían en todo momento al

²⁷⁰ Claro ejemplo de esto es la posición (antes expuesta) de RODRÍGUEZ MOURULLO. La amplia difusión de la comprensión lógico-formal de la norma y su traslación para definir a la norma primaria como a la norma secundaria es algo que puede resultar interesante investigar. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 631, n. 51, señala gráficamente que tal traslación se basa en un espejismo. Al respecto, menciona: «como la condición de aplicación de la norma secundaria consiste precisamente en que se infrinja una norma primaria, da la impresión de que el par de conceptos “presupuesto de hecho”-“consecuencia jurídica” se adapta perfectamente a esta norma. En realidad ni siquiera es así, ya que con tal distinción se pretendía aludir a la combinación de ambas normas y no a la distinción entre condición de aplicación y contenido de la norma. Pero una vez dado el paso de la identificación, resulta sencillo encontrar también esta estructura en la norma primaria ya que en ésta, como en cualquier otra norma, puede distinguirse sin problemas entre condición de aplicación y contenido, que es lo que hacen Jsay, Engisch o Mir Puig».

propio precepto legal. Ahora bien, en la medida que el precepto legal tiene una redacción hipotética («Si es X, entonces Y»), fue fácil reconocer la correspondencia entre aquel y la norma secundaria (dirigida al juez, imponiéndole un deber de juzgar en el caso de que verifique la existencia de una infracción de una norma primaria)²⁷¹. Esta correspondencia no solo hizo que la señalada «estructura lógico-formal» se identifique con la norma secundaria, sino que también pase a identificarse posteriormente con la norma primaria, bajo la idea de que toda norma jurídica, incluyendo la jurídico-penal, tiene la misma estructura lógico-formal. De esta manera, en una argumentación que se remonta a JSAY y que es posible encontrar en MIR PUIG, se tiene que tanto la norma primaria como la norma secundaria responden a la misma estructura lógico-formal, esto es, que ambas tienen un presupuesto de hecho y una consecuencia jurídica. En la norma primaria, el presupuesto de hecho se distingue tomando en cuenta si se trata de un delito activo o de un delito omisivo. En los delitos de acción (que se corresponden con las prohibiciones), supuesto de hecho sería toda situación en la que sea posible realizar físicamente el delito (en el caso del homicidio, por ejemplo, toda situación en la que sea físicamente posible matar a alguien) de manera injustificada, y consecuencia jurídica sería el deber de no realizar el delito. En los delitos de omisión (que se corresponden con los mandatos), supuesto de hecho sería toda situación en la que otro se encuentre en peligro, mientras que la consecuencia jurídica sería el deber de salvar a ese otro del peligro. En la norma secundaria, por su parte, el supuesto de hecho sería la infracción de la norma primaria y la consecuencia jurídica sería la imposición (al juez) de un deber de juzgar. Pienso que solo mediante esta argumentación es posible sostener que tanto la norma primaria como la norma secundaria poseen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Esto se puede mantener siempre y cuando se tenga establecido claramente que la norma primaria y la norma secundaria son normas independientes y que no son «partes» o «componentes» de una «norma» más amplia.

7. De lo acabado de explicar se desprenden unas importantes ideas para esta investigación. Al indagar sobre el concepto de antijuridicidad (como contrariedad a la norma), ENGISCH planteó correctamente dos cuestiones: ¿a quién pueden dirigirse las normas? Y ¿qué

²⁷¹ Esto queda muy claro en la argumentación de RODRÍGUEZ MOURULLO, DP. PG., 1977, 85, cuando dice: «Que el Juez es, de esta forma, también destinatario de la norma penal no puede ponerse en tela de juicio». Por otro lado, que al juez se le impone un deber de juzgar y no un deber de castigar, se explica *infra* Cap. III, 9.

pueden razonablemente ordenar?²⁷² Cada una de estas interrogantes, como es previsible, tiene un ámbito de proyección distinto: mientras la primera alude al destinatario de la norma («sujeto pasivo» o «destinatario-sujeto»), la segunda se refiere al contenido de la prohibición o el mandato («comportamiento-objeto»)²⁷³. Si se rememoran las reflexiones expuestas en el primer capítulo, será posible reconocer que tal distinción ya había sido propuesta, en el ámbito del Derecho penal, por HOLD VON FERNECK, quien, conforme a una concepción imperativa de la norma (que, como se explicó previamente, constituía el núcleo de su sistema), reconoció ciertas limitaciones al legislador al momento de creación de las normas: primero, solo los inimputables son destinatarios aptos de las normas, y, segundo, solo lo serán cuando se encuentren en una situación en la que sean capaces de cumplir el mandato²⁷⁴. Estas circunstancias limitadoras, emanadas de la propia naturaleza de la norma, tienen que ver con las circunstancias propias del destinatario y las circunstancias en las que este (en principio apto para recibir la orden) se encuentra²⁷⁵. Hasta donde alcanzo a entender, la primera circunstancia limitadora, referida a la aptitud del individuo, y la segunda circunstancia limitadora, referida a la situación del individuo en principio apto, se corresponden con el «¿a quién se puede prohibir?» y al «¿qué se puede prohibir?» de ENGISCH, respectivamente²⁷⁶. Por lo dicho, destinatario de la norma solo será aquel sujeto imputable (destinatario apto de la norma) y solo cuando se encuentre en una situación en la que le sea capaz de cumplir el mandato. Solo cuando el sujeto se encuentra en una determinada situación, se puede decir que la norma, a él dirigida, le impone un deber²⁷⁷.

²⁷² ENGISCH, *FS-DeutscherJuristentag*, 1960, 414 ss.

²⁷³ BOBBIO, *Contribución*, 1980, 295, señala que además de «sujeto pasivo» y del «comportamiento-objeto», hay un «sujeto activo», esto es, la entidad que emite la proposición prescriptiva. Este autor acertadamente indica que «el primer paso para interpretar una norma jurídica es el de preguntarse a quién se dirige y qué comportamiento contempla».

²⁷⁴ Aquí se le puede reprochar a HOLD VON FERNECK, como ya se señaló en el Cap. I, que, sobre la base de esta limitación de los destinatarios, haya recurrido a un criterio intersubjetivo (centrado en el término medio del grupo al que pertenece) para determinar quién es imputable y cuál es esa situación en la que se posee esa condición.

²⁷⁵ Esto también ha sido destacado por MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 332. Cabe mencionar que las dos limitaciones propuestas por HOLD VON FERNECK fueron también adoptadas por BINDING, quien las reunió en una sola categoría: la capacidad de acción *ad hoc*. MOLINA FERNÁNDEZ agrega que: «Las dos cuestiones tienen que ver con el “problema del destinatario de la norma” que siempre se ha presentado como un obstáculo especialmente incómodo tanto para las concepciones objetivas del injusto, como en general para la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad».

²⁷⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 331, n. 140, donde afirma que «La diferencia entre ellos es que Engisch no llevó su planteamiento imperativo hasta el final, mientras que Hold von Ferneck sí lo hizo (al menos en su exposición teórica inicial, aunque luego tampoco fuera plenamente consecuente)».

²⁷⁷ Al respecto, por todos, MÜNZBERG, *Verhalten*, 1966, 141 ss.; LAGODNY, *Grundrechte*, 1996, 81; SPENDEL, *FS-Weber*, 2004, 6; SCHNEIDER, A., *Verhaltensnorm*, 2011, 37.

8.1. Estas reflexiones deben conducir a algunas conclusiones importantes que han de ser profundizadas en las siguientes líneas. Primero, que, a diferencia de lo sostenido por la doctrina jurídico-penal mayoritaria, la norma primaria no se dirige a todos. Por esto, adelanto aquí la idea (que retomaré en el próximo capítulo con una mayor profundización) de que la norma como un «mandato general» no constituye un planteamiento sostenible²⁷⁸. En la ciencia penal española RODRÍGUEZ MOURULLO, subrayando la influencia de la concepción imperativa de la norma en los defensores del finalismo, había sostenido ya que «la afirmación de que los niños, los jóvenes y los enfermos mentales, también se dejan determinar, por regla general, por las normas jurídicas, no es un dato de experiencia, sino afirmación puramente especulativa, no compartida por otros penalistas partidarios de la teoría imperativista»²⁷⁹. Por su parte, MIR PUIG, reconociendo que la concepción imperativa de la norma puede, en última instancia, cuestionar la arraigada separación conceptual entre injusto y culpabilidad, señala que «Se ha tratado de evitar esta conclusión afirmando que la norma imperativa se dirige a todos, incluidos los inimputables y quienes actúan en error de prohibición invencible (...) Esta afirmación requeriría una fundamentación que no suele darse»²⁸⁰. Al parecer, el Derecho penal reconoce la distinción, de incontestable arraigo sociológico, entre el «normal» y el «enajenado», lo cual se evidencia al discernir entre imputables e inimputables²⁸¹. Sin embargo, tal distinción, me atrevo a decir, se realizaría únicamente de manera parcial: a efectos de la imposición de la pena (y del despliegue de sus pretendidos efectos preventivo-especiales y preventivo-generales) se distingue entre individuos que pueden cumplirla e individuos que, por sufrir de alguna perturbación (permanente o transitoria), no han de ser reprimidos por aquella sanción (la más grave que puede infligir el Estado)²⁸². Sin embargo, a efectos de describir los alcances de la norma desde la perspectiva de su eficacia, la doctrina evita

²⁷⁸ La idea de que la norma se dirige a todos es seguida por varios autores en la doctrina española, por todos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, RDPC 2, 1998, 387; LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 13/56; MORALES PRATS, en: *EPM-Valle Muñiz*, 2001, 542. Esta tesis, al parecer, tiene un importante arraigo en la teoría del Derecho, desde la que se ha influenciado al Derecho penal. Solo será suficiente mencionar aquí la definición de AUSTIN, quien –en los orígenes de una comprensión imperativista de la norma– señaló que una «ley» («law») es un mandato general de un soberano dirigido a sus súbditos. Así, AUSTIN, *Jurisprudence*, 1832, 17, señaló: «crear un sistema de deberes para cada individuo de la comunidad sería simplemente imposible: y si fuera posible, sería totalmente inútil. La mayoría de las leyes establecidas por los superiores políticos son, por tanto, *generales* (...)» (cursiva en el original).

²⁷⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, DP. PG., 1977, 80.

²⁸⁰ MIR PUIG, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. II, 2008, 1313.

²⁸¹ Al respecto, GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 175.

²⁸² En doctrina es generalmente admitido que una pena para los inimputables no tiene sentido ni desde una perspectiva preventivo-general ni desde una preventivo-especial. Así, por todos, GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 176.

cualquier tipo de distinción (y, en definitiva, cualquier profundización sobre el asunto) entre las dos categorías de individuos antes mencionada, silenciando convenientemente la mencionada «distinción de arraigo sociológico» que permite admitir inclusive que los inimputables no suelen responder al estímulo que implica la amenaza de pena²⁸³.

8.2. Segundo, que la norma solo se dirige a su destinatario no solo cuando este posea las condiciones subjetivo-individuales necesarias para cumplir la prohibición o el mandato, sino también cuando se encuentre en una específica situación (en los delitos de acción, situación en la que sea físicamente posible realizar el hecho; en los delitos de omisión, situación en la que otro –con el que está vinculado– se encuentra en peligro). De esto se deduce que el individuo no solo debe poseer las condiciones subjetivo-individuales necesarias para poder cumplir con el mensaje prescriptivo de la norma, sino que debe conocer las circunstancias en las que se encuentra, pues si la norma primaria se constituye como un instrumento para la realización de una determinada conducta humana, no es posible que esta se vincule solo con lo objetivo²⁸⁴. El destinatario no solo debe conocer las circunstancias necesarias para considerar a la norma como una razón excluyente para actuar u omitir, sino que también debe conocer la circunstancia en la que se encuentra, pues solo de esta manera, al conocer la circunstancia, la norma puede tener eficacia²⁸⁵ o, dicho de otra manera, solo de esa manera la pretensión de la norma puede concretarse

²⁸³ Al respecto ya ROXIN, *Kriminalpolitik*, 2.ª ed., 1973, 33. La doctrina mayoritaria debería responder a la inquietud consistente en determinar cómo una norma imperativa (cuya infracción se evalúa en la antijuridicidad) puede dirigirse a alguien que no puede cumplirla (por carecer de las condiciones suficientes para hacerlo –incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad– o por desconocer la norma –desconocimiento de la antijuridicidad–). Y es que, desde mi punto de vista, resulta inquietante pensar –en términos de eficacia de la norma– que, así como la norma jurídico-penal (o, con mayor propiedad, la norma primaria) se dirige a una persona sin ningún tipo de déficit cognitivo (esto es, una persona en sus plenas facultades), se dirija de la misma manera a un menor de edad (inimputable) o a una persona que desconoce la norma (error de prohibición).

²⁸⁴ Tomando como base un ejemplo propuesto por STRATENWERTH, *Acción*, 1991, 43, se podría preguntar: ¿De qué sirve una prohibición de apoderarse de una cosa objetivamente ajena cuando la persona que realiza el hecho simplemente no conocía las circunstancias? STRATENWERTH dice: «A quien no sabe que la cosa que toma es ajena, la prohibición no puede apartarlo de eso. Con otras palabras: la norma que sirve como directriz, como pauta de la conducta humana, no puede vincularse con lo objetivo, sino sólo con las circunstancias que le son conocidas al autor (...) Si la cosa es realmente ajena o no, se determinará posteriormente; pero acerca del ser de la prohibición, hay que decidir en el instante de la acción. Brevemente: para las prohibiciones o los mandatos formulados como norma de conducta no interesa cómo esté configurada realmente la situación concreta, sino cómo se presenta ante los ojos del autor».

²⁸⁵ STRATENWERTH, *Acción*, 1991, 45, donde dice: «Tenemos que dejar en claro, por tanto, que las prohibiciones y mandatos penales, si deben servir como normas de conducta –y esta función que les es propio está fuera de cuestión–, tienen que partir de la situación vista con los ojos del autor, y que necesitan, en este sentido, una versión subjetiva. No puede importar, en esa medida, la situación de hecho real, y, por tanto, tampoco si la tentativa de delito o la conducta imprudente conducen o pueden conducir in concreto a un resultado jurídicamente desaprobado».

como razón excluyente de la acción u omisión en el destinatario. Solo si se entiende que las circunstancias del hecho y del destinatario condicionan decisivamente la eficacia de la norma, podrá entenderse correctamente la afirmación de HOLD VON FERNECK, por la cual «todo Derecho es solo Derecho situacional» («*alles Recht ist nur Situationsrecht*»). La norma no puede dirigirse a cualquiera ni tampoco puede mandar cualquier cosa²⁸⁶.

8.3. Tercero, que esta es la única forma de entender la vigencia del principio voluntarista *impossibilium nulla obligatio*, caracterizado también con el aforismo «*ultra posse nemo obligatur*» o, de manera más simple, «deber implica poder»²⁸⁷. Desde mi punto de vista, aceptar que la norma penal «va dirigida a la generalidad de ciudadanos, sin distinguir entre culpables y no culpables» y a la vez afirmar que «los imperativos y prohibiciones conminados penalmente tratan de encauzar las conductas humanas» supone una contradicción. Esto es así pues se contraviene la máxima «deber implica poder»: ¿cómo se puede reprochar a un individuo que no tuvo la posibilidad de acceder a la norma y, en virtud de ello, de ejercer voluntariamente su libertad (aunque de manera incorrecta) cuando carecía de las condiciones individuales necesarias para enjuiciar los alcances y la relevancia de su hecho? Debe quedar claro que a pesar de que aquí se defiende la idea de que la norma no se dirige a quienes no puedan recibirlas, ello no supone asumir que, por ejemplo, un niño o un enfermo mental profundo no puedan realizar un injusto penal (entendiendo por esto a un hecho de relevancia jurídico-penal independiente de cualquier posterior juicio sobre la culpabilidad). Conforme a los planteamientos aquí defendidos y que solo podrán ser valorados de manera global al final de la investigación, se debe señalar que, en mi opinión, un menor de edad o un enfermo mental podrán realizar un injusto penal, sin que esto suponga, a la vez, la infracción de una norma de determinación (mucho menos de una norma de valoración). Injusto no es contrariedad a la norma²⁸⁸.

²⁸⁶ De esto se deduce, consecuentemente, que no se puede modificar el comportamiento de quien está en condiciones de no tomar en cuenta el respectivo mensaje prescriptivo (por estar el individuo en estado de inconciencia, por ejemplo), así como tampoco se puede ordenar a un individuo que con su conducta no cause un resultado imprevisible. En esa línea, MOLINA FERNÁNDEZ, RChD 2, 1995, 267. Por otro lado, MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 44, ya lo había dicho: «No hay ningún deber de producir lo que es imposible para el hombre o de prever y evitar lo inevitable. Por ello, de esta no previsión y no evitación no puede resultar la violación de un deber ni consecuentemente tampoco del derecho».

²⁸⁷ JOERDEN, *Logik im Recht*, 2.ª ed., 2010, 208 ss. Al respecto, con mayor detalle, *infra*, Cap. IV.

²⁸⁸ Al respecto, *infra* Cap. IV.

9. En definitiva, el precepto penal contiene dos normas, independientes, distintas, aunque relacionadas. Son dos normas distintas, pues tienen distintos destinatarios, distinto contenido y distinta condición de cumplimiento. Son dos normas relacionadas, pues la infracción de una de ellas (la norma primaria) es condición de la aplicación de la otra (la norma secundaria). En la medida que ninguna de las mencionadas normas responden al esquema «precepto»/«sanción», la norma primaria contiene solamente un mensaje prescriptivo (por ejemplo, «¡No debes matar!»). La norma secundaria (que, como antes se dijo, es «norma de conducta» para el juez) apoya el cumplimiento de la norma primaria, mediante la conminación penal que porta. Asimismo, la norma secundaria, desde la perspectiva del juez, contiene un mensaje prescriptivo a él dirigido, reforzado por una norma terciaria (la norma subyacente al delito de prevaricación, que es secundaria desde la perspectiva del mencionado juez, pero primaria desde la perspectiva de un tercer juez), apoyada también por una conminación penal.

7. Relación entre el binomio norma primaria/norma secundaria y el precepto penal.

1. Después de haber analizado la relación interna existente entre la norma primaria y la norma secundaria y las cuestiones generales que pueden predicarse de ambas normas, considero importante formular algunas ideas sobre la correspondencia entre estas y el aquí denominado «precepto penal». Específicamente, me referiré a dos asuntos. Primero, formularé algunas apreciaciones relacionadas a la relación entre el precepto penal y la norma secundaria. Segundo, abordaré lo relacionado a la relación entre el precepto penal y la norma primaria. En este marco, es importante señalar no solo si la norma es previa o posterior a la «ley penal», sino también (una vez admitida que es posterior), si su deducción es lógica o interpretativa.

7.1. Precepto penal y norma secundaria.

1. En Derecho penal, es bastante usual que los preceptos legales estén redactados de modo indicativo, conforme a un uso descriptivo del lenguaje. Así, generalmente se encuentran preceptos legales que poseen la forma de una descripción, según la cual se establece que la realización de una determinada conducta conlleva una sanción. Esta aseveración puede

generar algunas inquietudes sobre el carácter prescriptivo de las normas, pues, como puede preverse, que la redacción de los preceptos legales esté hecha de modo indicativo parece ser más acorde al lenguaje descriptivo que al prescriptivo. A pesar de este recurso estilístico, pienso que no es posible negar la naturaleza prescriptiva de las normas que emanan del precepto penal²⁸⁹. En realidad, la configuración de este último mediante el lenguaje descriptivo respondería, al parecer, a una específica pretensión: la de establecer con claridad que un suceso (la pena) necesariamente se va a realizar como consecuencia de un hecho previo (el delito), en el sentido más próximo al de las leyes naturales²⁹⁰. Así, el precepto penal, configurado desde la perspectiva del lenguaje descriptivo, expresaría, por ejemplo, que, si alguien mata a otro, aquel habrá cometido un delito que *será necesariamente* sancionado por los órganos de la justicia²⁹¹. Mediante el recurso estilístico que brinda el lenguaje descriptivo, se procede a sustituir la utilización de una expresión deóntica (cuya utilización no estaría exenta de complejidades²⁹²) por una expresión en la que se destaca principalmente una relación de necesidad entre un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica²⁹³.

²⁸⁹ Como se ha visto, esto es lo que niegan los defensores de la comprensión de la norma como juicio hipotético. Al respecto, *supra* Cap. II, 3, 3.3.

²⁹⁰ Al respecto, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 552. Parece ser que esta forma de redacción de los preceptos penales proviene de la influencia de FEUERBACH en su faceta de legislador (Código Penal para Baviera). Si FEUERBACH consideraba que el juez debía limitarse a aplicar la ley (para de esa manera evitar una arbitrariedad ilimitada) y, en ese sentido, asignar al hecho concreto la pena conminada en la ley, entonces la redacción de los preceptos debía parecer lo más cercano a una ley natural: en esta ley el presupuesto y la consecuencia se rigen por una relación de necesidad, y la ley penal, para asociarse también a una relación como esa (pues así se podría limitar la discrecionalidad del juez), debía entonces ser redactada de la forma más cercana a cómo se describe una ley natural («Si A, entonces B»). En ese sentido, FEUERBACH, *Revision*, t. I, 1799, 148, donde señala que al juez se le impone una «obligación absoluta (*vollkommene Verbindlichkeit*) de sancionar los delitos» conforme a la ley.

²⁹¹ Evidentemente, esta construcción supone varias cosas, por ejemplo: que el que mata a otro reúne todas las condiciones necesarias para la infracción de la norma. SCHILD, *FS-Jakobs*, 2007, 601, señala que la frase «será penado» («*wird bestraft*») debe ser entendido como «deberá ser penado» («*soll bestraft werden*»), o, de manera más correcta, como «podrá ser penado» («*darf bestraft werden*»), lo que significa, en su opinión, que «la ley penal puede y debe interpretarse como la base de la autorización para la intervención estatal, que por lo tanto debe medirse conforme a las reglas de la Constitución (específicamente, al principio de proporcionalidad)». Por su parte, RENZIKOWSKI, en: BOROWSKI/PAULSON/SIECKMANN, *Rechtsphilosophie*, 2017, 637 s., señala que cuando el § 212 StGB dice que «Quien mata a otro... será... penado», el término «será» no puede ser entendido en el sentido de una prognosis (de lo contrario el Código Penal no se distinguiría de, por ejemplo, un pronóstico del tiempo), sino en el sentido de un deber: «Quien mata a otro *debe (soll)* ser castigado».

²⁹² Por ejemplo, una complejidad tiene que ver con el *ultra posse nemo obligatur*. Si «A» *debe* hacer «x», es porque al imponerle ese deber, pensamos que «A» *puede* hacer «x».

²⁹³ En efecto, se trata aquí de una relación de necesidad que, en principio, debería darse, aunque no es necesaria que se dé. Como se verá más adelante, si «A» mata a «B», aquel no necesariamente será penado, sino que podrá serlo, siempre que concurren presupuestos adicionales. Al respecto, ZIPPELIUS, *Methodenlehre*, 11.ª ed., 2012, 3, donde señala que, en el caso del delito de lesiones, el precepto correspondiente (que tiene la forma de una declaración de hechos) no refleja el «deber» en ningún lugar, sin embargo, ese precepto «no quiere describir que todo aquel que comete unas lesiones corporales también será

2. Un enunciado legal que contiene una pena como legítima consecuencia de un determinado supuesto de hecho, según lo ya explicado, transmite un mensaje prescriptivo dirigido al juez, que le impone un deber de actuar en caso de que se verifique el cumplimiento en el mundo real del supuesto de hecho hipotético contemplado en el enunciado legal. Por ello, «cabe interpretar las formulaciones de los enunciados legales de la Parte especial (complementadas con otros de la Parte general) en el sentido de que expresan una norma dirigida a los jueces en términos hipotéticos»²⁹⁴. Conforme a esto, al utilizar el legislador un precepto legal en el que vincula un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica (una pena), aquel no solo se limita a cumplir las funciones de informar y castigar: en realidad, busca prohibir o mandar (bajo amenaza de pena) un determinado suceso²⁹⁵. Cuando el artículo 138 CP dice «El que matare a otro será reprimido con una pena privativa de libertad», se describe un enunciado del cual se desprende no solo una voluntad normativa dirigida al juez para (en última instancia) castigar en caso se concrete el hecho conminado en el mundo real (norma secundaria), sino también una voluntad normativa de que los ciudadanos «no maten» (norma primaria). Esta distinción se justifica en la esencial idea de que, si el Derecho penal es entendido como un mecanismo de control social, es porque las normas que lo conforman tienen necesariamente como destinatarios a los ciudadanos. Como ya había puesto en evidencia BINDING, aunque las leyes penales no suelen expresar literalmente ninguna norma que prohíba la comisión de delitos, resulta difícil no admitir que el Derecho penal no prohíba la comisión de una determinada clase de hechos (delitos) a los que asigna penas en caso de ser realizados. Por este motivo, la doctrina jurídico-penal da por supuesta la existencia de normas no escritas que prohíben los delitos, lo que, a su vez, permite la utilización de un concepto de norma jurídica distinto al de texto legal²⁹⁶.

realmente penado, como en el sentido que indica la ley de la gravedad, que toda piedra que uno levanta y luego suelta, cae nuevamente al suelo», sino que «este precepto quiere alcanzar dos cosas: en primer lugar, quiere determinar a los hombres a no lesionarse mutuamente; y, segundo, quiere determinar al juez a castigar a los hombres que infrinjan este mandato». De esto deduce ZIPPELIUS la existencia de dos normas: una primaria, dirigida a regular la conducta humana, y otra secundaria, dirigida a instruir al juez a reaccionar con la pena en caso de lesión de la norma primaria.

²⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 508.

²⁹⁵ MIR PUIG, *EPH-Gimbernat*, t. II, 2008, 1314.

²⁹⁶ MIR PUIG, *EPH-Gimbernat*, t. II, 2008, 1314.

3. El principio de legalidad, como límite al ejercicio del poder punitivo del Estado, exige que las normas jurídico-penales sean aprobadas en forma de ley²⁹⁷. Por ello, las normas que habilitan la imposición de penas a determinados hechos han de preverse en textos legales y deben cumplir las formalidades y etapas (promulgación, entrada en vigor) que el ordenamiento jurídico establece para ello²⁹⁸. Por su parte, el mandato de determinación (*lex certa*) establece que los presupuestos de la conducta punible, así como las penas, deben estar establecidos expresamente en los textos legales. Sin embargo, es preciso señalar que estas consideraciones, en realidad, no aluden a las normas que se dirigen a los ciudadanos (normas primarias), sino que son normas que se dirigen al juez a efectos de obligarle a juzgar y, de ser el caso, imponer penas a quienes realicen el supuesto de hecho de tales proposiciones legales, esto es, a quienes cometan los delitos. Con lo acabado de decir y con lo explicado previamente, queda claro que la ley penal expresa directamente una norma dirigida al juez, esto es, una norma secundaria²⁹⁹. En ese sentido, se ha sostenido incluso que las disposiciones de la parte especial del CP pueden ser interpretadas sin más como normas secundarias³⁰⁰. Debido a la precisa definición del delito y de los presupuestos para el castigo en la ley y la jurisprudencia, las normas de sanción están altamente detalladas³⁰¹. En definitiva, la utilización del lenguaje descriptivo en la configuración del precepto penal, del que se deduce directamente la norma secundaria, destaca solo la relación de necesidad (que puede darse, aunque no es necesario que se dé) entre un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. No podría extraerse, por tanto, del precepto penal, redactado en modo indicativo, un deber de penar, ya que la pena precisa de presupuestos adicionales que

²⁹⁷ Al respecto, por todos, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 71.

²⁹⁸ Debe poseer «eficacia interna» en los términos planteados por HIERRO, *Eficacia*, 2003, 71 ss.

²⁹⁹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 73; SCHILD, *FS-Jakobs*, 2007, 602 (quien inclusive señala que «la ley penal es en todo caso una norma de sanción»); MIR PUIG, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. II, 2008, 1314.

³⁰⁰ Así, por todos, AST, *Normentheorie*, 2010, 10 (aunque se refiere a la norma de sanción); MAÑALICH, REJ 12, 2010, 171. LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 12, señala que «Este último precepto, es decir, la norma secundaria, sí que coincide con la estructura de la proposición jurídicopenal: si se da tal delito, se debe (el juez debe) imponer tal pena o medida; mientras que la norma primaria –no se debe cometer tal delito– sólo se desprende implícitamente de la proposición o norma jurídicopenal». En ese mismo sentido ya MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 31 ss.

³⁰¹ Sin embargo, se debe tener en cuenta que un solo texto legal resulta insuficiente para concretar la conducta punible y la pena que debe imponerse en el caso concreto. Retomando al ejemplo anterior, si bien el referido artículo 138 CP asigna una pena, este no debería ser el único punto de referencia, ya que de lo contrario se dejarían de lado otros preceptos en el CP por los cuales se puede declarar como no punibles los homicidios sobre los cuales recaiga una causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad. Asimismo, hace falta tener en cuenta otros preceptos legales con los cuales establecer el marco, mínimo y máximo, de la pena abstracta y, a partir de ello, la pena concreta. Por estas razones, será necesario relacionar varios textos legales para determinar la norma que señala una pena a una determinada conducta. Aunque la norma secundaria tiene una base lingüística expresa en textos legales, no coincide conceptualmente con ninguno de tales textos. Al respecto, MIR PUIG, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. II, 2008, 1315.

han de tenerse en cuenta³⁰². Aquel deber, que emanado de la norma secundaria y que se impone al juez, consiste en realidad en un *deber de juzgar*.

7.2. Precepto penal y norma primaria.

1. Si bien la norma secundaria se obtiene directamente del precepto penal, generalmente se reconoce en la doctrina que la construcción de la norma primaria a partir de los enunciados legales es un asunto que posee una mayor complejidad³⁰³. Esto es así pues la norma primaria no se formula directamente por el enunciado legal, sino que se deduce indirectamente de él³⁰⁴. El análisis de la relación entre la norma primaria y el precepto penal, entonces, remite a la discusión sobre el momento de la aparición de la norma primaria. Este se trata de un asunto interesante que evoca irremediamente las reflexiones propuestas en su día por BINDING. Según este autor, la norma poseía un carácter previo a la ley penal, esto es, la norma no se deducía de la ley penal, sino que la ley penal suponía ya una norma. Esta afirmación constituye una estupenda oportunidad para formular las siguientes inquietudes sobre el momento de aparición de la norma: ¿es esta previa a la ley penal? o, acaso, ¿la norma se desprende –es decir, es posterior– de la ley penal?³⁰⁵ Si la norma se reconoce como premisa lógica de la proposición legal, no podría considerarse entonces como posterior a la ley penal, sino que sería esta, la ley penal, la que es posterior a la norma³⁰⁶. Sin embargo, esta conclusión no resulta satisfactoria, pues pueden reconocerse leyes penales sin normas fundamentadoras precedentes³⁰⁷. Incluso, cuando a la ley penal antecede una norma, ella es decisiva para la ciencia penal no en cuanto norma precedente, sino en la medida en que se halle reflejada en la ley penal³⁰⁸,

³⁰² Al respecto, *infra* Cap. III, 9.

³⁰³ Por todos, MIR PUIG, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. II, 2008, 1315.

³⁰⁴ SCHILD, *FS-Jakobs*, 2007, 602.

³⁰⁵ Estos cuestionamientos, según OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 76, son el eje de la crítica fundamental que se dirige a la concepción de BINDING. En ese sentido, afirmar que existen normas no penales anteriores a la ley penal supondría otorgar al Derecho penal un carácter inaceptable: no solo porque el Derecho penal quedaría reducido a un mero aparato sancionatorio, accesorio y circunscrito a velar por el cumplimiento de unas normas de naturaleza independiente (jurídico-pública) (Al respecto, la crítica de WACH, GS 25 (1873), 440), sino también porque se entendería que la teoría de las normas no puede encontrar apoyo más que en una concepción estática de la ley penal, con la que no agota su naturaleza.

³⁰⁶ Esta es la posición de algunos importantes autores. Por todos, MAURACH, DP. PG., t. I, 1962, 361, quien señala que la «norma» es presupuesto lógico de la «ley penal».

³⁰⁷ Así, WACH, GS 25 (1873), 437.

³⁰⁸ MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 25.

precisamente, por exigencia del principio de legalidad³⁰⁹. La concepción de BINDING, en el extremo de la norma como una de carácter jurídico-pública, autónoma y cronológicamente previa a la ley penal, por lo tanto, no puede ser admitida.

2.1. Si se acepta que la norma primaria no es cronológicamente previa al precepto penal ni es condición de su vigencia, habrá que afirmar que aquella se deriva de este. Y si se sigue esta orientación, será posible encontrar dos posiciones diferenciadas. En primer lugar, aquella que sostiene que, en la medida que la norma secundaria se transmite expresamente por el enunciado legal que señala una pena a un determinado hecho (como antes se dijo, la ley penal expresa directamente la norma dirigida al juez), se produce una derivación *lógica* de la norma primaria a partir de la norma secundaria, pues esta *implicaría* aquella³¹⁰. Esta primera posición está estrechamente vinculada con la idea de que las únicas normas son las que están dirigidas a los jueces, en la medida que aquellas habilitan a estos la imposición de sanciones. Asimismo, esta posición se relaciona de manera intensa con la ausencia de distinción entre norma y precepto penal, pues en este último, considerado como una norma dirigida a los jueces autorizándoles la imposición de determinadas sanciones en ciertas circunstancias, se produce una inferencia lógica de lo que estaría prohibido o permitido. Así, la prohibición del homicidio, por ejemplo, sería una inferencia lógica de que el homicidio esté sancionado con una pena³¹¹. En segundo lugar, la perspectiva consistente en

³⁰⁹ Antes de la clásica formulación del principio de legalidad, obra de FEUERBACH, ese principio puede rastrearse ya en la obra de KANT, específicamente, al desarrollar este autor sus planteamientos referidos a la «situación de Derecho» («*rechtlicher Zustand*») que constituye el antecedente inmediato de lo que hoy se conoce ampliamente como Estado de Derecho (*Rechtsstaat*). Según KANT, la situación de Derecho necesitaba de la publicidad del Derecho objetivo, lo que le conferiría la condición de «público» y, por lo tanto, de ser accesible a cualquier persona. La «ley pública», dada por el legislador en una situación de Derecho, es la que, al ser conocida por todos, puede, de ser el caso, ser infringida. Conforme a HRUSCHKA, *FS-Puppe*, 2011, 21, el principio «*nulla poena sine lege*» se deriva de ese planteamiento kantiano. Pienso, sin embargo, que entre KANT y FEUERBACH hay un salto importante: KANT siempre tuvo en cuenta al individuo como agente, quien es el que infringe la ley que conoce y que, por ello, debe ser castigado. FEUERBACH, en cambio, recurrió al principio antes mencionado no teniendo en cuenta al individuo, sino, a mi modo de ver, la limitación del poder penal estatal: a partir de la vigencia del principio de legalidad el juez ya no podría imponer penas indeterminadas o castigar supuestos de hecho no contemplados en la ley (los *delicta extraordinaria*, por ejemplo), sino que tendría que someterse necesariamente a esta.

³¹⁰ Reconocía ya que conforme a la moderna técnica legislativa la proposición jurídica no expresaba directamente una orden o una obligación, sino un «juicio lógico» sobre la existencia de un mandato y una prohibición, FISCHER, H. A., *Rechtswidrigkeit*, 1911, 21. También, ROSS, *Directives*, 1968, 91, quien señaló: «(...) si uno sabe que las leyes prescriben a los tribunales poner en prisión al culpable de homicidio, entonces, puesto que tal reacción es una reacción de desaprobación, y, consecuentemente, una sanción, uno sabe ya que está prohibido cometer homicidio. Esta última norma está ya implicada en la primera, es decir, en la que va dirigida a los tribunales. Lógicamente, por tanto, aquella no tiene existencia independiente». Recientemente, al respecto, KRÖGER, *Fahrlässigkeitstraftat*, 2016, 336.

³¹¹ HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción*, 1998, 207, señala que la tesis de ROSS ha sido ampliamente admitida en el ámbito del Derecho penal.

señalar que la vinculación entre el enunciado legal y la norma primaria es, más que una relación lógica, una relación de *sentido*, esto es, que de un enunciado legal como «el que matare a otro será castigado», se asocie la idea de «¡No debes matar!», que sería el contenido de la norma primaria³¹². Esto es, que la norma primaria (a diferencia de la norma secundaria, que se obtiene directamente del precepto penal) se obtiene indirectamente por interpretación (pues no está formulada explícitamente en la ley³¹³), no por un análisis lógico, sino por una relación de sentido³¹⁴.

2.2. Pienso que la segunda perspectiva expuesta es la correcta, ya que, por razones formales y materiales, no sería posible establecer una derivación lógica como la propuesta por la primera perspectiva³¹⁵. En efecto, de la premisa de que un determinado hecho esté penado por la ley no es posible articular ningún silogismo válido que permita inferir la conclusión lógica de que tal hecho está prohibido³¹⁶. Las reglas de la lógica imponen que la conclusión de un silogismo será válida sólo si la conclusión está ya contenida en el sentido lingüístico de las premisas. Por ejemplo, de la premisa mayor «Todos los hombres son mortales» cabe deducir que Sócrates es mortal porque Sócrates es un hombre y, por tanto, está contenido en «todos los hombres». Por el contrario, de la premisa «matar está penado» no es posible deducir «matar está prohibido», porque el sentido lingüístico de «está penado» no incluye el de «está prohibido»³¹⁷. Si se regresa al primer ejemplo, habría que afirmar que, para una deducción lógica correcta, se tendría, por ejemplo, «Todo hecho penado está prohibido» como premisa mayor, «matar está penado» como premisa menor y

³¹² SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 510.

³¹³ MAÑALICH, REJ 12, 2010, 171.

³¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 510.

³¹⁵ MIR PUIG, *EPH-Gimbernat*, t. II, 2008, 1315. Desde la teoría del Derecho, HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción*, 1998, 211, se opone expresamente a la idea de que de las normas secundarias puedan deducirse lógicamente las normas primarias (tesis defendida por ROSS). HERNÁNDEZ MARÍN señala, en definitiva, que del enunciado «El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años», no se puede deducir el enunciado «Prohibido matar».

³¹⁶ Este razonamiento se encuentra, por ejemplo, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 109, donde dice: «(...) a la fórmula: «esta conducta (delito) vale estos efectos desagradables (pena)», subyace una orden emitida con alcance general: «no realicéis esta conducta», un imperativo: «la realización de esta conducta está prohibida»».

³¹⁷ Al respecto, MIR PUIG, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. II, 2008, 1315, de quien tomo la argumentación y el ejemplo propuesto. Cabe mencionar que esta argumentación, al parecer, supone una corrección de lo señalado anteriormente por el propio MIR PUIG, *Función*, 2.ª, 1983, 45, donde sostenía que «(...) la conducta que se halla penada por una norma penal está a su vez prohibida por dicha norma penal».

«matar está prohibido» como conclusión. Sin embargo, este no podría ser el caso pues, en realidad, no hay ningún texto legal que exprese que «todo hecho penado está prohibido»³¹⁸.

2.3. A partir de lo expuesto es posible señalar que las normas primarias no están formuladas ni están implicadas lógicamente en los textos legales que asignan penas a las conductas delictivas³¹⁹. Sin embargo, esto no debe llevar a repercutir negativamente en la idea de que cuando el legislador establece una pena para un determinado hecho, razonablemente, está queriéndolo prohibir. Es decir, si tal hecho no estaba prohibido ya por alguna norma proveniente de otro sector del ordenamiento jurídico, es razonable decir que está queriendo convertir su prohibición en una prohibición bajo pena, esto es, en una prohibición penal³²⁰. El hecho de que la norma primaria no se plasme de manera explícita en la ley (como podrían ser, por ejemplo, los mandatos contenidos en las Tablas de la Ley del Éxodo), no quiere decir que no pueda inferirse de manera pragmática de la norma secundaria, ya que, si no se considerara que una norma primaria se deduce interpretativamente de la ley, entonces no podría entenderse –como creo que es bastante usual³²¹– que el delito sea una contravención al Derecho³²². Asimismo, el hecho de que

³¹⁸ MIR PUIG, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. II, 2008, 1315. De esta manera, si la prohibición de cometer el delito no está formulada en ningún texto legal por sí solo o en relación con otros, y si aquella prohibición tampoco se deduce lógicamente de ningún texto legal, será posible entender la razón por la que BINDING entendió que la norma prohibitiva era una norma de Derecho público.

³¹⁹ HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción*, 1998, 212.

³²⁰ MIR PUIG, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. II, 2008, 1316.

³²¹ Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.^a ed., 2010, 510, dice: «Esto es, que social y psicológicamente, a la existencia de un enunciado del género de «el que matare a otro será castigado» se asocia, sin mayores problemas, la idea de «prohibido matar», de «no mates», esto es, el contenido de la norma primaria». Y a continuación utiliza un ejemplo propuesto originalmente por NINO, que aquel autor modifica: «sería como cuando el padre le dice a la madre, en presencia del hijo, «si se porta mal, castígalo». Obviamente, el padre no tiene especial interés en que su mujer se pase el día castigando a su hijo; lo que quiere es que su hijo no se porte mal y elige para lograr eso la técnica de la motivación indirecta indicada. El padre tiene la esperanza de que de la prescripción *secundaria* que dirigió a la madre, el hijo infiera la prescripción *primaria* «no debes portarte mal»» (lo modificado por mí está en cursivas).

³²² También, MAÑALICH, RD 1, 2011, 90. Precisamente, a esta idea se enfrenta también HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción*, 1998, 214, al concluir, como se ha mencionado en el capítulo anterior, que el delito no es un comportamiento antijurídico. HERNÁNDEZ MARÍN se muestra contrario a entender que las normas primarias se deducen tanto lógicamente como por interpretación de las normas secundarias. Es más, el mencionado autor señala expresamente que las normas primarias no son necesarias. Así, señala: «Los códigos penales actuales no contienen, pues, normas jurídicas primarias, ni de forma expresa, ni de forma tácita. Y además, añadimos ahora, tampoco es necesario que las contengan (...) Los códigos penales son creados con la finalidad de evitar los actos calificados como delitos; y, para ese fin, las normas penales secundarias son suficientes (ya sean entendidas como prescripciones, o como aserciones). No es necesario añadirles las normas primarias. (Quien necesita, al parecer, las normas primarias es la doctrina jurídica penal, a fin de poder sostener la teoría del delito)». El planteamiento de HERNÁNDEZ MARÍN no puede ser admitido. Y esto es así pues la misión de la reacción estatal más grave que tiene el Estado, esto es, la pena, se vincula estrechamente con el concepto de delito, como su presupuesto inescindible. La pena, por tanto, necesita de la afirmación previa de culpabilidad, la que solo puede aparecer si se ha analizado previamente el concepto de

esta prohibición no se exprese lingüísticamente (sino que se deduzca razonablemente de un precepto que su vez adopta una formulación hipotética, como por ejemplo «Si la condición A se realiza, entonces B debe realizarse»), responde a la adopción de una determinada técnica legislativa que, por economía lingüística, considera innecesario explicitar junto a la punición de una conducta la aclaración de que está prohibida³²³. Lo contrario sucede con algunas leyes administrativas, que consideran necesario expresar la norma primaria (cuando, por ejemplo, se obliga a los automóviles a circular por la derecha, a detenerse en un semáforo en rojo o a no fumar en lugares públicos). Si esto es así, sería absurdo considerar que el ordenamiento jurídico sí quiere prohibir fumar o circular por la izquierda, pero no matar dolosamente o violar³²⁴. Este argumento «*a fortiori*» permite afirmar que lo más *razonable* es suponer que los hechos punibles están prohibidos. Esta prohibición no se formula expresamente, pero puede considerarse transmitida tácitamente por los textos legales que señalan la pena a un hecho³²⁵. Por todo lo expuesto, considero posible afirmar que al verificar en el ordenamiento jurídico una serie de hechos sancionados con pena, debe sobreentenderse, por interpretación, que aquellos están prohibidos. En efecto, aquí rige una regla no escrita según la cual «todos los hechos penados por la ley están prohibidos»³²⁶. Si esto es así, es posible concluir con que los textos legales que penan un hecho transmiten de manera tácita el mensaje de que tal hecho está prohibido.

3. Finalmente, si la norma primaria se deduce de manera indirecta del precepto penal, guardando con este una relación de sentido, el momento de su aparición parecería estar vinculado estrechamente con el momento de la entrada en vigor de ese precepto penal. En ese marco, podría afirmarse que las normas primarias no constituyen más que una interpretación de los enunciados legales, de los cuales pueden distinguirse

delito, concretamente, lo referido a la infracción de un deber impuesto por una norma. La pena expresa un reproche a un comportamiento entendido como contrario a un deber. Solo así puede considerarse que el Derecho penal es un genuino Derecho penal de hecho.

³²³ MIR PUIG, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. II, 2008, 1316.

³²⁴ MIR PUIG, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. II, 2008, 1316.

³²⁵ Al respecto, es muy significativo lo expuesto por NINO, *Introducción*, 11.ª ed., 2003, 184: «Claro está que no es fácil verificar la existencia de normas que prohíban ciertos comportamientos, porque, en general, no encontramos textos legales expresos que tengan ese sentido (...) Sin embargo, parece perfectamente admisible considerarlas, aun cuando no estén escritas, como parte del derecho positivo si, como ocurre, están de hecho presupuestas por los legisladores al dictar las normas que disponen sanciones para ciertas conductas, seleccionadas previamente de acuerdo con aquellas normas, y por los jueces cuando deben sancionar a sus autores». Por esto, la crítica de KRÖGER, *Fahrlässigkeitsstrafat*, 2016, 334, consistente en afirmar que la norma que dice «¡No debes matar!» no existe al no encontrarse de manera expresa en el ordenamiento jurídico vigente, es incorrecta.

³²⁶ MIR PUIG, *EPH-Gimbernat*, t. II, 2008, 1316.

conceptualmente, pero no en cuanto a su momento de aparición, contenido o naturaleza³²⁷. Es cierto que el modelo de Estado vigente exige que los delitos y las penas deban ser escritas (nuevamente, por imposición del principio de legalidad). Pero equiparar el momento de aparición de la norma, como mensaje prescriptivo, esto es, como mandato o prohibición, al momento de la entrada en vigor del precepto penal, que constituye una cuestión estrictamente formal, no parece ser lo correcto desde los lineamientos que se han admitido en esta investigación. Así, tal equiparación es absolutamente conforme con la visión dominante consistente en que la norma «se dirige a todos», cuestión que no considero plausible y sobre la que profundizaré más adelante³²⁸. Si se ha señalado antes que la norma se dirige a un destinatario en una determinada situación, entonces será en esa situación en la que aquella norma puede surtir sus efectos: solo en esa situación podrá imponer un deber.

8. Legitimidad material de la norma jurídico-penal: bien jurídico o derecho subjetivo.

1. Hasta este momento se ha sostenido que tanto la norma primaria como la norma secundaria están orientadas a la protección de bienes jurídicos: la primera de manera directa y la segunda de manera indirecta. Que se sostenga aquí la idea de que la norma no es autorreferente, sino que necesita de un objeto susceptible de protección, no necesariamente debería suponer una aceptación inmediata de la teoría de los bienes jurídicos. Señalar, entonces, que las normas se orientan a proteger bienes jurídicos y no, por ejemplo, derechos subjetivos, merece, a mi juicio, una explicación adicional. Esto, sobre todo, porque un sector minoritario (aunque importante) de la ciencia penal alemana ha formulado nuevos argumentos sobre el tema en cuestión, los que además están estrechamente relacionados con reflexiones propias de la teoría de las normas³²⁹. Aquí me limitaré a abordar únicamente dos aspectos de esta orientación científica. Por un lado, la consideración de que la norma posee una naturaleza jurídico-pública. Por otro, la

³²⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 524.

³²⁸ Al respecto, *infra* Cap. V,5.1.

³²⁹ Principalmente, GÜNTHER, H. L., JuS 1978, 8 ss.; *Strafrechtswidrigkeit*, 1983, 33 ss.; RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, 124 ss., 161 ss.; *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, 50 ss.; ARSP 87 (2001), 110 ss.; GA 2007, 561 ss.; HAAS, *Kausalität*, 2002, 54 ss.; en: KAUFMANN, M./REZIKOWSKI (Eds.), *Zurechnung*, 2004, 193 ss. (=InDret 1/2016, 1 ss.).

afirmación de la importancia del derecho subjetivo y de su consideración como objeto de protección en lugar del generalmente aceptado concepto de bien jurídico.

8.1. Norma.

1. Estos autores sostienen que las normas de conducta constituyen normas jurídico-públicas³³⁰. Así, tales normas no son necesariamente jurídico-penales pues también pueden ser de Derecho civil³³¹. Como contrapartida, estiman que son las normas de sanción las que poseen una naturaleza específicamente penal³³². Por lo tanto, el Derecho penal se constituiría como un ordenamiento posterior al ordenamiento primario que representa el Derecho civil (que regula las relaciones jurídicas entre los ciudadanos) y el Derecho público (que regula las relaciones jurídicas entre el ciudadano y el Estado o entre los propios órganos del Estado)³³³. El Derecho penal no erige instrucciones de conducta, sino que enlaza sus consecuencias jurídicas con la regulación ya existente³³⁴. En otras palabras: el Derecho penal se presenta como un Derecho de protección *secundario* o, mejor dicho, *accesorio*³³⁵, que solo interviene cuando se ha producido la infracción de una norma de conducta (jurídico-pública)³³⁶. Las normas de sanción, por su parte, describirían las reacciones a la perturbación del ordenamiento primario y los presupuestos de esas

³³⁰ KITZINGER, GS 55 (1898), 29 ss.; GÜNTHER, H. L., *Strafrechtswidrigkeit*, 1983, 95; FRISTER, GA 1988, 291, 300; HAAS, *Kausalität*, 2002, 76; en: KAUFMANN, M./RENIKOWSKI (Eds.), *Zurechnung*, 2004, 203 (=InDret 1/2016, 12); KLEINERT, *Mitwirkung*, 2008, 84 ss. 71, 94 ss.; RENIKOWSKI, GA 2007, 563-564 (quien señala que para esta comprensión, esto es, la norma de conducta como una norma jurídico-pública, «no hay alternativa»).

³³¹ Por todos, HAAS, en: KAUFMANN, M./RENIKOWSKI (Eds.), *Zurechnung*, 2004, 214 (=InDret 1/2016, 22), quien señala: «(...) las normas de comportamiento o, en su caso, las normas de cuidado no son entidades jurídico-penales. También en Derecho civil ejercen una función de fundamentación de la responsabilidad y no pueden por ello poseer un genuino fin de protección jurídico-penal».

³³² HAAS, en: KAUFMANN, M./RENIKOWSKI (Eds.), *Zurechnung*, 2004, 214 (=InDret 1/2016, 22).

³³³ GÜNTHER, H. L., *Strafrechtswidrigkeit*, 1983, 154.

³³⁴ RENIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, 55.

³³⁵ GÜNTHER, H. L., *Strafrechtswidrigkeit*, 1983, 154; FRISCH, *Vorsatz*, 1983, 118 ss., *Tatbestandmäßiges Verhalten*, 70 ss. (=Comportamiento típico, 2004, 84 ss.); FREUND, *Erfolgsdelikt*, 1992, 51 ss.; AT, 2.^a ed., 2009, 1/12; LAGODNY, *Grundrechte*, 1996, 77 ss.; MURMANN, *Grundkurs*, 3.^a ed., 2015, 8/6. Hasta donde puedo entender, la referencia a una naturaleza secundaria del Derecho penal parece remontarse a BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. I, 1894, 133 ss., en donde distingue entre normas primarias y secundarias: mientras las primeras son portadoras de los mandatos o prohibiciones jurídicos (por lo que regulan directamente la vida en comunidad), las segundas, por el contrario, desempeñan una función auxiliar y por ello secundaria: aseguran el cumplimiento y la imposición de las normas primarias. También, en la misma dirección, BRUNS, *Befreiung*, 1938, 51 ss., quien propuso algunas reflexiones sobre la naturaleza accesoria del Derecho penal.

³³⁶ GÜNTHER, H. L., JuS 1978, 12 ss.; *Strafrechtswidrigkeit*, 1983, 362 ss.; FREUND, *Erfolgsdelikt*, 1992, 159 ss.; AT, 2009, 1/12; RENIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, 55.

reacciones³³⁷. Con este proceder, selecciona, dentro del universo de normas de conducta que definen los derechos y obligaciones de los sometidos al Derecho, aquellas que protegen bienes jurídicos especialmente importantes, o amenazan mediante la pena determinadas formas especialmente cualificadas de infracción de la norma³³⁸. Las normas de sanción, por tanto, desempeñan «una mera función de selección negativa»³³⁹.

8.2. Derecho subjetivo.

1. Frente a la posición, admitida por la doctrina mayoritaria, de que la protección de bienes jurídicos constituye el fin del Derecho penal³⁴⁰, esta orientación afirma que esa área del Derecho protege en realidad derechos subjetivos, destacándose, además, que tales derechos subjetivos no son materialmente creados por el Estado, sino que son jurídicamente reconocidos por este³⁴¹. Teniendo como punto de partida que el ordenamiento jurídico, como antes se dijo, no toma en consideración concretas finalidades personales, sino que asigna ámbitos de libertad jurídicamente protegida (en los que cada uno puede perseguir sus necesidades según su propia discreción), reconocen que la tarea del Derecho penal no radica en la optimización de la persecución individual de intereses, sino en asegurar la libertad de persecución de intereses que, por lo demás, no es posible fuera de la sociedad civil³⁴². En esa línea, retoman la denominación de «derecho subjetivo» propuesta por SAVIGNY, para aludir a ese delimitado campo de actuación de libertad³⁴³. Estos autores acentúan la idea de que el derecho subjetivo es el medio para la persecución de intereses y

³³⁷ FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, 1988, 77 s., n. 33 (= *Comportamiento típico*, 2004, 91 s., n. 33); RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, 58. Por su parte, FREUND, AT, 2.ª ed., 2009, 1/12, señala que la consideración del Derecho penal como un ordenamiento secundario «tiene amplias consecuencias para la comprensión de la verdadera función de las leyes penales: ellas no deben regular lo que está prohibido o permitido. Esto ya está regulado por las normas de conducta presupuestas por las leyes penales -es decir, los mandatos y prohibiciones propios del orden normativo primario-. Las leyes penales como tales solo regulan frente a qué infracciones de normas de conducta y bajo qué presupuestos adicionales, debe reaccionarse jurídicamente-penalmente».

³³⁸ GÜNTHER, H. L., JuS 1978, 12 ss., *Strafrechtswidrigkeit*, 1983, 155 s.; STEIN, *Beteiligungsfornenslehre*, 1988, 74; FREUND, *Erfolgssdelikt*, 1992, 114 RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, 55.

³³⁹ HAAS, en: KAUFMANN, M./REZIKOWSKI (Eds.), *Zurechnung*, 2004, 214 (=InDret 1/2016, 22), donde señala además que, en el plano de las normas de sanción «no puede proporcionarse una fundamentación cualitativa de la responsabilidad por las consecuencias».

³⁴⁰ Al respecto, por todos, ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 2/1 ss.; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª ed., 1996, 7 (=DP. PG., 2002, 7); FREUND, AT, 2.ª ed., 2009, 1/2; en: JOECKS/MIEBACH, MK, 3.ª ed., 2017, previo a § 13/35 ss., 135; LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 2.ª ed., 2016, 1/33, 44 ss., 2/5 ss.

³⁴¹ HAAS, en: KAUFMANN, M./REZIKOWSKI (Eds.), *Zurechnung*, 2004, 215 (=InDret 1/2016, 23).

³⁴² ALTENHAIN, *Anschlußdelikt*, 2002, 295 ss.; RENZIKOWSKI, GA 2007, 567.

³⁴³ RENZIKOWSKI, GA 2007, 567.

no el propio interés³⁴⁴. Por tanto, el concepto de derecho subjetivo, según esta orientación, se define como una relación jurídica en la que «se asegura al individuo un ámbito en el que su voluntad puede gobernar jurídicamente de manera libre»³⁴⁵. En ese marco, el derecho subjetivo permite una doble autorización: una primera, consistente en la autorización para disponer de un determinado objeto, que puede ser calificada como *función de utilización* (*Nutzungsfunktion*) y una segunda (que se corresponde con la primera), que alude a la autorización para excluir del propio ámbito de dominio a personas no autorizadas, que puede denominarse *función de exclusión* (*Ausschlussfunktion*)³⁴⁶. Ambas funciones constituyen descripciones de una misma relación jurídica: una desde la perspectiva del no derechohabiente (*nicht Berechtigter*), otra, desde la perspectiva del derechohabiente (*Berechtigter*)³⁴⁷.

2. Esta orientación se opone al concepto de bien jurídico pues este alude a un «interés puramente *fáctico* de una persona o comunidad de personas en un determinado objeto material o inmaterial»³⁴⁸, por lo que, en última instancia, los bienes jurídicos, así comprendidos, desnaturalizarían los derechos subjetivos³⁴⁹. El concepto de bien jurídico (orientado tradicionalmente a los intereses individuales), según el planteamiento que se analiza, se basa en una falsa comprensión de la tarea del Derecho, ya que no diferenciaría entre la *posición jurídica concedida* (*der eingeräumte Rechtsposition*) y la *motivación de su salvaguardia* (*der Motivation ihrer Wahrnehmung*)³⁵⁰. Asimismo, el concepto de bien jurídico, en opinión de estos autores, conduce a una simbiosis con la teoría de los imperativos, lo que conduciría a entender que las normas de determinación solo conocen de intereses fácticos, asunto que lleva, en última instancia, a un concepto de derecho

³⁴⁴ RENZIKOWSKI, GA 2007, 567.

³⁴⁵ HAAS, *Kausalität*, 2002, 57.

³⁴⁶ RENZIKOWSKI, GA 2007, 563. Al respecto, RENZIKOWSKI alude al § 903 BGB, que con claridad señala: «El propietario de una cosa puede (...) proceder con la cosa a voluntad y excluir a otros de todo efecto». También recurre a esta distinción, HAAS, en: KAUFMANN, M./REZIKOWSKI (Eds.), *Zurechnung*, 2004, 215 (=InDret 1/2016, 23), quien señala que la facultad de excluir a otros puede entenderse como la facultad de «elaborar normas de forma privada». En ese sentido, afirma que «habría que considerar que la norma privada es la plasmación normativa de la voluntad del individuo de poder disponer de su ámbito de dominio sin ser estorbado». Seguidamente afirma: «en virtud de esa facultad de elaborar normas privadamente se deja en manos de la voluntad del sujeto jurídico competente la garantía definitiva de los derechos subjetivos: el poder disponer del propio ámbito de dominio sin impedimentos jurídicos y con independencia de la voluntad de otros titulares de derechos».

³⁴⁷ HAAS, *Kausalität*, 2002, 56 ss.; RENZIKOWSKI, GA 2007, 563; en: MATT/REZIKOWSKI, *StGB Kommentar*, Introducción, nm. 11.

³⁴⁸ HAAS, *Kausalität*, 2002, 68 (cursiva en el original), 216.

³⁴⁹ HAAS, *Kausalität*, 2002, 272.

³⁵⁰ KLEINERT, *Mitwirkung*, 2008, 86; RENZIKOWSKI, GA 2007, 567.

colectivista³⁵¹, que, a su vez, desemboca en una «pérdida del contenido liberal de la fundamentación penal de la responsabilidad»³⁵².

3. Resulta útil señalar que esta orientación critica que las posiciones jurídicas individuales se deriven de una ponderación de intereses, propia del tradicional principio del interés preponderante, ampliamente conocido en la dogmática del estado de necesidad (art. 20.5 CP, § 34 StGB)³⁵³. Así, estos autores señalan que generalmente se concibe a una norma de conducta jurídico-pública como imperativo estatal, esto es, como regulación de la generalidad mediante la que se persigue intereses públicos y, por tanto, está orientada al interés común (por lo que sirve a la salvaguardia o al aumento de la utilidad general). Por lo tanto, una norma de conducta solo sería tal si el Estado considera que su existencia es útil para la mencionada orientación. Esto da pie, como puede verse, a entender a la norma de conducta como un producto derivado de una ponderación de intereses: por un lado, se tienen los intereses de integridad del potencial afectado y, por otro, la libertad de actuación general del potencial delincente³⁵⁴. La norma de conducta, por tanto, es una manifestación de un Derecho estatista-utilitarista, en el que el poder estatal está orientado a la persecución de intereses públicos, quedando la posición jurídica individual subordinada a ese objetivo: «la sociedad estatalmente constituida es normativamente prioritaria frente al individuo»³⁵⁵. Lo que es un bien jurídico, entonces, desde la perspectiva dominante, lo sería porque así lo determina una norma de conducta, pero no porque tenga un estatus deóntico autónomo (que, según los autores que desarrollan el planteamiento objeto de análisis, sí tendrían los derechos subjetivos). Por esto, la orientación aquí comentada propone que «la dogmática jurídico-penal debe tomar su punto de partida (...) no en las

³⁵¹ HAAS, *Kausalität*, 2002, 76.

³⁵² HAAS, *Kausalität*, 2002, 72.

³⁵³ HAAS, *Kausalität*, 2002, 54 ss., señala que, al parecer, hay una contraposición entre dos posturas: la posición de los derechos fundamentales y el principio democrático y la posición (según HAAS) de la máxima de averiguación del Derecho estatista-utilitarista. Así, mientras la primera posición considera que el sujeto posee derechos con una pretensión de observancia (independientemente de ponderaciones de intereses orientadas al interés general), la segunda posición parece decir que las posiciones jurídicas individuales solo pueden ser resultado de un proceso de ponderación (no hay derechos previos a la ponderación, sino que son resultados de esta).

³⁵⁴ HAAS, en: KAUFMANN, M./REZIKOWSKI (Eds.), *Zurechnung*, 2004, 203 (=InDret 1/2016, 12), quien señala que la manera de proceder para la obtención de normas de comportamiento es, metodológicamente, una utilización del principio del interés preponderante, anclado generalmente en el § 34 StGB, para la fundamentación de las normas de comportamiento. Al respecto, señala: «La ponderación de intereses es entonces la que decide si un riesgo debe valorarse como permitido o no permitido. Este es el punto culminante material de la aludida normativización del concepto de peligro a través de la doctrina de la imputación objetiva».

³⁵⁵ HAAS, *Kausalität*, 2002, 77.

normas de conducta jurídico-públicas, los imperativos estatales, sino en los derechos subjetivos privados prejurídicos como una relación jurídica existente entre sujetos jurídicos igualmente legitimados»³⁵⁶.

8.3. Consideraciones sobre esta orientación.

1. Los planteamientos hasta ahora expuestos suscitan cuestiones que para esta investigación resultan del máximo interés. Como ya se dijo, tales cuestiones se refieren principalmente, en primer lugar, a la forma de comprensión de la norma como norma jurídico-pública y del entendimiento del Derecho penal como ordenamiento accesorio; y, en segundo lugar, al concepto de derecho subjetivo³⁵⁷.

2.1. El entendimiento de la norma jurídico-pública y la correspondiente comprensión del Derecho penal como ordenamiento accesorio se remonta a las reflexiones expuestas por BINDING. Como se recuerda, este autor consideró que la norma, previa al precepto penal, tenía una naturaleza de Derecho público³⁵⁸. Pues bien, según la orientación que aquí se comenta, son las normas primarias (normas de conducta) de Derecho civil y de Derecho público las que asignan ámbitos de libertad jurídicamente protegida³⁵⁹. Las normas de conducta, por tanto, tienen como objeto de protección la relación jurídica³⁶⁰, lo que se corresponde con el ya mencionado carácter accesorio del Derecho penal. Que esta parcela del Derecho posea tal carácter accesorio no quiere decir, según esta concepción, que no sea independiente: el aspecto funcional de determinación del Derecho penal (*funktionsbestimmten Aspekte des Strafrechts*) permitiría que dentro de los innumerables mandatos y prohibiciones existentes en el ordenamiento jurídico se puedan elegir las

³⁵⁶ HAAS, *Kausalität*, 2002, 82 ss.

³⁵⁷ Debe señalarse, con todo, que entre los autores citados hay opiniones divergentes en cuanto al objeto de protección de las normas jurídico-públicas: mientras autores como FRISCH, FREUND y MURMANN reconocen expresamente al bien jurídico como objeto de protección, otros como RENZIKOWSKI y HAAS siguen el camino de la admisión del derecho subjetivo y de reflexiones desarrolladas principalmente en el Derecho civil para evaluar los alcances del derecho subjetivo.

³⁵⁸ BINDING, *Handbuch*, t. I, 1885, 162.

³⁵⁹ RENZIKOWSKI, GA 2007, 567, 571, quien lo explica de esta manera: «En terminología de la teoría de las normas: las normas de sanción secundarias enlazan con las normas de conducta primarias de Derecho civil y de Derecho público que, por su parte, toman como referencia las correspondientes reglas de asignación jurídica».

³⁶⁰ Al respecto, RENZIKOWSKI, GA 2007, 561, partiendo de la admisión de la teoría de las normas de BINDING, destaca la mayor atención que ha recibido el aspecto referido al deber (*Verpflichtung*) en comparación a otro, a saber, la posición jurídicamente protegida (*geschützte Rechtsposition*). Con esto, RENZIKOWSKI expresa con claridad su pretensión de resaltar lo referido a la protección de posiciones jurídicas.

normas jurídico-penalmente relevantes, que se forman tomando en cuenta la norma secundaria específicamente penal³⁶¹. Tal selección, al parecer, se produce mediante las consecuencias del hecho punible (*Straftatfolgen*)³⁶².

2.2. Se ha señalado antes que la norma primaria se encuentra en una relación de sentido con el precepto penal, del que se deduce de manera indirecta o implícita. Es cierto que el Derecho penal, conforme a los alcances limitadores del principio de intervención mínima, debe actuar solo en los supuestos más graves y cuando otro ámbito jurídico previo no haya podido resolver el conflicto. Pero esto no supone que el Derecho penal deba entenderse como un mero ordenamiento accesorio, como pretende la orientación que aquí se comenta. Como antes se dijo, de los preceptos legales se extraen interpretativamente las normas primarias que constituyen mensajes prescriptivos, de hacer u omitir en una determinada situación, a los correspondientes destinatarios. El Derecho penal es autónomo, por lo tanto, para la configuración de sus normas³⁶³. Por otro lado, la orientación que se analiza, al decir que el Derecho penal selecciona de entre todos los mandatos o prohibiciones de otros sectores del ordenamiento aquellas que poseen relevancia penal, lo que hace es, de alguna manera, afirmar una idea que aquí se ha aceptado y que sí es correcta: que la norma primaria, emanada del correspondiente precepto penal, puede tener un reflejo no solo en ámbitos jurídicos previos al Derecho penal, sino incluso en el ámbito de la moral³⁶⁴. Finalmente, que se admita, como aquí se hace, que la norma primaria solo se deduce indirectamente del precepto penal (lo que ya le otorga la naturaleza jurídico-penal) refleja un mayor nivel de garantía que si ese precepto solo se encargara de sancionar la infracción

³⁶¹ GÜNTHER, H. L., *Strafrechtswidrigkeit*, 1983, 156. El autor citado señala además que, aunque se considere al Derecho penal como accesorio, esto no supone admitir que este adopte «a ciegas» los conceptos provenientes del Derecho civil o del Derecho público. Más bien, tales conceptos constituyen la «materia prima» sobre la que se debe trabajar aplicando puntos de vista específicamente penales.

³⁶² GÜNTHER, H. L., *Strafrechtswidrigkeit*, 1983, 164.

³⁶³ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 514.

³⁶⁴ No considero procedente, por tanto, la crítica de HAAS, en: KAUFMANN, M./REZIKOWSKI (Eds.), *Zurechnung*, 2004, 214 (=InDret 1/2016, 22), quien señala que las normas de conducta «no son entidades jurídico-penales (pues) También en el Derecho civil ejercen una función de fundamentación de la responsabilidad y no pueden por ello poseer un genuino fin de protección jurídico-penal». El planteamiento que aquí se sostiene no ha negado que puedan existir normas distintas a las imperativas ni que en otros sectores del ordenamiento jurídico, previos al del Derecho penal, puedan haber normas de conducta. Esta objeción, en mi opinión, recuerda la que corresponde a la función crítica del bien jurídico (penal), que se fundamentó con la idea de que el bien jurídico existe también en otras ramas del Derecho. Que hayan bienes jurídicos protegidos en la moral, en el Derecho civil, en el Derecho administrativo sancionador y en el Derecho penal no reduce en absoluto las posibilidades de un concepto de bien jurídico adecuado (scil. *propio*) para esta última parcela del ordenamiento jurídico (aque aquí interesa). Al respecto, KAHLO, en: HEFENDEHL (Ed.), *Bien jurídico*, 2007, 55, n. 9.

de una norma de Derecho civil o de Derecho público. El principio de legalidad, como límite deontológico a la actividad estatal, solo puede ser entendido correctamente con la interpretación que aquí se defiende³⁶⁵. En definitiva, la opinión objeto de análisis no puede ser admitida pues no parece correcto entender al Derecho penal como un mero instrumento sancionador de hechos que representan la infracción de normas que son tanto cronológicamente previas como formalmente ajenas³⁶⁶.

2.3. RENZIKOWSKI señala que el derecho subjetivo y la norma de conducta no son complementarias: la norma de conducta no cubre el ámbito total de la asignación de derechos, cuestión que queda expuesta, por ejemplo, en el caso de una responsabilidad objetiva por daños causados en el marco de un accidente de tráfico. En este escenario, el derecho subjetivo no solo es protegido por la norma de conducta, sino también por otras instituciones extrapenales³⁶⁷. Llama la atención que aquí RENZIKOWSKI considere que la norma de comportamiento (que, en su opinión, como se dijo antes, es de naturaleza jurídico-pública), en el caso mencionado, no proteja el derecho subjetivo, aunque este, en sus palabras, «no es abandonado» cuando parece ser partidario de una comprensión de las normas jurídico-penales solo en virtud de sus consecuencias. Dicho de otra manera: por un lado, estaría de acuerdo en afirmar que el Derecho penal selecciona determinados ámbitos dentro de todas las normas del Derecho civil y del Derecho público, pero por otro lado critica que el Derecho penal (esto es, mediante la norma jurídico-pública que puede asignar una protección penal) no es suficiente para proteger un derecho subjetivo (que no es abandonado, pero que es protegido por otro sector del ordenamiento jurídico). Si según

³⁶⁵ Por ejemplo, MURMANN, *Grundkurs*, 3.^a ed., 2015, 8/7, se refiere a las normas de conducta, las que, en su opinión, «están reguladas legalmente de manera parcial» (poniendo como ejemplo a las normas del tráfico rodado), señalando además sobre tales normas que «frecuentemente carecen de regulación legal» (poniendo como ejemplo a las precauciones de protección aplicables al caso en el que una madre permite jugar a su hijo de dos años cerca de una placa eléctrica, estando tales precauciones no recogidas legalmente). En este escenario (en el que no haya disposiciones positivas), según MURMANN, concierne al juez delimitar la conducta prohibida de la permitida.

³⁶⁶ Por todos, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.^a ed., 2010, 513.

³⁶⁷ RENZIKOWSKI, GA 2007, 563. Aquí este autor recurre al ejemplo del tráfico viario: «La manera más segura de evitar los miles de muertes anuales en el tráfico viario sería una amplia prohibición del tránsito de automóviles. Sin embargo, el legislador pondera, en interés de la mayor libertad de acción posible para todos, entre los peligros potenciales para las esferas jurídicas de los afectados y la utilidad de un desplazamiento más rápido. Para poder producir un equilibrio de intereses en el caso concreto del daño, el derecho se ayuda con la responsabilidad objetiva (*Gefährdungshaftung*), que no se vincula con la lesión (culpable) de una norma de conducta. El derecho subjetivo no se abandona de ninguna manera, pero no será -más- protegido por la norma de conducta. Esto es particularmente claro en la responsabilidad del propietario del vehículo de acuerdo con § 7 StVG. La situación es similar en el Derecho de la seguridad técnica (*Sicherungsrecht*) y en el campo del desarrollo industrial, donde los sistemas de responsabilidad por peligros juegan un papel importante».

esta orientación la norma de conducta es jurídico-pública y la norma secundaria específicamente penal desempeña una función selectiva, entonces habría que negar, a diferencia de lo sostenido por RENZIKOWSKI, que el derecho subjetivo y la norma de conducta no son complementarias.

3.1. Con respecto al derecho subjetivo como objeto de protección de las normas, también es posible aquí formular algunas apreciaciones útiles para la investigación. La posición aquí comentada, representada en este extremo sobre todo por autores como RENZIKOWSKI y HAAS, posee, como se ha visto, una perspectiva crítica con respecto a la categoría del bien jurídico. En ese sentido, reconocen que el concepto de bien jurídico «no contiene adecuadamente el objeto de protección de la norma de conducta protectora de individuos»³⁶⁸. Por esto –entre otras razones³⁶⁹–, reconocen expresamente que el objeto de protección de la norma de conducta es el propio derecho subjetivo³⁷⁰ que caracterizan como una relación jurídica³⁷¹. Esta relación jurídica, como objeto de referencia de la norma de conducta, es aquella entre un obligado y un legitimado (*Berechtigte*)³⁷².

³⁶⁸ RENZIKOWSKI, GA 2007, 566. Debe señalarse, con todo, que RENZIKOWSKI se refiere aquí a la teoría personal de bien jurídico, defendida célebremente por HASSEMER y otros autores de la «Escuela de Frankfurt». Si esto es así, entonces también estaría de acuerdo con RENZIKOWSKI en sus críticas, pues la teoría personal del bien jurídico adolece de algunas cuestiones esenciales que, a mi juicio, debe poseer un genuino concepto de bien jurídico. Al respecto, por todos, ABANTO VÁSQUEZ, RP 18, 2006, 3 ss.

³⁶⁹ Estos autores señalan que el concepto personal del bien jurídico no brinda razones por las que un determinado interés individual debe ser digno de protección. En ese marco, critican que el Estado ejerza una tarea «paternalista» consistente en escoger selectivamente de entre distintos intereses individuales cuáles merecen una protección especial. Al respecto, RENZIKOWSKI, GA 2007, 567. En última instancia, pienso que esta crítica está orientada a cuestionar las bases liberales del concepto de bien jurídico (al respecto, por todos, RENZIKOWSKI, en: MATT/RENTIKOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, Introducción, nm. 9). Sobre este asunto, que responde al debate sobre si es el bien jurídico o el derecho subjetivo el heredero de la Ilustración, debo remitirme a la argumentación desarrollada por GRECO, *Teoría de la pena*, 2015, 256, quien concluye señalando, a mi juicio de manera correcta, que ni la teoría del bien jurídico ni la teoría del derecho subjetivo representan una continuación histórica de los planteamientos liberales, al no ser ninguna de ellas preferible en cuanto a los tres ámbitos problemáticos en los que se encuentran en tensión: los objetos de protección supraindividuales, los delitos de peligro abstracto y los tipos penales moralizantes. La opinión de SCHÜNEMANN, *FS-Herzberg*, 2008, 47, por la cual la idea del bien jurídico es «el fruto más maduro de la Ilustración» parece entonces exagerada. En contra de atribuirle al bien jurídico una liberalidad intrínseca, PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 130, n. 718.

³⁷⁰ RENZIKOWSKI, GA 2007, 565, 572.

³⁷¹ Aunque luego esta afirmación parece ser relativizada. En efecto, cuando RENZIKOWSKI, GA 2007, 569, alude a la tentativa inidónea, señala que esta, como en toda tentativa, «es materialmente una inobservancia (*Missachtung*) de la posición jurídica ajena, aunque sin lesión de derecho subjetivo».

³⁷² RENZIKOWSKI, GA 2007, 561 ss. De este planteamiento, según el autor citado, se extraen consecuencias para la imputación de resultados: «Si las normas de conducta prohíben la lesión de bienes jurídicos, en el sentido de que una conducta no debe ser causa para una lesión del bien jurídico (objetivamente imputable), entonces solo serán típicas las acciones que se describen como un perjuicio de una relación jurídica». De esto, según RENZIKOWSKI, «resulta un concepto individualizado de causalidad como base de un concepto restrictivo de autor».

3.2. Los defensores de la teoría del derecho subjetivo entienden que esta orientación explica de mejor manera algo que la teoría del bien jurídico no puede abarcar: la propia relación jurídica entre los individuos. Así, señalan que, mientras la teoría del bien jurídico propone una relación binaria (en la que el individuo tiene una relación con un determinado estado de cosas: «X tiene interés en S»)³⁷³, la teoría del derecho subjetivo garantiza una relación ternaria³⁷⁴, según la que habría una relación jurídica entre dos sujetos de derecho y un determinado objeto de referencia, a causa de la cual un sujeto de derecho posee, como ya se dijo, el poder jurídico de disponer de un determinado objeto (función de utilización) y de excluir a otros sujetos de derecho de su círculo jurídico en virtud de su voluntad (función de exclusión)³⁷⁵.

4. El planteamiento de este sector doctrinal referido al derecho subjetivo me parece interesante y, por ello, debe ser objeto de un mayor análisis, tanto de los presupuestos que constituyen su punto de partida como de las consecuencias prácticas, ámbito en el que se pueden generar nuevos espacios de discusión al corresponder a aquel planteamiento una perspectiva distinta a la que está acostumbrado el razonamiento dominante. En todo caso, quiero señalar aquí que la noción del derecho subjetivo no necesariamente excluye la del bien jurídico, sino que más bien, puede complementarlo y hacerlo más fructífero³⁷⁶.

³⁷³ HAAS, en: KAUFMANN, M./RENIKOWSKI (Eds.), *Zurechnung*, 2004, 203 (=InDret 1/2016, 11); RENIKOWSKI, GA 2007, 567. Esta construcción jurídica, según este último autor, sin embargo, abarca poco pues no brinda razones por las que un interés individual debería ser digno de protección. Si esto es así, sería el Estado el que determina qué intereses merecen especial protección. Al respecto, señala RENIKOWSKI, GA 2007, 567, «La elección selectiva entre diferentes intereses individuales estaría entretanto bajo sospecha de paternalismo estatal».

³⁷⁴ HAAS, en: KAUFMANN, M./RENIKOWSKI (Eds.), *Zurechnung*, 2004, 215 (=InDret 1/2016, 23); RENIKOWSKI, en: MATT/RENIKOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, Introducción, nm. 4, donde señala que son las posiciones jurídicas, a cuya protección sirven las normas de conducta, las que describen esas relaciones ternarias.

³⁷⁵ RENIKOWSKI, en: MATT/RENIKOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, Introducción, nm. 4. Dicho de otra manera, esa relación ternaria permite entender que los derechos subjetivos expresan una relación entre dos personas, relación que es establecida por una regla jurídica que asigna a un sujeto de derecho un ámbito en el que puede gobernar con independencia de la voluntad de cualquier otro sujeto de derecho. Al respecto, HAAS, en: KAUFMANN, M./RENIKOWSKI (Eds.), *Zurechnung*, 2004, 215 (=InDret, 1/2016, 23). También, RENIKOWSKI, GA 2007, 563, que agrega: «La autonomía privada en un sentido amplio significa por lo tanto la unidad entre la posición jurídica concedida y la realización de las preferencias individuales».

³⁷⁶ En este lugar omito conscientemente una amplia fundamentación de por qué considero que la teoría del bien jurídico es, por lo menos como punto de partida, una concepción correcta. Así, admitir ese concepto (esto es, el de bien jurídico) no debería suponer hacerlo de manera acrítica: deberían exponerse necesariamente las razones de su aceptación. Así como la sola mención a las normas no brinda aún el contenido material de lo que se protege mediante aquellas, señalar que un bien jurídico es protegido por un determinado precepto penal no resuelve la cuestión de la legitimidad material de la norma que subyace a ese precepto. Este tema, sin embargo, tendrá que ser desarrollado con amplitud en otro lugar. En todo caso, una visión complementaria (que permita la relación entre bien jurídico y derecho subjetivo) tampoco parece estar

4.1. Si hay una norma que impone un deber en una situación concreta (según los lineamientos antes desarrollados), se podrá afirmar que el agente está obligado a actuar o a omitir, según corresponda. Pienso que RENZIKOWSKI tiene razón cuando alega que, mientras el aspecto del deber ha concentrado la atención de la ciencia jurídico-penal, su contrapartida, esto es, «la posición jurídicamente protegida», ha permanecido oculta³⁷⁷. Es necesario, por tanto, resaltar esta otra cara de la dimensión puramente obligacional: el deber tiene como contrapartida un derecho, el que, precisamente, es necesario reconocer en la persona sobre la que debe concretarse la realización de lo mandado o la omisión de lo prohibido³⁷⁸. Esto quiere decir, por ejemplo, que la norma que dice «¡No debes matar!» implica la imposición de un deber al individuo que se encuentre en una situación concreta, teniendo tal deber, como reflejo, el derecho subjetivo que corresponda a la persona (sujeto pasivo). Fijar la mirada en el escenario prototípico en el que se produce la infracción del deber impuesto por la norma (actuando contra lo prohibido u omitiendo lo mandado) no ha permitido deliberar los alcances del aludido derecho subjetivo como reflejo del deber infringido³⁷⁹.

4.2. Debe reiterarse aquí una idea que ya ha sido mencionada: la norma primaria limita la libertad de acción del destinatario. Esto queda en evidencia en el escenario concreto, en el que la norma impone un deber, de actuar u omitir. La imposición de ese deber se justifica pues solo mediante ese proceder se hace posible la libertad de otro. Así, RENZIKOWSKI afirma no solo que «la limitación de la libertad de uno a través de la fijación de deberes

tan lejano de los autores defensores del derecho subjetivo. Por ejemplo, RENZIKOWSKI, GA 2007, 569, señala que «también los bienes jurídicos generales deben ser pensados como relaciones jurídicas».

³⁷⁷ RENZIKOWSKI, GA 2007, 561. Este autor intenta explicar la razón de que este «ocultamiento» se haya presentado ya en el propio planteamiento de BINDING: este autor se concentró en el lado del deber más que en el lado de la protección jurídicamente protegida, lo cual es acorde con su idea de que los derechos subjetivos eran completamente irrelevantes para el alcance de los delitos individuales, pues «los ataques afectarían no como derechos, sino solamente en sus presupuestos fácticos como ataque «al mundo de los bienes («auf die Güterwelt»)»» (cursiva en el original). Al respecto, BINDING, *Normen*. t. I, 4.ª ed., 1922, 338, 353 ss.

³⁷⁸ Por lo tanto, esa «posición jurídicamente protegida» mencionada por RENZIKOWSKI, debe entenderse aquí simplemente como «derecho subjetivo».

³⁷⁹ Es importante señalar algunas cosas sobre el derecho. El derecho que se da como reflejo de un deber no es un derecho como, por ejemplo, el derecho a la vida, que existe desde el momento en que uno nace y se mantiene mientras se siga viviendo, esto es, el derecho se mantiene por el solo hecho de estar vivo, sin que sea necesario manifestar explícitamente una voluntad de reivindicar el derecho a la vida. El derecho a la vida existe antes de que pueda dar lugar a violaciones y a reivindicaciones. En el mismo sentido, el derecho de propiedad, que supone que el titular ejerza plena libertad de utilización de una cosa, existe como derecho subjetivo independientemente de cualquier agresión, ya que, si no fuera así, el derecho aparecería solamente cuando es atacado.

permite la libertad jurídicamente garantizada del otro»³⁸⁰, sino también que «la libertad de uno es el deber de otro»³⁸¹. Pienso, sin embargo, que algo más se puede decir al respecto. Si la norma primaria (norma de determinación) tiene, como se dijo, una valoración subyacente, entonces la imposición del deber, en el caso concreto, hace posible la libertad de otro solo si el ejercicio de esta libertad está en relación con el bien jurídico que refleja la valoración subyacente al mensaje prescriptivo. Sin embargo, como ya se dijo, el bien jurídico, si es entendido desde una perspectiva genuinamente relacional, no puede reducirse a una dimensión estática (relación entre individuo y una realidad), sino que debe referirse a una relación dinámica (relación entre el individuo y otros afines). Pues bien, el bien jurídico, por sí solo, difícilmente puede abarcar por completo la dimensión dinámica a la que debe aspirar una perspectiva relacional³⁸². Por tanto, si el bien jurídico constituye el núcleo de la legitimación de la norma que impone un deber, debe también constituir el núcleo de la legitimación del derecho que refleja la contrapartida de ese deber. Esto quiere decir que el bien jurídico, desde una dimensión dinámica, necesita del derecho subjetivo³⁸³. *La libertad jurídicamente garantizada* de un individuo, que representa la justificación de la imposición de un deber de actuar u omitir es, en mi opinión, una abreviatura de la idea del derecho subjetivo de quien se encuentra frente al actuar u omitir, prohibido o mandado, respectivamente, del obligado en una concreta situación³⁸⁴.

4.3. El derecho subjetivo, por tanto, con sus dos funciones intrínsecas (función de utilización y función de exclusión) rodea al bien jurídico para así dotarle de una importante

³⁸⁰ RENZIKOWSKI, GA 2007, 562.

³⁸¹ RENZIKOWSKI, GA 2007, 562.

³⁸² En ese sentido, acertadamente, HAAS, en: KAUFMANN, M./REZIKOWSKI (Eds.), *Zurechnung*, 2004, 203 (=InDret 1/2016, 12), que señala que, en el caso del bien jurídico, «el objeto de protección jurídico-penal no dispone todavía de un estatus deóntico autónomo, no pudiéndose tampoco derivar de él con qué extensión y con respecto a qué goza de protección jurídica. En pocas palabras: una contradicción con el interés no implica todavía una lesión del orden jurídicamente querido».

³⁸³ Parece ser una idea medianamente difundida la que señala que es necesario «algo más» que el solo bien jurídico. Al respecto, por todos, FRISCH, en: WOLTER/FREUND (Eds.), *Sistema*, 2004, 206 ss., quien alude a las «relaciones de reconocimiento». Así, señala el citado autor: «El Derecho es, visto de modo más profundo, una red de relaciones de reconocimiento recíproco: el reconocimiento mutuo de personas como personas en Derecho, como portadores de derechos y libertades». Esta idea de las «relaciones de reconocimiento» es defendida por los autores idealistas. Al respecto, WOLFF, E. A., en: HASSEMER (Ed.), *Strafrechtspolitik*, 1987, 140, 162 ss., 178 ss., 182 ss., 185 ss.; KÖHLER, *Strafe*, 1986, 47 ss.; ZACZYK, *Unrecht*, 161 ss.; KAHLO, *Unterlassungsdelikten*, 1990, 296 ss.

³⁸⁴ Conforme a esto, la frontera entre la libertad de uno y los derechos de otro se determina, precisamente, a través de la interacción entre derecho y deber. Por otro lado, el planteamiento aquí descrito tiene una importante repercusión en la propia concepción de la teoría de las normas: la norma de conducta no se interpreta de manera exclusiva como «punto de contacto» («Anknüpfungspunkt») para la sanción, como podría desprenderse de la posición de HOYER (que, como se dijo, en mi opinión está integrada en el «Sanktionsmodell»). Al respecto, RENZIKOWSKI, ARSP 87 (2001), 110, 121; GA 2007, 562.

dinámica: garantiza la utilización libre del bien jurídico por parte del titular y garantiza que el bien jurídico no será afectado en el ámbito de la interacción social. Como bien ha señalado JAKOBS, «el derecho no es un muro protector colocado alrededor de los bienes, sino que es una relación entre personas»³⁸⁵. Discutir sobre la más adecuada definición de «derecho subjetivo»³⁸⁶, los antecedentes de la relación entre bien jurídico y derecho subjetivo³⁸⁷ y si son cosas iguales o distintas no son asuntos que para esta investigación resulte una necesidad irrenunciable³⁸⁸. Considero que solo es necesario resaltar que la complementación que el derecho subjetivo puede ofrecer al concepto de bien jurídico no solo puede forjar un nuevo argumento frente a la crítica de este último concepto³⁸⁹, sino

³⁸⁵ JAKOBS, *Normativización*, 2003, 60 s.

³⁸⁶ Como antes se ha dicho, autores como RENZIKOWSKI y HAAS recurren a la definición de derecho subjetivo propuesta por SAVIGNY, *System*, t. I, § 4, quien señala que «el derecho (subjetivo) (...) se nos aparece como un poder de voluntad. En los límites de ese poder, la voluntad del individuo reina, y reina por el consentimiento de todos». Luego, SAVIGNY, *System*, t. I, § 52, dice: «(...) cada relación de derecho se nos aparece como una relación de persona a persona determinada por una regla de derecho, y esta regla determinada asigna a cada individuo una esfera en que su voluntad reina independientemente de toda voluntad extraña». En § 53 dice: «Se puede definir la relación de derecho como la esfera de la voluntad libre». Este autor consideraba que el derecho subjetivo (como poder de voluntad) se establece dentro del marco y los límites del derecho objetivo. La duda que genera este punto de partida es, precisamente, por qué recurrir a esta perspectiva, sobre todo si se tiene en cuenta que en la ciencia jurídica existen muchas otras posiciones referidas al derecho subjetivo. Así, por ejemplo, JHERING, *Geist*, t. I, 1852, 327 s., definió al derecho subjetivo como «interés jurídicamente protegido». La contribución de este último autor estuvo orientada a oponerse a la idea del derecho subjetivo como un poder de voluntad. En efecto, al reconocer que a muchas personas (como los locos, los impúberes) se les reconocen derechos, consideró que «el verdadero derecho habiente es aquel que puede pretender no el querer, sino el aprovechar». Según JHERING, el derecho existe para la utilidad del hombre; siempre tiene un bien, de naturaleza moral o económica, como contenido. Es bien representa un valor y, con respecto al individuo -por lo tanto, subjetivamente- representa un interés. Este interés es lo que constituye el principio del derecho. Queda en evidencia la idea de «fin» en lo referido al derecho subjetivo. Esa idea fue también fundamental para definir el derecho objetivo. Así, JHERING, *Zweck*, 2.^a ed., 1884, 331, consideró que el derecho objetivo alude a «la garantía de las condiciones vitales de la sociedad», pues «todas las reglas del derecho tienen al hombre como fin» (esto en p. 463, n. 1). Es la concepción de JHERING la que luego fue trasladada al Derecho penal por VON LISZT (quien utilizó esa definición para entender, por el contrario, al bien jurídico (en sentido formal)). Al respecto, ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 2/5 ss. En la actualidad la opinión mayoritaria combina ambos elementos (la postura de SAVIGNY y la de JHERING). Se niega, sin embargo, la opinión contraria, proveniente de la teoría de los imperativos, por la que el derecho subjetivo es un «poder de disposición» («*Verfügendürfen*») y que entiende a las autorizaciones (*Befugnisse*) como un mero reflejo de normas objetivas. Como ya se ha dicho, la teoría clásica de los imperativos, si bien protegía el ejercicio del derecho subjetivo, no lo definía.

³⁸⁷ Desde su aparición, el concepto de bien parecería describir el objeto del derecho subjetivo. Esto se puede encontrar en Birnbaum, cuyo planteamiento se suele caracterizar como el origen de la teoría del bien jurídico. Birnbaum buscaba establecer un criterio para distinguir entre tentativa y consumación (y, aparentemente, justificar por qué el primer supuesto merecería una pena menor que el segundo). Por esto, señaló que «si quiere considerarse al delito como lesión, este concepto naturalmente no tiene que referirse a la (lesión) de un derecho, sino a la de un bien» (BIRNBAUM, *AcrimR NF*, 1834, 150.).

³⁸⁸ PEUKERT, *Güterzuordnung*, 2008, 870 s., quien señala que, aunque frecuente, la identificación del bien jurídico protegido (interés) con el derecho subjetivo «carece de fundamento» (*begründungslose*). Una expresa igualdad entre el «interés jurídicamente protegido» y el «bien jurídico» la realiza, por ejemplo, ZITELMANN, *AcP* 99 (1906), 1, 18.

³⁸⁹ Precisamente, PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 131-137, critica la teoría del bien jurídico sobre la base de la idea de que pasa por alto la dimensión social (relacional) de la persona, concentrándose únicamente en el potencial autor. En mi opinión, solo si se toma en cuenta una perspectiva dinámica y no estática para la

que puede ser de utilidad para la interpretación de importantes categorías en el ámbito del injusto: desde la denominada «teoría de la imputación objetiva»³⁹⁰, de gran trascendencia en el ámbito de la tipicidad hasta las denominadas «situaciones de defensa» o «situaciones de necesidad», en las que se discute sobre el contenido y alcances de las causas de justificación³⁹¹.

9. Teoría de la norma y teoría de la pena.

1. La progresiva limitación de la libertad de acción del individuo, señalada líneas arriba, refleja una idea que considero de gran importancia: la distinción entre la teoría de la norma y la teoría de la pena. Esta diferenciación, aunque no es desconocida³⁹², parece no haber sido lo suficientemente profundizada en la ciencia jurídico-penal. De aquella distinción, a mi juicio, se pueden extraer consecuencias atendibles no solo en el marco de la explicación del propio concepto de norma, sino incluso en el ámbito más complejo, y que en esta investigación solo puedo abordar tangencialmente, referido a la justificación de la pena estatal³⁹³. La teoría de la norma, como se ha explicado, permite comprender la norma primaria. La norma secundaria, por su parte, puede ser analizada desde la perspectiva de la teoría de la pena.

comprensión de los bienes jurídicos, podrá entenderse a aquellos de manera más adecuada, más que como meras «piezas de museo».

³⁹⁰ Al respecto, RENZIKOWSKI, GA 2007, 572 ss., señala que la dominante «teoría de la imputación objetiva» «piensa exclusivamente en categorías de daño y no en la categoría de la relación jurídica».

³⁹¹ Estos temas serán abordados en el Cap. V de esta investigación.

³⁹² Al respecto, las consideraciones de M. E. MAYER expuestas en la Introducción de esta investigación.

³⁹³ Desde una perspectiva propia de la filosofía política, abordar la cuestión de las normas (principalmente, como directivos de conducta) conduce necesariamente a analizar la relación entre el Estado y el ciudadano, relación que, según CALLIESS, *Dialogisches Recht*, 2005, 83, ss., frecuentemente es pasada por alto. Pienso que hay dos formas en las que se produce tal relación: mediante las normas emitidas por el Estado para dirigir la conducta del ciudadano y mediante la imposición de una sanción (principalmente, de una pena, como medida más intensa y grave sobre la libertad de un individuo) en el caso de que el destinatario de la norma no la haya tomado en cuenta como criterio de orientación. Ambos mecanismos, la norma y la pena, al suponer una limitación de la libertad de acción del individuo, necesitan de una justificación razonable, tomando en cuenta, evidentemente, sus propias particularidades. En todo caso, esa justificación debe realizarse inevitablemente no solo frente a la sociedad, sino también frente al propio individuo. Aunque esta idea parezca evidente, creo que no ha sido tomada en cuenta de manera suficiente. Un punto de partida similar lo tiene HAAS, en: KAUFMANN, M./REZNIKOWSKI (Eds.), *Zurechnung*, 2004, 215 (=InDret, 1/2016, 23), quien señala que el individuo «es más que un conjunto de relaciones sociales (...) es más bien un ente autónomo frente al cual ha de legitimarse el ejercicio del poder estatal». En cuanto a la pena, es claro que esta, al ser la forma de reacción estatal más contundente frente al individuo, necesita de una justificación ética. Por esto, la cuestión de la justificación de la pena ha sido abordada no solo por el Derecho penal, sino también por la filosofía del derecho y la ética. Por todos, HOERSTER, *Strafe*, 2012, 20 ss.

2. La teoría de la pena, en la orientación que se sigue en esta investigación, reconoce la importante distinción, formulada por FEUERBACH, aunque con origen en KANT, entre conminación penal e imposición de la pena³⁹⁴. Si la conminación penal se encuentra en la norma secundaria, y esta puede ser analizada desde la perspectiva de la teoría de la pena, entonces se debe concentrar en ese ámbito la discusión sobre porqué recurrir a la pena como amenaza. Asimismo, ya que la imposición de la pena se encuentra también en la norma secundaria, se debe acudir a una teoría de la pena que justifique el porqué de esa concreta imposición. En la norma de sanción, por lo tanto, parecen convivir dos perspectivas: la prospectiva, referida a la conminación penal y la retrospectiva, referida a la imposición de la pena. Esta aseveración ya permite reconocer, por lo menos en principio, qué teorías son aquellas a las que se podría recurrir para interpretar cada una de las mencionadas perspectivas: una de carácter preventivo, para analizar lo referido a la conminación penal y una de carácter retributivo, para hacer lo propio con la imposición de la pena.

3. La conminación penal, como se ha señalado antes, constituye un segundo nivel de la limitación de la libertad de acción del individuo. En ese sentido, se señaló que la amenaza de pena, si bien no constituye la norma (esta sería la opinión del denominado «modelo de la sanción», que no se admite en esta investigación), sí que la refuerza. En la comprensión y el lenguaje que aquí se siguen, esto significaría: la conminación penal es, como la norma, una razón de segundo orden (que debe prevalecer ante el conflicto con una razón de primer orden) que aparece cuando la norma no es suficiente para concretar su pretensión de motivar. Tanto la norma primaria como la conminación penal (como primera dimensión de la norma secundaria), desde la perspectiva del individuo, tienen entonces, según la terminología usual, una «finalidad preventiva»³⁹⁵.

³⁹⁴ Una primera aproximación a esa distinción (de gran importancia para esta investigación), en el ámbito de la filosofía, puede encontrarse en KANT, quien ya distinguía entre la amenaza de pena por parte del legislador y la «pena judicial» («*richterliche Strafe*» o «*poena forensis*»), que podrían corresponderse con la conminación penal (por el legislador) y la imposición de la pena (por el juez), respectivamente. Posteriormente, ya en el Derecho penal, asumió esa distinción FEUERBACH, *Anti-Hobbes*, 1798, 221; *Revision*, t. I, 1799, 56. Sobre los fundamentos de la distinción entre conminación e imposición de la pena (y las concretas referencias a KANT y a FEUERBACH), por todos, HRUSCHKA, *FS-Puppe*, 2011, 21 ss.; GRECO, *Teoría de la pena*, 2015, 41 ss.

³⁹⁵ Al respecto, por todos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: PRESNO LINERA/RIVAYA, *Introducción*, 2006, 95. En realidad, la doctrina mayoritaria, cuando habla generalmente de que la conminación penal posee una «finalidad preventiva», incluye consciente o inconscientemente en esa a la norma como si no fueran dos entidades distintas. Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO señala que «la intimidación general se produce a través de la amenaza de pena que contienen las normas penales».

3.1. Esa finalidad preventiva, sin embargo, debe ser aún explicada, ya que la posición que aquí se defiende difiere de la comprensión general existente sobre tal finalidad³⁹⁶. Se ha señalado antes que la norma primaria constituye un mensaje prescriptivo referido a un mandato o prohibición, dirigido al destinatario en la situación concreta. Si esto es así, aquella finalidad preventiva se referiría solo a la del hecho concreto, en el que el individuo debe actuar u omitir. Esta finalidad preventiva de la norma primaria, entonces, se representa tanto mediante el deber que impone al «delincuente potencial» (es precisamente mediante ese deber de hacer u omitir que se protegen bienes jurídicos) o mediante el derecho de defensa o necesidad que, como reflejo de ese deber, se le concede a la «víctima potencial» (es precisamente mediante ese derecho que la «víctima potencial» protege bienes –suyos o de terceros– afectando otros). Pienso que es aquí en que se expresa con mayor claridad esa finalidad preventiva de la norma primaria: más que proteger bienes jurídicos imponiendo deberes (como antes se dijo, de nada sirve imponer deberes si el destinatario no quiere motivarse: que la norma de determinación sea infringida o no depende única y exclusivamente, en última instancia, del propio individuo; esto expresa con claridad la falibilidad de la norma como mecanismo de orientación de conductas, pues al fin y al cabo solo tiene, como se dijo, una «pretensión de motivar»³⁹⁷), ellos se protegen (también) asignando derechos³⁹⁸. La norma primaria, por tanto, tiene una pretensión preventiva: *la de proteger los bienes jurídicos del ciudadano frente a la arbitrariedad de otro ciudadano*.

3.2. En cuanto a la norma secundaria, concretamente, la conminación penal, también debe explicarse cuáles son los alcances de la mencionada finalidad preventiva. Si bien se ha dicho que una fundamentación de carácter preventivo debe emplearse para interpretar o analizar la conminación penal (que tiene, como la norma primaria, una perspectiva

³⁹⁶ Sobre la conminación penal, SCHÜNEMANN, en: SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (Eds.), *Positive Generalprävention*, 1998, 117 ss., quien parece asumir una comprensión de la conminación penal desde la perspectiva de la prevención general negativa en el sentido de intimidación, por lo que se relaciona con los postulados de FEUERBACH. GRECO, *Teoría de la pena*, 2015, 283, por su parte, señala que la prevención general negativa «no es por tanto otra cosa que hacer valer de manera general razones prudentiales para comportarse conforme a derecho». Este planteamiento conduce al citado autor a proponer un concepto funcional (y no psicológico) de intimidación.

³⁹⁷ Recurrir a la norma pese a que sea falible no supone que sea irracional que el legislador, en nombre del Estado, recurra a ella. En realidad, sería irracional renunciar a ella solo por no ser infalible.

³⁹⁸ Que la norma sea un instrumento falible (esto es, que pueda no cumplir su pretensión de motivar), no quiere decir que haya que prescindir de ella. Solo al final de esta investigación se tendrá una idea global del alcance imperativo-instrumental de la norma, así como de su racionalidad.

prospectiva), ha de tenerse en cuenta también las ideas antes expuestas sobre la norma secundaria: se dijo que, desde la perspectiva del ciudadano, la norma secundaria (reflejada directamente en el precepto penal) solo puede relacionarse con él de manera pragmática, y no en términos de una relación normativa, como sería el caso de una norma primaria que le impone al ciudadano un deber de actuar u omitir en el caso concreto. Se resaltó antes que la norma secundaria, desde la perspectiva del ciudadano, era especialmente importante por reflejar, en su conveniencia, el principio de legalidad (que, como se dijo, constituye una garantía para el ciudadano). Este principio, entonces, no hace al ciudadano destinatario de la norma secundaria (pues el destinatario de esta, como norma de conducta, es, en todo caso, el juez), pero sí que despliega hacia él efectos favorables: impidiendo que sea castigado con una pena por un hecho que al momento de ser cometido no era delito, impidiendo que se le castigue con una pena por un hecho solo parecido a otro que sí es delito o impidiendo que se le castigue con una pena por un precepto no contemplado en una ley o solo recogido en el derecho consuetudinario³⁹⁹. De esta manera, la norma secundaria, concretamente, la dimensión de la conminación penal tiene una pretensión preventiva: *la de proteger los bienes jurídicos del ciudadano frente a la arbitrariedad estatal*⁴⁰⁰.

4. Ahora bien, que la norma se haya vinculado estrechamente con la conminación penal, desde la perspectiva del denominado «*Sanktionsmodell*», ha ocultado desde hace tiempo el hecho de que es *principalmente* la norma y no la pena el factor que permite hablar del aspecto preventivo en el Derecho penal⁴⁰¹. Esto se refleja, principalmente, en aquellas posturas que resaltan la dimensión de la prevención general negativa, la que, por su propia

³⁹⁹ Esta perspectiva, por tanto, es opuesta a la señalada célebremente por VON LISZT, *Aufsätze*, t. II, 1905, 80, según la cual «el Código Penal es la carta magna del delincuente». No es el delincuente el protegido por el principio de legalidad, sino el ciudadano.

⁴⁰⁰ Acentuar la condición de beneficiado al ciudadano y no al delincuente, hace que el principio de legalidad no sea entendido como un «mal necesario», sino como un «bien necesario», ya que, como señala BACIGALUPO, *Principios*, 4.^a ed., 1999, 46, «protegerá al débil frente al poderoso (el Estado)», por lo que toda restricción de su contenido tendrá que reflejar una afectación esencial de derechos fundamentales.

⁴⁰¹ En ese sentido, quienes en el marco de su argumentación afirman que la norma primaria se vincula a la conminación penal y la norma secundaria se refiere a la imposición de la pena, estarán defendiendo, necesariamente, un modelo de la sanción. Representa esta orientación, al parecer, SILVA SÁNCHEZ, quien, como antes se dijo, sitúa la conminación penal en el ámbito de la norma primaria. Ya me he distanciado de esta postura en líneas anteriores. Aquí se defiende la idea de que, si la norma primaria posee independencia material, entonces aquella no puede fundamentar su propia existencia en la conminación penal. No dudo de que la conminación penal está unida al mandato o a la prohibición, pero si bien sirve como refuerzo, no es un elemento que constituya a la norma (como afirman los defensores del denominado «modelo de la sanción»).

definición, solo puede corresponderse con la conminación penal⁴⁰². Pues bien, aquí debo sostener la idea de que la norma primaria, como primer nivel de afectación de la libertad de acción, ejerce ya una finalidad preventiva: al dirigirse al destinatario en la situación concreta presentándose ante él como una razón excluyente para actuar u omitir. Esta noción preventiva de la norma primaria se aleja, como puede preverse, de la comprensión mayoritaria por la cual la norma «se dirige a todos»⁴⁰³. En efecto, no se trata aquí de una norma general y abstracta, tampoco de una norma general prohibitiva que impone deberes negativos generales en el sentido de KELSEN⁴⁰⁴, ni mucho menos de un deber de colaboración como lo ha planteado PAWLIK⁴⁰⁵. Como ya se ha dicho, solo en un escenario concreto, en el que el individuo ha de realizar una conducta, la norma aparece como un mensaje prescriptivo que a él se le dirige, con la pretensión de imponerle un determinado deber de actuar (si se trata de un mandato) u omitir (si se trata de una prohibición). Solo en una situación concreta puede determinarse, parafraseando a KANT, si el arbitrio de una persona es compatible con el que corresponde a otra bajo una ley general de libertad.

5. La idea de que la norma primaria se dirige al ciudadano y la norma secundaria al juez, como se ha visto, está ampliamente difundida. Sin embargo, a menudo se tiene en cuenta solo la perspectiva del ciudadano respecto a ambas normas, pasando por alto la perspectiva del juez (lo que queda en evidencia, a mi modo de ver, con la generalizada utilización de los términos «norma de conducta» y «norma de sanción», principalmente en la doctrina alemana). Debido a ello, si la norma secundaria es una norma de conducta dirigida al juez,

⁴⁰² Y no tanto en las posturas referidas a la prevención general positiva pues esta teoría, en realidad, se concentra, más que en la conminación de la pena, en la imposición de la pena. Dicho de manera más clara: todas las teorías de la prevención general positiva son teorías que buscan justificar la imposición de una pena (esto es, de la pena concreta).

⁴⁰³ Como se explicará detalladamente más adelante (*infra* Cap. IV, 5.1), la idea, admitida mayoritariamente, de que «la norma se dirige a todos», es también consecuencia del «*Sanktionsmodell*»: si la norma necesita de la sanción como elemento constitutivo, y si esta comprensión de la norma se refleja en una teoría de la prevención general negativa, que posee una vocación de generalidad (mientras más se difunda la amenaza entre la sociedad, más efectiva será), entonces la norma, que solo es tal al contener a la sanción, debe reflejar necesariamente esa misma vocación. Esto también es reflejo, hasta donde alcanzo a entender, de una comprensión preventiva de la pena (y por extensión, de la norma) desde una perspectiva consecuencialista.

⁴⁰⁴ KELSEN, *Hauptprobleme*, 2.^a ed., 1923, 435 s., donde señala: «Existen numerosos deberes jurídicos incondicionales de los súbditos. Figuran entre ellos, normalmente, los deberes de abstención. El súbdito en principio se halla siempre, bajo cualquier circunstancia e ininterrumpidamente, obligado a no asesinar, a no estafar, a no atentar contra la propiedad de oro, etc., mientras que su deber de restituir la cantidad recibida en préstamo depende del hecho de que haya contraído realmente un préstamo y de que este no se haya extinguido mediante la restitución o por otras razones».

⁴⁰⁵ PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 82 ss., 280 ss. Precisamente, el delito, según lo señalado por este autor, sería la violación de ese deber de colaboración con la comunidad jurídica cuyo fin consiste en hacer posible la libertad real de los individuos.

entonces su perspectiva también ha de tomarse en cuenta. Pues bien, debe aquí reiterarse una idea que se ha mencionado a lo largo del capítulo: la norma secundaria no impone al juez un deber de castigar⁴⁰⁶. Afirmar esto supondría menospreciar la labor del juez y convertir su actividad a una mera concatenación lógica de hechos («Si se infringe una norma primaria, el juez *debe* imponer la pena que corresponda a esa infracción») o a entender al juez como un personaje sumiso frente a la ley (como se desprendía del planteamiento de FEUERBACH)⁴⁰⁷. En realidad, la norma secundaria, que es una norma de conducta dirigida al juez, le impone a este un deber de juzgar, esto es, de «reconstruir» el hecho: aquella norma se dirige a él para decirle que, en caso de infracción de la norma primaria (dirigida al ciudadano), debe reconstruir el hecho por el que se expresa tal infracción. Para esta reconstrucción, el juez debe atender a criterios valorativos con los que determinar la existencia de un hecho dañoso jurídico-penalmente relevante, afirmar seguidamente la infracción de una norma primaria y emplear reglas de imputación⁴⁰⁸. La conclusión de todo este proceso complejo se expresa en la afirmación de un hecho *merecedor* de pena⁴⁰⁹.

5.1. En este punto vale la pena profundizar la dinámica de la norma secundaria como norma de conducta, teniendo en cuenta lo hasta ahora expuesto. Más allá de los alcances preventivos que se puedan predicar de la norma primaria y de la conminación penal (primeros dos niveles de limitación de la libertad de acción) en los términos antes expuestos, debe señalarse que, una vez cometido el hecho punible, entra en juego la imposición de la pena (último nivel de la limitación de la libertad de acción). Si esta, como

⁴⁰⁶ La norma de sanción no impone ningún deber al juez de infligir una pena pues esta, por sus propias características, no tiene como presupuesto único la infracción de un deber impuesto por la norma primaria (siendo tal infracción una necesariamente culpable, como se verá más adelante), sino también otras consideraciones referidas a la necesidad de imposición de pena.

⁴⁰⁷ Al respecto, SCHMIDT, Eb., *Einführung*, 3.ª ed., 1965, § 272.

⁴⁰⁸ Como se señaló en el capítulo anterior, el juez toma en cuenta no solo criterios valorativos, sino también la infracción de la norma primaria y las correspondientes reglas de imputación para adjudicar la infracción de un deber impuesto por la norma a un agente. En ese sentido, el juez debe responder las preguntas: ¿se ha infringido en el caso concreto un deber personal impuesto por una norma primaria? ¿a quién se le imputa la infracción de ese deber impuesto por la norma primaria? Afirmar la existencia de un hecho típicamente antijurídico y culpable supone que el juez haya respondido esas preguntas.

⁴⁰⁹ Un hecho solo injusto (las lesiones causadas por un inimputable) es, por ejemplo, un hecho que carece de merecimiento de pena. Si el merecimiento de pena se excluye, el juez debe evaluar la imposición de medidas de seguridad. Recientemente, ROBLES PLANAS, InDret 1/2019, 7, señala: «las normas de sanción ordenan al juez declarar la *culpabilidad* en un caso concreto de un sujeto e imponerle una sanción *penal* por ese hecho» (cursiva en el original). La declaración de culpabilidad, como es evidente, no es un hecho automático, sino que requiere de la celebración de un proceso con todas las garantías. Por esto, considero que la búsqueda de la «declaración de culpabilidad» (como antesala a la imposición de una sanción, de ser el caso) es otra forma de expresar ese «deber de juzgar» mencionado en el cuerpo del texto.

se dijo, reside en la norma secundaria, y la norma secundaria (en sus dimensiones de conminación penal e imposición de la pena) es analizada desde la perspectiva de la teoría de la pena, entonces ha de señalarse que parece ser la retribución la justificación más idónea para la imposición de la pena como tercera etapa de la limitación de la libertad de acción. Esto es correcto y debe ser fundamentado. Si desde la perspectiva del juez la norma secundaria es una norma de conducta, la conminación penal y la imposición de la pena (situadas, como se dijo, en la norma secundaria) deben desempeñar alguna labor orientada a definir el contenido del deber de juzgar que a él se le impone.

5.2. La conminación penal, como antes se dijo, tiene una finalidad preventiva (desde la perspectiva del ciudadano): está orientada a proteger los bienes jurídicos del ciudadano frente a la arbitrariedad estatal. Una vez cometido el hecho punible, la conminación penal, para el juez, representa, precisamente, lo que la conminación penal representa para el ciudadano (aunque, evidentemente, desde la perspectiva del juez, que es la requerida para resolver el caso): garantía de no arbitrariedad estatal. Aunque se haya realizado el hecho punible, el juez debe tomar en cuenta que la conminación penal, por su naturaleza prospectiva, debe seguir cumpliendo su finalidad preventiva respecto a los bienes jurídicos de los ciudadanos. Y esto supone la aplicación de las garantías materiales y procesales necesarias en favor del ciudadano (de manera directa) y, principalmente, de la sociedad (de manera indirecta). La aplicación de las garantías, situadas «en la otra cara» de la conminación penal, despliega consecuencias sociopsicológicas, esencialmente, referidas a confirmar lo satisfactorio que es para la sociedad que se realice un proceso penal imparcial y lo insatisfactorio que es para la sociedad un proceso que no posea esa característica. Asimismo, las garantías nutren el deber de juzgar impuesto al juez: aquellas, situadas al reverso de la conminación penal, constituyen elementos irrenunciables que rigen su actividad judicial y resultan de utilidad para la resolución del caso.

5.3. La imposición de la pena se nutre también del deber que la norma secundaria le impone al juez. En este estadio, como se dijo, rige la retribución⁴¹⁰. Este aspecto retributivo

⁴¹⁰ Una perspectiva retributiva no puede irradiar efectos en la conminación penal pues, como puede preverse, por definición responde a una perspectiva distinta: un punto de vista prospectivo (mientras que la retribución es retrospectiva). PEÑARANDA RAMOS, RPDJP 2001, 412, al respecto, señala correctamente que «En realidad las llamadas teorías absolutas o de la retribución, en cuanto teorías de la pena estatal, han de ser interpretadas más bien como concepciones acerca de la legitimidad de la imposición de la pena a un sujeto particular que como concepciones sobre la justificación abstracta o general del recurso al castigo».

debe proyectarse tanto para evaluar el deber infringido (impuesto por la norma primaria en el caso concreto) como para emplear los criterios de imputación de la infracción de ese deber al ciudadano. En otras palabras, el juez, en cumplimiento del deber de juzgar, debe tomar en cuenta tanto a la norma primaria como a las reglas de imputación, a partir de sus correspondientes perspectivas: la norma primaria desde una perspectiva *ex ante* (prospectiva) y a la imputación desde una perspectiva *ex post* (retrospectiva). Con la valoración que tiene como punto de referencia a la norma primaria se determina si el individuo se encontraba en una situación según la cual haya sido posible decir que era destinatario de la norma y, por lo tanto, podía infringirla (perspectiva *ex ante*). Con la imputación (esto es, con sus criterios) se determina si al sujeto se le puede imputar el hecho como suyo (perspectiva *ex post*). Por tanto, el juez debe realizar dos importantes juicios. Primero, debe afirmar la infracción del deber impuesto por la norma, lo que implica verificar, desde una perspectiva *ex ante*, la capacidad personal de cumplimiento de la norma primaria, esto es, el acceso a la norma y la posibilidad de guiarse por ella. Segundo, debe imputarse la infracción del deber impuesto por la norma al individuo, lo que supone aplicar las reglas de imputación desde una perspectiva *ex post*. El juez, por tanto, toma en cuenta a la norma primaria desde su carácter preventivo (para afirmar su infracción)⁴¹¹ y a la imputación desde su carácter retributivo (para imputar la infracción del deber impuesto por la norma). Una vez que se afirma la infracción de un deber impuesto por la norma primaria (que constituye, como se ha señalado reiteradamente, el presupuesto de la entrada en escena de la norma secundaria), se procede a imputar tal infracción. Aquí interesa resaltar este último asunto (que se corresponde con el estadio de la imposición de la pena desde la perspectiva del juez, esto es, como norma de conducta a él dirigida): la imputación es, en buena cuenta, retribución.

5.4. En definitiva, después de que el juez ha verificado la existencia de un hecho lesivo jurídico-penalmente relevante como manifestación de la infracción de una norma primaria que es imputada personalmente al individuo (esto es, un hecho típicamente antijurídico y culpable), será posible afirmar que se trata de un hecho merecedor de pena. Se ha realizado, si se quiere, todo un proceso argumentativo cuyo «producto» es «puesto al frente» del individuo para decirle a él que la pena le correspondería como respuesta

⁴¹¹ Se trata de la comprensión del término «preventivo» que se defiende en esta investigación: como protección de los bienes jurídicos de un individuo frente a otros individuos (a través de los deberes y los derechos emanados de las normas que rigen una situación concreta).

individualmente merecida, esto es, para justificarle a él la imposición de un *mal* teniendo como referencia (y como criterio de medición) su culpabilidad⁴¹².

6. Lo anterior es, como queda claro, todo un proceso orientado a justificar, frente al individuo, la imposición de una pena concreta (se le han dado las razones por las que el mal que a él se le impone se sustenta en un juicio personalizado de merecimiento)⁴¹³. Las inquietudes emergen cuando esa justificación se debe hacer frente a la sociedad. Este terreno es, precisamente, el que las perspectivas preventivas han reconocido como débil para sostener suficientemente un planteamiento retributivo. Así, se ha señalado que, si bien la retribución justifica la imposición de la pena a un sujeto, no la justifica frente a los demás, esto es, no explica por qué los demás miembros de la sociedad necesitan que se imponga una pena⁴¹⁴. Una concepción retributiva, por tanto, no podría explicar por qué el Estado, de ser el caso, debe renunciar de manera total o parcial a la imposición de la pena que, aunque merecida, no es necesaria⁴¹⁵. En ese sentido, tan pronto se introduzcan consideraciones referidas a la necesidad general o concreta de pena, entonces se reconocerían las limitaciones de una perspectiva retributiva, las que solo podrían ser solventadas con una orientación sostenida en la prevención⁴¹⁶. Pero esto no es necesariamente así. Una teoría retributiva sostenida sobre una ética consecuencialista (y no deontológica) podría permitir entender que una pena merecida no es necesaria. Una orientación como esta haría posible pensar que una pena concreta debe ser acorde a la

⁴¹² El principio de culpabilidad descansa en tres momentos esenciales: 1) Pregunta por la culpabilidad individual del autor; 2) Fundamenta la sanción penal como compensación (*Ausgleich*) de la culpabilidad; y, 3) Mide la cuantía de la sanción conforme a la gravedad de la culpabilidad. Al respecto, ERBER-SCHROPP, *Schuld*, 2016, 183.

⁴¹³ Es la necesidad, reconocida ya por KANT, MdS AA 331, de que el individuo sea juzgado como «digno de castigo» antes de pensar siquiera en alguna utilidad que para él o para sus conciudadanos pudiera tener la pena.

⁴¹⁴ Al respecto, FEIJOO SÁNCHEZ, *Pena*, 2014, 65.

⁴¹⁵ ROXIN, GA 2015, 188. Si la teoría de la pena no solo debe responder a la pregunta de *cuándo se impone*, sino también a la de *cuándo es posible renunciar a ella*, entonces un planteamiento retributivo no podría brindar una explicación satisfactoria al respecto. En opinión de FEIJOO SÁNCHEZ, *Pena*, 2014, 65, las teorías retributivas clásicas y las «neoretributivas» no han podido solucionar este problema.

⁴¹⁶ Es conocido que los defensores de una concepción retributiva consideran como una cuestión secundaria los efectos preventivo-generales. Por todos, KÖHLER, M., AT, 1997, 37, 48 ss. Sin embargo, aunque sea correcto entender que la pena, como respuesta jurídica, representa un reproche, esto sería insuficiente para su imposición: esta perspectiva tendría que complementarse con otra que, emanada de la concepción de un Estado que desempeñe una función protectora, alegue la necesidad de analizar la imposición de la pena desde una perspectiva preventiva. Sigue esta orientación, por todos, ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 3/9, que considera que al Estado no le resulta posible ni permitido realizar la idea metafísica de justicia, sino solo garantizar una vida común y pacífica en libertad.

representación que la sociedad tenga sobre lo justo de la pena⁴¹⁷. La pena concreta no respondería, entonces, a las necesidades de seguridad de la sociedad (como postularía una perspectiva genuinamente preventiva), sino que respondería a sus propias necesidades de legitimación frente a la sociedad, esto es, siendo conforme a lo satisfactorio que es para la sociedad que se impongan penas justas o a lo insatisfactorio que es para la sociedad que se impongan penas injustas. De esta manera, la pena concreta se justifica frente a la sociedad si esta se satisface (viendo al individuo sobre quien recae una pena como un merecidamente castigado) o no se satisface (viendo al individuo como una víctima del Estado) con la pena concreta, esto es, si esta refleja no la preservación del respeto por la autoridad del Estado (como sostenían los planteamientos retributivistas de finales del siglo XIX), sino la preservación del respeto del Estado por la libertad individual incluso en el marco de la imposición de la medida más contundente e intensa que tiene a disposición. La necesidad de pena, por tanto, se traduce en términos de satisfacción o insatisfacción desde la perspectiva de la libertad (conforme al deber, que recae en un Estado moderno que protege normativamente la libertad, de imponer penas justas: no excesivas ni tampoco benignas⁴¹⁸. Una pena (en principio) justa pero no necesaria sería, por tanto, insatisfactoria para la sociedad y, en definitiva, injusta a los ojos de esta.

⁴¹⁷ Este planteamiento responde a una justificación retributiva ya conocida en la ciencia jurídico-penal alemana. Así, por ejemplo, MERKEL, *Gesammelte Abhandlungen*, 1899, 687 ss.; DP, 1907, 250 ss.; BELING, *Vergeltungsidee*, 1908, 5 ss.; LIEPMANN, ZStW 28 (1908), 1 ss. Estos autores, como es conocido, defendían una comprensión autoritaria del Estado (por lo demás, propia de la época), lo que explica que hayan entendido que la pena como retribución tenía el interés de preservar la autoridad del Estado. Por ejemplo, BELING, *Vergeltungsidee*, 1908, 5 ss., defendió una teoría retributiva de la pena, sostenida sobre planteamientos que hoy podrían ser reconocidos como consecuencialistas (y no deontológicos). BELING señaló claramente que, en el marco temporal en la que se incardina su contribución (la lucha de escuelas de finales del siglo XIX e inicios del XX), «no había nadie que no sea relativista» (BELING, *Vergeltungsidee*, 1908, 3). Así, BELING, *Vergeltungsidee*, 1908, 36 ss., afirmó que, si la pena tenía como interés la preservación de la propia autoridad del Estado, entonces la pena retributiva debe ser idónea para asegurar esa autoridad: la sociedad debe satisfacerse con esa pena pues solo con ese sentimiento se mantiene el respeto por la autoridad del Estado. La pena, entonces, debe ser proporcional y, en ese sentido, justa, pues de lo contrario, «el Estado, en lugar de alzar, enterraría su autoridad, pues entonces las simpatías se irían a quien se volvería víctima de la pretendida «retribución», así como las antipatías hacia el Estado injusto» (BELING, *Vergeltungsidee*, 1908, 62). Por su parte, LIEPMANN, ZStW 28 (1908), 5, señaló que la pena quiere compensar «la sensación de la seguridad perturbada, la excitación del lesionado y de los a él relacionados» y busca «alcanzar esto (...) reaccionando contra el artífice (*Urheber*) de esos defectos de una manera dolorosa para él». Seguidamente, LIEPMANN, ZStW 28 (1908), 6, agregó que cuando el Estado impone la pena, «satisface la necesidad de satisfacción (*Genugtuungsbedürfnis*) del lesionado y de sus afines», en ese sentido, el Estado «debe hacer esto pues de lo contrario la permanente discordia y las pasiones continuamente renovadas desgarrarían a la sociedad». Explica la orientación retributivista (sostenida en una fundamentación consecuencialista) de BELING (en representación de los autores que defendían la teoría retributiva a finales del siglo XIX e inicios del XX), MAÑALICH, InDret 2/2015, 1 ss.

⁴¹⁸ Desde sus propios planteamientos (primariamente retribucionistas), PAWLIK, *FS-Rudolphi*, 2004, 213 ss., señala que «La teoría de la retribución (...) debe mostrar que la pena efectúa una contribución irrenunciable para el cumplimiento de la tarea de reforzar la libertad de los ciudadanos (...)».

7.1. El planteamiento acabado de exponer hace posible algunas consideraciones que, a mi juicio, son importantes. En primer lugar, la distinción entre conminación de la pena y la imposición de la pena pone las cosas en su lugar. Esto es así pues la opinión dominante, que admite a la teoría de la prevención general positiva⁴¹⁹, concentra su atención, en realidad, en la dimensión correspondiente a la imposición de la pena, lo que revela que, desde esa perspectiva, se considera que la pena concreta posee efectos preventivos⁴²⁰. Esta consideración, trasladada a los términos aquí empleados, significa que la teoría de la prevención general positiva justifica la pena impuesta frente a la sociedad, pero no frente al individuo o, en todo caso, no se justifica frente a él de manera convincente la pena impuesta: no se le otorgan a él mayores razones para sufrir un mal que los efectos sociopsicológicos (supuestamente positivos) que se desprenderían de ese sufrimiento⁴²¹. Este déficit en la fundamentación ha sido reconocido por varios autores⁴²² y ha dado pie a

⁴¹⁹ La teoría de la prevención general positiva es la teoría actualmente dominante en cuanto a la justificación de la pena estatal. Así, por todos, FRISCH, en: FEIJÓO SÁNCHEZ (Ed.), *Culpabilidad*, 2012, 41.

⁴²⁰ Al respecto, NEUMANN/SCHROTH, *Kriminalität*, 1980, 34, quienes señalan que la teoría de la prevención general positiva es una «teoría de la sociedad castigadora» (a la manera de la «clásica» teoría de la intimidación), pues «ella se ocupa de una función de la pena más bien latente que manifiesta». También, PEÑARANDA RAMOS, RPDJP 2001, 415, dice: «La teoría de la prevención general positiva, por su conexión con el hecho cometido y la infracción que significa, contiene la tendencia a que la reacción penal guarde proporcionalidad con ese daño social ocasionado por el delito. La proporcionalidad de la reacción con la gravedad social del hecho, característica de las concepciones retributivas, pero también de la prevención general positiva, constituye, sin embargo, un cuerpo extraño en la lógica de la intimidación». Con esto, entiendo que PEÑARANDA RAMOS confirma que la prevención general positiva se concentra en la imposición de la pena, la que, como ha explicado, debe ser proporcional con el daño social ocasionado por el delito. En esto tiene el mismo alcance que la teoría de la retribución (la reacción debe ser proporcional a la gravedad social del hecho), es decir, ambas se concentran en la imposición de la pena y no en la conminación penal. Pero el problema es que la prevención general positiva sigue siendo «prevención», esto es, por su propia definición tiene que ver al futuro y no necesariamente (o solamente) al pasado; por esto, al seguir siendo «prevención», este debe ser también un criterio a tomar en cuenta en la imposición de la pena, y si es así, se justifica la imposición de la pena con consideraciones preventivas que escapan del «pasado», esto es, del hecho cometido por el individuo a quien se le impone una pena.

⁴²¹ Y se le estaría exigiendo, por lo menos parcialmente, un sacrificio altruista, esto es, convertirse simbólicamente en solo una representación de que, para los demás miembros de la sociedad, su consciencia jurídica se mantiene vigente (o cualquier otra consecuencia sociopsicológica positiva, según las diversas variantes de la teoría de la prevención general positiva: ejercitar a los ciudadanos en el ejercicio de fidelidad al Derecho, mantenimiento de la vigencia de las normas, etc.). PEÑARANDA RAMOS, RPDJP 2001, 420, señala que las diversas versiones de la prevención general positiva (a excepción de la de JAKOBS) les correspondería la denominación de «prevención de integración», ya que «resaltan en la pena una función de psicología o pedagogía social». Además, el citado autor afirma que la crítica generalizada a la prevención general positiva (la afectación a la autonomía moral del individuo), «afecta menos a la concepción actual de Jakobs que a otras versiones de este pensamiento».

⁴²² Por todos, VON HIRSCH/HÖRNLE, GA 1995, 269.

la –al parecer– principal crítica a la prevención general positiva: la no observancia de la restricción deontológica de la prohibición de instrumentalización del individuo⁴²³.

7.2. En segundo lugar, la distinción entre conminación de la pena e imposición de la pena desvela una visión integral y no parcial de la culpabilidad. En efecto, la opinión mayoritaria, que entiende a la pena en términos preventivos, señala que el elemento del merecimiento solo desempeña una función de límite, pero no de fundamento de la pena. En ese sentido, se considera al merecimiento (elemento que indudablemente expresa un nivel de retribución) solo como una restricción de las finalidades preventivas⁴²⁴. Sin embargo,

⁴²³ Así, recientemente, por todos, FRISCH, GA 2019, 187-188. ¿Por qué el individuo culpable tiene la obligación adicional de tolerar que de él se desprendan consecuencias sociopsicológicas, trascendentes a la retribución? Esta es una pregunta importante que, a mi juicio, refleja un déficit argumentativo en la concepción mayoritaria (que justifica la pena frente al individuo pasando por alto, al parecer, la prohibición de instrumentalización) y que, pese a las diversas posiciones en la doctrina (Al respecto, véase NEUMANN, *FS-Jakobs*, 2007, 449 s.; HÖRNLE, *Straftheorien*, 2011, 53 ss.; PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 90 ss.; ROXIN, GA 2015, 197 ss.), parece no haber una respuesta suficiente. Curiosamente, FEUERBACH, *Revision*, t. I, 1799, 89 ss., denunció también algo parecido frente a la denominada «teoría de la intimidación», ampliamente difundida en su época, que señalaba que la pena es impuesta con la finalidad de producir intimidación general. Esto, según FEUERBACH, remitiéndose a KANT, significaría la infracción de la prohibición de no instrumentalización del hombre. PEÑARANDA RAMOS, RPDJP 2001, 412 (que parece asumir la defensa de la teoría de la prevención general positiva) niega que se pueda «sacar algún provecho» sobre la idea (kantiana) de que «el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro». En ese sentido, PEÑARANDA RAMOS, tomando en cuenta la exigencia kantiana de no instrumentalización del hombre, señala que «La teoría de la prevención general positiva, puede conciliarse más fácilmente con esta exigencia que otros conceptos preventivos en cuanto puede establecer una más estrecha relación del hecho cometido (y de su gravedad) con la necesidad y el alcance del recurso a la pena».

El planteamiento que considero atendible y que aquí solo puedo presentar en sus rasgos más generales, sería el siguiente. Los miembros de una sociedad tienen dos alternativas para su desarrollo social: limitar su libertad de acción para garantizar menores posibilidades de convertirse en víctimas de un delito o ampliar su libertad de acción, aunque esto suponga convertirse en víctimas de un delito. En un Estado moderno en el que se protege normativamente la libertad, se adopta la segunda alternativa. Por esto, el individuo que forma parte de una sociedad, para ejercer su libertad de acción (lo que no es más que la adecuación del comportamiento externo a lo mandado u ordenado por las normas) debe «pagar», como «precio» por ella, el riesgo de convertirse en víctima de un delito. En esa línea, el individuo que comete un delito (esto es, que infringe culpablemente el deber a él impuesto por una norma de determinación) debe «pagar» con su libertad, el «precio» que supondría la difusión de la idea, en la sociedad, de que la libertad de acción de los demás miembros de aquella tenga que limitarse al verificar que la posibilidad de convertirse en víctimas de un delito deja de ser un riesgo para convertirse en una realidad. De esta manera, el individuo merecedor de pena, con su hecho, se hace responsable de que la libertad de acción de los demás miembros de la sociedad deba ser mantenida a costa suya. El individuo debe pagar con su libertad los costes que suponen el mantenimiento de la libertad de acción de los otros miembros de la sociedad.

⁴²⁴ ROXIN, GA 2015, 193, señala que «En la jurisprudencia y doctrina alemanas es casi indiscutido que la pena estatal, incluso cuando sirve a fines preventivos, está limitada, tanto en lo que atañe a su fundamento como a su gravedad, en función de la culpabilidad del autor. Es decir: la culpabilidad, un elemento de las clásicas teorías absolutas, no es utilizada para retribuir, sino como el principio de medida y de limitación que les falta a las teorías preventivas». Al parecer, la doctrina mayoritaria considera que si eso no fuera así (esto es, si se entendiera el merecimiento como fundamento), habría un irrestricto y absoluto «deber» del Estado a penar, independientemente de cualquier otra consideración. Al respecto, ORTIZ DE URBINA GIMENO, en: CARNEVALI (Coord.), *Justicia penal*, 2017, 434, donde señala que «La razón por la que la doctrina mayoritaria ha intentado defender la justicia de imponer penas sin atender al merecimiento (pero sin rebasar éste) ha sido la errónea asociación de la existencia de un papel fundamentador para el merecimiento con la

esta argumentación no me parece convincente, en la medida que no toma en serio a la culpabilidad como fundamento no solo negativo, sino también positivo de la imposición de la pena. Considero que el merecimiento no solo es límite, sino también fundamento de la pena⁴²⁵. En realidad, el considerar que la culpabilidad solo desempeña una función limitadora, supone el ocultamiento de su carácter fundamentador. La función de delimitación queda clara cuando se impide que la imposición de la pena vaya más allá de la culpabilidad del condenado. Pero si este no es el caso, es decir, si no se alcanza ese límite, entonces no hay por qué recurrir a tal función delimitadora. Dicho de otra manera: antes de alcanzar el límite, la culpabilidad no solo limita, sino que necesariamente tendría que fundamentar⁴²⁶. Y esto tampoco supondría la existencia de un deber de penar por parte del Estado⁴²⁷: que pueda hacerlo no significa que deba hacerlo, esto es, deber implica poder, pero poder no implica deber⁴²⁸.

7.3. En tercer lugar, si la norma de sanción no impone al juez un deber de castigar y la dimensión de la imposición de la pena, como se ha visto, habita en la norma de sanción, entonces la defensa de la pena (concretamente, de la imposición de la pena) como retribución no supone un deber de penar⁴²⁹. Precisamente, este aspecto referido a un deber

obligatoria imposición de pena en caso de existir el merecimiento. Como muestra la elaboración teórica en torno al retribucionismo en el entorno angloamericano, tal asociación es errónea».

⁴²⁵ ORTIZ DE URBINA GIMENO, en: CARNEVALI (Coord.), *Justicia penal*, 2017, 428.

⁴²⁶ En los últimos años se ha despertado el interés en la noción de retribución, hasta el punto de reconocer la existencia de un «renacimiento» de ella. Que se considere como «renacida» expresa claramente la idea de que ha estado «muerta» por mucho tiempo en la ciencia del Derecho penal. En los últimos tiempos, sin embargo, se han reconocido dos argumentos con los que se pretende expresar la idoneidad de la retribución: primero, que solo una concepción retributiva garantizaría que la pena tenga como referencia al pasado; y, segundo, que solo la retribución puede encontrar tanto la fundamentación como el límite para la pena estatal. Al respecto, por todos, LERMAN, en: AMBOS/MALARINO/PASTOR (Dirs.), *Prevención e imputación*, 2017, 60.

⁴²⁷ Al respecto, MOORE, *Placing Blame*, 2010, 104 ss., quien señala: «(...) para un retributivista, la responsabilidad moral de un delincuente (*offender*) brinda además a la sociedad el *deber* de castigar» (resaltado en el original).

⁴²⁸ ORTIZ DE URBINA GIMENO, en: CARNEVALI (Coord.), *Justicia penal*, 2017, 428, donde también señala: «Lo que falta en la comprensión mayoritaria del principio de culpabilidad como límite es reconocer que éste no puede cumplir tal misión sin el concepto de merecimiento, y que este último tiene necesariamente que tener una función doble, al tiempo fundamentadora y limitadora».

⁴²⁹ Desde una perspectiva ética, en atención a la distinción entre deontologismo y consecuencialismo, la equiparación entre una comprensión retributiva en la justificación de la pena estatal y el deontologismo ha conducido a señalar que el Estado tendría el deber (categórico) de penar. Esto es así desde una teoría retributiva que descansa en una ética deontológica (desde esta orientación, la justificación de la pena estatal se sostiene en un deber categórico del Estado a penar). Es posible, sin embargo, que una teoría retribucionista descansa no en una ética deontológica, sino en una ética consecuencialista (no utilitarista), que no suponga fundamentar un deber de castigar. Al respecto, es fundamental BERMAN, en: DUFF/GREEN (Eds.), *Philosophical Foundations*, 2011, 434, quien señala que la distinción entre consecuencialismo y retribucionismo en la justificación de la pena no puede ser sostenida pues el retribucionismo ha mutado cada vez más en una categoría sostenida por una justificación claramente consecuencialista. En ese sentido, el mencionado autor considera que es posible reconocer un «consecuencialismo retribucionista» («*retributivist*

de castigar ha sido una de las principales objeciones al retribucionismo⁴³⁰. Pero esta comprensión retributiva obedece a una fundamentación que, en términos de ética normativa, sería reconocida como deontológica. En ese sentido, considero que es posible defender una concepción retributiva sostenida sobre la base de un consecuencialismo (no utilitarista)⁴³¹. Por lo tanto, no existe un deber del Estado a penar, pero sí existe un deber de imponer penas justas: no excesivas ni tampoco benignas⁴³².

10. Recapitulación.

1. Conforme a las exposiciones habituales en la ciencia jurídico-penal, en esta investigación se mantiene la utilización de las categorías «norma primaria» y «norma secundaria» (o «norma de conducta» y «norma de sanción», respectivamente)⁴³³. Cada una de estas normas tiene un distinto destinatario, se relaciona de manera distinta con el precepto del que se extrae y se relaciona con el fin del Derecho penal (protección de bienes

consequencialism) que puede ser contrastado significativamente con un «consecuencialismo no-retributivista» («*non-retributivist consequentialism*») o sus variantes. En todo caso, BERMAN reconoce dos tipos de retribucionismo: el llamado «consecuencialismo retribucionista» (que también denomina como «retribucionismo consecuencialista») y el «retribucionismo no consecuencialista» («*non-consequentialist retributivism*»). También reconoce esta posibilidad, MAÑALICH, InDret 2/2015, 5.

⁴³⁰ La teoría de la retribución ha sido criticada precisamente porque, se dice, impondría un deber de penar. Curiosamente, la norma secundaria, dirigida al juez, tendría también un resultado parecido: la infracción de la norma primaria supondría un deber de imponer una pena para el juez. Pero esta es una comprensión equivocada e imparcial: equivocada, porque la relación entre norma primaria y norma secundaria no es una relación lógico-formal (si se infringe la norma primaria, entonces se impone la pena que determine la norma secundaria); e imparcial, porque la norma secundaria, como norma dirigida al juez, le impone a este el deber de tomar en cuenta consideraciones referidas no solo al merecimiento, sino también, como se dijo, a la necesidad (desde la perspectiva de un concepto de retribución sostenido desde una ética consecuencialista).

⁴³¹ MAÑALICH, InDret 2/2015, 5.

⁴³² Aquí vale la pena mencionar que una crítica adicional vertida a los defensores de la retribución tiene que ver con la medida de la pena: la perspectiva retribucionista no podría brindar una solución práctica a la determinación de la cuantía de la pena. Pero, en mi opinión, esto va más allá de lo que debe abarcar una teoría de la (imposición de la) pena. Así, por ejemplo, LERMAN, en: AMBOS/MALARINO/PASTOR (Dirs.), *Prevención e imputación*, 2017, 67, señala: «(...) es evidente que no existe fórmula matemática para traducir en un monto (y clase) de pena la culpabilidad revelada en un hecho. Pero lo que no puede negarse es que las teorías retributivas, a pesar de presentar dificultades prácticas para realizar esa conversión, brindan al menos un parámetro teórico para hacerlo. Y quizá a una teoría de la pena no pueda exigírsele más que eso. Pues no es su función la de generar reglas prácticas precisas sobre las magnitudes de la pena a aplicar, sino sólo el establecer criterios para fundamentar argumentalmente la legitimidad de la aplicación de una pena de cierta magnitud». Agrega luego (en n. 25): «Y eso es lo único que permitiría tener una base para poder desarrollar luego un sistema que pueda ser más preciso en la determinación de la pena que le corresponda a un hecho concreto, tarea que aún no se ha alcanzado de modo suficiente. No es posible, por cierto, pretender que ese sistema se derive por completo en forma directa de la teoría de la pena».

⁴³³ Reitero aquí que la utilización indistinta entre «norma primaria/norma de conducta» y «norma secundaria/norma de sanción» debe atender a las consideraciones expuestas al inicio de este capítulo: si bien toda norma primaria es una norma de conducta, no toda norma de conducta es una norma primaria: la norma secundaria es también una norma de conducta). En esta investigación se ha realizado un uso indistinto (salvo que se indique lo contrario) en las denominaciones pues el binomio norma de conducta/norma de sanción está ampliamente difundido en la ciencia jurídico-penal, principalmente alemana.

jurídicos) de manera diferente, esto es, conforme a sus propias particularidades. Sobre lo primero, se puede decir que mientras la norma primaria se dirige al individuo en la situación concreta en la que actúa u omite para imponerle un correspondiente deber, la norma secundaria se dirige al juez para imponerle un deber de juzgar, esto es, un deber de reconstruir el hecho mediante el que se expresa la infracción de la norma y, de ser el caso, concretar la amenaza de pena en imposición⁴³⁴. No hay un deber de penar, pero sí de interpretar el hecho concreto para sostener, sobre tal juicio, el merecimiento y la necesidad de la pena. Sobre lo segundo, es posible señalar que mientras la norma primaria se extrae de manera indirecta del precepto penal (con el que no tiene una relación lógica, sino una relación de sentido o, como se ha dicho, interpretativa), la norma secundaria se obtiene directamente del mencionado precepto. Sobre lo tercero, se ha dicho que la norma primaria protege bienes jurídicos desde la prospectiva (esto es, desde una perspectiva *ex ante*, referida al momento en que el individuo actúa u omite). Por su parte, en el marco de la norma secundaria, se deben distinguir las dos manifestaciones de esta: la conminación de la pena y la imposición de la pena. En cuanto a la conminación de la pena, como se dijo, también está orientada a la protección de bienes jurídicos, pues refuerza a la norma primaria en su condición de razón excluyente para actuar u omitir (se le ha entendido aquí como una razón excluyente adicional). En cuanto a la imposición de la pena, ha de reconocerse que no posee una visión prospectiva, sino que, en retrospectiva (esto es, desde una perspectiva *ex post*) se vincula con un hecho ya cometido en el pasado. En ese sentido, carece de una función preventiva (comparable a la que podría asignarse a la norma primaria y a la conminación penal). Por lo expuesto, tanto la norma primaria como la norma secundaria expresan dos importantes decisiones: primero, la decisión por la que se determina aquello que para ser evitado o realizado debe y puede ser respectivamente prohibido o mandado (y conminado con pena); y, segundo, la decisión por la que se establece aquello cuya evitación o realización hace precisa y lícita no solo la prohibición y el mandato, respectivamente, sino también el castigo concreto (imposición de la pena)⁴³⁵. Sobre estas dos decisiones político-criminales fundamentales, ha de construirse la sistemática del delito⁴³⁶.

⁴³⁴ No se trata, por tanto, de un «deber de imponer una sanción», como, se señala, se sostendría desde la perspectiva de una teoría de la retribución basada en una ética deontológica.

⁴³⁵ Así también, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 612.

⁴³⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 612, donde dice que ambas decisiones «constituyen los dos pilares fundamentales de la incidencia del Derecho penal en la sociedad y a ellas ha de adaptarse la

2. La norma ha sido entendida como una razón excluyente para actuar u omitir. En ese sentido, se dirige a su destinatario para que, en el caso concreto, este adopte la razón de la norma como un motivo para realizar su comportamiento, excluyendo a la vez, otras razones concurrentes. En este escenario, el individuo tendrá dos posibilidades: asumir la norma como razón para su acción (realizando la conducta mandada u omitiendo la conducta prohibida) o anteponer otras razones (caracterizadas como razones de primer orden) a la propia razón de la norma (no realizando la conducta mandada o realizando la conducta prohibida). La decisión (la transformación de una razón en motivo) se circunscribe a la esfera deliberativa del propio individuo. Mediante la norma, entonces, el Estado no solo expresa qué conductas son disfuncionales a los intereses jurídicamente valorados, sino que también deja al arbitrio del individuo –reconociendo así su punto de vista– el cumplimiento o no de la norma a él dirigida. El tomar en cuenta el punto de vista de los hombres es una forma de evitar la infracción de la restricción deontológica de la prohibición de instrumentalización (en sentido estricto)⁴³⁷.

3.1. La discusión entre los modelos aquí reconocidos como «modelo estándar» («*Standard-Modell*») y «modelo de la sanción» («*Sanktionsmodell*»), conforme con los cuales la norma constituye un mensaje independiente de la sanción o necesita de esta para poseer tal carácter normativo, respectivamente, refleja importantes alcances sobre la propia configuración del concepto de norma. Tomando en cuenta los argumentos desarrollados anteriormente, se sigue aquí la primera orientación, esto es, el llamado «modelo estándar», que permite afirmar que la norma no necesita de la pena para portar una genuina naturaleza normativa⁴³⁸. Se ha señalado que generalmente se esgrimen dos argumentos en favor del «modelo de la sanción»: tanto un «argumento de la redundancia» como un «argumento de la superioridad». Frente al primero, habrá que decir que la norma no necesita del componente de la sanción para cumplir su pretensión de motivación (pretensión que no es un déficit –como sostiene el argumento–, sino que, como se ha visto, constituye el propio significado de la norma). Frente al segundo, se podrá sostener, en sentido crítico, que la eficacia de la norma (que, contiene la sanción) dependerá en última instancia de que el

sistemática del delito». Sobre una sistemática del delito que tenga en cuenta la distinción entre norma primaria y norma secundaria, *infra* Cap. IV, 8.

⁴³⁷ GRECO, *Teoría de la pena*, 2015, 394.

⁴³⁸ *Supra* Cap. III, 5.

destinatario considere a la sanción como un mal y no como el «precio» que debe pagar para realizar un hecho que considere más importante (conforme a un cálculo de utilidades). Según el planteamiento adoptado en esta investigación, la norma, entendida como mensaje prescriptivo, está llamada a ser el instrumento que, en primera línea, transmita al destinatario el correspondiente mandato o prohibición que aquel deberá adoptar como razón excluyente para su actuar u omitir, respectivamente. La ventaja de este planteamiento es que no niega que la conminación penal pueda desempeñarse como un refuerzo de la norma o incluso como una razón excluyente adicional: la amenaza de pena ofrece solo una motivación añadida para el seguimiento de la norma, pero no tiene relevancia constitutiva para el concepto de esta⁴³⁹.

3.2. La perspectiva aquí asumida, a diferencia de la del «modelo de la sanción» (que esencialmente señala que, si el individuo quiere evitar la sanción –lo que supone, como se dijo, que identifique a esta como un «mal»–, entonces debe omitir la realización de la conducta prohibida o debe realizar la conducta mandada), abarca un mayor alcance: el individuo puede cumplir la norma en la medida que está convencido del valor incondicionado de la conducta que aquella prescribe (esto es, actúa por razones morales) o puede hacerlo, además, por su interés en evitar a la pena como un mal, es decir, como resultado perjudicial para él (esto es, por razones de utilidad)⁴⁴⁰. Esto conduce, entonces, a que tanto el «modelo estándar» como el «modelo de la sanción» tienen como objeto de referencia un determinado modelo de hombre (como destinatario de la norma): el modelo estándar se refiere a un sujeto que actúa con racionalidad valorativa, mientras que un modelo de la sanción alude a un sujeto que actúa con racionalidad instrumental o por razones de utilidad⁴⁴¹.

4. Se ha señalado que la norma primaria y la norma secundaria representan distintas instancias que reflejan una progresiva limitación de la libertad de acción del individuo⁴⁴².

⁴³⁹ Al respecto, KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 230 (=Teoría de las normas, 1977, 308).

⁴⁴⁰ Entre otras razones imaginables, distintas al temor de la sanción. Por ejemplo, ENGLÄNDER, RW, 2, 2013, 204, señala que el destinatario de la norma puede cumplirla por considerarla justa o por reconocer al legislador como una autoridad facultada para el establecimiento de normas.

⁴⁴¹ Por estas consideraciones, referidas a una determinada imagen del hombre, tiene razón HAFKE, en: SILVA SÁNCHEZ (ed. española)/SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.), *Fundamentos*, 1995, 132, cuando dice que «tras al diferenciación entre Derecho de la norma y Derecho de la pena, que a primera vista, produce una impresión tan abstracta y teórica, se esconde una muy significativa teoría de la sociedad».

⁴⁴² Desde la perspectiva del individuo, esto es, del destinatario de la norma primaria.

La norma primaria refleja el mandato o la prohibición dirigida al individuo a quien se le impone un correspondiente deber de actuar u omitir, respectivamente. Ya que mediante la imposición de ese deber se le limita al individuo la libertad de acción, la norma primaria que hace posible esa imposición necesita de una justificación. Por su parte, la norma secundaria, conforme a lo antes dicho, recoge las instancias tanto de la conminación penal como de la imposición de la pena. Si esto es así, el recurso a la pena, esto es, a su amenaza como a su imposición, necesita también justificarse con buenas razones pues, como es evidente, la pena es un mal. La justificación de la norma y de la pena no solo debe hacerse frente a la sociedad, sino también frente al propio individuo.

5. La postura doctrinal que observa críticamente a la teoría del bien jurídico y considera que habría que cederle su lugar a la teoría del derecho subjetivo constituye un planteamiento que ha de ser analizado con indispensable profundidad y atención en posteriores investigaciones. Aquí solo quiero destacar el hecho de que los alcances del derecho subjetivo (mejor dicho, sus funciones: la de utilización y la de exclusión) pueden erigirse como elemento para enriquecer el concepto de bien jurídico. Así, el derecho subjetivo, con sus dos funciones intrínsecas, «rodea» al bien jurídico para dotarle de una importante dinámica (carencia que, precisamente, ha sido objeto de crítica). Desde esta perspectiva, entonces, se faculta la utilización libre del bien jurídico por parte del titular y se garantiza que el bien jurídico no será afectado en el ámbito de la interacción social. La complementación que el derecho subjetivo le puede conceder al bien jurídico puede ser de utilidad para la interpretación de importantes categorías en el ámbito del injusto: desde la denominada «teoría de la imputación objetiva», de gran trascendencia en el ámbito de la tipicidad (asunto que, por lo demás, deberá quedar necesariamente reservado para una investigación posterior) hasta las denominadas situaciones de defensa y necesidad, en las que se discute sobre el contenido y alcances de las causas de justificación⁴⁴³.

6. Un hecho típicamente antijurídico y culpable es un hecho merecedor de pena y, por lo tanto, ya es suficiente para justificar la imposición de la pena al individuo. Con todo, para justificar la pena frente a la sociedad, el juez debe tomar en cuenta si esa imposición es necesaria, pero no desde una perspectiva preventivo general negativa o positiva, sino desde una perspectiva de satisfacción o insatisfacción social (esto es, que tome en cuenta efectos

⁴⁴³ Al respecto, *infra*, Cap. V.

sociopsicológicos). Si bien la infracción de la norma primaria es la antesala irrenunciable de la entrada en juego de la norma secundaria, la imposición de la pena no es automática, sino que exige el análisis, primero, del merecimiento de pena, y, segundo, de la necesidad de pena. Si esto es así, entonces habrá que afirmar que la teoría de la pena, que habita en la norma secundaria, contempla tanto una dimensión preventiva (referida a la conminación penal) como retributiva (relacionada a la imposición de la pena).

7. Mientras la teoría de la norma se concentra en justificar la norma y en profundizar analíticamente los alcances de la relación entre la norma y la conminación de la pena, la teoría de la pena se enfoca esencialmente en la imposición de la pena. En esta investigación se defiende, por tanto, la comprensión de la imposición de la pena desde la perspectiva de la retribución (sostenida sobre una ética consecuencialista no utilitarista)⁴⁴⁴. En ese marco, vale la pena señalar que la retribución es el elemento irrenunciable en la pena. En este sentido, la tradicional contraposición entre teorías absolutas y teorías relativas no es más que aparente⁴⁴⁵ por lo que, en última instancia, debería ser superada⁴⁴⁶. Y esto es así pues el elemento retributivo está presente en unas y otras, solo que, mientras en las primeras es reconocido expresamente, en las segundas busca disimularse o limitarse.

⁴⁴⁴ Llama mucho la atención el hecho de que la usual contraposición entre teorías absolutas y relativas se mantenga en las obras generales de Derecho penal cuando las diversas concepciones nunca han dejado de reconocer un elemento retributivo en el marco de la justificación de la pena estatal (bajo la forma del merecimiento como límite).

⁴⁴⁵ Por todos, FRISCH, InDret 3/2014, 7 ss.

⁴⁴⁶ Por ejemplo, HÖRNLE, *Straftheorien*, 2017, 2.ª ed., 61 ss. propone una redefinición del debate: se enfrentarían teorías prevencionistas contra teorías expresivas, lo que, en su opinión, supone la sustitución del término «teorías absolutas» por «teorías expresivas» de la pena. Al respecto, también MAÑALICH, InDret 2/2015, 11. Si bien la distinción entre teorías absolutas y relativas coincide aparentemente con aquella, propia de la ética normativa, entre teorías deontológicas y consecuencialistas, es posible afirmar que una teoría retribucionista puede tener un fundamento consecuencialista. Esta es precisamente la orientación que se sigue en esta investigación.

CAPÍTULO IV

LA INFRACCIÓN DE LA NORMA PRIMARIA (NORMA DE CONDUCTA DIRIGIDA AL CIUDADANO). CONSECUENCIAS PARA EL INJUSTO.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

1. En la doctrina jurídico-penal es bastante común reconocer que el delito consiste en la infracción de una norma¹. Ahora bien, si la idea de norma se relaciona de alguna manera con el propio concepto de delito, la determinación de cuáles son las características de esa norma y cómo se debe entender su infracción son asuntos que han provocado amplias discusiones. En efecto, haber afirmado que la norma es esencialmente una de naturaleza imperativa aún no resuelve las inquietudes que podrían deducirse de ella: queda por discutir en qué consistiría la infracción de la norma: «¿requiere, la oposición al imperativo, la capacidad de motivación de su destinatario, o basta con que el comportamiento no se corresponda al contenido del imperativo?»². De lo que se decida dependen muchas cosas de importancia que, a mi juicio, se dan por sentadas (una de ellas, por ejemplo, la tradicional distinción entre injusto y culpabilidad³).

2. Un análisis profundo de las diversas posiciones en la ciencia jurídico-penal causa la impresión de que la infracción de la norma debe producirse para afirmar la realización de un delito, aunque no haya unanimidad sobre el lugar sistemático que le corresponde a tal infracción. La posición mayoritaria entiende que es en la categoría dogmática del injusto donde se produciría la infracción de una norma⁴. Sin embargo, en este ámbito, con diversos argumentos, algunos han reconducido tal infracción al ámbito de la tipicidad⁵ y otros

¹ Por todos, LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 19; KINDHÄUSER, GA 1990, 414; FREUND, AT, 2.ª ed., 2009, 1/12 ss.; 2/8; *FS-Maiwald*, 2010, 211; ROSTALSKI, GA 2016, 75; SCHILD, *FS-Jakobs*, 2007, 602. Sobre las diversas perspectivas teóricas existentes para establecer un concepto material de delito, por todos, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 494 s.; STÜBINGER, *FS-Paeffgen*, 2015, 49 ss.

² SANCINETTI, *Teoría del delito*, 1991, 46.

³ Denuncia una «justificación tácita» de la legitimidad de esa distinción, PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 258.

⁴ Así ya desde VON LISZT (mediante el concepto de «antijuridicidad formal»). Al respecto, por todos, ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 14/4; RENZIOWSKI, en: MATT/RENIOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, previo a § 13/39; LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 13/1; MIR PUIG, DP. PG., 10.ª ed., 2016, 6/9. La doctrina mayoritaria entiende que la infracción de la norma (en los términos aquí desarrollados, una norma primaria o una norma de conducta) constituye el injusto. Así, por todos, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, 1988, 24 (=Comportamiento típico, 2004, 38 s.); MIKUS, *Verhaltensnorm*, 2002, 19 ss.

⁵ Esta fue la opinión del finalismo, que hasta cierto punto responde a la comprensión que esta corriente doctrinal poseía sobre la relación entre el tipo y la antijuridicidad. Al respecto, por todos, WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª, 1969, 50 ss. (=DP. PG., 1970, 76 ss.). También es, sin embargo, la opinión de otros autores

directamente la vinculan con el injusto⁶. Otros autores han ubicado a la infracción de la norma en el ámbito de una, así denominada, «imputación personal», como primera subcategoría de esta⁷. Todas estas posiciones, además, poseen una comprensión particular sobre los presupuestos que han de verificarse en el agente para poder afirmar de él que ha infringido una norma. Por esto, es común encontrar que mientras algunos se satisfacen con una voluntad de acción⁸, otros parecen ser más exigentes, al requerir inclusive la propia capacidad de culpabilidad y el conocimiento de la propia norma contra la que se actúa⁹. Cada una de estas posiciones, además, tiene un ámbito de proyección sobre la propia estructura del concepto de delito: quienes hablan de una voluntad de acción para infringir la norma la consideran suficiente para definir el injusto (que entienden como antinormatividad) como categoría previa e independiente de la culpabilidad, mientras que otros, que exigen más requisitos, relativizan o niegan la arraigada distinción categorial entre injusto y culpabilidad, por lo que afirman una comprensión unitaria del delito.

3. Como es posible observar, la opinión mayoritaria, que admite una equiparación conceptual entre injusto y antinormatividad, reconoce la idea, muy arraigada en la ciencia del Derecho penal, de la relación contradictoria entre la conducta realizada y el ordenamiento jurídico positivo (la relación de oposición entre una conducta y una norma). Sin embargo, si se pretende reconocer el fundamento por el que una conducta es declarada contraria a la norma jurídico-penal (y si la opinión dominante quiere mantener de manera coherente el punto de partida), habría que admitir que la infracción de la norma (antinormatividad) requiere de unos requisitos (de carácter subjetivo-individual) que exceden completamente el ámbito del injusto (previo e independiente al que corresponde a la culpabilidad). La doctrina dominante, con todo, no procede de esta manera, sino que

adsritos a la comprensión analítica del hecho punible. Por todos, VOGEL, *Norm*, 1993, 32 (donde señala que, «en el delito consumado, la antinormatividad es equiparada a la tipicidad (sin consideración del dolo y la imprudencia, que son categorías de la norma de sanción)». PAEFFGEN, en: HILGENDORF (Ed.), *Rechtswidrigkeit*, 2018, 6, que señala que la realización (completa) del hecho típico representa una contradicción a una prohibición o mandato abstracto, por lo que tipicidad es igual a antinormatividad, «sin que por eso sea necesariamente un injusto (aunque por lo general lo es)».

⁶ Habla de la teoría del injusto como una teoría que explica la infracción de la norma, SANCINETTI, *Disvalor de acción*, 1991, 2. También entienden al injusto como infracción o lesión de la norma de conducta, JAKOBS, AT, 2.^a ed., 1991, 2/1 ss. (=DP. PG., 1997, 2/1 ss.); HÖRNLE, en: HEFENDEHL (Ed.), *Fundamente*, 2005, 111; MURMANN, *Selbstverantwortung*, 2005, 159 ss.; *Grundkurs*, 3.^a ed., 2015, 8/1 ss.; FREUND, AT, 2.^a ed., 2009, 2/8 ss.. WALTER, *Kern*, 2006, 83, señala expresamente que «injusto es infracción de un deber». Antes, ya MÜNZZBERG, *Verhalten*, 1966, 59-60, sostuvo que todo injusto es un hecho contrario a un deber jurídico.

⁷ Esta es la posición de MIR PUIG, DP. PG., 10.^a ed., 2016, 20/1 ss., quien ha dejado de lado el término «culpabilidad» por el de «imputación personal».

⁸ Por todos, KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 140 (=Teoría de las normas, 1977, 186).

⁹ WALTER, *Kern*, 2006, 83 ss., 116.

concibe al injusto como antinormatividad y a la culpabilidad como la falta de motivación para una acción conforme a la norma¹⁰. Curiosamente, con frecuencia se señala, pese al punto de partida asumido (injusto como antinormatividad), que el contenido material del injusto radica en la lesividad de la conducta¹¹. Por lo que parece ser que, según la opinión mayoritaria, la lesividad de la conducta representaría la contradicción a la norma jurídico-penal. Pero si esta es la conclusión, pienso que el concepto de norma (en los términos en que se entiende en esta investigación, esto es, como norma de carácter imperativo) resultaría innecesario: si solo la lesividad define lo jurídico-penalmente relevante¹², entonces la realización de un acontecimiento caracterizado por su nocividad será suficiente para llamar la atención del Derecho penal¹³. Solo de manera impropia se podría decir que una conducta lesiva «infringe» una norma: como se ha visto en un capítulo anterior, la sola lesividad no infringe nada, y el empeño en el que incurre la posición dominante, consistente en mantener al injusto como contrariedad a la norma, termina limitando la capacidad de rendimiento del argumento normológico, usado tantas veces de manera conveniente, para denominar diversas categorías¹⁴ (sin que haya necesariamente algún criterio sistematizador entre tales denominaciones) y sin desentrañar las consecuencias a las que conduce.

4. El argumento de la norma ha sido históricamente decisivo en el ámbito del injusto, pues uno de los argumentos más importantes para la inclusión del dolo en tal ámbito fue, como es bien conocido, el argumento normológico¹⁵. En efecto, la doctrina mayoritaria, al desarrollar los alcances de la fundamentación del injusto, considera que el desvalor de acción se sostiene, precisamente, sobre la norma de determinación. Se señala frecuentemente que es esa norma la que permite situar al dolo en el tipo de injusto, por lo que, con la desobediencia esa norma, se expresa un actuar contrario a ella (un actuar doloso). Sin embargo, desde esta perspectiva, no se logra entender por qué el dolo pertenece al injusto y el conocimiento de la antijuridicidad a la culpabilidad. Es decir, si la norma tiene una función motivadora, no se comprende por qué la voluntad de realizar el

¹⁰ Por todos, RENZIKOWSKI, en: MATT/REZNIKOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, previo a § 13/39.

¹¹ ALCÁCER GIRAO, *Lesión*, 2003, 20.

¹² ALCÁCER GIRAO, *Lesión*, 2003, 20.

¹³ Al respecto, MIR PUIG, DP. PG., 10.^a ed., 2016, 6/9.

¹⁴ La idea de la norma está presente en casi todas las subcategorías de la teoría del delito, desde el dolo hasta la imputación objetiva, y hasta donde alcanzo a ver, no se han desarrollado ideas orientadas a establecer si hay alguna vinculación entre todas estas referencias a la norma.

¹⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 460 ss.

hecho se distingue del conocimiento del mandato o prohibición. Precisamente, diversas opiniones, orientadas al cuestionamiento de la separación conceptual entre injusto y culpabilidad¹⁶, señalan que si el injusto es antinormatividad, y la norma primaria no puede exigir lo imposible (*ultra posse nemo obligatur*), entonces no queda claro por qué la infracción del deber impuesto por la norma (que equivale al injusto, desde la perspectiva dominante) no requiere de todas las circunstancias subjetivo-individuales del destinatario, esto es, todas las circunstancias que condicionan la posibilidad de cumplimiento de la norma. Por lo demás, llama mucho la atención que se considere mayoritariamente que la infracción de la norma se produce en el ámbito del injusto y solo después se analice, en el ámbito de la culpabilidad, tanto la imputabilidad como el conocimiento de la norma. Este proceder genera dudas: se dice que quien no puede comprender el sentido normativo de sus actos o adecuar su conducta conforme a dicha comprensión es inimputable, por lo que este no podría infringir una norma de conducta al no tener la capacidad de comprenderla. Pero este análisis (el de la imputabilidad), curiosamente (en el esquema de la posición dominante), se hace después de que se ha afirmado que la norma se ha infringido (esto es, después de afirmar que se ha realizado un hecho antijurídico o «contrario a la norma»). Por otro lado, ¿cómo se puede sostener que un individuo infringe una norma si la admisión o no del conocimiento o la comprensión de esta se enjuicia después de haberse afirmado aquella infracción? ¿Acaso no sería lógicamente necesario que un individuo conozca la norma para luego proceder a examinar si aquel la ha infringido o no? Las respuestas a estas preguntas resultan problemáticas para la opinión mayoritaria. Y esto es así pues, en realidad, nadie está obligado (nadie tiene el deber) a actuar conforme a una norma que le impone un deber, desconociendo aquella norma¹⁷. Resulta contrario al sentido común decir que alguien es destinatario de una norma y que está obligado a cumplirla (tiene el deber de cumplirla) aunque no la conozca.

5. En lo que sigue me encargaré de exponer cuáles son los principales argumentos que se han desarrollado en algunas de las corrientes de pensamiento que puedan considerarse como más significativas para esta investigación, para luego plantear y desarrollar la propia posición al respecto.

¹⁶ Así, por todos, FREUND, AT, 2.^a ed., 2009, 4/12 ss.; PAWLIK, *FS-Otto*, 2007, 135 ss. (=Libertad institucionalizada, 2010, 112 ss.); RENZIKOWSKI, ARSP 104 (2005), 134 ss.; LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, 203 ss., 217 ss.; MIR PUIG, ADPCP 1994, 5 ss.

¹⁷ Y para esto no importa si se sigue una concepción hilética de las normas o una concepción expresiva de las normas (normas como órdenes, esto es, como resultado del uso prescriptivo del lenguaje).

2. FINALISMO.

2.1. Desarrollo argumental.

1. En el primer capítulo se indicó que Armin KAUFMANN mantuvo una concepción imperativa de la norma, defendiendo la comprensión del injusto como antinormatividad y al mismo tiempo la distinción conceptual entre injusto y culpabilidad¹⁸. Los motivos que lo llevaron a desarrollar su planteamiento, hasta donde puedo entender, son dos. Primero, Armin KAUFMANN buscaba mantener la distinción entre las categorías dogmáticas del injusto y la culpabilidad (esto es, la separación tripartita entre tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), distinción que, siendo admitida por WELZEL, se erigía como estructura nuclear del pensamiento finalista. Segundo, Armin KAUFMANN pretendía defender la ubicación sistemática del dolo en la tipicidad (una de las principales contribuciones del finalismo a la teoría del delito), admitiendo para ello la concepción de la norma imperativa, pues entendió que esta perspectiva resultaba funcional para el enclavamiento del dolo en el ámbito del injusto¹⁹. En ese sentido, si bien tomó como punto de partida los planteamientos de BINDING, pronto se distanció de este²⁰ al sostener que la capacidad de acción (que permite la concreción de la norma en deber) no implica la concentración de todos los

¹⁸ Por esto, es posible decir que Armin KAUFMANN siguió la línea iniciada por THON, BIERLING, GOLDSCHMIDT y OEHLER. Cabe mencionar, sin embargo, que Armin KAUFMANN fue más consecuente que los autores mencionados, ya que estos, como se pudo explicar en el primer capítulo, defendieron una concepción imperativa de la norma solo de manera formal, pues materialmente sus argumentos parecían orientarse a la fundamentación de una norma como norma de valoración que fue posteriormente desarrollada por MEZGER.

¹⁹ Que Armin KAUFMANN se haya referido en todo momento a la capacidad de realizar la acción prohibida para así fundamentar la pertenencia del dolo al tipo es algo reconocido tanto por críticos (por todos, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 460 ss.) como por defensores del finalismo (por todos, GIL GIL, *Delito imprudente*, 2007, 74). Señalando que Armin KAUFMANN desarrolló su posición pensando únicamente en el delito doloso, SCHÜNEMANN, *FS-Schaffstein*, 1975, 161 ss. Por este motivo, GIL GIL, *Delito imprudente*, 2007, 71, explica que el citado autor no se haya dedicado en su obra al análisis de los problemas posiblemente más cercanos al delito imprudente (que en ese momento entendía –incorrectamente– como una omisión), como la falta de capacidad psico-física para abstenerse de realizar la conducta prohibida o la falta de identificación correcta de la situación. En KAUFMANN, Armin, *Unterlassungsdelikte*, 2.^a ed., 1988, 166 s. (= *Delitos de omisión*, 2006, 180 ss.), este autor consideraba al delito imprudente como una omisión, aunque luego (KAUFMANN, Armin, *ZfRV* 1964, 46-47; *FS-Welzel*, 1974, 405 ss., 410) abandonó esa posición.

²⁰ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 129 ss. (= *Teoría de las normas*, 1977, 171 ss.). Cabe aquí recordar que, para BINDING, *Normen*, t. I, 4.^a ed., 1922, 99, solo los capaces de acción (esto es, los que conocen la norma y pueden actuar conforme a ella) serán destinatarios de la norma, ya que aquellos (los capaces de acción) son los únicos que pueden tener deberes altamente personales. Los dos pilares básicos en la concepción del delito de WELZEL fueron la esencia final de la acción humana y la libertad de voluntad, como poder actuar de otro modo. Así, sostuvo el injusto sobre la primera (fundamentó ontológicamente el injusto sobre el concepto final de acción) y la culpabilidad sobre la segunda.

elementos subjetivo-individuales (conocimiento de la norma y poder actuar conforme a tal conocimiento), lo que, en buena cuenta, supone una extracción de las condiciones de motivabilidad del individuo (que Armin KAUFMANN reserva a la culpabilidad) del ámbito de la antinormatividad (que Armin KAUFMANN equipara con la tipicidad), en el que mantiene únicamente al dolo. Como es ampliamente conocido, estos planteamientos (principalmente en sus representantes más extremos²¹) tuvieron consecuencias en la configuración del injusto penal (la tentativa inidónea era el prototipo del injusto²² y la imprudencia sin resultado podría ya entenderse como una lesión del Derecho²³). Estas consecuencias fueron ampliamente criticadas y no lograron imponerse en la ciencia jurídico-penal²⁴.

2. Armin KAUFMANN fue consciente del denominado «problema del destinatario»²⁵ por lo que, en la búsqueda de elementos para su solución, planteo la célebre distinción entre norma y deber²⁶. El citado autor sostuvo que el déficit argumental en los defensores de la teoría de los imperativos consistía en la equiparación errónea entre la condición de destinatario de la norma y la condición de estar obligado por esta²⁷. En ese sentido, Armin KAUFMANN señaló que la cuestión del destinatario de la norma –que, como antes se dijo, desde su punto de vista son «todos»– es un asunto que no tiene nada que ver con lo relacionado a la *determinabilidad* por la norma en el caso concreto²⁸. En su opinión, es incorrecta la idea de que todo destinatario de la norma es al mismo tiempo obligado por ella, ya que solo el capaz de acción es el concretamente obligado. Dicho de otra manera: la norma, si bien se dirige a todos, solo se concreta en deber (obliga jurídicamente) ante el capaz de acción²⁹. Por esta razón, Armin KAUFMANN señaló que la norma no solo posee un carácter abstracto (en ella solo se puede admitir una *forma ideal* (*Denkform*) de obligación

²¹ HIRSCH, ADPCP 2005, 11, considera que la posición subjetivista defendida por Armin KAUFMANN y sus discípulos fue una «desventaja» para el finalismo desarrollado por WELZEL.

²² ZIELINSKI, *Unrechtsbegriff*, 1973, 136 (=Concepto de ilícito, 1990, 154).

²³ ZIELINSKI, *Unrechtsbegriff*, 1973, 152 ss. (=Concepto de ilícito, 1990, 175 ss.).

²⁴ Al respecto, por todos, SCHÜNEMANN, *FS-Schaffstein*, 1975, 159 ss., 171 ss.; MYLONOPOULOS, *Verhältnis*, 1981, 67; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, 67.

²⁵ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 121 ss. (=Teoría de las normas, 1977, 161 ss.).

²⁶ Esta idea se encuentra en diversos lugares de la obra de Armin KAUFMANN. Así, por ejemplo, en *Normentheorie*, 1954, 131 (=Teoría de las normas, 1977, 174). La distinción entre norma y deber formulada por Armin KAUFMANN, lleva a SILVA SÁNCHEZ, *Normas*, 2003, 17, a señalar que la concepción normológica del mencionado autor se encontraba en un punto medio entre la concepción imperativista y la teoría de la doble naturaleza de la norma.

²⁷ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 126 (=Teoría de las normas, 1977, 167).

²⁸ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 125, n. 122 (=Teoría de las normas, 1977, 166, n. 122).

²⁹ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 124 ss., 139 (=Teoría de las normas, 1977, 164 ss., 185).

entre los individuos), sino que también precisa concretarse en un individuo, quien al poseer específicas condiciones psico-físicas para «poder cumplir la norma», se le adscribe un deber absolutamente personal de realizar u omitir determinada conducta³⁰. Pues bien, tales condiciones específicas no se refieren al conocimiento de la norma y a la capacidad de actuar conforme a la misma –como sostuvieron BINDING y otros imperativistas–, sino que alude a la capacidad *psico-física* de hacer u omitir lo mandado o prohibido por la norma, esto es, a la «capacidad de acción», que consiste básicamente en la voluntad individual (algo que está en las manos del sujeto y que él puede dirigir finalmente) de realizar una conducta que constituya el objeto de una prohibición o de un mandato³¹. Tal capacidad de acción, según Armin KAUFMANN, la tendrían tanto los imputables como los inimputables³². Por esto, si el dolo está ubicado dentro de la materia de la prohibición (en el tipo de injusto), y aquel es entendido como ejecución de la decisión de la acción (determinación del fin, elección de los medios adecuados para realizarlo, utilización de tales medios para alcanzar el fin propuesto)³³, entonces no habría motivos para negar que los inimputables también puedan actuar antijurídicamente (aunque no sean personalmente reprochables)³⁴. En definitiva, mientras la infracción del deber (que se expresa mediante la realización de una acción prohibida o la omisión de una conducta mandada, esto es, cuando la norma se había concretado en deber para el agente) fundamenta la antijuridicidad de la conducta³⁵, la culpabilidad supone la verificación de una capacidad de motivación (esto es, de una capacidad de cumplir el deber)³⁶.

³⁰ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 131 (=Teoría de las normas, 1977, 174).

³¹ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 282 (=Teoría de las normas, 1977, 377).

³² KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 123 ss. (=Teoría de las normas, 1977, 163 ss.).

³³ Esta comprensión del dolo (voluntad de la acción dirigida a la realización de un tipo delictivo) permitió a WELZEL argumentar a favor de la existencia de acciones no dolosas (en las que la voluntad de la acción no está dirigida a la realización de un tipo delictivo), entre las cuales se encontraban las acciones imprudentes. Como es ampliamente conocido, el delito imprudente fue un especial obstáculo para la firmeza argumentativa del finalismo. El mismo WELZEL, en atención a las críticas recibidas, reformuló en diversas ocasiones su concepción del delito imprudente. Al final de su existencia, WELZEL, ADPCP 1968, 223, señaló que la acción finalista constituye un «principio estructural general de toda acción humana». Sobre este asunto, por todos, GIL GIL, *Delito imprudente*, 2007, 25 ss.

³⁴ Como es bien sabido, esta comprensión del dolo había permitido a WELZEL, *Abhandlungen*, 1975, 131, afirmar que «también el enfermo mental puede ejecutar acciones dolosas absolutamente perfectas (siempre que no haya descendido por completo al estado de los puros movimientos reflejos)». En el mismo sentido, KAUFMANN, Armin, *Unterlassungsdelikte*, 2.ª ed., 1988, 38 (=Delitos de omisión, 2006, 58). La posibilidad de que los inimputables puedan actuar dolosamente ya se había reconocido hacía tiempo, principalmente, en el marco del cambio del concepto psicológico al concepto normativo de culpabilidad. Al respecto, las consideraciones de FRANK, *FS-Fakultät der Universität Gießen*, 1907, 521 ss. Antes, BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. III, 1905, 173.

³⁵ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 128, 144 (=Teoría de las normas, 1977, 170, 192).

³⁶ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 163 (=Teoría de las normas, 1977, 217).

3. La argumentación desarrollada por Armin KAUFMANN no solo permite resaltar que la concreción del deber solo se verifica cuando el sujeto posee las condiciones psico-físicas de poder realizar el acto prohibido (es decir, el sujeto sea un capaz de acción)³⁷. También es destacable el hecho de que la concreción del deber deba realizarse antes del comienzo del acto para poder motivar al destinatario para la toma de su decisión, esto es, la norma debe concretarse en deber antes de la actuación del sujeto³⁸. De esta manera, Armin KAUFMANN no entiende a la expresión «deber» como «tener que» (lo que, desde su perspectiva, al encubrir un juicio de valor acerca de un hecho, el individuo no es considerado como sujeto actuante, sino como objeto de la norma), sino como un deber concreto, esto es, como un deber altamente personal que consiste en poner en marcha la propia capacidad de acción final, único objeto posible de las normas. Ese deber, según el citado autor, es definido como la «obligación jurídica» de un sujeto determinado a hacer u omitir algo concreto en una situación determinada³⁹.

2.2. Consideraciones críticas.

2.2.1. Problemas en torno a los alcances de su idea de norma y de la concreción del deber.

1. Las primeras inquietudes que emergen a partir del análisis de los lineamientos de Armin KAUFMANN tienen que ver con la forma cómo entiende el concepto de «norma» y su relación con el de «deber»⁴⁰. Se ha señalado que la norma, desde la perspectiva del

³⁷ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 144 (=Teoría de las normas, 1977, 192). Aquí, el mencionado autor señala: «La prohibición se concreta en un deber de omitir. Este deber se lesiona cuando el individuo lleva a cabo el acto prohibido, o, más precisamente, la acción concreta respecto de cuya omisión está obligado todo individuo y que ha sido realizada por el obligado. Y en estos casos se especializa también el juicio de valor abstracto pronunciado en relación con actos definitivamente especificados en general y que subyace en la norma abstracta, convirtiéndose en un valor de acción concreto; el acto ejecutado es *antijurídico; constituye un ilícito*» (cursiva en el original). Por otro lado, Armin KAUFMANN incide en la concepción de «contrariedad a deber» diciendo: «Lo que se designa, en la presente investigación, como “contrario a deber”, o sea, como “ilícito”, es la realización final del objeto de la prohibición, y ello corresponde ante todo al “tipo objetivo del delito” (*objektiver Deliktstatbestand*) de Binding. Este “tipo objetivo del delito”, sin embargo, comprende sólo un “hecho” en el sentido de Binding, es decir, un suceso que tiene por cierto un núcleo final, pero no totalmente final, y por ello no es un “acto”. Precisamente lo que falta es la finalidad (completa) del acto, que convierte a éste en “ilícito personal”». Véase, KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 145 (=Teoría de las normas, 1977, 193).

³⁸ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 138 (=Teoría de las normas, 1977, 184). Si esto es así, se entiende que el autor citado atribuía efectos directivos a la concreción de la norma en deber.

³⁹ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 144 ss. (=Teoría de las normas, 1977, 192 ss.)

⁴⁰ Más allá de la distinción propuesta por Armin KAUFMANN entre norma y deber, esta pareja de conceptos, a mi modo de ver, no ha recibido un tratamiento adecuado, principalmente cuando se aborda lo referido a su

mencionado autor, tiene un carácter abstracto (constituye una forma ideal de obligación) y que, en ese sentido, se dirige a todos. Según GIL GIL, con la idea de la concreción de la norma en deber, Armin KAUFMANN «estaba simplemente destacando su carácter imperativo y no valorativo»⁴¹. En ese sentido, la referida autora afirma: «Por eso dice que mientras el juicio de valor sobre un acto se concreta con la realización de su objeto en determinado acto, se conforma con la emisión de un juicio sobre algo fáctico, la norma, por el contrario, no puede esperar a la realización de su objeto, sino que se concreta, es decir, existe como norma ya antes del comienzo del acto, o de lo contrario no sería una norma. La norma por eso no se concreta respecto de un acto ya realizado sino respecto de un sujeto que es capaz de realizar ese acto prohibido. A partir de aquí desarrolla cuándo un sujeto es capaz de realizar el acto prohibido y en esto se le puede criticar que establece los requisitos pensando exclusivamente en el delito doloso»⁴². La argumentación me parece correcta: antes ya se ha afirmado que, si la norma primaria es vista en prospectiva, actúa antes del inicio de la realización de la acción u omisión del destinatario⁴³.

2. Las inquietudes surgen, sin embargo, cuando del planteamiento de Armin KAUFMANN se desprende la idea de que, en la determinación de la capacidad de realizar el acto prohibido (esto es, la denominada «capacidad de acción»), se considere suficiente el «poder hacer» en términos estrictamente psico-físicos. Aunque este asunto está estrechamente ligado con otro que se abordará más adelante (la diferencia entre capacidad de acción y capacidad de motivación, de la que se sirve el autor analizado para mantener la distinción entre injusto y culpabilidad), pienso que aquí se pueden desarrollar algunas ideas importantes,

contraposición: contrariedad a la norma (*Normwidrigkeit*) y contrariedad al deber (*Pflichtwidrigkeit*). Muchos autores consideran a estas categorías, inclusive, como intercambiables. Por todos, RUDOLPHI, *Gleichstellungsproblematik*, 1966, 93, quien alude a una «contravención a un mandato (*Zuwiderhandlung gegen ein Gebot*), es decir, la lesión de un deber de acción»; por su parte, HRUSCHKA, *FS-Larenz*, 1983, 265, dice: «(...) todo aquel que comete un delito, esto es, un hecho evaluado como antijurídico, por tanto, lesiona a la vez un deber que a él el Derecho le ha impuesto».

⁴¹ GIL GIL, *Delito imprudente*, 2007, 70.

⁴² GIL GIL, *Delito imprudente*, 2007, 70, n. 148. Por otro lado, GIL GIL dice «El exigir que la norma abstracta, así como la concreción en deber, hayan sido establecidos previamente a la realización de la conducta, argumentando que sólo así pueden motivar, tampoco supone exigir un elemento de aquel tipo, pues responden únicamente a la concepción de la norma y deber (que no incluye las condiciones particulares que posibiliten el cumplimiento) como mandatos y prohibiciones». GIL GIL, *Delito imprudente*, 2007, 70. En la n. 149, GIL GIL dice: «Que no se puede prohibir algo que ya ha ocurrido es algo obvio y esencial al concepto de prohibición que no tiene nada que ver con las condiciones de la comunicación».

⁴³ Al respecto, *supra* Cap. III, 3.1. Conforme a lo expuesto hasta el momento, aceptar que la norma tenga un carácter imperativo supone reconocer que aquella debe actuar antes del inicio de la ejecución de la conducta, lo que, a su vez, supone comprender a la norma como una razón para la acción o para la omisión, esto es, pensar en la norma como una razón que puede (o no) ser convertida en motivo.

concentrando la atención, naturalmente, en lo referido a la concreción de la norma en deber. Armin KAUFMANN relacionó la capacidad de acción (exigencia para la concreción de la norma en deber) con la función directiva de la norma: si la norma debe concretarse en deber antes del comienzo del acto, es porque la concreción del deber tiene efectos directivos (que el destinatario debe tomar en cuenta para hacer lo mandado u omitir lo prohibido). Esta forma de concretar el deber, sin embargo, no toma en cuenta otros elementos subjetivo-individuales (conocimiento de la norma y poder actuar conforme a tal conocimiento) con los cuales el agente expresaría indubitadamente estar en posesión de una capacidad individual para cumplir el deber. Es decir, la norma se concreta en deber solo por el hecho de que el destinatario se encuentra en condiciones psico-físicas de realizar lo dispuesto por ella, independientemente de si aquel es motivable o no por la norma (y con independencia de cuál sea su contenido).

3. Hasta donde alcanzo a entender, la capacidad de acción (entendida como un «poder hacer» psico-físico) es un elemento posiblemente necesario, pero no suficiente para fundamentar un deber, pues un deber se concreta cuando el individuo conoce la norma que lo impone, lo que, a su vez, constituye un presupuesto para cumplir la norma (en el sentido estricto de un «cumplimiento» y no de una mera «coincidencia»)⁴⁴. Dicho de otra manera: si la norma se concreta en deber para un individuo sobre el que se afirma que no posee una capacidad individual para cumplir, sino solo una capacidad de realizar una conducta física, entonces Armin KAUFMANN sería partidario de una versión empobrecida o limitada de la capacidad en la determinación de los deberes jurídico-penales, en la que el principio *impossibilia nulla obligatio* no se observaría en su totalidad⁴⁵. Esta cuestión es importante pues la doctrina mayoritaria parece entender que sobre el mencionado principio voluntarista, denominado también como «deber implica poder» (o, en su conocido aforismo, «*ultra posse nemo obligatur*»⁴⁶), se habría producido una relativización⁴⁷: que se afirme que puede haber un injusto (entendido este como contrariedad a un deber) pese a la

⁴⁴ Sobre estos conceptos (integrados en el más amplio de «correspondencia»), *supra* Cap. III, 4.

⁴⁵ Recientemente sobre este principio, COCA VILA, *Colisión de deberes*, 2016, 131 ss. Este asunto es interesante, pues una serie de autores plantean diversos momentos en los que se van determinando la capacidad para cumplir un deber. Por todos, MÜNZBERG, *Verhalten*, 1966, 192 ss.

⁴⁶ Sobre el *ultra posse nemo obligatur*, por todos, ENGISCH, *Konkretisierung*, 2.^a ed., 1968, 102-103; BYRD/HRUSCHKA, *Kant's Doctrine of Right*, 2010, 294 ss. El adagio «*ultra posse nemo obligatur*» («nadie está obligado más allá de sus capacidades») es una versión más difundida que la también mencionada «*Impossibilia nulla obligatio est*» («No hay obligación de hacer lo imposible») formulada por el romano Juvencio Celso. Al respecto, BYRD/HRUSCHKA, *Kant's Doctrine of Right*, 2010, 295, n. 8.

⁴⁷ Al respecto, COCA VILA, *Colisión de deberes*, 2016, 138 ss.

conurrencia de una incapacidad de motivarse por la norma (lo que supone conocerla), es una expresión clara de las exigencias mínimas (capacidad psico-física de realizar una conducta, por ejemplo) que admite la doctrina para afirmar que un individuo tiene la «capacidad» para que se le imponga un deber⁴⁸. Sobre este asunto, relevante para esta investigación, se volverá más adelante.

4.1. Conforme a tal comprensión «reducida» de la capacidad para cumplir un deber, Armin KAUFMANN se asegura en todo momento de incluir al dolo como elemento dentro de los contornos de lo que él reconoce como capacidad de realizar la acción prohibida (capacidad de acción)⁴⁹. Posiblemente el mencionado autor haya «empobrecido» las condiciones para el surgimiento de un deber desde la perspectiva de la función directiva de la norma para poder afirmar que tanto los imputables como los inimputables pueden cometer hechos antijurídicos (con lo que solucionaría el mencionado «problema del destinatario»), conformándose con lo que en ambos casos (esto es, tanto en imputables como en inimputables), en su opinión, sí cabría verificar: una actuación dolosa. Pero esta forma de proceder, a mi modo de ver, sacrifica en gran medida los alcances del significado de la norma como mensaje prescriptivo: extraer la cognoscibilidad de la norma del ámbito de las condiciones del surgimiento del deber, para dejar únicamente al dolo como elemento a tomar en cuenta para afirmar la concreción del deber⁵⁰, supondría, hasta donde alcanzo a entender, una renuncia a su propio punto de partida, a saber, la norma como mensaje prescriptivo (y la correspondiente –y ya mencionada– «relativización» del *ultra posse nemo obligatur*). La concreción de la norma en deber, en la medida que solo incluye el dolo, no fundamenta un pretendido «deber altamente personal», sino que solo expresa una

⁴⁸ KÜPER, *Pflichtenkollision*, 1979, 21, donde señala: «El ejemplo del autor incapaz de culpabilidad que no es capaz de ajustar su formación de voluntad (*Willenbildung*) y por tanto de adaptar su conducta al mandato o la prohibición jurídica, muestra más bien que el teorema “*ultra posse nemo obligatur*” no posee una validez ilimitada».

⁴⁹ Dado que Armin KAUFMANN busca fundamentar la inclusión del dolo en el tipo, se limita a tratar lo relacionado a la capacidad de realizar la acción prohibida (en su lenguaje, «capacidad de acción» y no «capacidad de motivación»). Por esto, para la concreción del deber, no se toma en cuenta, por ejemplo, el conocimiento de la norma, que consiste en una circunstancia que indudablemente garantiza la capacidad individual de cumplimiento de un deber.

⁵⁰ De esta manera, como ya es sabido, Armin KAUFMANN recurrió a la construcción de BINDING, pero buscando extraer, de las condiciones de surgimiento del deber, a la cognoscibilidad de la norma, dejando en ese lugar al dolo.

valoración del legislador que difícilmente se diferencia de aquel «tener que» que antes el propio Armin KAUFMANN había desestimado⁵¹.

4.2. Si se regresa a la cuestión del dolo y se reflexiona sobre la inclusión de este en el injusto, ha de afirmarse que la reubicación sistemática de tal elemento no depende de la concreción de la norma en deber. En todo caso, la ubicación (solo) del dolo en el injusto y el mantenimiento de otros elementos en la culpabilidad parece un procedimiento arbitrario. Reconocer, por un lado, que el momento teleológico de la norma consiste en que pueda ser tomada como motivo de actuación por los hombres⁵² y, por otro, que solo lo que está dentro de las capacidades (psico-físicas) del individuo es lo que puede concretar la norma en deber jurídico⁵³, es, a mi juicio, una contradicción. Y es así pues si la norma tiene un efecto motivador, todas las condiciones de eficacia de aquella deberían trasladarse al injusto (si se concibe a este como infracción de un imperativo) para que tal efecto pueda realizarse⁵⁴. Sin embargo, esta no fue la forma de proceder de WELZEL ni la de Armin KAUFMANN⁵⁵. ¿Qué justifica que solo algunas condiciones de eficacia se trasladen al injusto y otras se mantengan en la culpabilidad?⁵⁶. En ese marco, aunque se diga que la

⁵¹ Al parecer, Armin KAUFMANN distinguía el «tener que» («*Müssen*») de un genuino deber altamente personal («*Pflicht*» o «*Verpflichtung*») al señalar que en el primero no había una capacidad psico-física de realizar lo dispuesto por el contenido de la norma (con lo que justificaba la traslación del dolo desde la culpabilidad al tipo). Al respecto, KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 127 ss. (=Teoría de las normas, 1977, 168 ss.).

⁵² KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 105 (=Teoría de las normas, 1977, 139).

⁵³ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 106 (=Teoría de las normas, 1977, 140).

⁵⁴ Aunque GIL GIL, *Delito imprudente*, 2007, 69, en su crítica a MOLINA FERNÁNDEZ, sostenga que «no puede decirse que el introducir la capacidad de acción en el deber dirigido a motivar al sujeto suponga incluir las condiciones del destinatario que garanticen la posibilidad del cumplimiento, como erróneamente se ha interpretado en ocasiones». Precisamente, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 601, después de una amplia exposición sobre los distintos niveles de existencia de una norma, señala: «Las consecuencias que se extraen del examen de la norma jurídica como directivo de conducta tal y como ha sido aquí desarrollado son que el deber jurídico, la obligación, sólo surge cuando se han cumplido todos los elementos de la relación normativa que condicionan la eficacia de la norma. Sólo a partir de ese momento tiene el sujeto en sus manos la posibilidad de comportarse conforme a las exigencias de la norma y actuar lícitamente, o bien infringir el deber jurídico y comportarse antijurídicamente».

⁵⁵ MIR PUIG, ADPCP 1994, 7.

⁵⁶ Esto lo explica MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 601 s. Lo admite GIL GIL, *Delito imprudente*, 2007, 76 («En mi opinión la pertenencia del dolo a lo injusto en los delitos dolosos no deriva directamente por tanto del efecto motivador que se asigna a la concepción imperativa de la norma, ni de la concreción de la norma en deber pues como hemos visto otras exigencias del efecto motivador se colocan sin problema en la culpabilidad, pero es esta concepción imperativa de la norma la única que permite dicha inclusión»). MIR PUIG, ADPCP 1994, 7, señala al respecto: «La infracción de la prohibición del homicidio voluntario presupone el dolo natural de matar. Esta consecuencia es central en el finalismo. Pero existen otros condicionamientos personales de la posibilidad de cumplimiento e infracción de la norma que Welzel mantuvo en la culpabilidad»; para luego agregar que «Estas consideraciones han de llevar, según creo, a incluir en el injusto no sólo el dolo natural y la infracción del deber objetivo de cuidado, sino también el

relación entre la capacidad de acción y las condiciones del destinatario para la motivación o el cumplimiento del deber es una «confusión en la que frecuentemente se incurre»⁵⁷, pienso que, desde la perspectiva del finalismo (y, por extensión, a la opinión actualmente dominante) no se han vertido suficientes argumentos para justificar el por qué de la adopción de una capacidad limitada, en la que solo la acción voluntaria (que está en las manos del agente y que él puede dirigir finalmente) fundamente la imposición de un deber⁵⁸ (y, en última instancia, una «relativización» del *ultra posse nemo obligatur*).

5. La idea de que la norma se dirige a todos, por lo dicho, es problemática. Pero las complejidades que emergen en el marco de esta primera afirmación quedan en segundo plano cuando se verifica la conclusión a la que llega Armin KAUFMANN: que la concreción de la norma en deber se produce tanto en imputables como en inimputables, pues ambos tienen capacidad de acción (y, como se recuerda, la norma se concreta en deber solo para los capaces de acción). Esta argumentación –que parece compartir la doctrina mayoritaria⁵⁹– permite la aparición de una serie de preguntas que parecen difíciles de responder: ¿Cómo se puede obligar a sujetos que no pueden entender una obligación? ¿De qué sirve decir que la norma debe concretarse en deber antes del comienzo del acto para poder motivar al destinatario en la toma de la decisión⁶⁰ si el conocimiento del deber no tiene nada que ver con la concreción de la norma en deber⁶¹ (capacidad individual para cumplir el deber)? ¿De qué sirve decir que la norma se dirige a todos cuando luego se afirma que no todos están obligados por la norma?⁶² ¿De qué sirve decir que no todos son obligados, sino solo quienes son capaces (en términos psico-físicos) de realizar el delito (esto es, solo en quienes la norma se concreta en deber) cuando, sin recurrir a la idea de la concreción de la norma en deber, se puede llegar a la idea de que tanto los capaces como los incapaces pueden realizar el tipo?

conocimiento de la prohibición y las condiciones personales de la imprudencia, incluidas las que se refieren a la vencibilidad del error de tipo, de tipo negativo y de prohibición».

⁵⁷ GIL GIL, *Delito imprudente*, 2007, 69.

⁵⁸ Al respecto, WELZEL, *JuS* 1966, 421, 423; *Abhandlungen*, 1975, 129 ss., 153 ss.

⁵⁹ Con más referencias, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 601 ss.

⁶⁰ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 139 (=Teoría de las normas, 1977, 185).

⁶¹ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 132 (=Teoría de las normas, 1977, 175).

⁶² Para Armin KAUFMANN el verdadero problema del destinatario radica en la concreción de la norma en deber. Si esto es así, entonces queda una duda que de los lineamientos planteados por el mencionado autor resulta difícil de responder: ¿qué significa que la norma se dirija a sujetos a los que no obliga?

6. Armin KAUFMANN, al parecer, tuvo como punto de partida la matización formulada por MEZGER a partir de las críticas dirigidas a su norma de valoración. Antes ya se explicó que, según MEZGER, existía un «se debe» impersonal (base de la antijuridicidad), del que se deduce un personalizado y concreto «tú debes» (base de la culpabilidad). Pues bien, posiblemente Armin KAUFMANN notó que MEZGER no había explicado por qué, pese a afirmarlo⁶³, el «se debe» (de su norma de valoración) se dirige a todos. Por ello, aquel autor optó por caracterizar a la norma como una de carácter abstracto, que, en la medida que está dirigida a todos, no es una norma de valoración (esto es, un «se debe» dirigido a nadie), sino una norma de carácter imperativo que necesita ser concretada en un individuo pero no para fundamentar su culpabilidad (como sostenía MEZGER), sino para verificar la infracción del correspondiente deber concretado, lo que, a su vez, permitiría adjetivar la conducta del infractor como antijurídica. La norma de valoración (el impersonal «se debe») de MEZGER, que no se dirigía a nadie (y por lo tanto, no permitiría calificar de antijurídica a la conducta de un individuo que no era el destinatario de la misma), debía entenderse, desde la perspectiva de Armin KAUFMANN, como una norma de determinación pero de carácter general y, por lo tanto, dirigida a todos⁶⁴.

7.1. Precisamente, si desde la perspectiva de la doctrina penal mayoritaria la norma se dirige a todos, capaces e incapaces, es porque en estas dos «clases» de destinatarios es posible encontrar un punto en común que permite entender que la norma es «infringida». Ese punto en común, desde mi punto de vista, no sería la concreción de la norma en deber, sino la verificación objetiva de la conducta desplegada, esto es, la comprobación de una conducta externamente antinormativa (que puede ser cometida tanto por capaces como por incapaces) que, se piensa, es «contraria» a la norma (más concretamente, «contraria al contenido de la norma»), y, por lo tanto, antijurídica⁶⁵. Si esto es así, pienso que sería dudoso afirmar –como hace la doctrina penal mayoritaria– que en la base de la antijuridicidad se encuentre una genuina norma de determinación, pues en el juicio de

⁶³ MEZGER, GS 89 (1924), 242, 245. Sobre el planteamiento de este autor, véase *supra* Cap. I, 2.9.

⁶⁴ Con esto, según MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 559, 602 ss., Armin KAUFMANN cree solventar la deficiencia en la construcción de MEZGER. En efecto, debido a que en el pensamiento de MEZGER la antijuridicidad no podría edificarse sobre la idea de la infracción de una norma (pues la llamada «norma de valoración», al carecer de destinatario, no es una norma), Armin KAUFMANN buscó solucionar el problema mediante la afirmación consistente en que la antijuridicidad es la infracción de un deber concretizado en un individuo, esto es, la infracción de una obligación normativa (cuestión que no se podía verificar en la construcción de MEZGER).

⁶⁵ Así, desde el planteamiento finalista, GRACIA MARTÍN, *Fundamentos*, 2006, 112.

antijuridicidad no se analiza ningún aspecto de la motivación que la prescripción normativa ha generado en el individuo (lo cual, al referirse a un análisis subjetivo-individual, debería ser realizado necesariamente en la culpabilidad), sino que solo se comprueba que se haya realizado o no un hecho desvalorado (y, por ello, a mi juicio, solo de manera impropia se puede decir que, en el ámbito del injusto, una norma es infringida).

7.2. Esta aseveración permite entonces señalar que, a pesar de que la doctrina penal mayoritaria sitúe a la norma de determinación en la base del injusto, en realidad estaría edificando este último concepto únicamente sobre la base de una «norma» de valoración (la cual, como ya se ha explicado antes, no puede ser entendida como una norma)⁶⁶. En efecto, cuando la doctrina mayoritaria establece el contenido de la norma prescriptiva en el injusto, alude, en términos ambiguos, a un «deber general» –la prohibición o el mandato– «dirigido a todos sus destinatarios», independientemente de sus características personales. Con ello, si bien se pretende establecer un patrón en las relaciones intersubjetivas, no se tienen en cuenta las circunstancias de posible eficacia de la prescripción, con lo que su posición se termina confundiendo con la de la norma de valoración (en la versión de GOLDSCHMIDT o MEZGER)⁶⁷. En definitiva, no se trata de una «norma» (pues la valoración carece de carácter prescriptivo) sino de una «valoración de un hecho final»⁶⁸. Dicho de otra manera, la supuesta «norma» propuesta por Armin KAUFMANN no sería tal, sino que sería

⁶⁶ Eso queda claro cuando mayoritariamente se señala, desde la perspectiva de una concepción dualista del injusto penal, que en este conviven tanto una norma de determinación como una norma de valoración, estando cada una de ellas relacionada tanto con el desvalor de la acción como con el desvalor del resultado. Al respecto, PAWLIK, *FS-Otto*, 2007, 135, donde señala: «el juicio sobre la antijuridicidad se conecta con el “rol valorativo de la norma”, mientras que, por el contrario, el juicio sobre la culpabilidad se conectaría con la función de motivar a los sujetos de Derecho a realizar las conductas prescritas. La relación entre injusto y culpabilidad, por tanto, ha de interpretarse como una relación de un deber general y un poder individual. El autor realiza un injusto si él se comporta (desde un punto de vista negativo) de manera distinta a la exigida por el ordenamiento jurídico para cualquiera en su situación. Él actúa sin culpabilidad si, a causa de un déficit personal al momento de la perpetración, no le fuere posible satisfacer las exigencias del ordenamiento jurídico». Queda claro, entonces, de la explicación ofrecida por PAWLIK, que a nivel de injusto se analiza la conducta desde la perspectiva del «deber» (acompañada con una comprensión «reducida» o «relativizada» del *ultra posse nemo obligatur*) y solo superada esta etapa, ya en la culpabilidad, se incluye en el análisis el concreto «poder».

⁶⁷ Así, por ejemplo, BACIGALUPO, RDPUC 1986, 71-72: «Si bien norma y deber son conceptos que dan lugar a definiciones nominales, lo cierto es que si se le reconoce a la norma el carácter de un imperativo no es un buen método redefinir íntegramente los conceptos de los que se derivan de esta concepción de la norma para convertirla en un juicio de valor o en una “norma de decisión” sin destinatario y que “obliga” a sujetos que no pueden comprenderla. La lógica interna de la teoría de los imperativos no permite estas redefiniciones, sin que ello implique un cambio de paradigma teórico. En otras palabras: cabe preguntarse si estas redefiniciones, sumamente trabajosas, eran necesarias para alcanzar el resultado que la teoría de la “doble función” (norma de valoración y norma de motivación) permitía alcanzar por un camino mucho más corto».

⁶⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 604.

«un enunciado valorativo que incorpora la dimensión de la finalidad en el obrar humano»⁶⁹.

7.3. El planteamiento acabado de señalar, de alguna manera, se refleja en las posiciones de algunos adscritos al finalismo, al reconocer que el injusto se trata de una «contradicción objetiva» entre la conducta y la norma⁷⁰. Paradigmática es la opinión de GIL GIL que, en el marco de su crítica al planteamiento de MOLINA FERNÁNDEZ⁷¹, señala que la norma, como norma-prescripción, es la que ha de reconocerse en la base del injusto, de tal manera que su infracción sea suficiente para afirmar tal categoría previa a la culpabilidad⁷². En ese sentido, GIL GIL, criticando la idea de que todas las condiciones de eficacia deberían reunirse en una sola categoría (lo que impediría la distinción entre injusto y culpabilidad), plantea la posibilidad de que la antinormatividad «se divida en dos», quedando la

⁶⁹ ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2017, 836, que agrega seguidamente que «Se valoran aquí, no ya meros procesos causales que provienen del hombre, sino procesos que pueden ser alcanzados “finalmente”. Pero de esas valoraciones no surgen aún auténticas prohibiciones o mandatos».

⁷⁰ Así, por todos, CEREZO MIR, *Curso*, t. III, 2001, 15, quien señala que «La antijuridicidad implica la infracción de una norma de determinación (una prohibición o un mandato, en los delitos de omisión). Es una relación objetiva de contradicción entre la conducta humana y el ordenamiento jurídico». Esta idea de la «contradicción objetiva», como se vio en el primer capítulo, se remonta a HEGEL y a su comprensión del «injusto no malicioso». Curiosamente, aquella idea no solamente es resaltada por los finalistas, sino también por autores que parecen estar en las antípodas, como los analíticos (KINDHÄUSER, VOGEL y otros). Por su parte, GRACIA MARTÍN, *Fundamentos*, 2006, 114, señala: «Ahora bien, es evidente que el juicio acerca de si el autor pudo o, por el contrario, no pudo realizar una acción conforme con el ordenamiento jurídico, es uno que no puede ser formulado con base en los datos ontológicos del conocimiento y de la voluntad de la acción que son relevantes para el juicio desvalorativo de la antijuridicidad. El factor intelectual de la finalidad que se tiene en cuenta en el enjuiciamiento de la relación de contradicción de la acción con el ordenamiento jurídico no está referido a hechos o a datos cuyo sentido y valor proporcionen por sí mismos al autor un conocimiento definitivo acerca de la contrariedad de su acción con el ordenamiento jurídico, sino que es únicamente un vehículo que meramente posibilita al autor el acceso a dicho conocimiento. Para que este se produzca, es preciso, sin embargo, algo más; concretamente, el autor tiene que confrontar, desde luego también intelectualmente, el sentido real de su acción con las normas del ordenamiento jurídico. Para llevar a cabo el juicio acerca de si el autor pudo actuar de otro modo a como lo hizo, por tanto, es preciso añadir un nuevo objeto de referencia al factor intelectual, y este no es otro que el de la antijuridicidad de la conducta. Es preciso comprobar, por ello, el conocimiento de la antijuridicidad». Por lo tanto, para determinar si el autor «pudo o no realizar una acción conforme al ordenamiento jurídico», esto es, si pudo o no infringir la norma, no son suficientes los niveles que se verifican en el juicio desvalorativo de la antijuridicidad. Y esto es así porque esos niveles no son suficientes para fundamentar ningún deber.

⁷¹ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 568 ss., considera que la norma debe entenderse como norma-comunicación (y no como norma-prescripción), por lo que la infracción de aquella debe producirse cuando haya una relación normativa entre el destinatario y la norma. Esto solo se podrá dar si se cumplen todos los presupuestos de eficacia de la norma. Como el propio MOLINA FERNÁNDEZ reconoce, la comprensión de la norma como norma-comunicación dificulta la tradicional comprensión del injusto como antinormatividad.

⁷² GIL GIL, *Delito imprudente*, 2007, 74, dice: «(...) lo cierto es que la norma-comunicación también exige necesariamente partir de una norma-prescripción concebida como mandato, lo que nos permitiría quedarnos con este último concepto de norma a la hora de definir la antijuridicidad. La contradicción objetiva entre la acción y el contenido de la prescripción efectivamente será una valoración, pero ello no convierte a la norma-prescripción en una “norma de valoración” pues si fuese una “norma de valoración” no podría servir tampoco como primera parte de la norma-comunicación».

contradicción objetiva entre la conducta y el contenido general de la prescripción en el injusto y los presupuestos individuales de cumplimiento de lo generalmente prescrito en la culpabilidad⁷³. Es decir, la mencionada autora propone que todos los presupuestos de la antinormatividad pueden ubicarse en dos categorías, tanto en el injusto como en la culpabilidad. El criterio para determinar qué presupuestos de la antinormatividad ingresan a una u otra categoría dependerá de la función que cumple cada una de estas. El planteamiento de GIL GIL sorprende y, por tanto, solo podría ser entendido, a mi modo de ver, de dos maneras. Primero, parece ser que la citada autora se opone a la idea de que la voluntad de acción se enfrenta con la norma⁷⁴. Esta vía, si bien resulta inadmisibles, se entiende pues, la equiparación conceptual de injusto y antinormatividad, manteniendo al mismo tiempo la separación entre injusto y culpabilidad, debe conducir necesariamente a eso (a hablar de una «contradicción objetiva» que sucedería en el injusto)⁷⁵. Segundo –y este parece ser el camino que la referida autora sigue–, GIL GIL tendría que admitir que el injusto constituye una mera valoración de un hecho final, lo que confirmaría, en mi opinión, que su concepto de injusto se sostiene, en realidad, en una (pretendida) «norma de valoración» de la finalidad del actuar humano (cuestión que, como se dijo, era posible advertir en el planteamiento de Armin KAUFMANN)⁷⁶.

7.4. El empeño en vincular el injusto a la antinormatividad conduce a GIL GIL a hablar de una antinormatividad parcial, la que se «completaría» después de analizar la culpabilidad.

⁷³ GIL GIL, *Delito imprudente*, 2007, 77.

⁷⁴ GIL GIL, *Delito imprudente*, 2007, 79: «Basta con entender por infringir el contradecirla objetivamente y en elegir para formar lo injusto sólo la parte de la norma constituida por la norma prescripción, como por otra parte hemos demostrado que resulta necesario».

⁷⁵ Al respecto, también, GRACIA MARTÍN, *Fundamentos*, 2006, 112, quien rechazando la idea de que el finalismo le atribuye a la desobediencia la condición de sustrato de lo injusto, dice: «está muy claro que el desvalor de la acción no está definido para el finalismo por ningún acto de desobediencia a la norma, sino solo por la exteriorización de una voluntad objetivamente contraria a la misma que se da con total independencia de que el sujeto sea o no consciente de dicha contrariedad; es decir: para el finalismo, la actitud de desobediencia a la norma queda absolutamente fuera del objeto del juicio de antijuridicidad».

⁷⁶ GIL GIL, *Delito imprudente*, 2007, 77, donde señala: «Ya hemos demostrado la innecesaridad de mantener que todos los requisitos de la antinormatividad pertenezcan a una sola categoría, sino que es posible que la misma se divida en dos, atendiendo a la función que cada una de las partes cumple, dejando para lo injusto la contradicción objetiva entre la conducta y el contenido general de la prescripción, con la finalidad de que lo injusto informe de ese contenido general y de las valoraciones que al mismo subyacen, mientras que se deja para la culpabilidad los presupuestos individuales de cumplimiento de lo generalmente prescrito, pero constatando al mismo tiempo que esa primera parte que identifica lo injusto no puede limitarse a una valoración de resultados o ni tan siquiera de peligrosidades, pues la misma no podría explicar el castigo de la tentativa, participación, etc., ni tampoco la no consideración como injusto de conductas lesivas no dolosas ni imprudentes».

Con esto, hasta donde alcanzo a ver, coincide con MIR PUIG (en su segunda etapa)⁷⁷, en la que este autor hablaba de una antinormatividad completa (que necesitaba tanto de una «antijuridicidad objetiva» como una «antinormatividad»)⁷⁸. A diferencia de lo sostenido por GIL GIL, sí creo que existen razones para evitar esta forma de argumentación. No creo que sea correcto hablar de una «antinormatividad parcial», pues una norma se infringe o no se infringe o, dicho de otra manera, no se infringe por partes. Una cosa es que el delito, como realidad fenoménica, pueda ser seccionado por el Derecho penal (como de hecho lo hace) para realizar sobre esa realidad una serie de juicios parciales y sucesivos⁷⁹. Pero otra cosa es afirmar, que la norma puede ser infringida por partes o solo primero de manera parcial y luego de manera completa. De alguna manera, los autores que sostienen este planteamiento deben admitir que esa «antinormatividad completa» solo se podría verificar en la culpabilidad⁸⁰. Sin embargo, al pretender mantenerse fieles a la equiparación conceptual entre injusto y antinormatividad, tienen que recurrir a una argumentación artificial por la cual se afirme la existencia de una «antinormatividad parcial» en el ámbito del injusto.

8. En definitiva, parece ser que la norma de Armin KAUFMANN no trata de motivar –como él señala–, sino que trata de manifestar que una acción final es incorrecta, esto es, que una acción final es objeto de un juicio de valoración negativo o, con más claridad, una valoración referida a procesos finales. Si no fuera así, entonces el mencionado autor tendría que tomar en cuenta que en el destinatario se reúnen todas las condiciones de eficacia de la norma para afirmar que sobre aquel recae un deber. Pero es claro que Armin

⁷⁷ Al respecto, *infra* Cap. IV, 3.2.1.

⁷⁸ MIR PUIG, ADPCP 1994, 7, en su segunda etapa, sostuvo que: «si toda infracción de la norma pasa a estar en la antijuridicidad, todo lo que condiciona la posibilidad de cumplimiento de la norma, y por tanto, también su infracción, por parte de su destinatario, habrá de contemplarse en la antijuridicidad». De esta manera, desde la perspectiva del citado autor, la antijuridicidad no solo implicaba una desvaloración objetiva de un comportamiento, sino también la existencia de una voluntad consciente del individuo al que se dirige la prescripción normativa. Por esto, no solo una antijuridicidad objetiva, sino también la infracción de la norma, permitían hablar de una «antijuridicidad completa». Con todo, debe quedar claro que MIR PUIG, a diferencia de GIL GIL, parece considerar que tanto la antijuridicidad objetiva como la antinormatividad determinan la existencia de una «antijuridicidad completa». La autora citada, por el contrario, entiende que la «antinormatividad» se verifica finalmente fuera de la antijuridicidad (mejor dicho, «después» de esta): ya en la culpabilidad. Al respecto, GIL GIL, *Delito imprudente*, 2007, 77.

⁷⁹ Al respecto, GRACIA MARTÍN, RECPC 06-07 (2004), 9.

⁸⁰ Así, GIL GIL, *Delito imprudente*, 2007, 77, donde señala: «Que la prescripción general y no la mera valoración de un suceso sea sobre lo que se construye la categoría de lo injusto supone solamente que la conducta prohibida debe poder ser identificada por cualidades de la misma presentes en el momento en que se comienza, desde el momento en que hemos dejado las condiciones subjetivas de la comunicación que determinan la antinormatividad completa para la culpabilidad para que esta primera categoría pueda cumplir una función preventivo general positiva».

KAUFMANN no siguió este camino: aunque el individuo no pueda motivarse por la norma, sigue afirmando que existe una norma y que la misma se concreta en deber (esto es, que hay un deber altamente personal que se deriva de la norma). El hecho de concentrar la atención en la fundamentación de la ubicación del dolo en el injusto no le permitió observar, desde un punto de vista normológico, que el dolo solo podría ser un elemento necesario, pero no suficiente, para afirmar el efecto motivador de la norma⁸¹. El conocido éxito del finalismo en el posicionamiento sistemático del dolo es consecuencia (entre otras consideraciones⁸²) de la proposición del argumento normológico, esto es, de la admisión de la norma como una norma de determinación⁸³. Sin embargo, no se tuvo en cuenta que, una vez admitida una norma de tal naturaleza, las demás condiciones de eficacia deberían seguir la misma suerte que el dolo (ser reubicadas también en el injusto, si este es entendido como infracción de un imperativo). Asimismo, la adopción de una norma de determinación permite destacar la importancia de las conductas como su objeto: que la norma se dirija a acciones finales y no a cursos causales ciegos⁸⁴. Pero, nuevamente, de este punto de partida no se extraen todas sus consecuencias: si la norma no tiene ningún objeto frente a hechos puramente fortuitos (error de tipo invencible), tampoco lo tiene cuando el sujeto destinatario no reúne las condiciones psíquicas necesarias para comprender el mandato o la prohibición y adecuar su comportamiento a él

⁸¹ ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2017, 836, considera que «Armin Kaufmann se quedó “corto” en las valoraciones y se “excedió” con los deberes. En efecto, los juicios de valor no sólo deben incorporar los procesos finales del ser humano, sino que se extienden a lo que cada persona en la situación concreta es “capaz de hacer”. Y no sólo ello: se extienden también a lo que cada persona en la situación concreta es “capaz de evitar”, incluyendo, por tanto, los procesos motivacionales de orientación hacia el Derecho. Sólo después de estas valoraciones surge la norma».

⁸² Al respecto, KAUFMANN, Armin, *FS-Welzel*, 1974, 412, quien señaló: «Si no hubieran existido los elementos subjetivos del injusto y la figura de la tentativa (y a ambos se los tenía desde tanto tiempo atrás), y si no se hubiera impuesto la teoría subjetiva de la tentativa (es de recalcar que ello ocurrió, primeramente, por razones de política criminal, en la jurisprudencia), quizá el concepto de injusto personal fuera aún hoy la teoría de un outsider».

⁸³ Al respecto, por todos, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 460 ss.

⁸⁴ Decir que la norma de determinación sólo se dirige a acciones finales, a mi modo de ver, es una afirmación correcta solo si no se la sobredimensiona. En efecto, se ha reconocido en el seno del finalismo que todas las acciones son finales (para así incluir al delito imprudente, que –junto al delito omisivo– ha constituido históricamente un importante escollo en la argumentación finalista), esto es, que no solo se admite la «mala» finalidad sino también la «buena». Al respecto, WEIDEMANN, GA 1984, 410, dice claramente: «Quien, en lugar de la liebre, alcanza por descuido al ojeador, no realiza ninguna acción final de homicidio. Pero esto no quiere decir que en realidad no actúe. El carácter de acción no desaparece por el hecho de faltar la “mala” finalidad, el dolo de matar, pues, existe una finalidad, concretamente, la finalidad de disparar a la liebre». Sobre este planteamiento no se profundizará en esta investigación, aunque sí es posible decir aquí que, a estas alturas de la ciencia jurídico-penal, queda claro que tal «acción final» no representa necesariamente la admisión del programa finalista, sino solamente la idea de que se trata de una acción controlable por la voluntad.

(inimputabilidad), o cuando el autor desconoce la norma y no puede tomarla en cuenta como motivo de su actuación (error de prohibición invencible)⁸⁵.

2.2.2. Distinción entre capacidad de acción y capacidad de motivación.

1. Un segundo ámbito en el que se pueden formular algunas inquietudes es el que corresponde a la distinción propuesta entre «capacidad de acción» (capacidad de realizar la conducta prohibida, que además era un requisito para que la norma se concrete en deber, cuya infracción daría paso a la existencia de un injusto penal) y «capacidad de motivación» (capacidad de cumplir la norma o de motivarse por la misma, que fundamenta no la infracción del deber, sino un reproche por tal infracción)⁸⁶, como fundamentos del injusto y de la culpabilidad, respectivamente⁸⁷. Como ya se dijo, Armin KAUFMANN sostuvo expresamente que el poder cumplir la norma no se vincula a la posibilidad de guiarse por ella, sino solamente a la capacidad (psico-física) de hacer u omitir algo que está mandado o prohibido por ella. Con la capacidad de acción surgiría ya la obligación jurídica impuesta por la norma, y por ello actuaría antijurídicamente quien infringe el deber. La acumulación de determinadas circunstancias (en el caso de un homicidio, por ejemplo: la existencia de un hombre, el curso causal que llevaría a su muerte, la capacidad de realizarlo física y psíquicamente), permitiría afirmar una capacidad (la de matar a otro, por ejemplo) y solo a partir de ello surgirá para el individuo un deber de omitir ese acto⁸⁸. Por esto, Armin KAUFMANN admitió de manera expresa que el único objeto posible de una prohibición es una acción voluntaria (algo que está en las manos del propio sujeto y que puede dirigir de modo final)⁸⁹. Solo en un momento posterior ha de determinarse si el individuo (sobre quien se concretó la norma en deber) era verdaderamente un sujeto idóneo para una motivación por parte de la norma. Esto es, para el reproche personal es necesario que el individuo se encuentre en condiciones de dejarse motivar por el deber (lo que Armin

⁸⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 604. En ese marco, este autor señala que «Se utiliza, por tanto, el argumento normativo de forma selectiva y arbitraria: sólo hasta donde interesa a los fines de una previa construcción teórica, y no hasta el final de lo que imponen sus premisas».

⁸⁶ Así, por todos, GIL GIL, RDPC 16, 2005, 349, n. 4, donde señala: «La capacidad de acción exigida por Armin Kaufmann en el delito doloso para afirmar el surgimiento de un deber no se refería a la capacidad para cumplir la norma sino la capacidad de realizar la acción prohibida, el delito».

⁸⁷ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 138 ss., 160 ss. (=Teoría de las normas, 1977, 184 ss., 213 ss.) Tal distinción también se mantuvo en KAUFMANN, Armin, *Unterlassungsdelikte*, 2.^a ed., 1988, 38 ss. (=Delitos de omisión, 2006, 58 ss.).

⁸⁸ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 140 ss. (=Teoría de las normas, 1977, 186 ss.).

⁸⁹ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 106 ss. (=Teoría de las normas, 1977, 139 ss.).

KAUFMANN denomina «capacidad de cumplir el deber»⁹⁰), que coincide con la capacidad de motivación por la norma tal y como es definida por la teoría de la culpabilidad de WELZEL⁹¹. Por tanto, la capacidad de cumplir el deber supone la posesión de una capacidad de llegar a ser consciente del deber en el momento de la posibilidad de la acción y de dirigir la voluntad conforme al deber⁹².

2. Las dudas emergen entonces cuando se aborda la cuestión acerca de si es posible proceder con una separación conceptual como la propuesta por Armin KAUFMANN. En última instancia, la admisión de la norma de determinación como punto de partida debería tener alguna trascendencia en la fundamentación de la distinción entre capacidad de acción y capacidad de motivación. Precisamente, teniendo en cuenta tal punto de partida, parecería ser que la aludida distinción no es posible: una norma de determinación necesita de todas las condiciones necesarias (condiciones de eficacia de la norma) en el individuo para cumplir su función directiva⁹³. En ese sentido, creo que cabe la siguiente pregunta: ¿De qué sirve afirmar que ya existe un deber impuesto por una norma que quiere motivar en situaciones en las que el sujeto resulta inmotivable?⁹⁴ En esta pregunta se expresa la posición que considero correcta: que solo se puede imponer un deber a un individuo que posea las condiciones para ser destinatario de la norma. Pese a esto, considero importante prestar atención a las opiniones que sostienen que no es posible deducir que el introducir la capacidad de acción en el deber dirigido a motivar al sujeto suponga incluir las condiciones del destinatario que garanticen la posibilidad del cumplimiento⁹⁵. Tales opiniones, como queda claro, reconocen que capacidad de acción y capacidad de motivación son escindibles.

3. El motivo por el que Armin KAUFMANN concibió solo a la capacidad de acción como exigencia para la concreción de la norma en deber respondía, hasta donde alcanzo a ver, a una cuestión de carácter normológico: únicamente las acciones pueden ser prohibidas o

⁹⁰ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 160 (=Teoría de las normas, 1977, 213).

⁹¹ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 163 (=Teoría de las normas, 1977, 217).

⁹² Al respecto, por todos, GIL GIL, *Delito imprudente*, 2007, 70.

⁹³ También, BACIGALUPO, *LH-Mir Puig*, 2017, 453, que señala que bajo las condiciones en las cuales el deber impuesto por la norma no depende de la capacidad del autor de motivarse por la misma, entonces la «función motivadora de la norma y la tesis de la función de la pena en un Estado democrático de Derecho perdería (...) un fundamento sólido».

⁹⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 603.

⁹⁵ GIL GIL, *El delito imprudente*, 2007, 69.

mandadas por las normas. Esta apreciación es conforme a las bases de las que parte el mencionado autor: si solo puede ser contenido de un deber aquello que puede ser cumplido por el hombre, entonces solo las acciones humanas finales (y no las causaciones de resultados) podrían ser el contenido de aquel deber⁹⁶. En ese sentido, se afirma que Armin KAUFMANN, más que referirse a la capacidad de dirigirse por la norma o las condiciones de la norma, alude en realidad a los presupuestos de la acción⁹⁷. Que se sostenga que solo las acciones son objeto de las normas hace posible afirmar, desde la perspectiva asumida por Armin KAUFMANN, que la posibilidad individual de cumplir con lo prohibido o mandado por la norma pertenece a un ámbito posterior de análisis. Dicho de otro modo: el que solamente se prohíban o manden acciones finales nada dice sobre las condiciones que debe reunir el individuo para abstenerse de realizar la conducta prohibida o para realizar la conducta mandada.

4. Las ideas acabadas de exponer merecen ser comentadas. En primer lugar, que las normas se dirigen solo a las conductas humanas no es algo que pueda ser destacado como una afirmación emanada en exclusiva de Armin KAUFMANN (o del finalismo, en general)⁹⁸. En un capítulo anterior se ha visto que una de las principales consecuencias de la teoría clásica de los imperativos radicaba, precisamente, en destacar que las normas se dirigen a las conductas (se sostuvo que esta es una de las pocas ideas correctas en la mencionada teoría)⁹⁹. Por otro lado, se pudo observar también que existieron autores que, aunque defendían conceptos objetivos de injusto, consideraron la necesidad (hasta obviedad) de

⁹⁶ KAUFMANN, Armin, *FS-Welzel*, 1974, 395.

⁹⁷ GIL GIL, *Delito imprudente*, 2007, 69, n. 147. Según LAMPE, *Unrecht*, 1967, 101, la afirmación de Armin KAUFMANN que dice que «la norma se concreta en deber solo en los capaces de acción» explica de mejor manera la amplia afirmación de WELZEL, *Das neue Bild*, 4.ª ed., 1961, 4 (= *Nuevo sistema*, 2004, 47) que dice: «Las normas jurídicas, es decir, las prohibiciones y los mandatos del derecho, no pueden dirigirse a los procesos causales ciegos, sino sólo a las acciones, que pueden configurar finalmente el futuro». Según LAMPE, la afirmación de WELZEL resulta inexacta pues las órdenes normativas se dirigen no a las acciones, sino solo a los individuos que tienen «el propósito de realizar la acción». Pues bien, este asunto es precisamente criticado por MOLINA FERNÁNDEZ, quien sostiene que hay otros elementos que no se trasladan al injusto y que se mantienen en la culpabilidad, pese a tener la misma calidad de condicionar (por igual) la capacidad de motivación del sujeto. Aquí GIL GIL, *Delito imprudente*, 2007, 71, n. 155, le da la razón a MOLINA FERNÁNDEZ al señalar que «aquellas construcciones que apelan a la función de motivación de la norma para subjetivar lo injusto imprudente (Struensee, Serrano González de Murillo, Cuello) pero incluyen sólo algunas condiciones de la motivabilidad de la norma (por ej., el conocimiento de los factores causales que constituyen la constelación peligrosa) en lo injusto, excluyendo en cambio otras (por ej., la propia peligrosidad de dichos factores causales) o más allá todas las condiciones de las que Molina hace depender la existencia de la norma y a cuya inclusión en lo injusto efectivamente debería llevar la peligrosa argumentación desde el fin motivador de la norma».

⁹⁸ Esto también la admite WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, 25.

⁹⁹ Al respecto, véase *supra* Cap. II, 3.1.

entender que las normas se dirigen solo a las acciones humanas¹⁰⁰. Por este motivo, el señalar que la principal aportación de Armin KAUFMANN radica en la idea de que la norma se dirige solo a las conductas¹⁰¹ no me parece una afirmación que pueda ser compartida, pues ella puede ser reconocida ya en los autores cercanos al planteamiento imperativista (fines del siglo XIX). Finalmente, la afirmación (indudablemente correcta) de que las normas se dirigen a conductas, no explica de manera suficiente un asunto que ya se puso de manifiesto antes: la razón por la que solo sea la capacidad psico-física individual (y no el resto de las condiciones subjetivo-individuales) la que deba tomarse en cuenta para la concreción de la norma en deber¹⁰².

5. En una investigación posterior, Armin KAUFMANN desarrolló la idea de que la culpabilidad exigía que quien actúa de manera antijurídica se hubiera podido hacer motivar por el deber jurídico reconocido. Es el deber jurídico (que, según el mencionado autor, existe de manera independiente del conocimiento) el que posee la función de determinación¹⁰³. Un individuo, para ser culpable, debe cumplir con un presupuesto: haber actuado de manera antijurídica pudiéndose motivar por el deber jurídico reconocido. Sin embargo, Armin KAUFMANN reconoce expresamente que el deber jurídico existe de manera independiente del conocimiento. Pues bien, si es el deber jurídico que se impone a un individuo una buena razón para que este actúe u omita, entonces naturalmente aquel individuo debe conocer que porta un deber. Esta conclusión, sin embargo, es pronto negada por Armin KAUFMANN, quien señala que el deber jurídico existe de manera independiente del conocimiento¹⁰⁴. Si el individuo no conoce la existencia del deber que porta, entonces ¿cómo puede motivarse por un deber que él no sabe que a él se le ha impuesto?

¹⁰⁰ Por ejemplo, NAGLER, *FS-Binding*, t. II, 1911, 317, quien sostuvo que: «(...) solo una conducta humana puede ser “prohibida”, por eso, “contrario a Derecho” (*rechtswidrig*) y “prohibido” (*verboten*) no son lo mismo».

¹⁰¹ Procede de esta manera, por ejemplo, GIL GIL, *Delito imprudente*, 2007, 73, quien sostiene que «lo conservable del discurso de Armin Kaufmann es la idea de que sólo pueden prohibirse acciones humanas y no estados de cosas ni causaciones de resultados».

¹⁰² Al respecto, PEÑARANDA RAMOS, RPDJP 2001, 408, donde señala: «la pretensión de mantener una distinción entre injusto y culpabilidad (...) obliga a efectuar distinciones entre la dirección (final) de la acción (externa) y la conducción de los impulsos o motivos de hecho, que, aunque tuviese en sí misma sentido, casa muy mal con “la lógica interna de la teoría de los imperativos”».

¹⁰³ KAUFMANN, Armin, *FS-Welzel*, 1974, 396, n. 4.

¹⁰⁴ KAUFMANN, Armin, *FS-Welzel*, 1974, 396, n. 4, sostuvo que la reprochabilidad requería la posibilidad de conocer el deber jurídico, por lo que el objeto de conocimiento, esto es, el deber jurídico, debía ser independiente del proceso cognitivo. En ese sentido, GIL GIL, *Delito imprudente*, 2007, 73, sostiene que debe rescatarse de Armin KAUFMANN la idea de que la existencia del deber no puede presuponer el conocimiento o cognoscibilidad de ese deber, pues esto resultaría insostenible en términos lógicos.

6. Que el obligado no se deje motivar o no pueda ser objeto de motivación por el deber jurídico no altera la existencia del deber jurídico. Por lo tanto, se puede hablar de la infracción de una norma de determinación sin que esto implique afirmar la reprochabilidad del individuo¹⁰⁵. Pienso que cuando Armin KAUFMANN reconoció la posibilidad de que el «obligado» «no se deja motivar», concede, por lo menos, la posibilidad de atender a la situación en la que el individuo (sobre el que recae el deber) toma en cuenta otras razones (además de la norma y diferentes a esta), transformándolos en motivos. Ese «no dejarse motivar», hasta donde alcanzo a entender, supone un proceso de raciocinio interno en el que se produce un enjuiciamiento de causas y consecuencias, que difícilmente se pueden dar sin que se conozca una norma (que dice «¡No debes matar!» o «¡Debes salvaguardar la vida ajena!») o, en todo caso, que no se puede llevar a cabo con el solo dominio fáctico de un determinado curso causal. La «concreción» de la norma en deber, por tanto, no puede realizarse solo con un nivel anclado y limitado a lo psico-físico, sino que requiere mayores elementos, como el conocimiento del mandato o la prohibición y la capacidad de determinarse por ellos. Solo de esta manera se puede afirmar, a mi modo de ver, que se impone un deber (de actuar u omitir) derivado de una norma.

7. Por los argumentos expuestos, parece ser que la separación conceptual entre «capacidad de acción» y «capacidad de motivación», en los términos propuestos por Armin KAUFMANN, no parece ser plausible¹⁰⁶. Al respecto, LAMPE criticó tal distinción, la que, desde su punto de vista, es solo una construcción forzada para dar un aparente sustento normativo a la teoría de la culpabilidad finalista¹⁰⁷. LAMPE sostuvo que la norma de determinación se dirige a la capacidad de motivación del autor. Asimismo, la distinción entre la concreción de la norma en deber y la capacidad de cumplir el deber no podría considerarse como una tesis congruente desde una perspectiva de la norma como norma de determinación¹⁰⁸. El principal problema de la argumentación de Armin KAUFMANN consistía, en opinión del citado autor, en que la separación entre la capacidad de acción y la capacidad de motivarse por la norma no posee unas bases suficientemente sólidas: la

¹⁰⁵ KAUFMANN, Armin, *FS-Welzel*, 1974, 396, n. 4.

¹⁰⁶ Tal vez esta distinción exija analizar, como instancia previa, la distinción que formulara WELZEL para fundamentar la separación entre injusto y culpabilidad. Como se señaló en el primer capítulo, WELZEL distinguió, a partir de la diferenciación de estratos de personalidad, una correspondencia con la antijuridicidad (ser que actúa) y la culpabilidad (ser que se mueve por impulsos). Este procedimiento, por sí mismo, ya es bastante dudoso. Al respecto, por todos, KORIATH, *Grundlagen*, 1994, 303 ss.

¹⁰⁷ LAMPE, *Unrecht*, 1967, 103 ss.

¹⁰⁸ LAMPE, *Unrecht*, 1967, 101 ss., 104.

exigencia de capacidad de acción incluye la capacidad de motivarse por la norma y, por ende, parece resultar difícil no incorporar en el injusto (entendido como contrariedad a la norma) aquellos elementos que pertenecerían ya conceptualmente a la culpabilidad¹⁰⁹.

2.3. Reflexiones a partir de lo expuesto.

1. Antes se ha señalado que es necesario tomar en cuenta la situación concreta en la que está inmerso el individuo para afirmar que a él (el destinatario de la norma) se le impone un deber de actuar o de omitir. Es en ese marco que parece correcta la idea de que el deber surge cuando se cumplen todos los requisitos que exige una relación normativa. Esto conduciría necesariamente a admitir, por ejemplo, que no se puede imponer un deber a un individuo que, en su situación concreta, desconozca de manera invencible una prohibición o simplemente no sea capaz de comprender una norma y actuar conforme a la misma. La admisión de estos casos parece ser la consecuencia más razonable de la adopción de una norma desde una perspectiva imperativo-instrumental. Por el contrario, el no reconocimiento de aquellos supuestos, sin dejar de entender a la infracción de la norma como parámetro para la antijuridicidad de un hecho, conduciría necesariamente, hasta donde alcanzo a entender, a la admisión de una «norma de valoración» (que no se limitaría a valorar un mero acontecimiento físico, sino que –conforme a lo expuesto– solo valoraría un actuar final). Los argumentos planteados por Armin KAUFMANN permiten pensar que este entendía que la norma, si bien tenía la misión de valorar, debía también operar como motivo en la toma de decisión del sujeto. Estoy absolutamente de acuerdo con esa afirmación, tal y como se puede colegir de las ideas desarrolladas en el capítulo anterior¹¹⁰. Pero, que la norma haya de convertirse en un motivo para la toma de una decisión requiere, por parte del individuo, de elementos más complejos que la mera capacidad psico-física de actuar (cuestión que se limitaría a las condiciones para la realización de la conducta que constituye el objeto de la norma). En ese sentido, considero problemático que Armin KAUFMANN haya entendido que la toma de decisión del sujeto sea independiente de la capacidad de cumplir el deber (es decir, que la existencia del deber personal sea independiente de la capacidad de cumplir el deber, esto es, de las condiciones para dejarse

¹⁰⁹ Al respecto, por todos, PEÑARANDA RAMOS, RPDJP 2001, 409, donde reconoce que «no sólo el dolo natural, sino los demás condicionamientos personales de la posibilidad de cumplimiento e infracción de la norma que Welzel mantuvo en la culpabilidad como el poder individual de cumplimiento de la norma de cuidado o el error de prohibición condicionan una completa antijuridicidad (antinormatividad) del hecho».

¹¹⁰ Al respecto, *supra* Cap. III, 3.

motivar por el deber)¹¹¹. El citado autor parece conformarse con esta idea: mientras se pueda actuar con finalidad se puede ser sujeto del deber, sin que tenga que ver nada que el sujeto sea incapaz de culpabilidad o actúe en error de prohibición¹¹². Evidentemente, esta idea no convence: ¿De qué sirve decir que la norma es un mensaje prescriptivo cuando la afirmación de su infracción se satisface únicamente con la precaria exigencia de una mera finalidad?

2. Por su trascendencia para esta investigación, pueden aquí plantearse unas breves apreciaciones sobre la relación entre tipicidad y justificación, pues en ellas se involucra también el argumento normológico. Para los defensores del finalismo el principal efecto de los denominados «preceptos permisivos» («*Erlaubnissatz*») consiste en impedir la concreción de la norma en deber¹¹³. En ese sentido, aunque la concurrencia de una causa de justificación impida que la norma se concrete en deber, la acción realizada no dejaría de comprenderse como conforme al supuesto de hecho típico (la «materia de prohibición») y, consecuentemente, como contraria a la norma (de lo que se extrae que, desde esta perspectiva, «tipicidad» significa «contrariedad a la norma»)¹¹⁴. En ese sentido, la concurrencia de una causa de justificación «impide ciertamente que la norma se concrete en deber, pero no que la acción realizada sea una adecuada al supuesto de hecho típico y con ella contraria a la norma de determinación correspondiente pese a que no existiera el

¹¹¹ ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2017, 387 explica el problema con claridad: «En Armin Kaufmann, antinormativas son las conductas que se oponen a las valoraciones de los procesos humanos finales y se convierten en deber tan pronto como se encuentran a un sujeto “capaz de acción” (...) En Armin Kaufmann un sujeto *debe* determinarse por la norma tan pronto como sea *técnicamente* capaz de cumplirla, aunque no la conozca y no pueda en absoluto motivarse por ella» (cursiva en el original).

¹¹² BACIGALUPO, RDPUC 1986, 70, señala: «Para quienes el dolo suponía la capacidad de comprender la ilicitud y de dirigir la acción de acuerdo con esa comprensión (capacidad de culpabilidad = imputabilidad), este punto de vista resultaba chocante: ¿cómo podría actuar dolosamente un enfermo mental? Pero si con la expresión dolo sólo se hace referencia a la determinación del fin, a la elección de los medios adecuados para realizarlos y a su utilización para alcanzar el fin propuesto, se comprenderá que “también el enfermo mental puede ejecutar acciones dolosas absolutamente perfectas”».

¹¹³ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 250 (=Teoría de las normas, 1977, 334). También WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, 50, 80 ss. (=DP. PG., 1970, 76, 114 ss.); CEREZO MIR, *Curso*, t. II, 6.ª ed., 1998, 189 ss.; GRACIA MARTÍN, *Fundamentos*, 2006, 268. Es interesante tomar en cuenta que Armin KAUFMANN plantea, como la relación entre norma y deber, una relación parecida entre «precepto permisivo» («*Erlaubnissatz*») y «permisión» («*Erlaubnis*»): la primera «se concreta respecto de un individuo determinado, bajo presupuestos que habrá que analizar más de cerca, en determinada “permisión” a su favor. Por consiguiente, un deber de omisión y una permisión se excluyen» (cursivas mías).

¹¹⁴ Al respecto, por todos, WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, 49 (=DP. PG., 1970, 74); KAUFMANN, Armin, *FS-Welzel*, 1974, 153, n. 7; CEREZO MIR, *Curso*, I, 3.ª ed., 2005, 253, 310, 403; GRACIA MARTÍN, *Fundamentos*, 2006, 267.

deber de omitirla»¹¹⁵. En mi opinión, pese a los destacables esfuerzos realizados por autores adscritos a esta línea de pensamiento¹¹⁶, existen inquietudes fundamentales que no han sido necesariamente resueltas: la construcción normológica finalista desemboca en la conclusión de que una conducta puede estar prohibida y a la vez permitida¹¹⁷. Y es que no podría ser de otra manera pues, si la norma se concreta en deber antes de la actuación del sujeto, no se entiende cómo una conducta puede ser antinormativa (esto es, típica) cuando el deber que emana de ella no se ha podido concretar, precisamente, por la concurrencia de una causa de justificación¹¹⁸. Si se toma en serio el teorema de la lógica deóntica que señala que «lo que es permitido no está prohibido»¹¹⁹, entonces habría que afirmar que los conceptos de «prohibición» y «permisión» son excluyentes¹²⁰ y, por lo tanto, se tendría que rechazar el planteamiento de Armin KAUFMANN. El empeño en mantener a la tipicidad como *prius* lógico de la justificación¹²¹, entendiendo al mismo tiempo a aquella como antinormatividad, conduce al finalismo a un callejón sin salida: o la norma infringida no sería más que una pretendida «norma» de valoración (pues puede «infringirse» a pesar de no haberse concretado en deber), lo cual supone en definitiva negar la esencia imperativa de la norma primaria y admitir su carácter puramente valorativo¹²²; o la causa de justificación constituye una circunstancia a tomar en cuenta para la concreción de la norma

¹¹⁵ Esto quiere decir que, desde esta perspectiva, la conducta justificada sigue estando genéricamente prohibida y sólo excepcionalmente permitida. Al respecto, GRACIA MARTÍN, *Fundamentos*, 2006, 268, quien señala expresamente que «La antinormatividad es independiente de la ausencia del deber de omitir».

¹¹⁶ Al respecto, por todos, GRACIA MARTÍN, *Fundamentos*, 2006, 268 ss.

¹¹⁷ En doctrina española han resaltado estas inquietudes, BACIGALUPO, RDPUC 1986, 71 ss.; MIR PUIG, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. II, 2008, 1314. Desde planteamientos finalistas, GRACIA MARTÍN, *Fundamentos*, 2006, 269, reconoce que, en efecto, «parece reconocerse que la acción está a la vez prohibida y no prohibida, o sea, que infringe un deber que, sin embargo, no habría surgido» (aunque seguidamente orienta sus esfuerzos a desvirtuar esta crítica).

¹¹⁸ BACIGALUPO, RDPUC 1986, 72, quien cuestiona: «¿cómo es posible que la lesión de la norma (de la prohibición o del mandato) sea presupuesto lógico de la justificación si la justificación impide que la norma se haya concretado en deber? Dicho de otra manera: ¿cómo puede lesionarse una norma que no se ha concretado en deber, sin infringir el deber que surge de ella?».

¹¹⁹ Al respecto, SCHMID, *Tatbestand*, 2002, 59.

¹²⁰ RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, 147. También, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 108, donde señala: «Si una conducta no puede ser a la vez prohibida y permitida, una proposición permisiva tampoco presupone la realización de un tipo de prohibición (*eines Verbotstatbestandes*)».

¹²¹ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 256 (=Teoría de las normas, 1977, 342).

¹²² Este es claramente explicado por MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 603 s., quien describe así su planteamiento: «Los deberes personales derivados de la existencia de una norma solamente surgen cuando se cumple todos los requisitos de la relación normativa. Aceptar que existe un «deber jurídico» de realizar algo cuando el sujeto desconoce de forma invencible la promulgación de la norma, o cuando por sus circunstancias de inimputabilidad no es capaz de entender lo que de él requiere, supone renunciar de hecho a una visión instrumental-directiva de la norma y aceptar, de forma encubierta, una visión de la norma como valoración de un hecho (aunque en este caso se trate de valorar un hecho final y no sólo un mero acontecimiento físico)».

en deber, por lo que, en caso de que aquella concurra, se llegaría a las mismas conclusiones que la teoría de los elementos negativos del tipo¹²³.

3. Pienso además que la debilidad de la relación entre tipicidad y justificación no se resuelve pretendiendo una mejor comprensión del concepto de deber¹²⁴: en líneas precedentes ya se han vertido argumentos orientados a destacar las imprecisiones del concepto de «deber» formulado por Armin KAUFMANN, muy conveniente para sus pretensiones pero, en última instancia, alejado considerablemente del empleo racional de la norma como mensaje prescriptivo y de principios dictados por la razón como el *ultra posse nemo obligatur*. La utilización finalista del término «antinormatividad» para caracterizar al hecho típico, ha sido considerada como un empleo manifiestamente impropio. Pienso que, en definitiva, una conducta típica pero justificada no es «menos conforme a Derecho» que la conducta solamente atípica¹²⁵.

4. Las consideraciones expuestas hasta el momento deberían conducir a reflexionar si realmente el intento de fundamentación normológica del traslado del dolo al injusto, emprendido por el finalismo y particularmente por Armin KAUFMANN, ha constituido un paso positivo. Esto pues, aunque diversos autores que fundamentaron tal reubicación sistemática tomando en cuenta la norma como imperativo¹²⁶, el argumento normológico, al

¹²³ Se trata aquí por tanto de una discusión sobre los alcances de la norma que subyace al tipo: si la infracción de aquella (que se expresa mediante la realización del tipo) queda autorizada por un precepto permisivo (esto es, ante la realización del tipo concurra una causa de justificación) o si la norma excluye desde un inicio un determinado ámbito, que es en el que se ubica la realización del tipo. Véase también el planteamiento de GRACIA MARTÍN, *Fundamentos*, 2006, 271, señala: «(...) a mi juicio, (...) la ausencia de los presupuestos fácticos de las causas de justificación es, en realidad, lo que determina siempre en el caso concreto el deber concreto, es decir, individual o personal de omitir la acción (típica) prohibida en abstracto por la norma, o bien de realizar la acción (típica) prescrita en abstracto por el mandato». Si esto es así, y si se atienden a los presupuestos que el propio Armin KAUFMANN reconoció para determinar el surgimiento del deber de omitir la realización del acto concreto, habría que señalar que la no concurrencia de una circunstancia justificativa debería integrarse en esos presupuestos, de tal manera que la causa de justificación impide la concreción del deber (de hecho, a este resultado llega expresamente Armin KAUFMANN) y, por ende, la no concurrencia de una causa de justificación se convierte en una «parte negativa» de los presupuestos totales para la concreción de una norma en deber (y esta sería la única forma de infringir una norma: cuando está concretada en deber; si no es así, ni siquiera habría «infracción» alguna).

¹²⁴ GRACIA MARTÍN, *Fundamentos*, 2006, 270.

¹²⁵ Al respecto, *infra* Cap. V, 2.1.

¹²⁶ Al respecto, por todos, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Delito imprudente*, 1991, 44 ss.; ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia*, 2003, 7. Desde esta perspectiva, se señala incluso que la voluntad contraria a la norma imperativa debería caracterizar a todos los tipos (y, por lo tanto, ser un elemento de todo injusto), incluyendo a los supuestos de imprudencia inconsciente. Si esta es una consecuencia de la adopción del concepto final de acción, es un tema sobre el que no puedo aquí detenerme. Sí que es importante mencionar, por el contrario, que hay otras posiciones, en el propio seno del finalismo, que se alejaron de la postura antes mencionada (que en todo injusto se podrá verificar una voluntad contraria a la norma). Estos autores señalaron que la

parecer, no sería fundamental para afirmar la reubicación del dolo¹²⁷. En efecto, en la ciencia jurídico-penal son conocidas diversas opiniones (estrechamente vinculadas a planteamientos finalistas) que, si bien poseían la misma orientación (fundamentación del traslado del dolo de la culpabilidad al tipo), no se adscribían al argumento de la norma (como imperativo, esto es, como mandato o prohibición)¹²⁸. Este asunto parece remitirse a la discusión, más general (y que aquí solo puedo limitarme a mencionar), referida a los alcances del concepto ontológico de la finalidad y sus propios límites. Como es conocido, las posiciones subjetivistas más extremas emprendieron una «búsqueda del dolo en la imprudencia»¹²⁹, algo que no fue admitido por otro sector del finalismo¹³⁰. En todo caso, cabe señalar que, si se afirma que las reflexiones de Armin KAUFMANN estaban orientadas a fundamentar la idea de que las normas solo se dirigen a conductas finales, y otros finalistas decían que inclusive con una norma de valoración era posible llegar a la misma conclusión¹³¹, entonces la importancia del recurso a la norma como imperativo en el propio seno del finalismo parecería quedar, en mi opinión, relegada a la condición de argumento secundario o accesorio.

estructura final de la acción no determina que el contenido de la voluntad tenga que ser objeto del juicio de valor de la antijuridicidad. Al respecto, CEREZO MIR, *Naturaleza*, 1961, 57; GIL GIL, *Delito imprudente*, 2007, 76, n. 171.

¹²⁷ Así, por ejemplo, BACIGALUPO, RDPUC 1986, 70, quien sostuvo que: «Las distinciones que Welzel propone sobre la acción, de tal manera que la ejecución sea objeto de lo ilícito y la toma de decisión de obrar contra el derecho sea objeto de la culpabilidad, no ofrece en principio ninguna dificultad».

¹²⁸ CEREZO MIR, *Curso*, t. II, 6.ª ed., 1998, 123 ss. Por su parte, GIL GIL, *Delito imprudente*, 2007, 76, señala «Si de la concepción de la norma como norma de determinación se deriva directamente la pertenencia del dolo al injusto, ello no se deduce del concepto de acción, como tampoco sin más del hecho de que las normas se conciben como normas de determinación, sino del concepto de injusto y del contenido concreto de algunas normas, la de los delitos dolosos». Esto parece problemático en el sentido de que el injusto, si es pensado como contrariedad a la norma, no necesariamente supone que esa norma sea de carácter imperativo. Como bien ha destacado CEREZO MIR, *Curso*, t. II, 6.ª ed., 1998, 129, esa norma podría ser la (denominada) «norma de valoración»: «aunque se concibiese la antijuridicidad como infracción de una norma de valoración, el dolo habría de pertenecer al tipo de lo injusto de los delitos dolosos en un Código penal, como el nuestro, en el que sea preciso apreciar la existencia de elementos subjetivos de lo injusto, se castigue la tentativa de delito y aparezcan tipos configurados de un modo finalista». Una orientación distinta parece ser la propuesta por GRACIA MARTÍN, *Fundamentos*, 2006 109, donde sostiene que «Puesto que las normas de determinación (...) sólo pueden configurarse a partir de la estructura ontológica final de la acción humana, de ahí se sigue, lógicamente, que la voluntad final de la acción tiene que ser necesariamente un objeto de valoración de la antijuridicidad, y con ello, que el dolo sólo puede ser entendido como un elemento subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos».

¹²⁹ Los subjetivistas deducen la finalidad de consideraciones ontológicas (estructura finalista de la acción humana), por lo que declaran que lo que caracteriza al desvalor de la acción es la finalidad (tanto en el delito doloso como en el imprudente).

¹³⁰ A la posición de los subjetivistas extremos se opuso CEREZO MIR, *Curso*, t. II, 6.ª ed., 1998, 123, quien reconoció que la «pertenencia del dolo al tipo de lo injusto no cabe deducirla, sin embargo, de consideraciones ontológicas, concretamente de la estructura finalista de la acción humana. La estructura finalista de la acción es compatible con una concepción objetiva o despersonalizada de lo injusto, como mera lesión o peligro de un bien jurídico».

¹³¹ Al respecto, CEREZO MIR, *Curso*, t. II, 6.ª ed., 1998, 129.

5. Las exposiciones que se suelen encontrar en la doctrina dominante reflejan un tratamiento no uniforme de los elementos que condicionan la eficacia instrumental de la norma: algunos pertenecen al injusto y otros a la culpabilidad. Esto se refleja en la idea de que el surgimiento del deber (cuya infracción fundamenta el injusto) es independiente de ciertos elementos que condicionan la eficacia instrumental de la norma (el conocimiento de la norma y la posibilidad de comportarse conforme a dicha comprensión)¹³². Por lo tanto, pese a que se admita como punto de partida la existencia de un «deber personal» (la antijuridicidad es contrariedad a la norma de carácter imperativo), tal deber, en realidad, puede surgir en un individuo que no puede cumplirlo. Esta argumentación, como se sostuvo antes, casa mal con una comprensión consecuente del «*ultra posse nemo obligatur*». Pese a esto, no he encontrado argumentos suficientemente sólidos para mantener la idea de que el deber solo se concreta para quien reúne la capacidad de acción, en términos psico-físicos (esto es, para fundamentar la admisión empobrecida o limitada del *ultra posse nemo obligatur*). Si esto es así, parecería ser que, en definitiva, la razón fundamental para mantener esta posición tiene que ver con la conservación de la estructura del delito sobre la base de la distinción entre injusto y culpabilidad¹³³, que resultaría fundamental por sus consecuencias prácticas (imposición de consecuencias distintas a la pena, accesoriedad de la participación, causas de justificación)¹³⁴.

3. Teoría de la motivación.

3.1. Desarrollo argumental.

1. Es ampliamente conocido que la doctrina penal ha buscado fundamentar la ubicación sistemática del dolo en el injusto sin admitir dos importantes postulados de la argumentación finalista: tanto sus presupuestos metodológicos (la teoría final de la

¹³² Por todos, HRUSCHKA, *FS-Larenz*, 1983, 265.

¹³³ Al respecto, acertadamente, ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2017, 836, quien sostiene que «Armin Kaufmann tenía razón en que el objeto de la valoración y el objeto de la norma coinciden. Sólo que la valoración la recortó en exceso y, por tanto, la norma –y el deber– apareció de este modo demasiado pronto. Norma y deber surgen de la puesta en relación de la valoración completa de la situación con la capacidad del sujeto como sujeto libre. Me parece evidente que la tríada “norma-deber-reprochabilidad” propuesta por Armin Kaufmann tenía una pretensión muy determinada: la de otorgar un fundamento de teoría de las normas a la estructura tripartita del delito “tipicidad-antijuridicidad-culpabilidad” y, por tanto, de perpetuarla».

¹³⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 493; COCA VILA, *Colisión de deberes*, 2016, 142.

acción¹³⁵) como la idea de la concreción de la norma en deber (cuyo elemento fundamental, la capacidad de acción, implica siempre la existencia de una finalidad relevante¹³⁶). En ese sentido, un amplio sector doctrinal ha justificado la ubicación del dolo en el injusto mediante el carácter imperativo de la norma: si la voluntad humana, al ser opuesta a lo ordenado por el Derecho, vulnera objetivamente el mandato o la prohibición establecido en la norma, entonces la voluntad humana (voluntad de acción) deberá constituirse en el núcleo de lo injusto del hecho¹³⁷. Estas corrientes surgieron a partir de los años setenta del siglo pasado, momento en el que se consideró necesario renunciar a consideraciones ontológicas (concretamente, la estructura finalista de la acción humana), para definir a la teoría del delito desde la perspectiva de las funciones del Derecho penal¹³⁸. En lo que sigue me encargaré de desarrollar algunas ideas sobre la denominada «teoría de la motivación», admitida por importantes autores en la ciencia jurídico-penal española¹³⁹ y que, al ser relacionada frecuentemente con una concepción imperativa de la norma¹⁴⁰, adquiere importancia en la medida que parece relacionarse con el concepto de norma que

¹³⁵ Así, en contraposición a lo sostenido por autores como WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, 37 (=DP. PG., 1970, 59) o KAUFMANN, Armin, *Unterlassungsdelikte*, 1959, 16 ss. (=Delitos de omisión, 2006, 37 ss.); véase CEREZO MIR, *Curso*, t. II, 6.ª ed., 1998, 123. También, por todos, TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1974, 35; SANZ MORÁN, *Elementos subjetivos*, 1993, 4.

¹³⁶ Esto es, precisamente, el motivo por el que muchos discípulos de Armin KAUFMANN emprendieron la denominada «búsqueda del dolo en la imprudencia»: la traslación de la capacidad de acción (concepción elaborada específicamente para la fundamentación del dolo en el injusto) al delito imprudente, hizo que necesariamente en estos se encuentre un momento de «finalidad relevante», con lo cual se convirtieron a los delitos imprudentes en delitos dolosos de peligro (consecuencia de la capacidad de acción en el delito imprudente tal cual Armin KAUFMANN lo diseña).

¹³⁷ Así, por todos, MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 58 («la necesidad de incluir en el centro del injusto el momento subjetivo de desobediencia, el dolo»); BAJO FERNÁNDEZ, EPC 1, 1977, 27 («La inclusión del dolo en el injusto obliga, por simple coherencia, a mantener una concepción imperativa de la norma»); OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 98 (quien señala que si la antijuridicidad se configura como «desobediencia» al imperativo que representa la norma, «no cabe duda que su núcleo será la resolución de la voluntad. A partir de lo cual se encauza la demostración de la pertenencia del dolo al tipo de injusto de los delitos dolosos, sin que, entonces, implique aceptar las premisas ontológicas del finalismo»); COBOS GÓMEZ DE LINARES, *Presupuestos*, 1987, 122 («(...) la visión imperativista hace suya la opción introducida por la doctrina final de la acción de integrar el dolo y la imprudencia en el tipo de injusto, aunque -como es sabido- con una fundamentación distinta. El finalismo extrae dicha consecuencia del concepto ontológico de acción como acción final, mientras el imperativismo deriva dicha posición de la función motivadora de las normas»).

¹³⁸ Al respecto, por todos, LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 9/50.

¹³⁹ La teoría de la motivación fue introducida por GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 162 (en donde se encuentra el trabajo «El sistema del Derecho penal en la actualidad», publicado originalmente en 1971). Esta teoría ha sido seguida por autores como MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1975, 46 ss.; MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 57 (aunque este autor ha reformado sus apreciaciones iniciales sobre esta teoría, alejándose en algunos aspectos de opiniones como las de GIMBERNAT ORDEIG y MUÑOZ CONDE); OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 102; LUZÓN PEÑA, *Legítima defensa*, 1978, 219-223; en: MIR PUIG (Ed.), *Derecho penal y Ciencias sociales*, 1982, 141 ss.; ADPCP 1989, 38 ss.

¹⁴⁰ Así, por todos, BAJO FERNÁNDEZ, EPC 1, 1977, 12; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 93; ÁLVAREZ GARCÍA, *Estructura*, 2001, 99-100; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 569 ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción*, v. I, 5.ª ed., 2012, 448.

se admite como punto de partida en esta investigación. Como se verá a continuación, la teoría de la motivación, si bien es entendida principalmente como una formulación orientada a la explicación de la estructura y función de la norma, es trascendente a estas tareas y ha logrado convertirse en una construcción que ha permitido el desarrollo de una teoría del delito¹⁴¹.

2. La teoría de la motivación establece que la norma jurídico-penal inhibe al individuo de la realización de comportamientos lesivos al dirigirle a él la amenaza de pena, que es precisamente el elemento mediante el que se le motiva. De esta manera, la norma jurídico-penal se proyecta sobre el individuo, esto es, influye en él, creando complejos procesos psicológicos (reunidos bajo el concepto de «motivación») que deberían concluir en la interiorización del mensaje en el individuo, quien no realizará la conducta prohibida o llevará a cabo la esperada. De esta manera, mediante la motivación al individuo (esto es, mediante la amenaza de una pena), se inhiben las tendencias antisociales y se promocionan los comportamientos valiosos. Con esto se alcanzaría la protección de los bienes jurídicos y la concreción de los efectos preventivos de la norma jurídico-penal. Se ha sostenido que la teoría de la motivación no solo permite entender a la norma como una de carácter imperativo¹⁴², sino que también establece que la función de motivación puede realizarse tanto por «el tipo»¹⁴³ como por «la pena»¹⁴⁴, distinción que, desde el punto de vista de los defensores de la teoría aquí comentada, no parece ser determinante en la medida que ambos elementos constituyen aspectos parciales de la realidad compleja que caracteriza a la norma jurídico-penal¹⁴⁵.

¹⁴¹ MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 106, donde señala que la motivación constituye el «eje central de la sistemática de la teoría del delito». Sobre la teoría de la motivación, con múltiples referencias, FEIJÓO SÁNCHEZ, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. I, 2008, 263, n. 2; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 570 ss.

¹⁴² Según BAJO FERNÁNDEZ, *EPC* 1, 1977, 13, parece ser que GIMBERNAT ORDEIG ni MUÑOZ CONDE se han pronunciado expresamente en defensa de una concepción imperativista de la norma, siendo MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 57, quien señaló con claridad la relación entre la teoría de la motivación y la teoría de los imperativos.

¹⁴³ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 172 («el tipo tiene una función motivadora»), 174 (el tipo penal «consiste en la descripción de la conducta prohibida y su fin es el de motivar –mediante la amenaza con una pena– para que dicha conducta no se cometa»).

¹⁴⁴ MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 106 (afirma que la motivación «constituye la forma de actuar propia de la prevención general»); BAJO FERNÁNDEZ, *EPC* 1, 1977, 38, entiende que «La función de motivación es tarea fundamental de la pena según esta teoría».

¹⁴⁵ Así, por todos, OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, 118, quien señala: «Ciertamente el tipo de injusto, por sí sólo, no puede cumplir la función motivadora. Como tampoco la pena, singularmente, puede llevar a cabo tal función. Es, efectivamente, la norma (el conjunto de tipo y pena) la que puede conseguir que los individuos se inhiban de realizar las conductas descritas y amenazadas con pena».

3. Los defensores de la teoría de la motivación están de acuerdo en su utilidad para resolver algunas cuestiones conceptuales sobre las que mucho se ha discutido en la ciencia jurídico-penal. Así, de la función de motivación de la norma se desprenden los siguientes: la pertenencia del dolo en el tipo de injusto sin necesidad de acudir a los postulados ontológicos desarrollados por el finalismo¹⁴⁶; los motivos que permiten afirmar la actuación antijurídica de un inimputable¹⁴⁷; las razones por las cuales establecer y diferenciar los supuestos de una causa de justificación y una causa de exculpación¹⁴⁸. Asimismo, de la función de motivación de la pena se reconocen los siguientes: la ausencia de responsabilidad penal (al carecer a pena de eficacia inhibitoria) de los inimputables y de quienes actúan en error de prohibición invencible¹⁴⁹; la necesidad de una pena proporcional a la gravedad del hecho cometido, y dependiendo de si en este último haya concurrido dolo o imprudencia (la severidad de los controles deben corresponderse a la necesidad social de los comportamientos que pretenden evitarse)¹⁵⁰; y la impunidad de resultados imprevisibles o inevitables y del caso fortuito¹⁵¹. Como es posible observar, la teoría de la motivación no solo se concentraría en la problemática de la estructura de la norma penal, sino que inclusive ha sido entendida como una construcción que ha definido las bases sobre las que se sostendrían las propias categorías de la teoría del delito. Tales bases responderían esencialmente a la necesidad de un distanciamiento de los presupuestos ontológicos de la teoría final de la acción, que consecuentemente permitiría el desarrollo de nuevos fundamentos en los ámbitos del injusto y la culpabilidad¹⁵².

3.2. Consideraciones críticas.

3.2.1. Imposibilidad de distinguir entre injusto y culpabilidad.

¹⁴⁶ MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 58; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 100; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 173.

¹⁴⁷ MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 55-56; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 218 ss.

¹⁴⁸ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 100.

¹⁴⁹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 100.

¹⁵⁰ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 100.

¹⁵¹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 100.

¹⁵² MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 106.

1. La primera crítica alude a las dificultades que poseería la teoría de la motivación para la distinción entre las categorías dogmáticas del injusto y la culpabilidad¹⁵³. En un capítulo anterior se explicó que la teoría de los imperativos determinó que el destinatario de la norma debía poseer los presupuestos personales necesarios para tener tal condición, esto es, todos los elementos subjetivo-individuales debían concurrir en él para afirmar su actuación contraria a la norma. Esto evidenciaba claramente la imposibilidad de escindir las categorías dogmáticas (actualmente asentadas) del injusto y la culpabilidad. Pues bien, puede afirmarse que, en esencia, los mismos cuestionamientos han sido dirigidos a la teoría de la motivación, ya que, según la crítica, tal teoría no podría explicar la actuación antijurídica del inimputable, de quien actúa en imprudencia inconsciente o de quien actúa en error de prohibición invencible: si ninguno de aquellos es accesible al mandato o a la prohibición y, por lo tanto, a la motivación, entonces no podrían actuar en contra del Derecho, esto es, antijurídicamente¹⁵⁴. Esto ha conducido a afirmar que la teoría de la motivación, para ser consecuente, tendría que reconocer que quien no puede acceder a la motivación, no puede actuar de forma contraria a la norma (con lo que se llegaría a las mismas consecuencias que en la teoría de los imperativos: imposibilidad de distinguir entre injusto y culpabilidad)¹⁵⁵.

2.1. Esta crítica merece algunos comentarios. La teoría de la motivación parece utilizar de manera muy particular la referencia a una «norma»¹⁵⁶. En su concepción originaria, si no he entendido mal, el factor motivacional que destacó GIMBERNAT ORDEIG es el de la pena¹⁵⁷. Si a esto se agrega, como antes se dijo, que la motivación se hace indistintamente por el tipo o por la pena¹⁵⁸, entonces la comprensión original de la teoría de la motivación

¹⁵³ Presentan esta crítica, por todos, BAJO FERNÁNDEZ, EPC 1 1977, 31; RODRÍGUEZ MOURULLO, DP. PG., 1977, 80 ss.

¹⁵⁴ BAJO FERNÁNDEZ, EPC 1, 1977, 31.

¹⁵⁵ BAJO FERNÁNDEZ, EPC 1, 1977, 34.

¹⁵⁶ Al respecto, véanse las consideraciones expuestas *supra* Cap. III, 6.

¹⁵⁷ Claramente, GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 180. Debe tomarse en cuenta, además, que GIMBERNAT ORDEIG recurre al psicoanálisis para justificar la pena («lo que el psicoanálisis precisamente suministra es una justificación y explicación del Derecho penal»; «la escuela psicoanalítica (...) considera la pena un instrumento insustituible para reprimir los impulsos humanos que harían imposible la convivencia social»). Al respecto, por todos, HAFFKE, *Tiefenpsychologie*, 1976, 64, n. 12 (quien señala, refiriéndose a GIMBERNAT ORDEIG, que «por desgracia, ha pasado por alto el aspecto crítico-social de la psicología profunda»).

¹⁵⁸ En efecto, cuando GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 172, dice que «el tipo tiene una función motivadora» y luego dice que el tipo penal «consiste en la descripción de la conducta prohibida y su fin es el de motivar –mediante la amenaza con una pena– para que dicha conducta no se cometa», entonces está haciendo referencia a «algo» que incluye tanto al tipo (la descripción de la conducta prohibida) como a la

estaría haciendo referencia, en realidad, a lo que en esta investigación se ha reconocido como el «precepto penal»¹⁵⁹. La norma (por lo menos si es entendida como mensaje prescriptivo dirigido al individuo, cuya existencia es independiente de la amenaza de sanción a la que puede estar unida), hasta donde alcanzo a ver, no juega un rol trascendente en la comprensión original de la teoría de la motivación¹⁶⁰. Aquí radica entonces la diferencia: mientras la teoría de los imperativos propone que la norma (que porta la voluntad del soberano) se dirige al individuo para influir en su voluntad individual, la teoría de la motivación propone que la amenaza de pena es la que constituye el factor motivacional¹⁶¹; por otro lado, mientras que en la teoría de los imperativos la desobediencia es lo que fundamenta el hecho antijurídico, en la teoría de la motivación la realización del hecho que la ley quiere evitar fundamenta el hecho antijurídico (por lo que, más que de «desobediencia», se hablaría en la teoría de la motivación de un proceso de subsunción del hecho en lo dispuesto en el precepto penal¹⁶²). Por esto, al entender la relación entre pena y hecho como una relación de cálculo (de pesos y contrapesos)¹⁶³, no estoy seguro si la realización de un delito pueda ser reconocida, en la teoría de la motivación, como la infracción de una norma (por lo menos en el sentido de «norma» que se tiene en esta investigación: como un mensaje prescriptivo dirigido a un destinatario). Y si esto es así, pienso que la equiparación formulada por los críticos podría no ser adecuada: en la teoría de los imperativos el súbdito tiene que conocer el mandato o prohibición para

pena (la amenaza de sanción), siendo aquel «algo» lo que en esta investigación recibe la denominación de «precepto penal».

¹⁵⁹ Esto va en la línea de otra crítica que será mencionada más adelante: que la teoría de la motivación confunde el tipo de injusto con el denominado «tipo de garantía». Este problema apunta al tratamiento de la norma y el precepto penal. Los defensores de la teoría de la motivación entienden que el tipo tiene una función motivadora. Sin embargo, como se señaló anteriormente, la adopción de una perspectiva lógico-formal del concepto de norma por parte de los defensores de la teoría de la motivación hace que los conceptos de ley penal, tipo y norma prácticamente sean coincidentes. Sobre este asunto, véase *supra* Cap. III, 7.2.

¹⁶⁰ Por lo tanto, la discusión sobre la norma primaria, en los términos realizados en el capítulo anterior, no se reproducen en la teoría de la motivación (creo que una idea similar está detrás de la argumentación de FELIÓ SÁNCHEZ, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. I, 2008, 287, cuando señala que la teoría de las normas que subyace a la teoría de la motivación «parte de supuestos más que discutibles»).

¹⁶¹ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 180.

¹⁶² Lo que recuerda la definición de «antijuridicidad» (contrariedad a Derecho) propuesta por GRAF ZU DOHNA, *Rechtswidrigkeit*, 1905, 18: «"Antijurídica" sería entonces una conducta que cumple con el supuesto de hecho legal de un delito».

¹⁶³ El razonamiento de un sujeto (desde la perspectiva de la teoría de la motivación) sería: «no realizo un determinado hecho porque está amenazado con una pena, y en la medida que la pena es "mala" (porque atemoriza), tengo una razón importante para no cometer el hecho». En ese sentido, GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 172: «(...) la ley penal no hace sino acudir a un mecanismo fundamental para toda la vida social y que también utiliza, por ejemplo, el educador: amenaza con un mal (con el castigo) las conductas que pretende evitar, a fin de que, por miedo al castigo que seguiría de su acción, el educando (por ejemplo, un niño) se abstenga de cometerlas».

poder decir con propiedad que lo ha infringido (esto es, que lo ha desobedecido), pero en la teoría de la motivación (por lo menos en la versión formulada por GIMBERNAT ORDEIG) no se toma en cuenta si el sujeto conoce o no la «norma» (el dispositivo legal completo en el que está descrito la conducta prohibida y la amenaza de pena, según esta teoría), sino solamente si aquel es motivable o no por la amenaza de pena (bajo la aceptación, a mi modo de ver no exenta de problemas, de la existencia de individuos «normales» y «anormales»¹⁶⁴).

2.2. Aunque las reflexiones acabadas de hacer serán ampliadas más adelante, quisiera volver a la crítica original y señalar cómo se ha tratado de resolver desde dos perspectivas en la ciencia jurídico-penal española¹⁶⁵: una, que corresponde a GIMBERNAT ORDEIG y otra, que corresponde a MIR PUIG¹⁶⁶. No sin antes decir que aquí no pretendo describir extensamente los alcances del pensamiento de cada uno de estos autores, sino solamente hacer referencia a algunas de sus opiniones (pues estas permitirán ulteriores reflexiones de gran utilidad para esta investigación), se debe destacar el hecho de que la objeción consistente en la imposibilidad de distinguir entre injusto y culpabilidad se relaciona

¹⁶⁴ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 175, señala que, a pesar de que los estudios psicológicos aun no permiten afirmar a cabalidad la existencia de libertad, sí que es posible distinguir entre «normales» y «anormales», al estar esta distinción fundada sociológicamente.

¹⁶⁵ Comenta también las opiniones de MIR PUIG (en su primera etapa) y GIMBERNAT ORDEIG, BAJO FERNÁNDEZ, EPC 1, 1977, 31 ss.

¹⁶⁶ En esta investigación, se reconoce que el pensamiento de MIR PUIG ha tenido una evolución que puede identificarse en tres etapas. La primera etapa va desde *Introducción*, 1976 (incluyendo también otro importante trabajo como es *Función*, 2.ª ed., 1982) en donde asume expresamente un concepto unitario de injusto, basado en el desvalor de la acción (*Función*, 2.ª ed., 1982, 61), concibe al injusto como antinormatividad (*Función*, 2.ª ed., 1982, 61) y en la que el concepto de dolo abarca el conocimiento de la antijuridicidad. En este momento, la antijuridicidad es entendida como desobediencia, siendo el dolo la expresión de esa (y, por lo tanto, constituye elemento de la antijuridicidad). La segunda etapa se manifestó en MIR PUIG, ADPCP 1994, 5 ss., en donde plantea una distinción entre «antijuridicidad objetiva» y «antinormatividad», de las que es posible obtener una «antijuridicidad completa». Busca iniciar su planteamiento por el desvalor del resultado (elemento del que indaga sobre su más adecuada ubicación sistemática), que, en su opinión, no forma parte de la norma de determinación. En su tercera etapa, desde la cuarta edición de su tratado, MIR PUIG, DP. PG., t. 4.ª ed., 1996, entiende a la antijuridicidad penal desde una perspectiva valorativa, trasladando la infracción de la norma a lo que él ahora denomina «imputación personal». Así, en el prólogo de esa obra, señala: «(...) la nueva sistemática no supone el abandono de la tesis que antes mencionaba, según la cual la norma que prohíbe el hecho, como norma de conducta, no puede infringirse por el resultado, sino sólo por la conducta. La forma de conciliar esta tesis con la conveniencia de empezar la teoría del delito por el desvalor del resultado es distinguir el concepto de norma del concepto de valoración. Toda norma implica una desvaloración, pero no toda desvaloración implica la infracción de una norma. La desvaloración del resultado no implica que éste infrinja norma alguna en sentido estricto. Pero también las valoraciones pueden verse como prescripciones –como hace el prescriptivismo de Hare–, y el Derecho puede entenderse como un conjunto de prescripciones entre las que no sólo cuentan las normas en sentido estricto, sino también los principios y valoraciones». En esta tercera etapa, MIR PUIG considera que la «imputación personal» está compuesta por dos escalones: la antinormatividad (que exige como mínimo una anomalía motivacional para entender que se infringe la norma) y la responsabilidad penal.

intensamente con la discusión sobre la posibilidad de dirigir las conductas de inimputables o de quienes se encuentran en una situación de desconocimiento de la ley penal (error de prohibición invencible), como se verá a continuación. GIMBERNAT ORDEIG señala que, mientras en la antijuridicidad se decide «qué es lo que se quiere prohibir frente a todos» (se trata de una cuestión que afecta al «querer»)¹⁶⁷, en la culpabilidad se verifican unos límites al mecanismo penal de inhibición (se trata de una cuestión que afecta al «poder»)¹⁶⁸, todo ello desde la perspectiva del Estado (que decide ese «querer» y ese «poder»). Por esto, en el caso de los inimputables (que, como antes se dijo, son «inaccesibles a la motivación de la pena»), dado que el Derecho no puede motivarlos mediante la pena para que no cometan hechos lesivos para bienes jurídicos («la pena es –principalmente por razones de motivabilidad– ineficaz para hacerlo»¹⁶⁹), habría que renunciar a ella. Sin embargo, GIMBERNAT ORDEIG explica que los hechos realizados por los inimputables, si bien quedan excluidos del denominado «sector de la culpabilidad», no lo están del «sector de la antijuridicidad», por lo que, al seguir estando prohibidos de manera general, tales hechos (y también los cometidos por quienes actúan en error de prohibición invencible) podrían ser considerados antijurídicos¹⁷⁰. Por esto, ante la crítica expresada en la pregunta: ¿cómo es que la norma jurídica puede incidir psicológicamente en quienes se encuentran en una condición que los hace inaccesibles frente al efecto inhibitorio de la amenaza de pena?, GIMBERNAT ORDEIG responde diciendo que en estos casos el hecho sigue estando prohibido de manera general, pues «a la pena sólo se renuncia frente a aquellos ciudadanos de los cuales se percibe fácilmente que no tendría mucho sentido proceder con ese medio

¹⁶⁷ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 224. De esta manera, en lo que tiene que ver con ciertas acciones indudablemente lesivas para bienes jurídicos (ejemplo: las de legítima defensa), el Derecho no quiere imponer penas, pese a que podría hacerlo. Esto quiere decir que el Derecho, a pesar de poder imponer pena por la comisión de un hecho (con el objetivo de motivar –mediante la pena– al sujeto que no realice tales hechos –esto es, motivarlo a que no ejerza una legítima defensa y, por ejemplo, se someta voluntariamente a la agresión), no lo hace pues lo que no quiere es evitar que se realicen tales acciones (de legítima defensa). El citado autor dice: «De ahí que la legítima defensa sea una causa de justificación: porque el Derecho penal renuncia a la pena, no porque ésta sea inidónea para combatir las acciones de legítima defensa, sino porque es que no quiere combatir en absoluto esas acciones». Luego, GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 225, dice: «Proceder con una pena contra los hechos cometidos en estado de necesidad no sería en modo alguno ineficaz, sino que, por el contrario, podría lograrse que muchos, para evitar la pena, aceptasen la lesión del propio bien jurídico antes que menoscabar el ajeno. Todo esto lo podría alcanzar el Derecho penal si quisiese; pero es que no quiere. Por ello estamos aquí en presencia de una causa de exclusión de la antijuridicidad (el motivo por el cual no se amenaza con una pena no es el de que ello no sería eficaz, sino el de que no se quiere actuar inhibitoriamente) y no de una causa de exclusión de la culpabilidad (la acción, amenazada de manera general con una pena, no se reprime jurídicopenalmente en referencia a ciertos grupos de personas, suficientemente delimitados, frente a los cuales se estaría encantado de actuar inhibitoriamente... si ello fuese posible)».

¹⁶⁸ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 224.

¹⁶⁹ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 224.

¹⁷⁰ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 225.

de reacción»¹⁷¹. En efecto, tanto en el caso del inimputable como de quien actúa en error de prohibición invencible, la pena resultaría ineficaz, tanto desde el punto de vista preventivo general como preventivo especial¹⁷².

2.3. Desde la perspectiva de la equiparación entre la teoría de los imperativos y la teoría de la motivación, tendría mucho sentido la crítica de BAJO FERNÁNDEZ: «Si la norma jurídica es un mandato conducente a motivar, a incidir psicológicamente sobre el sujeto para obtener la conducta deseada, ¿cómo es posible que quien es inaccesible a tal efecto inhibitor, que se deriva de la amenaza de sanción, obre de forma contraria a la norma?»¹⁷³. Sin embargo, esta crítica se sostiene sobre una idea, a mi juicio, no tan cierta: que desde la perspectiva de la teoría de la motivación se puede afirmar que uno puede actuar de forma contraria a la norma. Cuando GIMBERNAT ORDEIG señala que, aunque el inimputable cometa un hecho, el mismo sigue estando prohibido de manera general, está queriendo decir en realidad que la amenaza de pena, que es ineficaz para el inimputable o para quien actúa en error de prohibición invencible, sigue rigiendo para todos los demás que se encuentren en condiciones normales. Este matiz, en mi opinión, es muy importante (aunque más adelante se verá que es arbitrario): no es que el hecho sea prohibido de manera general, sino que la amenaza de pena sigue rigiendo (y cumpliendo su función de motivación) frente a los demás (sobre los que se presume que sí son motivables por la pena). GIMBERNAT ORDEIG parece entender que el que un hecho esté amenazado con pena

¹⁷¹ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 225.

¹⁷² En su momento, MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., 1982, 96, consideró que la afirmación «el inculpable es en realidad un sujeto *no motivable mediante normas*» (cursiva en el original) era tan radical como la de «poder actuar de otro modo». De esto, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 113, señaló: «en primer término, advirtiendo que si, por experiencia, se comprueba que la mayor parte de los inimputables no delinquen, ello “puede considerarse prueba de que sí hacen mella en ellos las normas jurídicas a través de su interiorización –aunque no sea mediante el conocimiento directo de la ley, lo que desde luego tampoco suele suceder, ni es necesario, por lo que respecta a los imputables–; por lo que puede concluirse que “acaso no sea (...) exacto que los inimputables no sean motivables normativamente”. En segundo lugar, los supuestos de “inexigibilidad” (que son “causas de exculpación”) no implican la pérdida necesaria de la “capacidad de atender a la llamada de la norma” (prueba: actos heroicos, casos en los que la ley eleva el nivel de exigencia –bomberos, militares, etc.–)».

¹⁷³ BAJO FERNÁNDEZ, *EPC*, 1977, 1, 33-34 (signos de interrogación agregados por mí). A mi juicio, lo que pretende resaltar BAJO FERNÁNDEZ con su crítica consiste en que la antijuridicidad (como contrariedad a la norma) depende de la imputabilidad del autor (accesibilidad del autor a la incisión psicológica, esto es, la posibilidad de motivarse), por lo que se termina identificando injusto y culpabilidad. Pero en la medida que GIMBERNAT ORDEIG no construye su argumentación con un concepto de norma como, por ejemplo, el de la teoría de los imperativos (o el de BINDING y MERKEL), la crítica no es posible: no hay norma que infringir pues esta no se trata de un mensaje prescriptivo, la «norma» es en realidad el aquí denominado «precepto penal», que contiene la descripción de lo que se quiere evitar o favorecer y principalmente de la amenaza de pena, que es el factor que permite al individuo evaluar si realiza el hecho que la ley penal quiere evitar o favorecer.

significa a la vez que está prohibido. Sin embargo, esta argumentación, como se señaló en el capítulo anterior, me parece bastante discutible, pues no es posible construir ningún silogismo válido que de la premisa de que un hecho está penado por ley (acompañado con una conminación penal) permita inferir la conclusión lógica que tal hecho está prohibido¹⁷⁴.

2.4. Hasta donde alcanzo a entender, para GIMBERNAT ORDEIG el delito es el cumplimiento en el mundo real de lo que el precepto describe y, por lo tanto, la mera subsunción de un hecho en la disposición legal que reúne todas las características del delito¹⁷⁵. Contrariamente a lo que pudiera parecer, pienso que GIMBERNAT ORDEIG no plantea un concepto de norma (por lo menos no desde una argumentación deóntica), aunque sí que destaca el proceso interno que supone que el individuo «ponga en una balanza» las consecuencias positivas (para él) de su acto y la consecuencia negativa (la pena) por la realización de aquel. Por esto, aunque utiliza una frase que podría emplear cualquier autor que concentra su atención en el asunto normológico («el hecho sigue estando prohibido de manera general», que no es más que otra manera de decir que «la norma se dirige a todos»)¹⁷⁶, GIMBERNAT ORDEIG no emplea en realidad un razonamiento normológico y por este motivo puede llegar a fundamentar la antijuridicidad del inimputable (o de quien actúa en error de prohibición invencible) sin problemas: estos han realizado un hecho que la ley penal quería evitar, pero debido a su condición anormal la pena simplemente no tiene posibilidad de ser eficaz frente a ellos¹⁷⁷. Pero pienso que no se soluciona el problema. Y esto es así pues se insiste en mantener la equiparación conceptual entre injusto y antinormatividad. En efecto, de nada sirve decir que, por ejemplo, el inimputable, no es por completo inmotivable, pues puede llegar a conocer las normas penales. Y de nada sirve

¹⁷⁴ En ese sentido también MIR PUIG, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. II, 2008, 1315. Como se verá más adelante, es precisamente la equiparación entre un comportamiento prohibido y un comportamiento conminado con pena lo que impide hablar de una norma (de carácter imperativo e independiente de la conminación penal, propia del «modelo estándar») en el planteamiento de GIMBERNAT ORDEIG.

¹⁷⁵ Que el delito es solo la subsunción de un hecho en el precepto penal se visualiza con mayor claridad cuando GIMBERNAT ORDEIG explica la pertenencia del dolo al injusto, como se verá más adelante.

¹⁷⁶ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 225.

¹⁷⁷ La posición de GIMBERNAT ORDEIG resume uno de los principales problemas que pueden reconocerse en toda la doctrina: que no es posible explicar que quien no pueda acceder al afecto inhibitorio obre de forma contraria a la norma. MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., 1982, 77, reconoció que si la falta de culpabilidad responde a una total imposibilidad de acceso a la motivación normativa (idea de GIMBERNAT ORDEIG), entonces sí que no sería posible distinguir entre antijuridicidad y culpabilidad. Con esto, MIR PUIG parece reconocer algo que más tarde corrigió: que, si la antijuridicidad se sostiene en la idea de motivación normativa, y el inculpaible no puede motivarse por la norma, entonces difícilmente pueda diferenciarse entre antijuridicidad y culpabilidad.

pues solo se hace un cambio de la exigencia del componente subjetivo individual (se sustituye por la motivabilidad anormal) que sigue siendo un requisito para la afirmación de la antijuridicidad y, por ende, habrá que afirmar el tratamiento unitario del injusto y la culpabilidad.

3.1. Por su parte, MIR PUIG (en su primera etapa), para responder a la objeción de que la teoría de la motivación no podría cumplir su objetivo en los inimputables, recurrió a una idea repetida ampliamente hasta el día de hoy en la ciencia jurídico-penal: que la norma «se dirige a todos»¹⁷⁸. En ese sentido, señaló en su momento que las normas también tienen como destinatarios a los niños, jóvenes y enfermos mentales, afirmando inclusive que estos son «de hecho normalmente motivados por las normas jurídicas»¹⁷⁹. La idea de que la norma se «dirige a todos» (capaces e incapaces) se justifica sosteniendo que aquella, la norma penal, al buscar prohibir o mandar una conducta a la generalidad de ciudadanos, posee una pretensión de vigencia general, que no permitiría excluir de la prohibición o del mandato a los incapaces¹⁸⁰. Que «la norma se dirige a todos», sin embargo, constituye una afirmación, a mi modo de ver, carente aún de una fundamentación y un desarrollo posterior, pese a su amplia utilización. En ese sentido, el propio MIR PUIG, en su última etapa, parece haber revertido su posición original al mostrar expresamente su escepticismo sobre la idea de que la norma jurídico-penal tenga también como destinatarios a los menores de edad o enfermos mentales¹⁸¹.

3.2. El nuevo planteamiento (tercera etapa) de MIR PUIG, a partir de la distinción entre injusto y antinormatividad, le permite pensar en la infracción de la norma como primer escalón de lo que el mencionado autor denomina «imputación personal» (que para el resto de la doctrina sería la «culpabilidad»). En ese marco, MIR PUIG (manteniendo el fundamento material de su concepto de «imputación personal» en la normalidad motivacional) hace una distinción entre sujetos a partir de sus condiciones de motivabilidad: absolutamente inmotivables, anormalmente motivables y normalmente motivables¹⁸². El sujeto que es absolutamente inmotivable no puede ser destinatario de la

¹⁷⁸ MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 56.

¹⁷⁹ MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 56.

¹⁸⁰ MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 56.

¹⁸¹ MIR PUIG, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. II, 2008, 1315.

¹⁸² Evidentemente, esta distinción no afecta en absoluto a la antijuridicidad, pues desde la nueva perspectiva de MIR PUIG, la antijuridicidad (penal) se entiende como un juicio de desvalor expresivo de a nocividad

norma de determinación. El sujeto que es anormalmente motivable, si bien es destinatario de la norma de determinación, que puede infringir, no es considerado responsable, por lo que se le excluye la imputación personal¹⁸³. El sujeto normalmente motivable, además de ser destinatario de la norma de determinación, que infringe, es además considerado responsable. La verificación de la mencionada motivabilidad anormal la fundamenta MIR PUIG así: «Al inimputable no le falta necesariamente toda posibilidad de entrar en contacto intelectual con la norma, sino que, en cuanto aquél actúa conscientemente, ésta puede incidir en su proceso de motivación; lo que sucede es que, al hacerlo, la norma no puede desplegar entonces la intensidad motivadora que normalmente posee»¹⁸⁴. En definitiva, si el inimputable puede infringir la norma (en los términos de MIR PUIG), es porque puede «entrar en contacto intelectual con la norma», puede «actuar conscientemente» y la norma «puede incidir en su proceso de motivación». Lo particular en el caso del inimputable (anormalmente motivable) es, como explica el propio autor, que «la norma no puede desplegar la intensidad motivadora que normalmente posee»¹⁸⁵. De esta manera, si no entiendo mal, la norma no se dirigiría, por ejemplo, a quien actúa en error de prohibición invencible o en un estado de inimputabilidad profundo. Sin embargo, la norma sí se dirigiría a quien actúa en error de prohibición vencible o a un inimputable relativo, pues estos, según MIR PUIG, sí podrían motivarse por la norma (y, por lo tanto, podrían infringirla) aunque, en el segundo escalón del análisis de la imputación personal, no puedan ser considerados como responsables. Esto quiere decir que no todo inimputable o no toda persona que actúa en error de prohibición puede no infringir la norma: solo quienes sean anormalmente motivables podrán hacerlo (con lo que cumplen el primer escalón de la imputación personal), aunque de ninguna manera serán responsables (pues no satisfacen el segundo escalón de la imputación personal).

3.3. Una cuestión que a primera vista se puede destacar de la posición de MIR PUIG (en su tercera etapa), es que este autor no parece admitir ahora que la norma «se dirige a todos» de manera general, sino que aquella no tendría como destinatarios a quienes se encuentren

jurídico-penal de un hecho, que no implica la infracción de una norma (la norma primaria) por parte de su destinatario (pues la infracción personal de la norma primaria –la antinormatividad– se analiza en un estadio posterior, ya en el ámbito de la imputación personal).

¹⁸³ Si según MIR PUIG la motivabilidad anormal supone que al sujeto se le dirija la norma pero que no sea considerado responsable (segunda condición de la imputación personal), la ausencia absoluta de toda motivación, desde el principio, debería excluir la posibilidad de dirigir la norma al sujeto.

¹⁸⁴ MIR PUIG, DP. PG., 10.^a ed., 2016, 20/47.

¹⁸⁵ MIR PUIG, DP. PG., 10.^a ed., 2016, 20/47.

en una situación de absoluta inmotivabilidad: si desde el inicio el sujeto es absolutamente inmotivable (ni siquiera puede entrar en contacto intelectual con la norma, ni mucho menos esta generar en él su intensidad motivadora), entonces no podría infringir norma alguna (lo que sí sucedería en los casos del individuo anormalmente motivable y, evidentemente, del normalmente motivable). En ese sentido, el absolutamente inmotivable no solo no puede infringir norma alguna, sino que, en realidad, ni siquiera sería destinatario de esta, pues no tendría sentido dirigir normas de carácter imperativo a un absolutamente inmotivable. Los casos en los que esto sucedería, sin embargo, como se ha reconocido correctamente, serían bastante limitados, por lo que casi siempre se estará ante un caso de una motivabilidad anormal¹⁸⁶. La persistencia en la idea de que la norma «se dirige a todos» conduce a forzar una necesaria motivabilidad sobre el inimputable, aunque reconociéndose que en este caso aquella se realiza de manera «anormal»¹⁸⁷.

3.4. Lo acabado de afirmar es importante pues permite observar las consecuencias que se desprenden de las diferentes etapas del pensamiento de MIR PUIG. En efecto, si este autor no hiciera (en su última etapa) una distinción entre injusto y antinormatividad (trasladando esta última categoría como primer escalón de la imputación personal), tendría que admitir que los absolutamente inmotivables no pueden realizar hechos antijurídicos. Esta afirmación no la sostuvo MIR PUIG antes¹⁸⁸ ni ahora¹⁸⁹. En todo caso, la argumentación que ofrece MIR PUIG en su tercera etapa parece más convincente (en términos normológicos) que las que proponía en sus primeras dos etapas. En efecto, ha sido resaltado que la primigenia concepción de MIR PUIG poseía el defecto de incluir el conocimiento de la antijuridicidad en el injusto, lo que, se dice, complicaba una pretendida separación entre

¹⁸⁶ Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, RDPC 2, 1998, 387, que sostiene que, en realidad, serían «pocos los casos en que en definitiva Mir discreparía de la opinión dominante en cuanto a la existencia de infracción de la norma».

¹⁸⁷ Al respecto, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 114 s., donde señala: «Porque es motivable a través del conocimiento que llegue a tener de las normas penales, también al “inculpable” se dirige la prohibición (penal) de llevar a cabo ciertos comportamientos y cabe afirmar que cuando actúa en contra de ello lo hace antijurídicamente; porque sus posibilidades de motivación normal están disminuidas (dada la concurrencia de las indicadas condiciones), se consideran alteradas su relación con el comportamiento prohibido por el Derecho y, en consecuencia, la atribución del mismo al sujeto; con ello se determina su “inculpabilidad”». Este es un ejemplo de cómo la motivabilidad anormal parece convertirse en el presupuesto de la antijuridicidad.

¹⁸⁸ MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 55-56.

¹⁸⁹ MIR PUIG, DP. PG., 10.ª ed., 2016, 6/31, 20/46 ss.

injusto y culpabilidad¹⁹⁰. Este resultado se producía a partir de entender al injusto desde la perspectiva de la función de motivación ejercida por las normas de conducta¹⁹¹. Una vez que se traslada la infracción de la norma como primer nivel de la denominada «imputación personal» (como hace MIR PUIG en su tercera etapa), el mencionado defecto desaparece (aunque aparecen otros: fundamentación del dolo en el injusto sin la referencia a la norma de conducta, cuestionamientos a la comprensión de la antijuridicidad como mera valoración¹⁹²).

3.5. En todo caso, el ámbito de sujetos que no pueden infringir la norma (según la argumentación de MIR PUIG) es muy cercano al que propone la doctrina mayoritaria¹⁹³. Sin embargo, esta afirmación merece una aclaración posterior: la doctrina mayoritaria (que equipara injusto y antinormatividad) considera que la infracción de la norma es condición del injusto penal. Esto no sucede con MIR PUIG en su última etapa, quien, como ya se dijo, comprende a la infracción de la norma como primer momento de la imputación personal. Para la doctrina mayoritaria el ámbito de sujetos que no pueden infringir la norma de determinación sería aquel cuyo hecho no puede adjetivarse como injusto. Por el contrario, para MIR PUIG, el ámbito de sujetos que no pueden infringir la norma de determinación sería aquel que, a pesar de haber cometido un injusto, no puede predicarse de ellos que hayan infringido una norma pues a ellos esta norma no se les dirigía (al ser absolutamente inmotivables). En pocas palabras, mientras que para la doctrina mayoritaria una persona que actúa en error de prohibición invencible sí puede infringir una norma (pues se admite que habría actuado antijurídicamente), para MIR PUIG la misma persona (al ser absolutamente inmotivable) no podrá infringir la norma (pues a él no se le dirige), aunque sí podría haber realizado un injusto (no antinormativo). En ambos casos hay un hecho antijurídico, que evidentemente, se sostiene sobre la base de distintas premisas. Y la

¹⁹⁰ MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., 1982, 80 ss. Este autor consideraba que solo aquellos comportamientos que puedan ser influidos mediante la motivación normativa podrían considerarse antijurídicos. Por eso, el error de prohibición podría fundamentar la exclusión de la antijuridicidad y no solo de la culpabilidad.

¹⁹¹ En efecto, según MIR PUIG, la norma de conducta, que desempeñaba una función de motivación, no tenía sentido en estos casos: cuando las conductas no parecen objetivamente peligrosas para el bien jurídico; cuando objetivamente parezca que no hay tutela jurídica de un bien jurídico; y cuando la conducta se realiza en desconocimiento invencible de la protección del bien jurídico lesionado. En todos estos casos, no tendría sentido prohibir o mandar conductas (en el último caso, no tendría sentido intentar motivar mediante la correspondiente norma de conducta). Posteriormente, MIR PUIG señalaría (una vez constatada las dificultades de su argumentación) que el hecho realizado en error invencible (de tipo o de prohibición) responde a la idea del riesgo permitido e interés preponderante, criterios encuadrables en el marco de la antijuridicidad y no de la culpabilidad.

¹⁹² Al respecto, las críticas de GIL GIL, *Delito imprudente*, 2007, 47-53.

¹⁹³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, RDPC 2, 1998, 387.

equiparación entre injusto y antinormatividad que postula la doctrina mayoritaria permite entender que la infracción de la norma depende de consideraciones distintas a la que se puede predicar de una posición –como la de MIR PUIG en su tercera etapa– que aboga por la distinción conceptual entre injusto y antinormatividad.

3.2.2. Culpabilidad y prevención.

1.1. Desde la perspectiva de la teoría de la motivación, la sociedad recurre a la pena «para reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia es absolutamente necesaria, para evitar, en la mayor medida posible, la ejecución de acciones que atacan las bases de la convivencia social, para conferir en fin a tales prohibiciones –con la amenaza y con la ejecución de la pena cuando no sean respetadas– un especial vigor que eleve en la instancia de la conciencia su efecto inhibitor»¹⁹⁴. Se percibe sin dudas que la teoría de la motivación se presenta esencialmente como una teoría preventiva¹⁹⁵. Si esto es así, se entiende que GIMBERNAT ORDEIG haya puesto en relación la idea de prevención no solo con la conminación penal, sino también con la imposición de la pena. Esto quiere decir que, tanto en el primer estadio como en el segundo, se tomaría en cuenta si la pena es necesaria para cumplir sus pretensiones preventivas. Pues bien, sobre estos fundamentos, GIMBERNAT ORDEIG le confiere a la necesidad de pena un rol fundamental (se habla inclusive de la sustitución del principio de culpabilidad por un «principio de necesidad de pena»¹⁹⁶). Esta aseveración es fundamental pues, si desde la perspectiva de GIMBERNAT ORDEIG no es

¹⁹⁴ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 148.

¹⁹⁵ Destaca que la teoría de la motivación, tal y como fue formulada por GIMBERNAT ORDEIG, «compagina la prevención intimidatoria con otras estrategias preventivo-generales que resultan medios complementarios de protección de bienes jurídicos», FELIÓ SÁNCHEZ, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. I, 2008, 266. GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 179, señala que la pena «no tiene una función metafísica de retribución y expiación sino la más simple y modesta de prevenir delitos». Posteriormente, GIMBERNAT ORDEIG, «Prólogo» de ALCÁCER GIRAÓ, *Lesión*, 2003, 16, rechazó que se le considere como partidario de la prevención general negativa. En realidad, parece defender una concepción mixta: «El Derecho penal trata de evitar los comportamientos más graves que pueden producirse en una sociedad, y aspira a tener una doble eficacia –dos mejor que una– para alcanzar su objetivo: por una parte, mediante la prevención general (negativa) dirigida a que el individuo concreto, por el miedo a sufrir una pena, se abstenga de delinquir; y, por otra parte, mediante la prevención general (positiva), ya que las prohibiciones penales refuerzan la conciencia moral (“afianzan” y “confirman la norma”), con lo que, si se consigue ese reforzamiento, existiría ya un ulterior motivo, además del miedo, para no incurrir en un delito: el displacentero sentimiento de culpabilidad que se genera cuando se actúa en contra de una conciencia a cuya creación y mantenimiento contribuyen, primero, los padres y los educadores, y, a lo largo de toda la existencia humana, otras referencias coactivas, entre las que figura muy especialmente, y para la inhibición de las conductas desviadas más graves, el Derecho penal».

¹⁹⁶ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 120.

posible afirmar la existencia o no del libre albedrío¹⁹⁷, la culpabilidad no podría ser fundamento ni límite de la pena. Por lo tanto, la culpabilidad se entendería desde la prevención¹⁹⁸. Con esto, la pena se impone no en función de la reprochabilidad del autor, sino de consideraciones preventivas: solo si aquella es necesaria para incidir en los procesos motivacionales de los individuos.

1.2. Que la teoría de la motivación se concentra esencialmente en la pena, y que esta se justifica por su necesidad, lo deja claro GIMBERNAT ORDEIG al proponer la impunidad en los casos de hechos cometidos por inimputables (enfermos mentales y menores) o por quienes invenciblemente desconocen la prohibición penal: en ambos escenarios la pena carece de sentido (es inútil y, por lo tanto, innecesaria), ya que, mientras en el inimputable la pena no aparece *ex ante* como un factor inhibitorio serio y *ex post* como un método inadecuado para su readaptación social, en quien actúa en error de prohibición invencible la pena aparece como un mecanismo fracasado al no tener consciencia aquel de que su hecho antecedería a la imposición jurídica de un mal (por lo tanto, el individuo no ha despreciado el efecto inhibitorio de la pena) ni tampoco se le debe imponer la voluntad de actuar conforme a Derecho cuando el hecho realizado era, desde su perspectiva, perfectamente jurídico¹⁹⁹. En estos casos, la aplicación de la pena, desde la perspectiva de la prevención general, es innecesaria: por un lado, el sujeto normal sabe que la impunidad del inimputable no afecta a la suya²⁰⁰; por otro, el sujeto normal sabe que, para él, como conocedor de la prohibición (al igual que la inmensa mayoría de ciudadanos), no regirá lo mismo que para los errados o ignorantes²⁰¹. En ambos casos, por tanto, no se conmueve el «carácter inhibitorio general de las prohibiciones penales»²⁰².

1.3. Con todo, estoy de acuerdo con la idea de que los intentos de conciliar las exigencias de proporcionalidad de la pena con su carácter motivador son «presupuestos irreconciliables»²⁰³. Es ampliamente conocido que el planteamiento de GIMBERNAT ORDEIG es bastante problemático en el sentido de desconocer a la culpabilidad como límite

¹⁹⁷ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 170.

¹⁹⁸ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 175 ss.

¹⁹⁹ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 176 s.

²⁰⁰ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 157, 177.

²⁰¹ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 179.

²⁰² GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 157. Asimismo, la pena no sería necesaria en un escenario de caso fortuito: una pena en este caso no puede motivar la inhibición de una conducta imprevisible o inevitable.

²⁰³ Así, por todos, BAJO FERNÁNDEZ, EPC 1, 1977, 40; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 120.

de la prevención: una gran cantidad de autores han sostenido que la prevención general, sin el límite de la culpabilidad, puede extralimitarse²⁰⁴. En todo caso, si se concentra el análisis en una perspectiva normológica, conforme a lo expuesto será posible decir que en GIMBERNAT ORDEIG no hay una teoría de la norma, aunque sí una teoría de la pena (aunque inadmisibles, como se verá más adelante).

2. Una posición menos extrema es la de MIR PUIG²⁰⁵. Considero que, a pesar de la comentada evolución en el pensamiento de este autor, las ideas que expresó en el marco de la discusión sobre la teoría de la motivación se mantienen sin problemas. Esto es así pues, hasta donde alcanzo a entender, a pesar de preferir (en su última etapa) el término «imputación personal» (en lugar del de «culpabilidad») y de situar en este a la antinormatividad (como primera instancia de la imputación personal), MIR PUIG no ha abdicado de la idea de que en la categoría sistemática en la que se realiza el enjuiciamiento individual por el injusto cometido (llámese culpabilidad o imputación personal) no es posible determinar si el autor actuó con libertad, por lo que sería suficiente verificar si el autor contaba con las condiciones psíquicas de motivabilidad normal para poder atribuirle el injusto cometido. El punto de partida es, entonces, el mismo que el propuesto por GIMBERNAT ORDEIG (no es posible demostrar la existencia de libertad, por lo que no es posible hacer un juicio de reproche). Sin embargo, MIR PUIG resalta la necesidad de contar con la categoría de la culpabilidad (cuyo fundamento material –la normalidad motivacional– se ha mantenido invariable a lo largo de sus diferentes etapas) como límite de la prevención.

3.2.3. Inclusión del dolo en el tipo de injusto.

1. Es relevante para esta investigación abordar lo referido a la comprensión del dolo desde la perspectiva de la teoría de la motivación (representada, en estas líneas, por GIMBERNAT ORDEIG y MIR PUIG²⁰⁶), específicamente, prestar atención a las razones que los defensores

²⁰⁴ Al respecto, por todos, BAJO FERNÁNDEZ, EPC 1, 1977, 38.

²⁰⁵ En MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 78, este autor parece contestar a GIMBERNAT ORDEIG. En efecto, para MIR PUIG, no es que la culpabilidad falte por no ser necesaria la pena. La culpabilidad, en realidad, se presenta como un límite normativo a la posibilidad de prevención. La posibilidad de pena encontrará un límite en la falta de culpabilidad.

²⁰⁶ Aquí no pretendo exponer nuevamente las opiniones de la primera etapa de MIR PUIG. En ese sentido, solo me limitaré a desarrollar lo que resulte funcional al objetivo principal de este capítulo: demostrar que la infracción de la norma no se produce en lo injusto, sino en la culpabilidad (posición que, como es

de tal teoría han esbozado no solo para fundamentar la presencia del dolo y la imprudencia en el injusto, sino también para establecer los criterios diferenciadores entre dolo e imprudencia (concretamente, para justificar la mayor gravedad de la pena en el caso del delito doloso). Con respecto al primer asunto, los críticos se han proyectado sobre los argumentos que los defensores de la teoría de la motivación han desarrollado para fundamentar la trascendental alteración estructural de la teoría del delito (el traslado del dolo y la imprudencia de la culpabilidad al injusto) sin recurrir a los fundamentos ontológicos sostenidos por el finalismo.

2.1. La argumentación que utiliza GIMBERNAT ORDEIG para fundamentar la inclusión del dolo en el injusto es ampliamente conocida: en el tipo penal «tienen cabida todos aquellos elementos que integran la descripción de la conducta cuya no comisión se quiere motivar. La problemática de qué es lo que pertenece al tipo es la problemática de qué es lo que el legislador quiere evitar»²⁰⁷. De esto se deduce, entonces, que para el citado autor la función motivadora del tipo (que contiene, en su opinión, a la pena) permite entender que el dolo queda integrado en el mismo: en los delitos que suponen un castigo por su comisión dolosa, el Derecho penal trata de motivar la no comisión dolosa del delito y, como la conducta cuya no comisión se trata de motivar (la conducta prohibida) está contenida en el tipo, entonces el dolo es parte integrante del tipo²⁰⁸. GIMBERNAT ORDEIG dice: «El dolo es un elemento del tipo de los delitos dolosos ya que es elemento esencial en la descripción de la conducta prohibida»²⁰⁹.

2.2. Se ha sostenido críticamente que, con la argumentación antes expuesta, GIMBERNAT ORDEIG se refiere, más que al tipo de injusto, al tipo de garantía²¹⁰. Esta es la única forma en la que podría entenderse el efecto motivador que, según el mencionado autor, posee el

ampliamente conocido –y sustituyendo el término «culpabilidad» por «imputación personal»–, es en la actualidad defendida por MIR PUIG). Resalta que GIMBERNAT ORDEIG y MIR PUIG siguieron diferentes caminos en este tema, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 116.

²⁰⁷ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 172.

²⁰⁸ Así, GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 172, refiriéndose al delito de autoaborto, señala: «¿Qué comportamientos quiere evitar la ley con el tipo del artículo 413? (...) Quiere evitar la producción intencional de un aborto. La embarazada a quien pase por la imaginación destruir el fruto de la concepción sabe que le espera una pena si lleva a la práctica su idea. Amenazando con ese mal, la ley confía en que, en el mayor número de casos posibles, se omita la realización de la conducta prohibida (...) Si el Derecho penal quiere seriamente evitar en lo posible el autoaborto imprudente, entonces sólo tiene un camino: el de amenazarlo con una pena, el de prohibirlo, el de tipificarlo. Y si sólo pune el doloso, entonces el imprudente ni está prohibido ni está tipificado».

²⁰⁹ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 173.

²¹⁰ BAJO FERNÁNDEZ, EPC 1, 1977, 36; RODRÍGUEZ MOURULLO, DP. PG., 1977, 243 s.

tipo: que en este quede integrado la concreta conminación penal. En ese sentido, en la medida que la sola reunión de los elementos que definen al tipo de injusto no cumpliría ninguna función motivadora²¹¹, si se quiere dotar de sentido a la comprensión que GIMBERNAT ORDEIG hace del tipo (función motivadora a través de la pena), entonces no habrá más alternativa que entender que el referido autor se preocupa más en el tipo de garantía (en el que nadie duda que el dolo sea un elemento integrante) que en el tipo de injusto. Por esto, si en el tipo de garantía quedan reunidos todos los elementos del respectivo precepto conforme a las exigencias del principio de legalidad²¹², que el dolo forma parte del tipo de garantía es algo que no podría ponerse en duda²¹³.

2.3. En todo caso, llama la atención el procedimiento realizado por GIMBERNAT ORDEIG para afirmar que el dolo es elemento del tipo: si en el tipo se reúnen todos los elementos que integran la descripción del hecho que el legislador quiere evitar (mediante la amenaza de pena), y si el dolo es uno de esos elementos, entonces el dolo es un elemento del tipo. La argumentación no me resulta convincente, pues el sentido del término «tipo» utilizado por GIMBERNAT ORDEIG, como antes se dijo, al referirse al tipo de garantía, no solo permitiría afirmar que el dolo es parte del tipo, sino que otros elementos como las condiciones objetivas de punibilidad o los móviles también serían parte de ese tipo (del tipo de garantía). En ese sentido, el «tipo» de GIMBERNAT ORDEIG (que, como antes se dijo, a mi modo de ver alude en realidad a lo que en esta investigación denomino «precepto penal») no permitiría diferenciar entre los diversos elementos de la responsabilidad que pertenecen a otras categorías y no constituyen genuinamente elementos del tipo.

²¹¹ BAJO FERNÁNDEZ, EPC 1, 1977, 37, donde dice: «El tipo de injusto del delito de homicidio es “matar a otro”, o si se quiere “matar a otro dolosamente”. Pues bien, tal descripción por sí misma no puede cumplir ninguna función motivadora mientras no se le anude al menos la pena» (...) «Si, por el contrario, se dice “matar a otro dolosamente será castigado con la pena de reclusión menor” entonces puede decirse que una tal proposición cumpliría una función motivadora, pero ya no es el tipo de injusto sino el tipo de garantía. Y que el dolo pertenece al tipo de garantía es algo que nadie pone en duda».

²¹² Así, BAJO FERNÁNDEZ, EPC 1, 1977, 36.

²¹³ BAJO FERNÁNDEZ, EPC 1, 1977, 37, que afirma: «En realidad la función de motivación se atribuye a la norma o a la pena que es donde realmente ha de ubicarse. Pero la extensión de tal función al tipo, como hacen Muñoz Conde y Gimbernat, no es correcta si se entiende como «tipo de injusto» que no equivale a «norma» ni incluye la pena. Y si no se refieren al tipo de injusto entonces no permite deducir todas las consecuencias dogmáticas que se atribuyen a tal función». Sobre el significado polícticriminal del tipo, que radica en su función de garantía («tipo de garantía» o «*Garantietatbestand*»), por todos, ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, § 10/2. El término «tipo de garantía» fue introducido por LANG-HINRICHSEN, JR 1952, 307; JZ 1953, 363; y ENGISCH, *FS-Mezger*, 1954, 129 ss.

2.4. También es de importancia evaluar los argumentos con los que GIMBERNAT ORDEIG fundamenta la mayor gravedad de la pena del delito doloso en comparación a la que corresponde al delito imprudente. El mencionado autor emplea su perspectiva preventivista, ya explicada, para interpretar el asunto. Como es bien conocido, GIMBERNAT ORDEIG señala: «en el delito doloso el sujeto persigue directamente el resultado, sabe cuándo realiza el tipo y, por consiguiente: la pena, al reforzar la prohibición de matar, condiciona directamente la inhibición del impulso de matar. Otra cosa sucede con el delito imprudente, caracterizado porque el sujeto no cuenta con la producción del resultado; hasta tal punto no cuenta que muchas veces la víctima de la imprudencia es el mismo autor o sus seres queridos y si ni la posibilidad de perder la propia vida o de matar a familiares y amigos evita –porque se piensa que el resultado no va a producirse– la actuación peligrosa, ya podemos aumentar la pena del homicidio imprudente lo que queramos: con ello no conseguiríamos reducir el número de muertes culposas»²¹⁴. Esta posición, sin embargo, no termina de convencer. Y esto es así porque el fundamento del castigo del delito imprudente no tendría razón de ser: si este delincuente no es intimidable, desde su perspectiva preventivista, la pena no sería necesaria²¹⁵. El propio punto de partida asumido por GIMBERNAT ORDEIG (si se impone una pena sin que sea necesaria, sería un abuso de la potestad penal) lleva irremediabilmente no solo a tener que negar la posibilidad de un castigo del delito doloso, sino también a negar en todo caso la posibilidad de castigar un delito imprudente²¹⁶. Asimismo, si lo que se quiere es prevenir la afectación de bienes jurídicos, habría que castigar hechos imprudentes incluso con mayor severidad que hechos dolosos²¹⁷. Estas consecuencias problemáticas, a mi modo de ver, provienen de la ya anunciada ausencia de una teoría de la norma en el planteamiento de GIMBERNAT ORDEIG, que se edifica con criterios estrictamente preventivos.

²¹⁴ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 156.

²¹⁵ En el mismo sentido, GRACIA MARTÍN, AP 37, 1993, 555: «Si el autor no puede motivarse por la amenaza de pena porque confía en que no se produzca el resultado y, por ello, en que la amenaza de la pena no va con él, entonces es que la pena de la imprudencia, sea grave, sea leve, carece absolutamente de eficacia motivadora y, por tanto, preventiva. Si la amenaza de la imprudencia con la pena del homicidio doloso no puede desplegar efectos inhibitorios frente al autor porque ni siquiera le motiva la posibilidad de perder su propia vida como consecuencia de su imprudencia, mucho menos le motivará una pena inferior». También, FEIJÓO SÁNCHEZ, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. I, 2008, 274.

²¹⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. I, 2008, 274-275.

²¹⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. I, 2008, 275, quien al respecto afirma acertadamente que «(...) habría que añadir que, desde el punto de vista de la prevención de peligros para bienes jurídicos, la estupidez o la ignorancia pueden ser tan peligrosas, o incluso más, que la mala voluntad, lo cual podría fundamentar una mayor punición de la primera que de la segunda».

3.1. Con respecto a la posición de MIR PUIG, este autor, en su primera etapa, sostuvo que de la concepción imperativa de la norma penal se deriva «la necesidad de incluir en el centro del injusto el momento subjetivo de desobediencia, el dolo (...) Si el imperativo opera apelando a la motivación de sujeto, conminándole a decidir su voluntad en contra del delito, el hecho de que la infracción de la norma sea intencional o no, ha de influir en la gravedad de la contradicción del imperativo»²¹⁸. Esta afirmación se corresponde con la arraigada (y ampliamente aceptada) idea de que la norma de determinación fundamenta la inclusión del dolo en lo injusto²¹⁹. Sin embargo, este planteamiento, llevado a sus últimas consecuencias, parece ir más allá. En efecto, así como de la admisión de una concepción imperativa de la norma parece posible situar el dolo en el injusto, no hay nada que impida la posibilidad de incluir también en este ámbito todas las demás circunstancias referidas a la eficacia instrumental de la norma, lo cual, consecuentemente, llevaría a la desaparición de la distinción tradicional entre injusto y culpabilidad²²⁰. A mi modo de ver, el planteamiento inicial de MIR PUIG adolecía de esta cuestión problemática, lo que explica que el propio autor haya reconocido que el conocimiento de la antijuridicidad debía situarse también en el injusto²²¹. La utilización del argumento normológico para fundamentar el dolo en el injusto no solo repercute necesariamente en la admisión de un fundamento predominantemente subjetivo²²², sino que evoca la posición de BINDING vinculada a la desobediencia al mandato de la norma (en la que el dolo, al ser un rechazo consciente de la misma, era la forma más grave)²²³, posición que aparece cada cierto

²¹⁸ MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 58. Parecido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 98, donde señala: «Las repercusiones fundamentales del imperativismo en la teoría jurídica del delito atañen especialmente a la antijuridicidad: si ésta se configura como “desobediencia” al imperativo en que consiste la norma, no cabe duda que su núcleo será la resolución de la voluntad. A partir de lo cual se encauza la demostración de la pertenencia del dolo al tipo de injusto de los delitos dolosos, sin que, entonces, implique aceptar las premisas ontológicas del finalismo. De otra parte, se añade que el imperativismo permite fundar más correctamente la función preventiva de la pena. Por último, constituye el planteamiento más conforme con la “teoría de la motivación”».

²¹⁹ Al respecto, por todos, MIR PUIG, *Función*, 2.^a ed., 1982, 75; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.^a ed., 2010, 626.

²²⁰ Al respecto, BACIGALUPO, RDPUC 1986, 61 ss., 72; SCHÜNEMANN, en: SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.) y SILVA SÁNCHEZ (Ed.) *Fundamentos*, 1995, 224; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 653 y *passim*; PEÑARANDA RAMOS, RPDJP 2001, 408, 437.

²²¹ MIR PUIG, *Función*, 2.^a ed., 1982, 74 ss., 78 ss., 80 ss.

²²² También GRACIA MARTÍN, *Fundamentos*, 2006, 113, n. 212, quien señala que «Por esta razón, quien, como Mir Puig, sostenga que la consciencia de la antijuridicidad es un elemento del dolo e incluya a este, a la vez, en la antijuridicidad, no sólo es que incurra en una contradicción insalvable, sino que tampoco podrá escapar a la objeción de que su concepción de la antijuridicidad sí sea una subjetiva (...)».

²²³ En efecto, BINDING, *Grundriss*, 8.^a ed., 1913, 117 ss., parece ser el representante de un planteamiento radical con respecto a la teoría del dolo. Si se recuerda que él sostenía que el delito radicaba en la infracción de una norma, es claro que la desobediencia consciente de la misma expresaba una mayor gravedad (desde la perspectiva de la culpabilidad). Al respecto, KORIATH, *Jura* 1996, 116 ss.

tiempo en los planteamientos de autores que, si bien parten de consideraciones teleológicas (en el que el análisis se concentra en la peligrosidad sobre el bien jurídico), expresan la idea de la «desobediencia», produciéndose así un quiebre argumental²²⁴. En todo caso, es importante mencionar que esta problemática constituyó, si no entiendo mal, el principal motivo para la modificación de planteamiento de MIR PUIG, quien, en su segunda etapa, propuso la inclusión de una «antijuridicidad objetiva», la que distinguió de la «antinormatividad». Solo la afirmación de ambas categorías daba lugar a la «antijuridicidad completa». Posteriormente (posiblemente por las dificultades propias del mantenimiento de una norma de carácter imperativo y, al mismo tiempo, de la conservación de la equiparación conceptual entre injusto y antinormatividad), ya en su última etapa, MIR PUIG distinguió entre antijuridicidad objetiva y antinormatividad, ubicando al dolo en la primera categoría²²⁵. Con esta comprensión, MIR PUIG parece distanciarse de «su previa concepción del dolo como dolo malo situado en la antijuridicidad»²²⁶. Con todo, su planteamiento actual tampoco está exento de inquietudes. MIR PUIG parece defender, en realidad, una teoría del dolo²²⁷. En su última etapa, el dolo que queda excluido por el error de prohibición no es el dolo típico ni el referido a los presupuestos objetivos de una causa de justificación, sino el denominado «dolo completo», esto es, el que, según el referido autor, es necesario para una imputación personal.

3.2. En todo caso, cabe agregar un asunto de relevancia para el análisis que se realiza en estas líneas: hasta donde alcanzo a entender, MIR PUIG, a diferencia de GIMBERNAT ORDEIG, sí contaba con una teoría de las normas subyacente a su comprensión. En efecto, MIR PUIG (en su primera etapa) ya reconocía claramente la existencia de una norma de

²²⁴ Así, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 647, n. 382, donde señala que los autores que concluyen la ubicación del dolo en lo injusto a partir de la concepción imperativa de la norma consideran al «dolo como elemento subjetivo de desobediencia, clave en la infracción del imperativo». Sin embargo, al respecto, PEÑARANDA RAMOS, RPDJP 2001, 402, afirma que entender al dolo como elemento subjetivo de desobediencia no termina de casar bien con la consideración (admitida expresamente por el propio SILVA SÁNCHEZ) de que «El fundamento de lo injusto, desde perspectivas teleológicas, no es, pues, un elemento subjetivo (una intención, un acto interior de desobediencia), sino una conducta, en la medida en que ésta puede afectar en términos lesivos a los bienes jurídicos merecedores de protección penal. Esto es, en otras palabras, una conducta que contiene un riesgo objetivo de lesión para bienes jurídicos» (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 625).

²²⁵ GIL GIL, *Delito imprudente*, 2007, 48, n. 82, donde señala: «Por tanto en su concepción la capacidad para recibir el imperativo ya no condiciona la antijuridicidad del hecho, porque Mir no equipara antijuridicidad con infracción de la norma de determinación. Sin embargo, es esta comprensión de la infracción de la norma de determinación la que me resulta inadmisibles».

²²⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, *LH-Mir Puig*, 2017, 736.

²²⁷ Al respecto, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Torío López*, 1999, 341, n. 17, señala que MIR PUIG defiende una teoría del dolo «con peculiaridades».

carácter imperativo, la que hizo parte de su argumentación en el marco del delito y de la pena. Por este motivo, las ideas sobre la relación entre la norma primaria y la norma secundaria planteadas por MIR PUIG trascienden a la teoría de la motivación.

3.3. Reflexiones a partir de lo expuesto.

1. En las líneas anteriores he realizado una serie de reflexiones teniendo en cuenta principalmente las opiniones de dos autores que han sido reconocidos en la ciencia jurídico-penal española como defensores de la teoría de la motivación. En este momento intentaré justificar por qué he concentrado mi atención en sus reflexiones. En primer lugar, la teoría de la motivación parece tener como punto de partida la negación de la existencia de libertad, negando, consecuentemente, que se pueda hablar de libertad de voluntad como fundamento material de la culpabilidad. Esto, como se ha visto, ha conducido a defender posiciones en la culpabilidad basadas en la prevención (GIMBERNAT ORDEIG)²²⁸ o en la motivabilidad normal del sujeto (MIR PUIG)²²⁹. Lo esencial sobre cada una de estas posiciones ya está ampliamente desarrollado. En este momento solo quiero destacar que, los mencionados puntos de partida no pueden ser admitidos si es que se acepta al mismo tiempo una perspectiva normológica.

1.1. GIMBERNAT ORDEIG rechazó a la culpabilidad como fundamento y presupuesto de la pena²³⁰. Esta posición, defendida por el citado autor, no fue sin embargo seguida por otros autores que también mantenían los postulados de la teoría de la motivación²³¹. Al concentrar todos los elementos objetivos y subjetivos en el injusto (en el que se producía, como se dijo antes, un mero proceso de subsunción), su concepto de culpabilidad carecía

²²⁸ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 176 ss.

²²⁹ MIR PUIG, DP. PG., 10.ª ed., 2016, 20/39 ss.

²³⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. I, 2008, considera que el modelo teórico de GIMBERNAT ORDEIG tiene como correcto el hecho de haberse apartado de una «concepción de la culpabilidad tradicional e individualista basada en el libre albedrío y la posibilidad de actuar de otro modo». Sin embargo, considera que el error en el mencionado modelo teórico radica no haber buscado una vía distinta de fundamentación de la culpabilidad, rechazando por completo esta categoría. Con todo, es necesario decir que el determinismo (que supone básicamente la negación de la libertad o libre albedrío) no implica necesariamente la adopción de la idea de la motivabilidad normal o anormalidad de la motivación. En ese sentido, se puede admitir la indemostrabilidad de la libertad y, a la vez, no aceptar el determinismo. Pueden existir teorías de la normalidad o motivabilidad que acepten la libertad (aunque las que no aceptan la libertad son la mayoría).

²³¹ Desarrollaron teorías de la culpabilidad sobre los cimientos de la teoría de la motivación: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 119 ss.; MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., 1982, 91 ss.; MUÑOZ CONDE, en: MIR PUIG (Ed.), *Derecho penal y Ciencias Sociales*, 1982, 161 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 659 ss.

de referencias a criterios subjetivo-individuales, construyéndolo únicamente sobre fundamentos preventivos: sustituye la noción de culpabilidad por la de motivabilidad²³². Los autores que no acompañaron en este punto a GIMBERNAT ORDEIG buscaron fundamentar un concepto de culpabilidad y, al parecer, encontraron nuevamente en la norma un elemento de importancia²³³, lo cual no sucedió en el planteamiento del mencionado autor pues, como antes se dijo, su construcción teórica carece de una teoría de las normas subyacente²³⁴. En efecto, aunque en algún momento el mencionado autor haya reconocido que existen «normas elementales e imprescindibles de convivencia humana»²³⁵, y que la pena constituye un recurso «para conferir a tales prohibiciones –con la amenaza y con la ejecución de la pena cuando no sean respetadas– un especial vigor que eleve en la instancia de la conciencia su efecto inhibitor»²³⁶ (lo cual permitiría pensar en una instancia motivadora previa a la conminación, esto es, la que correspondería a la propia norma), al equiparar el comportamiento prohibido con el comportamiento equiparado con pena, la norma, como mensaje prescriptivo independiente de la conminación penal, deja de poseer una función directiva²³⁷. En realidad, GIMBERNAT ORDEIG se concentra en la pena más que en la norma, por lo que su concepción debería ser reconocida, más bien, como una teoría de la pena²³⁸. Esta falta de claridad en cuanto a la distinción entre teoría de la norma y teoría de la pena, sin embargo, no es algo novedoso: ya de la propia argumentación

²³² GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 142 ss., 175 ss.

²³³ Al respecto, por todos, MIR PUIG, DP. PG., 10.ª ed., 2016, 20/43.

²³⁴ Destaca también la oscuridad del planteamiento de GIMBERNAT ORDEIG en este punto, MELENDO PARDÓS, ADPCP 2007, 289. Reconoce la existencia de una teoría de la norma subyacente a la teoría de la motivación, aunque la considera incompatible con la concepción de los ciudadanos como seres autorresponsables, FEIJÓO SÁNCHEZ, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. I, 2008, 288.

²³⁵ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 147.

²³⁶ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 148, 151-152, donde dice «(...) la tarea que la pena tiene que cumplir es la de reforzar el carácter inhibitor de una prohibición».

²³⁷ Al respecto, MELENDO PARDÓS, ADPCP 2007, 289 s.: «Ahora bien, si podemos distinguir entre el efecto inhibitor de la norma como tal y el de la pena, por mucho que ésta coadyuve a aquella, ¿por qué tienen que coincidir comportamiento prohibido y comportamiento conminado con pena? ¿Por qué luego aparecen, igualmente, innumerables referencias a lo que el legislador puede conseguir o no por medio de la pena? Así, por ejemplo, las conductas se dirigen por medio de la amenaza de la pena, lo que legitima también que la gravedad de la misma dependa del valor del bien jurídico y del carácter doloso o imprudente de la lesión del bien jurídico. Ya no parece que sea la norma como tal la que tenga una función directiva de conductas, sino la pena o, en todo caso, la norma en cuanto incorpora la pena. Así se explica, obviamente, que comportamiento prohibido y conminado con pena deban coincidir, pues la evitación del comportamiento prohibido no es una cuestión de la norma, sino de la pena, o de la pena incluida en la norma. Con ello, sin embargo, el posible efecto inhibitor de la norma, sin referencia a la pena, cae en el vacío, lo que repercute constructivamente, pues podría pensarse que si el efecto inhibitor sólo proviene de la pena, el escalonamiento valorativo del delito deviene difícil. Con otras palabras: las conductas de los inimputables no estarían prohibidas».

²³⁸ Al respecto, FEIJÓO SÁNCHEZ, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. I, 2008, 264, donde señala que la teoría de la motivación: «en la línea teleológica que caracterizó al postfinalismo, es una teoría que parte de la función social de la pena».

expuesta por VON LISZT no es posible reconocer si este se refería a una o a otra. En efecto, cuando este autor señaló que la imputabilidad era la «capacidad normal de determinarse por motivos», no queda claro si esos motivos se referían al temor a la pena o al respeto a la norma²³⁹.

1.2. Como se dijo en líneas anteriores, GIMBERNAT ORDEIG considera que en el caso de los inimputables o de quienes actúan en error de prohibición invencible, la pena es innecesaria, pues la impunidad de estas conductas no disminuye en absoluto el carácter inhibitorio general de los preceptos penales para los demás sujetos, esto es, los imputables (que no se identifican con el inimputable o con quien actúa en error de prohibición)²⁴⁰. Esta argumentación es un claro ejemplo de fundamentación consecuencialista que omite por completo que la razón por la cual no se impone penas a inimputables ni a quienes actúan en error de prohibición invencible no radica en los efectos a terceros, sino en el respeto de derechos²⁴¹, esto es, en un límite deontológico que debe tener el Estado en cuanto a su relación con los ciudadanos. Si la colectividad llegara a escandalizarse por la impunidad de los hechos cometidos por inimputables²⁴², entonces, ¿sí sería *necesario* imponerles penas a ellos? GIMBERNAT ORDEIG nunca ha negado que el fundamento de todo Derecho garantista y liberal debe radicar en el respeto a la persona y a su dignidad²⁴³. Sin embargo, esta pretensión no se lleva bien con un planteamiento en el que renuncia completamente a la culpabilidad como fundamento y límite de la pena: «La dignidad y el reconocimiento de la personalidad tienen poco que ver con la motivabilidad, mientras siempre han tenido mucho que ver con el principio de culpabilidad como principio básico del Estado democrático de Derecho»²⁴⁴. En definitiva, «un Derecho penal que solo se legitime mediante el

²³⁹ Expresa esa misma inquietud, GRECO, *Teoría de la pena*, 2015, 383.

²⁴⁰ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 157.

²⁴¹ GRECO, *Teoría de la pena*, 2015, 395, donde dice: «La referencia a la falta de necesidad preventiva de punición no acierta en lo esencial, pues la razón por la que no se pena a un niño, no radica primeramente en el perjuicio que podría surgir para nosotros o bien en que no representa un perjuicio no castigar a un niño, sino ya en el respeto de los derechos del propio niño».

²⁴² Precisamente, el núcleo de la argumentación de GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 175 ss., al respecto es que se puede prescindir del castigo de los inimputables porque frente a sus hechos no hay exigencias de prevención general, esto es, la colectividad no exigiría su castigo ni se escandalizaría por su impunidad. Una orientación parecida es la que sigue al abordar lo referido a los supuestos de error de prohibición: la impunidad del ignorante no genera efectos en el que conoce la prohibición (que sabe que el hecho es prohibido y que a él sí se le castigaría).

²⁴³ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 145 ss.

²⁴⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. I, 2008, 272, quien además señala que GIMBERNAT ORDEIG tiene que acudir a criterios valorativos externos a su propia teoría del Derecho penal.

pensamiento de la prevención y sus sanciones no se vinculen más con la culpabilidad por el hecho, perdería entonces su legitimación como Derecho penal»²⁴⁵.

1.3. Por lo demás, me parece bastante criticable cómo se hace uso del argumento de la motivación en el caso de inimputables. Se ha afirmado, por ejemplo, que aquellos pueden ser motivables porque argumentar en sentido contrario sería como negarles toda posibilidad de educación o la posibilidad de educación conforme a las normas sociales²⁴⁶. Pero que el inimputable pueda ser educado conforme a normas sociales no es algo que se ponga en discusión: esto podría o no suceder²⁴⁷. Lo que en realidad se critica es que la teoría de la motivación ponga como primer factor de motivación a la amenaza de pena incluida en algo que llama «tipo»²⁴⁸. Que la propia teoría de la motivación sostenga que el inimputable tiene «poca o nula motivabilidad» por la pena, no solo es algo, a mi juicio, incierto. Lo que, en realidad resulta criticable es que se trate de salvar la objeción recurriendo a una idea que en la propia teoría no resulta: que los inimputables pueden educarse y actuar conforme a normas sociales. Aquí se hace un uso del término «motivación» en un (por llamarlo de alguna manera) «sentido débil»: tomando como referencia a las normas sociales. Si esto es así, y si a los inimputables se les puede «motivar» de esa manera, no veo por qué no sería posible afirmar lo mismo en el caso de los imputables (quienes, según esa misma opinión, son motivados, al parecer, en primera línea por la norma jurídico-penal²⁴⁹). Lo que quiero decir es que en el proceso de motivación intervienen, en primera línea, las normas sociales (y no la conminación penal, como sostiene un amplio sector de la ciencia jurídico-penal), lo que parece ser confirmado

²⁴⁵ ERBER-SCHROPP, *Schuld*, 2016, 28.

²⁴⁶ ASÍ, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 115.

²⁴⁷ MIR PUIG, DP. PG., 10.^a ed., 2016, 20/43.

²⁴⁸ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.^a ed., 1990, 178, pone un ejemplo para explicar los casos de error de prohibición: el supuesto en que dos hermanos (de nacionalidad extranjera) cometen una conducta de incesto pensando que se trata de un hecho no castigado (impune) en España. Conforme a lo señalado por GIMBERNAT ORDEIG, la sociedad estaría compuesta por sujetos que conocen no solamente la existencia de hechos prohibidos, sino de hechos penalmente prohibidos. De esto habría que deducir la idea de que los ciudadanos, como parte de su desarrollo social, tienen que leer el CP para poder interrelacionarse con otros en sociedad, y tener a la amenaza de pena como primer motivo para actuar (y dejar de hacer aquello que el Derecho penal quiere evitar al vincular el correspondiente hecho con una pena). Pero no solo eso. El ejemplo mencionado, a mi modo de ver, deja en evidencia la opinión del autor citado sobre la tipicidad: la realización del hecho descrito en el precepto penal, esto es, mera subsunción de un hecho.

²⁴⁹ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.^a ed., 1990, 172. Considera que la prevención llevada a cabo por el Derecho penal se realiza mediante las normas de conducta y no «mediante la puesta en relación inmediata del comportamiento cuestionado con la amenaza de sanción», SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.^a ed., 2010, 493.

por la opinión aquí comentada²⁵⁰. En todo caso, si en esta investigación se admite que la motivación es un proceso en el que el destinatario, en el caso concreto y mediante un proceso racional, decide hacer valer otro motivo (diferente a la norma) como una razón para la acción, entonces será difícil aceptar aquella opinión por la que se sostiene que la norma se dirige al inimputable porque es anormalmente motivable. Evidentemente, esa opinión tiene un punto de partida distinto, esto es, que las normas se dirigen a todos, incluyendo a los inimputables, y que se dirigen inclusive antes de cualquier concreción de la situación.

2.1.1. Por su parte, MIR PUIG, a diferencia de GIMBERNAT ORDEIG, consideró que en la culpabilidad sí cabía hablar de normalidad motivacional²⁵¹. Esta posición, hasta donde alcanzo a entender, se ha mantenido estable a pesar de los profundos cambios acaecidos en las diversas etapas de su concepción. Al respecto, considero que es posible mencionar algunos asuntos, pues, en mi opinión, sostener la categoría dogmática de la culpabilidad (o «imputación personal», como prefiere denominarla MIR PUIG) sobre la normalidad motivacional o normal motivación por la norma como fundamento material no me parece el camino acertado. Y esto principalmente por dos motivos. Primero, porque tal fundamento material no parece cumplir su principal función: no fundamenta de manera idónea la culpabilidad de la persona normalmente motivable²⁵². Precisamente, MIR PUIG, propone una importante diferencia: tomando como punto de partida la idea de que hay algunos sujetos que cuentan con condiciones motivacionales más favorables para atender a la llamada de la norma y otros sujetos que no cuentan con tales condiciones, la sociedad impone expectativas diferentes sobre ellos (mayores para los primeros, menores para los segundos). Sin embargo, la idea de la expectativa no niega en absoluto que un individuo posea motivos más fuertes para decidirse en contra de la norma que a favor de esta o, en otras palabras, «el argumento de las expectativas sociales frente al normal no es suficiente si al final nadie puede actuar de modo distinto a como lo hizo»²⁵³. Las expectativas

²⁵⁰ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 115 s., donde señala: «Lo mismo que los inimputables son receptivos, en términos generales, a las normas sociales, lo son a las jurídicas y, dentro de ellas, a las jurídico-penales: para que éstas últimas produzcan su efecto motivador en contra de la realización de las conductas que prohíben, no siempre es necesario, como queda dicho, su inmediato conocimiento; si este conocimiento existe, también existe la motivación que produce, aun cuando en el caso de los inimputables no despliegue su normal intensidad».

²⁵¹ MIR PUIG, DP. PG., 10.^a ed., 2016, 20/47. También entiende a la normalidad motivacional como fundamento de la culpabilidad, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, RDPC 2, 1998, 387.

²⁵² Así, LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.^a ed., 2016, 26/15.

²⁵³ LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.^a ed., 2016, 26/15.

sociales, principal insumo de toda relación social, exige necesariamente la representación de uno mismo como libre y la comprensión de los otros como libres (en una relación social, uno trata al otro como libre y de la misma manera espera ser tratado). Por tanto, la siguiente afirmación –que en definitiva me parece correcta– me parece sinceramente difícil de controvertir: «si partiéramos de que el hombre está siempre invariablemente determinado y no puede actuar de otro modo, negaríamos la posibilidad de educarle o de influenciar su conducta mediante normas sancionatorias»²⁵⁴.

2.1.2. Segundo, porque la fundamentación de la culpabilidad en la normalidad de la motivación podría desencadenar una argumentación circular que impediría una adecuada comprensión de este segundo pilar del concepto de delito. Esto podría verificarse, hasta donde entiendo, en la exposición de MIR PUIG. Como antes se dijo, este autor considera que no todos los inimputables son absolutamente inaccesibles a la motivación normativa (solo lo serían los absolutamente inmotivables, a quienes no se les dirigirían las normas), pues, en realidad, hay sujetos que, a pesar de tener acceso a la norma, sí que se encuentran en una situación de motivabilidad anormal (pueden infringir la norma, por lo tanto, esta se dirige también a ellos, aunque no serán responsables). Con esto, la diferenciación, desarrollada por MIR PUIG, entre anormalmente motivables y absolutamente inmotivables (siendo estos últimos quienes de manera absoluta no pueden acceder a la motivación normativa)²⁵⁵, hasta donde entiendo, consistiría en que el mensaje normativo llegue en condiciones de normalidad: esto sí sucede en los normalmente motivables y en los anormalmente inmotivables, pero no en los absolutamente inmotivables²⁵⁶. Pues bien, esta argumentación origina una legítima inquietud: ¿cómo se decide quién es normalmente motivable, quién lo es solo de manera anormal y quién es absolutamente inmotivable? O, dicho de otra manera, ¿qué criterios hay que tomar en cuenta para determinar que la motivabilidad de un sujeto es normal o anormal?²⁵⁷ ¿Cuáles son las circunstancias que

²⁵⁴ PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, 1986, 116. En esa misma línea, al parecer, TAMARIT SUMALLA, RDPC 17, 2006, 189, donde establece que: «(...) los déficits de inteligencia, de conocimiento, de madurez y en general de las condiciones de representación mental de la realidad son socialmente comprendidas y atribuidas como una limitación de la capacidad de actuación libre de la persona humana, en una reversión de la evangélica profecía “la verdad os hará libres”».

²⁵⁵ MIR PUIG, DP. PG., 10.ª ed., 2016, 20/45.

²⁵⁶ MIR PUIG, DP. PG., 10.ª ed., 2016, 20/46.

²⁵⁷ GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 175: «Ciertamente podría especularse con la renuncia al castigo también en referencia a aquellas personas “normales” a quienes el mal amenazado no va a suponer ningún estímulo inhibitorio. Pero este procedimiento no es viable por dos razones. La primera razón, porque con los conocimientos de que actualmente disponemos no es posible determinar con exactitud quienes, de

deben conducir a afirmar que una persona es normalmente motivable o es anormalmente motivable? Y es la respuesta a esta inquietud la que, a mi modo de ver, desvela la circularidad del argumento utilizado: ante la pregunta ¿quién es un sujeto anormalmente motivable? Se responde: aquel que la norma no le influye en condiciones de idoneidad (el mensaje normativo no les llega en condiciones de normalidad). Pero, ante la pregunta: ¿cómo se determina que la norma no influye en condiciones de idoneidad a un sujeto? Se responde: porque este sujeto es anormalmente motivable. En buena cuenta, se parte de una presunción –y, por lo tanto, de una ficción²⁵⁸– de que todo hombre normal es motivable, pues probar que ello es así en el caso concreto es indemostrable²⁵⁹. Así como no sería empíricamente verificable la libertad de un individuo en el caso concreto, tampoco sería empíricamente verificable la idea de que el hombre actúa siempre sin libertad, determinado por causas o motivos que no controla²⁶⁰.

3.1. Los planteamientos acabados de exponer permiten, a mi juicio de manera justificada, cuestionar la idea de que la normalidad de la motivación constituye el fundamento material correcto para la categoría dogmática de la culpabilidad. Sin embargo, las razones antes expuestas no son las únicas que me conducen a sostener ese cuestionamiento. Algunas construcciones edificadas sobre la idea del determinismo adolecen, a mi modo de ver, de

entre los normales, son motivables por la pena y quienes no; ante esta situación el Derecho penal tiene que partir del presupuesto –generalizador y, por ello, indiferenciador y probablemente incorrecto– de que todos los no enajenados son accesibles al estímulo de la pena. La segunda razón que hace inviable acudir al referido procedimiento es que entre los “imputables” se da un proceso de identificación: todos somos iguales y, por consiguiente, si a ese que ha hurtado –y que es tan “normal” como yo– no le castigan, es posible que lo mismo que han encontrado en él encuentren en mí y que tampoco me castiguen si delinco. Estas distinciones y excepciones de punibilidad, en base a diferencias tal vez fundamentadas, pero inaprehensibles, supondrían un relajamiento del principio punitivo y, como consecuencia, la pérdida de eficacia del Derecho penal. Por consiguiente, aun admitiendo como muy posible que existan notables divergencias, desde el punto de vista de la “motivabilidad”, dentro de los sujetos a los que hoy en día calificamos de “imputables”, el hecho es que esas divergencias no constituyen aún un patrimonio científico fuera de discusión; por ello, no están tampoco claramente definidas y, por ello también, no han podido incorporarse a la conciencia popular a la que se dirige el Derecho penal».

²⁵⁸ ALONSO ÁLAMO, en: MARAVER/POZUELO (Coords.), *Culpabilidad*, 2019, 13, quien señala: «la fundamentación por la normalidad motivacional aceptando a la vez el postulado determinista es una ficción semejante a las ficciones de libertad para el Derecho».

²⁵⁹ Así lo reconoce GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.^a ed., 1990, 175, que habla de un presupuesto «generalizador y, por ello, indiferenciador (...) de que todos los no enajenados son accesibles al estímulo de la pena». Por otro lado, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, 1986, 117, quien señala (comentando el planteamiento de DANNER): «aunque aceptemos la demostración empírica, a través del psicoanálisis, de la motivabilidad del hombre normal, es indemostrable en el caso concreto, con los medios procesales, que el autor de un delito era normalmente motivable en el momento del hecho. Consecuentemente, Danner no exige la prueba de la motivabilidad normal en el proceso, sino que parte de la presunción de que todo hombre normal es motivable».

²⁶⁰ Por todos, LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 2.^a ed., 2016, 26/32; RENZI KOWSKI, en: BOROWSKI/PAULSON/SIECKMANN, *Rechtsphilosophie*, 2017, 639.

deficiencias internas que las hacen criticables. En ellas, curiosamente, la referencia a la norma es una constante. Por ello, su análisis resulta importante en esta investigación. Precisamente, recurro nuevamente a la posición de MIR PUIG para fundamentar mi argumentación. Ya se ha dicho que este autor ha propuesto que dentro del ámbito de lo que él llama «imputación personal» se sitúa, primero, la infracción personal de una norma de determinación (la norma primaria) y, segundo, la responsabilidad penal del sujeto²⁶¹. La infracción personal de la norma de determinación requiere, a su vez, también de dos instancias sucesivas, claramente definidas por MIR PUIG: primero, la capacidad personal de evitar el hecho y, segundo, la capacidad de conocer la antijuridicidad. Esto quiere decir que, para afirmar la infracción personal de una norma de determinación se debe verificar, prioritariamente, la capacidad personal de evitar el hecho. Según MIR PUIG, esta capacidad personal de evitar el hecho normalmente se dará; sin embargo, de manera excepcional podrá faltar en algunas personas. Dependiendo entonces de si concurre o no la capacidad personal de evitar el hecho sucederá lo siguiente: si hay capacidad personal de evitar el hecho, el desvalor objetivo del hecho antijurídico irá seguido de su desvalor personal. MIR PUIG señala que la afirmación de la infracción personal de una norma imperativa requiere, además, de la capacidad personal de evitar el hecho, la *imputación* del carácter antijurídico del hecho, esto es, la afirmación de que el sujeto pudo conocer la antijuridicidad del hecho²⁶².

3.2. A pesar de proponer un concepto de imputación personal y de distinguir entre injusto y antinormatividad, MIR PUIG sigue considerando que el fundamento material de aquel concepto radica en la motivabilidad normal²⁶³. Al respecto, cabe afirmar dos ideas. La primera es que la distinción entre injusto y antinormatividad (que, como antes se explicó, se remonta a BINDING en su última etapa) constituye, desde mi perspectiva, un paso importantísimo para la reinterpretación del concepto de delito. Como se explicará en detalle más adelante, en esta investigación se asume tal distinción como correcta. Aquí solo bastará con afirmar que la traslación de la antinormatividad a lo que MIR PUIG denomina «imputación personal», me parece una decisión acertada²⁶⁴. Sin embargo –y esta es la segunda idea–, trasladar la antinormatividad a la imputación personal supone

²⁶¹ MIR PUIG, DP. PG., 10.^a ed., 2016, 20/28 ss.

²⁶² MIR PUIG, DP. PG., 10.^a ed., 2016, 20/32.

²⁶³ MIR PUIG, DP. PG., 10.^a ed., 2016, 20/46 ss.

²⁶⁴ Manifiesta sus dudas, sin embargo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, RDPC 2, 1998, 387-388.

necesariamente tener que renunciar a una fundamentación material de este segundo pilar del concepto de delito desde la perspectiva de la motivabilidad normal. Si se tiene como punto de partida la idea de que la norma posee la función de dirección de conductas (norma de determinación), y si la infracción de la norma se sitúa en el marco de la culpabilidad (imputación personal o como quiera denominársele), entonces es en este marco donde debe analizarse la posibilidad *personal* de ser motivado por la norma. A mi modo de ver, esto no se puede realizar mediante el mantenimiento de la idea de la motivabilidad normal. Conservar a la motivabilidad normal como fundamento material de la culpabilidad supone negar la efectiva función de la norma como norma de determinación²⁶⁵. En buena cuenta, construir un concepto de delito desde la perspectiva de una teoría de la norma requiere necesariamente, como mínimo, considerar al hombre como libre, pues la norma y la libertad se encuentran en una indisoluble relación sinalagmática²⁶⁶. Parece ser, entonces, que solo cabe hablar de normas en un contexto indeterminista²⁶⁷.

3.3. Por lo expuesto, ha de señalarse que el fundamento material de la culpabilidad debe sostenerse sobre la base de la libertad de voluntad del individuo, la que a su vez debe fundamentarse desde la perspectiva de las normas sociales y jurídicas que la gobiernan, que parten de que el ser humano maduro y mentalmente sano en situación normal posee la libertad de decidir y actuar de una u otra manera, concretamente, de cumplir las normas o infringirlas, con las correspondientes consecuencias²⁶⁸. Un desarrollo amplio de este planteamiento, sin embargo, ha de ser dejado para una investigación posterior. Aquí solo se puede decir, en todo caso, que, en mi opinión, la concepción normativa de la culpabilidad es correcta, si es que esta se entiende como reprochabilidad jurídico-penal individual.

²⁶⁵ Así, las –a mi juicio correctas– observaciones de LESCH, RDPC 6, 2000, 259, n. 31, sobre la comprensión de MIR PUIG. LESCH señala que MIR PUIG «no se centra en la “posibilidad *personal* de ser motivado por la norma” sino en la “motivabilidad *normal*”. De este modo MIR PUIG está negando de nuevo la efectiva función de dirección de conductas de los imperativos, pues esta función *per se* sólo alcanza a aquél que además es motivable *personalmente*» (cursivas en el original).

²⁶⁶ HIERRO, *Eficacia*, 2003, 16. Este autor señala lo siguiente: «No se puede ordenar, como es obvio, aquello que es necesario ni aquello que es imposible. Todo el lenguaje prescriptivo presupone la libertad del sujeto a que se dirige para decidir el curso de la acción. Toda norma presupone que, en su ámbito y ocasión, el sujeto al que se dirige puede (aléticamente) hacer o no hacer lo que la norma establece como debido. La Teoría del derecho ha afirmado, por esta razón, que “debe implica puede”, aunque con frecuencia lo ha hecho confundiendo el lenguaje prescriptivo con el lenguaje descriptivo sacando la conclusión de que toda obligación implica un permiso de hacer (...) Toda obligación implica, para tener sentido deóntico, que el sujeto “puede” (en sentido alético) hacer lo que se le manda, pero implica también que puede (en el mismo sentido) no hacerlo; del mismo modo que toda prohibición implica (también en sentido alético) que el sujeto puede no hacer lo que se le prohíbe, pero implica también que puede (en el mismo sentido) hacerlo».

²⁶⁷ SCHÜNEMANN, *Temas actuales*, 2002, 31.

²⁶⁸ LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 26/32.

3.4. Que una concepción imperativa de la norma casa mal con una comprensión determinista, fue claramente puesta en evidencia a partir de las reflexiones de HOLD VON FERNECK. Como se sostuvo en un capítulo anterior²⁶⁹, el mencionado autor, defensor de la norma desde una perspectiva imperativa, asumió a la vez una comprensión determinista, la que lo llevó, paradójicamente, a una importante contradicción: a pesar de haber sostenido que las normas se dirigen a individuos que puedan motivarse por ellas, habría que llegar a la conclusión (si se quiere ser consecuente con el punto de partida determinista) de que tales individuos nunca habrían podido hacerlo, pues ya estaban determinados a delinquir (nunca hubieran podido actuar de manera distinta a como lo hicieron). Por eso, el sujeto sería un destinatario inidóneo de la norma concreta a él dirigida (tan igual como un inimputable) por lo que, en realidad, no podía infringirla. HOLD VON FERNECK intentó resolver este asunto problemático (que había sido objeto de intensas críticas por parte de THON y MAUČKA) resaltando la necesidad de tomar en cuenta la perspectiva *ex ante*: si el hecho se ve *ex post*, seguramente será posible equiparar el comportamiento del imputable con el del inimputable, pero si aquel se analiza *ex ante*, al momento de la promulgación de la norma, «el legislador puede esperar de los capaces de imputación (*Zurechnungsfähigen*) un cumplimiento regular de la norma, por lo que esta a ellos se les dirige; (pero) de los incapaces de imputación (*Unzurechnungsfähigen*) el legislador no puede esperar un cumplimiento regular»²⁷⁰. Con este esfuerzo argumentativo, sin embargo, creo que no se puede superar la idea ya mencionada de que, desde la perspectiva determinista, existe una presunción de que todo hombre es motivable, lo que sería también indemostrable en el caso concreto.

4. Concepción analítica.

4.1. Desarrollo argumental.

1. Es importante destacar también una orientación en la que se desarrolla un concepto de norma procedente de la filosofía analítica del lenguaje. Esta orientación, surgida también en el marco de la «Escuela de Bonn», en la que, como ya es sabido, fue fundamental el

²⁶⁹ Al respecto, véase *supra* Cap. I, 2.6.

²⁷⁰ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 121, 169 ss.; *Rechtswidrigkeit*, t. II, 1905, 27.

estudio de la teoría de las normas como fundamento metodológico (recuérdese aquí los planteamientos de teoría de las normas de Armin KAUFMANN), busca superar las deficiencias que puedan emerger de este planteamiento (y que, desde esta perspectiva, aún es posible encontrar en el panorama actual, reconocido como post-finalismo). Se trata entonces de una «pretensión radicalmente analítica»²⁷¹, como la desarrollada por KINDHÄUSER²⁷² y seguida, entre otros, por VOGEL²⁷³, TOEPEL²⁷⁴ y MAÑALICH²⁷⁵, en la que se critica la existencia de un «error categorial», existente desde hace tiempo en la ciencia jurídico-penal y originado en el finalismo: una confusión entre el contenido y la función de la norma de conducta²⁷⁶ o, dicho de otra manera, la vulneración de la prohibición de autorreferencialidad de las normas («una norma no puede decir de sí misma bajo qué condiciones resulta obligado por ella el autor porque entonces se estaría refiriendo a sí misma»²⁷⁷). Por lo tanto, desde esta perspectiva, es muy importante la distinción entre norma y vinculación personal²⁷⁸.

2. Desde esta perspectiva es fundamental la distinción entre norma de conducta, norma de sanción y reglas de imputación. La norma de conducta, que describe la conducta jurídicamente correcta, se obtiene por formulación contradictoria del tipo delictivo correspondiente²⁷⁹. La norma de sanción, por su parte, fija las condiciones bajo las cuales se hace jurídicamente responsable a una conducta²⁸⁰. En ese marco, tanto la norma de conducta como la norma de sanción se justifican en la medida que tienen como objetivo la protección de bienes jurídicos, aunque de distintas maneras: las normas de conducta lo

²⁷¹ Así, SILVA SÁNCHEZ, *LH-Mir Puig*, 2017, 878.

²⁷² KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 29 ss. En el trabajo de este autor se verifica una gran importancia de la filosofía analítica de la acción y la filosofía analítica del lenguaje.

²⁷³ VOGEL, *Norm*, 1993, 42.

²⁷⁴ TOEPEL, *Kausalität*, 1992, 16 ss.

²⁷⁵ MAÑALICH, REJ 12, 2010, 169 ss.; *Nötigung*, 2009, 23 ss.

²⁷⁶ Al respecto, MAÑALICH, REJ 12, 2010, 170, quien destaca que el modelo post-finalista adolece de un error categorial proveniente del finalismo: «Ese error categorial consiste en una confusión del contenido y la función de la norma de comportamiento cuyo quebrantamiento imputable constituye el delito. La superación de ese error categorial trae consigo la posibilidad de una reconstrucción del hecho punible en términos de un modelo analítico que, asumiendo la necesidad de complementar el punto de vista ofrecido por la teoría de las normas con el punto de vista de una auténtica teoría de la imputación, produce una clarificación decisiva de las categorías dogmáticas tradicionales».

²⁷⁷ VOGEL, *Norm*, 1993, 42.

²⁷⁸ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 18.

²⁷⁹ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 29; en: KOCH (Ed.), *Herausforderungen*, 1997, 80, donde señala expresamente que «Los tipos delictivos del Código Penal (...) en formulación contradictoria, se pueden comprender como normas»; GA 2007, 450 (=InDret 4/2008, 8). Se traduce aquí «*Delikatbestand*» como «tipo delictivo».

²⁸⁰ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 13.

hacen directamente (esto es, buscan evitar no solo la lesión de bienes jurídicos, sino también las puestas en peligro de los mismos)²⁸¹, mientras que las normas de sanción realizan tal objetivo de manera indirecta, al perseguir la prevención general positiva, esto es, la estabilización de la «validez fáctica» de una norma de conducta²⁸².

3.1. La distinción entre normas e imputación permite la correspondiente diferenciación, admitida por esta orientación, entre contrariedad a la norma (*Normwidrigkeit*) y contrariedad al deber (*Pflichtwidrigkeit*)²⁸³ o, en otros términos, entre una parte objetiva (antinormatividad) y una parte subjetiva, en la que se delibera sobre la capacidad de acción y la capacidad de motivación (imputación)²⁸⁴. La contrariedad a la norma revela una estrecha relación conceptual con la tipicidad: según esta perspectiva, una conducta es típica cuando es a la vez contraria a la norma, pues, como se dijo, una norma es la formulación contradictoria de un tipo delictivo. Y la contrariedad a la norma, según la posición aquí comentada, se concibe como infracción de la prohibición de causación de una lesión o como mandato de evitación de una lesión²⁸⁵ y es independiente de la capacidad del autor²⁸⁶. A esto cabe agregar que la contrariedad a la norma (su vulneración objetiva) se determina *ex post*²⁸⁷, lo que responde a la comprensión de la norma de conducta como una prohibición de causación, esto es, como prohibición de la producción causal de un resultado típico²⁸⁸. Una contrariedad a la norma entendida de esta manera, en todo caso, no

²⁸¹ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 20 ss., 29, n. 6. Desde esta perspectiva, la norma de conducta establece la solución universal a un conflicto de libertades relacionadas con bienes jurídicos. KINDHÄUSER pretende desarrollar algunos planteamientos para justificar una protección autónoma de los delitos de peligro, fuera del paradigma de la agresión. KINDHÄUSER discute también sobre la justificación de las normas jurídico-penales a través de la protección de bienes jurídicos. El citado autor entiende que los bienes jurídicos son cualidades o características que cumplen los presupuestos de una correspondiente norma de valoración. En esa línea, como lesión del bien jurídico el referido autor entiende como una disminución del valor, como mínimo temporal, a través de la acción sobre el portador o titular de esas cualidades (KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 144 s.). Con respecto a la justificación de las normas de sanción, KINDHÄUSER enfatiza la necesidad de una «decisión políticocriminal» y el «mandato de una reserva políticocriminal» de unir a la pena solo normas de «considerable importancia». Si no es así, el Derecho penal en total quedaría devaluado (KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 159).

²⁸² KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 30, 132 ss.

²⁸³ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 13; GA 1994, 20 ss.; TOEPEL, *Kausalität*, 1992, 16 ss.; VOGEL, *Norm*, 41 ss.

²⁸⁴ ROBLES PLANAS, en: FRISCH, *Imputación objetiva*, 2015, 33, caracteriza la posición de KINDHÄUSER así: «un tipo objetivo mínimo (el ámbito de la antinormatividad) y un tipo subjetivo muy enriquecido (el ámbito de la imputación)».

²⁸⁵ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 29 ss., 59 s.; GA 1994, 198; TOEPEL, *Kausalität*, 1992, 16 s.; VOGEL, *Norm*, 1993, 43 ss.; MAÑALICH, *Nötigung*, 2009, 23 ss., 36 ss.

²⁸⁶ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 53.

²⁸⁷ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 50, 53, 83. De la misma opinión, VOGEL, *Norm*, 1993, 45; MAÑALICH, *REJ* 12, 2010, 169 ss.

²⁸⁸ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 148.

sería suficiente aún para impulsar la sanción penal, lo que es reconocido, por ejemplo, por el propio KINDHÄUSER²⁸⁹. Dicho de otra manera: en la medida que la antinormatividad se determina de manera puramente objetiva, aquella aún no describe en absoluto las condiciones individuales del agente, sino que se limita a afirmar un injusto de resultado (*Erfolgsunrecht*), esto es, un estado de cosas antinormativo representado en el hecho que satisface la descripción típica²⁹⁰.

3.2. Solo después de eso se procede a analizar si el suceso antinormativo, que contradice las valoraciones del Derecho, podía ser evitado. Para esta deliberación se emplean las reglas de imputación, esto es, las reglas con las que se atribuye responsabilidad y que, por tanto, tienen un carácter adscriptivo²⁹¹. Si es la norma de sanción la que exige que la conducta antinormativa sea imputada al agente como contradicción de una norma de conducta (pues esa contradicción «expresa el no reconocimiento de la norma como una razón vinculante para la acción»²⁹²), entonces, luego de verificada la contrariedad a la norma, han de aplicarse las reglas de imputación, pues, según el planteamiento aquí expuesto, la situación jurídica objetiva constituye el objeto de la imputación²⁹³. Esto quiere decir que, una vez afirmado un estado de cosas antinormativo (un injusto del resultado), se analiza la contrariedad a deber, para lo cual se toman en cuenta las reglas de imputación²⁹⁴. Con estas es posible determinar la vinculación del individuo con la norma y el correspondiente reproche por la infracción de esta²⁹⁵. Por esa razón, la imputación propuesta por KINDHÄUSER (que sigue, si no entiendo mal, un camino bastante cercano al propuesto por HRUSCHKA²⁹⁶) se lleva a cabo en dos niveles: primero, se imputa al agente

²⁸⁹ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 31 ss.

²⁹⁰ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 29; GA 2007, 450 (=InDret, 4/2008, 8).

²⁹¹ KINDHÄUSER, en: KOCH (Ed.), *Herausforderungen*, 1997, 80.

²⁹² KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 34.

²⁹³ KINDHÄUSER, en: KOCH (Ed.), *Herausforderungen*, 1997, 88.

²⁹⁴ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 58, n. 24 y 25; VOGEL, *Norm*, 1993, 27 ss., 57 ss.; MAÑALICH, *Nötigung*, 2009, 46 ss. (sobre la diferencia entre antinormatividad e imputación como contrariedad a deber).

²⁹⁵ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 35, donde señala lo siguiente: «El destinatario solo puede estar vinculado a la norma en el marco de su capacidad de acción. Condición de la aceptación de una lesión de deber es por consiguiente que el autor no actúa de esta manera como él podría y debía actuar, si lo debido fuera su objeto intencional; quien no hace (omite) lo que puede y deber hacer (omitir), si él quería lo prescrito, muestra que el no reconoce a la norma como fundamento vinculante de su acción».

²⁹⁶ HRUSCHKA, *Zurechung*, 1976, 34 ss.; *Strafrecht*, 2.ª ed., 1988, 313 ss., 326 ss.; ZStW 96 (1984), 661, 672 ss., HRUSCHKA, ADPCP 1994, 344 ss., ha redescubierto las raíces históricas de los dos niveles de imputación. Por su parte, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 41, tomándolas como base, recurre también al instrumental de la filosofía analítica del lenguaje. Al respecto, TOEPEL, *Kausalität*, 1992, 20 ss.

su conducta como lesión de un deber (*Pflichtverletzung*)²⁹⁷; y, segundo, se imputa esa lesión de deber a la culpabilidad (la lesión del deber es el objeto del reproche penal de culpabilidad)²⁹⁸.

4.2. Consideraciones críticas.

4.2.1. Contrariedad a la norma.

1.1. Como se ha señalado, autores de este sector doctrinal como KINDHÄUSER, VOGEL, TOEPEL o MAÑALICH señalan que la norma de conducta es aquella que se obtiene a partir de la formulación contradictoria del correspondiente tipo delictivo. Conforme a esta comprensión, una conducta es típica si es antinormativa. El suceso que satisface la descripción típica expresa ya un estado de cosas antinormativo o, con otras palabras, se trata ya, como se ha dicho, de un injusto del resultado²⁹⁹. La estrecha relación entre lo típico y lo antinormativo se verifica también al momento de su determinación: como se ha visto, la antinormatividad (por lo tanto, la tipicidad) se verifica únicamente de manera *ex post*³⁰⁰. La pretensión radicalmente analítica que persiguen los autores citados les conduce, como puede preverse, a la separación entre un estado de cosas antinormativo (que contradice las valoraciones del Derecho) y un ulterior juicio de imputación (en dos niveles) a su agente. De esta manera, postulan un concepto de norma procedente de la filosofía analítica del lenguaje, en el que la norma se concibe como prohibición de causación de una lesión o como mandato de evitación de lesión³⁰¹. Por lo tanto, la contrariedad a la norma, al

²⁹⁷ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 43, 57, passim. La lesión del deber quiere decir: «el no reconocimiento penalmente relevante de la norma como razón para la acción». Al respecto, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 13, 21; GA 1994, 201; TOEPEL, *Kausalität*, 1992, 19; VOGEL, *Norm*, 1993, 67 ss. Al autor se le imputa la conducta como lesión de un deber; la lesión de un deber es expresión de la falta de reconocimiento de la norma.

²⁹⁸ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 35 ss., 46 ss., 50.

²⁹⁹ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 60, donde señala: «La declaración de que la contrariedad a la norma de una conducta que (en el caso normal) coincide con la fijación del cumplimiento del tipo delictivo, es por el contrario un juicio sobre el valor objetivo declarativo de la conducta. No el resultado, sino la causación del resultado (naturalmente solo constatable *ex post*) es objeto del valor objetivo declarativo de una conducta jurídico-penalmente relevante». También, KINDHÄUSER, GA 2007, 450 (=InDret 4/2008, 8).

³⁰⁰ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 53. Más adelante, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 61 s., presenta una serie de argumentos críticos a la determinación *ex ante* de la antinormatividad. Importante tener en cuenta también que KINDHÄUSER solo reconoce presupuestos subjetivos de la contrariedad a la norma si el correspondiente tipo delictivo contiene especiales presupuestos subjetivos (por ejemplo, el ánimo de apropiación en el hurto). Al respecto, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 99.

³⁰¹ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 29 ss.; VOGEL, *Norm*, 1993, 43 ss.; MAÑALICH, *Nötigung*, 2009, 23 ss., 36 ss.

ser objetiva (esto es, al presuponer la causación del resultado realmente sucedido³⁰²) y al no depender de la capacidad del autor, permite hablar de antinormatividad sin imputación, así como de imputación sin aludir a la antinormatividad³⁰³.

1.2. Desde esta perspectiva, la usual afirmación referida a que la contrariedad a la norma requiere de la capacidad del autor, se explica, como ya se ha adelantado, por una confusión entre la norma y el deber (la vinculación personal entre la norma y el individuo). Así, señala KINDHÄUSER: «que el destinatario conforme al principio *ultra posse nemo obligatur* solo se vincule a la norma en el marco de su poder, significa solamente que una responsabilidad por una conducta contraria a la norma presupone la posibilidad de una conducta conforme a la norma; una conducta contraria a la norma, cuya conformidad a la norma no podría acometer el destinatario (bajo la hipótesis de querer cumplir la norma), no puede ser imputada como lesión de un deber. Sin embargo, esto no significa que el enjuiciamiento de una conducta como contraria a la norma dependa de la capacidad del autor de una conducta conforme a la norma. Lo jurídicamente correcto no es una función de la capacidad de transformar lo jurídicamente correcto en el hecho»³⁰⁴. Por esto, es posible afirmar, como hizo VOGEL, que mientras «Contrariedad a la norma es una categoría objetiva, contrariedad a deber es una categoría personal»³⁰⁵. Solo después de que se determina aquella contrariedad objetiva a la norma, se podrá indagar por la imputación (gobernada por el principio voluntarista *ultra posse nemo obligatur*)³⁰⁶. La norma de conducta, entonces, se entiende al margen de la noción de capacidad: aquella norma se entiende infringida con la realización objetiva del resultado. La capacidad, por el contrario, se somete al ámbito de las reglas de imputación. Esto conduce, por ejemplo, a que se pueda afirmar la existencia de una conducta antinormativa, pero no contraria al deber (pues el agente, al actuar, poseía una incapacidad que impedía que se le impute personalmente la infracción de la norma)³⁰⁷.

³⁰² KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 59 s.; GA 1994, 198, n. 6; TOEPEL, *Kausalität*, 1992, 16 s.

³⁰³ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, passim; VOGEL, *Norm*, 1993, 27 ss., 57 ss.; MAÑALICH, REJ 12, 2010, 168 ss. Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, InDret 3/2014, 6.

³⁰⁴ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 18.

³⁰⁵ VOGEL, *Norm*, 1993, 43.

³⁰⁶ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 1989, 50 ss., 57; VOGEL, *Norm*, 1993, 34 ss., TOEPEL, *Kausalität*, 1992, 17; MAÑALICH, REJ 12, 2010, 174 ss.; *Norma*, 2014, 18 ss., n. 7, 25.

³⁰⁷ Al respecto, VOGEL, *Norm*, 1993, 107 ss.

1.3. El planteamiento aquí reseñado conduciría a sostener que la infracción de una norma no es presupuesto de la imposición de una sanción (esto es, a la aplicación de la aquí denominada «norma secundaria»). Esto se expresa de manera más clara en la tentativa, escenario en el que, según los autores aquí citados, pese a no haber infracción de la norma (se señala que una tentativa «no ha producido el menoscabo del bien jurídico»³⁰⁸), sí que es posible imponer una sanción. De esta manera, se tiene que, desde la perspectiva de KINDHÄUSER y otros autores, la contrariedad a la norma de conducta no es equiparable a un hecho antijurídico. La calificación de antijurídico (tal y como la entiende la opinión dominante) solo podrá darse cuando haya la infracción de un deber (esto es, se haya producido la imputación de primer nivel). Esto es, precisamente, lo que sucede en la tentativa: si bien esta no expresa una contrariedad a la norma, constituye la infracción de un deber³⁰⁹. En efecto, si el injusto no tuviera como referencia la infracción del deber entonces, en el planteamiento aquí analizado, la tentativa no sería un hecho antijurídico³¹⁰. Por lo tanto, si solamente la infracción del deber es requisito de una norma de sanción³¹¹, creo que es entonces posible preguntarse (en el marco del planteamiento aquí comentado) acerca de la utilidad de la norma de conducta. En todo caso, si no es la infracción de la norma de conducta, sino la infracción de un deber el presupuesto de la aplicación de la norma de sanción posiblemente pueda reconocerse que la norma de sanción pueda no depender de la infracción previa de una norma de conducta (caso en el cual ya no sería una «norma secundaria», sino que pasaría a ocupar una posición primordial)³¹². Sin embargo, la infracción de la norma de conducta como presupuesto de la aplicación de la norma de sanción parece ser el único camino si se considera que la pena constituye una sanción por un hecho cometido en el pasado, siendo ese hecho imputable al autor³¹³.

1.4. El injusto de resultado (la satisfacción de la descripción típica mediante el hecho) no es aún un injusto jurídico-penalmente relevante. Para que eso sea así, KINDHÄUSER reconoce un segundo plano de análisis, en el que se determina, mediante reglas de

³⁰⁸ KINDHÄUSER, en: KOCH (Ed.), *Herausforderungen*, 1997, 84.

³⁰⁹ VOGEL, *Norm*, 1993, 72 ss.

³¹⁰ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 56 ss., 59, n. 26.

³¹¹ Esto lo reconoce VOGEL. *Norm*, 1993, 72 ss., quien también distingue entre infracción de la norma e infracción del deber. Para imponer una sanción debe concurrir la falta de reconocimiento de la norma externamente manifestada, lo cual se verifica ya en la tentativa (en donde –según VOGEL y, como se ha visto, KINDHÄUSER– si bien hay infracción del deber, no hay infracción de una norma).

³¹² MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 763.

³¹³ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 763.

imputación, si una persona puede ser responsable o no por el suceso. KINDHÄUSER habla aquí de la «transformación» de la norma de valoración en una norma de determinación, que él denomina «deber de acción» («*Handlungspflicht*»)³¹⁴. De esta manera, parece ser que la norma de conducta (que sería, conforme a lo expuesto, una supuesta «norma» de valoración³¹⁵), cuyo contenido invertido es el tipo delictivo, y que al no hacer referencia a las capacidades de su destinatario no designa aún un concreto deber de acción, se «transforma» en una norma de determinación que, por su efecto vinculante, configura un deber de acción que, su vez, supone un poder fáctico (una capacidad de acción)³¹⁶. Debido a este planteamiento, se ha cuestionado –a mi juicio, con razón– la utilización del concepto de norma por parte de estos autores³¹⁷: la contrariedad a la norma o antinormatividad sería en realidad una valoración jurídica sobre un estado de cosas (una modificación del mundo que tiene que ser evitada y que no se evita)³¹⁸.

4.2.2. Contrariedad al deber.

Como se ha explicado, después de la afirmación de la contrariedad a la norma de una conducta (esto es, después del establecimiento de un injusto del resultado), se discute sobre la posibilidad de considerarla también contraria al deber, esto es, se pretende determinar «si se cumplen las condiciones (...) bajo las cuales puede reprocharse al autor la realización del injusto del resultado como una infracción de deber culpable y punible»³¹⁹. Precisamente, para la discusión sobre la contrariedad al deber entran en juego las reglas de

³¹⁴ KINDHÄUSER, GA 2007, 450 (=InDret 4/2008, 8). Específicamente, este autor dice: «Si ya no cada causación de un injusto de resultado (no justificada) puede constituir un injusto jurídico-penalmente relevante, entonces la norma de valoración tiene que transformarse, a través de los elementos de la capacidad de evitación, en una concreta norma de determinación, que aquí se llamará deber de acción».

³¹⁵ KINDHÄUSER, GA 2007, 450, n. 10 (=InDret 4/2008, 8, n. 10) señala que «Desde el punto de vista jurídico es irrelevante si uno concibe esta norma como norma de valoración o como norma de comportamiento. En todo caso se trata de una norma que por falta de referencia a las capacidades de su destinatario aún no designa un concreto deber de acción».

³¹⁶ Por esto, sorprende que KINDHÄUSER, GA 2007, 450, 10 (=InDret 4/2008, 8, n. 10), señale que «desde el punto de vista jurídico es irrelevante» si la norma, cuyo contenido invertido es una norma, se concibe como «norma de valoración o como norma de comportamiento». Cuando dice seguidamente que «En todo caso se trata de una norma que por falta de referencia a las capacidades de su destinatario aún no designa un concreto deber de acción», es claro que ya está mostrando su preferencia por entender a la norma, cuyo contenido invertido es el tipo, como una «norma de valoración» (la que, según lo sostenido en esta investigación, no puede tener el carácter de «norma»).

³¹⁷ ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2017, 839, n. 63, quien señala: «La precisión terminológica debería brillar entre los autores “analíticos”. Norma es una prescripción jurídica (*rechtliche Tunsollen*) referida a conductas futuras posibles (no a procesos pasados ni necesarios) de sujetos capaces de determinar su voluntad conforme a una máxima».

³¹⁸ ROBLES PLANAS, InDret 1/2019, 2.

³¹⁹ KINDHÄUSER, en: KOCH (Ed.), *Herausforderungen*, 1997, 89.

imputación, las que, como se dijo, se distinguen en dos niveles. En el primer nivel se analiza si el destinatario de la norma era capaz de actuar conforme a la norma. El resultado de esta primera instancia radica en la calificación de la conducta como la infracción antijurídica de un deber³²⁰. En ese marco, la infracción del deber se imputa de manera «ordinaria», a título de dolo³²¹, o «extraordinaria», a título de imprudencia³²². En el segundo nivel se corresponde con el tradicional enjuiciamiento de la culpabilidad o, dicho de otra manera, la imputación a la culpabilidad. Estos autores señalan que «la contrariedad al deber como objeto del reproche del injusto penal (es) el no reconocimiento de la norma como razón para la acción»³²³ (juicio de culpabilidad por infracción del deber; el objeto del reproche penal de culpabilidad es la lesión del deber). Se trata aquí de determinar una capacidad de acción y una capacidad de motivación. Cada uno de estos niveles se corresponde con una específica dimensión de la capacidad de seguimiento de la norma cuyo ejercicio se espera de su destinatario³²⁴.

4.3. Reflexiones a partir de lo expuesto.

1. El concepto de norma de conducta señalado por este sector doctrinal ha sido cuestionado desde diversos sectores de la doctrina³²⁵. Como se ha visto, KINDHÄUSER y otros autores utilizan un determinado concepto de norma de conducta: la comprenden como una prohibición objetiva de causación a constatar *ex post*³²⁶. La infracción de la norma de

³²⁰ TOEPEL, *Kausalität*, 1992, 21 ss.; VOGEL, *Norm*, 1993, 70.

³²¹ Aquí se analiza la capacidad física de evitación intencional y el conocimiento de las circunstancias fácticas relevantes.

³²² En caso de que no pueda realizarse la imputación ordinaria (en los casos en que el destinatario se encuentra en una situación de incapacidad física de acción o de déficit cognitivo en el que se afirme la no concurrencia de dolo), se produce la imputación extraordinaria, por la que se fundamenta la responsabilidad (a título de imprudencia) del agente por su propio déficit de imputabilidad. Al respecto, MAÑALICH, RDUACH 24, 2011, 95.

³²³ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 13; GA 1994, 201; VOGEL, *Norm*, 1993, 68.

³²⁴ MAÑALICH, RDUACH 24, 2011, 95. KINDHÄUSER señala que las normas de conducta tienen como finalidad la protección de bienes jurídicos. El mismo autor señala, asimismo, que las reglas de imputación tienen como finalidad asegurar la validez fáctica de las normas de conducta. Las reglas de imputación establecen los alcances de la vinculación del destinatario con la norma de conducta y, en ese sentido, cuándo a aquel se le puede reprochar por la infracción de esta última. Las reglas de imputación pueden distinguirse en dos planos: la infracción del deber (*Pflichtwidrigkeit*), relacionada a la capacidad de acción del sujeto (siendo criterios de imputación en este plano el dolo y la imprudencia), y la culpabilidad, que implica el análisis de la desconformidad de la intención del sujeto con lo dispuesto por la norma.

³²⁵ Critican la concepción de KINDHÄUSER, entre otros, FREUND, *Erfolgsdelikt*, 1992, 122 ss.; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, 256 ss.; en: BOROWSKI/PAULSON/SIECKMANN (Eds.), *Rechtsphilosophie*, 2017, 634 ss.; MIKUS, *Verhaltensnorm*, 2002, 29 ss. FREUND/ROSTALSKI, GA 2018, 286, n. 8; ROBLES PLANAS, InDret 1/2019, 2 ss.

³²⁶ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 148; TOEPEL, *Kausalität*, 1992, 17; VOGEL, *Norm*, 1993, 50.

conducta, desde esta perspectiva, requiere la producción causal del resultado. Pues bien, a este planteamiento cabe oponer la idea de que, en realidad, esa presunta norma de conducta, si es que constituye una pura valoración objetiva del hecho³²⁷, entonces no puede tener el carácter de «norma», sino el de una pura valoración (jurídica) sobre un estado de cosas³²⁸. Debido a esto, frecuentemente se señala que la norma de conducta contemplada por estos autores (KINDHÄUSER, VOGEL, MAÑALICH, entre otros) recuerda a la «norma» de valoración de MEZGER³²⁹, sobre la que antes se dijo que no constituía una genuina norma pues carecía de todo carácter prescriptivo³³⁰.

2. KINDHÄUSER, por ejemplo, resalta el carácter axiológico de la norma de conducta, que hace posible la determinación de un comportamiento como correcto o incorrecto para el Derecho. En ese sentido, dado que la protección de bienes jurídicos será criterio de la exactitud jurídica de lo debido, la norma de conducta (orientada a proteger esos bienes jurídicos), en el cumplimiento de esa determinación, no depende de la capacidad o de la representación del destinatario de la norma: como antes se dijo, «Lo jurídicamente correcto

³²⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 616, n. 12; ROBLES PLANAS, en: FRISCH, *Imputación objetiva*, 2015, 33 ss.; LH-Mir Puig, 2017, 839, n. 63.

³²⁸ Por todos, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 763 (que señala que JAKOBS, KINDHÄUSER y VOGEL comparten el mismo «defecto»: «confundir la norma de comportamiento con la valoración objetiva del hecho por su lesividad»); ROBLES PLANAS, InDret 1/2019, 2.

³²⁹ Al respecto, por todos, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, 255 ss.; en: BOROWSKI/PAULSON/SIECKMANN, *Rechtsphilosophie*, 2017, 634, que señala: «Por tanto, el paralelo con la concepción de Mezger es claro: en Mezger la norma de determinación se deriva de la norma de valoración sin destinatario, en Kindhäuser, de la norma objetiva de determinación se deriva el deber que, no obstante, no debe ser uno sin destinatario». El planteamiento de KINDHÄUSER, GA 2007, 450 (=InDret 4/2008, 8), recuerda mucho la descripción de la norma de valoración: «Si el tipo (objetivo) del delito se interpreta como el contenido invertido de una norma, esto es, como aquello que debe ser evitado, entonces un suceso que satisface la descripción típica representa la realización del estado de cosas antinormativo o, en otras palabras, el injusto de resultado. Este injusto de resultado comprende todo el curso causal objetivo, desde el comportamiento en cuestión hasta la producción del resultado». KINDHÄUSER reconoce seguidamente que ese injusto de resultado (*Erfolgsunrecht*) «contradice las valoraciones del derecho». Críticamente, ROBLES PLANAS, *EPC-Morillas Cueva*, 2018, 580, señala: «La antijuridicidad neokantiana, clásica y neoclásica, causalista y finalista y la “antinormatividad” de Kindhäuser no son más que juicios de valoración sobre procesos causales, humanos, finales, etc. No se trata, pues, en puridad de normas». También, ROSTALSKI, GA 2016, 77, N. 17, señala que la norma conducta entendida como prohibición de causación planteada por KINDHÄUSER «no se trata de una categoría normológica independiente, sino solamente de un paso intermedio en la legitimación de una norma de conducta (...)», comparándola con la conocida «norma de valoración».

³³⁰ Sobre el planteamiento de MEZGER (teoría de la doble naturaleza de la norma), *supra* Cap. II, 3.2. Incluso se podría alegar frente a KINDHÄUSER, como se hizo en el caso de MEZGER, que ese «debe ser impersonal» expresado en su «norma» de valoración, no se dirige a acciones humanas. El propio KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 16, n. 7, reconoce expresamente que la contrariedad a la norma se puede producir por un acontecimiento de la naturaleza. Esto también es destacado por HAAS, *Kausalität*, 2002, 108. ROBLES PLANAS, InDret 1/2019, 3, señala que MEZGER, pese a las diversas críticas formuladas a su planteamiento, no pasó por alto que la norma debía dirigirse a un sujeto, por lo que, según ROBLES PLANAS, «carezca de sentido hablar de normas sin destinatario».

no es una función de la capacidad de transformar lo jurídicamente correcto en el hecho»³³¹. Esto permite pensar que la teoría de la norma reconocida por autores como KINDHÄUSER, VOGEL y TOEPEL pretende un alejamiento de la teoría de los imperativos³³². Se reconoce una norma objetiva, que posee una función distributiva de bienes. Al respecto, se afirma que la norma «denomina las condiciones bajo las cuales ciertos intereses protectores (elementales) proceden de intereses de acción ubicuos»³³³. Por esto, se puede decir que la norma de conducta solo describe un hecho o, como antes se dijo, un estado de cosas.

3.1. La idea de norma que defiende este sector doctrinal (la norma se dirige a cualquiera, sin que se tome en cuenta si se es capaz o no de seguir la norma al momento de decidirse a actuar y además su infracción se determina *ex post*, con la verificación de la subsunción de la conducta en la descripción típica)³³⁴, constituye, hasta donde alcanzo a ver, una concepción que no resulta aceptable. Si en esta investigación se ha intentado destacar el carácter imperativo de la norma, entonces no se podrá dejar de entender a aquella como un mensaje genuinamente prescriptivo que necesita de un destinatario idóneo³³⁵. Se ha insistido a lo largo de esta investigación en la necesidad de entender a la norma como una razón para actuar u omitir que el destinatario, en su situación concreta, convierte en motivo, precisamente, al estar disponible para él al momento de emprender la conducta. Si se entiende a la norma como un directivo de conducta, esto es, como una norma de determinación, entonces no sería posible admitir una comprensión de la antinormatividad

³³¹ Así, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 18. También, VOGEL, *Norm*, 1993, 62. Recientemente, RENZIKOWSKI, en: BOROWSKI/PAULSON/SIECKMANN, *Rechtsphilosophie*, 2017, 634, ha señalado que KINDHÄUSER busca distinguir o separar entre la capacidad de cumplimiento de la norma y el contenido de esta.

³³² Así, HAAS, *Kausalität*, 2002, 107, quien señala además que el planteamiento de los autores mencionados en el cuerpo del texto no parece superar el de otros autores como GOLDSCHMIDT. Sobre las ideas de este último, *supra* Cap. I, 2.8.

³³³ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 30; VOGEL, *Norm*, 1993, 46 s.

³³⁴ ROBLES PLANAS, en: FRISCH, *Imputación objetiva*, 2015, 34, quien señala correctamente que «Para estos autores, antinormativa es aquella conducta que solo se subsume en la descripción que efectúa la norma y que se determina *ex post*».

³³⁵ ROBLES PLANAS, en: FRISCH, *Imputación objetiva*, 2015, 34, n. 32, señala: «En efecto, entender que la norma queda definitivamente fijada en su formulación abstracta y general (“prohibido matar”) es absurdo y pernicioso, pues nadie otorgaría credibilidad a un sistema normativo que operara de ese modo tan simple: no es cierto que una conducta que produce una muerte sea siempre antinormativa. Más bien todos partimos de la necesaria concreción de la norma a la situación concreta, de su adaptación a las circunstancias en las que tiene que servir como orientación de conductas. Por tanto, la norma se desenvuelve dinámicamente en la realidad práctica, modificando su pretensión de vigencia en función del complejo de circunstancias. A ese complejo de circunstancias no sólo pertenece el denominado contexto justificante, sino de forma innegable también el contexto individual-situacional que tiene ante sí el autor. Por tanto, como sucede con otros aspectos, el riesgo permitido no pertenece al ámbito sistemático de la imputación, sino al de la antinormatividad».

determinada desde una perspectiva *ex post*³³⁶. Precisamente, ese sector doctrinal parece entender a la norma como un mero producto de la actividad del emisor (el legislador) y no como directiva de conducta de la cual surgen deberes de actuar u omitir³³⁷. Si se toma en serio la idea de la norma no solo como una «pauta de conducta» (definición que, además, es conforme con su contenido semántico), sino también como un mecanismo orientado a la protección de bienes jurídicos³³⁸, entonces aquella debe estar a disposición del destinatario al momento de realizar su conducta, el que constituye el estadio decisivo en el que la norma puede desplegar sus efectos para hacer posible la evitación de hechos típicos³³⁹.

3.2. En mi opinión, no es posible conciliar la idea de que la norma de conducta protege bienes jurídicos (como sostiene, por ejemplo, KINDHÄUSER) con la admisión de que su infracción se produce *ex post*, ya que no toda provocación de un estado de cosas desvalorado (un desvalor del resultado) es relevante para el Derecho penal, sino solo aquellos resultados estrechamente vinculados con una conducta (que la norma primaria buscaba mandar o prohibir) como su antecedente irrenunciable. Este es precisamente el problema referido a la «exigencia de lo imposible», que KINDHÄUSER y VOGEL han tratado de resolver mediante la categoría de la contrariedad a deber (*Pflichtwidrigkeit*). En efecto, conforme a lo señalado por estos autores, la norma de conducta, en la medida que es una norma referida a la causación, expresaría, por ejemplo, una prohibición de causar un daño a bienes jurídicos ajenos mediante acción u omisión³⁴⁰. Pero, aunque tal planteamiento sea teóricamente posible, al parecer, sería poco convincente: nadie está en situación de calcular y controlar todas las consecuencias de su conducta³⁴¹. La contrariedad a deber, según lo establecido por los autores antes mencionados, no solamente describe una denominación para la infracción de un mandato o una prohibición. Más bien, como ya se ha dicho, la contrariedad al deber «trata del punto de vista de la imputación»³⁴². Una conducta contraria a un mandato o una prohibición podría ser imputada al agente como contraria a deber solo

³³⁶ Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 624; ROBLES PLANAS, en: FRISCH, *Imputación objetiva*, 2015, 34.

³³⁷ ROBLES PLANAS, en: FRISCH, *Imputación objetiva*, 2015, 35.

³³⁸ Al respecto, *supra* Cap. III, 3.

³³⁹ ROBLES PLANAS, InDret 1/2019, 5, considera que «Esta es una de las grandes prestaciones de la teoría de las normas a los fines del Derecho penal: situarse en el momento decisivo para la evitación de las realizaciones típicas».

³⁴⁰ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 53 ss.; VOGEL, *Norm*, 1993, 49 ss. Al respecto, ENGLÄNDER, *Nothilfe*, 2008, 252, n. 64, señala, sobre los autores antes mencionados, que son defensores de una comprensión más estrecha de la causalidad, en comparación a la teoría de la equivalencia de las condiciones.

³⁴¹ ENGLÄNDER, *Nothilfe*, 2008, 252.

³⁴² ENGLÄNDER, *Nothilfe*, 2008, 252, n. 65.

si él, desde una perspectiva *ex ante*, no ha realizado lo que podría haber hecho y debería haber hecho para cumplir con la norma³⁴³. Esto significa: no toda contrariedad al mandato o a la prohibición sería, a la vez, contrariedad al deber³⁴⁴. Esta solución, no obstante, no es convincente: con una exclusión de la imputación en el caso de la no concurrencia de contrariedad a deber, se puede eliminar, sin duda, las consecuencias, esto es, la sanción penal. Sin embargo, permanece el problema referido a si (conforme a la comprensión expuesta de una norma de mandato o prohibición) una conducta solo podrá evaluarse desde la retrospectiva. La respuesta es, a mi juicio, negativa, pues esta orientación conduciría a admitir que la función de control de conductas que posee la norma, vista en prospectiva, se pierde: el destinatario de las normas deja de ser capaz de reconocer qué acción u omisión se le exige en la concreta situación en la que se encuentra³⁴⁵.

4. Como antes se dijo, la contrariedad a la norma, al ser objetiva y al no depender de la capacidad del autor, permite hablar de antinormatividad sin imputación, así como de imputación sin aludir a la antinormatividad. Dicho de otra manera, en el planteamiento de KINDHÄUSER, VOGEL y otros autores, hay «imputación sin objeto de imputación»³⁴⁶, lo que queda claro, como se dijo, en el tratamiento de la tentativa: pese a no haber antinormatividad (y dejando de lado los recursos lingüísticos empleados³⁴⁷), sí que hay infracción de un deber (porque el autor no ha reconocido a la norma como razón para la acción)³⁴⁸. Esto conduce a RENZIKOWSKI a formular razonablemente la pregunta: «¿Cómo puede ser contrario a deber algo que por falta de antinormatividad no es objetivamente debido?»³⁴⁹. Esto se explica en el hecho de que el concreto deber (de actuar u omitir) no se deriva de una norma de conducta (la que tiene como contenido solo la descripción de estados de cosas constatables *ex post*), como sostendría, por ejemplo, Armin

³⁴³ ENGLÄNDER, *Nothilfe*, 2008, 252, n. 65.

³⁴⁴ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 53 ss.; VOGEL, *Norm*, 41 ss.

³⁴⁵ ENGLÄNDER, *Nothilfe*, 2008, 252, n. 65.

³⁴⁶ ROBLES PLANAS, *InDret* 1/2019, 6.

³⁴⁷ En efecto, KINDHÄUSER señala que en mientras en los casos de delito consumado hay un «quebrantamiento de la norma» («*Normbruch*»), en los de tentativa habría una «contradicción con la norma» («*Normwiderspruch*»). Al respecto, KINDHÄUSER, en: KOCH (Ed.), *Herausforderungen*, 1997, 85 ss.

³⁴⁸ El tratamiento de la tentativa propuesto por KINDHÄUSER lleva a admitir, por tanto, que, en el caso de la tentativa, se produciría la imposición de una sanción sin que esto tenga como requisito previo la infracción de una norma. En realidad, conforme a este sector doctrinal, es la infracción del deber el presupuesto de la norma de sanción. Al respecto, VOGEL, *Norm*, 1993, 72, donde señala: «La tentativa es una acción sin resultado, por lo tanto, no es contraria a la norma, sino contraria al deber. Sin embargo, es en principio legítimo el castigo de la tentativa, ya que la razón para la pena –el no reconocimiento expreso de la norma– también existe en el autor del hecho tentado».

³⁴⁹ RENZIKOWSKI, en: BOROWSKI/PAULSON/SIECKMANN, *Rechtsphilosophie*, 2017, 635.

KAUFMANN³⁵⁰, sino que aquel se obtiene de las propias reglas de imputación³⁵¹. En ese sentido, el afirmar que de la norma no se deriva un deber sería como sostener que la norma no obliga³⁵², con lo cual, como ya se dijo, la norma perdería todo su valor como directivo de conductas con pretensión de cumplimiento.

5.1. Parece ser que, en realidad, KINDHÄUSER y otros autores entienden a la norma de conducta en un sentido equiparable al precepto legal, cuestión sobre la que antes me he referido y sobre la que he esencialmente he destacado la necesidad de mantener una distinción conceptual³⁵³. Es cierto que los preceptos penales se expresan en sentido resultativo, pero esta manera de proceder para la formulación no tendría por qué repercutir en la comprensión de la norma, si es que esta se entiende conceptualmente como desligada del precepto penal³⁵⁴. Si se entiende, como se hace aquí, que la norma primaria, entendida como portadora de un mandato o prohibición para su destinatario (idóneo), debe valorarse desde una perspectiva *ex ante*, es porque aquella puede mandar o prohibir lo que aún no sucede y se puede evitar³⁵⁵. La verificación objetiva del cumplimiento de un precepto penal, realizado únicamente mediante una operación de subsunción, responde claramente a

³⁵⁰ Al respecto, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 58, n. 24, señala: «No obstante, existe también la posibilidad de entender a la norma de determinación (*Bestimmungsnorm*) no como norma, sino como *criterio de vinculación (Kriterium der Bindung)* de un destinatario con una norma. Entonces el contenido de la “norma de determinación” es idéntico con el contenido del deber. Formulado de otra manera: la norma de determinación no es razón de obligación (*Verpflichtungsgrund*) para acciones, sino el propio deber de acción. En caso de tal interpretación de la norma de determinación, debe ser suficientemente claro que, por ejemplo, la prohibición de matar no es una norma de determinación; “norma de determinación” sería más bien el deber de querer reconocer a la prohibición de matar de manera eficaz para la acción» (cursivas en el original).

³⁵¹ En el planteamiento de KINDHÄUSER, la infracción del deber impuesto por la concreta regla de imputación de ese nivel equivale al hecho antijurídico. Por eso, en el caso de la tentativa, aunque no haya antinormatividad, sí que hay contrariedad a deber y, por lo tanto, injusto. Al respecto, el propio KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 56 ss., 59, n. 26, reconoce que, si el injusto se vinculara con la contrariedad a la norma de conducta, entonces la tentativa no sería un hecho antijurídico.

³⁵² ROBLES PLANAS, InDret 1/2019, 6, donde agrega: «la dimensión de deber es una parte *irrenunciable* de toda verdadera norma» (cursiva en el original).

³⁵³ Al respecto, *supra* Cap. III, 7.

³⁵⁴ Incluso, como se ha sostenido en el Cap. III, la norma primaria, dirigida al ciudadano, alude también a un escenario resultativo (por ejemplo, «¡no debes matar!» o «¡no debes apropiarte de bienes ajenos!»). Pero esto es así en la medida que, mediante tal formulación, la norma deja claro el juicio valorativo de carácter previo con respecto a lo que manda o prohíbe. Que la norma primaria aluda a un escenario resultativo no niega que se dirija al destinatario con el objetivo de regular lo único que materialmente puede hacer: su conducta. Cuestión distinta es que la norma primaria, como mensaje prescriptivo dirigido al ciudadano, se agote en el ámbito del injusto: esta es la posición mayoritaria (que equipara injusto con antinormatividad). Sin embargo, en esta investigación se considera que la norma primaria, dirigida a regular una conducta (mediante el mandato o prohibición que aquella norma expresa), se manifiesta de manera transversal en el concepto de delito, agotándose en la instancia en la que su infracción es necesaria para dar paso a la intervención de la norma secundaria: la culpabilidad.

³⁵⁵ ROBLES PLANAS, InDret 1/2019, 6.

una perspectiva *ex post*, pero tal operación está lejos de ser la que le compete a una genuina norma primaria comprendida en el sentido antes mencionado.

5.2. Y aquí, si no entiendo mal, no vale argumentar, como se hace desde la perspectiva de los defensores de estos planteamientos, que una cosa es la norma y otra es la vinculación con el individuo. Por lo tanto, ese supuesto «error categorial» que estos autores evocan y que atribuyen a la concepción mayoritaria, no es tal³⁵⁶. En efecto, ese alegado error se ha sostenido de la siguiente manera: ninguna norma puede ordenar su propio seguimiento, esto es, no existe una autorreferencialidad de la norma, por lo tanto, aquellas condiciones que permiten imputar a un individuo un comportamiento como contrario a la norma no pueden estar situadas en la propia norma infringida³⁵⁷. Pienso que este alegado «error categorial», en realidad, no es un error, sino la consecuencia de la comprensión correcta de una perspectiva imperativa de la norma, según la cual es necesario el establecimiento de una relación normativa entre la norma y el destinatario, esto es, «cuando se tienen en cuenta las condiciones bajo las cuales alguien está en disposición de seguir la norma (puede) y, en cambio, no lo hace (no quiere)»³⁵⁸. Este escenario es el único en el que se puede reconocer que la norma posee genuinamente la condición de tal, esto es, como mensaje prescriptivo de carácter vinculante y expresivo de una razón para actuar u omitir que, antes de la ejecución de su conducta, el destinatario ha de convertir en motivo.

5. Concepción personal.

1. Cada vez que el legislador crea una norma primaria³⁵⁹, visualiza, en primer lugar, qué es lo que busca evitar u obtener mediante ella. La norma es, por tanto, el instrumento que tiene el legislador (y mediante él, el Estado) a disposición para modificar o mantener la realidad. Visto de esa manera, la norma parece atender en primera línea a las consecuencias más que a ella misma como medio. Si no fuera así (es decir, si el legislador

³⁵⁶ ROBLES PLANAS, en: FRISCH, *Imputación objetiva*, 2015, 35.

³⁵⁷ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 29 ss., 58, 132 ss. También, MAÑALICH, *Nötigung*, 2009, 36-37; REJ 12, 2010, 174.

³⁵⁸ ROBLES PLANAS, en: FRISCH, *Imputación objetiva*, 2015, 35.

³⁵⁹ En lo que sigue, me referiré concretamente a la norma primaria (que puede ser aludida también con el término más amplio de «norma»), la que constituye una norma de conducta dirigida al ciudadano. Al respecto, *supra* Cap. III, 3.1. En todo caso, lo señalado para la norma primaria puede ser aplicable, *ceteris paribus*, para la norma secundaria desde la perspectiva del juez, esto es, como una norma de conducta dirigida hacia él.

se concentrara más en la norma como medio, esto es, en ella como instrumento a su disposición), entonces buscaría dotarle de mayores niveles de «infalibilidad» (por ejemplo, mediante el establecimiento de la vigencia incontestable de un principio como el «*error iuris nocet*»³⁶⁰). Esos niveles, sin embargo, no comparecen en la realidad: la norma es un instrumento falible porque puede no ser conocido, puede no ser tomado como una razón para actuar u omitir en favor de otras razones concurrentes distintas a la norma o porque el destinatario de la norma puede no poseer las condiciones subjetivo-individuales suficientes para ser destinatario de ella. Todo esto responde al hecho de que la motivación que porta la norma primaria, como antes se dijo, no es más que una «pretensión»³⁶¹.

1.1. La norma primaria, desde una perspectiva *ex ante*, se proyecta sobre el destinatario al momento de actuar (esto es, de manera prospectiva), pues solo en esa situación concreta parece razonable (si se entiende a la norma primaria desde una perspectiva imperativo-instrumental) y legítimo (si se admite que la norma primaria se orienta al futuro y deja al arbitrio del destinatario el convertir la razón de la norma en motivo de su acción u omisión) llevar a cabo los juicios correspondientes al injusto y la culpabilidad. Sin embargo, no se puede pasar por alto el hecho de que el sujeto solo actúa en la realidad conforme a la representación propia que aquel tiene de esta. Se resalta entonces un asunto difícil: la norma pretende actuar en una situación de la realidad (en la que se encuentra el sujeto), pero la realidad de la norma puede no ser la misma que la que el sujeto se representa³⁶². La

³⁶⁰ Sobre este principio, por todos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Error*, 2008, 164 ss.; GARCÍA AMADO/GUTIÉRREZ SANTIAGO, en: TyD 18, 2015, 65 ss. Considero que esta afirmación es muy importante y que en última instancia refleja las exigencias del Estado en cuanto a su relación con los ciudadanos y a la distribución de cargas entre uno y otro: el deber de informar por parte del Estado y el deber de obtener información sobre el Derecho por parte del ciudadano. La distribución de estas cargas respondería, según SILVA SÁNCHEZ, *Libertas* 5, 2016, 133, a un «principio distributivo en cuya virtud se decida en qué casos los costes del desconocimiento corren a cargo del ciudadano y en qué casos corren a cargo del Estado». En ese contexto, reconoce tres modelos (jurídico-políticos): el a) modelo normativo-legislativo formal del *error iuris criminalis nocet* (en el que se produce la máxima carga para el ciudadano); b) el modelo normativo-social global (modelo intermedio) y, c) el modelo normativo cultural-grupal (en el que se produce la máxima carga para el Estado).

³⁶¹ Esto ya se ha explicado en un lugar anterior (*supra* Cap. III, 9.), en el que se dijo que la imposición de deberes mediante la norma no sirve de nada si el destinatario no quiere motivarse, o, dicho de otra manera, que la infracción del deber impuesto por una norma de determinación en una situación concreta depende única y exclusivamente, en última instancia, del propio individuo (que posee la condición de destinatario). Que esto sea así demuestra que la norma, como mecanismo de orientación de conductas, es un instrumento falible. Sin embargo, que la norma sea falible no debería conducir a entender que sea irracional que el legislador, en nombre del Estado, recurra a la norma: lo irracional sería renunciar a ella solo por no ser infalible.

³⁶² Esa discordancia entre la norma y la realidad se traduce, ya en el Derecho penal, en las categorías referidas al error invencible (desconocimiento de los presupuestos del hecho recogido en el precepto penal o de la condición del hecho como prohibido) o al error inverso invencible (creencia de que el hecho está

norma, como mensaje prescriptivo, no puede entonces impedir que el destinatario caiga en un escenario de error y ya, solo por eso, revela su falibilidad como mecanismo de dirección de conductas.

1.2. Por otro lado, en el marco de la decisión de si comete o no un delito, el delincuente no actúa conforme a decisiones prudentiales concretas. En realidad, actúa conforme a las «disposiciones habituales ancladas emocionalmente en su sistema de valores»³⁶³. Esto explica, por tanto, la relevancia que la vinculación ético-social tiene en el marco de la validez social del Derecho: a menudo los elementos no instrumentales de este surten mayores efectos en la medida que se identifican con las consideraciones ético-sociales, cuyo reconocimiento, por lo demás, no se puede imponer mediante la coacción³⁶⁴. En ese sentido, se podría decir incluso que los mecanismos prejurídicos (y prejurídico-penales) pueden poseer un peso mayor (*scil.* una mayor trascendencia) que las propias normas de mandato o prohibición del Derecho penal³⁶⁵. Esto responde, si no entiendo mal, al hecho de que la norma primaria precisa del soporte no solo de medios de control extrajurídicos (las normas morales o ético-sociales), sino también de instrumentos propiamente jurídico-penales (concretamente, la conminación penal que se vincula al mandato o la prohibición expresada en la correspondiente norma primaria, fortaleciendo así –y no constituyendo– su carácter prescriptivo y jurídico-penal). Que la norma jurídica tenga un reflejo en una norma social previa no quiere decir que sea esta última más importante para el ciudadano (como sostenía M. E. MAYER³⁶⁶), pues la norma jurídica (concretamente, la norma primaria dirigida al ciudadano, que se desprende de manera indirecta del precepto legal y que se encuentra con este en una relación de sentido), en su dimensión prescriptiva, constituye el fundamento de algo que no puede ser provisto por ninguna otra norma: constituye el

prohibido cuando no lo está). Al respecto, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 796. También, sobre el error invencible y el error inverso, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Error*, 2008, 139 ss., 181 ss.

³⁶³ SILVA SÁNCHEZ/ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ, *Estudio introductorio*, en: PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, 20.

³⁶⁴ Esta fue, precisamente, el planteamiento más criticado en la teoría de la pena (caracterizada como una propia de la teoría general positiva) desarrollada por WELZEL. Al respecto, PAWLIK, en: FRISCH/JAKOBS/KUBICIEL/PAWLIK/STUCKENBERG (Eds.), *Verbrechenslehre*, 2015, 49 ss.

³⁶⁵ En mi opinión, parece ser una contradicción entender a la norma primaria como portadora de la conminación penal (*Sanktionsmodell*) y luego señalar, como hace la doctrina dominante (Al respecto, por todos, ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 21/13), que «la conciencia de la punibilidad no es precisa para el conocimiento de la prohibición; si el legislador hubiera querido exigirla, debería haber hablado de “comprensión de actuar de manera punible” y no de “comprensión de hacer algo injusto” (...) La irrelevancia de la conciencia de la punibilidad se deriva de que el conocimiento de la prohibición debería bastarle en todos los casos al sujeto para motivarse hacia una conducta fiel al Derecho; la especulación con la mera exención de pena no merecería atenuación alguna».

³⁶⁶ MAYER, M. E., AT, 1915, 34-35, 37.

soporte de la culpabilidad, genuina e irrenunciable categoría propiamente jurídico-penal que ha de permitir la afirmación de la responsabilidad penal de un individuo.

2. Tomando en cuenta esto, parece ser necesaria una explicación adicional acerca de la racionalidad que se encuentra detrás de la utilización de las normas por parte del legislador³⁶⁷. Este, como se ha insistido en diversos momentos de esta investigación, realiza una valoración objetiva de diversos estados de cosas, considerándolos positivos o negativos, y convirtiéndolos en el fundamento del correspondiente mandato o prohibición³⁶⁸. Pero si, en definitiva, la eficacia de la norma primaria depende de las condiciones individuales del destinatario³⁶⁹, cabe preguntarse por qué el legislador utiliza a la norma como herramienta para mantener estados de cosas valorados positivamente o para evitar estados de cosas valorados negativamente, si es que tal herramienta (la norma) es, como se ha dicho, una eventualmente falible. Una norma, para ser eficaz, requeriría esencialmente lo siguiente: que su destinatario conozca que la norma existe, que se le dirige a él en determinada situación y que posee un contenido en el que se expresa lo que aquel, como destinatario de la norma, debe hacer (en el caso de un mandato) u omitir (en el caso de una prohibición). Con todo, parece haber una arraigada e implícita evitación a discutir el problema de la falibilidad de la norma, lo que se demuestra, a mi modo de ver, en que la doctrina mayoritaria se haya concentrado más en el emisor que en el destinatario, esto es, más en la justificación del recurso a la norma que a la indagación de su genuina «infracción»³⁷⁰. Tal justificación se ha expresado en términos de conveniencia o necesidad

³⁶⁷ Si el Estado recurre a la norma como forma de comunicación con el ciudadano, entonces debe atender necesariamente a estas cuestiones irrenunciables, por ser exigencia de su propia racionalidad. Como ha señalado SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, 1917, 507, destacando la idea de que la norma, aunque siempre requiere de un destinatario, no necesita de su «colaboración», señala que las normas «son, según su significado lógico, bien necesitadas de un destinatario, sin embargo, por el lado del destinatario, no son necesitadas de recepción». Una posición radicalmente opuesta sería la de PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 280, quien considera que el ciudadano tiene el deber de colaboración con el mantenimiento de un estado de libertades, debiendo poseer ese ciudadano determinadas características. En caso de cometer un delito (infracción de un deber ciudadano de cooperación), sería mediante la pena la forma con la que ese ciudadano (para seguir teniendo esa condición) contribuya al mantenimiento de ese estado de libertades. Se puede percibir, entonces, una tensión entre dos planteamientos: una norma que no necesita de «colaboración» y, por otro lado, un entendimiento de la norma como mecanismo de la «colaboración» del ciudadano.

³⁶⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 804.

³⁶⁹ Como ya se ha visto, esta idea fue llevada al extremo por HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. II, 1906, 3, quien señaló que las normas se dirigen solo a los capaces de recibir órdenes, esto es, a los imputables. Por otro lado, es importante señalar que en esta investigación los términos «eficacia» y «efectividad» se utilizan de manera intercambiable (el término correspondiente en alemán, para aludir las dos palabras en español antes mencionadas, es «*Wirksamkeit*»).

³⁷⁰ Resalto el carácter de «genuino» porque, en realidad, en la doctrina penal sí se encuentran planteamientos referidos a la infracción de la norma, pero se ha utilizado la noción de «infracción» en sentido *funcional*, esto

(y, en ese sentido, se demuestra el recurso a un pensamiento consecuencialista), mediante la comprensión de una norma «abstracta y general» que además «se dirige a todos» (pues se estima que así cumple los fines últimos del Derecho penal), es decir, sin considerar al destinatario.

3. Pero el destinatario también ha de ser tomado en cuenta³⁷¹. Esta sería la única forma de entender la actividad del legislador no solo como racional, sino también, como expresiva de algo más que un «monólogo», esto es, como comunicación, lo que presupone, evidentemente, un interlocutor idóneo³⁷². Precisamente, el cambio de perspectiva de una concepción imperativa de la norma propia de la teoría de los imperativos a una concepción imperativa conforme a las exigencias actuales del Estado de Derecho, radica en que la apelación a la norma no tiene valor por si misma (esto es, por su autoridad o por expresar el dominio del soberano), sino, por el contrario, en que aquella apelación constituye solo el otorgamiento, al ciudadano (que dejó de ser súbdito) de una razón para actuar u omitir³⁷³. Por tanto, una utilización racional de la norma primaria supone tener en cuenta al individuo en concreto en su específica situación. De esto sigue la necesidad de tomar en cuenta que ese individuo posee conocimientos y habilidades limitadas. En ese marco, la norma primaria no podría tener como punto de partida la formulación de un destinatario ideal de la norma³⁷⁴, lo cual, sin embargo, parece suceder en el marco de la postulación de una norma «abstracta» y «general» que además «se dirige a todos», cuestión que hace posible, conforme a la equiparación entre injusto y antinormatividad, la afirmación de un deber general dirigido a todos, independientemente de sus características³⁷⁵. De esto, a la objetivización de baremos de capacidad, a mi modo de ver, hay solo un paso: se tendría que admitir, por ejemplo, que una persona es capaz de realizar una conducta determinada (y, por tanto, de convertirse en destinatario idóneo de la norma primaria) por el hecho de

es, conforme a las pretensiones de legitimidad del Derecho penal en general y del concepto de delito en particular. Al respecto, por todos, ROBLES PLANAS, en: ROBLES PLANAS/SÁNCHEZ-OSTIZ (Coords.), *Derecho penal contemporáneo*, 2010, 46 ss.

³⁷¹ Por todos, ROSTALSKI, GA 2016, 75; COCA VILA, *Colisión de deberes*, 2016, 153.

³⁷² ROSTALSKI, en: SCHNEIDER, A./WAGNER, *Normentheorie*, 2018, 107.

³⁷³ ROSTALSKI, en: SCHNEIDER, A./WAGNER, *Normentheorie*, 2018, 107.

³⁷⁴ Conforme a lo hasta ahora señalado, una genuina norma no puede ser una de carácter «abstracto y general» que imponga un abstracto «se debe» sin destinatario (como sostenía MEZGER en el marco de su defensa de la norma de valoración como fundamento del injusto). Pero tampoco se puede tener como objeto de referencia a un hombre ideal como destinatario, esto es, un «tú debes hacer u omitir determinado acto porque un hombre medio puede hacerlo u omitirlo», pues en este caso se reconocería una norma «semi-abstracta» (o «semi-concreta»). Al respecto, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 706 ss. Lo que la norma exige a cada sujeto debe corresponderse a las posibilidades de cada uno de ellos.

³⁷⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 63, n. 46.

que otra persona, en su posición, sí hubiera podido cumplir con lo mandado o prohibido por la norma³⁷⁶.

4. La utilización de las normas es racional pues es consecuencia del principio de legalidad, sin el cual el Estado no podría cumplir sus fines (este es un argumento de conveniencia y, como tal, tiene naturaleza hipotética y, como mínimo, parcialmente empírica³⁷⁷). Ahora bien, la mención de los fines evoca necesariamente planteamientos de carácter ético-normativo, los que también han de ser relevantes para la comprensión del injusto y la culpabilidad. Si el concepto de delito es, en última instancia, una construcción en la que se pretende poner de manifiesto la relación entre el Estado y el ciudadano mediante la norma, parece justificarse entonces el recurso a la ética normativa. Por esto, en el ámbito del injusto, ha de tenerse en cuenta, desde la perspectiva del ciudadano, una noción consecuencialista y desde la perspectiva del Estado, una noción deontológica. En el ámbito de la culpabilidad, en cambio, desde la perspectiva del Estado ha de observarse una noción deontológica. En cuanto al ciudadano, se le ha de garantizar que, mediante la norma, sus bienes jurídicos serán protegidos, no solo por intervenciones ilegítimas de imputables (genuinos destinatarios de la norma), sino también de inimputables, lo que supone que ante el fracaso de la norma primaria, el Estado ha de garantizar que el Derecho penal siga cumpliendo su fin preventivo, esta vez, por medios distintos a esa norma primaria (a saber, mediante la asignación de derechos de defensa o necesidad). En cuanto al Estado, este no puede imponer penas porque previenen o dejar de imponerlas porque no prevengan (esto es, por acudir a consideraciones de necesidad o conveniencia) o a entender a la culpabilidad solo como límite de las ventajas preventivas (pues la culpabilidad no solo debe limitar, sino que debe fundamentar la imposición de la pena), sino que ha de imponerlas cumpliendo el presupuesto de la culpabilidad del individuo, a quien tiene que brindarle las razones requeridas para justificar frente a él la imposición de un mal y solo después justificar frente a la sociedad la imposición de ese mal. Esta construcción, a mi modo de ver, permite entender de mejor manera tanto el injusto como la culpabilidad, sin caer en el error de derivar deontologismo de consecuencialismo (lo que se expresa en la

³⁷⁶ COCA VILA, *Colisión de deberes*, 2016, 156.

³⁷⁷ GRECO, InDret 4/2010, 4.

opinión dominante por la cual la norma «se dirige a todos» y por tanto sería «abstracta y general») ³⁷⁸.

5. En lo que sigue intentaré desarrollar tres aspectos fundamentales para el planteamiento que se considera correcto en esta investigación. Primero, me referiré a la norma y su destinatario. Segundo, desarrollaré algunos asuntos sobre el conocido adagio «*Ultra posse nemo obligatur*». Finalmente, me referiré a la distinción conceptual, absolutamente arraigada en la ciencia jurídico-penal, entre injusto y culpabilidad. En este último punto es necesaria la concurrencia de todas las reflexiones anteriores, de tal manera que sea posible dejar en evidencia el contenido que corresponde a cada una de esas categorías desde la perspectiva de una teoría de la norma que permita entenderla como un mensaje prescriptivo. La conclusión a la que espero llegar, después de todo lo expuesto, es la siguiente: la distinción entre injusto y culpabilidad es posible si se tiene como punto de partida una comprensión imperativa de la norma (compatible con los presupuestos del Estado de Derecho). Esto implica, sin embargo: 1) renunciar a la equiparación conceptual entre injusto y antinormatividad; 2) entender al injusto desde la perspectiva de la función distributiva de la norma (que permita comprenderlo no como infracción de una norma, sino como la afectación de la tarea del Derecho consistente en la coexistencia externa entre las libertades de todos los miembros de la sociedad civil), y; 3) admitir que la antinormatividad, entendida como la infracción del deber impuesto por la norma correspondiente, sea analizada en el ámbito de la culpabilidad, categoría irrenunciable en un concepto de delito influenciado tanto por una teoría de la norma como por una teoría de la pena. Debo advertir que, en la medida que esta investigación se concentra en el concepto de injusto en el marco del concepto de delito, el último asunto solo será mencionado y tendrá que ser profundamente desarrollado en una futura ocasión.

5.1. La norma y su destinatario.

1. El desarrollo del planteamiento que se defiende en esta investigación debe comenzar necesariamente haciendo referencia a la cuestión del destinatario de la norma. Se ha

³⁷⁸ En efecto, la concepción mayoritaria deriva lo debido de lo necesario: de la necesidad de proteger bienes jurídicos (precisamente este es el fin del Derecho penal), cuestión consecuencialista, se deriva un elemento de carácter deontológico: la norma «dirigida a todos» que impone deberes sin tomar en cuenta las condiciones concretas del destinatario.

señalado reiteradamente que según la opinión dominante la norma jurídico-penal es una norma «abstracta» y «general», es decir, dirigida a todos³⁷⁹. Este planteamiento presenta importantes inquietudes que he intentado poner de manifiesto a lo largo de la investigación. Uno de ellos es el referido a la determinación del destinatario de la norma: una vez que se reconoció que esta se dirigía también al individuo (en un primer momento denominado «súbdito», pero hoy, «ciudadano»)³⁸⁰, surgió pronto la profunda discusión sobre los elementos que aquel debía satisfacer para considerarse como destinatario de esa norma. Las primeras indagaciones presentaban dos direcciones contrarias: la norma se dirigía solo a los capaces de imputabilidad o bien se dirigía a todos. La primera posición fue desarrollada por MERKEL y seguida por BINDING³⁸¹ y es posible encontrarla hoy en los planteamientos de –entre otros– FREUND³⁸² o ROSTALSKI³⁸³. La segunda posición, con origen en JHERING, fue la desarrollada por THON, quien buscó ampliar el círculo de destinatarios de la norma al entender que esta (la norma como «imperativo objetivo») se dirigía no solo a los imputables sino también a los inimputables³⁸⁴. Esta orientación, enriquecida con las aportaciones posteriores de GOLDSCHMIDT, MEZGER y Armin KAUFMANN, es en definitiva la que sigue la doctrina dominante, de cuyo planteamiento se puede deducir que el injusto es en realidad la «infracción» de una «norma» de valoración.

2. En mi opinión, hay cuatro razones por las cuales la doctrina mayoritaria considera que la norma jurídico-penal debe ser entendida como una de carácter general y abstracto. Debo adelantar aquí que todas estas razones son, desde mi punto de vista, incorrectas en los resultados (pese a partir eventualmente de presupuestos correctos).

2.1. La primera razón estaría referida a la pena, esto es, a la conminación penal. En un capítulo anterior se ha descrito la opinión por la cual se considera a la pena como

³⁷⁹ Al respecto, por todos, BOCKELMANN/VOLK, AT, 4.ª ed., 1987, 35; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª ed., 1996, 236 ss. (=DP. PG., 2002, 253 ss.); ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 10/93, 24/53; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, RDPC 2, 1998, 387; LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 13/31, 54 ss.

³⁸⁰ Al respecto, *supra* Cap. III, 1.

³⁸¹ En realidad, esta orientación es anterior. Ya HOBBS, *Leviathan*, 1651, Cap. XXVI, señalaba que los enfermos mentales o los niños no podían recibir las órdenes del derecho, por lo que, los «*commands of the Commonwealth*» no eran vinculantes para ellos.

³⁸² FREUND, AT, 2.ª ed., 2009, 4/12 ss.

³⁸³ ROSTALSKI, GA 2016, 73 ss.; en: SCHNEIDER, A./WAGNER, *Normentheorie*, 2018, 105 ss.

³⁸⁴ THON, *Rechtsnorm*, 1878, 89. Con todo, como ya se ha señalado, THON no logró limitar el círculo de destinatarios: aunque ese círculo se amplió para acoger a los incapaces de imputabilidad, al concentrar el momento de la infracción en el carácter externo del hecho, no era posible excluir a los hechos de la naturaleza. THON, *JhJb* 14, 1906, 24 s., 44 ss. Críticamente, por todos, KOHLRAUSCH, *Irrtum*, 1903, 50 ss. Sobre este debate, ZIELINSKI, *Unrechtsbegriff*, 1973, 18 (=Concepto de ilícito, 1990, 7).

componente indispensable de una norma (el planteamiento correspondiente al aquí denominado «*Sanktionsmodell*»)³⁸⁵. En ese sentido, en la medida que la amenaza penal está estrechamente asociada con una perspectiva preventivo-general, esto es, dirigida a toda la comunidad³⁸⁶ (basta recordar aquí a FEUERBACH, quien sostuvo que, para lograr convencer a los ciudadanos de no cometer delitos, se debía vincular la amenaza de un mal a esa comisión, todo ello en una ley «general y necesaria»³⁸⁷), entonces la norma seguiría el mismo destino que la pena: *accessorium sequitur principale*. Si, por el contrario, la norma es entendida, como se hace aquí, como un elemento independiente de la amenaza de pena, entonces la irrefutable vocación de generalidad de esta última (es decir, de sus efectos), apreciable ya en los planteamientos de la antigua «teoría de la intimidación»³⁸⁸, no tendría por qué repercutir sobre la concepción de la norma, la que, si bien desempeña funciones instrumentales sostenidas indudablemente sobre una base colectiva (valoraciones ético-sociales), esta solo puede ser tomada en cuenta (aunque no en todos los casos³⁸⁹) como criterio de legitimación y como posible ámbito en el que se reflejan los mandatos y prohibiciones, de tal manera que estas puedan ser conocidas –como mínimo de manera indirecta– por el destinatario en la situación concreta. Esta primera razón es, por lo tanto, claramente consecuencialista: conforme a las mayores necesidades de prevención, se asigna a la amenaza de pena un supuesto fin preventivo-general que a la larga no solo

³⁸⁵ Véase *supra* Cap. III, 5.

³⁸⁶ Al respecto, por todos, LUZÓN PEÑA, en: AA. VV., *Principio de igualdad*, v. II, 1991, 1461, quien lo explica así: «la mayoría de las colectividades piensan que no es posible ni conveniente prescindir del factor de la intimidación o disuasión que suponen las amenazas de penas y su cumplimiento, cuando se infringe o se vulnera la ley penal, porque ésta sigue siendo un medio de control, de reforzamiento de las inhibiciones que tienen los individuos para no cometer delitos, dado que esos mecanismos inhibitorios, aprehendidos mediante la educación, la moral, la religión a veces, mediante toda una serie de factores de integración y de socialización, tienen que verse reforzados y confirmados –desgraciadamente es así– por las amenazas de pena. Y en ese sentido las legislaciones consideran con razón que no se puede prescindir de la amenaza y del factor preventivo general, que ya veían los penalistas liberales clásicos en la pena como contraestímulo ante potenciales delincuentes».

³⁸⁷ FEUERBACH, *Revision*, t. I, 1799, 49; *Revision*, t. I, 2.^a d., 1808, 49. Sobre esta perspectiva preventivo general y consecuencialista, véase, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, 1986, 222, donde señala: «La asignación del fin de protección de bienes jurídicos al Derecho penal supone movernos en el plano de la prevención general, pero no en el sentido estricto en que prevención general se identifica con los instrumentos de su consecución –intimidación, conformación de la conciencia jurídica general– y se contrapone a prevención especial, sino en el sentido amplio de que esa protección de bienes jurídicos implica **evitar** –en este sentido es preventivo– su lesión o puesta en peligro, por la **generalidad** de los ciudadanos –en este sentido es **general**, incluyendo tanto los destinatarios de la prevención especial, es decir los sujetos que ya han delinquido, como los destinatarios de la prevención general como intimidación–» (resaltado en el original).

³⁸⁸ Al respecto, FEUERBACH, *Revision*, t. I, 2.^a ed., 1808, 89 ss., quien criticó esta teoría, la que sostenía que la imposición del mal tenía ya el fin de intimidar a la generalidad (planteamiento que contradecía el de FEUERBACH, que sostenía que la imposición de la pena solo confirmaba la realidad de la conminación penal).

³⁸⁹ Pues, como se dijo antes, no necesariamente una norma moral (o social) tiene como correspondencia una norma jurídico-penal, así como una norma jurídico-penal no necesariamente tiene como presupuesto una norma moral (o social).

repercute en una comprensión de la norma (con la que difícilmente se diferencia)³⁹⁰, sino que también conduce a la disolución de la útil distinción entre conminación de la pena e imposición de esta, lo que a su vez genera que se asignen a esta última pretensiones preventivo-generales, lo que resulta, en última instancia, en la instrumentalización del individuo, a quien se le impone una pena en nombre de aquellas pretensiones preventivo-generales (negativas o positivas)³⁹¹.

2.3. Una segunda razón para afirmar que las normas «se dirigen a todos» señalaría que estas, en la medida que representan imperativos estatales, persiguen intereses públicos, esto es, «sirven a la salvaguardia o aumento de la utilidad general y con ello están a priori orientadas al interés común»³⁹². En ese sentido, el legislador, como representante estatal de creación de normas, pretende que el mensaje prescriptivo sea lo más amplio posible, por lo que la norma es transportada por los preceptos legales que a su vez cumplen con las formalidades que el propio ordenamiento jurídico impone (promulgación, por ejemplo). Este planteamiento, propio de una orientación utilitarista³⁹³, a mi modo de ver, relaciona el «interés común» con la idea de que la norma sea «lo más amplia posible». Sin embargo, considero que de nada serviría una pretensión meramente declarativa como aquella que parece expresar la idea de la norma de carácter general que se orienta a la «salvaguarda, al aumento de la utilidad general o el interés común». Estas caracterizaciones parecen más bien fórmulas sin contenido, de difícil concreción o verificación. Que la norma no sea entendida como un mensaje «abstracto y general» no quiere decir que no persiga intereses públicos (o que la única forma de perseguir intereses públicos sea mediante normas «abstractas y generales»): en esta investigación se ha sostenido que, en una situación concreta, la norma, como mensaje prescriptivo (que es la única forma de entender una norma si es que se quiere utilizar con propiedad el término «norma», como instrumento de modificación o mantenimiento de la realidad), se dirige a un ciudadano (el destinatario de la norma) y le impone a este un deber de hacer u omitir (o, en los términos antes expuestos, le ofrece una razón excluyente para actuar u omitir), pero más allá de eso, como fuente de

³⁹⁰ Expresiva es, al respecto, la afirmación de SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 576: «(...) conviene no olvidar que la motivación mediante normas constituye el mecanismo fundamental a través del cual el Derecho penal cumple su misión de prevención general». En la misma dirección, LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 1/48, donde señala que «A las normas relativas a penas les corresponde tanto la función de prevención general como especial» (cursiva en el original).

³⁹¹ Al respecto, con más referencias, LUZÓN PEÑA, en: AA. VV., *Principio de igualdad*, v. II, 1991, 1461.

³⁹² HAAS, en: KAUFMANN, M./RENNIKOWSKI (Eds.), *Zurechnung*, 2004, 204 (=InDret 1/2016, 12).

³⁹³ Al respecto, SEN/WILLIAMS, en: SEN/WILLIAMS, *Utilitarianism*, 1982, 1 ss.

orientación contrafáctica, asigna un derecho como correspondencia a ese deber, siendo el titular de aquel (el beneficiado), por ejemplo, el ciudadano cuya esfera jurídica busca mantenerse frente a la conducta externa antinormativa de quien está obligado a actuar u omitir. Como antes se dijo, que la norma no sea «abstracta y general» no quiere decir que esta, en una situación concreta, deje de poseer un fin preventivo: protege los bienes jurídicos de un ciudadano frente a la arbitrariedad de otro ciudadano. Asimismo, la norma primaria, como antes se dijo, protege también al ciudadano de la arbitrariedad del Estado: solo se podrá castigar al individuo si este ha infringido el deber que la norma le impone en la situación concreta³⁹⁴.

2.4.1. La tercera razón radicaría en un supuesto cumplimiento de las pretensiones que exigen los principios de imparcialidad y justicia. En efecto, la norma jurídica es entendida como «general» conforme a una exigencia de igualdad (la ley ha de tratar del mismo modo a todos los que se encuentran en la misma situación) y se la concibe como «abstracta» en atención a una exigencia de certeza del Derecho (la ley ha de garantizar que cada vez que se produzcan determinadas situaciones jurídicas, aquellas sean objeto de las mismas consecuencias)³⁹⁵. Desde esta perspectiva, si se busca la reafirmación de los valores relativos a la igualdad y la imparcialidad, parece lógico que la norma jurídica deba ser representada como una prescripción general³⁹⁶. Sin embargo, pienso que, de la pretensión de la vigencia de las exigencias de igualdad e imparcialidad, no es posible deducir necesariamente que la norma primaria sea una norma «dirigida a todos». El hecho de que se busque la igualdad, no quiere decir que todos los casos vayan a ser resueltos de la misma manera. Tanto el principio de igualdad como el de imparcialidad son, evidentemente, lineamientos fundamentales en un Estado de Derecho que, sin embargo, deben ser adecuados a las circunstancias específicas: es innegable la existencia de una diferencia de situaciones entre un sujeto capaz de culpabilidad o que conozca íntegramente la prohibición y un individuo que adolezca de una inimputabilidad manifiesta o que haya actuado sin conocer que su conducta estaba jurídico-penalmente prohibida. En ambos casos, no parece razonable que se deba producir un trato igual ni mucho menos que se pueda imponer una misma consecuencia jurídica.

³⁹⁴ Sobre este planteamiento, *supra* Cap. III, 9.

³⁹⁵ LUMIA, *Principios*, 1993, 39.

³⁹⁶ BOBBIO, *Contribución*, 1980, 302.

2.4.2. Conforme a lo expuesto, cabría preguntar ¿Por qué en virtud del principio de igualdad no se impone una pena a un menor de edad que haya cometido un homicidio, tal y como se haría, *ceteris paribus*, con el mayor de edad que realice la misma conducta?³⁹⁷ ¿Acaso desde la perspectiva del principio de imparcialidad no cabría imponer la misma consecuencia jurídica al capaz y al incapaz en el caso de que ambos hayan cometido un hecho jurídico-penalmente desvalorado?³⁹⁸ Desde el momento que se reconoce que, por ejemplo, el menor de edad no puede ser culpable de un delito (por adolecer de imputabilidad) a pesar de haber cometido un hecho típicamente antijurídico, es posible percibir que el principio de igualdad formal cede ante las especificidades de la materia jurídica que se encarga de abordar el caso concreto³⁹⁹. Siendo esto así, el principio de igualdad real debería concentrarse en lo que en ambas situaciones es igual: tanto la conducta de un inimputable como la conducta de un imputable pueden ser jurídico-penalmente relevantes, esto es, el carácter sustancialmente injusto de ambos se afirma sin necesidad del análisis de ningún elemento subjetivo-individual (propio de la culpabilidad). Asimismo, la no imposición de una pena a un inimputable por un hecho que de haber sido cometido por un imputable merecería indudablemente una pena, no quiere decir que se produzca una infracción del principio de imparcialidad, pues la idea de que los

³⁹⁷ Así, por todos, LUZÓN PEÑA, en: AA. VV., *Principio de igualdad*, v. II, 1991, 1457, donde señala que, en los sistemas dualistas, esto es, en aquellos en los que junto a las penas se han adoptado a las medidas de seguridad como medidas de reacción penal, «ya deja de haber una total igualdad (que se podría lograr con un sistema penal puro y sin orientación preventivo-especial), porque ante unos mismos hechos frente a un sujeto se va a reaccionar imponiéndole una pena; a otros sujetos, en cambio, se le va a sustituir la pena por una medida de seguridad (...)», esto es, se verifica un «quiebre» en «la igualdad de respuesta ante hechos aparentemente iguales».

³⁹⁸ Uno podría decir, por ejemplo, recordando las reflexiones de GIMBERNAT ORDEIG, que no se impone una pena a un inimputable debido a que los «imputables» no verían afectadas sus expectativas en caso de que aquel no sea castigado, pues los «imputables» saben bien que no poseen la misma condición y, por este motivo, no sienten la falta de castigo como una expresión de impunidad. Esta argumentación consecuencialista no puede justificar la intervención penal y, principalmente, la imposición de una pena a un individuo, pues solo se estaría legitimando esa medida frente a la sociedad (la que tendría que decidir qué es lo que satisface su expectativa y qué es lo que no lo hace) y no frente al propio individuo, de tal manera que se produciría una vulneración a la prohibición de instrumentalización.

³⁹⁹ Precisamente, LUZÓN PEÑA, en: AA. VV., *Principio de igualdad*, v. II, 1991, 1471, concluye afirmando la no afectación del principio de igualdad en el marco de la existencia de consecuencias jurídicas distintas (la pena y la medida de seguridad). Así, señala que «(...) no estamos teniendo en cuenta dos individuos iguales: el principio de igualdad exige tratar igualmente lo igual y desigualmente lo desigual, y si lo que fundamenta la responsabilidad penal no es sólo el hecho del autor, sino también sus circunstancias personales, que deben tenerse en cuenta, pues jurídico-constitucionalmente (art. 25.2 CE) es relevante la necesidad o no de resocialización del sujeto, entonces y en esa medida puede, sin detrimento ninguno de la seguridad jurídica y también sin detrimento del principio de igualdad, imponerse un tratamiento desigual, beneficioso frente al delincuente peligroso, si un sujeto cuenta con un pronóstico favorable: ya que estamos tratando de modo desigual lo desigual, a individuos que son desiguales desde una perspectiva –la necesidad de resocialización– constitucional y jurídicamente relevante, sin que por tanto haya un trato infundadamente desigual (discriminatorio)».

inimputables no pueden ser reprimidos penalmente es una concepción que forma parte de la convicción general de la sociedad, lo que, a mi modo de ver, se refleja en la exigencia irrenunciable del principio de culpabilidad (como límite deontológico a la actuación del Estado)⁴⁰⁰.

2.5. La cuarta razón sería la influencia que tiene la comprensión de una norma social para la definición de la norma jurídica. En esa línea, las características que pueden reconocerse en la primera pasarían a la segunda. Sin embargo, esta orientación partiría de una definición (influenciada por la tradición de la «elección racional») de «norma social» por la que esta es entendida como «regularidad conductual» («*behavioral regularity*») que establece expectativas comunes y sanciones en respaldo a tal regularidad⁴⁰¹. Esta definición, sin embargo, no toma en cuenta el genuino carácter normativo, por lo que, en realidad, no es una «regularidad conductual» la que debe ser abarcada por el concepto de norma, sino que es la «fuente específica de tal regularidad la que parece ser la esencia de la norma»⁴⁰². Y esta definición de «norma social» no deja de ser reconocida como un estándar de conducta para la «conducta individual en ciertas clases de situaciones»⁴⁰³. Esto quiere decir, por tanto, que no necesariamente una transposición de una «norma social», caracterizada como general por su repetición constante entre los integrantes de la sociedad, pueda ser utilizada para definir los contornos de la norma (jurídica) primaria pues incluso la definición más acabada de norma social tiene en cuenta que se trata de un estándar que rige en una situación concreta y a cada individuo de una sociedad y no a toda esta como un colectivo⁴⁰⁴. Que la norma se dirija a un individuo concreto y en una situación específica, como sostenía correctamente HOLD VON FERNECK, por tanto, no es algo que sea desconocido en la definición de una norma social (no jurídica).

⁴⁰⁰ Esta es ya una razón para no prescindir del principio de culpabilidad, a diferencia de lo sostenido por algunas orientaciones que han propuesto su supresión o sustitución.

⁴⁰¹ Al respecto, LAHNO, ARSP 95 (2009), 564.

⁴⁰² LAHNO, ARSP 95 (2009), 564.

⁴⁰³ LAHNO, ARSP 95 (2009), 564.

⁴⁰⁴ Al respecto, LAHNO, ARSP 95 (2009), 564, reconoce cuatro características de una norma social: i) si la norma social se entiende como estándar social, el término «estándar» («*standard*») expresa el aspecto prescriptivo de la norma, esto es, que algo debe ser realizado (de la mejor manera posible); ii) el estándar social es «social» en el sentido que se dirige a cada individuo de un grupo social (adicionalmente, LAHNO considera que la norma social se caracteriza por el hecho de que es compartida por un número suficiente de individuos); iii) el estándar es dirigido a todos los individuos del grupo y no al grupo como un agente colectivo, pues se trata de «una guía individual que especifica lo que un individuo debe hacer o lograr, si ciertas condiciones aplican»; iv) una norma es condicional pues prescribe un tipo de conducta solo en determinada clase de circunstancias («si ciertas condiciones aplican»).

3. Por lo expuesto, creo que la norma solo puede entenderse como un mensaje prescriptivo dirigido al individuo en una situación concreta, para imponerle un deber de actuar u omitir. Si, conforme al «*Standard-Modell*», que se admite como modelo correcto en esta investigación, la norma primaria es independiente de la conminación penal, las características frecuentemente atribuidas a esta, desde una perspectiva preventiva (esto es, una «amenaza general» a manera de «intimidación o disuasión»), no tendrían que ser asumidas también por la norma, si es que esta es entendida en sentido material y no de manera intercambiable con otras categorías como «precepto»⁴⁰⁵ o «ley penal»⁴⁰⁶. Asimismo, que se sostenga que una norma primaria, dirigida al ciudadano en el caso concreto, carece de un carácter «general y abstracto» (y, en ese sentido, que no se «dirija a todos»), no supone un desconocimiento de los principios de igualdad e imparcialidad⁴⁰⁷. Por tanto, la afirmación de HOLD VON FERNECK, referida a la limitación al legislador al momento de crear normas (estas se dirigen solamente a quienes sean destinatarios aptos para cumplirlas y se encuentren en una situación en la que sean además capaces de hacerlo), en mi opinión, goza de buena salud⁴⁰⁸.

4. Lo dicho sobre la norma como mensaje prescriptivo dirigido a un individuo concreto en la situación específica en la que realiza su conducta aún no aclara las propias condiciones que debe poseer el destinatario de aquella norma. Se ha adelantado la idea que en esta investigación se sostiene como correcta: que la norma solo puede dirigirse a quien posea las condiciones de dirigirse por la misma, esto es, a quien posea las condiciones necesarias para ser portador de un deber de actuar u omitir impuesto por la norma primaria correspondiente. Pues bien, el asunto referido al destinatario de la norma y, principalmente, sus consecuencias en el marco de la distinción categorial entre injusto y culpabilidad, en

⁴⁰⁵ Como se ha señalado a lo largo de la investigación, «precepto penal» y «norma» constituyen categorías que se deben distinguir si se quiere proponer un genuino análisis de una teoría de la norma.

⁴⁰⁶ Al respecto, por todos, LUZÓN PEÑA, en: AA. VV., *Principio de igualdad*, v. II, 1991, 1461, que habla de la «infracción» o «vulneración» de la «ley penal».

⁴⁰⁷ Por todos, SÁNCHEZ-OSTIZ, *LH-Mir Puig*, 2017, 863, señala «en la medida que el legislador aspira a obtener un comportamiento de los destinatarios por su relevancia social, puede entenderse que emplea un *baremo objetivo*. Que sea objetivo no significa que ignore las condiciones de los sujetos destinatarios, sino solo que la norma vale en principio para todos por igual» (cursiva en el original).

⁴⁰⁸ Debe recordarse, sin embargo, que la crítica al planteamiento de HOLD VON FERNECK también es correcta, en la medida que este autor recurrió a un criterio intersubjetivo (centrado en el término medio del grupo al que pertenece el individuo) para determinar quién es imputable y cuál es esa situación en la que se posee esa condición.

mi opinión, está lejos de ser un tema superado, lo que queda demostrado, precisamente, por las opiniones recientes sobre ese asunto⁴⁰⁹.

4.1. Un reciente planteamiento, desde la perspectiva de la necesidad del mantenimiento de la distinción entre injusto y culpabilidad, es el que formula GRECO. Sobre la cuestión referida a que la norma de carácter imperativo solo se dirigiría a quienes posean las condiciones necesarias para seguirla, señala que, aun cuando se reconozca que sobre la mayoría de los no culpables no será efectiva la llamada de la norma, resulta *útil* o *adecuado* (*zweckmäßig*) verlos todavía como destinatarios de la norma⁴¹⁰. El argumento que propone el autor citado es interesante: en aquel escenario, la pretensión de la norma no debe ser más la motivación de los no culpables, sino la del resto de los potenciales autores capaces de culpabilidad⁴¹¹. Esto le conduce a señalar que una conducta se prohíbe (generalmente) no para que el no culpable no la cometa, sino para que nadie se sienta estimulado a cometerla «con la esperanza de ser declarado no culpable y, con ello, de eludir la prohibición»⁴¹². GRECO considera que, con este argumento, la supuesta incompatibilidad entre la teoría de las normas y el injusto no culpable queda eliminada⁴¹³.

4.2. Cuando en el planteamiento antes citado se indica que la norma primaria no busca motivar a los no culpables se reconoce, como punto de partida, una posición honesta sobre la imposibilidad de considerarlos como destinatarios de la norma. Y es que no puede ser de otra manera si se quiere mantener la racionalidad en el uso de la norma como mecanismo de orientación de conductas (o, con mayor claridad, de imposición de deberes de actuar u

⁴⁰⁹ En efecto, queda claro que el «regreso» del argumento del destinatario, verificable ya en los planteamientos de MERKEL, BINDING y HOLD VON FERNECK, constituye, hasta donde alcanzo a entender, un reflejo de la importante cuestión, aún pendiente de explicación, referida al mantenimiento de una norma de carácter imperativo y al mismo tiempo la defensa de la arraigada distinción entre injusto y culpabilidad. Como se verá a continuación, recientemente ROSTALSKI, en: SCHNEIDER, A./WAGNER, *Normentheorie*, 2018, 105 ss., ha propuesto el abandono de la distinción entre injusto y culpabilidad (considerando que tal distinción es «objetivamente imposible») sobre la base de argumentos normológicos. Reconociendo también que en la actualidad se discute sobre las cualidades que debe reunir el destinatario de la norma para que sea legítima la imposición de un deber penal, COCA VILA, *Colisión de deberes*, 2016, 150.

⁴¹⁰ GRECO, GA 2009, 645.

⁴¹¹ GRECO, GA 2009, 645.

⁴¹² GRECO, GA 2009, 645. Creo que esta argumentación es muy parecida a aquella, sostenida, entre otros, por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, RDPC 2, 1998, 388, por la que se señala que no dirigir la norma a todos supondría entender que a los inimputables (o quienes no puedan motivarse en absoluto por la norma) se les «permite» (pues «lo no prohibido está permitido») realizar el delito. Por lo tanto, regresando a GRECO, solo la admisión de un mandato o prohibición abstracto y general impediría que el individuo se ubique en una situación de inimputabilidad para que, como sostiene DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, vea su conducta «permitida».

⁴¹³ GRECO, GA 2009, 645.

omitir). Si es así, entonces, surge la duda referida a para qué considerar a la norma como «dirigida a todos» –como, al parecer, hace GRECO– si es que, dentro de ese grupo de destinatarios, ya se reconoce de antemano que no están los incapaces de culpabilidad. Si el círculo de destinatarios de la norma está integrado solo por capaces de culpabilidad (quienes saben que serán declarados responsables en caso de cometer un delito), entonces de nada serviría ampliar de manera «artificial» ese círculo para incluir a incapaces de culpabilidad cuando queda claro desde el principio que estos últimos no son destinatarios de la norma. No es necesario que la norma sea considerada de manera «abstracta y general» y, por ende, «dirigida a todos».

4.3. Considero apropiada la crítica formulada por ROSTALSKI, en el sentido de que el planteamiento propuesto por GRECO no busca una solución para el problema del destinatario, esto es, para el agente no culpable. Esto se verifica, según la autora citada, cuando la persona a la que realmente se ha de motivar mediante la norma dirigida al inculpable es realmente el autor potencialmente capaz de culpabilidad⁴¹⁴. ROSTALSKI critica, por tanto, la «utilización» del incapaz de culpabilidad como «material de enseñanza» («*Lehrmaterial*») para otros ciudadanos, cuestión que, en su opinión, por razones constitucionales se muestra problemática⁴¹⁵.

4.4. Por otro lado, la «esperanza» de no ser declarado culpable (si «esperanza» significa, por ejemplo, una «circunstancia razonable»), debería ir acompañada, desde la perspectiva del autor, por la configuración de un plan específico (y objetivamente razonable) que le permita pensar a él que, después de cometido el hecho, no sería hallado culpable. Sin embargo, en el Derecho penal ya existen herramientas para enfrentar situaciones como esas: la *actio libera in causa*, por ejemplo, permitiría solucionar estos supuestos problemáticos. Quien comete un delito, en caso quiera tomar en serio la posibilidad de no ser declarado culpable, deberá planificar el hecho de tal forma que el delito cometido efectivamente permita esa posibilidad. De esta manera, tanto la *actio libera in causa*, como el propio desarrollo del proceso penal, impedirían ya de alguna manera que la interpretación expresada por GRECO pueda concretarse en la realidad. Por lo tanto, no puede haber «esperanza» alguna de ser declarado no culpable cuando, pese a ponerse en

⁴¹⁴ ROSTALSKI, en: SCHNEIDER, A./WAGNER, *Normentheorie*, 2018, 111.

⁴¹⁵ ROSTALSKI, en: SCHNEIDER, A./WAGNER, *Normentheorie*, 2018, 112.

esa situación para cometer un delito, se tienen ya las herramientas para que perviva la responsabilidad⁴¹⁶.

4.5. En todo caso, la «esperanza» de no ser declarado culpable supone que el agente se «refugie» exitosamente en la inculpabilidad para no ser considerado destinatario de la norma ya que, en caso de ser declarado inculpable, habría que afirmar que a él no se le podía imponer ningún deber y, por lo tanto, no se le podía exigir ningún actuar u omitir. Este razonamiento parece, por el contrario, afirmar la idea de que la norma no se dirige a los incapaces de culpabilidad. La idea de la norma «dirigida a todos» no puede funcionar en este escenario pues a los incapaces de culpabilidad no se les puede exigir el cumplimiento del deber que impone la norma⁴¹⁷. Precisamente por eso el imputable, genuino destinatario de la norma, pretendería «refugiarse» en la condición de inculpable: para no ser considerado destinatario de aquella (y que, en definitiva, no se le imponga una pena).

4.6. En última instancia, se ha sostenido que el empeño en mantener la idea de una comprensión de la norma «abstracta y general» y, en ese sentido, «dirigida a todos», tiene que ver con el planteamiento, aún por demostrar, referido a la necesaria separación entre injusto y culpabilidad⁴¹⁸. Sobre esta clasificación conceptual me referiré más adelante. En este momento, sin embargo, puedo adelantar la idea de que, en mi opinión, la separación entre injusto y culpabilidad puede mantenerse, conservando al mismo tiempo la comprensión de la norma como un mensaje prescriptivo. Este planteamiento, en todo caso, pasa necesariamente por renunciar a la idea de la norma «abstracta y general» esto es, de la arraigada convicción de que la norma «se dirige a todos».

5. Ahora bien, que las normas no se dirijan a los inimputables y a quienes se encuentren en error de prohibición invencible (en buena cuenta: quienes no conozcan el mandato o

⁴¹⁶ Este escenario es precisamente en el que se ha desarrollado la categoría de la «*Obliegenheit*». Al respecto, por todos, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 62 ss.; JRE 1994, 339 ss.; VOGEL, *Norm*, 1993, 74 ss.; ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, 2004, 165 ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 540 ss.; RPolCrim 24, 2017, 1211 ss.; MAÑALICH, *Nötigung*, 2009, 68 ss.; PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 302 ss., 345 ss.

⁴¹⁷ Al respecto, habla de una «argumentación circular» (refiriéndose a la idea de que el destinatario idóneo de la norma podría refugiarse en la incapacidad de culpabilidad para extraerse de la exigencia de la norma), ROSTALSKI, en: SCHNEIDER, A./WAGNER, *Normentheorie*, 2018, 113, donde además concluye señalando que: «los incapaces de culpabilidad se mueven fuera de las normas, de tal manera que no *hay* una “prohibición” que deban evitar» (cursiva en el original).

⁴¹⁸ ROSTALSKI, en: SCHNEIDER, A./WAGNER, *Normentheorie*, 2018, 113.

prohibición o, conociéndolos, no se pueden actuar conforme a dicha comprensión) no quiere decir que los comportamientos lesivos que estos realicen queden fuera del Derecho penal. Si se toma en cuenta que el ordenamiento jurídico-penal se legitima esencialmente por garantizar la protección de diversos intereses (bienes jurídicos), entonces tanto el principio de igualdad como el de imparcialidad tendrán que acondicionarse a tal lineamiento y no solo hacer posible el tratamiento igual a todo lo que es igual, sino también fundamentar el castigo de toda conducta que se considere generalmente como merecedora de él: las conductas humanas que manifiesten un sentido antijurídico serán jurídico-penalmente desvaloradas, sin que ello suponga en absoluto la realización de deducciones valorativas referidas al plano de la culpabilidad (tanto si el individuo carece de los elementos mínimos que deben concurrir para afirmar la capacidad de actuar de conformidad al sentido motivador de la norma; y, por ello, de fundamentar el reproche personal normativo propio de la categoría dogmática de la culpabilidad). De esta manera, la denominada «pretensión de vigencia general de la norma» no sería tal tomando en cuenta que la norma se dirige a capaces como a incapaces, sino que se debería referir más bien a la circunstancia de que el bien jurídico protegido por una norma primaria consistirá en el punto de referencia indispensable para el enjuiciamiento valorativo de toda conducta humana que manifieste una mínima y específica relevancia jurídico-penal (que puede expresarse, por ejemplo, mediante una coincidencia entre la acción y la descripción del tipo penal).

6. La norma se dirige solo a quienes puedan motivarse por ellas⁴¹⁹. Una persona a la que no se le dirige una norma y, conforme a esto, no se le impone el correspondiente deber en la situación concreta, jamás podrá «infringir» norma alguna y, por tanto, nunca podrá ser sujeto de la principal reacción del Derecho penal: la pena. Ahora bien, es claro que la dimensión externa de un hecho, al ser percibida por los sentidos y ser susceptible de interpretación (por lo que el intérprete le puede otorgar un determinado significado conforme a las circunstancias en las que tal exteriorización se lleva a cabo), es el primer punto de referencia para la interrelación social. Si una persona desenfunda una pistola,

⁴¹⁹ MIR PUIG, RECPC 06-02 (2004), 14, considera que la norma primaria se dirige solamente a quienes pueden ser motivados por ella: «Aunque la doctrina dominante en la actualidad suele proclamar que las prohibiciones penales se dirigen a todos, es evidente que si sólo existiesen, además de un legislador, incapaces profundos y personas imposibilitadas de acceder a las normas, no tendría ningún sentido dictarlas para regular su comportamiento. Lo único razonable es entender que los imperativos normativos requieren destinatarios capaces de recibirlos. Se trata de una exigencia inherente al uso pragmático de las prescripciones que, por tanto, no es necesario que se halle establecida expresamente por las normas».

apunta a su víctima y presiona el gatillo, el observador que se limite a esa dimensión externa podrá afirmar que se trata de un acto consciente y voluntario del agente (a partir del contexto y de los indicadores objetivos, parece no haber razones para considerar que esa persona no sabía lo que hacía)⁴²⁰. Pero al tiempo se produce otra circunstancia, tal vez, no perceptible para el observador por medio de los sentidos: que ese agente puede encontrarse, por ejemplo, en un estado de inimputabilidad. La norma que reza «¡No debes matar!», según lo desarrollado en esta investigación, a él no se le dirigiría. ¿Significa esto que tal persona no comete un hecho antijurídico? Parece ser que una respuesta negativa a esta pregunta no podría ser admitida, por lo que, desde la perspectiva de la doctrina dominante, que equipara conceptualmente injusto y antinormatividad, se mantiene la idea de que la norma se dirige a todos, incluso a los inimputables (pues, de lo contrario, según esta orientación, al inimputable, al no dirigírsele la prohibición, haría que su conducta sea permitida⁴²¹). Sin embargo, considero que es posible mantener el sentido afirmativo de esa respuesta y proponer paralelamente una comprensión consecuente con el punto de partida asumido con respecto al concepto de norma primaria, esto es, su carácter imperativo. Esto es posible si se resalta que la dimensión externa del hecho es lo que hace posible a otros, los terceros, no intervenir en el hecho o poder defenderse del mismo (porque tal dimensión externa describiría, en el caso concreto, una superación de los límites de la libertad de acción y, por lo tanto, sería expresión de arbitrariedad). Esto es posible, precisamente, por los alcances de la expectativa normativa (que, como se dijo, acompaña la vigencia de un estado de cosas valorado positivamente –el bien jurídico–), la que permitiría *entender* la conducta de otro y no solo observarla (desde un plano puramente causal) como un conjunto de movimientos corporales.

7. Dicho de otra manera, la norma se dirige a quien pueda entenderla no solo para decirle que no cometa delitos, sino también para comunicarle que, en una situación en la que pueda ser afectado por un delito, puede actuar para mantener la incolumidad de sus bienes jurídicos, así como para comunicarle que, en una situación en la que otros vayan a cometer

⁴²⁰ Al respecto, acertadamente, VARELA, *Dolo*, 2016, 346, que señala: «Cuando sabemos que tal o cual conducta supone que el sujeto sabía lo que hacía, la base de nuestra “certeza práctica” no reside exclusivamente en la conducta del sujeto sino, antes bien, en la concepción socialmente compartida de “cómo funciona el mundo” y las cosas del mundo».

⁴²¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, RDPC 2, 1998, 388.

un delito, no intervenga en el hecho de cara a hacer posible su realización⁴²². Solo de esa manera pueden conciliarse los dos aspectos de la norma ya mencionados en un capítulo anterior: para unos aquella sería una expectativa (fuente de derechos), y para otros, una norma de conducta (fuente de deberes)⁴²³. Sobre esta argumentación se volverá más adelante.

5.2. *Ultra posse nemo obligatur.*

1. En la doctrina es posible reconocer una serie de propuestas para determinar la capacidad de cumplimiento de la norma⁴²⁴. En esta investigación se le ha brindado atención al principio *impossibilium nulla obligatio* o *ultra posse nemo obligatur*, situado en el campo de tensión entre el deber jurídico y las capacidades del obligado para cumplir lo que se le exige con la imposición del mencionado deber. El análisis de una teoría de la norma que conduzca a entender a esta como un mensaje prescriptivo exige de manera ineludible resaltar el asunto referido a las capacidades del individuo para hacer lo que el deber impuesto exige. Este razonamiento es especialmente evidente en el lenguaje directivo, concretamente, en las órdenes individuales. En un escenario como este parece claro que una orden solo puede tener sentido si es que realmente mediante ella *se puede* conseguir algo. Si «A» le imparte una orden a «B», consistente en realizar una determinada conducta (mover una piedra que está en la mitad de un camino, por ejemplo), «A» debe presuponer que «B» puede realizar la conducta. Si no fuera así, «A» actuaría en contradicción pragmática (y no lógica), la que puede expresarse así: «Aunque sé que no puedes levantar la piedra, yo te lo ordeno»⁴²⁵.

⁴²² En lo que MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 583, n. 54, 599, reconoce como la necesidad de fijar una valoración objetiva del hecho para que se puedan cumplir funciones normativas de cara a terceros.

⁴²³ Al respecto, *supra* Cap. II, 4.

⁴²⁴ Así, por todos, KRAUSHAAR, GA 1965, 21 ss., quien destaca: a: 1) la accesibilidad del sujeto a la llamada de la norma («*Ansprechbarkeit des Normsubjekts*»), 2) a su capacidad de dominio el hecho («*Fähigkeit zur Tatherrschaft*»), 3) al conocimiento de la situación («*Situationkenntnis*») y 4) a la conciencia de la norma («*Normbewusstsein*»). También, MÜNZZBERG, *Verhalten*, 1966, 192 ss., distingue cuatro niveles de capacidad: 1) «posibilidad de prever el curso causal» («*Vorsehbarkeit des Kausalblaus*»), 2) «posibilidad de reconocimiento de la valoración jurídica» («*Erkennbarkeit der rechtlichen Wertung*»), 3) «capacidad de formación de la voluntad» («*Fähigkeit zur Willensbildung*») y 4) «realizabilidad» («*Durchführbarkeit*»).

⁴²⁵ JOERDEN, *Logik im Recht*, 2.ª ed., 2010, 209, donde señala: «Quien le imparte una orden a una persona P, que P *debe* efectuar un determinado acto, debe presuponer que P *puede* efectuar ese acto. De lo contrario, el dador de la orden se encontraría en una autocontradicción pragmática que podría resumirse en un ejemplo: «Yo sé que, si bien no puedes levantar una piedra, no obstante, te lo ordeno»» (cursiva en el original). JOERDEN agrega que en este caso no se trataría de una autocontradicción lógica («pues ser y deber están en niveles principalmente distintos»), sino de una autocontradicción pragmática, esto es, «referida al acto», pues

2.1. Si se toman en serio entonces las exigencias pragmáticas de la utilización del lenguaje directivo, habrá que reconocer que aquellas son también verificables en el caso de una norma de carácter imperativo que, en el caso concreto (al sujeto concreto en su situación concreta), impone un determinado deber de actuar u omitir⁴²⁶. Que la norma haya sido comprendida mayoritariamente hasta ahora como un mandato o prohibición «abstracto y general» ha ocultado el hecho de que ella, al entenderse como una razón para actuar u omitir, dirigida al destinatario en una situación concreta, se muestra en última instancia ante él como un deber que *a él* se le impone. La imposición de ese deber, sin embargo, si quiere poseer la genuina condición de tal, debe atender a las propias circunstancias del destinatario. En buena cuenta: *deber implica poder*. La responsabilidad penal de una persona está limitada por su poder individual⁴²⁷. Solo frente a un individuo concreto se está en posibilidades de decir si puede o no cumplir con el mandato o la prohibición y, en ese sentido, legitimar la imposición de un deber penal. Una orientación contraria supondría tener que admitir la exigencia de lo imposible al individuo, lo que es claramente injusto⁴²⁸. Y, al respecto, queda claro a estas alturas de la investigación que «El Derecho no puede, puesto que es racional, exigir lo imposible»⁴²⁹.

2.2. Si la infracción de un deber (impuesto por una norma) es, dicho de manera amplia y aún imprecisa, el presupuesto indispensable de la responsabilidad penal, y esta responsabilidad penal solo puede predicarse de aquel que puede haber cumplido ese deber (y sin embargo no lo ha hecho), entonces ha de afirmarse que en el caso de un individuo que, por ejemplo, actúa en error de prohibición invencible (no conocía la norma y, por lo tanto, no podía cumplirla⁴³⁰), tal individuo desde el inicio está ya excluido del círculo de

«una voluntad de comportarse (de la manera señalada) nunca podría ser eficaz (*wirkmächtig*), es decir, no podría provocar ninguna transformación que, sin embargo, es intencionada».

⁴²⁶ Recientemente, SÁNCHEZ-OSTIZ, RPolCrim 24, 2017, 1217, parece proponer una comprensión similar: «(...) al pasar la norma general a la acción concreta, ejerce la norma su función configuradora de decisiones, de acciones singulares. En cierto sentido se podría hablar de un proceso de “autonomización” –mejor que “autonomía”–, en cuanto que el destinatario de esta llega a hacer suyo el mensaje expresado en la norma, que carecerá de fuerza deóntica si no se plasma en deber» (cursiva en el original). En la n. 27 señala correctamente el mismo autor: «Dicho proceso de autonomización, de hacer suyo, no significa sin embargo que las valoraciones de la norma deban ser interiorizadas por el destinatario. Se trata de algo más simple: la norma no es tal sin la asunción por el destinatario como mensaje de acción; y esto es tarea suya».

⁴²⁷ HRUSCHKA, *FS-Reimers*, 1979, 459.

⁴²⁸ ROSTALSKI, en: SCHNEIDER, A./WAGNER, *Normentheorie*, 2018, 118.

⁴²⁹ BINDING, *Normen*, t. II-1, 2.^a ed., 1914, 145.

⁴³⁰ Esta afirmación, con todo, necesita de un previo enjuiciamiento normativo. En efecto, lo que ha de discutirse en el error de prohibición se concentra en la tensión entre el desconocimiento excluyente de la

destinatarios de la norma: si aquel desconoce la norma, esta no puede imponerle a él un deber, y la infracción de un deber, como se dijo, es el presupuesto irrenunciable de la responsabilidad penal⁴³¹.

3.1. Si, como se dijo, solo frente a un individuo concreto se está en posibilidades de decir si puede o no cumplir con el mandato o la prohibición –el deber («*Sollen*») implica siempre el poder («*Können*»), y donde falte esta condición, está ausente también el deber («*Pflicht*»)⁴³²–, la comprensión propuesta por la doctrina mayoritaria resultaría problemática: si la norma primaria se entiende como un mandato o prohibición (dirigido a todos) que impone al individuo un determinado deber (cuya infracción, según la doctrina mayoritaria, se evalúa en el injusto), y si el injusto equivale a antinormatividad, habría que afirmar que al individuo se le impone un deber no por lo que él puede hacer, sino por lo que el hombre medio, como referencia eminentemente normativa para enjuiciar el peligro, podría hacer en la situación de aquel⁴³³. Precisamente, cuando el individuo no llega al nivel del hombre ideal, pudiendo hacerlo, parece intuitivamente correcto afirmar su responsabilidad. La cuestión verdaderamente problemática radicaría en aquellos casos en los que el individuo no haya podido llegar en ningún caso al nivel del hombre medio. En estos supuestos, la opinión dominante, al equiparar injusto con antinormatividad, reconoce implícitamente que al individuo (incapaz de cumplir aquel estándar objetivo) se le puede imponer un deber, lo que es, a mi modo de ver, impreciso. Así sucede, por ejemplo, en los

responsabilidad penal (el error invencible) y el desconocimiento vencible y conocimiento. Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *Libertas* 5, 2016, 129.

⁴³¹ COCA VILA, *Colisión de deberes*, 2016, 180, señala que son dos las premisas básicas sobre las que la doctrina mayoritaria edifica su teoría de las normas: primero, que la norma de comportamiento es una norma prescriptiva; y, segundo, que las normas penales están funcionalmente condicionadas. El citado autor señala entonces que, si se está dispuesto a renunciar a estas premisas, «resulta obligatorio concluir que solo es posible hablar de un auténtico deber penal en referencia al resultado del último estadio de individualización de la norma de comportamiento, esto es, en alusión a aquella norma promulgada que atiende a su concreto destinatario en una situación de hecho también específica». A diferencia de lo sostenido por COCA VILA pienso que, si se quiere admitir esa «conclusión obligatoria», se ha de renunciar a la comprensión dominante de la norma como mandato o prohibición «abstracto y general», que constituye el punto de partida de las exposiciones dogmáticas. Si bien es cierto que «la unidad celular básica del Ordenamiento jurídico penal es, pues, únicamente aquello que se ha venido a denominar el deber altamente personal», esta aseveración no es, a mi juicio, coherente con el punto de partida: la consideración de una norma «abstracta y general» o «dirigida a todos». Al respecto, FRISCH, *Vorsatz*, 1983, 124, 352, 358 y 425; LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, 245 ss., 564 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 564 ss.; FREUND, *AT*, 2.ª ed., 2009, 2/23 ss.; ROBLES PLANAS, *Estudios*, 2014, 187, n. 7; en: FRISCH, *Imputación objetiva*, 2015, 33 ss., 34, n. 32.

⁴³² HRUSCHKA, *FS-Reimers*, 1979, 459.

⁴³³ Con esto no pretendo argumentar a favor de un juicio puramente subjetivo, esto es, de hacer depender del propio juicio del autor la calificación de la conducta como peligrosa, pues este camino supone efectos político-criminales negativos: el individuo descuidado estaría siempre dentro del ámbito de lo permitido y dependería de la propia consciencia del autor el enjuiciamiento de la creación del riesgo.

casos en los que un niño de corta edad, un oligofrénico o una persona con una grave alteración en la percepción (situación de inimputabilidad no autoprovocada) realiza un hecho que no se duda en calificar como típicamente antijurídico, lo que, según la doctrina mayoritaria, supone reconocer que se ha infringido un deber previamente impuesto, radicando tal infracción, además, en la afirmación de una conducta valorada como peligrosa desde la perspectiva de un hombre ideal situado en la posición de cualquiera de ellos (aplicando los criterios de valoración de un sujeto ideal ubicado en un estándar superior). No se me escapa el hecho de que la opinión mayoritaria toma en cuenta las circunstancias individuales del sujeto concreto posteriormente, en sede de culpabilidad⁴³⁴. Pero, si la norma es entendida como un directivo de conducta (que impone un deber), ¿sería correcto hablar de la existencia de un deber de alguien que puede no tener las condiciones mínimas que sí tiene la imagen ideal de hombre desde cuya perspectiva se hace el enjuiciamiento de la peligrosidad del hecho?

3.2. Este planteamiento, como puede preverse, supone el empleo de una noción muy particular del «poder»: si es claro que el «poder» constituye una condición necesaria del «deber», y si el injusto es infracción de un deber impuesto por una norma, entonces el «poder» es presupuesto del injusto; pero en la medida que no todas las condiciones del «poder» se reflejan en el injusto (pues de lo contrario habría que afirmar la inescindibilidad de injusto y culpabilidad), entonces ha de admitirse una comprensión reducida del «poder» a la realización de una mera actividad psico-física⁴³⁵. Esto, por lo demás, resulta bastante llamativo, pues la comprensión actual de la teoría del delito, en el marco de la separación entre injusto y culpabilidad, considera que el ámbito del «deber» («*Sollen*») corresponde al primero y el del «poder» («*Können*») al segundo. Esto quiere decir que en el injusto se verifica la infracción de un deber (que se determina independientemente de un concreto poder) y en la culpabilidad se analiza si el autor contaba con la capacidad individual (esto es, el concreto poder) de cumplir ese deber, capacidad que, para la realización del juicio de injusto, se presupone. El objetivo de este procedimiento es, como puede preverse, de mantener una categoría, el injusto (que el sujeto realiza al actuar de manera distinta a la

⁴³⁴ LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 15/48.

⁴³⁵ Al respecto, ya en WELZEL, *Das neue Bild*, 4.ª ed., 1961, 110 (= *Nuevo sistema*, 2004, 125 s.), se puede encontrar este planteamiento: «Si la antijuridicidad es el simple juicio desvalorativo de que la acción no es como debía haber sido de acuerdo con el Derecho, sin tener en cuenta si el autor habría *podido* satisfacer las exigencias jurídicas, el juicio desvalorativo de la culpabilidad va aún más allá y hace al autor el reproche personal de no haber actuado correctamente a pesar de haber podido obrar conforme a la norma».

exigida por el ordenamiento jurídico para cualquier persona en su situación), que sea previa e independiente de la culpabilidad (sede en la que se determina si, al momento del actuar, al individuo, por algún déficit personal, no le era posible satisfacer las exigencias del ordenamiento jurídico), para así hacer posible unas consecuencias prácticas ya bastante conocidas: la imposición de una medida de seguridad en caso de que el injusto lo haya cometido un sujeto peligroso, la participación de terceros en el hecho y la posibilidad de recurrir a una causa de justificación (por la aparición de una «situación de defensa» o «situación de necesidad»).

3.3. ROXIN señala expresamente que «la objeción de que nadie debería estar obligado más allá de su culpabilidad no es concluyente»⁴³⁶, con lo que se distancia de las exigencias del *ultra posse nemo obligatur*. La argumentación de ROXIN al respecto resulta bastante elocuente: «El ordenamiento jurídico puede y debe imponer deberes sin contemplar a la persona, mientras se preocupe de que nadie sea castigado solo por no cumplir adecuadamente su deber. El enfermo mental homicida también infringe la prohibición de matar. Simplemente, no puede ser reprochado por ello»⁴³⁷. Pienso que si se le da la razón a ROXIN, simplemente habría que renunciar al Derecho penal como un sistema de normas como directivas de conducta (porque, en definitiva, la norma, como genuino mensaje prescriptivo, no es tomada en serio) y adoptar, por ejemplo, la concepción de la norma como juicio hipotético⁴³⁸, en donde el individuo no infringe normas sino que solo realiza el supuesto de hecho de la consecuencia jurídica, la que alcanzaría trascendencia y, por lo tanto, sería la norma de sanción la que alcanzaría la mayor importancia.

4.1. Un último aspecto a destacar aquí es el del antes mencionado «error categorial» denunciado por KINDHÄUSER y otros autores que admiten un pensamiento analítico. Como se ha dicho, ese error categorial consistiría esencialmente en la confusión entre el contenido y la función de la norma de comportamiento cuya infracción imputable constituye el delito. Si, por ejemplo, en el finalismo se sostuvo que la infracción de la norma requería de una acción como poder psico-físico, esto significaría que se está introduciendo un criterio de imputación dentro del contenido de la norma, lo que implicaría que es la propia norma la que establece cómo debe ser infringida y, en ese sentido, esa

⁴³⁶ ROXIN, InDret 4/2012, 18.

⁴³⁷ ROXIN, InDret 4/2012, 18-19.

⁴³⁸ Al respecto, véase supra Cap. II, 3.3.

norma sería autorreferente (y la norma, por razones de necesidad estrictamente lógica, no puede ordenar su propio seguimiento). Para evitar esto, se distingue, entonces, la antinormatividad (prohibición objetiva de causación a constatar *ex post*) y los presupuestos con los cuales imputar personalmente como antinormatividad. Si la antinormatividad no depende de las características del destinatario, entonces el destinatario de la norma es cualquiera (no importa si es capaz o no, para seguir la norma, pues esta deliberación no corresponde al momento de la antinormatividad, sino al momento de la imputación). La antinormatividad podría entenderse, por tanto, como un solo proceso de subsunción. Esta «solución» del señalado «error categorial» permitiría resolver el denominado «problema del destinatario». Pero lo haría, a mi modo de ver, abdicando de un genuino concepto de norma. Y es más, la infracción es «constuida» por la regla de imputación, aplicada desde una perspectiva *ex post*. Si la infracción es constuida (es decir, la regla de imputación define qué es lo antinormativo⁴³⁹), entonces la norma, por sí misma, deja de tener trascendencia como directivo de comportamiento y, con ello, pierde todas sus ventajas.

4.2. Si lo jurídicamente correcto (que se determina, según esta posición, conforme a la concepción objetiva de la norma) es presupuesto para hacer posible la función de la norma de determinación, esto es, la distinción entre comportamiento normativamente adecuado y comportamiento antinormativo, considerar que la norma primaria solo puede dirigirse a quien pueda motivarse por ella no supone que el contenido de la norma sea determinada por el destinatario, sino que la condición del destinatario es una condición de eficacia de la norma primaria (entendida genuinamente como un mandato o prohibición, esto es, como una norma de carácter imperativo). Que se diga que la norma «solo puede ser criterio de lo que es jurídicamente correcto si aquello que prescribe resulta identificable con independencia de la perspectiva de sus potenciales destinatarios»⁴⁴⁰ no supone necesariamente la admisión de que la perspectiva del destinatario determine el contenido de la norma, sino que no es más que la aceptación de esta como mensaje prescriptivo. En todo caso, en esta investigación se acepta que esa comprensión de la norma (de carácter imperativo) desempeña también esa función «irrenunciable» consistente en distinguir entre comportamiento normativamente adecuado y comportamiento antinormativo pues, si se pretenden regular comportamientos, parece ser que es solo mediante la norma primaria que

⁴³⁹ MAÑALICH, REJ 12, 2010, 178, dice: «A través de la imputación, referida a la capacidad personal de seguimiento de la norma, el hecho punible se constituye como contradicción con la norma».

⁴⁴⁰ MAÑALICH, REJ 12, 2010, 177.

se puede concretar esa función. Conforme a lo antes dicho, el *ultra posse nemo obligatur* significa que «de ninguna norma puede hablarse sin antes establecer una comunicación plena con su destinatario»⁴⁴¹.

5. En definitiva, conforme a la argumentación desarrollada en esta investigación, la norma debe imponer un deber a un individuo a partir de sus posibilidades. Esto no solo es concreción del principio «deber implica poder», sino que es un principio ético, pragmático y racional que difícilmente podría ponerse en cuestión⁴⁴².

5.3. Distinción entre injusto y culpabilidad.

1. Por todo lo dicho, parece ser que la arraigada distinción entre injusto y culpabilidad, si se mantiene la equiparación conceptual entre injusto y antinormatividad, resultaría insostenible. Si se recuerda el origen de tal distinción, será posible reconocer que cada una de las categorías que la reflejan expresan, respectivamente, distintos ámbitos sobre los que han de realizarse los correspondientes enjuiciamientos: en el injusto se alude a los acontecimientos que producen una alteración perjudicial de un estado de cosas, valorado conforme a consideraciones fundamentalmente objetivas y generales⁴⁴³ (con mayor precisión: intersubjetivas⁴⁴⁴); y en la culpabilidad, a la responsabilidad personal de un individuo por su intervención (subjetiva) en esos acontecimientos⁴⁴⁵. En buena cuenta, se trata de la distinción entre el hecho y el autor: el acontecimiento jurídicamente desaprobado o desvalorado y el sujeto responsable. Esto explica que en la actualidad sea frecuente recurrir a distintas perspectivas para cada una de las mencionadas categorías: una perspectiva intersubjetiva para el injusto y una perspectiva centrada en el individuo (y, por lo tanto, subjetiva) en la culpabilidad.

2. Algunos planteamientos que parecen trastocar la mencionada distinción conceptual han sido expuestos a lo largo de la investigación. Se ha señalado, por ejemplo, la conocida postura que propone que solo quien posea las condiciones necesarias para ser destinatario

⁴⁴¹ ROBLES PLANAS, *EPC-Morillas Cueva*, 2018, 580, donde además, agrega: «El error categorial reside, más bien, en llamar “antinormativa” a una conducta cuya única propiedad relevante es la de haber causado el resultado típico».

⁴⁴² Este es el mismo punto de partida de MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 706 ss. y *passim*.

⁴⁴³ ENGISCH, ZStW 70 (1958), 558.

⁴⁴⁴ JOSHI JUBERT, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. I, 2008, 1091.

⁴⁴⁵ Al respecto, por todos, MOLINA FERNÁNDEZ, RChD 2, 1995, 281.

de la norma puede transgredirla: solo podrá infringir una norma (el mandato o la prohibición) quien la conozca y posea la capacidad de actuar conforme a ella⁴⁴⁶. Asimismo, desde orientaciones más normativizadas, se ha señalado que la norma, más que un imperativo, se presenta como una expectativa, la que solo puede ser defraudada por quien sea culpable⁴⁴⁷. Conforme a esto, el inimputable, quien actúa en error de prohibición o, por cualquier otra razón, de manera no responsable, no puede poner en cuestión la vigencia de la norma con su comportamiento, ya que este no sería «sentido», sino pura «naturaleza». Y desde una concepción preventivo general («intimidatoria» o, en términos más moderados, «negativa»), habrá que reconocer que la pretendida protección de bienes jurídicos solo será eficaz mediante la motivación que entraña la amenaza de pena al «destinatario de la norma», por lo que, si este carece de la posibilidad de actuar de otra manera, entonces aquella protección estaría destinada al fracaso⁴⁴⁸. Cada una de estas posiciones parte de una diferente concepción de norma: como imperativo (estrechamente ligada a la teoría clásica de los imperativos), como expectativa de conductas o como una norma que incluya a la propia amenaza de pena. Todos estos planteamientos (influenciados, de manera diversa, por consideraciones normológicas), al parecer,

⁴⁴⁶ Como ya se dijo, este es el conocido planteamiento de autores como MERKEL, BINDING y HOLD VON FERNECK.

⁴⁴⁷ Así, por todos, LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, 213 ss. También, FREUND, AT, 2.ª ed., 2009, 4/1, quien sostiene que una conducta típica en la que no recaiga una causa de justificación no es aún una «conducta personal defectuosa»: «para ello la valoración de la conducta del individuo debe quedar detrás de lo que de él como individuo era esperable en la situación concreta. Solo bajo este presupuesto se podrá hablar de una conducta personal defectuosa». Que no haya una conducta personal defectuosa, según FREUND, es lo mismo que decir que no sea culpable. Esta orientación es explicada claramente por PEÑARANDA RAMOS, RPDJP 2001, 404, de esta manera: «Si se entiende que lo que al Derecho penal específicamente importa y contra lo que en verdad reacciona es la “desautorización de la vigencia de la norma”, lo decisivo es siempre (en un Derecho penal regido por el principio de culpabilidad) la culpabilidad misma o su ausencia, pues en esta categoría terminan por confluír todos los ingredientes que hacen que una conducta pueda dañar aquella vigencia».

⁴⁴⁸ Esto es reconocido por SCHÜNEMANN, en: SILVA SÁNCHEZ (Ed.), *Estado*, 2000, 98-99, quien señala: «En efecto, si la prevención general se concibe como prevención general intimidatoria en el sentido, por ejemplo, de la teoría de la coacción psicológica (dirigida al individuo) de Feuerbach, existen buenas razones para afirmar que la protección de bienes perseguida con el Derecho penal sólo es eficaz a partir de la motivación del destinatario de la norma y, por tanto, fracasa cuando el destinatario no cuenta con la posibilidad de actuar de otra manera. De acuerdo con esta idea, la prevención general presupone la culpabilidad y la sustitución de esta última por la prevención general es circular». Por su parte, PEÑARANDA RAMOS, RPDJP 2001, 414, señala: «En particular, las teorías de la prevención general negativa o de intimidación presentan también el inconveniente, precisamente por su sesgo instrumental, de reducir su punto de vista, en la relación entre el Estado y los ciudadanos, a la condición de estos como potenciales autores de delitos, a los que por tanto se han de dirigir amenazas que condicionen su comportamiento. Desde esta perspectiva, que se combina coherentemente con un entendimiento, a mi juicio, también excesivamente esquemático de las normas de conducta como simples mandatos o imperativos, se pierde de vista un aspecto esencial del problema: que el delito no es sólo una conducta a la que por su propio interés tiende quien lo comete, sino también y ante todo un comportamiento que lesiona intereses, bienes o derechos de otros y, en definitiva, al conjunto de la sociedad».

conducirían en última instancia a proponer la insostenibilidad de la distinción conceptual entre injusto y culpabilidad.

3. Pero no solo los planteamientos referidos a la norma, sino que también aquellos relativos a la propia comprensión de la pena, resultan decisivos. Esto tiene que ver, si no entiendo mal, con la teoría de la pena que se considere correcta y si esta se asocia o no con el propio concepto de delito⁴⁴⁹. En ese marco, parece ser que la antes mencionada distinción entre la teoría de la norma y la teoría de la pena puede resultar trascendente para la comprensión de la estructura del delito⁴⁵⁰.

3.1. PEÑARANDA RAMOS ha destacado, de una manera bastante descriptiva, la importancia que tiene tanto la teoría de la norma como la teoría de la pena para la comprensión de la relación entre injusto y culpabilidad. Así, el citado autor señala: «cabe afirmar que una concepción imperativa de las normas de conducta impulsa una unificación “hacia arriba”, desplazando progresivamente elementos desde la culpabilidad hacia el injusto; mientras que una *concepción indiferenciada* de la prevención general positiva conduce a una unificación “hacia abajo”, desde el injusto hacia la culpabilidad»⁴⁵¹. Este planteamiento evidencia algunas ideas que han querido proponerse en diversos lugares de esta investigación. La unificación «hacia arriba» señalada por PEÑARANDA RAMOS puede

⁴⁴⁹ Esta cuestión tiene gran importancia, pero por la amplitud que demandaría un análisis pormenorizado aquí solo puede ser mencionada de manera tangencial. SCHÜNEMANN, en: SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.) y SILVA SÁNCHEZ (Ed.) *Fundamentos*, 1995, 217, señala lo siguiente: «Aun cuando queramos hallar los fines del Derecho penal en la protección de bienes jurídicos, a través de la prevención general, o a través de una retribución justa, o también mediante una prevención especial legitimada por el principio de culpabilidad, de todas maneras de ahí necesariamente tienen que derivarse dos perspectivas de valoración distintas; esto es, por un lado la resultante de la *lesividad social*, que acentúa la *perspectiva* de la víctima y el *desvalor del hecho* y, por otro, la *evitabilidad individual*, y con ello *reprochabilidad*, que acentúa la *perspectiva del autor*. Estas dos perspectivas *externas*, como quisiera denominarlas desde el punto de vista del sistema del Derecho penal, permiten mostrar como necesaria la diferenciación de dos elementos normativos del delito, que se corresponden precisamente con la preestructuración, tanto histórica como del lenguaje común, del injusto y la culpabilidad» (cursivas en el original). Conforme a este planteamiento, parece ser que SCHÜNEMANN sostiene la idea de que, de manera independiente de la teoría de la pena que se estime como correcta, la distinción entre injusto y culpabilidad habría de mantenerse firme. Otra es la perspectiva, entre otros, de PAWLIK, *FS-Jakobs*, 2007, 469 ss., 477 ss., quien, asumiendo una concepción retributiva en la teoría de la pena (aunque sin desconocer posibles efectos usualmente denominados como «preventivos»), sostiene de manera firme la relación entre la justificación de la pena y el propio concepto de delito, llegando en última instancia a la adopción de un concepto unitario de delito. También, PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 52, sostiene que «El esclarecimiento del nexo entre la fundamentación de la pena y el concepto de delito concierne a la teoría general del delito».

⁴⁵⁰ Sobre la teoría de la norma y la teoría de la pena, véase *supra* Cap. III, 9.

⁴⁵¹ PEÑARANDA RAMOS, RPDJP 2001, 408 (cursivas en el original). Este autor señala que su planteamiento es «gráfico» y que es consciente de «cierta imprecisión» en él. Destaca este planteamiento también ALCÁCER GUIRAO, *Lesión*, 2003, 127, n. 420.

entenderse, a mi juicio, como *la reunión de los presupuestos necesarios para ser destinatario de la norma*, por lo que, si la infracción de esta se sitúa en sede del injusto, entonces sería en este ámbito sistemático en donde han de reunirse aquellos presupuestos. Desde esta perspectiva es cuando queda claro que si el punto de partida consistente en la admisión de una norma primaria de carácter imperativo (como norma de determinación) es la que se encuentra en la base del injusto, entonces resultará difícil el sostenimiento de la distinción categorial entre injusto y culpabilidad⁴⁵².

3.2. La unificación «hacia abajo», señalada por PEÑARANDA RAMOS, también debe destacarse, pues, según su planteamiento, favorece la incardinación de los presupuestos del injusto en la culpabilidad. Esto se explica, si no entiendo mal, porque desde una perspectiva de la teoría de la pena (concretamente, la teoría de la prevención general positiva, a la que alude el autor citado y constituye la opinión dominante), se pretende *reunir todos los elementos para ser culpable*, lo que se justifica, evidentemente, si es que se considera a la culpabilidad como presupuesto indispensable para la imposición de una pena⁴⁵³. Esta orientación, en ese sentido, favorece que se concentre la atención no en la norma de conducta (o norma primaria, como prefiere denominársele en esta investigación), sino en la norma de sanción (o norma secundaria, término que, por las consideraciones antes expuestas, posee a mi juicio una mayor precisión), cuestión que podría predicarse de toda teoría de la pena que pretenda justificarla mediante el discurso de la teoría de la prevención general positiva⁴⁵⁴. Desde esta perspectiva, considero que es razonable que se

⁴⁵² Esto ya ha sido reconocido por varios autores. Por todos, BACIGALUPO, RDPUC 1986, 70 ss., donde señala: «(...) si se le reconoce a la norma el carácter de un imperativo no es un buen método redefinir íntegramente los conceptos de los que se derivan de esta concepción de la norma para convertirla en un juicio de valor o en una “norma de decisión” sin destinatario y que “obliga” a sujetos que no pueden comprenderla. La lógica interna de la teoría de los imperativos no permite estas redefiniciones, sin que ello implique un cambio de paradigma teórico». También, ALCÁ CER GUIRAO, *Lesión*, 2003, 127, n. 420, donde señala: «Lo cierto es que el punto de partida de esa conclusión no deja de admitirse como esencialmente correcto en la actualidad, si bien se renuncia a asumir las consecuencias sistemáticas a que, en principio, habría de llevar».

⁴⁵³ Esto desde la perspectiva más normativista como la de JAKOBS, en donde la distinción entre injusto y culpabilidad tenía solo una justificación didáctica hasta sus últimos planteamientos en donde la culpabilidad es esencialmente presupuesto de la responsabilidad y se habla, como se ha explicado en un lugar anterior, de un «tipo total de imputación» («*Gesamtzurechnungstatbestand*»), en el que injusto y culpabilidad se confundirían, pues solo un injusto culpable comunicaría una contradicción a la norma, ante la que reacciona la pena para mantener la vigencia de esa norma (que constituye la única forma de mantener al Derecho como «real»); la pena es la «reacción frente a lo injusto», y en el planteamiento de JAKOBS, el injusto implica ya culpabilidad. También LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, 234 ss., que rechaza que el Derecho penal esté constituido por normas de determinación. En su planteamiento, además, critica la posibilidad de que en el ámbito del injusto se produzca una valoración del hecho que no tome en cuenta ya la imputación personal.

⁴⁵⁴ PEÑARANDA RAMOS, RPDJP 2001, 414: «(...) para las teorías de la prevención general positiva, la cualidad del autor como persona a la que se reconoce libertad y razón es una condición ya intrínseca para que

formule una pregunta sobre la trascendencia de la distinción entre las categorías del injusto y la culpabilidad, pues, en realidad, los elementos generalmente incardinados en cada una de ellas son de necesaria verificación, independientemente de su pertenencia a uno u otro ámbito⁴⁵⁵.

4. El éxito de la distinción entre injusto y culpabilidad depende en gran medida, a mi modo de ver, del éxito que se obtenga en la integración de dos puntos de partida que parecen poseer distintas orientaciones: el principio de lesividad y la genuina comprensión de la norma como mensaje prescriptivo (mandato o prohibición). Una conciliación como esta es, sin duda alguna, realmente difícil, principalmente por el origen de cada uno de estos elementos: el primero, originado desde una perspectiva consecuencialista⁴⁵⁶; el segundo, desde una perspectiva deontológica⁴⁵⁷. En este lugar emerge, entonces, la legítima inquietud acerca de la posibilidad de plantear un punto medio entre el consecuencialismo propio del objeto de protección de la norma primaria (el bien jurídico) y el deontologismo propio de esa misma norma, debiéndose expresar tal punto medio, de manera irremediable, en el propio concepto de delito. Considero que ese punto medio es alcanzable y que, en ese sentido, no puede desconocer que el concepto de delito, visto desde la perspectiva de su estructura, debe sostenerse sobre dos pilares: el injusto, en el que se valora la lesividad del hecho; y la culpabilidad, en la que se valora la infracción del deber impuesto por la norma de mandato o prohibición⁴⁵⁸. En lo que sigue, me referiré exclusivamente a la primera

se pueda imponer una pena: sólo en ese caso quien actúa en contra del Derecho puede poner efectivamente en cuestión la vigencia de la norma». Al parecer, la pena, vista desde la perspectiva de la prevención general positiva, *constituye* a la persona sobre la que ese fin de la pena se puede cumplir: una persona a la que se le reconoce libertad y razón. Es decir, solo una persona con estas características puede poner en cuestión la vigencia de la norma y, por tanto, solo a esa persona se le puede imponer una pena. El discurso se mantiene, como puede observarse, en el plano de la imposición de la pena (y no de la conminación penal).

⁴⁵⁵ Esto puede explicar, por ejemplo, que JAKOBS, *FS-Hirsch*, 1999, 63, n. 55, señale que «cuáles de entre los presupuestos de la responsabilidad se ubican en el injusto y cuáles en la culpabilidad es un problema de didáctica, pero no del concepto de delito».

⁴⁵⁶ Así, por todos, GRECO, GA 2009, 646; DE SOUSA MENDES, *FS-Wolter*, 2013, 271.

⁴⁵⁷ El cambio de un concepto psicológico de culpabilidad a uno de carácter normativo (sobre la base de la dea de la «reprochabilidad», esto es, de un juicio de valor basado en el mandato de la norma sobre la parte interna del hecho), auspiciado por el neokantismo, constituye una de las manifestaciones más claras de la importancia de la categoría de norma en la estructura de la teoría del delito. Al respecto, LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 26/6.

⁴⁵⁸ Al parecer, los planteamientos más normativizados, en los que se pone en tela de juicio la separación conceptual entre injusto y culpabilidad, y en los que se duda sobre el alcance axiológico del injusto (concediéndole, por lo menos, una trascendencia didáctica), recurren finalmente a una separación conceptual asimilable. Un planteamiento como este sería, por ejemplo, el de PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 259. Este autor propone una distinción entre una teoría de la competencia (*Zuständigkeitslehre*) y una teoría de la imputación (*Zurechnungslehre*), considerándolos como «los dos pilares fundamentales de la teoría general del delito». Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 3/2014, 10, pregunta: «¿no supone esta construcción una resurrección,

categoría, sin perjuicio de que pueda hacer referencias marginales a la segunda. Un análisis amplio, profundo y específico sobre la categoría de la culpabilidad, como antes se dijo, ha de quedar reservado para una futura investigación.

5.4. Injusto desde la perspectiva de una teoría de la norma.

1. El argumento de que la norma primaria, como norma de determinación o, con mayor claridad, como imperativo, solo tiene como objeto conductas (que el individuo esté en condiciones de conducir y evitar), ha repercutido en la consideración de que aquella norma debe situarse en el ámbito del injusto, si es que, como es usual, este es conceptualmente equiparado a la contrariedad a la norma. A partir de este planteamiento habría que establecer si en la determinación de esa infracción un elemento subjetivo (referido a la desobediencia⁴⁵⁹) o un elemento objetivo (resultado) desempeña una mayor trascendencia⁴⁶⁰. En efecto, es conocido que el argumento de la norma de determinación (concepción imperativa de la norma) ha sido utilizado para justificar la inclusión del dolo en el injusto⁴⁶¹. Esta comprensión, como también es sabido, se concentraba en la desobediencia: el dolo, si se encontraba en el injusto, es porque debía reflejar el elemento subjetivo de desobediencia que resulta fundamental para la infracción del imperativo⁴⁶². Sin embargo, ya desde una perspectiva teleológica, se ha sostenido ampliamente que la infracción de la norma, como fundamento del injusto, no se produce solo con un elemento

dentro del concepto del injusto del ciudadano, de categorías próximas a las clásicas de antijuridicidad objetiva y culpabilidad? ¿Y acaso no tiene un sentido axiológico propio dentro del sistema del Derecho penal la discusión acerca de las esferas de competencia (*Zuständigkeiten*)?». Y recientemente, ROBLES PLANAS, *EPC-Morillas Cueva*, 2018, 577, refiriéndose también a PAWLIK, señala que «la distinción entre el contenido del deber de cooperación y la determinación de la imputación del autor de la lesión de ese deber podría identificarse (...) con la clásica distinción de corte neokantiano entre norma de valoración y norma de determinación».

⁴⁵⁹ MIR PUIG, *Introducción*, 1976, 58.

⁴⁶⁰ En realidad, esta «contraposición» se utiliza aquí como un recurso retórico pues es bien sabido que en la actualidad nadie (a excepción del finalismo más extremo) sostiene que el injusto, como antinormatividad, precisa únicamente de una actitud subjetiva (sin tomar en consideración, ya en el plano objetivo, una afectación de bienes jurídicos). La contraposición antes mencionada, en realidad, tiene sentido en el marco del debate, ya superado, sobre el concepto subjetivo y el concepto objetivo de antijuridicidad. Al respecto, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewußtsein*, 1949, 62 ss.

⁴⁶¹ Al respecto, por todos, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 458 ss. Como ya se ha indicado antes, incluso los propios finalistas consideran que la ubicación del dolo en el injusto no depende del concepto de acción del que se parta. Los autores que representan el finalismo más radical niegan que el injusto personal pueda fundamentarse en un concepto filosófico, ontológico de acción. Al respecto, ZIELINSKI, *Unrechtsbegriff*, 1973, 79 ss., 308 (=Concepto de ilícito, 1990, 77 ss., 262). Por su parte, JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª ed., 1996, 241 (=DP. PG., 2002, 258), consideran que el injusto personal puede deducirse del carácter imperativo del Derecho, aunque consideran también que la ubicación del dolo en el tipo puede explicarse tanto con una teoría final como con una teoría social de la acción.

⁴⁶² SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 647, n. 382.

subjetivo como el dolo, sino también con la peligrosidad que entraña la propia conducta voluntaria desde una perspectiva *ex ante*, esto es, desde la perspectiva de la lesividad para el bien jurídico protegido por la referida norma⁴⁶³.

2. Entender al injusto como contrariedad a la norma parece ser algo independiente de los elementos que se integran en él, esto es, de si el injusto está constituido esencialmente por el desvalor de acción (siendo el resultado una condición objetiva de punibilidad)⁴⁶⁴ o si el injusto se conforma tanto por un desvalor de acción como por un desvalor del resultado⁴⁶⁵. En ese sentido, creo que es posible decir que, independientemente de que se defienda una concepción monista o dualista del injusto, el argumento normológico ha estado, de alguna u otra manera, presente en la correspondiente fundamentación⁴⁶⁶. En todo caso, aquí deben resaltarse algunas consideraciones que estimo importantes, pues desvelan el empleo del argumento normológico que, en el propio concepto de delito, han desplegado los planteamientos teleológicos, entre los que también parece necesario distinguir, a mi modo de ver, entre posturas monistas y dualistas en cuanto a la configuración del injusto. Primero, es necesario destacar que ambas posturas parecen tener en común la idea de que la norma primaria se infringe con la realización de la conducta: en la medida que la conducta constituye su objeto, la realización de esta supondría ya la infracción de aquella norma⁴⁶⁷. A partir de aquí, los caminos parecen separarse: mientras la primera posición considera esa infracción suficiente para afirmar la existencia de un injusto, la segunda, si bien reconoce la existencia de la infracción de una norma, entiende que esta aún no refleja la presencia de un injusto, sino que se necesita de un resultado, con el que el injusto sí que quedaría configurado. A partir de esto, el argumento de la norma de determinación parece salir a flote y mostrar su verdadera dimensión, cuestionando por tanto los alcances de los planteamientos normológicos de ambas orientaciones. En el primer caso, se señala que es

⁴⁶³ Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 647.

⁴⁶⁴ Esta era la posición, como es sabido, de MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., 1982, 71.

⁴⁶⁵ Esta es la posición de, entre otros, WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, 25 ss. Al respecto, también, RENZIKOWSKI, en: MATT/RENIKOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, previo a § 13/9.

⁴⁶⁶ Fundamentales al respecto, WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, 25 ss.; FRISCH, *Vorsatz*, 1983, 31 ss.

⁴⁶⁷ En efecto, para WOLTER, el desvalor de la intención manifiesta ya la infracción de la norma, pero no alcanza todavía para expresar completamente el injusto (la voluntad es suficiente para hablar de la infracción de una norma, pero insuficiente para hablar de la existencia de un injusto). En ese sentido, el desvalor del resultado, para el citado autor, se ubica fuera del ámbito de la norma de conducta. En este planteamiento su opinión sería la misma que la de autores como FRISCH o SILVA SÁNCHEZ. Sin embargo, WOLTER pronto se diferencia de ellos al considerar que el resultado es también un elemento constitutivo del injusto (pues el injusto de la conducta, el injusto de la peligrosidad y el injusto del resultado conforman el contenido total del injusto del hecho). Al respecto, WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, 27, 123 s.

la norma de determinación la que, dirigida a regular la conducta (mediante un proceso motivacional), solo ha de tener en cuenta el dolo como elemento en el que quede expresada la desobediencia a esa norma⁴⁶⁸, sin explicar por qué solo el dolo y no otras condiciones de eficacia de la norma (generalmente incardinadas en la culpabilidad) se ubican en el injusto⁴⁶⁹. En el segundo caso, el empeño en caracterizar al injusto como infracción de una norma conduce a entender que aquel no sería solo infracción de una norma de determinación, sino que, para ser entendido en su forma «completa» o «total»⁴⁷⁰, constituye en realidad la infracción de una «norma de valoración» que, si bien no sería idéntica a la norma de determinación, de alguna manera se relaciona con esta⁴⁷¹.

3. Las apreciaciones expuestas, obtenidas del análisis de algunos planteamientos que tienen como punto de partida común la comprensión del injusto como contrariedad a la norma (solo de determinación o de determinación y de valoración, sea que se entienda en este

⁴⁶⁸ Como antes se dijo, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 647, n. 382, afirma que los autores que concluyen la ubicación del dolo en lo injusto a partir de la concepción imperativa de la norma consideran al «dolo como elemento subjetivo de desobediencia, clave en la infracción del imperativo». Ante esto, PEÑARANDA RAMOS, RPDJP 2001, 402, afirma que entender al dolo como elemento subjetivo de desobediencia no termina de casar bien con la consideración (admitida expresamente por el propio SILVA SÁNCHEZ) de que «El fundamento de lo injusto, desde perspectivas teleológicas, no es, pues, un elemento subjetivo (una intención, un acto interior de desobediencia), sino una conducta, en la medida en que ésta puede afectar en términos lesivos a los bienes jurídicos merecedores de protección penal. Esto es, en otras palabras, una conducta que contiene un riesgo objetivo de lesión para bienes jurídicos» (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 625).

⁴⁶⁹ Sobre este asunto, MIR PUIG, ADPCP 1994, 7; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 333; GIL GIL, *Delito imprudente*, 2007, 76.

⁴⁷⁰ Al respecto, WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, 25 ss. Este autor, si bien reconoce que la infracción de la norma de conducta se produce con la realización del desvalor de la conducta (lo que él reconoce como el desvalor de la intención, propio de la tentativa inidónea), señala, como ya se dijo, que esto aún no configura el injusto (con lo que se aleja de la postura del finalismo más radical que entendía como prototipo del injusto a la tentativa inidónea; en realidad, WOLTER entiende que el prototipo del injusto es la tentativa acabada idónea). En ese sentido, «lo prohibido, en el sentido de un juicio jurídico de desvaloración, es (...) la acción delictiva, pero no como expresión de una desobediencia al Derecho, sino por la posibilidad real, a ella unida, de lesión de un bien jurídico y, por tanto, de la “amenaza” (“*Bedrohung*”) del portador del bien jurídico. El injusto es elementalmente injusto del hecho (*Tatunrecht*) y no injusto de la voluntad (*Willensunrecht*)». Lo prohibido sería, en su opinión, la creación de un riesgo real o efectivo para el bien jurídico. De esta manera, WOLTER entiende que el injusto de la conducta y el injusto de la peligrosidad sostienen el injusto de la acción (o de la omisión), el que sería objeto de la norma de prohibición (o de mandato). Luego, la conjunción del injusto de la acción y el injusto del resultado conforman el contenido total del injusto del hecho. En sus palabras: «el objeto del injusto no es idéntico con el objeto de la norma de conducta».

⁴⁷¹ Como se ha señalado, para WOLTER, la infracción de la norma de determinación sería solo una instancia parcial, necesaria pero aún no suficiente, para afirmar la existencia de un injusto «total», que requiere de la realización de la norma de valoración. Esto explica, al parecer, que WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, 26, haya afirmado que la norma de valoración incluye la norma de conducta. Por esto, WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, 26, 46, 49, propone una (bastante dudosa) «norma de valoración subjetivizada» («*subjektivierte Bewertungsnorm*»), que se dirigiría al «sujeto individual».

último caso a ambas como funciones de una misma norma o como dos normas distintas⁴⁷²), evidencian, a mi modo de ver, legítimas sospechas sobre la conveniencia de mantener aquella comprensión. No solo las inquietudes emanadas del planteamiento finalista (que, en su formulación normológica más acabada –la propuesta por Armin KAUFMANN– hablaba en realidad de una «norma de valoración» en la que se enjuiciaba la finalidad del agente), de la teoría de la motivación (que, en su versión más extrema –propuesta por GIMBERNAT ORDEIG, en la que se reemplaza la culpabilidad por la prevención– no hay en realidad una teoría de la norma), de la concepción analítica sostenida sobre la filosofía del lenguaje (en la que se considera a la norma como una «norma (objetiva) de valoración», que permite enjuiciar *ex post* la lesividad del hecho, por lo que la norma perdería todo su valor como directiva de conductas) y de los mayoritarios planteamientos teleológicos dualistas (en la que la relación entre la norma de determinación y la presunta «norma» de valoración no es aún, en mi opinión, suficientemente convincente) podrían conducir a reflexionar, como mínimo, sobre la posibilidad de cuestionar esa arraigada equiparación conceptual entre injusto y antinormatividad y de explorar, de ser el caso, una eventual comprensión alternativa del injusto en el marco de la teoría del delito.

4.1. No es infrecuente que se caracterice al injusto como la sede en la que se produce el enjuiciamiento de la afectación (lesión o puesta en peligro) del bien jurídico o, dicho de otra manera, como escenario en el que despliega sus efectos el principio de lesividad⁴⁷³. Que el injusto, entonces, aluda tanto a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico como a la infracción de la norma estatal, se remonta a la distinción (verificable ya en LUDEN aunque desarrollada por VON LISZT), entre antijuridicidad material y antijuridicidad formal, respectivamente⁴⁷⁴. Esta distinción, ampliamente arraigada y dominante en la ciencia jurídico-penal, se menciona frecuentemente cuando se aborda la categoría de la

⁴⁷² Al respecto, *supra* Cap. I, 3.

⁴⁷³ Por todos, KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewußtsein*, 1949, 128, 130; SCHÜNEMANN, en: SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.) y SILVA SÁNCHEZ (Ed.) *Fundamentos*, 1995, 224; SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 3/2014, 2; LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 2.^a ed., 2016, 2/13. La dañosidad social como forma de entender al injusto, en todo caso, constituye una contribución del pensamiento neokantiano. Así, la primera referencia a la «dañosidad social» puede encontrarse en HEGLER, *ZStW* 36 (1915), 19 ss., 28 ss., 184 ss., en donde menciona tanto a ella como a la «reprochabilidad», considerándolas categorías del delito. En todo caso, los antecedentes de la dañosidad social puede encontrarse ya en JHERING, *Schuldmoment*, 1867, 5, y luego en autores como HÄLSCHNER, *GS* 21 (1869), 18 ss., *GS* 28 (1876), 401-431, o WACH, *GS* 25 (1873), 446 ss., que concentraron sus esfuerzos en trasladar las consideraciones de JHERING al Derecho penal. Sobre esto, véase *supra* Cap. I, 2.3.

⁴⁷⁴ Al respecto, *supra* Cap. I, 2.7.

antijuridicidad⁴⁷⁵. La antijuridicidad formal, que parece ser la acepción portadora del sentido «originario» del término «antijuridicidad» (y, por eso, al parecer, inherente al mismo), alude a la contrariedad entre el hecho y el Derecho. Si este último es entendido como un «conjunto de normas jurídicas», entonces queda claro que la antijuridicidad formal propone en buena cuenta una contraposición entre el hecho y la norma y, con eso, expresa un contenido mínimo al parecer irrenunciable: la antijuridicidad como contrariedad al Derecho⁴⁷⁶. Sin embargo, considero que el concepto de antijuridicidad formal, en realidad, no tiene, en la actualidad, mucho rendimiento⁴⁷⁷. No solo porque, si se recuerdan los planteamientos de VON LISZT, su comprensión de la antijuridicidad formal solo de manera impropia podría aludir a una (genuina) contraposición con el Derecho⁴⁷⁸, sino también porque gran parte de los asuntos que se pretendían abordar con la antijuridicidad formal fueron resueltos con la introducción de la categoría del tipo⁴⁷⁹, que en la actualidad

⁴⁷⁵ En realidad, la doctrina dominante entiende a la categoría dogmática de la antijuridicidad como una sostenida por tres pilares: una perspectiva formal (injusto como contrariedad a Derecho, esto es, al ordenamiento jurídico), una perspectiva material (injusto como lesividad para bienes jurídicos) y una perspectiva práctica (injusto como categoría sistemática, previa a la culpabilidad).

⁴⁷⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 44. Vale la pena mencionar aquí que la diferencia entre la antijuridicidad formal y la antijuridicidad material surgió en el marco de las deficiencias en la regulación legal de las causas de justificación en Alemania. Al respecto, HEINITZ, *Rechtswidrigkeit*, 1926, 108. Por esto, la denominada «antijuridicidad material», al mantener, precisamente el término «antijuridicidad» en su calificación, permite pensar en que se trata de una categoría como mínimo complementaria o, en todo caso, correctora, de la antijuridicidad formal, la que, al parecer, no explica qué es el delto más allá de la verificación del cumplimiento formal del precepto penal. Sobre este asunto, ALCÁCER GUIRAO, *Lesión*, 2003, 20. También, LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 2.ª ed., 2016, 13/2, señala, sobre la antijuridicidad material, que «no es solo una explicación del fundamento de la prohibición, sino sobre todo una exigencia de que haya un contenido material de antijuridicidad en toda conducta deictiva y por tanto es un límite al *ius puniendi*».

⁴⁷⁷ En el mismo sentido ya ENGISCH, *FS-DeutscherJuristentag*, 1960, 402.

⁴⁷⁸ Vale la pena recordar aquí que VON LISZT, *Tratado*, t. II, 1916, 336, definía así a la antijuridicidad formal: un acto «es formalmente contrario al Derecho, en tanto que es transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico». Pues bien, al respecto se puede decir que la distinción entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material, propuesta por VON LISZT, se refería a la distinción entre norma y bien jurídico, respectivamente. Si es que VON LISZT tenía el punto de partida de BINDING en cuanto a la noción de norma, entonces será difícil admitir que su «antijuridicidad formal» aluda a la contravención de la «norma» de BINDING, pues, desde la perspectiva de este autor, la norma era cronológicamente previa a la ley penal y, en ese sentido, no podía equipararse al Derecho positivo. No parece correcto asociar el calificativo de «formal», por tanto, a la norma en el planteamiento de BINDING, pese a que VON LISZT, *Lehrbuch*, 6.ª ed., 1894, 50, n. 2 (= *Tratado*, t. II, 1916, 7, n. 2) señale que «Mi punto de vista respecto de la teoría general del Derecho, es, por tanto, el mismo que el de Binding (...)». Por otro lado, VON LISZT, reconoció que, en caso de que se presente una contraposición entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material (opinión propia de una «tesis de la independencia»), el juez «está ligado por la ley». Así, VON LISZT, *Tratado*, t. II, 1916, 337. Esto es, a mi modo de ver, una referencia importante al principio de legalidad. Sobre la concepción de VON LISZT no se puede decir que su comprensión de la antijuridicidad material sea puramente sociológica: siempre señaló que se trataban de intereses «protegidos por las normas jurídicas» y, en ese sentido, que se tratan de «bienes jurídicos».

⁴⁷⁹ SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación*, 2008, 356, señala que el concepto de antijuridicidad formal «es terreno fértil para que arraigue poco después la doctrina de Beling sobre la tipicidad», aparecida en BELING, *Verbrechen*, 1906, 1 ss. Si la antijuridicidad formal expresa la «contrariedad a Derecho» de la conducta, entonces la aparición del tipo le restó protagonismo: el tipo (o parte positiva del tipo total de injusto) describe la conducta que fundamenta la lesividad del hecho (ámbito en el que se despliegan consideraciones normativo-valorativas

se ha demostrado como una categoría decisiva en el marco del concepto de delito. La idea de oponerse al Derecho, esto es, contravenirlo o transgredirlo, ha sido siempre muy atractiva y refleja algo que los autores han querido destacar: que son los súbditos (antes) o los ciudadanos (ahora) los que, mediante su actuar, realizan esa oposición. Sin embargo, utilizando una expresión de LUDEN, «quien se comprometa correctamente con las palabras»⁴⁸⁰ tendrá que reconocer que la idea del delito como «infracción de la ley penal» no puede sostenerse, y que si se pretende mantener la idea de «infracción» (de una norma), esta solo podría llevarse a cabo mediante el procedimiento realizado por BINDING (distinguiendo entre norma y ley penal), pues el Derecho, expresado en concreto bajo la forma del precepto penal, en realidad evoca la tradición iniciada por FEUERBACH: hacer una descripción de la ley aplicable por el juez lo más cercana posible a una ley natural, de tal manera que el poder que aquel ostenta pueda tener límites⁴⁸¹. La ley, entendida en estos términos, no puede ser infringida o transgredida por el ciudadano.

4.2. Por otro lado, si, desde la perspectiva de la doctrina mayoritaria, antijuridicidad significa «contrariedad a Derecho», entonces, como contrapartida, la conformidad a Derecho habría de calificarse como «juridicidad». Si esto es así, se debería discutir seguidamente sobre cuál sería el nivel exigible de «juridicidad» para hablar de conformidad a Derecho: si el plano de la «coincidencia» o el del «cumplimiento»⁴⁸², ya que, al parecer, lo que sea suficiente para hablar de «juridicidad», debería serlo también para la antijuridicidad. Si se tiene en cuenta que en la teoría del Derecho se ha reconocido que el nivel del «cumplimiento» es el que implica que el agente conozca (y, por lo tanto, pueda guiarse por) el correspondiente mandato o prohibición, entonces la contrariedad al Derecho, esto es, la contrariedad a la norma, supondría, en el mismo sentido, que el agente posea ese mismo conocimiento para poder hablar genuinamente de una antijuridicidad.

y no una mera «contrariedad formal» entre el hecho y el Derecho, por lo que en ese ámbito se produce una traslación de los hechos al ámbito de lo jurídico-penalmente relevante mediante criterios y enjuiciamientos superadores de la mera subsunción esto es, de lo que corresponde, como se verá en un momento, a la mera «coincidencia»), mientras que una causa de justificación (parte negativa del tipo total de injusto) excluye la lesividad del hecho (siendo que esa exclusión, al favorecer al ciudadano, supera las limitaciones puramente formales, por ejemplo, del principio de legalidad; por lo que admite causas de justificación supralegales o incluso el recurso a la analogía). Por lo demás, ya BELING, *Verbrechen*, 1906, 32 ss., 136 ss., negó la posibilidad de acudir al concepto formal de antijuridicidad (categoría que, en su opinión, no podría satisfacerse con la mera lesividad o con la contravención de normas de cultura, como proponía M. E. MAYER).

⁴⁸⁰ LUDEN, *Abhandlungen*, t. II, 1840, 134.

⁴⁸¹ Al respecto, FEUERBACH, *Revision*, t. I, 1799, 148.

⁴⁸² Sobre ambas categorías, *supra* Cap. III, 4.

Esta no es, sin embargo, la orientación que sigue la doctrina dominante, que parece satisfacerse, al hablar de la antijuridicidad, con el nivel de la «coincidencia», pues para afirmar esa antijuridicidad no exige que el agente conozca el mandato o la prohibición (cuestión que enjuicia en un escalón posterior, a saber, en la culpabilidad). A lo largo de la investigación se ha destacado ya la idea de que una contraposición meramente formal, por lo menos en el Derecho penal, se identifica con un mero proceso de subsunción de los hechos en el precepto correspondiente⁴⁸³. La idea de una oposición entre el hecho y la norma jurídica resulta muy atractiva como para ser dejada de lado, pero si fuera admitida con todas sus implicancias, entonces se abriría la puerta a un gran problema: el injusto no se satisfaría con la mera «coincidencia», sino con el «cumplimiento», lo que (desde la perspectiva de la doctrina mayoritaria) iría en contra de la propia distinción entre injusto y culpabilidad.

4.3. Finalmente, la contraposición entre antijuridicidad formal y material describe un especial asunto, vinculado a la ética normativa, en la base de cada una de esas categorías. Si se dijo que la antijuridicidad material evoca especialmente la dañosidad o lesividad social (incluso, se dice que este es «el criterio rector del concepto dominante de injusto»⁴⁸⁴), se visualiza con claridad una definición de esa categoría acorde con una ética consecuencialista, la que también sostiene la propia comprensión de la protección de bienes jurídicos como fin del Derecho penal. Este fin queda justificado, entonces, al estimarse como conveniente, ventajoso o necesario. Ahora bien, la comprensión, al mismo tiempo, de la antijuridicidad formal como contraposición entre el hecho y la norma jurídica, genera problemas para la antijuridicidad material vista desde una ética consecuencialista: si la antijuridicidad formal es entendida como lo hacía VON LISZT (quien, como dijo, lo hacía en el mismo sentido que BINDING⁴⁸⁵), entonces habrá que reconocer que esa categoría ya no se sostiene tanto en una ética consecuencialista, sino en

⁴⁸³ Una norma solo puede ser cumplida por quien es capaz de recibirla y actuar conforme a ella. En cambio, un hecho, en términos objetivos, visto desde la perspectiva de su subsunción en el precepto penal, puede ser cometido por cualquiera (capaz o incapaz). La inclusión del argumento normológico para explicar el delito (como contrariedad a la norma) abrió una senda de especiales problemas que se buscaron resolver no a partir de desarrollos consecuentes de su punto de partida (esto es, de la norma), sino del delito como hecho subsumible en un precepto legal. Esto podría explicar, por ejemplo, la aparición de la idea de la norma de valoración (que no es una norma) para explicar el injusto como antinormatividad.

⁴⁸⁴ SILVA SANCHEZ, InDret 3/2014, 2.

⁴⁸⁵ Lo que, como se dijo antes, resulta bastante dudoso: para BINDING la norma era cronológicamente previa a la ley penal y, en ese sentido, no era equiparable al Derecho positivo. La «antijuridicidad formal» plantada por VON LISZT, en cambio, era definida expresamente como un «acto contrario a Derecho».

una deontológica. El problema con esto es que, si se mantienen ambas formas de entender a la antijuridicidad, entonces habría que admitir que se deriva lo debido de lo necesario, lo que es incorrecto: del consecuencialismo no puede derivarse un elemento de carácter deontológico (un deber de actuar u omitir). Y mientras la concepción mayoritaria entienda al injusto como dañosidad o lesividad social (antijuridicidad material) y, a la vez, mantenga la mera relación formal entre el hecho y el Derecho (antijuridicidad formal) se encontrará en una situación problemática desde la perspectiva de la ética normativa.

5.1. Las razones (dogmática, teórico-jurídica y de ética normativa) acabadas de exponer podrían permitir un acercamiento a la comprensión del injusto como una categoría valorativa⁴⁸⁶. Esta declaración constituye solo la confirmación de un asunto constante en el ámbito de la comprensión del concepto de delito por las más diversas orientaciones (con distintos niveles en cuanto a la relación entre valoración e imputación): el injusto ha sido entendido como la desvaloración de un estado de cosas (MEZGER, KINDHÄUSER), como la desvaloración de una acción final (Armin KAUFMANN) o incluso la desvaloración de una conducta que no se adecua a una competencia (PAWLIK)⁴⁸⁷. ¿Tiene esto una explicación? Creo que sí, y tiene que ver con la necesidad de entender que el hecho sea objeto de una desvaloración jurídica de cara a terceros. En esa línea, el establecimiento de una (presunta) infracción no culpable de una norma⁴⁸⁸ «se justifica siempre en la existencia de normas dirigidas a terceros que tienen como presupuesto de aplicación un hecho antijurídico del sujeto»⁴⁸⁹. El mérito de este hallazgo corresponde a THON, quien, pese a llegar a una conclusión incorrecta (que la norma era una «dirigida a todos»), la premisa para llegar a ella sí que era muy razonable: «es imprescindible destacar como contrario a la norma un

⁴⁸⁶ La inclusión de valoraciones adquirió un importante impulso por el pensamiento funcional. Al respecto, SCHÜNEMANN, en: SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.) y SILVA SÁNCHEZ (Ed.), *Fundamentos*, 1995, 214.

⁴⁸⁷ Al respecto, manifiesta sus dudas ROBLES PLANAS, *EPC-Morillas Cueva*, 2018, 578 ss., debido esencialmente a que PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 255, parece adoptar el concepto de norma propuesto por KINDHÄUSER. Si se tiene en cuenta que PAWLIK, *Unrecht*, 2012, define la infracción de la competencia como «actuar de modo distinto a como habría correspondido *objetivamente* a la distribución de competencias en la situación de referencia».

⁴⁸⁸ Señalo que se trataría de una «presunta» infracción de la norma porque, según las perspectivas mencionadas en el cuerpo del texto, no parecería ser necesaria que concurra la culpabilidad (para afirmar tal infracción). Si no concurre culpabilidad, solo se podría hablar de «infracción» en un sentido impropio, por lo que, a mi juicio, resultaría mejor llamar las cosas por su nombre: desvaloración objetiva de un hecho de relevancia jurídico-penal.

⁴⁸⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 656.

cierto comportamiento frente a todos. Para terceros mediatamente afectados es esencial saber si se encuentran frente a un comportamiento contrario a la norma o no»⁴⁹⁰.

5.2. Por lo expuesto, considero que la «dañosidad o lesividad social» podría constituirse en el genuino fundamento de la categoría dogmática del injusto⁴⁹¹, en cuyo ámbito, por lo demás, ya se llevan a cabo diversos juicios de carácter normativo-valorativo⁴⁹². Antes se dijo que el Derecho penal solo puede dirigir acciones humanas mediante sus normas (de mandato o prohibición), de lo que se deduce que estas están dirigidas a los respectivos destinatarios para regular sus conductas (para que hagan lo mandado u omitan lo prohibido). Pero el Derecho penal tampoco puede limitar arbitrariamente la libertad de acción de las personas: las conductas a las que se dirigen las normas deben estar intrínsecamente vinculadas a los estados de cosas que se quieren proteger o promover. Una norma primaria que diga «¡no debes matar!» o «¡no debes apropiarte de bienes ajenos!»

⁴⁹⁰ THON, JhJb 50, 1906, 46-47. Como se ha sostenido a lo largo de la investigación, el planteamiento de THON, si bien es materialmente correcto, no lo es tanto al tener como punto de partida la idea de una norma «abstracta» y «general».

⁴⁹¹ Al respecto, con más referencias, GRECO, GA 2009, 639. Con esto, sin embargo, no propongo que la denominada «antijuridicidad material» sea entendida como dañosidad social en términos sociológicos, sin que se atiendan a las disposiciones específicas del Derecho positivo. Como señala MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 46, «Si el concepto de antijuridicidad material ha de ser un concepto jurídico, no puede entenderse en el sentido de la tesis de la completa independencia». La ventaja de la «tesis de la independencia» es que admitiría una posible divergencia entre la antijuridicidad formal y la antijuridicidad material (un hecho puede ser materialmente antijurídico, pero no formalmente antijurídico y viceversa). El déficit de esta tesis, sin embargo, radica en que, si se produce una separación entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material, entendiéndose esta como dañosidad social, entonces la antijuridicidad material sería comprendida en términos sociológicos, es decir, no jurídicos (razón por la que resulta rechazable). Precisamente, una «tesis intermedia» entre la «tesis de la independencia» y la «tesis de la correspondencia» (en esta última la antijuridicidad formal y la material no son dos formas distintas de antijuridicidad, sino dos perspectivas de una sola antijuridicidad) pretende conservar la diferenciación entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material manteniendo esta última en el ámbito jurídico (un concepto estrictamente jurídico de antijuridicidad material), orientación que, en definitiva, mantiene la no correspondencia entre ambas clases de antijuridicidad (un hecho puede ser formalmente antijurídico pero no materialmente antijurídico y viceversa).

⁴⁹² Considero que la aparición de la denominada «teoría de la imputación objetiva» hizo posible el surgimiento de una serie de reflexiones de carácter normativo-valorativo. Por ejemplo, el riesgo permitido implica un juicio valorativo del legislador y no un juicio de imputación. Al respecto, por todos, PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, 49 ss., 60 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 698. En todo caso, aunque aquí no puedo desarrollarlo con amplitud, he de decir que la denominada «imputación objetiva» no es «imputación» (pues la imputación lo es de «algo» a «alguien») ni es «objetiva» (pues la creación de un riesgo jurídico-penalmente relevante, como expresión del contenido de una norma, debe ser evaluado desde una perspectiva objetiva y subjetiva). Se trata, en realidad, de un proceso de valoración y subsunción. Al respecto, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Libertad*, 2014, 45, 109 ss. También, cuestionando que la «imputación objetiva» sea un juicio de imputación, ROBLES PLANAS, *EPC-Morillas Cueva*, 2018, 580. Antes, GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 3.ª ed., 1990, 208 ss., quien señaló que la determinación de qué riesgos abarcados por la norma no es una cuestión de imputación objetiva, sino de interpretación de los tipos penales.

evoca sin duda alguna un escenario resultativo⁴⁹³. Por esto, no estoy de acuerdo con la idea de que el resultado, en términos valorativos, quede fuera de esta primera categoría: el resultado valorativo (lesión o puesta en peligro del respectivo bien jurídico) es el punto de referencia de la conducta, pues aquel permitirá el enjuiciamiento de la peligrosidad *ex ante* de esta. Así como una conducta está prohibida solo porque puede causar un resultado desvalorado (tal conducta reflejaría peligrosidad en un contexto de normalidad), una conducta es mandada pues solo mediante ella es posible alcanzar un resultado valorado (tal conducta constituiría un curso causal salvador en un contexto de peligrosidad). En todo caso, la norma primaria, desde una perspectiva pragmática, pone en evidencia que el Derecho penal no ha de esperar la afectación del bien jurídico, sino que actúa ya con la realización de la propia conducta peligrosa (determinada objetivamente desde una perspectiva *ex ante*)⁴⁹⁴. Se han descrito, entonces, las valoraciones, situadas en el ámbito del injusto, referidas tanto al resultado (*ex post*)⁴⁹⁵ como a la conducta típica (*ex ante*)⁴⁹⁶.

6.1. La comprensión del injusto como dañosidad o lesividad social, que establece que la afectación del bien jurídico no ha de ser tolerado por parte del portador de ese bien, por

⁴⁹³ Al respecto, HAAS, en: KAUFMANN, M./REZIKOWSKI (Eds.), *Zurechnung*, 2004, 199 (=InDret 1/2016, 8), señala: «Desde el punto de vista de la teoría de las normas esta tesis se formula como sigue: las normas de comportamiento, erigidas por el ordenamiento jurídico para proteger bienes jurídicos, no pueden, debido al alcance infinito de la relación causal, entenderse como meras prohibiciones de causación (*Verursachungsverbote*), sino que hay más bien que entenderlas como prohibición de introducir peligros no permitidos». Con esta afirmación, HAAS alude al hecho de que es prácticamente unánime la aceptación de la perspectiva *ex ante* (y no la perspectiva *ex post*) para la restricción de la relación causal (que, debido a la teoría de la equivalencia, es ilimitable si no fuera por criterios normativos). Por otro lado, MIR PUIG, ADPCP 1994, 11, señala «Los tipos penales, tanto si son de resultado como de mera actividad, describen siempre hechos efectivamente acaecidos (sea la producción de un resultado separado, sea la propia conducta prevista en los tipos de mera actividad, sean los actos de ejecución necesarios para la tentativa, la frustración y la tentativa inidónea)». También, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 657, quien afirma que «no hay que olvidar que los tipos legales están configurados sobre la base de verbos resultativos, de modo que contemplan el proceso *ex post*, y de la ausencia del aspecto *ex post* (de no punibilidad) de las causas de exclusión del injusto (valor del resultado, justificación *ex post*)».

⁴⁹⁴ Al respecto, ROBLES PLANAS, InDret 1/2019, 5, donde señala: «Un sistema de normas de conducta que realmente “proteja” debe adelantarse a la lesión y operar en el momento en que la persona es capaz de influir en su propio comportamiento. Esta es una de las grandes prestaciones de la teoría de las normas a los fines del Derecho penal: situarse en el momento decisivo para la evitación de las realizaciones típicas».

⁴⁹⁵ Estaría de acuerdo, por tanto, con «prioridad lógica» del resultado (siempre que este se entienda como resultado valorativo), señalada por MIR PUIG, ADPCP 1994, 9.

⁴⁹⁶ Esto es, una conducta típica, objetivo-subjetivamente peligrosa *ex ante*, la que ha de ponerse en relación con el resultado valorativo (lesión o puesta en peligro del bien jurídico). Se trata, entonces, de un desvalor intersubjetivo de la conducta. La desaprobación típica de la conducta (esto es, su desvaloración) constituye un estadio anterior a cualquier vinculación entre conducta y resultado (pues primero ha de determinarse la relevancia jurídico-penal de tal conducta). La desaprobación típica de la conducta no tiene nada que ver con infracción de norma de conducta alguna, sino que tal desaprobación típica se produce por la interpretación y subsunción del hecho en el contenido de la norma. Como se ha venido señalando a lo largo de la investigación, la infracción del deber impuesto por la norma se ve en un estadio posterior (culpabilidad).

tanto, se percibe ya con claridad en el planteamiento de MEZGER, quien señaló expresamente que el concepto de injusto debía desarrollarse «del lado de quien sufre el injusto» («*von der Seite des Unrechtleidenden*»)⁴⁹⁷. Planteamientos más modernos que tienen ese punto de partida, como los de SCHÜNEMANN y HÖRNLE, sostienen esencialmente que el injusto ha de considerar los intereses de la víctima en la integridad de la continuidad de sus bienes jurídicos⁴⁹⁸. La consolidación material del injusto, entonces, como señalan STRATENWERTH/KÜHLEN, supone tener en cuenta que el Derecho, mediante sus normas, delimita entre lo prohibido y lo permitido, «Por tanto, se erigen barreras dentro de las cuales el individuo puede decidir, de modo autorresponsable y según su libre arbitrio, sobre la configuración de su vida; por el contrario, la superación de esas barreras origina la coacción jurídica y, si se invade el ámbito de libertad de otro, también los derechos de defensa del afectado»⁴⁹⁹. Si se tiene en cuenta que la culpabilidad (reprochabilidad personal de la conducta) constituye una categoría posterior, el estado de cosas en el que queda expresado la superación de aquellas barreras le confiere al injusto (como categoría independiente de la culpabilidad) «su propio peso»⁵⁰⁰.

6.2. PAWLIK, en sentido crítico, reconoce también que ese planteamiento se sostiene en las propuestas de MEZGER⁵⁰¹ y que resulta incompatible con la actualmente dominante teoría del injusto personal, basada en la negación de una «antijuridicidad objetiva» tal y como fue planteada por ese autor⁵⁰². Esta crítica, que solo podría ser dirigida a quienes defiendan una

⁴⁹⁷ MEZGER, GS 89 (1924), 247.

⁴⁹⁸ SCHÜNEMANN, en: SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.) y SILVA SÁNCHEZ (Ed.) *Fundamentos*, 1995, 217, que señala que es posible verificar «dos perspectivas de valoración distintas; esto es, por un lado la resultante de la *lesividad social*, que acentúa la *perspectiva* de la víctima y el *desvalor del hecho* y, por otro, la *evitabilidad individual*, y con ello *reprochabilidad*, que acentúa la *perspectiva del autor*» (cursivas en el original). HÖRNLE, en: HEFENDEHL (Ed.), *Fundamente*, 2005, 109, que afirma que «Destinatario del juicio de desvaloración (*Unwerturteil*) no solo es el autor, sino también la víctima afectada por el hecho. Habiendo lesionado el hecho punible a otra persona, entonces esta tiene un interés propio en el juicio de desvaloración. Con este se confirma a la víctima que a ella le ha sucedido un injusto y que no estaba obligada a tolerar o aceptar la conducta del autor. No obstante, ha de resaltar que el interés propio de la víctima solo puede reconocerse en cuanto al juicio de desvaloración y no en cuanto al juicio penal (*Strafurteil*) en total. Si un juicio personal de culpabilidad no es posible, no entra en consideración un juicio penal en interés de la víctima».

⁴⁹⁹ STRATENWERTH/KÜHLEN, AT, 6.^a ed., 2011, 7/20.

⁵⁰⁰ STRATENWERTH/KÜHLEN, AT, 6.^a ed., 2011, 7/20.

⁵⁰¹ Así, según PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 268, la conocida afirmación de MEZGER, GS 89 (1924), 245 s., que señalaba que el injusto sería «modificación de un estado de cosas jurídicamente aprobado o causación de un estado de cosas jurídicamente desaprobado, y no una modificación jurídicamente desaprobada de un estado de cosas», era (como para JHERING), «la consecuencia forzosa del punto de vista referido a la víctima».

⁵⁰² PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 271, donde además señala: «defender al mismo tiempo ambas posiciones significa entonces una repentina coexistencia de dos perspectivas de evaluación en conflicto y, por lo tanto, en última instancia, la renuncia a un concepto coherente o concluyente de injusto».

comprensión convencional del concepto de delito sostenida en el injusto personal (algo que aquí no pretendo hacer⁵⁰³) no parece tener tanta trascendencia como la segunda: el injusto de carácter preventivo no es sin más aplicable al injusto como categoría de la teoría del delito⁵⁰⁴. Esto, en mi opinión, es correcto y solo podrá ser explicado con amplitud cuando se analicen los presupuestos de las causas de exclusión del injusto desde la teoría de la norma que aquí se considera más adecuada⁵⁰⁵. En todo caso, PAWLIK considera que esta comprensión del injusto «que construye como punto de partida del Derecho en general y del Derecho penal en particular al lesionado y sus intereses»⁵⁰⁶ y de la finalidad de la ley penal como la «protección de intereses humanos por medio de la prevención de perjuicios mediante acciones humanas»⁵⁰⁷, hace que la culpabilidad encuentre un lugar accesorio en la teoría del delito (solo como un «correctivo de la responsabilidad»⁵⁰⁸), en el que el injusto, entendido como «afectación de intereses sin deber de tolerar» (*nicht-duldungspflichtige Interessenbeeinträchtigung*), alcanzaría un lugar fundamental⁵⁰⁹.

6.3. A lo largo de esta investigación una cosa parece quedar bastante clara: el espíritu de BINDING se ha manifestado en diversos lugares. Lo mismo sucede en la obra de PAWLIK, quien también encuentra en la argumentación de BINDING los elementos para la construcción de su concepto de injusto criminal (o «injusto del ciudadano»). Nuestros caminos, sin embargo, tienen orientaciones distintas: PAWLIK, apoyado en la primera etapa del planteamiento de BINDING⁵¹⁰, considera que este «puso de relieve, de manera correcta, que el delito (*Verbrechen*) (...) no describe en primera línea un suceso interpersonal entre autor y víctima, sino que el autor, al hacer la “cuestión de poder” (*Machtfrage*), abusa del

⁵⁰³ Pues, en realidad, propongo el abandono de la teoría del injusto personal, ya que esta propone que, al estar las normas primarias en una posición subyacente a los tipos delictivos, la realización de alguno de estos supone ya antinormatividad o infracción de una norma. Al respecto, por todos, RENZIKOWSKI, en: MATT/RENIKOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, previo a § 13/10. En el párrafo anterior este autor señala: «Según la actualmente dominante teoría del injusto “personal” el injusto no se reduce al acontecimiento externo (como sostenía la antigua teoría), sino que, al lado del desvalor del resultado o del estado de cosas, está la infracción contra una norma de determinación como desvalor de acción». Al respecto, por todos, GALLAS, *FS-Bockelmann*, 1979, 161 ss.; HIRSCH, *ZStW* 94 (1982), 240 ss.

⁵⁰⁴ Esta formulación se encuentra ya en FINGER, *GS* 97 (1928), 391 ss.; GEMMINGEN, *Rechtswidrigkeit*, 1932, 49. La reconocen, por todos, KORIATH, *Grundlagen*, 1994, 265; LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, 273; HAAS, *Kausalität*, 2002, 95; VELTEN, *Normkenntnis*, 2002, 133 ss.; PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 269.

⁵⁰⁵ Al respecto, véase *infra* Cap. V, 4.

⁵⁰⁶ MEZGER, *GS* 89 (1924), 249.

⁵⁰⁷ MEZGER, *GS* 89 (1924), 249.

⁵⁰⁸ OTTO, *ZStW* 87 (1975), 557.

⁵⁰⁹ PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 270.

⁵¹⁰ Al respecto, *supra* Cap. I, 2.4, 2 ss.

ordenamiento común de la paz»⁵¹¹. Por el contrario, la orientación que se sigue en esta investigación, recoge la última etapa del pensamiento en BINDING, en la que, conforme a la «objetivización» de su concepción del injusto⁵¹², plantea, a manera de pregunta: «(...) ¿la consideración de la acción como un suceso perjudicial en el ámbito del Derecho y la consideración de lo eventualmente lesionado no se han descuidado por la fuerte, pero a la vez unilateral acentuación de la culpabilidad y la pena?»⁵¹³. Estos puntos de partida son evidentemente opuestos.

7. Tomando en cuenta todo lo dicho, ha de profundizarse ahora en la fundamentación del injusto desde los lineamientos de esta investigación. Antes se dijo que, en una situación concreta, la norma primaria impone un deber de actuar u omitir al destinatario de aquella norma, de tal manera que realice o no una determinada conducta. La imposición de ese deber, en mi opinión, si bien describe una relación normativa entre la norma y el destinatario, no se agota en esta. Como se mencionó en un momento anterior, si cada individuo dispone de un ámbito de libertad en el que él puede configurar su vida, entonces se percibe con mayor claridad un planteamiento antes señalado: la norma primaria es tanto directiva de conducta (para el destinatario del deber que esa norma impone) como fuente de orientación contrafáctica (fuente de derechos). Un individuo, entonces, puede sobrepasar ese ámbito de libertad (caso en el cual se le impondrá un deber de hacer u omitir) o, puede ser objeto de la extralimitación de un ámbito de libertad en detrimento del suyo (caso en el cual se le asignarán derechos de defensa o necesidad)⁵¹⁴. El deber impuesto al destinatario de la norma, entonces, genera efectos para quienes se encuentran dentro los contornos de la situación concreta, esto es, dentro del perímetro normativo que la situación concreta refleja. Tales efectos, a mi modo de ver, aluden esencialmente a la orientación de conductas dentro del mencionado perímetro normativo⁵¹⁵. Si el titular de un

⁵¹¹ PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 280. Al respecto, BINDING, *Normen*, t. II, 2.ª ed., 1914, 228. Sobre la base de las reflexiones de BINDING, establece PAWLIK su propio planteamiento: «El agente (*Täter*) infringe su deber de colaboración (*Mitwirkungspflicht*) frente a la comunidad jurídica al expresar en su conducta una falta de fidelidad al Derecho; él explica que no está dispuesto a contribuir su parte para la conservación o mantenimiento (*Aufrechterhaltung*) del estado de libertad existente (*des bestehenden Zustandes der Freiheitlichkeit*)».

⁵¹² Al respecto, *supra* Cap. I, 2.4.5.

⁵¹³ BINDING, GS 76 (1910), 2.

⁵¹⁴ Precisamente, pienso que concentrarse en la relación normativa, hace que se dejen de lado algunas consecuencias importantes, relevantes para terceros. Esto no hace más que confirmar la necesidad de seguir una orientación distinta a la propuesta por PAWLIK.

⁵¹⁵ Esto es así solo en principio. Dicho de otra manera: que la norma imponga a un deber a un destinatario para que realice una determinada conducta no constituye el presupuesto indispensable para la aparición de

ámbito de libertad pretende superar los correspondientes límites, entonces la norma se le dirige a él para imponerle un deber de actuar u omitir. Ese deber tiene como contrapartida un derecho subjetivo, manifestado concretamente en su función de exclusión⁵¹⁶, esto es, en el mantenimiento de su esfera de libertad frente a injerencias (ya iniciadas) de terceros. La expectativa en el cumplimiento de las normas proviene del estado de cosas valorado subyacente a esas normas (que imponen deberes al destinatario en la situación concreta). Esa expectativa es, en ese sentido, fuente de un derecho subjetivo (pues la defensa de expectativas se hace invocando derechos), manifestado concretamente en su función de utilización (esto es, de que, dentro del ámbito de libertad, se pueda configurar la propia vida y, ese sentido, sea posible disponer de los bienes jurídicos de la forma deseada)⁵¹⁷.

8.1. El injusto ha de entenderse entonces como una categoría *intersubjetiva* no solo por la trascendencia de la propia conducta del sujeto hacia el exterior, si no también porque, como se ha visto, en ese ámbito se pueden desplegar importantes consecuencias en cuanto a la interrelación entre las personas⁵¹⁸. Cuando las personas interactúan en sociedad, presuponen que los demás poseen determinadas capacidades⁵¹⁹. Esto no es más que el reflejo de la autonomía, la que constituye el presupuesto de las expectativas recíprocas individuales. Si, como antes se dijo, el individuo posee un ámbito de libertad en el que puede configurar su vida pero que no puede sobrepasar, es porque solo de esa manera será

efectos dentro de los contornos de una situación concreta, siendo aquellos efectos los que los terceros han de tener en cuenta para la aparición de una serie de consecuencias aún por determinar. Esos efectos también pueden aparecer cuando el agente es un inimputable y, en ese sentido, no sea considerado destinatario de la norma. Como se ha sostenido a lo largo de la investigación, la concurrencia de un injusto no depende de la infracción de un deber impuesto por una norma primaria (esto es, de la actuación de un destinatario idóneo de esa norma).

⁵¹⁶ Al respecto, *supra* Cap. III, 8,8.1.

⁵¹⁷ Se ha dicho antes que el derecho subjetivo, con sus dos funciones intrínsecas (función de utilización y función de exclusión) «rodea» al bien jurídico para así dotarle de una importante dinámica: garantiza la utilización libre del bien jurídico por parte del titular y garantiza que el bien jurídico no será afectado en el ámbito de la interacción social. Al respecto, *supra* Cap. III, 8,8.3.

⁵¹⁸ Hablar de «intersubjetividad» supone que el baremo con el que se realiza el enjuiciamiento de la conducta toma en cuenta las diversas perspectivas de los ciudadanos integrantes de la sociedad, los conocimientos de la persona normativa ideal y las capacidades de la persona normativa ideal. JOSHI JUBERT, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. I, 2008, 1093 s. En todo caso, lo «intersubjetivo» (entendido como lo válido para todos) es una perspectiva superadora de lo «objetivo» (entendida como lo externo).

⁵¹⁹ Al respecto, JOSHI JUBERT, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. I, 2008, 1085, quien señala correctamente: «(...) el conductor de un coche presupone que los demás conductores tienen las facultades necesarias para conducir. El paciente se deja operar por su médico porque presupone legítimamente que tiene las capacidades necesarias para ello; la novia se deja abrazar por el novio suponiendo que el acercamiento del novio hacia ella es para demostrarle cariño, no para, por ejemplo, azotarla». Esta suposición (que los demás poseen determinadas capacidades) es absolutamente permitida, porque es la que empleamos cotidianamente en el marco de las interrelaciones sociales. En cambio, la presunción de que toda persona que comete un delito es una persona imputable, como parece presuponer (como punto de partida) la comprensión de la teoría del delito más difundida, no debería ser admitida.

posible conciliar la interrelación entre ámbitos de libertades en la comunidad social. Se trata entonces de una «compatibilización» de todas las esferas autónomas concurrentes, esto es, han de compatibilizarse los ámbitos de libertad, de tal manera que la interrelación entre individuos sea precisamente expresión del ejercicio de la libertad y no de arbitrariedad⁵²⁰. En este marco, la noción de autonomía desempeña un importante papel: es la autonomía la que sostiene la «ley general de libertad» que permite compatibilizar los ámbitos de libertad⁵²¹.

8.2. Ahora bien, la aparición de un hecho jurídico-penalmente relevante, para ser denominado injusto, debe reflejar una situación concreta en la que la mencionada «compatibilización» de ámbitos de libertad no se produce: se inicia la ejecución de una conducta que supera los contornos del respectivo ámbito de libertad (o, en otros términos, que supera los límites a la libertad de acción impuesta por el deber derivado de la norma), expresándose tal superación en la afectación del ámbito de libertad de otro, por lo que se produce, para decirlo correctamente, una usurpación de un ámbito de libertad ajeno, menoscabando así el derecho subjetivo (lo que significa la afectación de la función de utilización y la correspondiente habilitación del empleo de la función de exclusión)⁵²². Al respecto, RENZIKOWSKI parece entender este planteamiento señalando que en el injusto se produce una afectación del orden de asignación de bienes⁵²³. Esto es, un desbordamiento

⁵²⁰ Esa «compatibilidad», a mi modo de ver, se expresa mediante el recurso a las funciones de utilización y exclusión del derecho subjetivo, el que, como se ha dicho, constituye una barrera al arbitrio ajeno. Por lo demás, queda claro el origen kantiano de este planteamiento, en virtud del cual solo en una situación concreta sea puede determinar si el arbitrio de una persona es compatible con el que corresponde a otro bajo una ley general de libertad. Al respecto, KANT, MdS AA 230. El Derecho es, según esta orientación, «condición de posibilidad de existencia de seres libres». Estos seres libres, al relacionarse entre sí como personas, ven limitadas sus acciones externas de la misma manera que las de su propio ámbito jurídico de movimiento (PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 144 ss.). En esta concepción liberal del Derecho, adquiere relevancia lo siguiente: la pretensión del otro constituye un límite inmanente de mi esfera jurídica, pues la libertad no solo es mía, sino que, desde su origen, es también de otro.

⁵²¹ Por lo tanto, es conforme a Derecho (y, por tanto, «justa») toda conducta como manifestación de libertad (exterior) que concuerda, según una ley general, con la libertad (exterior) de todos.

⁵²² HAAS, *Kausalität*, 2002, 99 ss.; en: KAUFMANN, M./REZIKOWSKI (Eds.), *Zurechnung*, 2004, 218 (=InDret 1/2016, 26).

⁵²³ RENZIKOWSKI, en: MATT/REZIKOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, previo a § 13/40 dice lo siguiente: «No es tarea de las normas penales, sin embargo, la determinación del alcance de los derechos subjetivos, sino que los preceptos penales (*Sanktionsvorschriften*) presuponen una asignación de bienes». Con todo, RENZIKOWSKI pretende, mediante este planteamiento, fortalecer su posición con respecto a que la norma de conducta no es una norma penal, sino que el Derecho penal constituye un ordenamiento accesorio. Así, señala: «En el plano de la antijuridicidad, por tanto, se demuestra nuevamente la accesoriedad del Derecho penal».

de las fronteras existentes entre las esferas de libertad jurídicamente garantizadas⁵²⁴. Desde esta perspectiva, el concepto de bien jurídico (esencial para el concepto de injusto, mirado desde la perspectiva de la dañosidad o lesividad social) adquiere otra calidad y dimensión: la autonomía (que en última instancia refleja el ámbito de libertad mutuamente determinada) tiene a su servicio al bien jurídico, el que a su vez está protegido por el derecho subjetivo⁵²⁵.

8.3. Dado que las normas jurídicas en general buscan incidir en las actuaciones (interrelaciones) sociales (en las que resulta difícil que el Derecho penal, pese a su fin preventivo, le garantice al ciudadano capaz que se deja motivar por las normas que otro, en una específica situación, lo hará de la misma manera –ya se ha visto antes que la norma es un instrumento falible–), el Derecho le *confiere* a los individuos capaces de motivarse por la norma (situados en el perímetro normativo que refleja la situación concreta) la posibilidad de defenderse de hechos lesivos (cometidos por quienes no puedan motivarse por la norma o por quienes no se dejen motivar por esta) así como les *exige* la no intervención en esa clase de hechos. Una norma que prohíbe una conducta, supone que tal declaración normativa faculta a un sujeto distinto del que lleva a cabo la conducta prohibida a realizar una conducta defensiva (ejercicio de la función de exclusión, antes mencionada) frente a ese comportamiento expresivo de una usurpación de su ámbito de libertad. Asimismo, la norma que declara como prohibida una conducta, prevé, para un tercero que, en la situación concreta, sea capaz de motivarse por ella, la exigencia de no intervención en ese comportamiento expresivo de una usurpación de un ámbito de libertad ajeno (comportamiento que puede ser realizado por un incapaz y, en ese sentido, por alguien no motivable por la norma). En pocas palabras, en el injusto se fija de manera objetiva el modelo de lo incorrecto⁵²⁶ y se habilita la aparición tanto de derechos que permiten la defensa (propia o de terceros) como de deberes que impiden la participación⁵²⁷. En la medida que aquí se ponen en juego intereses jurídicos, lo razonable, a partir de su calificación como «jurídicos», es hacer posible su validez y realización mediante medios jurídicos (asignación de derechos, en situación de defensa o necesidad, y prohibición de conductas *ex ante* objetivamente peligrosas de terceros en la situación concreta). Este

⁵²⁴ FRISCH, *FS-Roxin*, 2001, 213 ss. (=en: FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar*, 2004, 19 ss.), sobre la llamada «juridicidad» del comportamiento.

⁵²⁵ Al respecto, ROBLES PLANAS, en: VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS/ROBLES PLANAS, *Límites*, 2012, 24.

⁵²⁶ BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. I, 1894, 177.

⁵²⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 462.

planteamiento responde al siguiente hecho: que, ante el fracaso de la norma primaria, el Estado hace posible que el Derecho penal siga cumpliendo su fin preventivo, esta vez, por medios distintos a esa norma primaria⁵²⁸. Todo esto no es más que el reflejo de una idea antes mencionada: que así como un individuo ejerce su libertad de acción dentro de los límites jurídicamente reconocidos (dentro de su ámbito de libertad, en el que, conforme al derecho subjetivo, ejerce la función de utilización), aquel esperará que los demás hagan lo mismo. Como señala THON, «el ordenamiento jurídico desea que suceda lo que él ordena, y también que no suceda aquello que prohíbe»⁵²⁹.

9. La comprensión del injusto como «dañosidad social» o como «lesividad», sin embargo, genera algunas inquietudes. Cuando SILVA SÁNCHEZ dice que el concepto de injusto personal es «*bastante personal (...)* Sin embargo, no es *completamente personal*»⁵³⁰, describe, a mi juicio, el hecho de que la inclusión de aspectos subjetivos en el injusto es un proceso que no tiene un punto en el que detenerse. En todo caso, si el injusto se entiende como la reunión de todos los elementos que determinan la dañosidad social del hecho, y los elementos subjetivos (conciencia, voluntad y dolo natural, esto es, de acción y de tipicidad subjetiva) se encuentran en el injusto, entonces este no reuniría *todos* los presupuestos de la dañosidad social, pues habría algunos elementos subjetivos que están en la culpabilidad (pero que también definirían la dañosidad social)⁵³¹. Por eso, SILVA SÁNCHEZ señala que el injusto puede no ser «capaz de aprehender la totalidad del contenido de sentido (social) del comportamiento»⁵³². Por su parte, un autor como SCHÜNEMANN, defensor de la distinción entre injusto y culpabilidad, plantea que la

⁵²⁸ Ya MIR PUIG señalaba que lo que no podía ser evitado por la motivación a través de la norma, tampoco podía ser impedido por una amenaza penal y, por lo tanto, no podía ser objeto del fin preventivo que posee aquella norma. Sin embargo, ¿es esta la forma de entender genuinamente los alcances de la «prevención»? Si esa fuera la única forma de entender a la prevención, creo que se trataría de una confesión poco entusiasta de que el Derecho penal «llega demasiado tarde». Si el fin preventivo legitima la norma penal en un Estado social, ¿qué sucede ante el fracaso de aquella norma?

⁵²⁹ THON, *Rechtstnorm*, 1878, 11.

⁵³⁰ SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 3/2014, 3 (cursiva en el original).

⁵³¹ SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 3/2014, 3, no cree que el injusto abarque todos los presupuestos de la dañosidad social, esto es, que el injusto «sea capaz de aprehender la totalidad del contenido de sentido (social) del comportamiento» pues muchos elementos referidos a la dañosidad social están en la culpabilidad. De esto se tiene entonces dos opciones: primero, se debería dejar de considerar al injusto como dañosidad social, pues es la suma de injusto y culpabilidad lo que en conjunto expresan de manera total la dañosidad social (por lo tanto, habría que definir al injusto de otra manera); o, segundo, se sigue considerando al injusto como dañosidad social, pero la culpabilidad (por ejemplo, el conocimiento actual de la antijuridicidad) no puede desempeñar la función de intensificación de dañosidad social (por lo tanto, la culpabilidad debería reflejar otra cosa).

⁵³² SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 3/2014, 3.

actuación con conocimiento del injusto (elemento reconocido tradicionalmente como presupuesto de la culpabilidad), «puede concebirse absolutamente como una intensificación de la dañosidad social»⁵³³. Ante formulaciones como las comentadas, propuestas como la de FREUND parecen ser bastante congruentes: este autor considera que si se quiere entender de manera consecuente al injusto personal, este debe contener a la culpabilidad, pues sin esta «no es imaginable un injusto personal de la conducta con suficiente peso»⁵³⁴.

9.1. De estas reflexiones pueden extraerse algunas consideraciones más concretas para la comprensión del injusto, concretamente, de la relación entre lo objetivo y lo subjetivo en este ámbito⁵³⁵. Considero posible afirmar que el juicio de lesividad global del hecho valora el conocimiento real (o debido) de la lesividad objetiva⁵³⁶. Esta idea se desprende de una cuestión sistemática admitida de manera mayoritaria: el error invencible de tipo excluye la tipicidad del hecho de la misma manera que lo excluye la ausencia del tipo objetivo. Esto, por tanto, conduciría a entender de una determinada manera a la lesividad: esta sería una categoría objetivo-subjetiva (intersubjetiva), que abarcaría no solo a la peligrosidad objetiva *ex ante* sino también a la cognoscibilidad de esa peligrosidad. Esto es así pues «no es posible juzgar sobre la existencia de un peligro sin tomar en consideración lo que el autor sabe»⁵³⁷. Por tanto, en el injusto, ámbito en el que se discute sobre el fundamento y la exclusión de la lesividad, ha de reconocerse «la imposibilidad de una separación tajante

⁵³³ SCHÜNEMANN, en: SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.) y SILVA SÁNCHEZ (Ed.) *Fundamentos*, 1995, 226. Antes, ZIMMERL, *Tatbestand*, 1928, 49 ss., señalaba ya que «El hecho culpable, y precisamente en la medida de su culpabilidad, provoca una mayor lesividad social que el inculpable».

⁵³⁴ FREUND, AT, 2.^a ed., 2009, 4/20.

⁵³⁵ Pueden encontrarse, con todo, mayores ámbitos problemáticos. Si se recuerda el orden argumentativo seguido hasta este momento, se ha señalado que la opinión mayoritaria referida a la equiparación entre injusto y antinormatividad no es, desde mi punto de vista, defendible. Si uno de los fundamentos de la inclusión del dolo (y la imprudencia) en el tipo de injusto ha sido, precisamente, el argumento normológico, entonces, separar conceptualmente injusto y antinormatividad conduce necesariamente a discutir sobre la ubicación sistemática del dolo (esta es precisamente una de las críticas formuladas por GIL GIL, *Delito imprudente*, 2008, a la argumentación desarrollada por MIR PUIG en su última etapa) o, en todo caso, a buscar una fundamentación distinta a la normológica si es que se considera que la ubicación sistemática de ese elemento es correcta. El primer camino debería conducir a ofrecer razones para la adopción de una teoría del dolo, pues esta, como ya es sabido, mantiene al dolo en el ámbito de la categoría tradicionalmente denominada como «culpabilidad». El segundo camino permitirá, por el contrario, mantener la ubicación del dolo conforme a la teoría de la culpabilidad, esto es, en el ámbito del injusto.

⁵³⁶ Esta idea puede encontrarse también en MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 652, donde además señala al respecto: «En otras palabras, y aplicado al tipo de homicidio, lo malo deja de ser matar para serlo matar sabiendo o debiendo saber que se está matando».

⁵³⁷ GRECO, ZStW 117 (2005), 520, abordando el «problema» de los conocimientos especiales.

entre la parte externa y la parte interna del hecho»⁵³⁸ o, dicho de otra manera, que «la distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo, resulta, para ser exactos, irrealizable»⁵³⁹. La idea que en última instancia se quiere defender aquí es que la lesividad incluye necesariamente el conocimiento, esto es, que no es posible determinar la peligrosidad *ex ante* objetiva de una conducta sin tomar en consideración el conocimiento⁵⁴⁰. Este ámbito es esencialmente valorativo, sin que ello suponga que los objetos de la valoración sean solamente objetivos: los elementos subjetivos también pueden ser objeto de una valoración objetiva⁵⁴¹.

9.2. Lo dicho tiene también consecuencias en el planteamiento referido a la mayor gravedad que supone el delito doloso en comparación con el imprudente y que, en última instancia, tiene que ver con el carácter graduable del injusto⁵⁴². En este marco, se tiene nuevamente como referencia a la norma primaria: se afirma frecuentemente que la diferencia entre el delito doloso y el imprudente radica que en el primer caso se produce un enfrentamiento con la norma (siendo el supuesto más intenso el que corresponde al dolo

⁵³⁸ MIR PUIG, ADPCP 1994, 15.

⁵³⁹ PUPPE, *FS-Otto*, 2007, 394, quien además agrega que «la distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo es antinatural y, en rigor, irrealizable, ya por el hecho de que cualquier descripción de una acción que se pueda utilizar en el tipo objetivo tiene una connotación subjetiva».

⁵⁴⁰ Si lo importante para la ubicación del dolo en el tipo es la dirección voluntaria de las acciones cuya realización conlleve una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, entonces, a mi modo de ver, se exige más que para hacer posible su exclusión: según la propia regulación legal del error, para negar la concurrencia de dolo es suficiente afirmar el desconocimiento de los elementos que configuran el tipo penal. Si lo necesario para excluir el dolo es el conocimiento, el que además es presupuesto necesario de la voluntad, entonces para afirmar la existencia del dolo será suficiente alegar la concurrencia de conocimiento en el individuo. En realidad, la referencia a la voluntad parece ser utilizada para fundamentar la existencia de diversas clases de dolo. Así, por ejemplo, CEREZO MIR, *Curso*, t. II, 6.ª ed., 1998, 144, donde dice: «El dolo no es sólo conciencia sino también voluntad de la realización de los elementos negativos del tipo. La necesidad de este elemento volitivo se deduce claramente del término «intención» que utiliza, en ocasiones, nuestro Código para designar el dolo». Pero no solo eso. Parece ser que el elemento de la voluntad también es utilizado para distinguir entre el dolo y la imprudencia (pues en esta última, se dice, no hay una voluntad de realizar los elementos del tipo) y para explicar porqué la pena del delito doloso es mayor a la que corresponde al delito imprudente. Pienso, sin embargo, que los tradicionales niveles volitivos en el dolo van más allá de la definición de este último, por lo que deben ser tomados en cuenta en una instancia ulterior: en el ámbito de la determinación judicial de la pena. Lo que aquí quiero dejar claro radica en la, a mi juicio, no abordada problemática que supone entender que la ubicación del dolo en el tipo es una consecuencia de la admisión de la norma de determinación: si esto fuera así, entonces, el dolo debería albergar el conocimiento de la antijuridicidad, consecuencia que la doctrina mayoritaria no está dispuesta a admitir, aunque no se señale con exactitud cuál es el límite entre el dolo y la culpabilidad o, dicho de manera más clara, por qué solo el conocimiento de los hechos se sitúa en el injusto y no el conocimiento de la antijuridicidad.

⁵⁴¹ La no relevancia de la voluntad para definir el concepto de dolo es una opinión difundida entre diversos autores. Es posible encontrarla en algunos defensores de la teoría de la posibilidad (SCHRÖDER, JAKOBS), de las modernas teorías de la representación (FRISCH) y las nuevas teorías de la probabilidad (HERZBERG, PUPPE, GRECO).

⁵⁴² RENZIKOWSKI, en: MATT/RENIKOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, previo a § 13/30, donde señala que «a diferencia de la antijuridicidad, el injusto puede ser cuantificado».

directo), mientras que eso no sucede necesariamente en el segundo caso⁵⁴³. Por tanto, lo que caracterizaría al dolo (y que fundamentaría su distinción con la imprudencia y el motivo de su mayor punición) es que representa una mayor oposición contra el Derecho. En efecto, en la medida que las normas del Derecho penal estén orientadas a conducir las conductas de sus destinatarios para así cumplir su fin de protección de bienes jurídicos, se podría sostener que una conducta dolosa, en la medida que representa la forma más explícita de oponerse a tal fin, no solo caracteriza la mayor gravedad de la conducta (la conducta dolosa es la conducta «prototípica», en contraposición con la imprudente, que se castiga de manera excepcional) sino que también justifica la mayor pena que pueda recibir esa conducta (una en la que claramente se expresa que el individuo no se guía por la orientación del Derecho, por lo que merece un castigo mayor que, por ejemplo, aquella que solo genera un resultado lesivo por imprudencia)⁵⁴⁴. Pero esta no es la orientación que se sigue en esta investigación. Considero que tanto el dolo como la imprudencia aluden al conocimiento del sujeto en el caso concreto, conocimiento que, como mínimo, alude a la posibilidad de realización de un tipo (cognoscibilidad por parte del agente). Esta comprensión, a mi modo de ver, tiene consecuencias importantes, no solo teóricas (el abandono definitivo de las clásicas «formas» del dolo⁵⁴⁵), sino también prácticas (el conocimiento es suficiente para la fundamentación del dominio, lo que permitiría, entre otras cosas, sostener un concepto restrictivo de autor tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes⁵⁴⁶). Precisamente, solo el conocimiento de las condiciones y magnitud del riesgo de la conducta para el bien jurídico es lo que fundamenta la mayor punibilidad del

⁵⁴³ Al respecto, por todos, MIR PUIG, ADPCP 1988, 665 (quien señala que la finalidad de la conducta influye en su forma de realización y contribuye a otorgar a aquella un significado de mayor oposición al bien jurídico que afecta); BRAMMSEN, JZ 1989, 71 ss. (que señala que quien actúa con voluntad manifiesta un mayor desprecio por el bien jurídico, lo que afectaría de manera más intensa la confianza de la comunidad en el ordenamiento jurídico); DÍAZ PITA, *Dolo eventual*, 1994, 302 (quien señala que quien actúa dolosamente se decide contra un bien jurídico y, al actuar de esa manera, cuestiona directamente la vigencia de la norma). GRECO, *LA-de Sousa Brito*, 2009, 900, considera –a mi juicio, de manera correcta– que todas estas propuestas son criticables por su moralismo, esto es, porque permiten «que se castigue al autor no por lo que hace, sino por su actitud interna».

⁵⁴⁴ La idea de que el dolo posee una mayor gravedad (lo que repercute en la mayor pena que merecería un hecho de tal naturaleza) al expresar una oposición voluntaria al ordenamiento jurídico, coincide, curiosamente, con la argumentación desarrollada en el marco de la «teoría del dolo», fundamentada por primera vez por BINDING, quien señala que la esencia del delito radicaría en una rebelión consciente del sujeto contra la norma (lo que tiene como resultado que una actuación dolosa solo sea aquella en la que el individuo actúa con conciencia de la antijuridicidad; la conciencia de la antijuridicidad se convierte en presupuesto del dolo, por ello el nombre «teoría del dolo»). La doctrina mayoritaria entonces utiliza una argumentación muy parecida a la empleada por la teoría del dolo, sin admitir necesariamente su propuesta sistemática. Precisamente por esto, creo que este no es el camino que debería seguirse.

⁵⁴⁵ Así, GRECO, *LA-de Sousa Brito*, 2009, 902.

⁵⁴⁶ Al respecto, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría*, 1991, 45 s., 625 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/LUZÓN PEÑA, AFDUAH 2000, 53 ss.

dolo en comparación a la imprudencia, en la que, si bien concurre también conocimiento del riesgo, se produce un enjuiciamiento desacertado del riesgo de la conducta para el bien jurídico⁵⁴⁷.

9.4. Un tratamiento más amplio del dolo y la imprudencia exigiría de esfuerzos que deben quedar necesariamente reservados para una investigación ulterior. Aquí solo quisiera esbozar algunas ideas estrictamente limitadas a la relación entre la noción de injusto antes presentada (en el que lo objetivo no puede desligarse de lo subjetivo y, por tanto, una concepción de la peligrosidad objetiva *ex ante* cognoscible se revela como planteamiento fundamental) y el concepto de norma. Concretamente, aquí quiero abordar lo referido a si existe solo una norma para el delito doloso y el imprudente o si se tratan de dos normas distintas. Esta última orientación parece ser la adoptada por la doctrina dominante⁵⁴⁸: frecuentemente se alega que en el delito doloso existe una norma de carácter imperativo y en el delito imprudente una norma de cuidado⁵⁴⁹. Sin embargo, considero que existen algunas razones por las cuales resultaría aconsejable no seguir el camino que recorre la opinión mayoritaria.

⁵⁴⁷ Así, SCHUNEMANN, InDret, 1/2008, 13, señala que el conocimiento, como hecho psicológico, «es también normativamente útil como presupuesto de la punibilidad, porque recién ese conocimiento del autor transmite esa capacidad de dirección especial, es decir, el dominio sobre el suceso, que, según mi opinión, es lo que fundamenta la mayor punibilidad del dolo en comparación con la simple culpa». También, GRECO, *LA-de Sousa Brito*, 2009, 891 s., señala: «Aquel que sabe lo que hace y lo que puede derivarse de su hacer, controla, en cierto sentido, aquello que hace y lo que puede derivarse de su hacer. El conocimiento es necesario para la existencia del dominio sobre la realización del hecho, y ese dominio da origen a dos fuertes razones para que aquel que lo posee reciba un tratamiento más severo», siendo tales razones de naturaleza consecuencialista (el conocimiento genera dominio sobre la realización del hecho, y ese dominio justifica una punición más severa por aumentar las necesidades de prevención) y deontológica (quien actúa con conocimiento y, por tanto, con dominio, actúa con una mayor responsabilidad por las consecuencias de ese actuar, en comparación a quien actúa sin ese conocimiento).

⁵⁴⁸ Al respecto, por todos, MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., 1982, 74, donde señala: «Sólo la acción voluntaria de matar es la contemplada por la norma que prohíbe matar, y sólo ella es, pues, antijurídica en relación con dicha norma. El homicidio doloso, dará lugar, por tanto, a un tipo de injusto específico. Las conductas que ocasionan la muerte sin quererlo su autor no pueden infringir la prohibición de matar, sino sólo la norma que obliga a omitir acciones peligrosas para la vida o, en su caso, a ejecutarlas con prudencia, esto es: la norma de cuidado».

⁵⁴⁹ Lo que implicaría, como punto de partida, al distinguir entre una norma de carácter imperativo (mandato o prohibición) y una norma de cuidado, que esta última no posee carácter imperativo. Y no podría tenerlo pues, como se define tradicionalmente, las normas están dirigidas a conductas voluntariamente dirigidas a lesionar bienes jurídicos (MIR PUIG, *Función*, 2.ª ed., 1982, 76). Entonces, si la norma de cuidado no es una norma, habría que pensar en dejar de denominarla así. En realidad, la denominada «norma de cuidado» es una regla técnica, que ha de seguirse en circunstancias específicas en las que los intervinientes realizan actividades de riesgo permitido. Si las reglas técnicas describen cómo se debe actuar (en el tráfico vehicular, al realizar una intervención médica, etc.) es porque se tratan de dispositivos para garantizar el mantenimiento dentro de los niveles del riesgo permitido.

9.4.1. En primer lugar, entender que tanto en el delito doloso como en el imprudente subyace la misma norma implica otorgarle una mayor relevancia al precepto penal, esto es, entenderlo más que como un mero «vehículo» de transmisión de normas. Esto quiere decir, por ejemplo, que la norma que dice «¡No debes matar!» subyace tanto al homicidio doloso (art. 138 CP) como al imprudente (art. 142 CP). Es el precepto penal, como expresión de una determinada política-criminal estatal, el que, conforme al principio de legalidad, establece los márgenes formales para determinar de qué manera se produce la afectación (lesión o puesta en peligro) del bien jurídico (en este caso la «vida humana independiente») como sustrato valorativo de la correspondiente norma primaria. El legislador, y solo él, es el que determina, mediante el precepto penal correspondiente, las formas de la afectación al bien jurídico, esto es, tanto la forma de conducta (dolosa e imprudente) como el nivel de lesividad (lesión o puesta en peligro). La norma primaria es solo el sentido, esto es, el mensaje prescriptivo que se desprende (de manera indirecta) del precepto penal. Es cierto, como señala la doctrina, que debajo del precepto legal (del tipo de garantía) se encuentra un mandato o una prohibición, esto es, una norma primaria. Pero, a mi juicio, no es correcto señalar que la norma primaria constituye el reflejo exacto de la ley penal⁵⁵⁰, así como tampoco me parece acertado hablar de que la norma constituye la formulación contradictoria del tipo penal⁵⁵¹.

9.4.2. En segundo lugar, que el planteamiento acabado de exponer constituye, a mi juicio, un escenario idóneo para el desarrollo de las denominadas «incumbencias» («*Obliegenheiten*») en el ámbito del concepto de delito imprudente, más allá de algunos ámbitos en donde aquellas ya han sido propuestas⁵⁵². En efecto, si la norma primaria es la misma para el delito doloso y el imprudente, y es el precepto penal el que se encarga de definir los contornos formales de la figura delictiva correspondiente, entonces, en el caso del delito imprudente, la referencia, en la configuración del precepto, al término «imprudencia», debe evocar necesariamente aquellas incumbencias que ha de cumplir el

⁵⁵⁰ Así, por todos, STRATENWERTH/KÜHLEN, AT, 6.^a ed., 2011, 7/8. Se debe destacar, como ha hecho ROBLES PLANAS, InDret, 1/2019, 42, n. 8., que el precepto penal dice: «*el que mate a otro será castigado*», por tanto, el contenido semántico (locucionario) del acto de habla del legislador se agota en lo que dice literalmente. El «¡no debes matar!» sería una derivación pragmática (ilocucionaria). Si se hablara en términos de «reflejar exactamente la ley penal» la norma sería: «*debes imponer una pena a quien mate a otro*». Pero esta no sería, como puede preverse, una norma primaria, sino una norma secundaria (dirigida al juez).

⁵⁵¹ Este es el planteamiento de KINDHÄUSER que puede ser encontrado también en HRUSCHKA.

⁵⁵² Sobre estos ámbitos, véase *supra* Cap. II, 3.4, 12.

ciudadano para cumplir la norma⁵⁵³. Esas incumbencias son propias de ámbitos de riesgo en donde pueden suceder acontecimientos lesivos (tráfico viario, intervenciones quirúrgicas, etc.) y en los que el legislador, mediante la tipificación de delitos imprudentes, pretende garantizar actuaciones diligentes para evitar esos acontecimientos⁵⁵⁴. Las «*Obliegenheiten*», por tanto, «restringirían la conducta de sus destinatarios más débilmente y además su infracción traería aparejada una consecuencia jurídica menos significativa»⁵⁵⁵.

9.4.3. En tercer lugar, entender que la norma primaria es la misma en el delito doloso y en el imprudente (por ejemplo, que la norma que dice «¡*No debes matar!*» regule tanto la conducta dolosa como la imprudente⁵⁵⁶) implica la no necesidad de incorporar elementos subjetivos en el contenido de la propia norma⁵⁵⁷, lo que, por lo demás, si bien podría entenderse en el delito doloso, parece ser innecesario en el delito imprudente. Que se sostenga que es la misma norma tiene consecuencias, como por ejemplo, la afirmación de que el delito doloso e imprudente tienen la misma estructura objetiva⁵⁵⁸ o una mejor comprensión del elemento cognitivo en la imprudencia (categoría que solo se funda, según la opinión mayoritaria, en la infracción del deber objetivo de cuidado⁵⁵⁹). Más allá de las

⁵⁵³ También relaciona a la imprudencia con las incumbencias, PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 373. Sobre las incumbencias, con múltiples referencias, MONTIEL, InDret 4/2014, 3, quien señala que una «*Obliegenheit* denota en la ciencia jurídica alemana una entidad deóntica consistente en un mandato o una prohibición de comportamiento menos intenso que un deber (*Pflicht*)».

⁵⁵⁴ Por ejemplo, las incumbencias de obtener la información o preparación necesaria (para realizar una determinada actividad de riesgo) para evitar poner en peligro la vida de terceros. Al respecto, HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.^a ed., 1988, 416, que distingue entre el deber de no matar y la «*Obliegenheit*» de obtener la información necesaria para intervenir sin riesgos en las interacciones sociales.

⁵⁵⁵ MONTIEL, InDret 4/2014, 3.

⁵⁵⁶ BINDING, *Handbuch*, t. I, 1885, 172, donde señala: «(...) la limitación de la punibilidad no puede entenderse como limitación de la prohibición. La prohibición, de esta manera es, más bien, siempre, general, que contiene la infracción dolosa como la imprudente, y prohíbe la comisión completa del delito así como su tentativa».

⁵⁵⁷ BINDING, *Normen*, t. I, 4.^a ed., 1922, 80, donde señala expresamente que los elementos del dolo o la imprudencia no forman parte de contenido de la norma. Desde otra perspectiva, la inclusión de elementos subjetivos en el contenido de la norma parece llevarse a cabo con el objetivo de distinguir la norma del delito doloso y del delito imprudente. Por todos, SCHILD, *FS-Jakobs*, 207, 601 ss.

⁵⁵⁸ VARELA, *Dolo*, 2016, 337 s. Ahora bien, que se acepte que el delito doloso y el imprudente tienen la misma estructura objetiva no quiere decir que suponen la infracción de un deber. Considero, en realidad, que tanto en el dolo como en la imprudencia ha de verificarse la creación de un riesgo prohibido, solo que en la imprudencia, la no observancia de las «*Obliegenheiten*» representa ya esa creación (pues, como se dijo, el delito imprudente se produce generalmente en ámbitos de riesgo regulados o en ámbitos de la vida muy concretos en los que, al intervenir bienes jurídicos de sustrato irreparable, es necesario el seguimiento de pautas específicas para la evitación de consecuencias indeseadas).

⁵⁵⁹ Al respecto, ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 1001, 1021 ss., quien señala «para constatar la realización imprudente de un tipo no se precisa de criterios que se extiendan más allá de la teoría de la imputación objetiva». La posición que señala que ya en el ámbito de la estructura objetiva es posible distinguir entre dolo e imprudencia, defiende también, por lo general, la idea de que la estructura subjetiva del tipo doloso e

consecuencias generales que implica la propia elaboración de la norma⁵⁶⁰, parecería ser preferible una formulación de la norma como la aquí expuesta.

10. En definitiva, el concepto de injusto puede entenderse como «dañosidad social», debe desligarse de la antinormatividad y ha de presentarse como una categoría valorativa⁵⁶¹. La dañosidad social no depende de la condición de imputabilidad o inimputabilidad del autor: los hechos de ambos pueden ser igualmente dañosos⁵⁶². Si el agente realiza el hecho con capacidad de culpabilidad no significa que ese hecho sea más dañoso que el que lo realice sin aquella capacidad⁵⁶³. No admitir esto sería, en realidad, una forma de confesar que las categorías del injusto y la culpabilidad son inescindibles⁵⁶⁴, planteamiento que, precisamente, se pone en cuestión en esta investigación. Solo una argumentación como la aquí propuesta permitiría escapar de la presunción de la accesibilidad normativa del agente, a la que recurre de manera generalizada la opinión dominante (que considera que el injusto equivale a antinormatividad y que en la culpabilidad se analiza si el agente pudo infringir o no el deber que imponía la norma).

11. La norma primaria no está condicionada ni limitada por una categoría en la estructura del delito, sino que se despliega transversalmente a lo largo de esa estructura. En el ámbito del injusto, la norma desempeña una función empírica de selección, lo que no quiere decir que en esta categoría se produzca algo así como una «infracción». En ese sentido, conforme al carácter imperativo-instrumental que la norma posee, esta dirige conductas mediante mandatos o prohibiciones (y, en ese sentido, selecciona conductas, las que

imprudente son distintos: tal estructura subjetiva solo sería verificable en el dolo, más no en la imprudencia (que se satisface con una estructura puramente objetiva).

⁵⁶⁰ En realidad, la crítica consistente en la ausencia de un método estricto de formulación de la norma (o, por lo menos, de un método que haga posible la contrastación), es una crítica que ya había sido dirigida a BINDING. Así, por todos, GRAF ZU DOHNA, *Rechtswidrigkeit*, 1905, 27. En todo caso, el propio BINDING, *Normen*, t. I, 4.^a ed., 1922, 46 ss., era plenamente consciente de los resultados.

⁵⁶¹ Al respecto, SÁNCHEZ-OSTIZ, *LH-Mir Puig*, 2017, 861, quien, comentando el planteamiento de MIR PUIG (en su última etapa), señala: «(...) se percibe en la definición que propone de Derecho penal, constituido por normas, valoraciones y principios jurídicos. A mi modo de ver, apelar a estas valoraciones es de gran utilidad para dar contenido a la antijuridicidad, una vez diferenciada de la antinormatividad».

⁵⁶² GRECO, GA 2009, 642.

⁵⁶³ Como se ha visto, la consideración de que actuar con conocimiento actual del injusto significa una intensificación de la dañosidad social fue propuesta por SCHÜNEMANN, para distinguirla del supuesto en el que el agente concurre un error de prohibición vencible.

⁵⁶⁴ Así, SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 3/2014, 3, comentando el planteamiento por el que la dañosidad social o la lesividad del hecho están condicionados (en su intensidad) por la presencia o no de culpabilidad, señala: «la concurrencia o no de culpabilidad afecta, por lo menos, a la medida del injusto: el injusto no culpable es *menos injusto* que el injusto culpable» (cursiva en el original).

constituyen el único ámbito de la realidad dirigible mediante normas). Aquí se verifica un asunto que la opinión dominante reconoce⁵⁶⁵: la norma primaria, precisamente por su carácter imperativo-instrumental, debe surtir efectos al momento en que el individuo emprende su conducta, esto es, al momento del hecho. Esto no solo garantiza que tal hecho sea enjuiciado desde una perspectiva *ex ante*, sino también que la norma se constituya, como se ha señalado antes, en una razón excluyente para actuar u omitir. En el ámbito de la culpabilidad, por la propia naturaleza de esta categoría, sí se produce la infracción del deber impuesto por la norma, esto es, del deber impuesto conforme a una relación normativa entre el destinatario de la norma y la norma que le impone un deber. Esta infracción asegura el mantenimiento de una base subjetivo-individual sobre la que procederá hacer el juicio de imputación correspondiente (pues si se pasara directamente al juicio de imputación, entonces este planteamiento no se diferenciaría de los propuestos que acuden directamente al juicio de imputación y que, conforme a este, realizan un enjuiciamiento social –y no individual– en la culpabilidad).

12. Si en la base del injusto se encuentra una teoría del bien jurídico, entonces se puede decir que aquella categoría dogmática se sostiene sobre un pensamiento consecuencialista⁵⁶⁶. El bien jurídico, sin embargo, es entendido en esta investigación desde una perspectiva relacional, en la que el estado de cosas valorado no supone solo la existencia de una relación entre el individuo y una realidad, sino también la relación entre el individuo y otros afines⁵⁶⁷. Si el bien jurídico ha de entenderse desde una perspectiva dinámica y no estática, entonces aquel concepto debe complementarse con el de derecho subjetivo, que es el que permite que el individuo, como sujeto de derecho, pueda ejercer su

⁵⁶⁵ La concepción mayoritaria no desconoce que el despliegue de los efectos de la norma se realiza en el mismo sentido tanto en el injusto como en la culpabilidad. Por todos, LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 26/39, quien, al desarrollar los alcances de su concepto de culpabilidad, resalta el elemento de la accesibilidad normativa, entendiéndolo por ella que «que la correspondiente norma jurídico-penal pueda acceder a la inteligencia y comprensión del sujeto para motivarle e influir en su comportamiento antes de que tome la decisión, o, viéndolo desde el agente, que éste pueda acceder a la norma penal». Este planteamiento refleja el hecho de que la idea de que la norma de determinación adquiere un papel importante en el ámbito de la culpabilidad es admitida inclusive por autores que entienden al injusto como antinormatividad.

⁵⁶⁶ El solo menoscabo de un bien jurídico no supone afirmar la existencia de un hecho merecedor de pena. Sostener esta idea no solo supondría la admisión de una postura consecuencialista extrema, sino que no permitiría diferenciar al Derecho penal de, por ejemplo, el Derecho de daños en el que la existencia de un resultado dañoso (que encarna la afectación de un bien jurídico) también es objeto de atención. En el Derecho penal, como puede verse, entra en juego la norma primaria, como un mandato o prohibición dirigido al ciudadano en una situación concreta, para así establecer si su conducta es objetivamente peligrosa *ex ante* para el bien jurídico. La norma primaria (mejor dicho, su infracción), en buena cuenta, es un criterio para la determinación del merecimiento de pena.

⁵⁶⁷ Al respecto, véase *supra* Cap. II, 4.

libertad externa, esto es, su autonomía (como núcleo de esencial de las expectativas recíprocas individuales), la que solo puede entenderse en el marco de la relación del individuo con los demás⁵⁶⁸. De esta manera, la norma primaria, en el ámbito del injusto, se relaciona funcionalmente con este de la siguiente manera: destacando su función distributiva (generalmente eclipsada por la función prescriptiva)⁵⁶⁹. Como señala RENZIKOWSKI, el lado del derecho ha permanecido oculto en comparación al lado del deber⁵⁷⁰. Es precisamente el lado del derecho el que debe destacarse en el ámbito del injusto: ya se dijo antes que la norma es, en primera instancia, fuente de derechos, los que frecuentemente son invocados para defender expectativas (si un individuo ejerce su libertad de acción dentro de los límites jurídicamente reconocidos, esperará que los demás hagan lo mismo). En ese sentido, en el injusto adquiere plena relevancia la idea antes mencionada de la «compatibilización» de esferas de libertad, por lo que una extralimitación de una en detrimento de otra expresa ya un escenario jurídico-penalmente relevante. El injusto, por tanto, no sería la infracción de una norma (pues ya se ha alegado en favor de la separación entre injusto y antinormatividad), sino la afectación de la tarea del Derecho consistente en la coexistencia externa entre las libertades de todos los miembros de la sociedad civil.

6. Recapitulación.

1. En lo que concierne al Derecho penal, ya se ha dicho que el Estado se relaciona con el ciudadano mediante la norma y la pena. Aquí interesa concentrar la atención en esa primera herramienta a disposición del poder estatal. Se ha señalado antes que la norma primaria, dirigida al ciudadano en la situación concreta, tiene una función de motivación o,

⁵⁶⁸ Debe señalarse en todo caso que la afectación del bien jurídico (lesión o puesta en peligro) no conduce a pensar que se esté frente a un hecho merecedor de pena. En el capítulo anterior se señaló que solo cuando se ha verificado la existencia de un hecho lesivo jurídico-penalmente relevante como manifestación de la infracción de la norma primaria que es imputada personalmente al individuo (esto es, un injusto culpable, aunque no en los términos de MERKEL o BINDING), será posible afirmar que se está ante un hecho merecedor de pena, esto es, el «producto» que es «puesto al frente» del individuo para justificarle a él la imposición de una pena como respuesta a ese «producto».

⁵⁶⁹ Al respecto, RENZIKOWSKI, ARSP 104 (2005), 126, sostiene que la norma de conducta, conforme a su función distributiva, «delimita entre las esferas de libertad de los destinatarios de la norma». Es importante mencionar que RENZIKOWSKI, ARSP 104 (2005), 126, a partir de entre una distinción entre una función de protección y una función de garantía de la norma, considera que el Derecho le garantiza al individuo un ámbito de ejercicio de libertad sin perturbaciones mediante la asignación de un derecho subjetivo. A las normas de conducta le corresponde, como contrapartida, la protección frente a conductas antijurídicas. Al respecto, también HAAS, *Kausalität*, 2002, 83 ss.

⁵⁷⁰ RENZIKOWSKI, GA 2007, 561.

con mayor exactitud, una «pretensión de motivar» (función empírica). Al mismo tiempo, se ha dicho que la norma primaria posee un fin preventivo, esto es, de mantenimiento de la existencia de bienes jurídicos, tanto frente a la arbitrariedad de otros individuos como frente a la del propio Estado (fin normativo, cuya concreción posee efectos legitimadores). Esta comprensión de la norma primaria, que implica observarla desde una perspectiva empírica y desde una perspectiva normativa, constituye, a mi modo de ver, un asunto fundamental para desentrañar su trascendencia en la configuración conceptual del hecho punible.

2. El mantenimiento de las categorías del injusto y la culpabilidad en el concepto de delito⁵⁷¹, supone necesariamente renunciar a la equiparación conceptual entre injusto y antinormatividad. En realidad, conforme a lo propuesto, la norma primaria es un elemento transversal a la estructura del delito: aquella despliega sus alcances tanto en el ámbito del injusto, como en el de la culpabilidad (en el que se verifica la infracción del deber que la norma primaria impone⁵⁷²). La norma primaria, por tanto, se relaciona con cada una de las categorías (injusto y culpabilidad) de manera funcional. Por esto, a diferencia de lo señalado por planteamientos tan disímiles como los de Armin KAUFMANN o KINDHÄUSER, la norma primaria no se limita al ámbito de la tipicidad: la antinormatividad no se agota en el tipo ni la antinormatividad constituye el «reverso» del tipo penal. Este punto de partida no solo es conforme con las disposiciones del Derecho positivo, sino que también toma en cuenta los irrenunciables postulados iusfilosóficos construidos en el marco de la discusión

⁵⁷¹ Utiliza el término «condiciones categoriales mínimas» para referirse al injusto y a la culpabilidad, FRISCH, en: WOLTER/FREUND (Eds.), *Sistema*, 2004, 223. Por su parte, SCHÜNEMANN, en: SILVA SÁNCHEZ (ed. española)/SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.), *Fundamentos*, 1995, 217 s., ya ha explicado, por ejemplo, que fuera de cualquier punto de partida referido a los propios fines de la pena, la posibilidad de distinguir dos ámbitos de valoración jurídico-penal, se mantiene.

⁵⁷² Pienso que la idea de trasladar la antinormatividad (o contrariedad al deber impuesto por la norma) a la culpabilidad es muy cercana a la idea expuesta por SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.^a ed., 2010, 681, cuando señala que el concepto de injusto penalmente relevante, como presupuesto específico de la imposición de una pena, «ha de tener un carácter más personal del que le atribuye la doctrina del injusto personal. En particular, debe incorporar la exigencia de una libertad (externa e interna) mínima del sujeto, sin la cual carece de sentido afirmar que éste ha infringido un imperativo de conducta». En esa línea, SILVA SÁNCHEZ tiene razón en vincular la necesidad de una mayor *personalidad* con la concurrencia de una exigencia de libertad (externa e interna), aunque SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.^a ed., 2010, 283, no deja de reconocer al injusto como antinormatividad. Lo correcto, a mi modo de ver, consistiría en dar un paso más allá y trasladar esas exigencias de mayor personalidad a su ámbito «natural», esto es, al estadio en el que se analizan normativamente las características subjetivo-individuales del autor para fundamentar su reprochabilidad y exigibilidad: la culpabilidad.

sobre una teoría material del delito, que una sistemática penal orientada científicamente no podría ignorar⁵⁷³.

3. Debe tomarse en cuenta un principio fundamental: «no hay pena sin culpabilidad». Esto quiere decir que la principal manifestación del Derecho penal –la pena– no podrá imponerse a nadie si es que no se cumple con un inderogable presupuesto: la verificación de determinadas condiciones subjetivo-individuales en esa persona⁵⁷⁴. Por esto, si la infracción de la norma primaria es la condición de aplicación de la norma secundaria, entonces aquella debe expresar lo que condiciona necesariamente la imposición de la pena (que es a lo que apunta la norma secundaria vista desde la perspectiva del juez): la culpabilidad. Conforme a lo dicho, solo puede infringir un deber impuesto por una norma primaria quien, como destinatario de esa norma, actúa culpablemente, esto es, quien conoce la norma (el mandato o la prohibición) y actúa con tal comprensión en el sentido contrario a lo que ella dispone. Esta afirmación es coherente con una que ya ha sido mencionada y desarrollada a lo largo de esta investigación: la norma primaria solo está dirigida a quien pueda cumplirla (quien sea capaz de imputación y, por tanto, que pueda ser subjetivamente –personalmente– responsable del hecho punible). En otras palabras, para imponer un deber, la norma debe atender a las condiciones del destinatario, esto es, si está en condiciones de cumplirla: *ultra posse nemo obligatur*⁵⁷⁵.

4. Ahora bien, quien no pueda infringir el deber impuesto por la norma (esto es, quien no posea las condiciones necesarias para ser destinatario de esa norma), por lo dicho, si bien no podrá ser en absoluto considerado «culpable» (y, por lo tanto, jamás se le podrá imponer una pena o, dicho de otra manera, no habrá pena alguna cuya imposición necesite ser justificada frente a él), no ha dejado de realizar «algo» que para el Derecho penal resulta trascendente, pues ese «algo» comunicado al exterior, ha de ser aprehendido valorativamente y, conforme a esto, enjuiciado desde consideraciones propiamente jurídico-penales. El Estado, que ostenta el monopolio de la violencia (tratándose por eso de violencia institucionalizada), debe entender no solo que tiene a su disposición a la norma

⁵⁷³ FRISCH, en: WOLTER/FREUND (Eds.), *Sistema*, 2004, 223.

⁵⁷⁴ Al respecto, ROBLES PLANAS, en: ROBLES PLANAS/SÁNCHEZ-OSTIZ (Coords.), *Derecho penal*, 2010, 49, donde señala: «(...) el impresionante desarrollo del sistema del delito sobre la base de la idea de la infracción de la norma ha llegado hasta la actualidad en forma de sistema de presupuestos para la imputación de responsabilidad, presupuestos que ya no se aglutinan en torno a la “acción”, sino en torno al concepto de “culpabilidad”, que –cabe añadir– es vista cada vez más como categoría esencial y única al sistema».

⁵⁷⁵ PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 278.

primaria para relacionarse con el ciudadano, sino que también debe ser consciente de la falibilidad de aquella y, por ende, debe ser consciente de su eventual fracaso, por ejemplo, ante individuos que no se puedan o no se dejen motivar por la norma primaria.

5. La función distributiva de la norma primaria, que se proyecta en el injusto, se realiza tanto frente a culpables como a inculpables: aunque no haya destinatario idóneo de la norma, esta no deja de desplegar aquella función, pues esta se concentra esencialmente en las consecuencias lesivas externas de las conductas previamente seleccionadas. Como antes se dijo, el principio de igualdad real debería concentrarse en lo que en ambas situaciones es igual: tanto la conducta de un inimputable como la conducta de un imputable pueden ser jurídico-penalmente relevantes, esto es, el carácter sustancialmente injusto de ambas se afirma sin necesidad del análisis de ningún elemento subjetivo-individual (propio de la culpabilidad). Las consecuencias lesivas externas jurídico-penalmente relevantes han de ser tenidas en cuenta principalmente porque, como se ha señalado a lo largo de este capítulo, pueden afectar bienes jurídicos de terceros. Al existir esta posibilidad, el Derecho debe otorgar el medio necesario para que los terceros puedan proteger sus bienes jurídicos: ese medio es el derecho subjetivo. Esto no supone derivar lo debido de lo necesario, como hace la doctrina mayoritaria al formular una norma «abstracta» y «general» o «dirigida a todos». Si un incapaz de culpabilidad realiza un hecho de relevancia jurídico-penal quedan en evidencia dos cosas: primero –y la más clara– a ese agente en ningún caso se le podrá imponer una pena: si la imposición de la pena se fundamenta en la culpabilidad (legitimación de la pena frente al individuo) y esta no concurre, entonces, la reacción más severa a disposición del Estado no podrá ser impuesta en ningún caso (no hay un «mal» que haya que legitimar frente a él); y, segundo, que no haya libertad de voluntad (sobre la que se sostiene materialmente la culpabilidad) no quiere decir que no haya libertad de acción (en el sentido más básico del término) que es lo que permite la realización de hechos de relevancia jurídico-penal⁵⁷⁶. Que la norma primaria se dirija solo a quien sea capaz de motivarse por ella no quiere decir que el hecho realizado por un inimputable o por quien actúa en error de prohibición invencible no tenga trascendencia jurídico-penal. La necesaria separación conceptual entre injusto y antinormatividad permite el mantenimiento de una genuina comprensión imperativa de la norma (reubicada en la categoría de la culpabilidad), lo que no implica, conforme a lo expuesto, que se admita que solo el injusto

⁵⁷⁶ ALONSO ÁLAMO, en: MARAVER/POZUELO (Coords.), *Culpabilidad*, 2019, 16.

culpable es jurídico-penalmente relevante⁵⁷⁷ o que solo la acción culpable es la jurídico-penalmente relevante⁵⁷⁸.

⁵⁷⁷ MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, 44; BINDING, *Normen*, t. I, 1.ª ed., 1872, 135-136.

⁵⁷⁸ JAKOBS, AT, 2.ª ed., 1991, 6/1 (=DP. PG., 1997, 6/1); *System*, 2012, 24; FREUND, AT, 2.ª ed., 2009, 4/12 ss.; ROSTALSKI, GA 2016, 73 ss.; en: SCHNEIDER, A./WAGNER, *Normentheorie*, 2018, 105 ss.

CAPÍTULO V

LA JUSTIFICACIÓN PENAL DESDE UNA TEORÍA DE LA NORMA. ALCANCES SOBRE LA SITUACIÓN DE DEFENSA Y LA SITUACIÓN DE NECESIDAD.

1. Consideraciones preliminares.

1. Los argumentos desarrollados en los capítulos anteriores han estado orientados a fundamentar una comprensión de la estructura del concepto de delito desde la perspectiva de una noción normológica considerada correcta: la norma primaria como norma de carácter imperativo o norma de determinación. Según lo señalado hasta este momento, parece ser difícil sostener con certeza que la doctrina jurídico-penal haya podido forjar de manera convincente un concepto de delito adecuado a una norma de ese carácter. A pesar de esto, el argumento normológico es uno frecuentemente utilizado en las más diversas subcategorías integradas en la teoría del delito. Puede advertirse, entonces, no solo una falta de uniformidad en el empleo del concepto de norma, sino también una utilización selectiva del argumento normológico, que, a mi modo de ver, no permite visualizar con claridad las consecuencias de la aplicación de la norma de carácter imperativo en el marco de la teoría del delito¹.

2. Dado que este asunto es uno de gran complejidad, en el que los esfuerzos de las personalidades más importantes de la ciencia jurídico-penal han concentrado sus esfuerzos, brindar en estas líneas una solución a una problemática constante durante dos centurias sería una ilusión. En lo que sigue, solamente pretendo plantear algunas consecuencias, en el ámbito concreto de las situaciones de defensa y necesidad, que se desprenden de los puntos de partida, expuestos ampliamente en los capítulos precedentes.

¹ Fundamental al respecto, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 41 ss., 489 ss. A lo largo de la investigación he intentado destacar que la adopción de una concepción imperativa de la norma exige irremediablemente aceptar determinadas consecuencias relacionadas a la propia dinámica de esta (la norma es un mensaje prescriptivo dirigido a un destinatario que reúne las condiciones necesarias para poder ser motivado por la norma). Estas consecuencias, según se ha visto, parecen casar mal con algunas de las ideas más firmemente aceptadas en la ciencia jurídico-penal (una norma como mandato o prohibición «abstracto» y «general», o la equiparación conceptual entre injusto y antinormatividad). La afirmación (defendida ya por autores cercanos al imperativismo como MERKEL y BINDING) de que la norma solo puede dirigirse a quienes sean capaces de motivarse por ella, por lo expuesto hasta este momento y a pesar de los ríos de tinta transcurridos, parece gozar de buena salud y parece tener la capacidad de conmovir los cimientos, supuestamente sólidos, de la propia estructura del delito, edificado aparentemente sobre bases normológicas.

2. Consideraciones generales sobre la justificación.

1. Quien actúa amparado bajo una de las denominadas «causas de justificación» reconocidas en el ordenamiento jurídico, conforme a los lineamientos teóricos descritos hasta el momento, no infringe un deber impuesto por una norma primaria². Por lo tanto, es posible afirmar, desde la perspectiva de la teoría de la norma aquí admitida, que el presupuesto esencial para la aplicación de la norma secundaria (dirigida al juez) no concurre cuando un individuo, destinatario de la norma primaria, pese a actuar realizando el tipo, lo hace de manera justificada. Que se afirme que ese individuo no ha obrado antijurídicamente, por tanto, supone, no solo que aquel no ha infringido una norma primaria (de la que ese individuo debía ser destinatario), esto es, que no ha actuado incorrectamente (desde una perspectiva deontológica), sino también que tanto el Derecho penal en particular como el Derecho en general, admiten la conveniencia de esa actuación (desde una perspectiva consecuencialista). Esto se confirma no solo por el hecho de que una conducta, aunque típica, no es antijurídica, y, por lo tanto, es dejada sin castigo por el ordenamiento jurídico (siendo la conformidad a este el motivo de la impunidad). Y, como es claro, todo comportamiento impune (esto es, irrelevante para el Derecho penal) no precisa, antes de ser realizado, ser mandado o prohibido por la norma primaria: aquel comportamiento es uno de los que se encuentra dentro del ámbito de libertad de acción del individuo (es manifestación de libertad y no de arbitrariedad). Con estas consideraciones puede sostenerse la idea de que la realización de un hecho típicamente antijurídico (un injusto) se encuentra desligado de la antinormatividad: si bien, como se ha visto, la norma primaria, portadora del mandato o la prohibición, despliega efectos en el ámbito del injusto (en virtud de la función de distribución de aquella norma), la fundamentación de este (de un hecho típicamente antijurídico) no implica la infracción de aquella norma (esto es, la infracción del deber impuesto por la norma primaria), y mientras esto sea así, la norma secundaria no podrá intervenir y, principalmente, estará impedida de concretar la conminación penal en imposición de una pena.

² Esto es así no porque la concurrencia de una causa de justificación impide la concreción de la norma en deber, como señalaba el finalismo, sino porque, conforme a los lineamientos expuestos en líneas anteriores, la fundamentación o exclusión del injusto no tiene nada que ver con la infracción de un deber (impuesto por la norma primaria), asunto que se incardina en la culpabilidad.

2. El ámbito de la denominada «justificación penal» también puede ser objeto de análisis en esta investigación. Precisamente, los puntos de partida que se han intentado desarrollar a lo largo de este trabajo conducen, por lo menos de manera intuitiva, a pensar que algo más se puede decir sobre la exclusión del injusto si se admite como correcto el carácter imperativo de la norma primaria y la infracción del deber que esta impone como algo completamente ajeno a la categoría del injusto. Desvincular conceptualmente el injusto de la antinormatividad y dotarle de un nuevo contenido, sostenido en el ámbito del derecho subjetivo (que refleja la «compatibilización» de esferas de libertad), puede encontrar en el ámbito de la justificación penal un espacio importante para reconocer las consecuencias de las reflexiones realizadas previamente. La idea que pretende ser desarrollada en esta última parte de la investigación tiene que ver, entonces, con la propia comprensión de la relación entre la norma imperativa (de mandato o prohibición) y el denominado «precepto permisivo»³: si una norma de carácter imperativo pretende imponer un deber de actuar u omitir en la situación concreta en la que se encuentra el individuo, y si es que esa situación puede ser identificada como una de defensa o necesidad (una situación de «justificación», que no es más que un conflicto práctico⁴), entonces ha de reconocerse la concurrencia de una norma permisiva (que impide la imposición de un deber de omitir) o una norma liberadora (que impide la imposición de un deber de actuar)⁵. Por lo dicho, se puede adelantar aquí una importante idea: si la norma prohibitiva impone un deber de omitir, cuya infracción solo puede ser afirmada en sede de culpabilidad (por la distinción, aquí defendida, entre injusto y antinormatividad), entonces el injusto ha de ser el lugar en donde concurren las valoraciones necesarias en las que se toman en cuenta los ámbitos del agente como de los terceros⁶. Por tanto, si concurre una norma permisiva es porque esta asigna, en

³ La denominación «precepto permisivo» parece haberse impuesto en la ciencia jurídico-penal por influencia del finalismo. Al respecto, por todos, ORTIZ DE URBINA GIMENO, InDret 3/2008, 17, n. 43.

⁴ RAZ, SCL Rev. (62), 1989, 1153 ss., 1156, donde señala: «De hecho, las excepciones a las reglas existen de manera precisa cuando efectivamente hay conflicto entre razones».

⁵ En lo que sigue, únicamente por efectos expositivos, se hará referencia solo a la relación entre prohibición-permisión, no sin dejar constancia aquí que el escenario equivalente para el mandato sería la relación mandato-liberación. En efecto, los operadores deónticos «prohibido» («*verboten*») y «permitido» («*erlaubt*») tienen una relación de oposición como aquella descrita por los operadores deónticos «mandado» («*geboten*») y «liberado» («*freigestellt*»). Al respecto, JOERDEN, *Logik im Recht*, 2.^a ed., 2010, 203 ss.

⁶ Que concorra una norma permisiva y que su aplicación excluya la de la norma prohibitiva (conforme a una metaregla que dispone la preferencia de la aplicación de la norma permisiva, solucionando así la antinomia), hace que desaparezca la necesidad de hablar de cualquier forma de contrariedad a deber, que, según lo desarrollado hasta ahora, es un asunto concerniente a la culpabilidad: el injusto no es entendido como un ámbito en el que se produce una contrariedad a una norma que a la vez es justificada por el ordenamiento jurídico (como sostenía el finalismo), sino que se refiere al ámbito en el que la afectación del bien jurídico, que expresa la lesividad del hecho, pretende ser asignado a algún interviniente del conflicto mediante los

el caso concreto, un derecho subjetivo (como correspondencia a un deber de omitir) que permite restaurar la «compatibilización» de esferas de libertad en caso se haya producido la extralimitación de una en detrimento de otra (extralimitación que, al quedar reflejada mediante la realización de actos típicos, expresa un escenario jurídico-penalmente relevante).

3. Frente a la opinión dominante, que entiende que la estructura del delito está integrada por los elementos del tipo, antijuridicidad y culpabilidad (concepto tripartito), aquí se sigue una orientación distinta, con la que es posible entender que la estructura del delito se sostiene por las categorías del injusto y la culpabilidad, materialmente diferenciadas (concepto bipartito)⁷. Conforme a esto, se admite la denominada «teoría de los elementos negativos del tipo»⁸ o –como, entre otros, PUPPE prefiere denominarla⁹– la teoría del tipo global de injusto¹⁰. Esta construcción, a mi juicio, parece ser la más acertada no solo para comprender la relación entre tipo y antijuridicidad¹¹, sino también, conforme a los parámetros seguidos en esta investigación, por el enjuiciamiento de carácter normológico que sobre esa construcción se puede llevar a cabo¹². Con todo, es posible señalar que, si bien la teoría de los elementos negativos del tipo constituye la formulación más conocida

principios de autonomía y solidaridad, los que, para su interacción, han de tomar en cuenta los derechos subjetivos de los intervinientes.

⁷ Esta orientación se encuentra ya, entre otros, en: ENGISCH, *Untersuchungen*, 1930, 12; ZStW 70 (1958), 596; KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewußtsein*, 1949, 66 s., 170 s., 178 ss.; JZ 1954, 653 ss.; MEZGER, *Tratado*, t. I, 1957, 163; ROXIN, *Offene Tatbestände*, 1970, 2.ª ed., 121 ss. (=Teoría del tipo penal, 1979, 139 ss.); WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, 147; SCHÜNEMANN, GA 1985, 349.

⁸ Un desarrollo histórico-dogmático de esta teoría puede encontrarse en HIRSCH, *Negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, 21 ss.

⁹ PUPPE, *FS-Otto*, 2007, 393.

¹⁰ Término acuñado originalmente por LANG-HINRICHSSEN, JR 1952, 307. Sin embargo, ROXIN, *Offene Tatbestände*, 1970, 2.ª ed., 43 (=Teoría del tipo penal, 1979, 68), señala con razón que la idea de reunir todos los elementos del injusto en el tipo ya había sido esbozada mucho antes tanto por ENGISCH como por RADBRUCH. En efecto, ENGISCH, *Untersuchungen*, 1930, 12, sostuvo: «la conducta típica es *eo ipso* (...) injusto». Por su parte, RADBRUCH, *FS-Frank*, t. I, 1930, 164 ss., señaló: «Si existe adecuación típica, habrá inevitablemente antijuridicidad».

¹¹ Pues, como señala TRAPERO BARREALES, *Error*, 2004, 224, el tipo global de injusto entiende al tipo no como «valorativamente neutro o meramente indiciario del injusto, sino que es un tipo global de injusto (que) contiene todos los elementos que fundamentan la desvaloración y prohibición de una conducta». Así, el tipo «contiene los elementos legales que describen una forma de ataque determinada a un bien jurídico, así como la ausencia de causas de justificación (y de atipicidad), que es lo que confirma la antijuridicidad de la conducta al no haber razones materiales que fundamenten su no prohibición».

¹² En efecto, aunque la teoría de los elementos negativos del tipo haya sido discutida tradicionalmente en el ámbito del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación (por todos, HIRSCH, *Negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, 220 ss.), aquella trasciende a otros temas como el referido a la relación entre las categorías del tipo y la antijuridicidad (discusión en el plano metodológico), a la relación entre la norma de determinación (el mandato o la prohibición) y la denominada «norma permisiva» (discusión en el plano normológico) y a la mejor solución del conflicto entre normas (discusión en el plano de la teoría general del Derecho). Al respecto, WILENMANN, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 182.

en el ámbito de una comprensión bipartita del delito, no fue desarrollada en sus inicios como una teoría sostenida sólidamente sobre bases normológicas¹³, sino que, hasta donde alcanzo a entender, se proyectaba sobre dos cuestiones muy concretas: el tratamiento del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación como un error de tipo¹⁴ y la admisión de una identidad material entre un hecho atípico y uno típico pero justificado¹⁵. Posiblemente, la ausencia de una base normológica suficiente es lo que permita entender no solo que en el marco de la importante reforma del StGB en los años sesenta del siglo pasado, la teoría estricta de la culpabilidad la haya superado¹⁶, sino

¹³ Uno de los supuestos creadores de la teoría, BINDING, planteo en su momento una tesis muy cercana a la de la teoría de los elementos negativos del tipo (que las causas de justificación han de considerarse como elementos negativos de un tipo global de injusto). Al respecto, BINDING, *Normen*, t. I, 1.ª ed., 1872, 52. Sin embargo, en ese momento histórico-dogmático, el concepto de tipo (el «*Tatbestand*», que englobaba todos los elementos positivos y negativos, en el marco de una comprensión del hecho punible comprometida con un pensamiento conceptualizante del delito) era distinto al que se acuñó (e impuso) después de la obra fundamental de BELING, *Verbrechen*, 1906, 110 ss. Por otro lado, la aparente inexistencia de una base normológica fuerte sobre la que se construyó la mencionada teoría puede explicar el hecho de que la teoría de los elementos negativos del tipo haya sido defendida por autores seguidores de las más distintas comprensiones normológicas. Así, se ha dicho que autores tan dispares como BINDING (defensor de una teoría pura del dolo y de una comprensión imperativa de la norma), MEZGER (defensor de una teoría del dolo, pero partidario de una comprensión clasificatoria del delito, sostenido sobre la base de la distinción entre la norma de valoración y la norma de determinación) o SCHAFFSTEIN (defensor de una teoría finalista de la acción) fueron defensores de la teoría de los elementos negativos del tipo. Con mayor detalle sobre estos y otros autores, por todos, TRAPERO BARREALES, *Error*, 2004, 224 ss. En todo caso, es destacable el hecho de que las primeras exploraciones normológicas en el marco de la teoría de los elementos negativos del tipo fueron realizadas por quienes se dedicaron a criticarla, a saber, los representantes de la primera escuela de Bonn. Así, desde esta perspectiva –comprometida con el recurso a una argumentación emanada de una teoría de la norma–, la introducción de consideraciones normológicas en la teoría de los elementos negativos del tipo llevó a considerar que en la parte positiva se encuentra la prohibición y en la parte negativa el permiso. Dado que en el plano de las categorías del delito la causa de justificación se integra al tipo como elemento condicional de no aplicación, entonces, se procede a trasladar el mismo razonamiento al ámbito normológico: la permisón limita la aplicación de la prohibición (y no como en la teoría del tipo guía, en la que la norma y la proposición permisiva «coexisten»). Al respecto, por todos, HIRSCH, *Negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, 16 ss.

¹⁴ Así, por todos, ENGISCH, *Untersuchungen*, 1930, 8 ss., 253 ss.; *Kausalität*, 1931, 59; *FS-Mezger*, 1954, 133; *ZStW* 66 (1954), 378 ss.; *JZ* 1954, 457; VON WEBER, *FS-Mezger*, 1953, 183 ss.; SCHAFFSTEIN, *MDR* 1951, 196 ss.; *NJW* 1951, 691 ss.; LANGE, *JZ* 1953, 9 ss.; NOWAKOWSKI, *ZStW* 65 (1953), 392 ss.; MAYER, H., *AT*, 1967, 249 ss., 264 ss.; *MDR* 1952, 392; MEZGER, *NJW* 1951, 501; KAUFMANN, Arthur, *JZ* 1956, 653, 655.

¹⁵ Así, por todos, KAUFMANN, Arthur, *JZ* 1956, 656.

¹⁶ Fundamental al respecto, HIRSCH, *Negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, 220 ss. Una revisión de las críticas a la teoría de los elementos negativos del tipo puede encontrarse en TRAPERO BARREALES, *Error*, 2004, 237 ss. En la clásica teoría de los elementos negativos del tipo, las causas de justificación se incorporan al tipo como elementos condicionales de no aplicación. Desde la perspectiva de esa teoría, el tipo y la antijuridicidad se encuentran en plano de igualdad valorativa, esto es, en el mismo plano lógico. Por eso, no hay diferencia entre hecho atípico y hecho típico pero justificado, pues ambos constituyen supuestos de «atipicidad global». Ubicada en este plano, la teoría de los elementos negativos del tipo permitía fundamentar lo que esperaba: que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación era una cuestión de error de tipo y que lo atípico tenía la misma relevancia que lo típico pero justificado. Sin embargo, al introducir WELZEL consideraciones valorativas, la teoría de los elementos negativos del tipo perdió la batalla ante la teoría estricta de la culpabilidad. Que las consideraciones valorativas son importantes queda probado en el hecho de que muchos autores defiendan una concepción bipartita del delito sin seguir necesariamente a la teoría de los elementos negativos del tipo.

también que, en la actualidad, la adopción de una estructura bipartita del delito no suponga necesariamente admitir la teoría de los elementos negativos del tipo¹⁷.

2.1. Relación entre tipo y antijuridicidad.

2.1.1. Antinomia o determinación del contenido de la norma.

1. Conforme a la comprensión tradicional de la teoría de los elementos negativos del tipo, las denominadas «causas de justificación» limitan la aplicación de la norma de prohibición o mandato. Así, la norma que dice «¡No debes matar!», en un supuesto de justificación, quedaría limitada, pues su correcta formulación sería, por ejemplo, «¡No debes matar a menos que sea a modo de defensa racionalmente necesaria frente a una agresión antijurídica!». Se advierte entonces que el camino que se asume es distinto al planteado por el finalismo: no se trataría aquí de un conflicto de normas (entre una norma de mandato y un «precepto permisivo»¹⁸ –conflicto que además debería ser resuelto por una norma superior, esto es, una «metaregla»¹⁹–), sino que la permisón constituiría ya una limitación interna de la extensión de la norma de prohibición, de la que se obtendría una *única* norma total²⁰. Esto quiere decir que, si una conducta se subsume tanto en una norma prohibitiva

¹⁷ La adopción de una teoría bipartita del delito parece no estar condicionada a la admisión de la teoría de los elementos negativos del tipo. Al respecto, por todos, RINCK, *Deliktsaufbau*, 2000, 310; SCHMID, *Tatbestand*, 2002, 84; SCHÜNEMANN/GRECO, GA 2006, 782, n. 25; ORTIZ DE URBINA GIMENO, InDret 3/2008, 10.

¹⁸ Al respecto, por todos, HIRSCH, *Negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, 274; NOLL, ZStW 77, 8; RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, 132; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª ed., 1996, 322 ss. (=DP. PG., 2002, 346 s.).

¹⁹ Una antinomia, esto es, una colisión de normas existe cuando una misma acción satisface el contenido semántico de dos normas. En el caso que aquí interesa, cabe resaltar una colisión entre una norma prohibitiva y una norma permisiva, en donde esta última produce un efecto excluyente de la norma prohibitiva (ese efecto excluyente depende de la existencia de una superposición de los correspondientes contenidos semánticos). Al respecto, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 107 ss., 109 ss.; GA 2010, 493 ss.; VOGEL, *Norm*, 1993, 37 ss. Sobre este asunto, MINAS-VON SAVIGNY, *Negative Tatbestandsmerkmale*, 1972, 70 ss.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, InDret 3/2008, 19, 26 ss., 32 ss.; MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 214 ss. Este planteamiento se corresponde con un denominado «modelo de la colisión», según el cual existe un conflicto entre una norma prohibitiva y una norma permisiva, esto es, entre dos normas que imponen estatus deónticos incompatibles sobre una misma acción. Precisamente, una metaregla que establece las condiciones de preferencia es la llamada a solucionar ese conflicto (a favor de la norma permisiva, que excluye la norma prohibitiva). Al respecto, VOGEL, *Norm*, 1993, 38 ss.

²⁰ KAUFMANN, Arthur, *Unrechtsbewußtsein*, 1949, 66, 170 ss., 178 ss.; JZ 1954, 653 ss.; ZStW 76 (1964), 564 ss.; ENGISCH, ZStW 70 (1958), 583 ss.; ROXIN, *Offene Tatbestände*, 1970, 2.ª ed., 121 ss. (=Teoría del tipo penal, 1979, 139 ss.); RÖDIG, *FS-Lange*, 1976, 48 ss.; SCHÜNEMANN, GA 1986, 347 ss.

como en una norma permisiva, esta representaría una limitación del ámbito de aplicabilidad de aquella²¹.

1.1. La versión tradicional de la teoría de los elementos negativos del tipo, al sostener que los elementos positivos fundamentan el injusto y los negativos lo excluyen, propone esencialmente que una causa de justificación limita el tipo, de tal manera que, por la existencia de una situación de justificación, el injusto, desde el inicio, queda excluido²². Si este planteamiento es visto desde una perspectiva normológica, entonces habría que afirmar que de la contraposición entre tipo y antijuridicidad (dicho con mayor precisión: entre parte positiva y parte negativa del tipo) no se extrae un conflicto de normas: desde un inicio la prohibición no dirige la conducta²³. Surgen inquietudes, sin embargo, al establecer si este camino es correcto, sobre todo si se toma en consideración que una teoría de los elementos negativos del tipo vista desde la teoría general del Derecho podría resultar más sólida desde el punto de vista normológico. Esto pues, en la teoría del Derecho, la teoría de los elementos negativos del tipo, más que una formulación concentrada en la relación entre tipo y antijuridicidad (esto es, un asunto estrictamente jurídico-penal) constituye una teoría

²¹ Así, ya HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 291 ss. Conforme a su teoría de las normas, esta fue la posición original de BINDING, lo que hizo que haya sido considerado por algunos autores como el creador de la teoría de los elementos negativos del tipo. Al respecto, KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 238 (=Teoría de las normas, 1977, 319).

²² KAUFMANN, Arthur, JZ 1954, 657. Este autor considera que sería terminológicamente preferible recurrir al término «elementos limitadores del tipo» («*einschränkende Tatbestandsmerkmale*») en lugar del extendido «elementos negativos del tipo». Una denominación como esta, según Arthur KAUFMANN, describe mejor «la esencia de estos elementos», los que «reducen a su medida correcta la extensión del tipo (...)». En la actualidad, MIR PUIG, DP. PG., 10.^a ed., 2016, 16/9, si bien señala expresamente no seguir la teoría de los elementos negativos del tipo, entiende que, en cuanto a la relación entre tipicidad y antijuridicidad, «la disposición que establece la causa de justificación *recorta* el ámbito de lo prohibido» (cursiva en el original). También, MAÑALICH, REJ 3, 2003, 149, quien señala que: «la norma permisiva define el alcance del imperativo, recorta el ámbito no solo de extensión, sino también de aplicabilidad».

²³ Así, por todos, TRAPERO BARREALES, *Error*, 2004, 225, quien señala: «Sólo con la conjunción de la parte positiva y negativa del tipo la norma puede cumplir su misión de motivación y determinación general de conductas, ya que destaca frente a todos que esta conducta está prohibida de modo general bajo amenaza de pena para caso de incumplimiento del mandato de abstención. Sólo el tipo global de injusto puede y debe pretender motivar al ciudadano a omitir o a realizar la conducta prevista por ser una conducta generalmente desvalorada y prohibida». Es importante señalar, sin embargo, que otros defensores de la mencionada teoría no tomaron en cuenta consideraciones normológicas. Así, por ejemplo, KAUFMANN, Arthur, JZ 1954, 656 ss., no menciona en ningún lugar de su investigación referida a la teoría de los elementos negativos del tipo alguna idea vinculada a la norma (qué concepto de norma resulta más apropiado o cómo se produciría un análisis de la teoría de los elementos negativos del tipo desde una perspectiva normológica). En ese sentido, HIRSCH, *Negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, 16, n. 15, criticó a Arthur KAUFMANN el desatender (en el trabajo antes citado) que «la relación entre la norma y la proposición permisiva describe uno de los problemas centrales en la discusión sobre la teoría de los elementos negativos del tipo». Por tanto, el planteamiento señalado en el cuerpo del texto (que la teoría de los elementos negativos del tipo permite entender que desde el inicio la conducta no está prohibida) constituye la consecuencia de la aplicación de un enfoque normológico. Al respecto, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 107 s., quien también señala que de la teoría de los elementos negativos del tipo emana solo una norma.

general sobre la relación entre distintas normas²⁴. Parece adecuado, entonces, orientar algunos esfuerzos al tratamiento de la concurrencia de normas y su forma de solución.

1.2. El problema de la concurrencia de normas, en lo que aquí interesa, radica en la consideración de la permisón como una genuina «norma»²⁵. Es indudable el hecho de que en los ordenamientos jurídicos existen disposiciones que señalan que una determinada conducta está permitida. El Derecho penal, en particular, no queda fuera del alcance de tal afirmación. En efecto, la doctrina mayoritaria considera que la contraposición entre tipo y antijuridicidad radica en el enfrentamiento entre una norma prohibitiva y un «precepto permisivo». La oposición a este planteamiento se presentaría, precisamente, por la formulación clásica de la teoría de los elementos negativos del tipo, la que, vista desde una perspectiva normológica, permitiría pensar que, más que un asunto referido a un conflicto de normas se trataba en realidad de la definición de la conducta antijurídica²⁶. Se verifican entonces, aparentemente, dos orientaciones: una, que proclama la existencia de una antinomia; y otra, que establece la aplicación directa de una sola norma²⁷.

1.3. La ausencia de claridad sobre la naturaleza de la permisón queda en evidencia cuando se verifica que tal asunto ha sido abordado ya por autores comprometidos con una comprensión imperativa de la norma, quienes, además, llegaron a diferentes conclusiones a partir de sus puntos de partida. BIERLING, defensor de una concepción imperativa «dualista»²⁸, entendía que, mientras el mandato o la prohibición son «en sentido estricto y genuino» normas independientes²⁹, la permisón sería solo una «proposición jurídica dependiente» que, sin embargo, también tendría el carácter de imperativo «al ser puesta en

²⁴ Fundamental al respecto, MINAS-VON SAVIGNY, *Negative Tatbestandsmerkmale*, 1972, 6 ss., quien precisamente pretende demostrar que la teoría de los elementos negativos del tipo es parte de la teoría general del Derecho en general y de la teoría de la proposición jurídica en particular. En ese sentido, agrega: «(...) la teoría de los elementos negativos del tipo, si es entendida correctamente, intenta otorgar una respuesta a la pregunta, importante para todos los ámbitos del Derecho, de cómo ha de entenderse la relación entre dos proposiciones jurídicas independientes que parecen vincular consecuencias jurídicas a un mismo estado de cosas, siendo aquellas proposiciones incompatibles entre sí y de las cuales solo una puede tener validez».

²⁵ En la teoría del Derecho este asunto constituye uno ampliamente debatido y, por lo tanto, no puede ser reproducido aquí. Al respecto, por todos, ALCHORURRON/BULYGIN, *Análisis lógico*, 1991, 215 ss.; ATIENZA/RUIZ MANERO, *Piezas del Derecho*, 2.^a ed., 2004, 115.

²⁶ Por todos, TRAPERO BARREALES, *Error*, 2004, 225.

²⁷ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 107 s.

²⁸ Así, MINAS-VON SAVIGNY, *Negative Tatbestandsmerkmale*, 1972, 35, n. 77. Sobre la concepción (moderadamente) imperativa de la norma, BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. I, 1894, 71 ss., 133 ss.

²⁹ BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. I, 1894, 71.

aquella relación que le es propia con otras normas»³⁰, desempeñando por tanto solo una función puramente negativa (pues solo excluye la aplicación de la norma prohibitiva)³¹. BINDING, que, por su parte, a diferencia de THON y BIERLING, negaba la idea de que el sistema jurídico estaba compuesto exclusivamente por normas de carácter imperativo (pues resultaba imprescindible reconocer también otras proposiciones jurídicas distintas)³², entendía que solo podía ser norma el mandato o la prohibición³³, por lo que la permisón no era una norma, sino una «proposición jurídica autorizadora»³⁴. Por su parte, HOLD VON FERNECK, firme defensor de una concepción «monista» de los imperativos³⁵, negó que la permisón tenga carácter jurídico, por lo que tales disposiciones y las conductas que regulaban pertenecían al ámbito de lo extrajurídico³⁶. Una permisón, según HOLD VON FERNECK, era una proposición declarativa, instructiva y jurídicamente superflua, que no expresaría más que el hecho de que nadie quiere considerar erróneamente una conducta no prohibida (jurídicamente irrelevante) como prohibida³⁷. Esta breve descripción de los planteamientos de los autores citados no solo demuestra que solo en BIERLING –y no en BINDING– se podría hablar correctamente (en sentido terminológico) de «norma permisiva», sino también que solo en BINDING –y no en BIERLING– se postulaba una noción genuinamente imperativa de la norma³⁸. Asimismo, se podría decir que solo en BIERLING –y no en BINDING ni en HOLD VON FERNECK– cabría la posibilidad de un genuino conflicto de normas (entre la norma prohibitiva y la norma jurídica dependiente, esto es, la norma permisiva). En el planteamiento de BINDING, la conducta concreta, que por lo general está prohibida por una norma, en una situación típica de justificación, está comprendida por una «autorización» («*Gewährung*») que, sin embargo, no tiene el carácter

³⁰ BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. I, 1894, 72.

³¹ BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. I, 1894, 93 ss. Vale la pena mencionar aquí que BIERLING, pese a distinguir entre lo permitido y lo no prohibido, llega a confundir ambos supuestos en el marco de su pretensión de fundamentar su concepción de las normas permisivas como normas puramente excluyentes. Así, BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. I, 1894, 97, donde señala: «(...) la declaración de que cierta acción no debe estar permitida no puede significar otra cosa que prohibir esa acción». Al respecto, con mayor detalle, MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 185 ss.

³² BINDING, *Normen*, t. I, 4.^a ed., 1922, 101 ss.

³³ BINDING, *Normen*, t. I, 4.^a ed., 1922, 35 ss.

³⁴ BINDING, *Normen*, t. I, 4.^a ed., 1922, 107 s.

³⁵ Así, MINAS-VON SAVIGNY, *Negative Tatbestandsmerkmale*, 1972, 35.

³⁶ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 301 ss. Incluso, señala que «En ningún lugar ejerce el Derecho la función de permitir». Al respecto, HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 128.

³⁷ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 290 ss.

³⁸ Pues para BINDING, *Normen*, t. I, 4.^a ed., 1922, 107, la norma (como imperativo), constituye una «especie cerrada de proposición jurídica». En realidad, como bien parece destacarlo MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 192 ss., mientras BINDING defiende una concepción imperativa de la norma, BIERLING defiende una concepción (moderadamente) imperativa del Derecho.

de norma. Asimismo, en la exposición de HOLD VON FERNECK, al carecer el permiso de carácter jurídico, tampoco podría plantearse una genuina antinomia.

1.4. De los planteamientos antes referidos también es posible destacar dos cosas. Primero, que, de la descripción, propuesta por BINDING, de que la norma prohibitiva podría estar sujeta a alguna autorización, emerge la propuesta de entender a la relación entre la prohibición y la permisión desde la perspectiva de una «regla con excepciones»³⁹, comprensión que parece ser el antecedente de los planteamientos actuales que entienden la relación entre tipo y antijuridicidad como una relación entre «regla-excepción»⁴⁰. Segundo, que tanto la teoría imperativa monista como la dualista parecen no haber influenciado el desarrollo de la formulación clásica de la teoría de los elementos negativos del tipo⁴¹: mientras que la teoría imperativa monista directamente renuncia a la admisión de un conflicto de normas (pues, como se ha señalado, la permisión carece desde esa perspectiva teórica de carácter jurídico), la teoría imperativa dualista, como se ha visto, sí que admite formalmente la posibilidad de hablar de una antinomia. La presentación tradicional de la teoría de los elementos negativos del tipo, sin embargo, parece en realidad no admitir un conflicto de normas, sino que opta por plantear una interpretación de la relación entre la prohibición y la permisión, de tal manera que se redefina el ámbito de aplicación del primero y, por lo tanto, *desde el inicio* haya solo una norma⁴². Como contrapartida, una

³⁹ BINDING, *Handbuch*, t. I, 1885, 155 ss.; *Normen*, t. I, 4.ª ed., 1922, 127 ss. Critican la idea de la «regla con excepciones», HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 121; GRAF ZU DOHNA, *Rechtswidrigkeit*, 1905, 27.

⁴⁰ Sobre la relación «regla general-excepción», que en general señala que la infracción de una norma de prohibición es en principio antijurídica si ella no se suspende excepcionalmente por una proposición permisiva, VON BAR, *Gesetz*, t. III, 1909, 4 ss.; BELING, *Verbrechen*, 1906, 167; NAGLER, *FS-Binding*, t. II, 1911, 374 ss.; HIRSCH, *Negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, 273 ss.; ZIELINSKI, *Unrechtsbegriff*, 1973, 219 (=Concepto de ilícito, 1990, 256); HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.ª ed., 1988, 419 ss. JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.ª ed., 1996, 324 (=DP. PG., 2002, 347); LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, 246, n. 114. Al respecto, RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, 132, señala que la relación «regla general-excepción» se expresa así: «la regla “¡El daño de una cosa ajena está prohibido!” (§ 303 StGB) no siempre *es aplicable*, sino que se desplaza por una regla especial: “¡El daño de una cosa ajena está permitido para impedir un peligro inminente mediante ella! (§ 228 BGB)» (cursiva en el original). En ese sentido, agrega RENZIKOWSKI que «la relación “regla-excepción” no quiere decir más que el ámbito de aplicación de una regla se limita mediante otra regla». Sin embargo, parece ser que la relación «regla general-excepción» no parece ser suficiente pues de ella «no se pueden extraer conclusiones jurídicas», ya que «es solo una cuestión de la técnica legal si se recurre a una técnica basada en la regla-excepción o si se formula una regla que ya excluya determinados casos, por ejemplo: “¡El daño de una cosa ajena está prohibido a menos que sea necesario para impedir un peligro inminente mediante ella!». En ese mismo sentido, HRUSCHKA, *FS-Dreher*, 1977, 189. Apreciaciones críticas a la relación «regla-excepción» las han formulado, entre otros, KAUFMANN, Arthur, *JZ* 1954, 655 (que vincula la postura del finalismo con la relación «regla general-excepción»); SCHMIDHÄUSER, *FS-Engisch*, 1969, 451; RÖDIG, *FS-Lange*, 1976, 47 ss.

⁴¹ Así también HIRSCH, *Negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, 274.

⁴² KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 107; ORTIZ DE URBINA GIMENO, *InDret* 3/2008, 21.

comprensión de la teoría de los elementos negativos del tipo desde la perspectiva de la teoría del Derecho, sí que permitiría hablar de una antinomia, pues desde esa perspectiva, la teoría de los elementos negativos del tipo es esencialmente una teoría referida a la relación (conflicto) entre normas (prohibitiva y permisiva)⁴³.

2. Por lo dicho, parece ser que una correcta comprensión entre la relación entre el tipo y la antijuridicidad pasa por entender, ya en términos normológicos, que entre ellas existe una situación de antinomia, esto es, un conflicto entre prohibición y permisión⁴⁴. Esto supone, como puede preverse, que se admita no la tradicional teoría de los elementos negativos del tipo (que alude, más que a una colisión de normas, a una interpretación de ellas), sino su reconstrucción desde la perspectiva de la teoría del Derecho. Esto no solo desde la perspectiva de la norma primaria como mensaje prescriptivo, sino también para una correcta comprensión de la permisión como una genuina norma⁴⁵.

2.1.1. Se ha sostenido a lo largo de la investigación que el Estado se relaciona con el ciudadano mediante la norma, pues esta constituye el instrumento que dispone aquel para relacionarse con ese. La norma primaria, por tanto, si quiere constituirse eficazmente como una razón excluyente para actuar u omitir, debe tomar en cuenta al destinatario en su específica situación (eficacia externa). Sin embargo, la norma, en tanto instrumento del ordenamiento jurídico, debe atender también a las consideraciones formales que este exige para garantizar su eficacia (eficacia interna). Debido a estas razones, me parece particularmente acertada la posibilidad de recurrir a la distinción entre la perspectiva del ordenamiento jurídico y la del ciudadano al momento de establecer la aparición de la norma (desde una «perspectiva temporal»)⁴⁶. Si la norma primaria tiene una genuina función de dirección de conductas, entonces, aquella, vista desde la perspectiva del ciudadano, debería admitir una configuración con la que exprese de forma definitiva el mensaje prescriptivo: si un individuo comete un homicidio en legítima defensa, para él, *desde el principio*, su conducta está permitida, pues al momento de su actuación el

⁴³ Esto ya había sido destacado por HIRSCH, *Negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, 16.

⁴⁴ RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, 132.

⁴⁵ Al parecer, el hecho de que haya una antinomia es razón suficiente para que ALCHOURRÓN/BULYGIN consideren que la permisión es un «permiso prescriptivo», poseedor de un carácter (de norma) independiente. ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis lógico*, 1991, 148 ss., son firmes defensores de la independencia de la norma permisiva. Critican la posición de estos autores, sin embargo, ATIENZA/RUIZ MANERO, *Piezas del Derecho*, 2.ª ed., 2004, 124 ss.

⁴⁶ ORTIZ DE URBINA GIMENO, *InDret* 3/2008, 22.

ordenamiento jurídico ya ha resuelto el conflicto entre la norma prohibitiva y la norma permisiva, excluyendo esta la aplicación de aquella y, por tanto, calificando deónticamente su conducta como «permitida»⁴⁷. Este planteamiento no supone desconocer que previamente, y desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, sí hay, *desde el principio*, dos normas, una de prohibición y otra de mandato y, por tanto, existe una antinomia⁴⁸. Es el ordenamiento jurídico, entonces, el que decide, desde su perspectiva, la forma de solución de ese conflicto, para que, ya desde la perspectiva del ciudadano, se le ofrezca a este no una doble calificación deóntica de su actuar, sino solo una. Que esto sea así conduce a entender que, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, la conducta del ciudadano, pese a satisfacer el contenido semántico de la prohibición y el mandato, es prevalentemente calificada de manera deóntica como «permitida» (lo que implica haber resuelto la antinomia, en la que la permisión excluye la aplicación de la prohibición) y no que es «primero prohibida y luego permitida» (como sostenía el finalismo). Se tiene, entonces que, desde un punto de vista normológico (el del ordenamiento jurídico), desde el principio (y hasta el final) hay dos normas, mientras que, desde un punto de vista pragmático (el del ciudadano), desde el principio hay una norma que dirige la conducta del destinatario⁴⁹.

2.1.2. El planteamiento acabado de exponer conduciría entonces a reconocer que la formulación clásica de la teoría de los elementos negativos del tipo debe hacer frente también a la solución de una antinomia, por lo que ya no sería correcto señalar que esa teoría evade la resolución de un conflicto entre prohibición y permisión⁵⁰. En efecto, la

⁴⁷ ORTIZ DE URBINA GIMENO, InDret 3/2008, 22. Agrega que: «quien es agredido y emprende una acción defensiva no lleva a cabo “primero” una acción prohibida y “luego” una permitida, ya que desde el momento en que comienza a defenderse el ordenamiento jurídico anuda una única calificación deóntica a su actuación: la permisión».

⁴⁸ ORTIZ DE URBINA GIMENO, InDret 3/2008, 22.

⁴⁹ No tomar en cuenta las diferencias entre la perspectiva del ordenamiento jurídico y la del ciudadano posiblemente explique los puntos débiles tanto del finalismo como de la exposición tradicional de la teoría de los elementos negativos del tipo. El error del finalismo consistió en trasladar la perspectiva del ordenamiento jurídico a la perspectiva del ciudadano, es decir, sustituir la perspectiva pragmática por la perspectiva normológica. Esto queda claro cuando se señala que la realización del tipo es ya contrariedad a la norma, independientemente de la concurrencia o no de una causa de justificación (la que solo impediría que la norma se concrete en deber, pero no que ya haya una conducta típica, esto es, antinormativa). La deficiencia de la exposición tradicional de la teoría de los elementos negativos del tipo, por su parte, consistió en trasladar la perspectiva del ciudadano a la perspectiva del ordenamiento jurídico, esto es, en sustituir la perspectiva normológica por la perspectiva pragmática. Esto queda claro cuando esta teoría permite señalar que mediante la interpretación se obtiene la norma que en definitiva se dirige al individuo, procedimiento que supone obviar la existencia de una antinomia que debe ser resuelta.

⁵⁰ Esto parece ser reconocido por KINDHÄUSER GA 2010, 494, quien señala que «También la teoría de los elementos negativos del tipo debe resolver el problema material, situado detrás de la colisión de normas,

tradicional exposición de la teoría de los elementos negativos del tipo, de la que es posible señalar que desde el principio solo hay una norma (esto es, la permisión, que califica deónticamente de esa manera a la conducta) no parece fundamentar de manera suficiente la primacía de la permisión sobre la prohibición, es decir, la irrelevancia de esta cuando concurre aquella o, con mayor claridad, no explica por completo la razón por la que la calificación deóntica de la conducta como permitida es prioritaria frente a una calificación equivalente por parte de la norma prohibitiva. Por lo tanto, si una teoría de los elementos negativos del tipo debe proponer, desde la antes mencionada perspectiva del ordenamiento jurídico, la solución a una antinomia es porque aquella teoría entraña un (genuino) conflicto de normas, esto es: una superposición del contenido semántico de la prohibición y de la permisión o, dicho de otra manera, la calificación simultánea de una sola acción como «prohibida» y como «permitida». Solo en este escenario la segunda desempeña un efecto excluyente (y por esto ese efecto excluyente es dependiente de esa superposición)⁵¹. La inquietud que emerge directamente de este planteamiento se refiere a la razón por la que, en el caso de una antinomia como la descrita, debe prevalecer la permisión, es decir, por qué la permisión impide la aplicación de la prohibición⁵².

2.1.3. Ahora bien, junto a una teoría como la de los elementos negativos del tipo (en su formulación tradicional) sobre la que es posible decir (desde una perspectiva normológica) que permitiría en principio evadir la colisión de normas, pero que correctamente entendida no puede conseguirlo, está la teoría del tipo guía (*Leitbildtatbestand*)⁵³, sobre la que es posible afirmar que, pese a que pretende presentarse como un escenario en el que se

sobre la conjunción de razones contrapuestas para la acción. En ese sentido, es más claro y fácil distinguir desde el comienzo entre razones que apuntan a una prohibición y razones que apuntan a un permiso». También considera que hay una colisión de normas en el caso de la exposición tradicional de la teoría de los elementos negativos, del tipo, ORTIZ DE URBINA GIMENO, InDret 3/2008, 21.

⁵¹ MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 190, quien señala: «Así, respecto de una acción que simultáneamente satisface la descripción “matar a otro” y la descripción “defenderse frente a una agresión antijurídica de modo racionalmente necesario”, una exclusión de la prohibición del homicidio condicionada por la permisión de la legítima defensa determinará que la aplicabilidad de la primera norma se vea situacionalmente suspendida, quedando así neutralizada como fundamento de un eventual deber de omitir esa acción».

⁵² No hay discusión en el hecho de que, desde la perspectiva del Derecho penal, la concurrencia de una causa de justificación supone la no aplicabilidad de la norma de prohibición o mandato. En términos de teoría de la norma, la norma permisiva desplaza o impide la aplicación de la norma prohibitiva. La cuestión radica, a mi modo de ver, en justificar, de la manera más razonable, esa conclusión.

⁵³ KAUFMANN, Armin, JZ 1955, 37. Como señala HIRSCH, *Negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, 15, n. 8, el tipo guía no alude al concepto de tipo (objetivo y no valorativo) propuesto por BELING.

produce una colisión de normas⁵⁴, en realidad no lo consigue. El planteamiento finalista, como es sabido, no considera, a diferencia de la teoría de los elementos negativos del tipo, que la contrariedad a la norma y la antijuridicidad sean lo mismo, pues lo primero se limita al ámbito del tipo⁵⁵. Se produce, entonces, una estricta distinción entre antinormatividad (o contrariedad a la norma) y antijuridicidad, la que responde, a su vez, a la distinción entre «norma» y «deber», esencial en el planteamiento finalista⁵⁶. Ahora bien, si se reconoce que la norma determina el objeto del juicio de antijuridicidad, las causas de justificación serían solo baremos o medidas de valoración⁵⁷. Si esto es así, entonces, las causas de justificación pertenecerían a un plano normológicamente superior al que corresponde a la determinación de la conducta como contraria a la norma⁵⁸ y para esa determinación la antijuridicidad no tiene mayor influencia⁵⁹. No puede haber una colisión de normas, entonces, porque tanto la prohibición como la permisón se encuentran en distintos planos lógicos. Por otro lado, aunque Armin KAUFMANN y HIRSCH hayan reconocido que una prohibición (abstracta) y una permisón (abstracta) pueden superponerse conceptualmente, solo cuando hay un acto concreto podría reconocerse en este que es prohibido y permitido simultáneamente, lo que, sin embargo, según esos autores, se trata solo de una contradicción aparente⁶⁰, pues, lo que en realidad importa sería determinar si se puede o no concretar la norma en deber⁶¹. Este planteamiento no tiene en cuenta que ya las calificaciones deónticas de «prohibido» y «permitido» se excluyen mutuamente, por lo que la resolución de esa colisión entre normas

⁵⁴ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 249 ss. (=Teoría de las normas, 1977, 332 ss.); HIRSCH, *Negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, 276 ss.

⁵⁵ Aquí no entraré a la discusión sobre si el planteamiento finalista tuvo como punto de partida la estructura (tripartita) de la teoría del delito y, a partir de esa aceptación, buscó fundamentarla desde una perspectiva normológica. La forma de proceder, en mi opinión, debería ser justo lo contrario. Por utilizar el argumento normológico de manera tópica es que la teoría de la norma, en mi opinión, no ha alcanzado su completo rendimiento en el concepto de delito.

⁵⁶ Al respecto, *supra* Cap. I, 2.10; 2.11; Cap. IV, 2.

⁵⁷ HIRSCH, *Negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, 244 ss.

⁵⁸ HIRSCH, *Negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, 241, 273, n. 18; WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, 50 (=DP. PG., 1970, 76); KAUFMANN, Armin, *FS-Welzel*, 1974, 397. Una permisón como «permisión excluyente», situada en un plano lógico superior frente a la prohibición, puede encontrarse también en RAZ, *Practical reason*, 2.ª ed., 1990, 89 ss., 95 ss.

⁵⁹ RENZIOWSKI, *Notstand*, 1994, 146.

⁶⁰ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 249 (=Teoría de las normas, 1977, 333), señala que el que un acto concreto sea «prohibido» y a la vez «permitido» no describe una contradicción, sino que «solo afirma que una acción concreta presenta las características de dos conceptos diferentes». Por su parte, HIRSCH, *Negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, 276-277, alega a favor de no identificar sin más los términos «prohibido» y «antijurídico» (identificación que, en su opinión, provendría del carácter ambiguo del término «prohibido» con el que se pretende ya destacar ya la relación de una conducta con el ordenamiento jurídico en su totalidad). Así, propone entender que lo «antijurídico» tiene dos componentes: «contrariedad a la norma» y «ausencia de una permisón», a partir de lo cual una conducta puede ser, a la vez, prohibida y permitida.

⁶¹ KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 249 (=Teoría de las normas, 1977, 333); HIRSCH, *Negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, 276-277.

debería resolverse en un «nivel abstracto» (que Armin KAUFMANN y HIRSCH reconocen)⁶². En definitiva, del examen de la comprensión finalista, por tanto, se puede concluir no solo que resulta necesario renunciar a la distinción entre antinormatividad y antijuridicidad⁶³, sino también que ella no puede ser entendida genuinamente como una colisión de normas⁶⁴.

2.2. Ahora bien, se puede señalar, como una segunda razón para admitir el modelo de la antinomia en la relación entre tipo y antijuridicidad, a la propia configuración de la norma como mensaje prescriptivo. Sea que se considere a la permisón como una norma independiente o no⁶⁵, ella no puede modificar el contenido semántico de una norma prohibitiva. Esto es así pues ese contenido es fundamental para su individuación, es decir, «para su individuación como esa norma y no (como) otra»⁶⁶. Si esto se admite, emergen entonces algunas inquietudes. La comprensión tradicional de la teoría de los elementos negativos del tipo vista desde una perspectiva normológica, parece modificar el contenido semántico de la norma prohibitiva. En efecto, la mencionada teoría, señalaría que la «norma, desde el comienzo, se establece con reservas»⁶⁷, por lo que, consecuentemente, habría que admitir, como antes se dijo, que ella elude la colisión de normas⁶⁸. De esta manera, si, por ejemplo, se tiene la norma «¡No debes matar!», la concurrencia de la

⁶² RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, 147.

⁶³ Al respecto, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 110, n. 12, señala: «Según Welzel (...) la conducta típica si bien es contraria a la norma, solo es indiciaria de la antijuridicidad, pues aún queda pendiente si la conducta contraria a la norma también infringe el “ordenamiento jurídico como un todo”. Sin embargo, si se piensa al ordenamiento jurídico como un sistema de normas consistente, entonces ha de excluirse que una conducta sea a la vez contraria a la norma y no antijurídica, pues la norma en un sistema no puede valer y no valer al mismo tiempo (...)».

⁶⁴ Posiblemente por esto, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 108, ha considerado que, ante las posibles respuestas a la pregunta por las condiciones por las cuales una conducta jurídico-penalmente relevante sea considerada como permitida, solo cabría considerar a la concepción de la norma total (de la teoría de los elementos negativos del tipo) y a la meta regla como criterio de solución de una antinomia, por lo que «una tercera posibilidad es teórico-jurídicamente (*rechtstheoretisch*) excluida». KINDHÄUSER sitúa el planteamiento de WELZEL fuera de esas dos únicas posibles respuestas.

⁶⁵ Sobre este debate, con múltiples referencias, ATIENZA/RUIZ MANERO, *Piezas del Derecho*, 2.ª ed., 2004, 115 ss.

⁶⁶ MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 188. Sobre la individuación de la norma, RAZ, *Concept*, 2.ª ed., 1980, 95 ss. La individuación de la norma no puede permitir que una misma norma prescriba y al mismo tiempo excluya una parcela de su ámbito de proyección (sobre todo, cuando la pretendida condición negativa de la norma no es un criterio objetivo-general, sino uno que depende de las circunstancias específicas del autor). Desde BENTHAM se conoce al «problema de la individuación» de las normas jurídicas, referida a las complejidades que suscita la determinación de una norma jurídica completa (*one entire law*), o en otros términos, el establecimiento de la identidad y la compleción de una norma jurídica. Al respecto, RODILLA, *Teoría del derecho*, 2013, 116 ss.

⁶⁷ KINDHÄUSER, GA 2010, 494.

⁶⁸ KINDHÄUSER, GA 2010, 494, donde señala que «la así llamada teoría de los elementos negativos del tipo intenta integrar permisiones en los tipos de prohibición bajo signos opuestos».

legítima defensa no podría modificar ese contenido semántico, es decir, no podría decir que esa misma norma se convierte en: «¡No debes matar a menos que sea a modo de defensa racionalmente necesaria frente a una agresión antijurídica!»⁶⁹ (formulación que, precisamente, sería consecuencia de la formulación clásica de la teoría de los elementos negativos del tipo). Frente a ello, es necesario señalar que, si se quiere entender a la norma primaria como una genuina norma de carácter imperativo, solo manteniendo el contenido semántico de la norma prohibitiva se puede entender el efecto excluyente de la permisión concurrente⁷⁰. Una consecuencia como la que propondría la comprensión tradicional teoría de los elementos negativos del tipo iría en contra de la idea de que el mandato o la prohibición deben estar correctamente formulados⁷¹.

2.3.1. Un asunto estrechamente vinculado con lo anterior es el que tiene que ver con la propia plasmación de los preceptos legales referidos a los tipos y a las causas de justificación reconocidos en el CP. En efecto, una de las ideas tradicionalmente asociadas con la teoría de los elementos negativos del tipo consiste en señalar que las causas de justificación se ubican sistemáticamente en un lugar distinto en el CP, lo que no afectaría su condición de parte negativa del tipo global de injusto (en el que la parte positiva sería la que corresponde al tipo en sentido estricto)⁷². Se señala que esta constituye una separación de naturaleza técnica que responde a una economía legislativa (pues de lo contrario, habría

⁶⁹ Por lo demás, una configuración como esta ha sido objeto de una amplia crítica principalmente desarrollada desde el finalismo, caracterizada como la del «dolo monstruoso», que generalmente señala que, si se admite la teoría de los elementos negativos del tipo, el dolo del autor tendría que abarcar no solo la existencia de los elementos del tipo correspondiente, sino también la no existencia de todos los presupuestos de las causas de justificación. Al respecto, KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 243 (=Teoría de las normas, 1977, 325).

⁷⁰ Precisamente por esto, BINDING, pese a desarrollar un planteamiento coincidente en esencia con el núcleo de lo que hoy se caracteriza como propio de la teoría de los elementos negativos del tipo, posteriormente lo abandonó. En efecto, en un primer momento, BINDING, *Normen*, t. I, 1.ª ed., 1872, 52, señaló que una norma permisiva «separa un grupo de conductas del concepto de conducta de la norma», reduciendo por tanto su ámbito de aplicación y haciendo que esta pase «de ser una norma absoluta (¡No debes matar!) a ser una condicionada (¡No debes matar si no se da esta o aquella circunstancia que les permita u obligue a hacerlo!)». Posteriormente, BINDING, *Handbuch*, t. I, 1885, 665; *Normen*, t. I, 2.ª ed., 1890, 130; *Schuld*, 1919, 37 (=Culpabilidad, 2009, 39) rechazó esa formulación (antes incluso de la aparición del concepto de «tipo» propuesto por BELING), señalando que era «uno de los más grotescos monstruos dogmáticos (...) que se hayan traído al mundo». Sobre este asunto, KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 249 ss. (=Teoría de las normas, 1977, 332 ss.).

⁷¹ Al respecto, KINDHÄUSER, GA 2010, 49, señala que «(...) los defensores de la teoría de los elementos negativos del tipo no pueden evitar el problema consistente en justificar correctamente la concreta instrucción de conducta (*die konkrete Verhaltensanweisung*)», lo que supone, en opinión del citado autor, establecer el límite entre los elementos positivos y los negativos.

⁷² TRAPERO BARREALES, *Error*, 2004, 224, quien señala que «La parte negativa del tipo va generalmente sobreentendida en los tipos de la parte especial, aunque en algunas ocasiones se incluyen en algunos tipos de manera expresa en la descripción legal».

que situar al lado de los delitos de homicidio, lesiones, hurto o robo, las correspondientes causas de justificación, lo que constituiría una repetición innecesaria: las causas de justificación son todas iguales para todos los delitos y, por lo tanto, están contempladas de modo genérico en el CP)⁷³. Desde la perspectiva de la tradicional teoría de los elementos negativos del tipo, sin embargo, que esa orientación «inflacionaria» no se siga, no quiere decir que sea incorrecta: se reconoce que la formulación clásica de la teoría de los elementos negativos del tipo, al aludir a una parte positiva y una parte negativa, construiría, por ejemplo, en el delito de homicidio, una norma prohibitiva que dice: «¡No debes matar a menos que sea a modo de defensa racionalmente necesaria frente a una agresión antijurídica!»⁷⁴. Esta comprensión conduciría a pensar que la relación entre la prohibición y la permisión es una de *lex specialis* (o, en otras palabras, una relación de «subordinación» o «inclusión»)⁷⁵, por lo que, al ser la norma permisiva más específica que la norma prohibitiva, entonces sería de aplicación la primera.

2.3.1. Esta conclusión, sin embargo, no debería ser admitida. Se ha dicho antes que la permisión desempeña una función excluyente de la prohibición, esto es, suspende su aplicación o, en otras palabras, despoja su pertinencia como razón para omitir cierta conducta. Si se toma en serio la necesidad de individuación de la norma, entonces la construcción de una norma como la antes mencionada (derivada de la comprensión de la teoría de los elementos negativos del tipo en su exposición tradicional) no podría ser admitida. La orientación «inflacionaria» que en el fondo (y no en la forma) admite la presentación tradicional de la teoría de los elementos negativos del tipo, contraviene la conveniencia del principio de economía ontológica como parámetro de individuación de normas⁷⁶. En realidad, la relación existente entre la prohibición y la permisión no es una de «subordinación» o «inclusión» (a solucionar, como se dijo, mediante la *lex specialis*), sino una relación de «interferencia»⁷⁷. Esta orientación está comprometida con la admisión de que en el sistema jurídico existe solo una única norma permisiva, por ejemplo, de la

⁷³ Al respecto, por todos, HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 295; LANG-HINRICHSEN, JZ 1953, 363; MEZGER, NJW 1953, 6; VON WEBER, *FS-Mezger*, 1953, 185; KAUFMANN, Arthur, JZ 1954, 657; SCHÜNEMANN, GA 1985, 349; RENZIOWSKI, *Notstand*, 1994, 135; LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 12/10.

⁷⁴ MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 211.

⁷⁵ MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 211.

⁷⁶ Así, correctamente, MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 212.

⁷⁷ Al respecto, HRUSCHKA, *FS-Larenz*, 1983, 257 ss., 282 ss.; *Strafrecht*, 2.ª ed., 1988, 389 ss.; MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 211.

legítima defensa y no tantas normas permisivas de la legítima defensa (o de cualquier otra causa de justificación) como normas prohibitivas existan (lo que, como se ha visto, se desprende de la lógica interna de la teoría de los elementos negativos del tipo, aplicada a la «construcción» de una norma que, aparentemente, es a la vez prohibitiva y permisiva⁷⁸).

3. Por las razones expuestas, ha de señalarse que una teoría de los elementos negativos del tipo, entendida desde una perspectiva normológica, no podría más que reconocer la existencia de una antinomia que debe ser resuelta por una metaregla⁷⁹. Desde esta perspectiva, sería posible reconocer la existencia de un conflicto de normas que califican deónticamente una misma acción de manera incompatible, por lo que aquel conflicto podría ser resuelto con la postulación o identificación de una metaregla que diga, por ejemplo, que: «la norma permisiva tiene prioridad frente a la norma prohibitiva al cumplirse ciertas condiciones»⁸⁰. Esta orientación se distanciaría de las deficiencias normológicamente relevantes tanto de la tradicional exposición de la teoría de los elementos negativos del tipo (o de las consecuencias normológicas que de ella se han intentado extraer) y de la teoría del tipo guía: no se produce una modificación del contenido semántico de la norma primaria (pues esto no es posible si se quiere mantener la idea de la individuación de la norma) y se mantiene en un mismo plano normológico (o en un mismo nivel lógico) tanto a la prohibición como a la permisión (lo que constituye algo obligatorio si se quiere afirmar que la relación entre la norma prohibitiva y la norma

⁷⁸ MINAS-VON SAVIGNY, *Negative Tatbestandsmerkmale*, 1972, 75 ss. En todo caso, tampoco se puede perder de vista el hecho de que la especialidad es también un criterio para la solución de antinomias. Por esto, negar la aplicación de ese criterio no afecta la idea principal que se propone en el texto: que entre la norma prohibitiva y la norma permisiva hay una colisión de normas. Asimismo, tampoco se niega que el criterio de especialidad pueda ser empleado para solucionar una antinomia: esto solo sucederá cuando las características de las normas en conflicto así lo permitan (por ejemplo, la extensión total del contenido semántico de una norma se corresponda con un segmento de la extensión del contenido semántico de otra, quedando una acción subsumible en la primera lo sea también en la segunda, pero no al revés), lo que no sucede, como se ha visto, con una correcta comprensión de la norma prohibitiva y la norma permisiva.

⁷⁹ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 107; GA 2010, 494; VOGEL, *Norm*, 1993, 38.

⁸⁰ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 110, señala: «El bloqueo recíproco se resuelve a un nivel lógico más alto, en el que se decide (...) cuál de ambas normas y en qué condiciones una tiene prioridad frente a otra. Ya que según las preferencias del Derecho penal regularmente la permisión desplaza a la prohibición, la norma de colisión generalmente formulada dice: “La norma de permisión tiene prioridad frente a la norma de prohibición si no se da una de las condiciones $b_1 \dots b_n$ ”. Una desproporción significativa de los bienes sería una condición bajo la que la autorización de la legítima defensa no tiene prioridad a la prohibición de lesión. Ya que la norma de permiso solo en casos excepcionales no desplaza la norma de prohibición, no se necesita en el caso normal de una aplicación explícita de la norma de colisión; ella es traída a colación solo si se debe hacer una excepción».

permissiva se da en un plano de igualdad valorativo)⁸¹. Solo si se habla de una antinomia, es decir, de una colisión de normas, sería posible la individuación de una y otra norma. Finalmente, si se considera correcta la comprensión de la teoría de los elementos negativos del tipo como un escenario que responde a uno propio de una antinomia, entonces la norma permissiva, conforme a una metaregla que así lo establezca, podría ser entendida correctamente como una norma excluyente. Como se ha dicho, pese a la calificación deóntica simultánea de una misma acción como «prohibida» y «permitida» (que una misma acción cumpla el contenido semántico de dos normas contradictorias constituye el escenario imprescindible para hablar de una antinomia), la metaregla dispone que la norma permissiva excluya la aplicación de la norma prohibitiva⁸². Esta posición, por tanto, se opondría a la tradicional comprensión de la relación entre prohibición y permisión como una relación de «regla-excepción»⁸³.

4. En definitiva, una teoría de los elementos negativos del tipo reconstruida desde la perspectiva de un conflicto de normas no puede evadir el hecho de que, en realidad, se refiere a una antinomia que debe ser resuelta por el ordenamiento jurídico. En términos jurídico-penales, esto quiere decir que un hecho puede ser prohibido o permitido, esto es, jurídico-penalmente relevante o jurídico-penalmente irrelevante respectivamente. Si bien es cierto tanto la mayoritaria teoría del tipo guía como la teoría de los elementos negativos del tipo llegan al mismo resultado (el hecho justificado no tiene relevancia jurídico-penal) la forma cómo se ha llegado a él es distinta en términos normológicos, lo cual tiene relevancia pues aquella forma parece haber determinado la estructura de la teoría del delito: una concepción tripartita o una concepción bipartita, respectivamente.

⁸¹ Si esto supone reconocer independencia a la norma permissiva (y qué significa «independencia» en ese supuesto), es algo que se discutirá a continuación. Cabe señalar aquí, en todo caso, que es correcto afirmar que la teoría de los elementos negativos del tipo, en su tradicional formulación, no le confiere de independencia a la norma permissiva. Así, por ejemplo, HIRSCH, *Negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, 273. Esta opinión es correcta y refleja solo que la teoría de los elementos negativos del tipo, en su presentación tradicional, no fue edificada sobre una teoría de la norma.

⁸² No se desconocen aquí otras orientaciones que también le confieren de primacía a la norma permissiva, sin recurrir para esto a una metaregla que así lo disponga. Por todos, TIEDEMANN, *FS-Baumann*, 1992, 7 ss., 10 ss., quien parece proponer que la ubicación de las causas de justificación en la parte general del CP puede ser indicador (de carácter «institucional») para su comprensión como normas con una aplicación preferente. Por su parte, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 110, parece en realidad reconocer una primacía de la norma permissiva frente a la norma prohibitiva, siendo la metaregla una que impide la aplicación de la primera en caso de no cumplirse ciertas condiciones.

⁸³ MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 208. Sobre el particular, se manifiestan también HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.^a ed., 1988, 419 ss.; RENZIOWSKI, *Notstand*, 1994, 132 ss.

2.1.2. Hecho atípico y hecho típico pero justificado desde una teoría de la norma.

1. La exposición del asunto que será abordado a continuación puede iniciarse con una declaración, al parecer, incontrovertida: tanto los defensores de una teoría del tipo guía (concepción tripartita del delito) como los defensores de una teoría de los elementos negativos del tipo (concepción bipartita del delito) estarían de acuerdo con que la realización de un hecho típico (esto es, lo que se entiende generalmente como la concurrencia en el hecho de los elementos del tipo, tanto objetivos como subjetivos) representa un «indicio» de la existencia de un injusto que ha de ser confirmado por la ausencia o negado por la presencia de la concurrencia de una causa de justificación, respectivamente⁸⁴. La discusión se concentra, en realidad, «en el estatus de ese indicio no confirmado»⁸⁵. Así, mientras los defensores del tipo guía señalarían que un hecho típico pero justificado no hace que desaparezca esa tipicidad⁸⁶, los defensores de la teoría de los elementos negativos del tipo afirmarían que la concurrencia de una causa de justificación suprime ya la condición del hecho como «típico»⁸⁷. No se trata pues de una discusión nominal, sino de un asunto que describe una importante cuestión en el marco de la relación entre tipo y antijuridicidad: la consideración de si hay una relevancia material en el hecho típico pero justificado (así la teoría del tipo guía) o si directamente no la hay (así la teoría de los elementos negativos del tipo)⁸⁸.

⁸⁴ Al respecto, por todos, JAKOBS, AT, 2.^a ed., 1991, 6/59 ss. (=DP. PG., 1997, 6/59 ss.); ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 10/23 ss.; LUZÓN PEÑA, *Lecciones*. 3.^a ed., 2016, 12/17. La idea del «indicio» proviene de MAYER, M. E., AT, 1915, 10, n. 21.

⁸⁵ WILENMANN, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 125.

⁸⁶ Por todos, KAUFMANN, Armin, JZ 1955, 39 ss.; HIRSCH, *Negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, 16 ss.; WELZEL, *Strafrecht*, 11.^a ed., 1969, 80 (=DP. PG., 1970, 81). Estos autores entendían al tipo como *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad. Al respecto, MINAS-VON SAVIGNY, *Negative Tatbestandsmerkmale*, 1970, 103, señala que en esta orientación: el tipo «es condición suficiente de la consecuencia jurídica “antinormatividad”, pero no condición suficiente para la validez de la consecuencia jurídica “antijuridicidad”. Condiciones de validez suficientes para la consecuencia jurídica “antijuridicidad” son tanto la existencia del tipo de delito (*Deliktstatbestand*) y la inexistencia de causas de justificación».

⁸⁷ Por todos, MEZGER, *Tratado*, t. I, 1957, 308 ss.; LANG-HINRICHSSEN, JZ 1953, 362 ss.; KAUFMANN, Armin, JZ 1954, 356 ss. Estos autores señalan que el tipo es *ratio essendi* de la antijuridicidad. Al respecto, MINAS-VON SAVIGNY, *Negative Tatbestandsmerkmale*, 1970, 102, señala que en esta orientación el tipo «es condición suficiente para la consecuencia jurídica “antijuridicidad”; la inexistencia de causas de justificación es condición negativa de validez de la antijuridicidad».

⁸⁸ Es importante mencionar aquí que quienes sostuvieron que el hecho típico pero justificado tiene una relevancia normativa recurrieron esencialmente a dos argumentos. Primero, el de la tipicidad como «antinormatividad», distinguible a su vez de la antijuridicidad. Esta argumentación fue seguida, como es claro, por el finalismo (Armin KAUFMANN, HIRSCH). Segundo, la consideración de que la tipicidad implica ya una relevancia social del comportamiento, pese a que concurra una causa de justificación.

2. A lo largo de esta investigación se ha insistido en el carácter imperativo de la norma primaria, esto es, en el mandato y la prohibición como manifestaciones de la norma como mensaje prescriptivo. La claridad de esta comprensión contrasta, sin embargo, con aquella que corresponde a la permisión, la que, a primera vista, parece estar siempre condicionada a la concurrencia previa de una prohibición, pues solo así la permisión tendría efectos: permitiendo (en el caso de la prohibición) o liberando (en el caso del mandato)⁸⁹. La permisión (o liberación), entonces, solo sería relevante si se refiere a una prohibición (o a un mandato), pues así aquella podría recortar su ámbito de aplicación⁹⁰. Ahora bien, es claro que, para el Derecho penal, solo interesa concentrar la atención en las permisiones que se refieran a normas que asignan a una conducta la condición de prohibida: una conducta puede estar prohibida, pero si concurre una permisión, la calificación deóntica de esa conducta quedará relegada por la de permitida⁹¹. Esto no quiere decir que no se haya discutido la posibilidad de explorar un escenario en el que la permisión no esté condicionada por la previa presencia de una norma que califica deónticamente una conducta como prohibida⁹². La deliberación sobre el significado independiente o dependiente de la denominada «norma permisiva» con respecto a la norma directiva parece ser la razón de la distinción, propuesta por VON WRIGHT, entre permisión en sentido «débil» y permisión en sentido «fuerte»⁹³. ¿Tiene esta distinción alguna trascendencia para el Derecho penal?

⁸⁹ HRUSCHKA, *Estudios*, 2005, 41 ss.

⁹⁰ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Concepto*, 1981, 178 ss., quien, al abordar a las permisiones, las caracteriza como «normas referidas».

⁹¹ ORTIZ DE URBINA GIMENO, *InDret* 3/2008, 13.

⁹² ALCHOURRON/BULYGIN, *Análisis lógico*, 1991, 216, señalan que, en la medida que no todos los estados de cosas están regulados por el legislador y que, por lo tanto, los sistemas normativos no son completos y puede haber lagunas, la tesis de la interdefinibilidad (la permisión es la no prohibición y la prohibición es la no permisión) no podría ser correcta, pues no parece ser posible admitir que del principio «lo que no está prohibido está permitido», pueda extraerse que «lo que no está permitido está prohibido». También, ATIENZA/RUIZ MANERO, *Piezas del Derecho*, 2.ª ed., 2004, 115 ss. Las libertades constitucionales son más que solo «permisos». Estos autores consideran que los permisos actúan en tres tipos de ámbitos: como operadores de una regla regulativa (siendo este el ámbito que aquí interesa, pues se vincula a la relación entre tipo y antijuridicidad), en el contexto del ejercicio de poderes normativos y en la configuración de las libertades constitucionales. Por su parte, ORTIZ DE URBINA GIMENO, *InDret* 3/2008, 13, señala que «Las normas de permiso son también relevantes cuando la conducta no está deónticamente calificada, pero (a) hay dudas sobre la permisión de la conducta (...) o b) existe el temor de que ésta vaya a ser regulada en algún sentido directivo (ordenada o prohibida) por alguna autoridad de rango inferior a aquella que dicta la norma permisiva».

⁹³ VON WRIGHT, *Norm*, 1963, 86 ss., precisamente, introduce la distinción entre permiso «débil» y permiso «fuerte» para evitar las consecuencias indeseables de la tesis de la interdefinibilidad señalada anteriormente. VON WRIGHT, al parecer, llega a dos definiciones de permiso «fuerte»: primero, señala que un acto «está permitido en el sentido fuerte si no está prohibido, pero está sometido a norma»; y, segundo, señala que «en términos generales, un acto está permitido en el sentido fuerte si la autoridad ha considerado su status normativo y decide permitirlo». ALCHOURRON/BULYGIN, *Análisis lógico*, 1991, 217, señalan que ambas

3. La permisión en sentido «débil» alude a una acción no sometida a una norma prohibitiva (una acción no es subsumible en una norma prohibitiva, por lo que de plano estaría permitida), mientras que la prohibición en sentido «fuerte» hace referencia a una acción sometida tanto a una norma prohibitiva como a una norma permisiva (una acción subsumible tanto en una prohibición –por ejemplo: «prohibido matar»– como en una permisión –por ejemplo, «permitido matar en legítima defensa»–). Sin embargo, pese a la distinción entre permisión en sentido «débil» y permisión en sentido «fuerte», ambas aluden al mismo estatus deóntico: «permitido». Dado que los operadores deónticos de la prohibición y el mandato son interdefinibles, se entiende que lo permitido no está prohibido y que lo no permitido está prohibido⁹⁴. Esto conduciría a darle la razón a la comprensión tradicional de la teoría de los elementos negativos del tipo: si se regresa al ejemplo difundido por WELZEL, se podría decir que matar a un ser humano en legítima defensa está permitido tanto como matar a un mosquito. En ambas situaciones el

definiciones «no son equivalentes». La primera definición requiere dos condiciones: (i) un acto no ha de ser prohibido y (ii) debe estar «sometido a norma», es decir, debe ser permitido u obligatorio. La segunda definición, en cambio, requiere solo una condición: el acto debe ser (expresa o tácitamente) permitido. Si se pone el ejemplo de permitir el homicidio en legítima defensa se tiene que se permite un acto (homicidio) que está prohibido (homicidio). Ante la pregunta si ese acto es considerado como permitido en sentido «fuerte», se llegarían, según ALCHOURRON/BULYGIN, *Análisis lógico*, 1991, 217, a dos conclusiones: la primera definición diría que no, «pues el acto está prohibido»; pero la segunda definición diría que sí, «pues el acto está explícitamente permitido». Si el asunto relevante consiste en solucionar conflictos, entonces la primera definición parece escapar de su reconocimiento (por lo que, antes si quiera de la verificación de un conflicto, la norma prohibitiva ha de reconocerse como la disposición aplicable en detrimento de la norma permisiva, sin que haya suficiente justificación para esto), por lo que solo la segunda haría referencia a un genuino conflicto entre normas. ALCHOURRON/BULYGIN, *Análisis lógico*, 1991, 218, señalan que, si se admite la posibilidad de conflictos dentro de un sistema normativo (VON WRIGHT, *Norm*, 1963, 86, también lo admite), entonces habría que admitir a la segunda definición como la más apropiada para la permisión en sentido «fuerte». Esta conclusión se opone a la idea de que el permiso «fuerte» implica el permiso «débil», conclusión que solo sería admisible con la primera definición (de permiso «fuerte») antes mencionada. Y es, precisamente, la primera definición la que, al parecer, presupondría ya una solución de la antinomia a favor de la norma permisiva. Al respecto, ATIENZA/RUIZ MANERO, *Piezas del Derecho*, 2.ª ed., 2004, 120 ss., n. 3, señalan que la primera definición (de permisión en sentido «fuerte») «elimina la posibilidad de permisos fuertes que sean antinómicos con normas prohibitivas y que esta eliminación carece de justificación. Es más, parece que una diferencia importante entre permisos fuertes y débiles residen en que los primeros, al depender de una norma permisiva, pueden dar lugar a contradicciones en el sistema (entre la norma permisiva y una eventual norma prohibitiva) lo que, naturalmente, no puede ocurrir en el caso de los permisos débiles (puesto que éstos se definen como la mera ausencia de norma)». Por lo demás, el núcleo de la distinción entre permisión «fuerte» y permisión «débil» parece haber sido reconocido ya por algunos autores alemanes de finales del siglo XIX, quienes ya señalaban que no era lo mismo el estar permitido que el estar no prohibido. Al respecto, BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. I, 1894, 93 («la así llamada proposición jurídica permisiva, vista en sentido lógico, es más que el mero hecho de la inexistencia de una prohibición»). Criticó a BIERLING, entre otros, BINDING, *Normen*, t. I, 4.ª ed., 1922, 103, n. 7 (quien, al parecer, pasó por alto la distinción).

⁹⁴ ALCHOURRON/BULYGIN, *Análisis lógico*, 1991, 217.

significado del término «permitido» es el mismo, es decir, existe una estricta equivalencia semántica⁹⁵.

4. Ahora bien, pese a tal equivalencia semántica, se ha sostenido que existe una diferencia pragmática entre un hecho atípico y un hecho típico pero justificado, sobre la base, precisamente, de la distinción entre permisión «débil» y permisión «fuerte»⁹⁶. Así, la permisión «débil» requiere, para ser tal, solo de la verificación de que la acción no se somete a ninguna norma, esto es, a una norma prohibitiva (que haga posible calificar deónticamente a la acción como prohibida). Si esto es así, lo «prohibido» y lo «permitido en sentido débil» sí que estarían en una relación de contrariedad (serían términos contradictorios)⁹⁷. Por su parte, una permisión en sentido «fuerte» requeriría necesariamente de una prohibición en la que la acción correspondiente sea subsumida. En este caso, lo «prohibido» y lo «permitido en sentido fuerte» no solo no están en relación de contradicción (pues que una acción no sea prohibida, no quiere decir que esté permitida en sentido «fuerte», sino que solo podría estar permitida en sentido «débil»⁹⁸), sino que tampoco están en una relación de contrariedad (pues una acción puede ser prohibida y permitida en sentido «fuerte» al mismo tiempo, en la medida que se admita la posibilidad de una colisión entre normas que califiquen deónticamente de manera distinta a la misma acción⁹⁹)¹⁰⁰. Parece ser que quienes destacan esa distinción pragmática pretenden resaltar la necesidad de una «base normativa para un posible juicio peyorativo»¹⁰¹, la que no existiría en el caso de una conducta permitida en sentido «débil», pero que sí existiría en el caso de una conducta permitida en sentido «fuerte». En esa línea, una acción permitida en sentido «débil», al no estar sometida a ninguna norma, no podría constituirse como objeto de valoración alguno a diferencia de lo que podría suceder en el caso de una acción

⁹⁵ MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 182. Al respecto, BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. I, 1894, 93, quien sostuvo que «(...) toda así llamada “norma jurídica permisiva”, vista desde una perspectiva puramente lógica, es más que el mero hecho de la no existencia de una prohibición. Pero, según su efecto, por sí sola no va más allá de la constatación de que la acción “permitida” no se opone a prohibición alguna». En todo caso, BIERLING, pese a la distinción entre lo permitido y lo no prohibido, termina reconociendo que «el resultado práctico es exactamente el mismo que se sigue de cada reconocimiento (da igual como se obtenga) de la no existencia o no validez de una prohibición en el caso dado».

⁹⁶ MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 182.

⁹⁷ Por lo que la usual frase «todo lo no prohibido está permitido» diría en realidad «todo lo no prohibido está permitido (en sentido débil)».

⁹⁸ ALCHOURRON/BULYGIN, *Análisis lógico*, 1991, 218.

⁹⁹ ALCHOURRON/BULYGIN, *Análisis lógico*, 1991, 218.

¹⁰⁰ Sobre las relaciones entre contradicción y contrariedad, JOERDEN, *Logik im Recht*, 2.ª ed., 2010, 7 ss.

¹⁰¹ MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 184.

permitida en sentido «fuerte», en la que sí puede realizarse ese enjuiciamiento, y en la que sería decisiva la permisión o, con mayor claridad, la causa de justificación¹⁰². La diferencia pragmática, entonces, parece ser decisiva en algún sentido¹⁰³, y podría, ya en el ámbito de la relación entre tipo y antijuridicidad, hacer posible el reconocimiento del hecho atípico como algo valorativamente distinto al hecho típico pero antijurídico¹⁰⁴. Este planteamiento, del que emerge la idea de que el hecho típico es, por lo menos, «socialmente relevante»¹⁰⁵, supondría una clara oposición a la idea de la identidad valorativa o material entre el hecho atípico y el hecho típico pero justificado¹⁰⁶.

5. Sin embargo, de manera pragmática también se puede afirmar que la permisión solo sería relevante cuando acompaña una norma que califica una acción como prohibida: si no hubiera permiso (permisión «débil»), esa acción estaría prohibida (en el caso de que haya una norma que le confiera a esa acción de tal estatus deóntico), pero si aquel sí concurre, entonces la calificación deóntica quedaría relegada y sustituida por la de permitida (permisión «fuerte»)¹⁰⁷. Como se ha señalado, la distinción propuesta por VON WRIGHT adquiere importancia en aquellos ámbitos en los que hay conductas sobre las que el propio sistema no se ha referido expresamente sobre su condición de permitidas¹⁰⁸. Este escenario, referido más bien a la evitación de lagunas, difícilmente sea compatible con el que corresponde al del Derecho penal, centrado esencialmente en mostrarse como un sistema

¹⁰² Al respecto, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 106 ss.; JRE 2 (1994), 339 ss., 346 ss.; GA 2010, 495; RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, 24 ss.

¹⁰³ MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 185, señala incluso que «El desconocimiento de esta diferencia pragmática –en tanto concerniente a la fundamentación (discursiva) del carácter respectivamente permitido de una acción en una y otra situación– es el defecto capital de la ya mencionada teoría de los elementos negativos del tipo», esto es, a la teoría en su formulación tradicional (y no la construcción lógico formal, que recurre a la teoría del Derecho, expuesta por MINAS-VON SAVIGNY, *Negative Tatbestandsmerkmale*, 1972, 34 ss., 39 ss., 75 ss., 92 ss., 101 ss.). Ese «defecto capital» sería la no consideración de que un hecho permitido tiene distinta fundamentación: en el permiso «débil» no hay desvaloración alguna de la acción, pero en el permiso «fuerte» sí que la hay (por estar prohibido), pese a ser en última instancia permitido.

¹⁰⁴ Así, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, 109, quien diferencia correctamente entre lo normológico (relación entre la prohibición y la permisión) y lo pragmático (que la justificación de una conducta presupone una evaluación negativa de esta). Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 537, quien, señala que la identidad de consecuencias entre el hecho atípico y el típico pero justificado «no significa, ciertamente, que no nos hallemos ante fenómenos diversos» (argumentando así a favor de la consideración de la tipicidad como nivel valorativo propio).

¹⁰⁵ Por todos, ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 10/21.

¹⁰⁶ Al respecto, por todos, KAUFMANN, Arthur, *Schuld*, 2.ª ed., 1983, 102; PUPPE, *FS-Otto*, 2007, 393; SILVA SÁNCHEZ, en: *LH-Schünemann*, t. I, 2014, 500.

¹⁰⁷ Parecido, ORTIZ DE URBINA GIMENO, InDret 3/2008, 13.

¹⁰⁸ Precisamente, VON WRIGHT considera que su planteamiento está orientado a solucionar el problema de las lagunas y el de las normas de competencia. El citado autor considera que hay veces en que el sistema se pronuncia expresamente sobre la permisión de ciertas conductas, pero en otras ocasiones no lo hace.

normativo de regulación de conductas. En ese sentido, el ámbito jurídico-penal, en donde rigen altos niveles de determinación (sobre todo en lo prohibido y lo mandado, y posiblemente en menor medida en lo permitido¹⁰⁹) en cumplimiento del principio de legalidad, no parece ser un escenario comparable al que corresponde a la introducción de una denominada «norma permisiva» en un ámbito no previamente regulado por una norma directiva, por lo que, en definitiva, la distinción entre permisión «débil» y permisión «fuerte» (correcta en términos descriptivos), en realidad, parecería no tener mayores efectos para el Derecho penal¹¹⁰. Curiosamente, pese a esta conclusión, en la que la relación entre la conducta atípica y la típica pero justificada parece reflejarse en la distinción entre permisión en sentido «débil» y permisión en sentido «fuerte», la doctrina mayoritaria le concede a la tipicidad un nivel valorativamente autónomo, lo que conduciría a admitir una estructura tripartita del delito y no una de carácter bipartito, como sería de suponer en caso de seguir una perspectiva normológica en la edificación de aquella estructura.

6. Conforme a la teoría de los elementos negativos del tipo (o teoría del tipo global de injusto), aquí asumida, es frecuente sostener que un hecho atípico y un hecho típico pero justificado tienen exactamente los mismos efectos (identidad material existente entre una conducta atípica y una típica pero justificada). A esta misma conclusión llegan otros autores, aunque sin defender la teoría de los elementos negativos del tipo¹¹¹. Frente a estos,

¹⁰⁹ Esto pues se ha señalado que la determinación que caracteriza a la tipicidad (que fundamenta el injusto), puede ceder en el ámbito de la justificación (que excluye el injusto). Al respecto, MOLINA FERNÁNDEZ, en: CARBONELL MATEU (Dir.)/MARTÍNEZ GARAY (Coord.), *Justificación*, 2008, 13 ss.

¹¹⁰ Por esto, ORTIZ DE URBINA GIMENO, InDret 3/2008, 14-15, señala acertadamente que «Si nos centramos en el subsistema jurídico-penal, la distinción permiso fuerte-permisión débil parece prácticamente indistinguible de la existente entre acciones atípicas (la muerte de una persona) y acciones típicas pero justificadas (la muerte de un agresor realizada en legítima defensa) (...) De concluirse que el principio de legalidad impide considerar que en Derecho penal exista esta distinción, el argumento a favor de la irrelevancia de la distinción entre las conductas atípicas y las típicas pero justificadas no haría sino verse fortalecido». Por su parte, MAZZARESE, en: NAVARRO/REDONDO (Comp.), *Relevancia*, 2002, 132, señala que la distinción entre permiso débil y permiso fuerte se limita al ámbito de la lógica deóntica, «encontrando escaso eco en la literatura de teoría del derecho». En todo caso, vale decir que, si bien para el Derecho penal la señalada distinción parece no tener trascendencia, sí que puede tenerla en otros ámbitos. ALCHOURRON/BULYGIN, *Análisis lógico*, 1991, 235 ss. En ese sentido, ORTIZ DE URBINA GIMENO, InDret 3/2008, 13, señala que «Las normas de permiso son también relevantes cuando la conducta no está deónticamente calificada pero (a) hay dudas sobre la permisión de la conducta (por ejemplo porque es una nueva posibilidad, producto de un desarrollo social o tecnológico, o porque la jurisprudencia no es uniforme al respecto) o (b) existe el temor de que ésta vaya a ser regulada en algún sentido directivo (ordenada o prohibida) por alguna autoridad de rango inferior a aquella que dicta la norma permisiva».

¹¹¹ Así, por todos, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 632: «(...) incluso desde perspectivas no pertenecientes a la moderna orientación teleológico-funcionalista del sistema, esto es, desde posiciones favorables al mantenimiento de una sistemática tripartita (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, como

otro sector importante de la ciencia jurídico-penal (principalmente aquellos defensores del finalismo¹¹²) se han opuesto a que un hecho atípico y un hecho típico pero justificado tengan los mismos efectos. En ese sentido, de entre la amplia lista de objeciones que se le ha formulado a la teoría de los elementos negativos del tipo¹¹³, una de las principales se refiere a la no existencia de una diferencia material o sustancial entre los elementos positivos que fundamentan el injusto de una conducta delictiva y los elementos negativos cuya concurrencia sirve de base para la aplicación de una causa de justificación¹¹⁴, esto es, en otras palabras, entre un hecho atípico y un hecho típico pero justificado¹¹⁵. Precisamente, esta parece ser la principal objeción de quienes, si bien admiten una concepción bipartita del delito, no admiten la teoría de los elementos negativos del tipo¹¹⁶

categorías fundamentales) el debate en torno a estos temas parece hallarse dominado por un punto de vista intermedio, el cual sin embargo, se encuentra seguramente mucho más cerca de los resultados de la teoría de los elementos negativos del tipo –aunque esta teoría, como tal, se critique– que de la propuesta finalista».

¹¹² En la teoría del Derecho es posible encontrar dos orientaciones sobre la relación entre las «permisiones» y la aquí denominada «norma primaria». Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 525. Primero, la posición que considera que «las proposiciones permisivas tienen naturaleza autónoma respecto a las normas primarias jurídico-penales y cumplen –entre otras– la función de mostrar como conforme al Derecho en su conjunto un comportamiento infractor de la norma primaria penal». Segundo, la posición por la cual se «niega significado autónomo a las referidas proposiciones permisivas, concibiéndolas como “*uno de los diversos elementos de cuya interpretación conjunta resulta el contenido y el ámbito de la norma primaria*”» (cursiva en el original). La primera orientación fue seguida por el finalismo.

¹¹³ Con múltiples referencias, TRAPERO BARREALES, *Error*, 2004, 237 ss.

¹¹⁴ Así, por ejemplo, MIR PUIG, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. II, 2008, 1313, ha señalado que la teoría de los elementos negativos del tipo no cree necesario otorgar ningún sentido normativo propio a la parte positiva del tipo. Destacaban ya que entre atipicidad y justificación habrían «diferencias valorativas esenciales», WELZEL, *Das neue Bild*, 4.ª ed., 1961, 24 (=Nuevo sistema, 2004, 82); HIRSCH, *Negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, 278 ss.; CEREZO MIR, *Curso*, t. II, 6.ª ed., 1998, 85.

¹¹⁵ Al parecer, esto ya desde BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. I, 1894, 93 ss., quien expresamente resaltó la distinción entre el «estar permitido» y el «no estar prohibido», aunque parece admitir que los resultados prácticos son los mismos. Es importante tener en cuenta que el «no estar prohibido» (es decir, que un determinado hecho no está sometido a prohibición alguna, pues no existe esa prohibición) es lo que se ha denominado modernamente como una «permisión en sentido débil», mientras que el «estar permitido» (esto es, un hecho sometido a una norma prohibitiva, pero a la vez sometido a una norma permisiva), sería una «permisión en sentido fuerte». Al respecto, VON WRIGHT, *Norm*, 1963, 85 ss.; ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Análisis*, 1991, 215 ss.; ATIENZA/RUIZ MANERO, *Piezas del Derecho*, 2.ª ed., 2004, 124 ss. BINDING, *Normen*, t. I, 4.ª ed., 1922, 103, n. 7, que criticó a BIERLING en la distinción antes mencionada, constituye el mejor ejemplo del desconocimiento de tal distinción en la época.

¹¹⁶ En efecto, parece ser que, desde un enfoque teleológico del Derecho penal, ha de otorgarse al hecho típico algún nivel de valoración trascendente. Así, por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.ª ed., 1996, 324 (=DP. PG., 2002, 347.), señalan: «Sin embargo, la acción justificada sigue siendo típica. La acción típica y, especialmente, su resultado, no puede ser hechos desaparecer sin más y por lo tanto sólo son aprobados jurídicamente. Con ello se comprueba que el tipo es un grado jurídico-penal valorativo de carácter autónomo que constituye para todos una señal de advertencia a través de la cual se muestra por donde caminan los límites de una norma prohibitiva sancionada penalmente (**función de llamada del tipo**)» (resaltado en el original). Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 639-640, señala que «la tipicidad (...) si bien es cierto que se basa en la contemplación de una parte del hecho, puede permanecer como subnivel diferenciado dentro del juicio global de antijuridicidad, y producir indirectamente alguna clase de efectos. En particular (...), incrementa el deber de asegurarse acerca de la concurrencia de los presupuestos de causas de justificación (deber de cuidado), lo que puede hacer que el error vencible (debido a negligencia) sobre los presupuestos de las causas de justificación tenga un ámbito mayor –por mayor exigibilidad– que el que ocupa

(a pesar de considerar como correcta su principal consecuencia práctica: la consideración del error del presupuesto objetivo de una causa de justificación como error de tipo)¹¹⁷. En todo caso, que el hecho atípico y el típico pero justificado pretendan distinguirse porque en este último hay cierta trascendencia social del hecho que no puede ser pasado por alto, también ha sido puesto en duda¹¹⁸.

7. En esta investigación se admite (como hacía la teoría de los elementos negativos del tipo en su formulación clásica) una uniformidad valorativa entre lo jurídico-penalmente irrelevante (el hecho atípico) y lo jurídicamente permitido (el hecho típico pero justificado)¹¹⁹. Si la desaprobación o no desaprobación del hecho exige contemplarlo en toda su globalidad, entonces un hecho típicamente antijurídico es desaprobado mientras que un hecho típico pero justificado no es desaprobado. Si un hecho típico pero justificado no es desaprobado, tampoco lo será un hecho atípico, precisamente, por la uniformidad valorativa que se predica entre ambas situaciones. En todo caso, esa diferencia valorativa que el finalismo reconoce entre el hecho atípico y el hecho típico pero justificado no puede ser afirmado de manera general (el hecho atípico no es «menos grave» que el hecho típico pero justificado, ni viceversa¹²⁰): si bien un hecho atípico siempre excluye la relevancia

en el error de tipo en sentido clásico». Finalmente, MIR PUIG, DP. PG., 10.^a ed., 2016, 16/6, ha señalado: «la sola concurrencia del tipo positivo ya basta para considerar «relevante» el hecho para la consideración jurídico-penal (como Welzel ha dicho, matar a una persona, aunque sea justificadamente, tiene siempre mayor relevancia que matar a un mosquito). Dicha «relevancia» es suficiente para que de la concurrencia del tipo de delito se desprenda ya una «función de llamada» o de advertencia. La razón de todo ello es que la realización del tipo del delito supone ya un ataque imputable del bien jurídico correspondiente, ataque que no desaparece, sino que sólo se justifica, cuando concurre alguna causa que excluye la antijuridicidad» (cursiva y negrita en el original).

¹¹⁷ Al respecto, ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 14/70, donde afirma que las consecuencias de la teoría de los elementos negativos del tipo y la teoría restringida de la culpabilidad son los mismos en el ámbito del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Debido a que ambas teorías llegan a la misma consecuencia, la teoría de los elementos negativos del tipo parece haber perdido importancia. Al respecto, RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, 159.

¹¹⁸ SCHÜNEMANN, en: SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.) y SILVA SÁNCHEZ (Ed.) *Fundamentos*, 1995, 222, quien afirma que «El viejo argumento de Welzel y de Hirsch que hoy en día ha vuelto a retomar Muñoz Conde de que la muerte justificada de una persona es distinta a la muerte de un mosquito, existiendo por tanto una diferencia esencial entre ausencia de tipicidad y justificación, es errónea desde el punto de vista del criterio rector de la lesividad social, ya que, quiérase o no, la muerte de una persona en legítima defensa es tan poco lesiva socialmente como la muerte de un mosquito, mientras que el criterio de la relevancia social proferido de una manera tácita por Welzel, Hirsch y Muñoz Conde no tiene ubicación clara en el sistema del Derecho penal». Antes, WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, 144, señalaba que el hecho típico pero justificado «es socialmente relevante (*social belangvoll*)». Sin embargo, también reconoce que «Es discutido que la declaración de la tipicidad pueda estar anudada a consecuencias jurídicas y por eso le corresponda a ella un propio nivel *jurídico*-valorativo» (cursiva en el original).

¹¹⁹ Al respecto, ORTIZ DE URBINA GIMENO, *InDret* 3/2008, 10.

¹²⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Mir Puig*, 2010, 524, quien señala que «la atipicidad no es “más” que la justificación».

jurídico-penal del hecho, no necesariamente excluye su relevancia jurídico-general; asimismo, un hecho típico pero justificado, excluye su relevancia jurídico-general. Por esto, es absolutamente imaginable un escenario en el que un hecho atípico excluya la relevancia jurídico-penal del hecho, pero no la jurídico-general y que un hecho típico pero justificado excluya toda la relevancia jurídico-general del hecho¹²¹ (escenario en el que se percibiría que el primero es «más grave» que el segundo, refutándose así la impresión de una supuesta mayor gravedad del hecho típico pero justificado que la del hecho atípico)¹²². Queda claro entonces que un hecho atípico podría recibir una mayor desvaloración que un hecho típico pero justificado. Además, la «valoración social» que se reconoce en el hecho típico pero justificado y que presuntamente permite hablar de una distinción material con respecto al hecho atípico, respondería a valoraciones que no son jurídicas, sino de carácter ético¹²³.

8. En definitiva, no hay una diferencia sustancial entre hecho atípico y hecho típico pero justificado¹²⁴. La frase formulada por KOHLRAUSCH¹²⁵ pero difundida por WELZEL, de que, desde la perspectiva de la teoría de los elementos negativos del tipo «no habría diferencia entre dar muerte a un hombre en legítima defensa y dar muerte a un mosquito»¹²⁶ (frase que, en definitiva, quiere decir que un hecho típico pero justificado se encuentra *peor valorado* que un hecho atípico), no es correcta: un hecho atípico puede ser desvalorado por otros sectores del ordenamiento jurídico, incluso de manera superior a un hecho típico pero justificado¹²⁷. Por tanto, «Un comportamiento justificado no es menos conforme a Derecho que otro ni siquiera típico, y está prohibido o es contrario a la norma en tan escasa medida como este»¹²⁸.

¹²¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Mir Puig*, 2010, 524.

¹²² SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 641.

¹²³ Por todos, SCHMID, *Tatbestand*, 2002, 84; ORTIZ DE URBINA GIMENO, InDret 3/2008, 29.

¹²⁴ Así, por todos, FRISCH, *Vorsatz*, 1983, 414; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.ª ed., 2011, 9/101; PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 205; WILENMANN, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 103. Que se señale que entre lo atípico y lo típico pero justificado no hay diferencia sustancial (se tratan de hechos no desaprobados), no supone admitir que la teoría de los elementos negativos del tipo, por lo menos en su exposición tradicional, sea correcta.

¹²⁵ KOHLRAUSCH, *Irrtum*, 1903, 64, dijo: «La homicidio cometido en legítima defensa o en el ejercicio de cualquier otro derecho es sin más conforme a Derecho, ni más ni menos que el homicidio de un mosquito». Hay que tomar en cuenta que KOHLRAUSCH utilizó el ejemplo del mosquito para decir algo completamente distinto a lo que posteriormente diría WELZEL: que actuar en legítima defensa es tan conforme a Derecho como matar a un mosquito.

¹²⁶ WELZEL, *Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 81 (=DP. PG., 1970, 11.ª ed., 119).

¹²⁷ WALTER, *Kern*, 2006, 88; PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 211; WILENMANN, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 147. Al parecer, el propio WELZEL, ZStW 67 (1955), 211 ss., reconoció esto.

¹²⁸ JAKOBS, AT, 2.ª ed., 1991, 6/57 (=DP. PG., 1997, 6/57).

2.1.3. Asignación de derechos mediante la norma permisiva.

1. Lo dicho hasta ahora brinda ya algunos indicios sobre la cuestión de la independencia de la norma permisiva. Que la permisión tenga carácter de norma no solo permite que se pueda hablar de una antinomia en el marco de la relación entre tipo y antijuridicidad, sino también –y esto es más importante– que se pueda entender que la prohibición y la permisión se encuentran en el mismo plano lógico, lo que constituye una condición indispensable para poder afirmar una relación conflictiva (antinomia) entre ambas. Que en el específico ámbito del Derecho penal la permisión esté condicionada a una prohibición previa, esto es, que la permisión solo pueda desplegar efectos si es puesta en relación con una prohibición, no quiere decir, a mi modo de ver, que la norma permisiva no sea relevante: ese condicionamiento de la norma permisiva a la norma prohibitiva describe solamente la existencia de una innegable relación pragmática de la primera con respecto a la segunda¹²⁹. En ese sentido, se pretende discutir aquí si la justificación puede fundamentar un derecho a la ejecución de una determinada acción. Las posiciones en la doctrina, al respecto, tienen diversas orientaciones: mientras algunos sostienen que las «normas permisivas» confieren derechos¹³⁰, otros señalan que no es posible que aquellas fundamenten derecho alguno¹³¹.

2. Se puede retomar aquí las exposiciones de BIERLING y BINDING, pues lo dicho sobre sus respectivos planteamientos sobre la permisión parece ser importante para la determinación de la relación entre cada una de esas orientaciones con el surgimiento de un derecho (subjeto). En el caso de BIERLING, este autor, pese a entender a la norma permisiva como una norma, parece no querer reconocer los efectos de tal calificación, a saber, la imposición de un deber nacido de esa norma y el correspondiente derecho que refleja a ese deber. En efecto, BIERLING consideró que la norma permisiva solo podría manifestar un «deber en sentido amplio», esto es, «un “deber de tener en cuenta que, bajo ciertos presupuestos, las prohibiciones jurídicas no deberían tener validez”, pero nunca por sí

¹²⁹ VON WRIGHT, *Norm*, 1963, 90 ss. También, MINAS-VON SAVIGNY, *Negative Tatbestandsmerkmale*, 1972, 4 ss. Que haya una dependencia pragmática, no quiere decir que la permisión sea «irrelevante». Al respecto, ORTIZ DE URBINA GIMENO, *InDret* 3/2008, 11 ss.

¹³⁰ En esa dirección, por todos, HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.ª ed., 1988, 68 ss.; RENZIOWSKI, *Notstand*, 1994, 168 ss., 173, 175 ss.; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, 37 ss., 176 ss., 325 ss.

¹³¹ De esta opinión, por todos, MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 220 ss.

mismo solo como un verdadero y pleno deber jurídico, pues jamás puede ser considerado como un deber para un determinado hacer u omitir exterior»¹³². Ese «deber en sentido amplio», según BIERLING, tendría como correlato un derecho (subjetivo) que, sin embargo, no podría tener como titular al propio destinatario de la permisión, sino al Estado¹³³. Por su parte, BINDING, que entiende a las «autorizaciones» («*Gewährungen*») solo como proposiciones jurídicas, señala que esas «confieren un derecho a ejecutar una acción de cierta clase»¹³⁴, derecho que, además, también tendría como titular al Estado¹³⁵.

3. Se ha concentrado la atención en un escenario de antinomia, esto es, en una colisión de normas, caracterizada por el hecho de que una misma acción cumpla el contenido semántico tanto de una prohibición como de una permisión. Esta se soluciona estableciendo que la primera norma se suspenda situacionalmente, neutralizando la posibilidad de constituirse como fundamento del respectivo deber de omitir la acción prohibida. Ahora bien, la cuestión que ha de discutirse a continuación tiene que ver con el hecho de si la exclusión de ese deber en el caso concreto implica la aparición de un derecho (subjetivo) para esa misma persona. En otras palabras: se debe establecer si la concurrencia de una permisión en sentido «fuerte» (en términos jurídico-penales: de una causa de justificación) permite la asignación de un derecho (subjetivo) a aquel cuya conducta adopta la calificación deóntica de «permitida». Aunque este asunto parezca una obviedad (el reconocimiento del derecho de defensa o de necesidad parece ser algo que frecuentemente se da ya por descontado), creo que vale la pena discutir este asunto por dos cuestiones estrechamente vinculadas a este, una de carácter previo y otra, posterior. En cuanto al asunto previo, puede quedar claro hasta este momento que la norma permisiva, por su condición de tal, hace posible el surgimiento de un derecho. El problema radicaría

¹³² BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. I, 1894, 179.

¹³³ BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. I, 1894, 179.

¹³⁴ BINDING, *Normen*, t. I, 4.^a ed., 1922, 103, n. 7, 107 ss.

¹³⁵ BINDING, *Normen*, t. I, 4.^a ed., 1922, 107 s., señala que las normas «a diferencia de las autorizaciones, que exclusivamente o en primer lugar quieren *autorizar*, tienen como tarea principal la fundamentación de un deber de obediencia, y por ello establecen a la vez el correspondiente derecho de obediencia» (cursiva por mí). BINDING utiliza el término «*berechtigen*», el que puede ser traducido como «autorizar» o «dar derecho». HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 109, 111, critica a BINDING el hecho de no haber definido «qué entiende por derecho subjetivo». En ese sentido, HOLD VON FERNECK, después de analizar las pocas referencias a la idea de derecho subjetivo formuladas por BINDING en su obra, llega a la conclusión de que este confunde «permiso» y «derecho». Así, HOLD VON FERNECK señala: «Binding considera como “derecho” lo que es meramente permitido. Entonces no se le puede imputar a él contradicción alguna, al argumentar de la siguiente manera: se interpreta a las normas solamente como preposiciones fundamentadoras de deber, “pues no hay un derecho subjetivo, ni derechos subjetivos”, una oración que es completamente correcta si se identifican derecho y permisión».

en que, si tal permisión no adquiere el estatus de norma, quedaría por determinar de dónde emerge el mencionado derecho. Ahora bien, en cuanto al asunto posterior, se debe indagar si la permisión, en caso de asignar un derecho, permite también la aparición de un correspondiente deber, y, en caso sea así, quién sería el destinatario. Estos asuntos, a mi modo de ver, están lejos de ser evidentes y, ya solo por ello, parece quedar justificado dedicar alguna atención sobre ellos.

4. Una primera aproximación sobre el asunto se puede realizar analizando la clasificación, propuesta por VON WRIGHT, en el marco de la permisión en un sentido «fuerte» (en lenguaje jurídico-penal: de un hecho típico pero justificado). Esta clasificación se sostiene, como reconoce el propio autor, en su intensidad¹³⁶, es decir, en los distintos niveles en que la permisión se hace posible por parte de terceros. Un primer tipo de permisión en sentido «fuerte» (que constituye, además, su expresión mínima), es la «declaración de tolerancia». Este tipo de permisión revela que a la autoridad «no le interesa» la realización del acto o no por parte del sujeto, pues implica una mera declaración de tolerancia. Por esto, «La autoridad está determinada a no interferir la conducta del sujeto en lo que a este acto se refiere, pero no se compromete a proteger al sujeto de posibles interferencias de su conducta por parte de otros agentes»¹³⁷. Un segundo tipo de permisión en sentido «fuerte» va más allá: el permiso no solo declara la tolerancia del acto, sino que también contiene una declaración de una «prohibición de obstaculizar o impedir al titular del permiso». En este tipo de permisión, por tanto, quien realiza una conducta permitida tiene además un derecho «en relación con los sujetos de la prohibición»¹³⁸. Se verifica entonces que, mientras se declara la tolerancia de un determinado acto o abstención, se produce también la declaración de no tolerancia de otros actos (un permiso se «combina» con una prohibición¹³⁹) que impidan u obstaculicen la realización del acto tolerado. Finalmente, un tercer tipo de permisión es aquel que señala que el permiso, que declara la tolerancia del

¹³⁶ VON WRIGHT, *Norm*, 1963, 103.

¹³⁷ VON WRIGHT, *Norm*, 1963, 103.

¹³⁸ VON WRIGHT, *Norm*, 1963, 103. BIERLING, por ejemplo, no estaría de acuerdo con esto. El señala que la proposición permisiva es solo una negación explícita de una prohibición, por lo que sostener que sea más que eso, no sería correcto. Así, manifiesta su oposición a que ese «más» tenga que ver, por ejemplo, con la prohibición a otros de impedir la acción permitida. En la permisión no se contiene, en su opinión, una prohibición dirigida a otros. Sostiene que hay otras prohibiciones que son las que se dirigen a evitar acciones que puedan suponer un impedimento de la ejecución de acciones permitidas por parte de otros. Al respecto, BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. I, 1894, 93 ss. Desde la perspectiva de BIERLING, la permisión desempeñaría solo una función negativa.

¹³⁹ VON WRIGHT, *Norm*, 1963, 103.

acto, va acompañado de un mandato de habilitar al titular de permiso de hacer una cosa permitida. En este tipo de permisión, el acto del sujeto no solo sería tolerado, sino que también tiene una «pretensión» o «habilitación» («*claim*») «frente a los sujetos del mandato»¹⁴⁰. Es posible notar, como diferencia esencial entre las dos últimas formas de permiso, que mientras el derecho en relación con los sujetos de la prohibición es un derecho «negativo» de realización por parte de terceros de cualquier acción impeditiva de la que está permitida, el derecho como habilitación por parte de otros de lo permitido es un derecho «positivo» de realización por parte de terceros de una acción favorecedora de la que está permitida¹⁴¹.

4.1. Pues bien, aquí vale la pena destacar el hecho de que, en opinión de VON WRIGHT, el titular del permiso solo podría tener derecho a ejecutar la acción permitida si esa norma permisiva se combina con una norma prohibitiva dirigida a terceros a impedir la ejecución de la acción permitida. En el tema que aquí interesa, esto supondría sostener, por ejemplo, que la legítima defensa confiere un derecho de defensa (derecho de intervención sobre los bienes jurídicos de otro, en este caso, del agresor) que solo será tal en la medida que existan normas prohibitivas dirigidas a terceros para imponerles el deber de no impedir la ejecución de la acción permitida. Este planteamiento presenta algunas inquietudes. Si se trasladan las reflexiones de VON WRIGHT, por ejemplo, a la institución específica de la legítima defensa, habría que sostener que el derecho de defensa solo es tal en la medida que existan otras normas prohibitivas que impongan correspondientes deberes de impedir la ejecución de ese derecho de defensa. Este planteamiento no dice nada sobre un posible deber, correlativo al derecho de defensa del agredido, a imponer al agresor, esto es, un «deber de tolerancia», sino que solo alude a deberes de no intervenir, los que además se impondrían a terceros. Si no entiendo mal, esos deberes serían los que impondrían las normas prohibitivas de actos típicos, esto es, las que prohíben el homicidio, las lesiones o las coacciones. De esta manera, se tendría lo siguiente: el derecho de defensa solo existiría en la medida que el ordenamiento jurídico reconoce normas prohibitivas que imponen deberes de omitir conductas que expresan un impedimento de la realización de la conducta amparada por el derecho de defensa. Pese a que intuitivamente este planteamiento puede ser razonable (las conductas impeditivas de terceros pueden ser conductas típicas), una

¹⁴⁰ VON WRIGHT, *Norm*, 1963, 104.

¹⁴¹ MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 221.

mirada más cuidadosa revela la deficiencia: no hay normas prohibitivas de actos que impidan el ejercicio de un derecho de defensa (que sería la concreción de la función de exclusión del derecho subjetivo), sino de actos cuya realización, en un caso concreto, expresa una afectación de bienes jurídicos (a través del detrimento de la función de utilización del derecho subjetivo). Un derecho de defensa propiamente dicho solo puede surgir cuando exista una situación de justificación que así lo establezca, y esa situación solo existe cuando una conducta manifiesta al exterior las características de la acción que una norma prohibitiva (mediante la imposición de un deber de omitir) pretende impedir. En pocas palabras: no es que el derecho de defensa exista porque existan a la vez normas prohibitivas que impongan deberes de omitir conductas que expresen un impedimento de la realización de la conducta amparada por el derecho de defensa, sino que este derecho existe porque a la vez existen normas prohibitivas que imponen deberes de omitir conductas cuya realización implica el surgimiento de ese derecho¹⁴².

4.2. Segundo, que el planteamiento de VON WRIGHT posee una dirección distinta al que señala que es una y la misma proposición jurídica la que reconoce tanto un derecho como un deber, esto es, se distancia de la tesis de la correlación estricta entre derechos y deberes¹⁴³. Esta tesis, que se remonta hasta MERKEL y BINDING (curiosamente, autores con

¹⁴² El destinatario de la norma permisiva solo tendría «derecho» a ejecutar la acción permitida si esa norma permisiva se combina con una norma prohibitiva dirigida a terceros que diga que se prohíbe impedir el ejercicio de la acción permitida. Si se observa cuidadosamente, se puede decir que no es que la norma permisiva asigne un derecho: solo en la medida que esa norma permisiva esté acompañada de una prohibición a terceros, a quienes se les impone un deber, sería el reflejo de este deber el derecho de que no se le impida el ejercicio de la acción permitida (esta tesis es, por lo demás, acorde a la crítica de HOLD VON FERNECK a BINDING, por la cual no es posible equiparar autorización y derecho). Parece ser que, en realidad, la norma permisiva por sí misma no asigna ningún derecho. Si se dice, por el contrario, que la mera permisiva asigna un derecho, entonces el deber que refleja ese derecho debería ser un deber de no impedir la ejecución de la acción permitida. El resultado, aparentemente, sería el mismo, pero mediante la primera argumentación se hace un rodeo: ya que la norma permisiva no puede asignar un derecho, entonces esa norma permisiva va acompañada de una norma prohibitiva que es la que impone un deber (a terceros) de no intervenir, el mismo que tiene, como reflejo, el derecho de quien ejerce la acción permitida a que no se impida la ejecución de esa acción permitida.

¹⁴³ La tesis de la correlación estricta entre derecho y deber puede reconocerse ya en MERKEL, ZStW 6 (1886), 496 ss., 519, donde señala: «Encontrándose contenidos en cada proposición jurídica un garantizar y un obligar, cada una de ellas se dirige hacia dos lados, a aquellos para quienes deben nacer derechos y aquellos para quienes deben nacer deberes». En el mismo sentido, BINDING, *Normen*, t. I, 4.^a ed., 1922, 107, quien afirma que: «No hay en el hecho ningún derecho al que no se apoye un deber, por tanto, es de suponer la opinión de que toda proposición jurídica debe tener simultáneamente efectos autorizantes y obligantes, ella sería a la vez permiso (*Gewährung*) y norma». También, BINDING, *Handbuch*, t. I, 1885, 182. Sobre el planteamiento de este autor (y las variaciones sobre su concepción), KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 238 ss. (=Teoría de las normas, 1977, 319 ss.)

planteamientos cercanos a una concepción imperativa de la norma¹⁴⁴), pese a algunas inquietudes en cuanto a sus alcances¹⁴⁵, parece ser admisible. La norma primaria (el mandato o la prohibición), conforme a este planteamiento, posee un doble carácter: concede derechos e impone deberes¹⁴⁶. Un planteamiento como el de VON WRIGHT conduciría a admitir, por ejemplo, la existencia de normas que (solo) confieren derechos y de normas que (solo) imponen deberes, lo que sería analíticamente insostenible: una norma que impone un deber debe *eo ipso* otorgar un derecho y una norma que otorgue un derecho debe *eo ipso* imponer un deber¹⁴⁷. En lo que aquí interesa (el asunto específicamente jurídico-penal referido a las causas de justificación, concretamente, la legítima defensa y el estado de necesidad), ha de admitirse, entonces, una relación de correspondencia entre la autorización conferida en una situación de defensa o de necesidad y los deberes que se imponen (a otro, distinto al beneficiado) en esa situación¹⁴⁸.

5. El mencionado planteamiento de VON WRIGHT y las respectivas observaciones al respecto permiten reconocer entonces el punto central de lo que aquí se pretende discutir. La comprensión en virtud de la cual se entiende que una norma confiere no solo un derecho, sino que impone también un deber refleja una concepción «positiva» de la norma permisiva. Esa concepción se opone a la comprensión del permiso como la sola exclusión del ámbito de aplicación de la norma prohibitiva, esto es, una concepción «negativa» de la norma permisiva. Se verifica entonces dos orientaciones opuestas: si se habla de «normas permisivas» es porque se considera que estas poseen una genuina condición normativa y que, conforme a eso, pueden asignar un derecho (por tanto, tiene una función «positiva»); pero si se señala que la norma prohibitiva (que sería la única norma, en el sentido de

¹⁴⁴ Que se defienda una concepción imperativa de la norma no garantiza necesariamente una posición como la de MERKEL o BINDING. HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 120, fue un opositor a la idea del carácter correlativo de derechos y deberes.

¹⁴⁵ Principalmente, el hecho de que se haya reconocido que hay proposiciones jurídicas «primariamente obligantes» y «primariamente autorizantes», esto es, que destacan un específico aspecto de la relación entre derecho y deber, sin que por eso sean solo obligantes o autorizantes. Esta es la posición de BINDING, *Handbuch*, t. I, 1885, 182.

¹⁴⁶ Este hace que BINDING haya considerado a las normas (mandatos o prohibiciones, de carácter imperativo) como «proposiciones jurídicas afirmativas» («*bejahende Rechtssätze*»). Al respecto, BINDING, *Normen*, t. I, 4.^a ed., 1922, 96. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que las normas, en el pensamiento de BINDING, fundamentan un derecho del Estado. Ese autor, como antes se dijo, criticó la teoría de los imperativos. Al respecto, BINDING señaló que había una confusión entre comprender que toda proposición jurídica es un imperativo (el carácter obligante de las normas) con la idea de que la puesta en vigor de una proposición jurídica supone una declaración de voluntad que expresa una pretensión de validez (que denominó «*Rechtsbefehl*»). Al respecto, BINDING, *Handbuch*, t. I, 1885, 197 ss.

¹⁴⁷ MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 227.

¹⁴⁸ HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.^a ed., 1988, 228.

BINDING) se relaciona con la permisión solo en términos de exclusión, entonces esta no podría tener la condición de «norma» (y desempeñaría una mera función «negativa»)¹⁴⁹. Se llega, entonces, al siguiente punto: se mantiene una separación entre normas permisivas y normas de prohibición o se considera que toda norma, prohibitiva o permisiva, conforme a la tesis de la correspondencia, impone un deber y confiere un derecho¹⁵⁰.

5.1. Una concepción «positiva» de la norma permisiva establece que esta norma asigna un derecho que tiene un correlativo deber. Así, por ejemplo, como ya se dijo, la causa de justificación de la legítima defensa fundamenta el derecho de lesionar los bienes jurídicos del agresor, a quien, a su vez, se le impone un correlativo deber de tolerancia, consistente en no impedir el ejercicio de aquel derecho¹⁵¹. Si se considera que la norma primaria (de mandato o prohibición) impone un deber a un individuo para comportarse de una determinada manera (esto es, para actuar u omitir) en una concreta circunstancia, conforme a la tesis de la estricta correspondencia habría que afirmar que ese deber tiene como reflejo un determinado derecho (asignado a otra persona) a que tal comportamiento sea realizado

¹⁴⁹ MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 229, señala que, con esta orientación (la concepción «unificadora» de MERKEL y BINDING, según la cual toda norma es obligante y autorizante a la vez), se «vuelve inviable seguir hablando de las normas “permisivas” como normas que meramente introducen excepciones frente a un determinado conjunto de normas prohibitivas». Curiosamente, HRUSCHKA, *FS-Dreher*, 1977, 189 ss., 209; *Strafrecht*, 2.^a ed., 1988, 374 ss., que defiende la idea de que la norma permisiva confiere derechos, caracteriza como normas que introducen excepciones (normas permisivas que constituyen una exclusión de las normas prohibitivas) a las «causas de justificación intrasistemáticas», dentro de la que estaría, en su opinión, la norma permisiva del estado de necesidad agresivo.

¹⁵⁰ BINDING no fue tan claro en su posición sobre la tesis de la estricta correspondencia entre derecho y deber. Así, pese a reflejar en un primer momento una mayor cercanía con el planteamiento de MERKEL (principalmente en BINDING, *Handbuch*, t. I, 1885, 182), señaló posteriormente (desde una perspectiva difícilmente conciliable con la tesis de la estricta correlación entre derecho y deber) que existen «proposiciones jurídicas que son puras autorizaciones o que únicamente determinan los presupuestos para la existencia del concreto derecho de propiedad sin pensar de manera alguna en la fundamentación de un deber». Al respecto, BINDING, *Normen*, t. I, 4.^a ed., 1922, 107. Sobre las variaciones en el planteamiento de BINDING, por todos, KAUFMANN, Armin, *Normentheorie*, 1954, 238 ss. (=Teoría de las normas, 1977, 319 ss.).

¹⁵¹ ROBLES PLANAS, en: *LH-Mir Puig*, 2010, 460, señala: «El deber de tolerancia otorga por sí solo la legitimación frente al afectado de la injerencia que sufre en su esfera a consecuencia de la necesidad ajena. Por consiguiente, una teoría de la justificación sobre la base de los deberes de tolerancia es sobre todo una teoría de la legitimación intersubjetiva de los deberes de soportar injerencias y pérdidas» (cursiva en el original). LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.^a ed., 2016, 55/55, considera que la terminología «deber de tolerancia» o «deber de soportar» no es correcta pues el afectado por la causa de justificación no tiene un deber estricto de soportar la afectación de su bien jurídico. Sin embargo, si por «deber de tolerancia» se entiende que el ordenamiento jurídico prohíbe al afectado llevar a cabo una acción de repulsión contra el necesitado (cuya acción no puede ser entendido como una agresión antijurídica), entonces esa terminología se vuelve clara y resulta admisible.

(en el caso del mandato) u omitido (en el caso de la prohibición)¹⁵². Y si se considera que el permiso también debe ser pensado desde la perspectiva de la tesis de la correspondencia, esto es, que confiere un derecho (de defensa, por ejemplo) que tiene como reflejo un deber (el mencionado «deber de tolerancia», esto es, el deber de no impedir la realización del derecho concedido), entonces ese permiso debería ser más que una mera proposición autorizadora (como sostenía BINDING¹⁵³), esto es, debería ser, también, una genuina norma (por lo que en definitiva sería correcto hablar de una «norma permisiva»). Una norma prohibitiva, en ese sentido, sería igual que una norma permisiva, pues ambas, en cumplimiento estricto de la tesis de la correspondencia, confieren derechos e imponen deberes¹⁵⁴.

5.2. Una concepción «negativa» de la norma permisiva, por su parte, entiende que el permiso posee una función solamente excluyente del alcance de la norma prohibitiva¹⁵⁵. La idea nuclear de esa concepción radica esencialmente en que la norma permisiva no fundamenta derechos ni deberes. Creo identificar los dos argumentos principales en los que se sostiene esa concepción. Primero, que, si la norma permisiva fundamentara derechos y deberes, entonces una norma prohibitiva también debería hacerlo si es que se quiere mantener la uniformidad en un sistema de normas de comportamiento. De aceptarse este planteamiento, señala la concepción «negativa», se estaría renunciando, en realidad, a la

¹⁵² Por ejemplo, HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.ª ed., 1988, 90, n. 28, aunque refiriéndose al estado de necesidad agresivo, señala que «es también indiferente si en la ley se estatuye una autorización por estado de necesidad agresivo del necesitado o de su auxiliador (como en el § 34.1 StGB) o si en lugar de eso la ley impone al tercero un deber de tolerancia (como en el § 904.1 BGB)». Esto quiere decir que, según HRUSCHKA, el legislador podría optar por establecer una causa de justificación como la del 20.4 CP o § 34 StGB (que constituirían «autorizaciones») o, en su defecto, establecer un delito según el cual se imponga un deber de tolerancia sobre el tercero, esto es, un delito que criminalice a quien impide que el necesitado o su auxiliador puedan llevar a cabo la correspondiente acción salvadora. Esto es así, si no entiendo mal, pues la «norma permisiva» no solo confiere un derecho, sino que impone un deber, asimismo, el hipotético delito antes mencionado no solo impone un deber, sino que también confiere un derecho.

¹⁵³ Precisamente, BINDING, en el marco de su crítica a la teoría de los imperativos, consideró que el ordenamiento jurídico no está compuesto en su totalidad por normas (de carácter imperativo). En ese sentido, el citado autor estimó la necesidad de contemplar proposiciones jurídicas (sin condicionar su «juridicidad» a una dependencia a otras «normas») que no posean la calidad de «normas». Al respecto, BINDING, *Normen*, t. I, 4.ª ed., 1922, 101 ss. Por esto, es que en el planteamiento de BINDING no sería posible recurrir al término «norma permisiva»: si bien, en su concepción, todas las normas son imperativas (constituyen un mandato o una prohibición), no todas las proposiciones jurídicas lo son. Si se quisiera, por tanto, entender que las denominadas «proposiciones jurídicas» constituyen normas, entonces habría que abandonar la teoría de los imperativos (pues esta señala que todas las normas son imperativos y la permisiva, al no serlo, no sería una norma).

¹⁵⁴ Por eso MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 228, señala que una concepción «positiva» de la «norma permisiva», tiene la siguiente consecuencia normológica: «analíticamente, semejante norma “permisiva” en nada se diferencia de una norma prohibitiva».

¹⁵⁵ Parece ser BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. I, 1894, 93 ss., un defensor de esta orientación.

propia distinción entre normas prohibitivas y normas permisivas, para aceptar una concepción unificadora como la propuesta por MERKEL, en la que toda norma sería obligante y autorizante al mismo tiempo. Segundo, que la tesis de que la norma (prohibitiva o permisiva) asigna derechos e impone deberes se apoya sobre la base de una confusión entre la persona respecto a la cual el destinatario de la norma se encuentra inmediatamente vinculado conforme a su posición de deber y la persona en cuyo interés se legitima la finalidad de protección de bienes jurídicos concedida a la norma¹⁵⁶. Esta confusión proviene del intento de combinar dos modelos incompatibles para la fundamentación de deberes: un modelo de obligación para con terceros y un modelo de vinculación a reglas¹⁵⁷.

5.2.1. El primer argumento sobre el que se sostiene la concepción «negativa» de la norma permisiva señala que la distinción entre norma prohibitiva y norma permisiva pierde trascendencia al proponer, en última instancia, la idea de una misma norma obligante y autorizante a la vez. La tesis de que la norma impone un deber y asigna un derecho (que es lo que expresa en esencia la concepción «positiva» de la norma permisiva), es vista, desde la perspectiva de la concepción «negativa» de la norma permisiva, como normológicamente inconsecuente: no habría diferencia entre norma prohibitiva y norma permisiva si la «norma» impone un deber y asigna un derecho (por esto, al parecer, esta orientación exige la renuncia a una concepción imperativa de la norma¹⁵⁸). Si, por ejemplo, en el delito de homicidio, una norma prohibitiva impone el deber de no matar, este tendría, como correlación, un derecho (asignado a otra persona) a que tal conducta no sea realizada, siendo ese derecho fundamentado en la misma norma prohibitiva. Esta conclusión, que recuerda los planteamientos de MERKEL y BINDING, en última instancia haría imposible hablar de normas permisivas, sino que sería, desde la perspectiva de la mencionada concepción «negativa», una sola norma la que a la vez obliga y permite.

5.2.2. El segundo argumento sobre el que se sostiene la concepción «negativa» de la norma permisiva reconoce, como antes se dijo, la existencia de una confusión entre la persona respecto a la que el destinatario de la norma se encuentra inmediatamente vinculado conforme a su posición de deber y la persona en cuyo interés se legitima la finalidad

¹⁵⁶ KINDHÄUSER, GA 2010, 498 ss.; MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 235 ss.

¹⁵⁷ NEUMANN, GA 1985, 398 ss.

¹⁵⁸ MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 199.

consistente en proteger bienes jurídicos asignada a la norma. Pues bien, conforme a este argumento, en caso de sostenerse que la norma permisiva fundamentara un derecho de realizar la conducta permitida, el deber correlativo, consistente en no impedir la ejecución de esa conducta permitida, según la concepción «negativa» de la norma, solo podría recaer sobre el Estado¹⁵⁹. Asimismo, si se señalara que una norma prohibitiva fundamenta un deber de omitir una conducta, el derecho correlativo, consistente en que la persona obligada omita la referida conducta, también tendría como titular al Estado¹⁶⁰. Este planteamiento está estrechamente relacionado con la idea de que la norma es una de Derecho público¹⁶¹ y, si esto es así, entonces es el Estado portador del deber o titular de un derecho pues esto responde a su relación con el destinatario de la norma permisiva (que le asigna a él un derecho) o prohibitiva (que le impone a él un deber), respectivamente. Todo esto conduce, en lo que tiene que ver con las normas permisivas, a negar a existencia de un derecho de defensa o de un derecho de necesidad: el derecho que refleja el deber consistente en no impedir la realización de la conducta permitida no tiene como titular a la persona cuya conducta se permite, es decir, el destinatario de la norma permisiva y el derechohabiente son distintos¹⁶². Y esto independientemente de que haya normas prohibitivas que impongan deberes de no impedir la realización de la conducta permitida¹⁶³.

6.1. En esta investigación se sigue la concepción «positiva» de la norma permisiva. Conforme a esta, como ya se dijo, una norma prohibitiva impone un deber de omitir

¹⁵⁹ MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 237.

¹⁶⁰ MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 237. En los términos de BIERLING, ese derecho del Estado sería, si no entiendo mal, un derecho de obediencia. Pero MAÑALICH parece en realidad distanciarse de esa posición: «Postular un “derecho abstracto y general de obediencia” como la posición deóntica correlativa al deber fundamentado por la norma correspondiente supondría confundir aquello que la norma exige —a saber: la omisión o la ejecución de una acción de cierta clase —con la mera re-descripción de una pretensión de obligatoriedad implicada en la validación de esa norma como fundamento de un deber».

¹⁶¹ Al respecto, *supra* Cap. III, 8.1.

¹⁶² MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 237.

¹⁶³ Por lo tanto, esta posición parece alejarse de la propuesta por VON WRIGHT: como se recuerda, este autor señalaba que la norma permisiva supondría un derecho a realizar la conducta permisiva solo si esa norma permisiva se combinaba con una norma prohibitiva orientada a la imposición de un deber (a un tercero) de no impedir la realización de la conducta permitida. Pues bien, en la posición de VON WRIGHT, aún hay identidad entre quien es titular del derecho y quien es titular del permiso. En la concepción «negativa» de la norma permisiva esa identidad se rompe: mientras el titular del derecho es el Estado, el titular del permiso es el agente (cuya conducta es calificada deónticamente como permitida en sentido «fuerte»). En ese sentido, en la posición de VON WRIGHT, la norma permisiva, por sí misma, no podría fundamentar, por ejemplo, un derecho de defensa, sino solo si aquella norma está combinada con una norma prohibitiva que impone un deber de no impedir la realización de la conducta permitida. Por el contrario, la concepción «negativa» de la norma permisiva conduce a entender que la norma permisiva no fundamenta ningún derecho, esté combinada o no con una norma prohibitiva.

determinada conducta a un sujeto (el destinatario de la norma), por lo que, en caso de que este convierta una razón distinta al deber en motivo para actuar, entonces, con el inicio de la realización de la conducta surgiría una situación de justificación que al tiempo hace posible la aparición de un derecho de defensa o necesidad amparado por la correspondiente norma permisiva, del que se refleja, a su vez, un correlativo deber de tolerancia (a imponer al «responsable» de esa situación de justificación)¹⁶⁴.

6.2. Algo más se puede decir, en todo caso, sobre el deber de tolerancia, el mismo que ha de ser desarrollado en las siguientes líneas, cuando se presente el análisis de las causas de justificación referidas a las situaciones de defensa y de necesidad. El deber de tolerancia, como reflejo del derecho de defensa o necesidad, se impone, conforme a lo dicho, a quien ha de ver a sus bienes jurídicos afectados para salvaguardar los del titular del mencionado derecho. Si se recuerda aquí la posición de VON WRIGHT, que establecía que la norma prohibitiva se orientaba a imponer deberes de omitir acciones impeditivas contra acciones amparadas por normas permisivas, parece ser que el deber de tolerancia, como reflejo del derecho de defensa o necesidad asignado, ya desde la perspectiva de la concepción «positiva» de la norma permisiva, pierde trascendencia. Así, se podría afirmar, por

¹⁶⁴ Con respecto a la norma permisiva, como señala HIERRO, *Eficacia*, 2003, 174, siempre habrá una «correspondencia», pues la permisión autoriza al destinatario a realizar o no realizar la acción (esto es, en el caso de, por ejemplo, la legítima defensa, a ejercerla o no frente a una agresión antijurídica). Si cuando el agente conoce que su conducta se corresponde a la norma se está frente a un «cumplimiento» (y no frente a una mera «coincidencia»), este «cumplimiento», según HIERRO, tampoco podría relacionarse con la norma permisiva: «No cabe, pues, hablar de correspondencia ni de cumplimiento de los permisos (...) el permiso, como tal, no es susceptible de aplicación como no es posible pensar en sanciones al incumplimiento de los permisos, ya que no pueden incumplirse». El asunto que aquí se describe, entonces, es uno de gran complejidad y que ha de merecer una mayor atención: la norma permisiva, a diferencia de la norma prohibitiva, no puede ser cumplida o incumplida (y en esto ambas se diferenciarían). Pero, si se predica que aquella tiene un genuino carácter normativo, entonces, debería poseer una mínima vocación de dirección de la conducta del destinatario. Al respecto, ATIENZA/RUIZ MANERO, *Piezas del Derecho*, 2.ª ed., 2004, 130. Pues bien, creo que vale la pena solamente mencionar aquí (para una discusión posterior) si es que la idea por la que la norma permisiva «debe guiar en algún sentido» la conducta del destinatario (si es que no quiere ser superflua), supone que esa vocación directiva se produzca en un específico contexto, esto es, en el ámbito que aquí interesa, el de la aparición de una situación de defensa o necesidad. Si se trata entonces, de una norma con una pretensión directiva (aunque sea mínima), no lo es porque con su incumplimiento vaya a producirse un estado de cosas desvalorado (pues la norma permisiva, como se dijo, aparentemente no puede cumplirse ni incumplirse; además, su incumplimiento no está asociado a una amenaza de pena), sino que la evitación de ese estado de cosas desvalorado parece responder a una lógica de «fomento» o de «promoción», para de esa manera realizar la conducta calificada deónticamente como «permitida»: no solo porque así «queda en sus manos» el mantenimiento de sus bienes, sino porque el ordenamiento jurídico, al haber resuelto la antinomia previamente desde un punto de vista normológico (calificando deónticamente a la mencionada conducta como «permitida»), le garantiza al agente la no intervención en sus bienes como consecuencia del ejercicio del derecho emanado de la norma permisiva (ejercicio que es expresado mediante conductas típicas). Parecería ser, entonces, que la norma permisiva podría tener algún efecto directivo y no estaría limitada a privar de pertinencia a la prohibición. En todo caso, este asunto debe ser necesariamente objeto de análisis en una futura investigación.

ejemplo, que el deber de tolerancia se erige como un deber de no impedir la realización de una conducta permitida, por lo que ese deber ha de estar ya recogido por una norma prohibitiva de la realización de una acción impeditiva. De entender así al deber de tolerancia, entonces, habría que conceder que, en efecto, se trataría, más que de un deber «contingente»¹⁶⁵, de un deber «irrelevante»: el deber de tolerancia queda desplazado por el deber de omitir la acción prohibida impuesto por la respectiva norma de prohibición¹⁶⁶. Así, por ejemplo: «A», que camina por la calle, es sorprendido por «B», quien con arma blanca en mano le compele a entregarle los objetos de valor que pueda llevar consigo; «A», ante las amenazas de «B», decide defenderse con los puños, golpeando seriamente a «B» quien, para contener los golpes del defensor, decide apuñalarlo en el abdomen, matando así a «A». En este escenario «A» tendría el permiso de lesionar a su agresor (mediante el ejercicio de una legítima defensa), por lo que tanto este como cualquier otro, tendrían el deber de no impedir la realización de esa conducta permitida. Sin embargo, «B» ha infringido ese deber, el que, en el caso concreto, se corresponde con el deber de omitir matar que impone la correspondiente norma prohibitiva (del homicidio). Desde esta perspectiva, entonces, se tiene que el carácter prohibido de la conducta impeditiva está condicionada a la existencia de una norma prohibitiva en la que se subsuma esa conducta¹⁶⁷.

6.3. Sin embargo, lo acabado de decir no es suficiente. Así pues, si no se quiere terminar admitiendo la irrelevancia del deber de tolerancia, ha de aceptarse que, en un caso como el antes relatado, sobre el agresor «B» no concurren uno, sino dos deberes: un deber impuesto

¹⁶⁵ MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 242.

¹⁶⁶ MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 244 ss., quien, si bien reconoce previamente que el deber de tolerancia es «contingente», parece reconocer luego que cualquier forma de realización de la conducta impeditiva tiene en común que el hecho que la correspondiente norma prohibitiva (cuyo contenido semántico sea satisfecho por la conducta) fundamenta un deber de abstención. Dicho de otro modo: poco importa si la conducta impeditiva es una coacción o una lesión grave a quien realiza una conducta permitida, pues la norma que corresponda (la prohibición de coacción o de la lesión grave) fundamenta en igual medida el deber de abstención que infringe quien realiza la conducta impeditiva. Conforme a esto, MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 247, señala: «(...) la fundamentación de un “deber de tolerancia” también queda sometida a un principio de relatividad-a-la-descripción: una persona infringe un deber de abstención por la vía de impedir a otra la ejecución de una acción permitida si y sólo si esa acción impeditiva satisface alguna descripción que la haga subsumible bajo una norma prohibitiva (que a su vez no se encuentre excluida por norma permisiva)».

¹⁶⁷ Al respecto, BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. I, 1894, 94, n. 14, donde señala: «(...) todo impedimento de la legítima defensa necesariamente contiene en sí al mismo tiempo una agresión antijurídica o bien el apoyo de tal agresión sobre el que actúa en legítima defensa. Pero ciertamente la prohibición de tal agresión, así como el apoyo de la misma, antecede a la permisón de la legítima defensa, y precisamente por ello en la constitución de la norma permisiva de la legítima defensa no se requiere de una particular prohibición dirigida a otros de no obstaculizar al que ejerce legítima defensa».

por la norma prohibitiva del robo y un deber de tolerancia como reflejo del derecho de defensa que emerge de la situación de justificación desencadenada por la agresión antijurídica del propio «B». Ambos deberes tienen una relación equivalente a la de un concurso ideal de delitos, con la salvedad de que la infracción del deber de tolerancia, en el caso de que, por ejemplo, el agresor «B» tenga éxito, no refleja la existencia de un delito, sino que solo podría constituirse como una circunstancia que agrava la culpabilidad. En efecto, tanto en la legítima defensa, en el estado de necesidad defensivo como en el estado de necesidad agresivo, la infracción del deber de tolerancia (como reflejo del derecho de defensa o necesidad) supone que el destinatario de la acción defensiva o necesaria, respectivamente, lleve a cabo una acción de repulsión contra el necesitado (o su auxiliador), que puede subsumirse ya en la acción objeto de la norma prohibitiva, pero que al llevarse a cabo en el marco de la situación de defensa o necesidad, le confiere de una mayor gravedad. Así, por recurrir a otro ejemplo, no parece ser lo mismo el escenario en que la norma prohibitiva correspondiente impone el deber de no matar a «X» cuando desenfunda un arma de fuego y dispara a mansalva contra «Y», que el escenario en que la norma prohibitiva correspondiente impone el deber de no matar a «X», quien, luego de verificar que sus disparos no dieron en el blanco y ante el ejercicio de la legítima defensa por parte de «Y», aquel finalmente mata a este mediante un golpe en la cabeza con una vara de hierro que encontró en el lugar de los hechos.

6.4. Si se pretende mantener la uniformidad en la comprensión del sistema de normas vigente en un ordenamiento jurídico, y si se toma en serio la tesis de la estricta correspondencia entre derechos y deberes, entonces, habría que afirmar lo siguiente: así como en una situación de agresión ilegítima la correspondiente causa de justificación fundamentaría un derecho de defensa que puede ejercer el agredido y el correspondiente deber de tolerancia por parte del agresor, cuyos bienes jurídicos quedan sin protección jurídica hasta el límite de lo necesario; entonces, lo mismo cabría afirmar, *mutatis mutandis*, en el caso en el que en una específica situación al agente se le imponga el deber de no matar, que tiene como reflejo un derecho de aquel sobre el que se proyectará la acción del obligado¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Con una argumentación parecida, MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 231, aunque este autor defiende inmediatamente después una orientación contraria.

2.2. Tipo global de injusto.

1. En esta investigación se admite que el tipo global de injusto determina el comportamiento prohibido desde la perspectiva de sus efectos sobre el bien jurídico protegido. Esto quiere decir que el tipo positivo del injusto (tipicidad) fundamenta la lesividad jurídico-penalmente relevante del hecho, mientras que el tipo negativo del injusto (justificación) la excluye. Solamente la conjunción complementadora de uno y otro permitiría un juicio definitivo sobre el injusto del hecho¹⁶⁹. Un hecho típicamente antijurídico confirma la existencia de una lesividad jurídico-penalmente relevante. Sin embargo, un hecho típico pero justificado, si bien es un hecho permitido (pues concurre una causa de justificación), puede ser un hecho lesivo (la lesividad jurídico-penalmente relevante se excluye, pero la jurídico-general puede subsistir)¹⁷⁰.

2.1. La tipicidad de un hecho supone una previa deliberación de lo que puede ser jurídico-penalmente relevante de lo que es jurídico-penalmente irrelevante. Esta deliberación, que tiene como punto de referencia el bien jurídico, es previa a la postulación del tipo (el tipo, como tal, ya expresa tal deliberación previa). Esto significa que el tipo es reflejo de una deliberación previa en el que se han determinado los márgenes de la libertad de acción del individuo. El tipo postula ya una *libertad delimitada*, esto es, establece el límite entre el riesgo penalmente significativo (de ahí, «hacia arriba», hace que el hecho sea penalmente relevante) y el insignificante (de ahí, «hacia abajo», hace que el hecho sea penalmente irrelevante) para el bien jurídico. En otras palabras, el tipo establece las circunstancias que hacen que un hecho sea peligroso o no para el bien jurídico (y es mediante la valoración de tales circunstancias que se puede determinar que un hecho es típico; por ende, la tipicidad es más que la mera subsunción de hechos en el tipo). De todo esto, sin embargo, no se puede decir que el tipo sea ya un hecho desaprobado, pues afirmar la desaprobación del hecho supondría contemplarlo en su totalidad, esto es, tomando en cuenta no solo la parte positiva, sino también la negativa.

2.2. Precisamente, la parte negativa, es decir, la no concurrencia de una causa de justificación confirma la condición del hecho como desaprobado. Mientras que el tipo

¹⁶⁹ Al respecto, ROXIN, DP. PG., t. I., 1997, 10/13.

¹⁷⁰ Por ejemplo, en el caso de una causa de justificación solo de la acción como el estado de necesidad agresivo.

presuponía una deliberación previa (el tipo es ya un *hecho deliberado*, en el que la libertad de acción ya está delimitada), la justificación toma al propio hecho típico como un objeto a deliberar, esta vez, con nuevos criterios de valoración provenientes del todo el ordenamiento jurídico (esto es, no estrictamente jurídico-penales). En atención a lo expuesto en líneas precedentes, el objetivo último de la justificación radica en fundamentar la afirmación de que el hecho se califica deónticamente como «permitido», por lo que, desde una perspectiva pragmática, que es la que corresponde al ciudadano, la realización de la conducta por parte del beneficiado (del derecho de defensa o de necesidad), desde su propio inicio, no estaría desaprobada.

3. La distinción entre tipo (parte positiva del tipo global de injusto) y antijuridicidad (parte negativa del tipo global de injusto) no pasa, según entiendo, porque en la segunda categoría se realice una ponderación y en la primera no: ya en la tipicidad se produce una ponderación, lo que se demuestra al entender al tipo como la expresión de la limitación de la libertad de acción del individuo¹⁷¹. Que tanto en la fundamentación del injusto como en su exclusión se realice un proceso de ponderación, evidencia la relevancia de lo valorativo en ambos estadios¹⁷². En efecto, conforme a lo antes expuesto, se puede señalar que en el tipo se realiza una previa ponderación entre libertad y lesividad. Por su parte, en las causas de justificación se produce una ponderación entre el hecho ya calificado como lesivo (pues es necesaria la existencia previa de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico) y la aprobación de la conducta mediante la concesión de un derecho de defensa (que hace que el resultado no sea considerado un «mal» y que, por eso, se produzca una justificación no solo jurídico-penal, sino jurídico-general) o de un derecho de necesidad (en el que el resultado sigue siendo un «mal», lo que permite solo una justificación jurídico-penal, pero no jurídico-general).

¹⁷¹ Así, frente a la posición clásica de ROXIN, AMELUNG, en: SCHÜNEMANN (Comp.), *Sistema*, 1991, 96 ss., no es posible desconocer que ya en la tipicidad se produce un juicio de ponderación: «ya en el propio tipo penal aparece como producto de una «solución del conflicto» entre puntos de vista favorables y contrarios a la conminación penal». También, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 638, que señala que «No debe olvidarse que la tipicidad de un hecho resulta de una primera ponderación de los argumentos favorables y contrarios a la incriminación del mismo y que, en esa medida, la decisión en virtud de la cual se tipifica un comportamiento reviste de gran importancia, al distinguirlo del conjunto de hechos con meras características antisociales o antijurídicas: es un hecho “penalmente relevante”».

¹⁷² SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2.ª ed., 2010, 637.

4. La perspectiva desde la que se aborda aquí lo relacionado al complejo ámbito de las causas de justificación no se limita a la constelación tradicional, delimitada por la concurrencia entre quien ejerce la causa de justificación y quien realiza una agresión (esto es, un caso usual de legítima defensa). Pienso que es importante atender también a la posición jurídica de los terceros¹⁷³. Antes se dijo que, si un concepto de injusto había de desligarse de la antinormatividad para poder ser definido como una categoría valorativa, era esencialmente por la necesidad de entender que el hecho ha de ser objeto de una desvaloración jurídica de cara a terceros, a quienes se les dirigirían normas que prohíben la participación y permiten la defensa. Esto constituye el punto de partida de las siguientes aseveraciones. A partir de la admisión de la distinción conceptual entre causas de justificación de la acción y causas de justificación del resultado, se ha dicho que ambos confieren al agente un derecho: un derecho de actuar (en el que el resultado sigue siendo un «mal», lo que permite solo una justificación jurídico-penal pero no jurídico-general) y un derecho a lesionar (en el que el resultado no es considerado un «mal», lo que permite una justificación no solo jurídico-penal, sino también jurídico-general)¹⁷⁴. La importancia de tomar en cuenta la figura del tercero se revela cuando las causas de justificación se analizan desde la perspectiva de los derechos que asignan¹⁷⁵. Hasta donde alcanzo a ver, la más moderna doctrina jurídico-penal sobre el asunto ha desarrollado algunos lineamientos desde la perspectiva de la relación entre derechos y deberes, siendo para ello un factor de importancia la figura del tercero. En ese sentido, si se dice que una causa de justificación asigna un derecho, hay discusión sobre en quién recae el deber correspondiente, cuáles son los alcances de ese deber y que efectos tiene. En efecto, generalmente se habla de un derecho de intromisión del sujeto que ejerce la causa de justificación (a favor de él o de un tercero)¹⁷⁶. Que se reconozca que a partir de tal derecho existe como reflejo un deber de soportar tal intromisión, realmente no se explica mucho: este es solamente el punto de partida de la problemática.

3. Causas de exclusión del injusto (causas de justificación) vistas desde una perspectiva consecuencialista.

¹⁷³ De esa perspectiva también, ENGLÄNDER, *Nothilfe*, 2008, 2.

¹⁷⁴ Sobre esta distinción, LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 21/4 ss.

¹⁷⁵ Como se ha señalado antes, algunos autores (defensores de la aquí denominada concepción «positiva» de la permisión) se encuentran a favor de la asignación de un derecho (a intervenir en una esfera jurídica ajena) mediante la permisión. Por todos, HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.ª ed., 1988, 68 ss.; RENZIOWSKI, *Notstand*, 1994, 168 ss., 173, 175 ss.; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, 37 ss., 176 ss., 325 ss.

¹⁷⁶ ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 14/104 ss.

1. El principio del interés preponderante constituye una construcción de gran importancia para la teoría de la justificación¹⁷⁷. En efecto, el mencionado principio, impulsado por MEZGER¹⁷⁸, fue empleado para una pretendida construcción sistemática de las causas de justificación¹⁷⁹. Si se recuerda el planteamiento del mencionado autor, en el que el injusto tenía como base a la norma de valoración, puede señalarse que la concurrencia de una causa de justificación significaba una valoración del correspondiente hecho, pese a ser típico: ya no habría una desvaloración, que quedaría representada por medio de un acción que cumple el abstracto «se debe», sino una valoración de esa acción (que realiza el tipo), por la que se puede afirmar que no hay objeto protegido (principio de la ausencia de interés) o que, habiendo objeto protegido y este es afectado, la acción se valora de manera positiva (principio del interés preponderante)¹⁸⁰. La causa de justificación, por tanto, incide directamente sobre la valoración de la acción: si en la antijuridicidad la acción es desvalorada por la causación de un estado de cosas lesivo, la causa de justificación tendría que incidir en tal estadio y hacer del juicio de desvaloración uno de valoración, esto es, que el estado de cosas desvalorado provocado se justifica en la medida que se evitó un desvalor de estado de cosas mayor.

2. Ahora bien, la pretensión en la construcción sistemática de las causas de justificación ha estado condicionada a la búsqueda de un elemento común a todas ellas. Una orientación distinta, sin embargo, propuso que cada una de las causas de justificación posee características que las hacen particulares y, por lo tanto, parecería preferible reconocer esa diversidad sin que haya que condicionarse a características generales. Así podrían resumirse las propuestas «monistas» y «pluralistas», siendo estas últimas las que se presentan en la opinión mayoritaria¹⁸¹. Y es que, si se pretende explicar y entender los alcances y presupuestos de una causa de justificación en concreto, parece necesario, como punto de partida, reconocer que aquella posee un contenido material que la identifica y que

¹⁷⁷ Por todos, NOLL, ZStW 77 (1965), 1 ss.; SEELMANN, *Verhältnis*, 1978, 32; MONTENBRUCK, *Notwehr*, 1983, 47 ss.; LENCKNER, GA 1985, 295 ss.

¹⁷⁸ Al respecto, ROXIN, DP. PG., t I, 1997, 14/10. Parece ser que el primer trabajo fundamental sobre la teoría del interés preponderante fue el de MERKEL, Rudolf, *Kollision rechtmäßiger Interessen*, 1895, 73, cuyos planteamientos fueron seguidos por el Tribunal del Imperio Alemán en el tratamiento del estado de necesidad justificante como causa suprallegal de justificación.

¹⁷⁹ Por todos, LENCKNER, GA 1985, 305-306.

¹⁸⁰ MEZGER, *Tratado*, t. I, 1957, 341.

¹⁸¹ Al respecto, por todos, JAKOBS, AT, 2.ª ed., 1991, 11/3 (=DP. PG., 1997, 11/3); JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª ed., 1996, 325 ss. (=DP. PG., 2002, 348 ss.); ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 14/37 ss.

puede ser diversa a la de otra causa de justificación. El reconocimiento de esta diversidad es incluso reconocido por los defensores de una comprensión monista¹⁸². Que esto sea así, entonces, parece ser un indicio de que la comprensión de los presupuestos y alcances de cada causa de justificación, si bien es un asunto importante, posiblemente no sea un aspecto determinante para encontrar, tal vez no un fundamento común (que permita «sistematizar» todas las causas de justificación), pero sí una sustancia que se encuentra detrás de las causas de justificación con las que se pretenden resolver situaciones de defensa o necesidad. Esto parece expresarse, en el marco de los planteamientos monistas, con principios abstractos y formales como, por ejemplo, la «pretensión del interés preponderante»¹⁸³ o la «ponderación de valores»¹⁸⁴. Estas consideraciones generales, entonces, revelan algo importante: que la dinámica de la justificación penal, conforme a la opinión mayoritaria, está estrechamente relacionada con el cálculo de bienes y, en ese sentido, es decididamente consecuencialista.

3. En las causas de justificación interpretadas desde la perspectiva del interés preponderante, se sitúa como núcleo la idea de conflicto. Dicho de otra manera: en la base de la problemática se haya la comprensión de que a las causas de justificación subyacen conflictos de intereses¹⁸⁵. La teoría del interés preponderante, con todo, tiene una vocación expansiva que difícilmente puede ser delimitada al ámbito de la justificación: explica de manera global el Derecho penal¹⁸⁶.

4. En esta investigación ya se han advertido algunas apreciaciones sobre la distinción entre consecuencialismo y deontologismo. Como se recuerda, ambas son teorías éticas que permiten determinar lo correcto. De esta manera, el deontologismo considera que la medida de lo correcto es actuar por deber, mientras que el consecuencialismo señala que la medida de lo correcto es la maximización de lo bueno¹⁸⁷. Una perspectiva consecuencialista ubica al estado de necesidad justificante (art. 20.5 CP, § 34 StGB) en una posición de supremacía en el sistema de las causas de justificación. El principio del interés preponderante, de particular importancia en el estado de necesidad justificante, hace que

¹⁸² JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª ed., 1996, 325 s. (=DP. PG., 2002, 349).

¹⁸³ SCHMIDHÄUSER, AT, 2.ª ed., 1975, 9/13 ss.

¹⁸⁴ NOLL, ZStW 77 (1965), 9.

¹⁸⁵ Por todos, ROXIN, *Kriminalpolitik*, 2.ª ed., 1973, 25; DP. PG., t. I, 1997, 14/41; GÜNTHER, H. L., *Strafrechtswidrigkeit*, 1983, 172-174, 255 ss.

¹⁸⁶ HAAS, *Kausalität*, 2002, 70-72.

¹⁸⁷ Al respecto, por todos, GRECO, *Teoría de la pena*, 2015, 95 ss.

esta se convierta en la causa de justificación prototípica, que deben tomar en cuenta las otras para concretarse¹⁸⁸. El problema del pensamiento colectivista, como resultado de una comprensión consecuencialista del Derecho, repercute en la consideración del derecho del individuo como una concesión del Estado, existiendo tal derecho solo en la medida que tenga utilidad social¹⁸⁹.

5. En esta investigación se sigue un camino distinto al que propone la comprensión mayoritaria. Así, aquí se entiende que las causas de justificación representan la aparición de un derecho que aquí puede ser calificado de forma genérica como «derecho de intromisión», el mismo que tiene, como contrapartida, un correspondiente deber de tolerancia¹⁹⁰. Ese derecho de intromisión del sujeto (beneficiado) en una esfera ajena, alude esencialmente a la intromisión que debe ser soportada o tolerada por el titular de esta esfera y que no debe ser impedida por nadie¹⁹¹. Tanto el derecho de defensa como el derecho de necesidad conceden a quien se encuentra en una situación de justificación la autorización de acceder a los bienes jurídicos de un tercero¹⁹². El derecho de intromisión, por tanto, reduce el monopolio del poder del Estado, particularmente en los casos especialmente delicados de conflictos graves¹⁹³. Se trata aquí entonces de una relación entre derecho y deber, propia de una situación de defensa o necesidad, que surge a partir de la aparición de un conflicto entre bienes jurídicos que, a partir de las circunstancias concretas (los presupuestos y consecuencias de la causa de justificación correspondiente), ha de ser solucionado principalmente sobre la base de consideraciones deontológicas, propias de una orientación liberal-individualista, minimizando así las referencias a consideraciones basadas en la utilidad o, en general, en las consecuencias. En ese sentido, como señala VON DER PFORDTEN, «(...) se debe tener presente que tal principio colectivista como el prevalecimiento del Derecho ha de ser tratado con desconfianza,

¹⁸⁸ LENCKNER, *Notstand*, 1965, 137 ss.; GA 1968, 2 ss.; GA 1985, 295 ss., 300, 307, recurre al principio del interés preponderante para derivar de él una teoría dualista. SCHMIDHÄUSER, *FS-Honig*, 1970, 185 ss., 193, propuso un fundamento comparable para su propuesta supraindividual (aunque habla de «bienes» y no de «intereses»). GÜNTHER, H. L., *Strafrechtswidrigkeit*, 1983, 255, considera que las razones por las que se excluye el injusto penal se derivan de una ponderación de los intereses de protección de un bien jurídico de la víctima afectada y de la generalidad, por una parte, y, por la otra, de los intereses de protección del agente y de la generalidad frente al Derecho penal. ENGLÄNDER, GA 2017, 243, señala que el § 34 StGB constituye la «acuñación del interés preponderante como principio general de justificación».

¹⁸⁹ GRECO, GA 2018, 672 s.

¹⁹⁰ HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.^a ed., 1988, 89 ss.; KÜHL, *FS-Hirsch*, 1999, 259 ss., 266; SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1009.

¹⁹¹ Al respecto, por todos, FRISTER, GA 1988, 291; SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1009.

¹⁹² PAWLIK, *Notstand*, 2002, 1.

¹⁹³ PAWLIK, *Notstand*, 2002, 1.

fundamentalmente por razones sistemáticas y ético-jurídicas. El Derecho no se puede justificar de manera colectivista desde una perspectiva ético-jurídica, sino solo de manera normativo-individualista, de esta manera solo en último recurso al sujeto individual afectado»¹⁹⁴.

6. A continuación, me encargaré de plantear ciertas consideraciones sobre algunas de las causas de justificación reconocidas en el ordenamiento jurídico: la legítima defensa, el estado de necesidad defensivo y el estado de necesidad agresivo. Debo advertir que lo que sigue no pretende ser una exposición profunda ni exhaustiva sobre cada una de esas causas de justificación, esto es, que aborde todos y cada uno de sus componentes (a la manera de cualquier obra sobre la parte general del Derecho penal)¹⁹⁵. Por lo tanto, hay muchos aspectos que se dan por sentados y que serán mencionados, de ser el caso, únicamente de manera marginal. Sí que considero importante, en cambio, exponer los alcances que puedan resultar más significativos para los planteamientos expuestos hasta el momento en esta investigación. En ese sentido, señalo que serán dos los aspectos principales sobre los que pretendo concentrarme en las líneas que siguen. Primero, la trascendencia de una teoría de la norma como la defendida en esta investigación (esto es, una norma primaria de carácter imperativo o, como frecuentemente se la denomina, una norma de determinación) en el ámbito de las antes mencionadas causas de justificación. Segundo, la fundamentación de las causas de justificación más allá del recurso a criterios utilitaristas. Tercero, describir y resaltar la dinámica de la relación entre derechos y deberes existente en cada una de las mencionadas causas de justificación. Se pretende sostener, en última instancia, que mientras la legítima defensa constituye una causa de justificación aplicable solo frente a acciones de imputables (destinatarios idóneos de la norma primaria), el estado de necesidad defensivo hace lo propio frente a inimputables (quienes, pese a no ser destinatarios de la norma primaria, realizan también hechos exteriores lesivos). Asimismo, en cuanto al estado de necesidad agresivo, se pretende justificar, desde la teoría de la norma aquí defendida, las razones por las que el destinatario de la acción de necesidad, ajeno completamente al peligro que se repele con esa acción, debe tolerar (conforme a un deber de sacrificio) la afectación de sus bienes jurídicos en beneficio de los del necesitado.

¹⁹⁴ VON DER PFORDTEN, *FS-Schreiber*, 2003, 362.

¹⁹⁵ Un amplio estudio sobre las causas de justificación se encuentra en LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 21/1 ss.

4. Algunas causas de exclusión del injusto en particular.

4.1. Legítima defensa.

1. La legítima defensa parece ser la causa de justificación más arraigada en la consciencia general. Posiblemente, junto a la prohibición de matar (esto es, de la norma primaria «¡No debes matar!»), la permisión consistente en reaccionar frente a la agresión ajena sea una de las nociones más firmemente asentadas en la representación usual (no necesariamente técnica ni especializada) de los miembros de una sociedad¹⁹⁶. Como con gran acierto ha señalado ROXIN, la legítima defensa «es para el particular un derecho protector duro y enraizado en la convicción jurídica del pueblo»¹⁹⁷. Por esto, es claro que la legítima defensa merece un incuestionable reconocimiento en la legislación penal. En España, esta causa de justificación está contemplada en el art. 20.4 CP. Por su parte, en Alemania, esa institución está recogida en el § 32 StGB.

2. Un primer aspecto que vale la pena destacar en el ámbito de la legítima defensa tiene que ver con su fundamentación. Son ampliamente conocidas las dos orientaciones existentes en la doctrina: la fundamentación monista y la fundamentación dualista. Esta última, propia, al parecer, de la opinión dominante, señala que la legítima defensa se sostiene sobre dos principios: la protección individual (fundamento individual) y el prevalecimiento del Derecho (fundamento supraindividual)¹⁹⁸. Precisamente, el argumento

¹⁹⁶ Al respecto, NINO, *Legítima defensa*, 1982, 60, que señala que la legítima defensa «es un elemento inescindible de los derechos individuales básicos». Que esto sea así ha hecho, según el citado autor, que haya opiniones que sostengan que la fundamentación de la legítima defensa, al ser obvia, no necesite de un mayor análisis: «ella derivaría del mero reconocimiento de que los hombres tienen ciertos derechos que no están supeditados a la persecución de objetivos sociales colectivos».

¹⁹⁷ ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 15/1.

¹⁹⁸ La doctrina mayoritaria, que admite ambos principios, estima que ambos poseen la misma importancia. Sobre esta concepción tradicional en Alemania, por todos, BERTEL, ZStW 84, 1972, 8; SEELMANN, *Verhältnis*, 1978, 30; SCHUMANN, JuS 1979, 560; AMELUNG, GA 1982, 392; MONTENBRUCK, *Notwehr*, 1983; SCHROTH, NJW 1984, 2563; SCHÜNEMANN, GA 1985, 368; BERNSMANN, ZStW 104 (1992), 292; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª ed., 1996, 337 (=DP. PG., 2002, 361); ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 14/41; ENGLÄNDER, en: MATT/RENZIKOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, § 32/3. En España, MIR PUIG, DP. PG., 10.ª ed., 2016, 16/39; LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 23/5. Algunos autores han considerado que la legítima defensa se sostiene únicamente sobre la base del principio de protección individual de quien ejerce la defensa (esta orientación, por lo demás, ha adquirido mayor vigor en los últimos años). Al respecto, HRUSCHKA, *FS-Dreher*, 1977, 198 ss.; KLOSE, ZStW 89 (1977), 86; WAGNER, *Notwehrbegründung*, 1984, 29 ss.; NEUMANN, *Zurechnung*, 1985, 162 ss.; FRISTER, GA 1988, 302 s.; HOYER, JuS 1988, 91; MITSCH, JA 1989, 84; JAKOBS, AT, 2.ª ed., 1991, 12/7 (=DP. PG., 1997, 12/7); KIOUPIS, *Notwehr*, 1992, 280 s.; RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, *passim*; KÜHL, *FS-Triffterer*, 1996, 150, n. 9; KORIATH, *FS-Müller-Dietz*, 2001, 361 ss.; HAAS, *Kausalität*, 2002, 71, 254 s. (quien niega el interés del Estado en la legítima defensa).

sistemático central de los defensores de la fundamentación dualista radica en que solo con esta concepción sería posible la distinción entre la legítima defensa y el estado de necesidad justificante¹⁹⁹. En efecto, se sostiene generalmente que, a diferencia del estado de necesidad justificante (en el que, se dice, hay una colisión entre bienes jurídicos individuales que ha de resolverse por medio de un procedimiento de ponderación de intereses que permita el predominio del bien más valioso frente al menos valioso), en la legítima defensa, si bien hay también un enfrentamiento entre bienes jurídicos individuales, el elemento (supraindividual) del prevalecimiento del Derecho (esto es, el interés de que se cumplan los mandatos o las prohibiciones del ordenamiento jurídico²⁰⁰) entra en juego, poniéndose «al lado» de uno de los bienes jurídicos individuales en oposición, al que le otorga decisivamente el predominio frente al otro. De esta manera, el hecho típico pero justificado por la legítima defensa refleja un «saldo positivo»²⁰¹ pues el agredido que ejerce esa causa de justificación no solo se protegería a sí mismo (actuando en defensa de sus propios bienes), sino que también defendería al ordenamiento jurídico²⁰². En un escenario en el que se encuentren en conflicto un determinado bien del agredido y uno del agresor, el interés referido al prevalecimiento del Derecho solo podría predominar si es que al propio ordenamiento jurídico se le asigna un valor superior frente a, por ejemplo, la vida (en este caso, la del agresor)²⁰³.

Otros autores han recurrido, por el contrario, al principio del prevalecimiento del derecho. Así, por todos, SCHMIDHÄUSER, *FS-Honig*, 1970, 193; GA 1991, 115 ss. (se oponen a SCHMIDHÄUSER, HIRSCH, *FS-Dreher*, 1977, 218 ss.; WAGNER, *Notwehrbegründung*, 1984, 13 ss.). De la descripción del § 32 StGB, se tiene que la frase «evitar para sí o para otro» revela el fundamento monista-individual de la causa de justificación. El fundamento supraindividual, a saber, el prevalecimiento del Derecho, no se encuentra en el referido precepto (aunque tampoco queda excluido definitivamente). Al respecto, VON DER PFORDTEN, *FS-Schreiber*, 2003, 361.

¹⁹⁹ Al respecto, por todos, VON DER PFORDTEN, *FS-Schreiber*, 2003, 362.

²⁰⁰ El elemento supraindividual tiene posee varias formulaciones: afectación y defensa de «la vigencia del Derecho», «de la eficacia del Derecho», «del ordenamiento jurídico en sí», «de la idea del Derecho», etc. Al respecto, con sus respectivas referencias, WILENMANN, *Justificación*, 2017, 132.

²⁰¹ GRECO, GA 2018, 667.

²⁰² Al respecto, LENCKNER, *Notstand*, 1965, 137 ss.; GA 1968, 3. Referencias a los orígenes del fundamento supraindividual en Alemania, VON DER PFORDTEN, *FS-Schreiber*, 2003, 361.

²⁰³ Esto lo reconocía ya SCHMIDHÄUSER, *FS-Honig*, 1970, 185 ss., 194, quien señaló que la validez del Derecho es el «bien más elevado en la comunidad». Critican esta orientación, por todos, FRISTER, GA 1988, 291 ss., 296; KARGL, *ZStW* 110 (1998), 38 ss., 51 ss., 68; KORIATH, *FS-Müller-Dietz*, 2001, 361 ss., 371; ROXIN, *FS-Kühl*, 2014, 391 ss., 398 s.; FRISCH, *FS-Yamanaka*, 2017, 49 ss., 55. Últimamente, al respecto, GRECO, GA 2018, 670 s.

2.1. La fórmula, ampliamente conocida, que señala que «el Derecho no debe ceder frente al injusto»²⁰⁴ es bastante expresiva del carácter absoluto de la legítima defensa: no ejercerla sería una especie de «capitulación» frente al delito. De esto se explica, entonces, que en el ámbito de la legítima defensa no haya un «deber de rehuir» («*Ausweichpflicht*»), no haya un deber de buscar ayuda ajena (de un tercero o del Estado) para la resolución del conflicto (ausencia total de subsidiariedad), ni la exigencia de una proporcionalidad entre los bienes que se salvan y los que se lesionan²⁰⁵. La legítima defensa, precisamente por el fundamento supraindividual del prevalecimiento del Derecho, parece conferir la posibilidad de imponer al agresor un daño significativamente mayor, incluso si existen otras posibilidades (huir, por ejemplo)²⁰⁶. Por eso, la opinión mayoritaria concede al prevalecimiento del Derecho un papel fundamental en la interpretación del contenido y alcances de la legítima defensa²⁰⁷. En ese sentido, si en líneas anteriores he sostenido la necesidad de analizar y comprender a las causas de justificación desde una perspectiva distinta a la consecuencialista, queda en evidencia la presencia de una tensión entre la opinión que aquí se pretende mantener con la que defiende la doctrina mayoritaria. En otras palabras, proponer un entendimiento individualista-liberal de las causas de justificación implica necesariamente cuestionar el difundido pensamiento estatal-colectivista que suele influir en la explicación de la legítima defensa. Precisamente, el recurso al fundamento supraindividual de la legítima defensa (esto es, el prevalecimiento del Derecho), parece reflejar un intento de hacer compatible esta causa de justificación con el principio del interés preponderante²⁰⁸ (que, como se dijo antes, fue concebido originalmente como fundamento común para la comprensión sistemática de las causas de justificación).

2.2. Aunque aparentemente una fundamentación dualista de la legítima defensa se relacione estrechamente con un ejercicio ilimitado de esa causa de justificación, una

²⁰⁴ La fórmula parece remontarse a BERNER, *Lehrbuch*, 1857, 144. Crítico con esta fórmula, ampliamente difundida en la doctrina alemana, NINO, *Legítima defensa*, 1982, 26.

²⁰⁵ GRECO, GA 2018, 667.

²⁰⁶ ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 15/2, donde señala que «en el § 32 II (StGB) la ley permite en principio la acción lesiva de bienes jurídicos necesaria para una defensa activa incluso cuando huir o esquivar garantizarían exactamente igual o mejor la seguridad del agredido». También, LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.^a ed., 2016, 23/23, que destaca «la gran amplitud y dureza de la legítima defensa, no proporcional y admisible, aunque cupiera la huida».

²⁰⁷ WILENMANN, *Justificación*, 2017, 138, señala que el fundamento supraindividual (y, en general, las concepciones dualistas), tiene como función exclusiva explicar cuatro aspectos de la comprensión dominante de la legítima defensa en Alemania: ausencia de obligación de ceder y de buscar ayuda, ausencia de control de proporcionalidad, limitación ante inimputables y en caso de provocación.

²⁰⁸ GRECO, GA 2018, 682.

afirmación como esta pronto genera inquietudes, principalmente en el ámbito de los supuestos en los que se revela la necesidad de plantear algunas restricciones al ejercicio de una legítima defensa que pueda demostrarse como manifiestamente desproporcionada²⁰⁹. Esta cuestión es expresiva de una preocupación ya difundida en la doctrina penal, a saber, la referida a los supuestos de extrema desproporción que pueda existir entre la agresión antijurídica y el ejercicio legítimo del derecho de defensa²¹⁰. El establecimiento de las fronteras para delimitar, en el marco del ejercicio de la legítima defensa, lo permitido de lo que no lo es parece ser, entonces, un asunto aún por determinar²¹¹. Este adquiere un significado mayor si se tiene en cuenta que en Alemania, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, la mencionada causa de justificación no está condicionada a las exigencias de proporcionalidad²¹², aunque sí que se tienen en cuenta, como se verá más adelante, las denominadas «restricciones ético-sociales» para excluir la legítima defensa en casos de extrema desproporción²¹³. En España, por el contrario, se ha propuesto la interpretación del elemento «racionalidad del medio empleado» como un criterio que en última instancia alude al principio de proporcionalidad²¹⁴. Estas consideraciones parecen reflejar una de las críticas más usuales a la institución de la legítima defensa: la ausencia de exigencias de proporcionalidad²¹⁵.

2.3. Precisamente, la intensidad del derecho de defensa hace que se generen inquietudes, sobre todo en el ámbito de los casos complejos. En este momento será suficiente evocar la argumentación más reciente sobre las exigencias de proporcionalidad en el marco de la legítima defensa. Desde una perspectiva normativa e incluso constitucional con la cual interpretar la relación entre el Estado y el ciudadano, el derecho (preconstitucional) de legítima defensa debería ser modernizado y constitucionalizado, esto es, al concepto de prevailecimiento del Derecho se le ha de asignar un contenido completamente distinto: no puede tratarse más como *estabilidad del ordenamiento jurídico* (*Unverbrüchlichkeit der*

²⁰⁹ GRECO, GA 2018, 671.

²¹⁰ Por todos, LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 23/5

²¹¹ GRECO, GA 2018, 671.

²¹² BERNSMANN, ZStW 104 (1992), 290 ss., 307; PERRON, *FS-Eser*, 2005, 1019 ss., 1038 s.; GRÜNEWALD, ZStW 122 (2010), 51 ss.; BÜLTE, GA 2011, 145 ss., 146 ss.; NK 2016, 172 ss., 179 ss.; KRAUB, *FS-Puppe*, 2011, 635 ss., 647 ss.; KASPAR, RW 2013, 40 ss., 61.; ENGLÄNDER, en: MATT/RENIKOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, § 32/1.

²¹³ Por todos, WILENMANN, *Justificación*, 2017, 130.

²¹⁴ LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 23/23, donde señala que «posiblemente la interpretación de necesidad “racional” como necesidad razonable del medio permite introducir restricciones similares en la defensa frente al inculpable».

²¹⁵ Al respecto, recientemente, GRECO, GA 2018, 667.

Rechtsordnung) que, en el caso extremo, «debe mantenerse a costa de la vida del desobediente»²¹⁶, sino que debería referirse a los derechos fundamentales de las personas involucradas en un conflicto²¹⁷ y, principalmente, al principio de proporcionalidad, que atraviesa la totalidad del Derecho²¹⁸. De esta manera, «el Derecho solo podría consolidarse a través de una defensa proporcional, pues un derecho desproporcionado no podría existir frente a la Constitución»²¹⁹. El derecho de defensa, por tanto, no podría evadir al principio de proporcionalidad, derivado a su vez del Estado de Derecho²²⁰.

2.4.1. En Alemania, la no exigencia de proporcionalidad, como ya se dijo, es una consecuencia del mencionado fundamento supraindividual de la causa de justificación: el prevalecimiento del Derecho hace posible que la protección individual se lleve a cabo de manera independiente a la proporcionalidad (por lo que el daño causado puede ser mayor que el que se impide)²²¹. La cuestión problemática emerge en los llamados «casos especiales» en los que se producen, por ejemplo, agresiones insignificantes o agresiones de niños o enfermos mentales. En un escenario como este, conforme a la doctrina alemana dominante, concurren las mencionadas «restricciones ético-sociales», que responden a la exigencia de «cierta proporcionalidad»²²². Tales restricciones ético-sociales no tienen que ver con la «necesidad» (§ 32 II StGB), sino con el «carácter requerido o indicado» («*Gebotenheit*») de la legítima defensa (§ 32 I StGB)²²³. Aquí puede mencionarse un ejemplo: «A», anciano inválido que solo puede moverse en una silla de ruedas, observa

²¹⁶ GRECO, GA 2018, 670.

²¹⁷ BERNSMANN, ZStW 104 (1992), 308 ss., quien tiene como punto de partida el reconocimiento de deberes de protección estatal contra el agresor.

²¹⁸ GRECO, GA 2018, 670.

²¹⁹ BERNSMANN, ZStW 104 (1992), 310 s.; GRECO, GA 2018, 670.

²²⁰ GRECO, GA 2018, 673. Sobre el planteamiento de la proporcionalidad en el ámbito de la legítima defensa, BÜLTE, GA 2011, 161 ss., 166; KASPAR, RW 2013, 60; KLINGBEIL, *Selbsthilferechte*, 2017, 63 ss., 120 ss. Estas apreciaciones sirven también para lo relacionado al fundamento supraindividual de la legítima defensa: si el ciudadano ejerce esta causa de justificación amparado en ese fundamento supraindividual, es porque la legítima defensa se entiende como facultad delegada. Si es así, debería estar sujeta a los controles no solo de necesidad, sino también de proporcionalidad, como toda actuación del Estado que suponga una afectación de derechos fundamentales. Si se renuncia a la idea de que la actuación en legítima defensa supone la idea de la protección del ordenamiento jurídico, entonces, no se puede renunciar a la idea de proporcionalidad. Al respecto, RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, 234; ENGLÄNDER, *Nothilfe*, 2008, 12 ss.; PAWLIK, ZStW 114 (2002), 264, n. 29 (=en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 13, n. 29).

²²¹ ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 15/46.

²²² ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 15/46.

²²³ Tomar en cuenta que el § 32 I StGB señala que la defensa debe ser «requerida o indicada» («*geboten*»), es decir, según ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 15/51, «permitida» («*erlaubt*»). JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª ed., 1996, 343 (=DP. PG., 2002, 368), señala que la acción defensiva debe ser necesaria para repeler el ataque, idónea para la defensa y constituirse como el medio menos lesivo para el agresor. Destaca además que «En principio, con el examen de la necesidad no tiene lugar una ponderación de la proporcionalidad de los bienes jurídicos implicados» (cursiva en el original).

como «B» sube a un manzano de propiedad de aquel para tomar los frutos, decidiendo «A» dispararle con el arma de fuego que siempre lleva consigo para evitar de esta manera que «B» continúe con su actuar²²⁴. Se señala generalmente al respecto que el disparo, si bien es necesario para la defensa, no está «requerido o indicado», por lo que sería un caso de abuso de derecho²²⁵. De este ejemplo, es posible deducir algunas apreciaciones. Primero, que la legislación alemana, para el ejercicio de la legítima defensa, establece, al parecer, dos niveles de exigencia: primero, la necesidad (§ 32 II StGB) y, segundo, que la defensa esté «requerida o indicada» (§ 32 I StGB). En cuanto a la necesidad, esta responde al ya mencionado fundamento supraindividual de la causa de justificación. En efecto, el prevailecimiento del Derecho excluye la proporcionalidad en beneficio de la necesidad. Sin embargo, el prevailecimiento del Derecho sería admisible solo hasta donde no pueda convertirse en un abuso: es precisamente en este escenario en el que hace su aparición la (segunda) exigencia de que la defensa esté «requerida o indicada». Esta exigencia, entonces, alude a un requisito adicional a la necesidad, es decir: en escenarios en los que, pese a que existe necesidad de defensa (esto es, la defensa es realmente precisa para repeler la agresión), esta no podría permitirse por las propias circunstancias del hecho²²⁶. Se trata de un supuesto en el que, si bien la defensa es necesaria, de manera excepcional no se debe permitir. El carácter de la defensa «requerida o indicada» desempeñaría una función restrictiva²²⁷, lo que en buena cuenta significa que la legítima defensa no podría desplegar sus efectos. Por tanto, si se regresa al ejemplo, «A» no actuaría justificadamente pues el ejercicio de la defensa no está en definitiva «requerido o indicado».

2.4.2. En España la situación es de cierto modo distinta, pues la regulación de la legítima defensa alude a la «necesidad racional del medio empleado» como uno de los requisitos de aquella institución. En ese sentido, se ha distinguido entre la necesidad abstracta de defensa (requisito esencial) y la necesidad concreta (requisito inesencial), referida esta al medio empleado. Si se regresa al caso del anciano «A», inválido y capaz de movilizarse únicamente en silla de ruedas, que para proteger su propiedad dispara sobre «B», podrá reconocerse una situación abstracta de defensa en la que se debe «de alguna manera»

²²⁴ Ejemplo propuesto por ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 15/46.

²²⁵ ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 15/46, quien señala además que en la evaluación de la necesidad no entra en juego la proporcionalidad («(...) la proporcionalidad no influye absolutamente para nada en la necesidad como tal»). Crítica esta solución, NINO, *Legítima defensa*, 1982, 50, señalando que «el recurso a correctivos tales como el abuso del derecho son paliativos *ad hoc* sin fundamento alguno».

²²⁶ ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 15/51.

²²⁷ ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 15/51.

realizar una actuación defensiva. Sin embargo, la necesidad concreta, referida al específico medio empleado, exige su utilización «razonable» y es precisamente con esta argumentación con la que se pretende evitar el recurso a medios desproporcionados para llevar a cabo la defensa. En España, por tanto, el caso planteado se resolvería mediante la aplicación de una eximente incompleta, pues, a pesar de concurrir un elemento esencial de la legítima defensa (necesidad abstracta de defensa), no se utilizó de manera razonable el medio empleado, por lo que el injusto es aminorado. Queda en evidencia, entonces, que el requisito inesencial de la «necesidad racional del medio empleado» desempeña una función limitadora, similar a las restricciones propias del estado de necesidad²²⁸. La introducción de estas restricciones, sin embargo, generan muchas inquietudes desde una perspectiva sistemática²²⁹.

2.5. Puede verse, entonces, que las consideraciones referidas a la proporcionalidad han ingresado en las correspondientes interpretaciones de los preceptos que regulan a la legítima defensa tanto en Alemania como en España. El argumento consistente en que el Estado de Derecho exigiría proporcionalidad a la legítima defensa (pues el principio de proporcionalidad se erige como un principio irrenunciable en ese modelo estatal), responde, como ya se ha dicho, a la virtual falta de límites en su ejercicio (principalmente en los casos extremos)²³⁰. La exigencia de consideraciones referidas a la proporcionalidad, por lo demás, se vincula estrechamente a una concepción supraindividual en la fundamentación de la legítima defensa. En efecto, si esta causa de justificación es entendida como una «facultad delegada» por el Estado y este debe someter cualquier tipo de afectación de derechos fundamentales a controles de proporcionalidad (y de necesidad), entonces la aparición de la exigencia de esos controles en la legítima defensa surge casi de manera automática²³¹. El principio de proporcionalidad, sin embargo, al deducirse del

²²⁸ LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 23/23, por ejemplo, propone la comprensión de la necesidad racional como «necesidad razonable» del medio, que permite la introducción de restricciones similares (a las del estado de necesidad, como la exigencia de subsidiariedad y la exclusión de una gran desproporción) en la defensa frente al inimputable.

²²⁹ Al respecto, WILENMANN, *Justificación*, 2017, 130, donde señala que «En el derecho penal hispanoamericano, la cláusula de “necesidad racional del medio empleado” ha sido utilizada típicamente para introducir, sin control sistemático, criterios de proporcionalidad y subsidiariedad».

²³⁰ En la actualidad, la doctrina alemana reconoce generalmente limitaciones a la legítima defensa. El problema es que los defensores de una concepción dualista utilizan el fundamento supraindividual (de manera tópica) para explicar esas limitaciones. Al respecto, PAWLIK, ZStW 114 (2002), 260-261 (=en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 7 ss.).

²³¹ Al respecto, RENZIOWSKI, *Notstand*, 1994, 234; PAWLIK, ZStW 114 (2002), 264, n. 29 (=en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 13, n. 29); ENGLÄNDER, *Nothilfe*, 2008, 12 ss.

consecuencialismo, es de dudosa aplicación²³². Si en la legítima defensa se trata de la salvaguarda del interés preponderante, esto es, del bien jurídico individual como del propio ordenamiento jurídico (fundamentos individual y supraindividual, respectivamente), no se podría evitar asegurar un espacio al pensamiento basado en la proporcionalidad²³³. La comprensión de la legítima defensa sobre la base del interés preponderante es manifestación de un pensamiento colectivista, según el cual el derecho del individuo es una concesión del Estado, que solo puede existir en la medida que resulte de utilidad social²³⁴: el ordenamiento jurídico, sobre la base de la *utilidad* o la *necesidad*, determina que se proteja o no el bien jurídico según el «saldo positivo» que se pueda obtener en el caso concreto. El consecuencialismo, en definitiva, hace posible que un individuo sea instrumentalizado en favor de otro²³⁵.

3. Las dudas, entonces, están relacionadas al fundamento supraindividual de la legítima defensa: ¿Por qué el Derecho tiene que «prevaler»? ¿No hizo acaso todo lo que podía ya hacer (establecer, en el marco de una agresión antijurídica, una situación de desigualdad jurídica entre los bienes del agresor y del agredido para que el primero ejerza un derecho de defensa)? En otras palabras: si el Estado no puede ejercer su tarea consistente en proteger a sus ciudadanos (aquí se puede recordar el asunto referido a la falibilidad de la norma primaria²³⁶), no puede impedir que el ciudadano, en el caso concreto, se defienda a sí mismo. Si bien se podría decir que por regla general el ciudadano renuncia a una autodefensa (adjudicándose el Estado la labor de defender a los ciudadanos de los ataques de otros ciudadanos), en el caso particular, al no poder cumplir el Estado con esa pretensión protectora, el ciudadano podrá ejercer esa autodefensa, por lo que «la ratio de la exclusión de la autodefensa se suprime»²³⁷. Por otro lado, la idea del prevalecimiento del

²³² GRECO, GA 2018, 673, que, sobre el consecuencialismo, señala: «El problema de esta tesis es, sin embargo, que ella es en sí ciega para la integridad de la esfera de aquel a cuyo costo se realiza la maximización. Que uno pierda algo se compensa con el hecho de que alguien más gana algo, como si ambos fueran una sola persona colectiva».

²³³ GRECO, GA 2018, 671.

²³⁴ GRECO, GA 2018, 672 s. Precisamente, tanto las teorías dualistas como las solamente supraindividuales tienen el mismo defecto: pretenden explicar la extensión de la legítima defensa desde una perspectiva utilitarista. También, PAWLIK, ZStW 114 (2002), 262 s. (=en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 9 ss.); WILENMANN, *Justificación*, 2017, 135.

²³⁵ GRECO, GA 2018, 674 s.

²³⁶ Al respecto, véase *supra* Cap. IV, 5.

²³⁷ VON DER PFORDTEN, *FS-Schreiber*, 2003, 370. Agrega este autor seguidamente que, en este escenario, «el ciudadano podría, entonces, esforzarse por la protección de sus intereses o bienes». Esta situación, como señala correctamente VON DER PFORDTEN, es igual tanto en la legítima defensa como en el estado de necesidad. Por su parte, JAKOBS, AT, 2.^a ed., 12/1 (=DP. PG., 1997, 12/1), señala que la legítima defensa

Derecho parece pasar por alto no solo que no es la validez empírica del ordenamiento jurídico en su conjunto lo que se pone en peligro mediante la agresión antijurídica, sino en todo caso la fuerza de dirección fáctica (*faktische Steuerungskraft*) de una determinada norma de conducta²³⁸. Sin embargo, esto no parece ser suficiente: entender al prevalecimiento del Derecho como la reestabilización de la concreta prescripción no dice nada aún sobre su valor: la norma primaria no tiene valor por sí misma, sino que «su valor se mide de acuerdo con el valor de los bienes que protege»²³⁹.

4. En esta investigación se sigue una alternativa distinta al planteamiento defendido por la opinión dominante²⁴⁰. Esa alternativa, conforme a lo expuesto, debe alejarse de las reflexiones propias del principio de ponderación de intereses y del principio de proporcionalidad²⁴¹. En ese sentido, para plantear una genuina dogmática liberal-individualista de la justificación parece ser necesario dejar de lado el pensamiento referido a la maximización de intereses sociales para dar paso a la categoría referida a los deberes de tolerancia²⁴². Una orientación como esta haría que la legítima defensa sea entendida menos como una especie de estado de necesidad justificante y más como una «causa de justificación prototípica»²⁴³. Que se concentre la atención, entonces, en el deber de tolerancia de quien es destinatario de la acción defensiva, constituye un paso esencial en una fundamentación liberal-individual de la legítima defensa, pues así se supera el déficit consistente en la infracción del principio de no instrumentalización²⁴⁴. Es el propio agresor quien, con su conducta (agresión antijurídica), se «hace responsable»²⁴⁵ del menoscabo de una relación normativa y de la necesidad de restaurarla (aunque esto se haga a costa de sus

«legítima la violencia privada y por ello es dependiente en su configuración de los modelos acerca de la relación entre el Estado y los ciudadanos». El origen de la idea de que el Estado no puede cumplir con su función protectora puede encontrarse ya en KÖSTLIN, *System*, t. I, 1855, 85 ss.

²³⁸ ENGLÄNDER, en: MATT/RENIKOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, § 32/3.

²³⁹ ENGLÄNDER, en: MATT/RENIKOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, § 32/3.

²⁴⁰ Una referencia a las diversas concepciones individuales (coincidentes en proponer una fundamentación para la renuncia a una ponderación de intereses) en la doctrina alemana puede encontrarse en ENGLÄNDER, en: MATT/RENIKOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, § 32/4.

²⁴¹ En esa línea, GRECO, GA 2018, 675 s., habla de una «superación» del principio del interés preponderante y del principio de proporcionalidad.

²⁴² Al respecto, HÖRNLE, *Kriminalstrafe*, 2013, 54 ss.; GRECO, GA 2018, 676. El deber de tolerancia ya es conocido desde hace tiempo, inclusive por quienes admiten el planteamiento dominante. Al respecto, por todos, GALLAS, *FS-Bockelmann*, 1979, 167.

²⁴³ Así, expresamente, GRECO, GA 2018, 676.

²⁴⁴ Destacaba ya la necesidad de tener en cuenta la imposibilidad de convertir al agresor en un «medio» para los fines del agredido, GRAF ZU DOHNA, *Rechtswidrigkeit*, 1905, 132.

²⁴⁵ FRISTER, GA 1988, 301 s.; JAKOBS, AT, 2.^a ed., 1991, 12/16 ss. (=DP. PG., 1997, 12/16 ss.); *System*, 2012, 45 ss.; RENIKOWSKI, *Notstand*, 1994, 275 ss.; FREUND, AT, 2.^a ed., 2009, 3/92; PAWLK, *Unrecht*, 2012, 238; WILENMANN, *Justificación*, 2017, 148; GRECO, GA 2018, 676.

propios bienes). Se evita, por tanto, una fundamentación utilitarista (por la cual la afectación de los bienes del agresor resultaría «positiva» porque quien ejerce la defensa ha protegido sus bienes y el prevalecimiento del Derecho), para concentrar la atención en la propia «responsabilidad» del agresor²⁴⁶.

5. Los lineamientos acabados de exponer permiten ya abordar en concreto la institución de la legítima defensa. Esta constituye una causa de justificación del resultado²⁴⁷, esto es, confiere a quien ejerce la defensa un derecho de defensa (*Notwehrrecht*)²⁴⁸, que no es más que un derecho a lesionar, por lo que el «mal» causado estará justificado tanto jurídico-penalmente como jurídico-generalmente²⁴⁹. Asimismo, conforme a los lineamientos normológicos antes expuestos, es posible decir que, en el caso de la legítima defensa, por ejemplo, el bien jurídico «vida» (del agresor) dejaría de estar protegido en el caso concreto²⁵⁰. Esto quiere decir que el agresor, con el inicio de su hecho (agresión antijurídica), y la consiguiente aparición de la situación de defensa, hace que el ordenamiento jurídico deje de protegerlo para que este se concentre en el agredido (esto es, para situarse «al lado» de este y reconocer su derecho), quien podrá ejercer el antes mencionado derecho de defensa²⁵¹. Que los bienes jurídicos del agresor dejen de estar protegidos en el caso concreto significa que se produce la exclusión de un plano de igualdad entre los bienes jurídicos del agresor y los del agredido: los primeros pierden la protección jurídica hasta el límite de lo necesario para que el agredido pueda impedir o

²⁴⁶ Es importante señalar que por «responsabilidad» se entiende aquí una responsabilidad como «originación del hecho». Así, esta definición de responsabilidad se distancia de otra frecuentemente utilizada en el Derecho penal, centrada principalmente en una perspectiva prospectiva y referida a una responsabilidad subjetiva («responsabilidad» como atribución de consecuencias por el hecho lesivo). Al respecto, MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad*, 2002, 16, ha distinguido correctamente ambos grupos de responsabilidad: «El primer grupo de significado mira al pasado, a acontecimientos previos al hecho, e intenta encontrar antecedentes que expliquen su existencia, que sean “responsables” de su aparición. El segundo grupo mira más bien al futuro, a las consecuencias del hecho, e identifica quién o quiénes deben “responder” de él, en el sentido de sufrir ciertas cargas que se anudan a la existencia del hecho».

²⁴⁷ LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 23/8.

²⁴⁸ Así, ya BINDING, *Handbuch*, t. I, 1885, 733.

²⁴⁹ Se coincide aquí, en las consecuencias, con MIR PUIG, DP. PG., 10.ª ed., 2016, 16/12, quien afirma que «la ausencia del desvalor global del resultado puede tener otros efectos, como la desaparición de la necesidad de reparación civilmente del daño».

²⁵⁰ De otra opinión, al parecer, NINO, *Legítima defensa*, 1982, 29.

²⁵¹ La legítima defensa no es una delegación de una facultad del Estado de actuar en defensa de sí mismo o del Derecho cuando sus funcionarios no se encuentren en condiciones de desempeñar tal función. Si esto fuera así, entonces la legítima defensa sería una obligación de defensa (propia o de terceros) y no un permiso de actuar. Si fuera el primer caso, entonces no habría por qué excluir la posibilidad de defender bienes jurídicos colectivos. Al respecto, WAGNER, *Notwehrbegründung*, 1984, 18.

repeler la agresión²⁵². Pero esa pérdida de protección no se sustenta en la maximización de la utilidad social como forma de resolver el conflicto (lo que supondría una infracción al principio de prohibición de instrumentalización²⁵³), sino en la propia «responsabilidad» del agresor en la creación del conflicto, por lo que este ha de resolverse a costa de aquel²⁵⁴ (incluso mediante la afectación de sus bienes jurídicos de sustrato irreparable: vida, integridad física o libertad). Ya desde una perspectiva normológica, también es posible decir que el que los bienes jurídicos del agresor dejen de protegerse en el caso concreto supone que el acto de quien ejerce la defensa (propia o de tercero, mediante la realización de un acto típico²⁵⁵), está regido pragmáticamente por la norma permisiva. Estas reflexiones se aproximan a la idea, difundida por un importante sector doctrinal, de que sobre la base de la legítima defensa se ubica el principio de autonomía (denominado también «principio de responsabilidad»), que esencialmente señala que el agresor debe soportar las consecuencias de su comportamiento²⁵⁶. Por tanto, mientras más «responsable» se es por la creación de la situación conflictiva (y, como se ha dicho, el agresor en la legítima defensa es el «responsable» exclusivo de esa situación), menos solidaridad se puede reclamar (lo que se expresa de la manera más firme, como se verá a continuación, mediante la imposición de un deber de tolerancia que, por ejemplo, excluye la posibilidad de alegar una actuación en legítima defensa –no cabe legítima defensa contra legítima defensa– o en estado de necesidad –no cabe estado de necesidad contra legítima defensa–).

6. Si, como se dijo, la legítima defensa confiere un derecho a lesionar, parece importante determinar al destinatario del correspondiente deber (como reflejo del mencionado derecho) y cuáles son los alcances de este. Pues bien, conforme a la concepción «positiva» de la norma permisiva, ese deber es el ya mencionado «deber de tolerancia», que se

²⁵² LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 23/5.

²⁵³ NINO, *Legítima defensa*, 1982, 67.

²⁵⁴ NINO, *Legítima defensa*, 1982, 70.

²⁵⁵ BINDING, *Handbuch*, t. I, 1885, 731.

²⁵⁶ Al respecto, por todos, HRUSCHKA, *FS-Dreher*, 1977, 198 ss.; *Strafrecht*, 2.ª ed., 1988, 138 ss.; FRISTER, *GA* 1988, 293 ss.; JAKOBS, *AT*, 2.ª ed., 1991, 11/3 ss. (=DP. PG., 1997, 11/3 ss.); *System*, 2012, 44 ss.; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, 23 ss., 54 ss.; RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, 137 ss., 181 ss.; KÖHLER, *AT*, 1997, 237 ss.; HAAS, *Kausalität*, 2002, 101; PAWLIK, *Notstand*, 2002, 304 ss.; *Unrecht*, 2012, 237 ss.; ENGLÄNDER, *Nothilfe*, 2008, 96 ss.; FREUND, *AT*, 2.ª ed., 2009, 3/92; GRÜNEWALD, *ZStW* 122 (2010), 77 ss.; MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 513 ss.; MURMANN, *Grundkurs*, 3.ª ed., 2015, 15/9; WILENMANN, *Justificación*, 2017, 146.

impone a quien emprende la agresión ilegítima²⁵⁷. Esta descripción general e inicial de la relación entre derecho y deber en el ámbito de la legítima defensa aparece pronto como problemática. En efecto, este planteamiento debería conducir a admitir, por ejemplo, que, al agresor, en la legítima defensa, se le impone un deber de soportar la afectación de un bien jurídico propio, lo cual, a primera vista, parecería, por lo menos, discutible²⁵⁸. En todo caso, la admisión de un deber como el mencionado conduce, al parecer, a dos cuestiones complejas. Primero, se tendría que aceptar que quien emprende la agresión ilegítima, una vez que el agredido inicia la defensa (ejerciendo su derecho de defensa), debe ceder por completo (lo que excluiría, por ejemplo, las posibilidades de huir del lugar de los hechos)²⁵⁹. Segundo, que, si la legítima defensa se ejerce también frente a la agresión ilegítima de un inimputable (cuestión admitida generalmente en la doctrina²⁶⁰), entonces sobre este recaería un deber, lo que conduce a discutir (ya en un plano más amplio y complejo) si es posible imponer deberes a inimputables.

6.1. La descripción de la primera cuestión parecería ya suficiente como para excluir la alternativa de la imposición de un deber de tolerancia a quien ejerce la agresión ilegítima. En efecto, el agresor, una vez que el agredido emprende los actos propios de la defensa, no podría jurídicamente oponerse a esta. Pero la imposición de un deber de tolerancia supondría admitir que el agresor estaría obligado a soportar la afectación de un bien jurídico personal, lo que excluiría, por ejemplo, la posibilidad de huir, esquivar o evitar los actos defensivos sin contraatacar: en buena cuenta, estaría obligado a «dejarse lesionar» por parte de quien ejerce el derecho de defensa²⁶¹. Reconocer la posibilidad pragmática de que el agresor, ante el ejercicio de los actos de defensa del agredido, pueda, como mínimo, escapar, lleva a pensar que la imposición de un deber de tolerancia sobre aquel pierde solidez²⁶².

²⁵⁷ Así, JAKOBS, AT, 2.ª ed., 1991, 12/14 (=DP. PG., 1991, 12/14).

²⁵⁸ La no existencia de un deber de soportar una defensa necesaria fue el argumento principal que esbozaron autores cercanos al imperativismo para sostener que la legítima defensa no confería un derecho de defensa. Así, por todos, THON, *Rechtsnorm*, 1878, 14 ss.; HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 157, 293; *Rechtswidrigkeit*, t. II, 1905, 151.

²⁵⁹ Así, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 21/19, p. 337.

²⁶⁰ Por todos, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, 304 ss.; ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 15/14; MIR PUIG, DP. PG., 10.ª ed., 2016, 16/50.

²⁶¹ Esto ya había sido manifestado por HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 157.

²⁶² Esta parece ser la opinión de LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 22/33, n. 6, donde señala: «La extendida terminología “deber de tolerancia” o “deber de soportar” es incorrecta: el afectado por la causa de justificación que implica un derecho a lesionar, p. ej., la legítima defensa o el ejercicio del cargo por la autoridad concurriendo sus presupuestos objetivos, ciertamente no puede jurídicamente oponerse, impedir

6.1.1. Considero, sin embargo, que algo más cabe decir frente a la objeción señalada. Es cierto que, en una situación de defensa, el agresor podría escapar, huir o esquivar. Este supuesto, sin embargo, no dice nada sobre los alcances de la propia causa de justificación, originada, precisamente, en aquella situación de defensa (en la que se origina el derecho de defensa), sino que más bien se concentra en una (eventual) posibilidad (la de que el agresor escape, huya o esquive) que, de ser realizada, genera la desaparición de la situación de defensa (al cesar la agresión ilegítima, esto es, al abandonarla el agresor). En efecto, si la legítima defensa es una causa de justificación del resultado que confiere al agredido un derecho de defensa sobre la base de una situación de defensa, al desaparecer esta (al huir o escapar el agresor, por ejemplo) ya no habría agresión ilegítima y, por lo tanto, no habría necesidad abstracta de defensa. Esto hace que el derecho de defensa desaparezca, dejando de existir, con él, el deber de tolerancia correspondiente²⁶³. Dicho de otra manera: si hay un deber de tolerancia que, como reflejo del derecho de defensa del agredido, se le impone al agresor, ese persiste solo en la medida que este «mantenga» su agresión. Conforme a esto, los elementos esenciales de la agresión ilegítima y de la necesidad abstracta de defensa se encuentran estrechamente unidos (son dependientes uno del otro). Por tanto, el mencionado «deber de tolerancia» constituye un deber de omitir una acción impeditiva de la ejecución de la acción defensiva²⁶⁴.

6.1.2. Antes se dijo que el concepto de bien jurídico se puede enriquecer con las reflexiones que brinda el concepto de derecho subjetivo, en lo que aquí importa: las funciones de utilización y exclusión²⁶⁵. Pues bien, la imposición de un deber de tolerancia

con violencia o actos típicos el ejercicio de la causa de justificación, pero no tiene un deber estricto de soportar la lesión de su bien jurídico, ya que puede lícitamente evitarlo sin contraatacar (...): huyendo, esquivando, ocultando el objeto, etc. (salvo que en algún caso exista un específico deber legal de no hacerlo: v. gr. un deber de no quebrantar condena o detención, o de no obstrucción a la justicia)». Más adelante, en 25/6, n. 1, señala: «realmente el afectado en muchos casos no tiene el deber jurídico de soportar estrictamente la actuación debida o amparada por un derecho, sino que podrá eludirla, esquivarla sin incurrir en responsabilidad; lo que no podrá lícitamente es ofrecer resistencia a la misma ni practicar una forma de elusión que sea penalmente típica (...), es decir que hay un deber de no impedir el ejercicio del derecho, un “deber de abstención” (...); por tanto el deber de soportar se dará sólo cuando no se disponga de una posibilidad atípica de eludir o esquivar como opción para no soportar tal conducta».

²⁶³ Esto podría explicar el hecho, por ejemplo, de que la defensa, ante la agresión ilegítima, deba ser necesaria e inmediata, esto es, entre la agresión ilegítima y el derecho abstracto de defensa la relación temporal es muy cercana. Sobre esto, MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 239, señala: «la agresión antijurídica (...) dejaría de ser “actual”, con lo cual la norma permisiva de la legítima (defensa) se vería a su vez privada de aplicabilidad».

²⁶⁴ HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.ª ed., 1988, 375, n. 191.

²⁶⁵ Al respecto, *supra*, Cap. III, 8.2.

al agresor en una situación de legítima defensa, significa que él no podrá más llevar a cabo la función de exclusión (de terceros) de su esfera jurídica²⁶⁶. Si esto es así, como ya se dijo, el agresor no podría alegar, por ejemplo, legítima defensa (causa de justificación del resultado) o estado de necesidad (causa de justificación de la acción) frente a la conducta defensiva del agredido o de un tercero que ejerce la defensa²⁶⁷. Afirmar la existencia de un deber de tolerancia impuesto al agresor no solo refleja de mejor manera aquello por lo que se hace «responsable» el propio agresor, si es que se tiene como punto de partida una comprensión liberal-individual en la dogmática de la justificación²⁶⁸, sino que también resalta la otra cara del derecho de defensa concedido al agredido, derecho que le permite intervenir en la esfera jurídica del agresor al estar vinculado con este precisamente por el deber de tolerancia y que hace que tal intervención (desligada de consideraciones de proporcionalidad) a esa esfera jurídica sea considerada legítima²⁶⁹. El derecho de defensa es, en mi opinión, una manifestación de la función de exclusión que garantiza el derecho subjetivo (como barrera de protección del correspondiente bien jurídico frente al arbitrio ajeno²⁷⁰), que adquiere una especial dimensión al expresarse (tal función de exclusión) mediante un acto típico. El derecho de defensa, emanado de la situación de defensa, por tanto, «no es más que el derecho a una esfera jurídica íntegra y el reverso del deber del agresor de no violar la integridad de la esfera jurídica ajena»²⁷¹.

6.1.3. Un asunto que podría resultar de interés (y que no es abordado con frecuencia), es el que tiene que ver con el escenario correspondiente al éxito del agresor. En un típico supuesto en el que «A» emprende un ataque mortal contra «B», y este ejerce el derecho de defensa, pero finalmente «A» logra culminar su ataque (matando a «B»), podrían

²⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1010.

²⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1010.

²⁶⁸ GRECO, GA 2018, 676, quien señala acertadamente que: «nadie mejor que aquel que ha causado una situación de conflicto mediante su comportamiento ilícito puede hacer comprensible el deber de tolerancia». También, FRISTER, GA 1988, 301 ss.; JAKOBS, AT, 1991,12/16 ss. (=DP. PG., 1997, 12/16 ss.); RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, 275 ss.; FREUND, AT, 2.ª ed., 2009, 3/92; PAWLIK, *Unrecht*, 2012, 238.

²⁶⁹ Parecido, SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1010, quien señala: «Expresado de modo inverso, todo ello implica que el sujeto que accede a la esfera de derechos de otro vinculado por deberes de tolerancia con respecto a aquel no cuestiona sus derechos de libertad negativa: no vulnera las relaciones jurídicas existentes entre sus correspondientes esferas de organización». Por su parte, ENGLÄNDER, en: MATT/RENIKOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, § 32/4, señala: «limitar la autorización de coacción vinculada con los derechos subjetivos mediante la exigencia de una ponderación de bienes, sin embargo, coloca al agredido (portador del derecho) frente a un estado no *mejor*, sino *peor* que un estado sin un sistema de derechos y deberes recíprocos. Él debería, de ser el caso, aceptar el daño de sus bienes mediante una conducta contraria de deber sin poder defenderse frente a ella».

²⁷⁰ GRECO, GA 2018, 677.

²⁷¹ GRECO, GA 2018, 676.

reconocerse, al parecer, dos deberes: el deber que en ese caso concreto a «A» impone la norma primaria que dice «¡No debes matar!» y el deber de tolerancia que, como se dijo, sería el reflejo al derecho de defensa que el ordenamiento jurídico le confiere a «B». Constituye una cuestión importante determinar cuál es la relación entre ambos deberes y, principalmente, determinar las consecuencias en el caso de que, como se dijo, el agresor tenga éxito. Pues bien, al respecto, considero necesario tomar en cuenta que, la agresión ilegítima, que permite la aparición de la situación de defensa, se expresa mediante actos típicos, por lo que, según el ejemplo antes mencionado, a «A» se le dirigía la norma correspondiente al tipo de delito emprendido, en este caso, la que dice «¡No debes matar!». Esto quiere decir que, conforme a la propia dinámica de la legítima defensa, al agresor, desde el inicio de su acción antijurídica, se le dirige la misma norma (la norma primaria) que a cualquiera que no origine (a partir de las circunstancias del caso) una situación de defensa (por ejemplo, «A», desde la ventana de un edificio, dispara a «B», sin que este se dé cuenta, matándolo instantáneamente). Esta diferencia de escenarios se refleja en el ordenamiento jurídico. Si se vuelve al caso antes planteado, se podría decir que a «A» la norma primaria le impone un correspondiente deber («¡No debes matar!») y, ya en la situación de defensa, se le impone un deber de tolerancia como reflejo del derecho de defensa concedido al agredido. Debe destacarse entonces que, solo si el derecho de defensa es ejercido (pues, en el caso, «B», podría no hacer uso de él), emerge el correspondiente deber de tolerancia que se impone al agresor. Dicho de otra manera: la calificación deontológica de la conducta (típica) del beneficiado como «permitida» depende de que este lleve a cabo esa conducta, lo que es lo mismo que decir que ejerza el derecho de defensa como correspondencia al deber de omitir que impone al agresor la norma prohibitiva. Por tanto, como ya se señaló antes, si el agresor tiene éxito en la comisión del delito (homicidio, por ejemplo) pese a la acción defensiva (fracasada) del destinatario de la agresión, entonces ese agresor habría infringido dos deberes: el deber de no matar y el deber de tolerancia (consistente en no impedir el ejercicio de la acción defensiva)²⁷², que, hasta donde alcanzo a entender, reflejaría un escenario propio de agravación de la responsabilidad criminal²⁷³.

²⁷² Al respecto, por todos, HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.^a ed., 1988, 375, n. 191, quien, sin embargo, parece no distinguir el deber de omitir el impedimento del ejercicio de la legítima defensa (el deber de tolerancia arriba señalado) y el deber de omitir la acción cuya ejecución expresa la agresión antijurídica (el deber de «no matar», por ejemplo). La distinción la hacía ya HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. II, 1906, 151.

²⁷³ Hasta donde alcanzo a ver, un escenario en el que, regresando al ejemplo citado en el cuerpo del texto, «A» cometa un delito en perjuicio de «B», sin darle a este la posibilidad de defenderse (esto es, sin que

6.2. La segunda cuestión tiene que ver con la generalizada aceptación de la idea de que la legítima defensa puede ser ejercida también contra ataques realizados por inimputables²⁷⁴. Esta afirmación no solo parece sostenerse en la ley (el 20.4 CP habla de una «agresión ilegítima» y el § 32 II StGB exige solo una «agresión antijurídica») sino también en otras fundamentaciones, como la que señala que la legítima defensa, pese a su fundamentación supraindividual (prevalencimiento del Derecho), no posee el carácter de una pena para el agresor, por lo que no tendría por qué limitar el «círculo de agresores» a los culpables²⁷⁵. En todo caso, pese a la generalmente alegada fortaleza del fundamento supraindividual de la causa de justificación (esto es, el prevalencimiento del Derecho), parece ser que en el ámbito de la legítima defensa frente a inimputables no despliega su usual energía (se señala incluso que en esos casos el interés en el prevalencimiento del Derecho es «sustancialmente menor que en el caso normal»²⁷⁶). En efecto, pese a que se ha señalado frecuentemente que el prevalencimiento del Derecho solo sería preciso ante una agresión culpable o incluso cualificadamente culpable²⁷⁷, se afirma que, en la medida que la ley distingue ya entre antijuridicidad y culpabilidad (lo que queda claro, por ejemplo, en los §§ 34 y 35 StGB), la referencia a una «agresión antijurídica» es suficiente para excluir una interpretación más exigente (esto es, que la agresión contenga también a la culpabilidad)²⁷⁸. De esta manera, por cuestiones de prevención general, el legislador «quiere afirmar el Derecho –aunque de forma más débil y considerada– ya frente al injusto, ¡y no sólo frente a la culpabilidad!»²⁷⁹.

aparezca la necesidad abstracta de defensa), parecería corresponder con la agravación consistente en la ejecución del hecho con alevosía (art. 22.1 CP). En efecto, como señala la disposición correspondiente, la alevosía existe cuando «el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido». En un escenario en el que una agresión se lleve a cabo, por ejemplo, «*por la espalda* y sin desafío previo, o estando la víctima *en la cama o de rodillas*» (MIR PUIG, DP. PG., 9.ª ed., 2016, 26/13, cursiva en el original), se puede visualizar la especial gravedad que tiene el hecho de que no se le permita al agredido ejercer, ante esa agresión ilegítima, un derecho de defensa. Si esto es así, pienso que podría discutirse la posibilidad de contemplar, ya de *lege ferenda*, una circunstancia agravante referida a la realización del hecho pese al inicial ejercicio (fracasado) de la defensa por parte de la víctima. Si la alevosía constituye una agravante de la responsabilidad criminal fundamentada en el haber imposibilitado, desde su origen, la posibilidad del ejercicio de la defensa, pienso que podría sostenerse que también merece ser una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal el escenario en el que, ya iniciado el ejercicio de la defensa, el agresor persiste (e incluso recurre a medios o vías más violentas) para derrotar la continuación (y posible éxito) de ese ejercicio.

²⁷⁴ JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª ed., 1996, 341 (=DP. PG., 2002, 366); LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 23/23.

²⁷⁵ JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª ed., 1996, 337 (=DP. PG., 2002, 362).

²⁷⁶ JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª ed., 1996, 345 (=DP. PG., 2002, 370).

²⁷⁷ Al respecto, por todos, ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 15/17.

²⁷⁸ ROXIN, DP. PG. t. I, 1997, 15/17.

²⁷⁹ ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 15/10.

6.2.1. La utilización del fundamento supraindividual, entonces, parece ser tópico. En ese sentido, ante un ataque de un imputable, el fundamento supraindividual explica la ausencia de una obligación de ceder (por parte del agredido) en el hecho de que «el agresor no puede salirse con la suya», por lo que la afectación de sus bienes estará justificada si el agredido ha defendido sus propios bienes y principalmente, el ordenamiento jurídico (o el interés preventivo-general). Pero, frente a la agresión de un inimputable, se admite la inclusión de criterios de proporcionalidad bajo la forma de las «restricciones ético-sociales», pues si, desde la perspectiva de la fundamentación supraindividual, hay un menor interés colectivo (por el ataque del inimputable)²⁸⁰, entonces se explica la consideración de criterios referidos a la proporcionalidad e incluso de una obligación de ceder que se impone sobre el agredido²⁸¹.

6.2.2. Desde la perspectiva de una teoría de la norma, se ha sostenido que, si es que esta se dirige solo a los capaces de culpabilidad, entonces los inimputables no actuarían de manera antijurídica, por lo que, frente a ellos, no sería posible actuar en legítima defensa. Esta fue, precisamente, una de las críticas del causalismo a las construcciones sostenidas sobre la comprensión de la norma como imperativo. Sin embargo, las opiniones de los autores cercanos al imperativismo al respecto, ya desde finales del siglo XIX e inicios del XX, no eran del todo uniformes²⁸². MERKEL, cercano a la comprensión de la norma como imperativo y al concepto de injusto culpable, consideraba que, para el ejercicio de la legítima defensa, era necesario solo un injusto objetivo, por lo que, conforme a eso, admitió la posibilidad de recurrir a tal causa de justificación frente a agresiones de

²⁸⁰ Al respecto, ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 15/18, señala que «es cierto que frente a agresiones no culpables o con culpabilidad disminuida la necesidad de afirmación del Derecho es considerablemente menor que de lo contrario».

²⁸¹ ROBLES PLANAS, *EPC-Morillas Cueva*, 2018, 579, señala que a los mismos resultados se llega por dos caminos distintos: entendiendo que la agresión requiere culpabilidad en el agente, por lo que los actos de inimputables solo podrían ser contrarrestados por el estado de necesidad defensivo (planteamiento que se defiende en esta investigación); o, entendiendo que la legítima defensa cabe frente a agresiones cometidas por no culpables pero el alcance de ella se restringe por medio de las «restricciones ético-sociales» (planteamiento admitido por la doctrina mayoritaria).

²⁸² Como se recuerda, en esta etapa eran objeto de debate dos temas esenciales: la existencia de un injusto objetivo (que luego se terminó imponiendo, ya a inicios del siglo XX) y el ya mencionado «problema del destinatario» que, a mi modo de ver, no se terminó de solucionar. Ambas cuestiones, al parecer, se han manifestado en la discusión sobre las causas de justificación y, principalmente, en el ámbito de la legítima defensa (si esta pueda ser ejercida frente a inimputables o incapaces de culpabilidad). Si ambos asuntos fueron fundamentales en la discusión sobre la definición del injusto penal, entonces se entiende la influencia que puedan tener para el asunto relacionado al concepto de agresión en la legítima defensa.

inimputables²⁸³. La misma orientación es posible encontrar en BINDING, quien, pese a señalar en un primer momento que era teóricamente inviable la posibilidad de recurrir a la legítima defensa frente a inimputables (prefiriendo la aplicación en ese caso del estado de necesidad agresivo)²⁸⁴, terminó admitiéndola²⁸⁵. Por su parte, BELING, pese a defender un concepto de injusto objetivo, consideraba que la legítima defensa necesitaba de una agresión culpable²⁸⁶. Se aprecia, entonces, que en esta etapa se admitía el sostenimiento de un concepto de injusto propio para la teoría del delito (es decir, como categoría dogmática) y un concepto de injusto distinto para el ámbito de la legítima defensa (esto es, como elemento para definir la agresión). Con todo, es posible reconocer otros planteamientos, tanto desde la perspectiva del injusto objetivo como del subjetivo, que pretendían una uniformidad del concepto de injusto (como categoría dogmática y como elemento para definir la agresión), aunque los resultados a los que desembocaban no eran satisfactorios: el injusto objetivo, si bien permitía que la legítima defensa sea ejercida contra agresiones de imputables e inimputables, generaba en última instancia la desaparición de la frontera entre la legítima defensa y el estado de necesidad²⁸⁷, y el injusto subjetivo, que destacaba la idea de la especial gravedad de las acciones de imputables, reservaba para estos la legítima defensa y el estado de necesidad a los hechos cometidos por inimputables²⁸⁸. La cuestión parece residir, entonces, en cómo se define al injusto y si el empleado en el ámbito del concepto de delito puede ser trasladable para interpretar y comprender la categoría de la agresión en la legítima defensa²⁸⁹. En todo caso, esa alegada distinción

²⁸³ MERKEL, DP, t. I, 1907, 234, consideró que la agresión, como presupuesto de la legítima defensa, no necesitaba ser culpable, admitiendo por tanto esa causa de justificación frente a agresiones de inimputables (aunque sí que exige que esa agresión provenga de un hombre, esto es, al parecer, de una acción humana). Autores como LÖFFLER, ZStW 21 (1901), 542; HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, 361, criticaron el planteamiento de MERKEL.

²⁸⁴ BINDING, *Normen*, t. I, 4.ª ed., 1922, 484 ss.

²⁸⁵ BINDING, *Handbuch*, t. I, 1885, 738 ss. Critica la posición de BINDING, LÖFFLER, ZStW 21 (1901), 537 ss.

²⁸⁶ BELING, *Grundzüge*, 11.ª ed., 1930, 16.

²⁸⁷ LÖFFLER, ZStW 21 (1901), 527 ss., defensor del injusto objetivo, al proponer que, frente a cualquier situación amenazadora de bienes jurídicos, independientemente de su origen, era oponible el ejercicio de la legítima defensa, planteaba en la práctica la desaparición de la frontera entre esta y el estado de necesidad. Al respecto, NAGLER, *FS-Binding*, t. II, 1911, 327.

²⁸⁸ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. II, 1905, 122 ss., destacó que solo frente a la acción de personas responsables tiene sentido recurrir al derecho de defensa como medio de lesión de derechos ajenos especialmente intenso. Esta opinión era compartida por BELING, *Grundzüge*, 11.ª ed., 1930, 16, quien, como se ha visto, a diferencia de HOLD VON FERNECK, era defensor de un injusto objetivo.

²⁸⁹ Al respecto, ENGLÄNDER, *Nothilfe*, 2008, 234 ss. Por su parte, WILENMANN, *Justificación*, 2017, 162, denomina a esta comprensión unitaria como «la tesis de la inserción sistemática de la agresión antijurídica en la teoría del hecho punible».

entre un injusto como categoría del concepto de hecho punible y un injusto para definir la agresión, es reconocible hasta hoy²⁹⁰.

6.2.3. Si antes se dijo que la norma impone un deber de hacer u omitir solo a quien posea las condiciones para cumplir tal deber, no encuentro motivos para variar tal apreciación en el ámbito del ejercicio del derecho de lesionar subyacente a la legítima defensa: si quien realiza la agresión es un inimputable, a este, primero, no se le puede imponer un deber de hacer u omitir, y, segundo, tampoco se le puede imponer un deber (el denominado «deber de tolerancia», en caso se le considere correcto) como reflejo del derecho de lesionar que confiere esta causa de justificación. Ante esto no vale decir, como ya se ha mencionado antes, que el que no se le dirija la norma al inimputable (o a quien se encuentra en error de prohibición invencible) significa que a él se le «permite» el correspondiente actuar (de matar o lesionar, por ejemplo): ese actuar, al manifestarse al exterior, ya representa un curso causal lesivo sobre bienes jurídicos (una injerencia desvalorada en una esfera de libertad ajena)²⁹¹, por lo que quien vea los suyos amenazados puede actuar, pero esa permisión no ha de sostenerse en el derecho de lesionar de la legítima defensa, sino en el derecho de actuar, más limitado, del estado de necesidad defensivo. Por tanto, las agresiones cometidas por inimputables serán analizadas más adelante, al analizar los alcances de esta última causa de justificación.

²⁹⁰ WILENMANN, *Justificación*, 2017, 449 ss., parece condicionar que se trate de una legítima defensa o de un estado de necesidad a si se está ante un injusto personal o ante un injusto objetivo (que él diferencia, respectivamente, entre el «modelo de la acción» o el «modelo alternativo de la responsabilidad distributivamente fundada» o, en todo caso, entre una lógica reactiva y una lógica distributiva). En ese marco, propone la necesidad de entender un concepto de «responsabilidad» no en un sentido reactivo (esto es, no el sentido de la teoría del delito), sino como atribución de ámbitos de autonomía. El citado autor, diferencia, entonces, entre una «responsabilidad fuerte» y una «responsabilidad débil». En el lenguaje que se propone en esta investigación, una agresión ilegítima hace que los bienes jurídicos del agresor, por el ejercicio de su propia autonomía, queden sin protección y, por lo tanto, dejan de estar en plano de igualdad con los del agredido. Si se dice que el agresor «debe cargar con eso», no estaría en desacuerdo. Si la «responsabilidad débil» que plantea WILENMANN supone «cargar» con las consecuencias de la acción, entonces esta también se puede predicar, a mi modo de ver, en la legítima defensa. Si quiere diferenciar entre un injusto equiparable a la antinormatividad, que sería el de la legítima defensa y uno en el que esa antinormatividad no se produce, para sostener sobre él al estado de necesidad defensivo, tampoco estaría en desacuerdo. Pero mi opinión, como ya se ha señalado, tendría otra fundamentación: si el injusto no es antinormatividad, entonces la distinción entre responsabilidad «fuerte» y «débil», en la que se concentra WILENMANN, no resultaría necesaria: también en la legítima defensa habría esa responsabilidad «débil», si es que esta es entendida como «cargar con las consecuencias de un determinado suceso» (sin que el origen de esa carga sea una antinormatividad). Más aún, si, como dice el propio WILENMANN, *Justificación*, 2017, 452, que la «responsabilidad débil» se funda solo en la «distribución justa de libertad y nada más», sería un motivo adicional para estar de acuerdo: en mi concepción, el injusto se sostiene esencialmente en el establecimiento de los alcances de cada ámbito de libertad y en que este pueda ser mantenido en la interrelación social.

²⁹¹ Sobre este asunto, véase *supra*, Cap. IV, 6.

6.2.4. En la doctrina jurídico penal existe un sector que propone que la legítima defensa sea ejercida solo frente a imputables²⁹². Esta es, a mi modo de ver, la perspectiva correcta. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el núcleo de esta orientación suele descansar, también, en una fundamentación supraindividual. Pero esta forma de justificar esta posición no me parece acertada pues el recurso al prevalecimiento del Derecho, en realidad, tiene poco potencial explicativo (lo que ya sería suficiente para abandonarlo). Así, aunque se señale que, conforme al principio de prevalecimiento del Derecho este necesita prevalecer solo ante una agresión culpable, los representantes de la posición dominante, como ya se dijo, señalarían que el prevalecimiento del Derecho debe tener lugar ya frente al injusto y no solo en la culpabilidad (para luego decir, sin embargo, que frente a los inimputables «no se requiere ninguna afirmación del ordenamiento jurídico»²⁹³). Por esto, como ya se dijo, las agresiones de los no culpables no podrían ser repelidas en legítima defensa, sino en estado de necesidad defensivo, causa de justificación que, como se verá más adelante, posee unos límites mayores que la legítima defensa. Al respecto, también cabe destacar que la doctrina mayoritaria, que considera que la legítima defensa también es aplicable frente a ataques de inimputables, «saca de la manga» el argumento de que la defensa no está «requerida» o «indicada», pese a ser esto, a mi modo de ver, un cuerpo extraño en la fundamentación de la legítima defensa²⁹⁴. La finalidad (establecimiento de límites) es correcta, pero no el medio para lograrlo (medio que, en última instancia, se corresponde con la idea de la norma «abstracta y general» y, por tanto, «dirigida a todos»²⁹⁵). Si según la doctrina dominante, la legítima defensa permite el ejercicio de todos los medios necesarios para la defensa (el ejercicio de la defensa, como se dijo, es independiente de la proporcionalidad), ¿bajo qué fundamento las llamadas «restricciones ético-sociales» obligan a renunciar a las medidas necesarias para la defensa? En otras, palabras, ¿bajo qué fundamento mi derecho de defensa se ve recortado en favor del agresor? Conforme a esto, se ha señalado incluso que, ante ataques de inimputables,

²⁹² Al respecto, SCHMIDHÄUSER, AT, 2.^a ed., 1975, 6/65; HRUSCHKA, *FS-Dreher*, 1977, 202; KRAUSE, *FS-Bruns*, 1978, 83 s.; FRISTER, GA 1988, 291; JAKOBS, AT, 2.^a ed., 1991, 12/19 (=DP. PG., 1997, 12/19); FREUND, AT, 2.^a ed., 2009, 3/98.

²⁹³ JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a ed., 1996, 341 (=DP. PG., 2002, 366).

²⁹⁴ El argumento señalado por ROXIN para negar la posibilidad de la agresión culpable, consistente en que el «la legítima defensa debe afirmar el Derecho frente al injusto y no sólo frente a la culpabilidad», no convence: ahí donde se defiende un concepto unitario de delito, en el que se proponga la inescindibilidad entre injusto y culpabilidad, la objeción, hasta donde alcanzo a entender, no prospera. Todo depende, entonces, de cómo se configure el injusto y la culpabilidad o si se entiende un concepto unitario de hecho punible (en donde las categorías mencionadas se consideren inescindibles) o si se mantiene la separación categorial.

²⁹⁵ Al respecto, *supra* Cap. IV, 5.

pese a reconocerse el derecho de defensa, «hay que esquivar» la agresión ilegítima²⁹⁶. Se verifica entonces que, en el caso de la agresión realizada por un inimputable, aquello que la legítima defensa supuestamente garantizaba en un caso «normal», a saber, la no existencia de una obligación de ceder, no se mantiene, pues ante la agresión de un enfermo mental, por ejemplo, el agredido (que se encuentra, al parecer, en una mejor posición o situación que el agresor), sí debe renunciar a las medidas necesarias para la defensa (esto es, tiene la obligación de ceder). Esto resulta problemático, pero es claro reflejo de las soluciones típicas que ofrece la doctrina mayoritaria en cuanto a la legítima defensa.

6.2.5. Por esto habría que afirmar que la legítima defensa solo podrá ejercerse frente a agresiones antijurídicas de imputables²⁹⁷, quedando fuera del «círculo de agresores» el inimputable (menor de edad, enfermo mental profundo) o la persona que actúa en error de prohibición invencible. Pese a que se afirme que el tenor literal de la disposición legal no exige que la agresión ilegítima sea además culpable, existen planteamientos que señalan que la «agresión antijurídica» debe entenderse como «agresión culpable»²⁹⁸. Asimismo, la interpretación sistemática de las causas de justificación contempladas en el CP, la mejor comprensión que dota para el entendimiento de la función intimidatoria de la legítima defensa²⁹⁹, así como la aparente necesidad de limitar los alcances de la respuesta en ejercicio del derecho de defensa que confiere la legítima defensa como causa de justificación del resultado, parecen hacer necesario la adopción de una interpretación como la mencionada³⁰⁰. La exclusión del inimputable o quien actúa en error de prohibición

²⁹⁶ ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 15/47.

²⁹⁷ También, SCHMIDHÄUSER, *FS-Honig*, 1970, 196 ss.; GA 1991, 129 ss.; BERTEL, ZStW 84, 1972, 1; KRAUSE, GA 1979, 332 ss.; HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.^a ed., 1988, 141 ss.; FRISTER, GA 1988, 307; JAKOBS, AT, 2.^a ed., 1991, 11/16, 12/18 (=DP. PG., 1997, 11/16, 12/18); RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, 283 ss.; ROSTALSKI, en: SCHNEIDER, A./WAGNER, *Normentheorie*, 2018, 116.

²⁹⁸ Al respecto, KRAUSE, *FS-Bruns*, 1978, 83 s.; HRUSCHKA, *FS-Dreher*, 1977, 202 (quienes señalan que la referencia a la «agresión antijurídica» del § 32 StGB debe interpretarse como una «agresión culpable»).

²⁹⁹ Lo que no significa que la legítima defensa implique algo como un «derecho a penar». ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 15/18, dice que el agredido no tiene algo así como un «derecho a penar» y que solo si se aceptara esto se podría afirmar que el agredido puede actuar solamente frente a culpables.

³⁰⁰ Al respecto, LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.^a ed., 2016, 23/23, señala que si bien la comprensión de la agresión ilegítima culpable sea, de *lege ferenda*, «defendible por concordar mejor con la función intimidatoria de la legítima defensa» (por lo que las agresiones antijurídicas no culpables serían enfrentadas mediante el estado de necesidad defensivo, que es una causa de justificación de la acción que confiere un derecho a actuar), «lo cierto es que una agresión no culpable puede sin embargo ser ilegítima o antijurídica, y no parece correcto negar la exención por legítima defensa donde la ley lo admite». Ya antes, LUZÓN PEÑA, *Legítima defensa*, 1978, 195, propuso de *lege ferenda* que la ley exija una agresión antijurídica y culpable. La pretensión de *lege ferenda*, por lo demás, ya había sido destacada, en Alemania, por GRAF ZU DOHNA, *Rechtswidrigkeit*, 1905, 132, partidario también de que la legítima defensa se limite a las agresiones de culpables.

invencible del «círculo de agresores» frente a los cuales es posible actuar en legítima defensa, sobre la base de consideraciones normológicas, es, por las razones expuestas, más plausible que el mantenimiento de aquellos en el mencionado «círculo de agresores» asumiendo el costo de que la relación entre derecho y deber que emerge de la aplicación de tal causa de justificación, no sea abordada o sea sin más dejada de lado. En todo caso, los presupuestos normológicos que se consideran correctos en esta investigación también deben conducir esa conclusión: si se admite que la agresión antijurídica debe ser una de carácter antinormativo, entonces, ese carácter alude a una conducta culpable (no hay contrariedad a deber sin culpabilidad), por lo que toda conducta no culpable que pueda considerarse como peligrosa, será objeto del estado de necesidad defensivo³⁰¹.

6.2.6. Considero que tal vez la objeción más relevante que se puede formular contra la posición que establece que la legítima defensa es oponible solo a agresiones de culpables, es aquella que establece la posibilidad de que el defensor incurra en error, esto es, que se hace depender de la representación del agredido la procedencia o no de una legítima defensa. Si un inimputable (que se encuentra en un estado de «locura temporal», pero que no lo aparenta) agrede a otro, al agredido no se le puede exigir conocer todas las circunstancias del agresor para modular el ejercicio de su defensa³⁰². Es decir, al agredido, en el poco margen espaciotemporal que tiene para decidir qué hacer ante una agresión, no se le puede exigir que delibere con respecto a las condiciones mentales del agresor para así decidir si actúa en legítima defensa o en estado de necesidad. Esto es algo que el Derecho no puede exigir. Las condiciones ordinarias del actuar del ciudadano, quien, si bien puede diferenciar lo bueno y lo malo (en el escenario más básico, como es una agresión sin causa, con la que se puede producir en el marco de la legítima defensa), desconoce qué es el injusto y qué es la culpabilidad. El ciudadano solo será capaz de identificar una agresión, en los términos más amplios de la palabra, y no se puede poner a pensar (salvo en los casos más evidentes) sobre las condiciones del agresor (si este era imputable o no, o si pese a ser inimputable en realidad no lo aparenta) y sobre los alcances de la agresión.

³⁰¹ ROSTALSKI, en: SCHNEIDER, A./WAGNER, *Normentheorie*, 2018, 115, quien señala que «La pregunta si un bien jurídico individual se afecta mediante un acontecimiento puramente natural o mediante una infracción de una norma de conducta, desempeña un rol solamente para la extensión (para las dimensiones) del derecho de defensa».

³⁰² Sobre esta problemática, por todos, JAKOBS, AT, 2.^a ed., 1991, 11/10 ss. (=DP. PG., 1997, 11/10 ss.).

7. Lo expuesto hasta el momento revela algunas consideraciones que deben tomarse en cuenta para la aplicación de restricciones en el caso de la legítima defensa. Cabe recordar aquí las bases para la construcción de una comprensión propia: la superación del principio del interés preponderante y, con ello, de la comprensión colectivista del Derecho que entiende que el derecho subjetivo es una concesión del Estado y que solo existe en la medida que posea utilidad social³⁰³. La atención se debe concentrar aquí en la integridad de la esfera jurídica del individuo, la que debe constituirse en el punto de partida de la concepción que aquí se defiende.

7.1. La legítima defensa constituye una causa de justificación caracterizada por su especial intensidad: de ser el caso, se puede incluso matar al agresor. Se ha dicho que este, con la realización de su ataque, hace que sus bienes dejen de ser protegidos por el Derecho y determina que sus bienes dejen estar en plano de igualdad con respecto a los de quien ejerce la defensa (o del tercero que es defendido), por lo que, si matar es necesario para impedir o repeler el ataque, entonces ese hecho típico (el homicidio) está justificado. La imposición de un deber de tolerancia al agresor es solo la consecuencia de su propio actuar, por lo que ha de hacerse responsable de este y sus consecuencias. Ahora bien, son los casos problemáticos, referidos a los límites en el ejercicio de la legítima defensa, los que han generado inquietudes. Y es que no puede señalarse que, si no se incorpora la proporcionalidad en el marco argumental de la legítima defensa, entonces esta sea una causa de justificación ilimitada. La exigencia de proporcionalidad no quiere decir que lo necesario sea posible, por lo tanto, el ejercicio de la legítima defensa solo puede llegar hasta el límite de lo necesario para impedir o repeler un ataque³⁰⁴. Se propone, entonces, que, si bien en la legítima defensa no rige la proporcionalidad, ha de evitarse en su ejercicio la extrema desproporción. En este escenario, el defensor debería renunciar al recurso a la defensa y en lugar de ella recurra a una defensa menos intrusiva (aun cuando lleve consigo un riesgo de fracaso) o incluso prescindir de una resistencia defensiva³⁰⁵. Si

³⁰³ GRECO, 2018 GA, 672-673.

³⁰⁴ Y esto, a mi modo de ver, ya es una cuestión casuística. Si «A», ante la amenaza de «B» de apuñalarlo si no le entrega el dinero que lleva consigo, saca la pistola que tenía escondida dentro su chaqueta para defenderse ciertamente puede disparar y matar al agresor. Si en el caso concreto hay una instancia anterior a la muerte de «B» en la que ya pueda afirmarse que su realización ha sido necesaria para impedir o repeler el ataque (hacer un disparo al aire, disparar al agresor en una zona corporal no vital, solo mostrar la pistola para amedrentar al agresor), entonces este será el límite máximo del ejercicio de la mencionada causa de justificación.

³⁰⁵ ENGLÄNDER, en: MATT/RENIKOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, § 32/44. Agrega este autor que la fundamentación de la exclusión de una defensa extremadamente desproporcionada radica en el interés,

para salvar su vida, su integridad o su libertad, quien ejerce el derecho de defensa encuentra que la única manera de impedir o repeler el ataque (de manera inmediata, definitiva y sin riesgo para él mismo), es matar, entonces esto está justificado. Solo si no hay necesidad, la autonomía cede en favor de la solidaridad.

7.2. Sin embargo, si las limitaciones en el ejercicio de la legítima defensa son mayores, entonces estas necesitan de una fundamentación especial. Si se regresa al ejemplo de «A», hombre mayor y que solo puede movilizarse con una silla de ruedas, dueño de un manzanal al que «B» sube para apoderarse de los frutos, habrá que señalar que, si se le impide a «A» matar a «B», entonces se le estaría exigiendo un sacrificio (la desposesión de bienes de su propiedad)³⁰⁶. Si se dice que en este caso no está permitido el ejercicio de la legítima defensa, entonces, la limitación del derecho de defensa que se deriva de esa causa de justificación debe ser entendida, en buena cuenta, como «altruismo»³⁰⁷. Y si esto es así, entonces ese «altruismo» debe ser correspondido con una indemnización, de la que debe hacerse responsable quien se beneficia de aquel. El razonamiento detrás de la solución del caso tiene que ver con el hecho de que el bien de «A» es el de la propiedad, el que parece ser un bien reparable en caso de afectación. En este caso, el ejercicio del derecho de defensa, que tiene como límite lo necesario, debe observar esa especial entidad del bien que se protege (que se trata de un bien reparable). En cambio, si «A», para evitar una paliza por parte de «B», apuñala a este para escapar, el bien de aquel es un bien innato, a saber, la integridad física, por lo que, al ser de este tipo de bienes (que aquí se han denominado como de sustrato irreparable), no podría ser objeto de «altruismo». Por tanto, en la legítima defensa, si no hay necesidad, la autonomía cede en favor de la solidaridad solo en caso de bienes reparables, por lo que la solidaridad tiene como reflejo una indemnización de la que se hace cargo quien se beneficia de esa solidaridad.

8. Las consecuencias de este planteamiento que pueden ser destacadas especialmente son dos. Primero, la legítima defensa queda libre de cualquier exigencia de proporcionalidad. Si se sostuviera lo contrario, se tendría que admitir que los derechos son solo concesiones del Estado al individuo, que aquel le otorga a este de manera provisional y cuyo ejercicio

compartido por los ciudadanos, consistente en contar con la posibilidad de que un mero descuido en su actuar convierta súbitamente al agente en «agresor», caso en el que habrá la certeza de que no será víctima de un acto de defensa extremadamente desproporcionado.

³⁰⁶ GRECO, GA 2018, 678.

³⁰⁷ GRECO, GA 2018, 678.

se condiciona a la utilidad social. Segundo, se establece el alcance objetivo de los límites de la legítima defensa. En principio, toda agresión ilegítima supone la aparición de un derecho de defensa ilimitado. Una limitación, sin embargo, estaría condicionada a la distinción entre derechos innatos (vida, integridad física, libertad) y derechos adquiridos³⁰⁸. La legítima defensa, por tanto, será ilimitada en el primer caso, pero no en el segundo, en el que se puede argumentar a favor de una limitación. Esta limitación solo es sostenible sobre la idea del «altruismo» («*Aufopferung*»)³⁰⁹, lo que implica que, si se le exige al agredido una limitación en el ejercicio de su derecho de defensa, entonces tendrá que ser indemnizado de alguna manera.

4.2. Estado de necesidad justificante.

1. El estado de necesidad, según la definición tradicional, alude a una situación de peligro para bienes jurídicos en la que emerge la necesidad de salvarlos o protegerlos, lo que únicamente se puede realizar a costa de lesionar o afectar otros intereses jurídicamente protegidos³¹⁰. Conforme a la distinción, aquí admitida, entre causas de justificación de la acción y causas de justificación del resultado, el estado de necesidad constituye un caso propio de la primera categoría. En ese sentido, si bien excluye el desvalor de acción, el

³⁰⁸ Esta distinción es antigua, verificable incluso en la época del Derecho natural. Con múltiples referencias, GRECO, GA 2018, 679. También NINO, *Legítima defensa*, 1982, 65, propone una clasificación de bienes de tal manera que aquellos que sean intrínsecos a la persona humana (esto es, esenciales para la elección y realización del plan de vida) y cuya pérdida sea irreparable, son defendibles mediante la legítima defensa.

³⁰⁹ Al respecto, GRECO, GA 2018, 678. Señala que una limitación del derecho de defensa debe ser comprendido como una «expropiación (*Entziehung*) del derecho afectado» o, dicho de otra manera, como «altruismo» («*Aufopferung*»). GRECO agrega seguidamente que «Las limitaciones a la legítima defensa son de esta manera, en principio, ofrenda para el interés común». Al respecto, considero que no parece posible poner en plano de igualdad la idea de «expropiación» con la de «altruismo» ya que ambas son cosas distintas: la «expropiación» sucede sin que haya voluntad del expropiado, a cambio de un objeto que represente el valor de lo expropiado; el «altruismo», por su parte, sí supone la voluntad de quien lo ejerce y, de esa manera, depende de su arbitrio (sin esperar nada a cambio). La combinación de ambos conceptos, sin embargo, parece reflejar lo que GRECO quiere decir: la limitación de la legítima defensa es una «ofrenda» que el agredido puede realizar (dimensión del «altruismo») a favor de la comunidad, debiendo esta resarcirlo de alguna manera (dimensión de la «expropiación»).

³¹⁰ ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 15/2 ss. La doctrina mayoritaria, que admite un fundamento dualista de la legítima defensa, considera que la diferencia entre la legítima defensa y el estado de necesidad radica en el elemento supraindividual (prevalcimiento del Derecho): concurre en la primera causa de justificación, pero no en la segunda. En ese sentido, frente a fuentes de peligro que no se sostienen en un desvalor de acción (supuestos de falta de acción en los que sin embargo hay un peligro o de acciones que no infringen el cuidado debido), se puede reaccionar solo en estado de necesidad justificante. Al respecto, por todos, VON DER PFORDTEN, *FS-Schreiber*, 2003, 362. Fundamental para la comprensión del estado de necesidad basado en el principio del interés preponderante (determinable mediante un juicio de ponderación total de intereses) en Alemania, LENCKNER, *Notstand*, 1965, 5 ss.

desvalor del resultado (esto es, el «mal») subsiste³¹¹. Al ser una causa de justificación de la acción, no hay un derecho a lesionar (como en la legítima defensa), sino solo «la autorización o permisión de la acción, aunque implique peligro o riesgo (riesgo permitido), es decir, suponen una facultad o un simple derecho a actuar, pero no a causar el resultado desvalorado»³¹².

2. En lo que sigue abordaré las dos manifestaciones del estado de necesidad: el estado de necesidad defensivo y el estado de necesidad agresivo³¹³. Conforme a la orientación que se ha presentado en esta investigación, constituye un asunto de interés el encontrar los fundamentos de esas manifestaciones del estado de necesidad más allá de la teoría de la ponderación total de intereses. Hasta ahora se ha señalado que parece ser correcto entender que el origen del peligro en el ámbito de libertad de un individuo es lo que autoriza que este sea destinatario de alguna medida, ya sea de una actuación en legítima defensa o, como se verá a continuación, de una en estado de necesidad defensivo. Ambas suponen que el defensor o el necesitado realice la acción de salvaguarda de sus bienes a costa de los bienes de aquel de cuya esfera emana el peligro, diferenciándose la intensidad de esa facultad de intervención si es que se actúa bajo el amparo de la legítima defensa o del estado de necesidad defensivo. Se señalará a continuación que esta estructura no se reproduce necesariamente el ámbito del estado de necesidad agresivo, en el que la acción de salvaguarda de bienes jurídicos se realiza afectando intereses de un sujeto de cuyo ámbito de libertad no ha emergido el peligro que se pretende enfrentar. Solo esto permitiría pensar ya, por lo menos de manera intuitiva, que el estado de necesidad defensivo supone un nivel de intervención cualitativamente mayor que el que corresponde al estado de necesidad agresivo. Sin embargo, esta aproximación aún no dice nada sobre los límites entre ambas manifestaciones del estado de necesidad y, principalmente, sobre el fundamento del deber de tolerancia (si es que este existe) que ha de imponerse a los

³¹¹ LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 21/7, 24/51.

³¹² LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 21/21. Habla también de un «derecho a actuar» («*Handlungsrecht*») en el estado de necesidad agresivo, JAKOBS, AT, 2.ª ed., 1991, 11/13 (=DP. PG., 1997, 11/13).

³¹³ ENGLÄNDER, en: MATT/RENIKOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, § 34/5, quien señala que, en la medida que el estado de necesidad agresivo y el estado de necesidad defensivo constituyen instituciones jurídicas completamente distintas, deberían estar reguladas en diferentes disposiciones, y no en una sola (como sucede en Alemania, donde el estado de necesidad defensivo se reconoce en el § 34 StGB). Con todo, ENGLÄNDER agrega que la condición de la «preponderancia esencial» del interés protegido debe entenderse como referida al estado de necesidad agresivo, mientras que el estado de necesidad defensivo se regularía de manera independiente y posee sus propios presupuestos. En esa misma orientación, RENIKOWSKI, *Notstand*, 1994, 243 ss.; PAWLIK, *Notstand*, 2002, 138 ss.

destinatarios de las acciones de salvaguarda tanto en el estado de necesidad defensivo como en el estado de necesidad agresivo. Si es que tales deberes de tolerancia existen, entonces tendrían que fundamentarse sin recurrir a la idea de que la afectación de los bienes de los destinatarios de las acciones de salvaguarda se justifica por ser algo «socialmente útil». En todo caso, debo señalar aquí nuevamente que el principal interés en el siguiente análisis, en sintonía con los lineamientos generales de esta investigación, radica en establecer las consecuencias de una teoría de la norma en el ámbito de las mencionadas causas de justificación. Las consideraciones generales sobre la parte negativa del tipo de injusto, ya expuestas, y los planteamientos acabados de desarrollar sobre la legítima defensa deben entonces ser útiles a partir de ahora para interpretar, en la medida de lo posible, una determinada comprensión sobre las ya mencionadas manifestaciones del estado de necesidad.

4.2.1. Estado de necesidad defensivo.

1. En el estado de necesidad defensivo se actúa contra una cosa o persona que constituye la fuente creadora del peligro, pero que no llega a alcanzar la calidad de «agresión ilegítima», la que constituye un elemento esencial de la legítima defensa³¹⁴. Por esto, en el estado de necesidad defensivo, se reconoce que la única forma de la que disponen el necesitado o su auxiliador para salvaguardar el correspondiente interés jurídico amenazado radica en la intervención «defensiva» en el ámbito de libertad del individuo (destinatario de la acción defensiva) del que emana (como mínimo) fácticamente esa amenaza. En Alemania, el reconocimiento del estado de necesidad defensivo en el § 34 StGB es un asunto discutido en la doctrina³¹⁵. Así, una orientación niega que la mencionada causa de justificación se

³¹⁴ LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 24/48.

³¹⁵ En Alemania, el estado de necesidad justificante ha encontrado reconocimiento primero en el Derecho civil. Así, el § 228 BGB contempla la defensa frente al peligro proveniente de cosas y el § 904 BGB, el estado de necesidad agresivo. Antes de la reforma del StGB en los años sesenta, se reconocía también un estado de necesidad «supralegal», desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia sobre la base del principio de ponderación de intereses. Al respecto, BINDING, *Handbuch*, t. I, 1885, 762; MEZGER, *Tratado*, t. I, 1957, 340 (que desarrollaron la «teoría de la ponderación de bienes»); BAUMGARTEN, *Notstand*, 1911, 61; GRAF ZU DOHNA, *Rechtswidrigkeit*, 1905, 122 ss.; *Recht*, 1925, 11; SCHMIDT, *Eb.*, ZStW 49 (1929), 379 ss. (que desarrollaron la «teoría del fin»). Estas posiciones, que en última instancia expresaban una conformidad con la ampliación de los supuestos justificados por aplicación de criterios (materiales) genéricos de justificación, constituyeron el origen histórico de la trascendencia del concepto de «antijuridicidad material» como criterio con el que ampliar las causas de justificación a supuestos no contemplados expresamente por la ley. Al respecto, con múltiples referencias a la jurisprudencia alemana, JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.ª ed., 1996, 359 ss. (=DP. PG., 2002, 385 ss.). Es importante señalar, en todo caso, que antes del reconocimiento del estado de necesidad defensivo, se reconoció la posibilidad de distinguir dos «clases» de legítima defensa, lo que puede

encuentre contemplada en esa disposición, sobre la base de la idea del recurso a la fórmula del «interés esencialmente mayor», la que se relaciona con el § 904 BGB y no con el § 228 BGB (estado de necesidad referido a la «defensa contra cosas»)³¹⁶. Por tanto, este sector doctrinal cuestiona la consideración de que tanto el estado de necesidad defensivo como el estado de necesidad agresivo estén contemplados en el § 34 StGB (que, al justificar las acciones realizadas en estado de necesidad siempre que el interés salvado sea esencialmente mayor al lesionado, parece tener una estructura acorde con el estado de necesidad agresivo). En esa línea, para la admisión del estado de necesidad defensivo, se postula una analogía con el § 228 BGB o la admisión de una causa de justificación supralegal³¹⁷. La segunda orientación considera, por el contrario, que tanto el estado de necesidad defensivo como el estado de necesidad agresivo se recogen en el mencionado § 34 StGB, fundamentando esta apreciación mediante la defensa de la teoría del interés preponderante³¹⁸. En España, el estado de necesidad defensivo también ha sido reconocido y puede derivarse del art. 20.5 CP. Esta disposición, a diferencia de la que existe en Alemania, parece poseer una fórmula más flexible y amplia³¹⁹, pues exige solo que el mal causado no sea mayor que el que se pretende evitar. Si el «mal» es entendido en sentido

entenderse como el antecedente de las categorías, reconocidas actualmente de manera amplia, entre legítima defensa y estado de necesidad defensivo. Al respecto, LÖFFLER, ZStW 21 (1901), 542, distinguió entre «defensa por repulsión» («*Trutzwehr*») y «defensa necesaria» («*Notwehr*»), referidas tanto a agresiones antijurídicas de otra persona, como a peligros provenientes de una cosa, un animal o de un incapaz de culpabilidad, respectivamente. Incluso, LÖFFLER consideró que el § 228 BGB constituía una manifestación de la «defensa necesaria». Se manifiesta en contra de la calificación empleada por LÖFFLER, GRAF ZU DOHNA, *Rechtswidrigkeit*, 1905, 130-131 (quien prefiere denominar «*Notwehr*» a lo que LÖFFLER llama «*Trutzwehr*», debido a que no está de acuerdo con considerar como «agresión antijurídica» al peligro proveniente de «una cosa inanimada»). Luego de la reforma del StGB en los años sesenta, es en el § 34 StGB en el que se recogió el estado de necesidad justificante (a diferencia del estado de necesidad exculpante, recogido en el § 35 StGB).

³¹⁶ HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.ª ed., 1988, 75 ss., 84 ss. (quien ha señalado que el estado de necesidad defensivo solo podría construirse por analogía con el § 228 BGB); JAKOBS, AT, 2.ª ed., 1991, 13/46 ss. (=DP. PG., 1997, 13/46 ss.); VOGEL, *Norm*, 1993, 187 ss.; RENZIOWSKI, *Notstand*, 1994, 47, 243 ss.; PAWLIK, *Notstand*, 2002, 131 ss.; NEUMANN, en: KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (Eds.), NK-StGB, t. I, 5.ª ed., 2017, § 34/86; ENGLÄNDER, en: MATT/RENZIOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, § 34/5.

³¹⁷ WILENMANN, *Justificación*, 2017, 459, señala que en la discusión alemana pueden reconocerse dos orientaciones (y entre ellas, varias otras intermedias): primero, la que, conforme a una reconstrucción «filosófico-sistémica», considera que el estado de necesidad defensivo no está recogido en el § 34 StGB, por lo que constituye una causa de justificación por analogía extensiva del § 228 BGB; segundo, la que, a partir de una reconstrucción «teórica o de argumentación jurídica» (teoría del interés preponderante), considera que sí es aplicable el § 34 StGB, por lo que, entre los múltiples elementos que conforme a esta disposición deben ser ponderados, se incluye también a la fuente de peligro.

³¹⁸ Así, señala HIRSCH, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. I, 2008, 1008, que «Dado que en la ponderación de intereses hay que incluir todas las circunstancias relevantes de la situación de colisión, hay que tener en cuenta que en el estado de necesidad defensivo el peligro que amenaza con producirse parte del bien jurídico que se ve afectado por la actuación defensiva. Por eso cabe que se pueda afirmar por parte de quien se encuentra en la situación de necesidad un interés preponderante, aunque el bien jurídico amenazado sea aquí de igual o menor valor que el bien vulnerado a través de la acción salvadora».

³¹⁹ Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Mir Puig*, 2010, 514.

amplio (incluyendo las consideraciones referidas a la lesión o no de la autonomía en el estado de necesidad defensivo y donde tal lesión pueda ser considerada como un «mal» que se podía evitar), entonces sería posible admitir que el mencionado art. 20.5 CP recoge tanto el estado de necesidad defensivo como el estado de necesidad agresivo³²⁰. Con todo, de interpretar el «mal» en sentido estricto (el «mal» causado fuera mayor que el que se pretende evitar), entonces cabría recurrir a la construcción del estado de necesidad defensivo por analogía³²¹.

2. Mientras la responsabilidad (en sentido amplio) por la agresión antijurídica fundamenta la imposición (al agresor) de un deber de tolerancia en la legítima defensa, la solidaridad intersubjetiva, como se verá más adelante, fundamenta la imposición de un deber de sacrificio (al tercero no interviniente) en el estado de necesidad agresivo. Si el estado de necesidad defensivo se sitúa entre la legítima defensa y el estado de necesidad agresivo, entonces aquellos dos principios, el de responsabilidad y el de solidaridad intersubjetiva, deben brindar los elementos para interpretar el deber de tolerancia propio del estado de necesidad defensivo³²². Debe señalarse, en todo caso, que si bien la contrastación con la legítima defensa y el estado de necesidad agresivo parece ser correcta como punto de partida para comprender al estado de necesidad defensivo, no parece ser definitiva, pues si fuera así no habría posibilidad de concederle a esta última causa de justificación una fundamentación autónoma y, además, se concentraría la atención más en los límites con la legítima defensa y con el estado de necesidad agresivo que en la propia indagación del contenido del estado de necesidad defensivo³²³.

³²⁰ ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, 448 s., n. 9; MIR PUIG, DP. PG., 9.ª ed., 2016, 17/67 ss.

³²¹ LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 24/50, señala que el estado de necesidad defensivo se construye por analogía entre la legítima defensa y el estado de necesidad agresivo: «(...) se puede sostener, o bien asimismo que el estado de necesidad defensivo encaja ya en el art. 20, 5.º, o, si se rechaza esta interpretación por no compartirse esa fundamentación, cabe sostener (...) que tal figura es posible admitirla como *causa de justificación supralegal por analogía* con la legítima defensa por una parte y con el estado de necesidad por otra, puesto que se asemeja o coincide parcialmente con uno y con otra. Por reaccionar precisamente frente a la fuente de peligro, se modifica la ponderación de intereses en contra de ésta, y a semejanza con la legítima defensa es posible causar un mal mayor que el que amenaza; pero por no constituir la fuente del peligro, humana, animal o natural, una agresión ilegítima, tiene que haber una cierta proporcionalidad entre los males –similitud con el estado de necesidad–, de modo que ***el mal causado no puede ser***, por mucho que fuera necesario, ***desproporcionadamente superior al que amenaza***» (cursiva y negrita en el original). Antes, LUZÓN PEÑA, *Legítima defensa*, 1978, 339 s., 475, había propuesto de *lege ferenda* el reconocimiento legal del estado de necesidad defensivo. También, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, 174; MARTÍNEZ CANTÓN, *Estado de necesidad*, 2006, 283 ss., 705 ss. En contra de la admisión de eximentes por analogía (refiriéndose concretamente al estado de necesidad defensivo), CEREZO MIR, *Curso*, t. II, 6.ª ed., 1998, 223, n. 50.

³²² COCA VILA, InDret 1/2011, 16.

³²³ Así, WILENMANN, *Justificación*, 2017, 466.

2.1. La relación entre el estado de necesidad defensivo y la legítima defensa se verifica ya cuando se trata de resaltar una suerte de alcance subsidiario de la primera causa de justificación con respecto a la segunda. ROXIN señala expresamente que «no todos los peligros originados en seres humanos pueden ser combatidos en uso del derecho de legítima defensa»³²⁴. Por lo tanto, las exigencias referidas a la conducta del agresor, establecidas en el marco de la legítima defensa, han de ser menores en el estado de necesidad defensivo, aunque sí que es posible reconocer un núcleo común entre ambas: la acción humana generadora de un peligro para los bienes jurídicos de otro. Este escenario, en lo que respecta al estado de necesidad defensivo, expresaría: primero, que se trata de un supuesto en el que no parece adecuado negar un derecho de defensa (que, como se ha dicho antes, sería en realidad un derecho a actuar), y, segundo, que ese derecho de defensa no puede tener la amplitud que alcanza en el marco de la legítima defensa³²⁵ (pues el que sea un derecho actuar fundamenta que sea solo una causa de justificación de la acción y no una causa de justificación del resultado).

2.2. Ahora bien, a diferencia del estado de necesidad agresivo, en la legítima defensa y en el estado de necesidad defensivo se propone una fundamentación sobre el principio de autonomía (o de «libertad negativa»), cuyo alcance puede limitarse por un principio de solidaridad³²⁶. Si la legítima defensa se sostiene sobre el principio de la autonomía, queda claro el motivo de la extensión de su ejercicio (del permiso de defensa) hasta el límite de lo necesario. Por tanto, una limitación del principio de autonomía solo se puede entender si es que, a la vez, concurren exigencias del principio de solidaridad. Esto sucedería también en el estado de necesidad defensivo: las pretensiones del respeto de la autonomía (que porta el agente en situación de necesidad) se limitan por las pretensiones del reconocimiento de solidaridad (que porta el destinatario de la acción defensiva)³²⁷. El estado de necesidad defensivo, entonces, constituye también un permiso de afectación típica hasta el límite de

³²⁴ ROXIN, *FS-Jescheck*, 1985, 457.

³²⁵ En esta investigación no profundizaré sobre la casuística que puede reflejar este escenario. Solo puedo hacer algunas referencias a lo desarrollado por otros autores. ROXIN, *FS-Jescheck*, 1985, 460; DP. PG., t. I, 1997, 16/73, señala, por ejemplo, que hay cuatro casos que pueden reflejar ese escenario: casos de no acción; de acciones ejecutadas con el debido cuidado; la perforación (casos en los que durante el parto se hace necesario matar al feto para evitar que la madre muera o sufra una grave lesión), y agresiones todavía no actuales («defensa preventiva»).

³²⁶ RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, 178 ss., 185 ss., 194 ss.; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, 47 ss., 59 ss., 63 ss., 77.; ENGLÄNDER, en: MATT/RENIKOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, § 34/5.

³²⁷ WILENMANN, *Justificación*, 2017, 463.

lo necesario. Esa afectación típica es oponible a la esfera jurídica de un individuo de la cual emana (como mínimo) fácticamente el peligro, sin embargo, ese individuo (el destinatario de la acción de defensiva) no llega a tener los niveles de «responsabilidad» (en la creación del peligro) que posee el agresor en el ámbito de la legítima defensa³²⁸. Esto quiere decir que la diferente amplitud en la afectación del correspondiente bien jurídico del titular de la esfera de libertad de donde proviene el peligro en la legítima defensa y en el estado de necesidad defensivo depende de cuánto haya tenido que ver el creador de ese peligro, esto es, de cuánto se haya involucrado con la creación del peligro para el bien jurídico de quien ejerce la conducta justificada. La legítima defensa tiene un alcance mayor (esto es, permite «más» al agredido) pues el agresor genera responsablemente un peligro para el bien jurídico de un sujeto, que, por la aparición de un derecho de defensa, cuenta con la posibilidad de defenderse hasta el límite de lo necesario para impedir o repeler el ataque. El estado de necesidad defensivo tiene un alcance menor (esto es, permite «menos» al necesitado), pues el individuo no crea el peligro hasta considerarlo una «agresión»³²⁹, pero en definitiva hay un peligro que proviene de él (o a él se encuentra ligado de modo inseparable el peligro) y que tiene que ser repelido con consideraciones de necesidad. En la legítima defensa, la condición de aplicación para su ejercicio no tiene que ver en absoluto con que el agredido cuente con una posibilidad (igualmente eficaz) de eludir o evitar la afectación de sus bienes jurídicos por parte de la agresión antijurídica desplegada por el agresor. En el estado de necesidad defensivo, por el contrario, la condición de aplicación para su ejercicio sí tiene que ver con que el necesitado cuente con otra posibilidad (igualmente eficaz) de eludir o evitar la afectación de sus bienes jurídicos por parte del peligro que proviene de la esfera del tercero, ya que no podrá afectar los bienes de este si es que contaba con esa otra posibilidad³³⁰.

³²⁸ WILENMANN, *Justificación*, 2017, 464.

³²⁹ MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 261, señala que «la generación del peligro concreto para los bienes jurídicos de cuya salvaguarda se trata ha de provenir de “la esfera” del titular de los bienes expuestos a ser menoscabados a través de la correspondiente maniobra defensiva, sin que ello dependa de que esta misma persona sea capaz de evitar intencionalmente la generación o intensificación del peligro en cuestión».

³³⁰ Cabe señalar también, como bien reconoce MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 261, n. 189, que la relación entre la norma permisiva de la legítima defensa y la norma permisiva del estado de necesidad defensivo no es una de *lex specialis*, pues entre ellas no hay relación de subordinación o inclusión, sino de interferencia. La condición de aplicación de la legítima defensa es más estricta que la del estado de necesidad defensivo, sin embargo, el alcance de la permisión es más estricto en el estado de necesidad defensivo que en la legítima defensa.

2.3. Por lo dicho, en el estado de necesidad defensivo se refleja un escenario en el que el sujeto puede no haber desencadenado la situación de peligro (como en la legítima defensa). Pero tampoco se puede decir de ese sujeto que sea ajeno a la fuente de peligro (como en el estado de necesidad agresivo). El sujeto crea el peligro o se encuentra indisolublemente vinculado a la fuente de peligro frente a la que está justificada la reacción. Esta definición constituye, al parecer, el único aspecto en el que hay acuerdo, pues luego emergen algunos otros temas problemáticos sobre los que aún hay que discutir: la importancia de los bienes en juego (sobre si el bien defendido debe ser superior que el bien afectado), sobre si es suficiente una relación meramente fáctica entre el origen del peligro y el sujeto sobre el que recae la acción defensiva³³¹ o si se necesita de una relación normativa³³². En esta investigación no pretendo abordar con exhaustividad estos asuntos concretos³³³, pues, conforme a lo indicado en líneas anteriores, solo pretendo concentrar la atención en el específico escenario referido a de la actuación de los inimputables o de quienes actúan en error de prohibición invencible. Sin embargo, creo que es importante señalar que una comprensión, como la que aquí se defiende, consistente en admitir la existencia de deberes de tolerancia exige, hasta donde alcanzo a entender, que se reconozca una relación normativa entre el sujeto y la fuente de peligro frente a la que se reacciona en estado de necesidad defensivo. Así, una relación normativa como la antes mencionada sobre la cual sea posible aplicar el estado de necesidad defensivo, supondría la imposición de un deber

³³¹ Esta parece ser la opinión mayoritaria en España y en Alemania. En España, por todos, LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 24/50. En Alemania, por todos, JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.ª ed., 1996, 365 (=DP. PG., 2002, 391); ROXIN, *DP. PG.*, t. I, 1997, 16/11 ss.; HIRSCH, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. I, 2008, 1006 ss.; FREUND, *AT*, 2.ª ed., 2009, 3/92 ss.; HÖRNLE, *InDret* 2/2010, 16. Para estos autores, en definitiva, según COCA VILA, *InDret* 1/2011, 8, «la constatación de la mera ubicación fáctica de la fuente de peligro en la esfera del afectado fundamenta la imputación de responsabilidad por el peligro que amenaza o en todo caso, es condición suficiente para la imposición de deberes de tolerancia intensificados. Es indiferente que el sujeto se encuentre “en el lado de la fuente de peligro”, que el peligro parta de su esfera o que simplemente esté “implicado en la fuente de peligro”, tales datos fácticos sirven para fundamentar la competencia preferente por el peligro». No en todos los escenarios en los que se recurre al estado de necesidad defensivo se puede reconocer la creación «responsable» de un peligro por parte de un sujeto sobre el que recae la acción defensiva. Por esto, se ha señalado, por ejemplo la necesidad de una relación meramente fáctica: se podría reaccionar en estado de necesidad defensivo en el caso de un peligro que proviene del ámbito de organización de un sujeto (este es «responsable») o porque un peligro no es reconducible a ningún acto organizativo del sujeto frente al que se reacciona (ese sujeto no es «responsable» del peligro, pero tampoco es completamente «extraño» a él —se encuentra en una posición fácticamente «próxima» al peligro—, por lo que no se podría reaccionar frente a él en estado de necesidad agresivo). Se pueden poner dos ejemplos para caracterizar cada escenario: primero, el caso en el que un taxista conduce de manera imprudente y amenaza con lesionar gravemente a un peatón, quien responde disparando contra las ruedas del automóvil, provocando así que el taxista se estrelle contra un muro cercano; y segundo, el conductor que al sufrir un infarto y queda inconsciente, amenaza con atropellar un peatón, quien actúa disparando contra las ruedas del automóvil provocando que este se estrelle contra un muro cercano. Sobre estos casos, COCA VILA, *InDret* 1/2011, 4 s.

³³² De esta orientación, por todos, PAWLIK, *Notstand*, 2002, 321 ss.

³³³ Sobre los diversos escenarios del estado de necesidad defensivo, por todos, COCA VILA, *InDret* 1/2011, 2 ss.

de tolerancia más intenso que el que corresponde al estado de necesidad agresivo (deber que, en realidad, como se verá más adelante, es un «deber de sacrificio»): no se fundamenta en la solidaridad intersubjetiva (exigible a quienes sean absolutamente ajenos a la creación del peligro para los bienes jurídicos que se pretenden salvaguardar; lo que explica, por lo demás, que estos últimos sean esencialmente preponderante frente a los bienes jurídicos sacrificados), sino en una responsabilidad por la perturbación (*Störerantwortlichkeit*)³³⁴. Esto quiere decir que aquel que de cuya esfera jurídica se deriva un peligro para la integridad de los bienes de otra persona, debe prioritariamente ocuparse de que ese peligro no se realice³³⁵. Esa responsabilidad por la perturbación se deriva de la función del derecho subjetivo consistente en mantener intactos los espacios de libertad del titular del derecho frente a las afectaciones provenientes de la esfera jurídica de otra persona³³⁶. La relación entre el individuo y el peligro frente al que se actúa en estado de necesidad defensivo no puede ser, por lo tanto, una relación meramente fáctica, sino que ha de ser una de carácter normativa³³⁷.

3. Al abordar la causa de justificación de la legítima defensa, se dijo que el específico supuesto de la agresión realizada por inimputables debía ser abarcada no por aquella causa de justificación, sino por la del estado de necesidad defensivo. Sin embargo, la doctrina mayoritaria, que entiende que la norma «se dirige a todos», considera que también es posible reaccionar amparado por la legítima defensa frente a la agresión de un inimputable³³⁸. Y el empeño con que eso sea así la lleva a aplicar restricciones al ejercicio de la legítima defensa ante casos de agresiones cometidas por inimputables, lo que, a mi juicio, revela la falta de correspondencia entre el punto de partida y los resultados. Se señala, por ejemplo, que, en el caso de enfermos mentales, si bien sería necesaria una defensa para repeler la agresión (con lo que se admite la causa de justificación de la legítima defensa, que asigna un derecho a lesionar), por razones ético-sociales habría que

³³⁴ Al respecto, por todos, HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.^a ed., 1988, 110 ss.; RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, 180 ss.; ENGLÄNDER, en: MATT/RENIKOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, § 34/5.

³³⁵ ENGLÄNDER, en: MATT/RENIKOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, § 32/5.

³³⁶ ENGLÄNDER, en: MATT/RENIKOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, § 32/5.

³³⁷ Al respecto, ROBLES PLANAS, en: *LH-Mir Puig*, 2010, 461, señala que «la doctrina absolutamente dominante mayoritaria (...) admite la justificación de un deber de tolerancia de la máxima intensidad en supuestos donde no existe –auténtica– responsabilidad por el peligro: en ciertos supuestos del denominado estado de necesidad defensivo donde solo existe una relación puramente causal con el peligro por parte del afectado se llega a aceptar la justificación de la acción del necesitado aun cuando el bien salvado sea de inferior valor que el lesionado».

³³⁸ ROXIN, DP, PG., t. I, 1997, 15/10.

«renunciar a las medidas necesarias para la defensa»³³⁹, caso en el cual, la legítima defensa no está «requerida o indicada»³⁴⁰. En el escenario en el que el agresor es un inimputable se exige incluso que el atacado se limite a esquivar o rehuir para así evitar la agresión³⁴¹. Ese empeño, que repercute en el empleo de restricciones al derecho de defensa en el caso de acciones realizadas por inimputables (la restricción posiblemente más clara sea la exigencia de huir frente a acciones de inimputables), puede ya revelar una razón material para optar por un tratamiento diferente en cuanto a la defensa frente a acciones de imputables e inimputables.

4. Antes de desarrollar la orientación que se considera correcta, es importante señalar, en todo caso, que también se han postulado argumentos (sostenidos normológicamente) orientados a fundamentar la aplicación de una causa de justificación distinta a la legítima defensa frente a inimputables, concretamente, la del estado de necesidad agresivo³⁴². BINDING sostuvo que las agresiones emprendidas por inimputables debían ser contrarrestadas mediante el estado de necesidad justificante, aunque con la extensión del derecho subyacente al que corresponde a la legítima defensa (aunque alude más bien, a una «equivalencia»)³⁴³. Por tanto, parece que BINDING no admitía que la legítima defensa sea la causa de justificación aplicable, sino otra, el estado de necesidad agresivo, que, en su opinión, debería tener una mayor extensión. La argumentación no resulta convincente pues, al no haber fundamentación de por qué recurrir al estado de necesidad agresivo con la extensión de la legítima defensa, no es claro el motivo por el que no se recurre directamente a esta. HOLD VON FERNECK, que, al igual que BINDING, sostenía que las normas se dirigen solo a imputables, consideró, por el contrario, que había que recurrir al estado de necesidad agresivo sin alegar a favor de una extensión de la causa de justificación. Para HOLD VON FERNECK, la legítima defensa concedía una autorización de

³³⁹ ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 15/47.

³⁴⁰ ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 15/47.

³⁴¹ JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a ed., 1996, 345 s. (=DP. PG., 2002, 370 s.); ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 15/47; MIR PUIG, DP. PG., 10.^a ed., 2016, 16/41.

³⁴² Creo que la argumentación al respecto podría ser la siguiente: en la medida que el inimputable no puede ser destinatario de la norma, entonces aquel tampoco podría ser penalmente responsable por su infracción. Esto permitiría entenderlo como el causante externo de un peligro con respecto al que tampoco es responsable (entendiendo aquí «responsabilidad» como atribución de consecuencias por el hecho lesivo). Por esto, al no ser considerado participante en el peligro, la intervención en sus bienes jurídicos estaría justificada solo por el estado de necesidad agresivo (que exige que el bien salvado sea esencialmente preponderante con respecto al que se afecta). Dado que no se puede ponderar la vida frente a la vida, se ha de llegar a la conclusión de un «máximo nivel de altruismo», como a la que llega HOLD VON FERNECK.

³⁴³ BINDING, *Normen*, t. I, 4.^a ed., 1922, 485. Crítico, LÖFFLER, ZStW 21 (1901), 538 ss.

lesionar derechos ajenos, por lo que solo era valorativamente admisible ejercer esa causa de justificación frente a agresiones de imputables³⁴⁴. Por tanto, frente a las agresiones de inimputables, había de recurrir al estado de necesidad agresivo, pese a los estrechos márgenes que, en comparación con la legítima defensa, tiene esta causa de justificación. HOLD VON FERNECK buscaba ser consecuente con su punto de partida: si el injusto incorporaba ya a la culpabilidad, y si el injusto era contrariedad a la norma, entonces aquellos que no podían motivarse por ella no podían realizar un injusto. La solución propuesta por este autor conducía a lo siguiente: no sería posible ejercer una defensa frente al inimputable si la única forma a disposición consiste en matar o lesionar gravemente al inimputable. El nivel de altruismo exigido al necesitado era máximo: este debía morir si es que su defensa suponía afectar gravemente al inimputable agresor³⁴⁵.

5.1. La primera forma de justificar la preferencia del estado de necesidad justificante frente a la legítima defensa en el caso de una agresión llevada a cabo por un inimputable o quien se encuentra en error de prohibición es una de carácter práctico. La opinión dominante, que defiende la posibilidad del ejercicio de la legítima defensa frente a tales sujetos, considera, pese a la antes mencionada «intensidad» de la legítima defensa, que en casos como los mencionados ha de observarse algunos límites. En ese sentido, se señala la existencia de tres topes que debe observar la defensa frente a un determinado círculo de agresores (niños, enfermos mentales, ebrios sin sentido, personas que obren en error invencible, en estado de necesidad exculpante, en exceso disculpado en la legítima defensa o en cualquier otra situación de inculpabilidad)³⁴⁶. Estas restricciones a la legítima defensa, se afirma,

³⁴⁴ HOLD VON FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, t. II, 1905, 122 ss.

³⁴⁵ El planteamiento de HOLD VON FERNECK, en todo caso, parecería ser consecuente, lo que, a su vez, significaría un importante problema para el planteamiento que se admite en esta investigación: el de la norma primaria como norma de carácter imperativo (mandato o prohibición). Una visión simple de la teoría de la norma afirmaría, entonces, que, si un inimputable no es destinatario de la norma primaria, entonces a este no se le prohíbe el hecho, por lo que lo puede cometer y quien se perjudique por ese hecho no puede ejercer causa de justificación alguna. En términos generales, un conflicto entre vidas resulta difícilmente solucionable mediante el estado de necesidad agresivo, pues esta requeriría que «la ponderación arroje como resultado el valor esencialmente preponderante de una vida sobre otra». Al respecto, ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, 449, quien además agrega que «la solidaridad exigía en el estado de necesidad agresivo no alcanzaría al propio sacrificio de la vida para salvar otra vida o un número mayor de vidas». Esto ya debe conducir a pensar que ejercer un acto de defensa frente a un inimputable o a quien actúa en error de prohibición invencible no puede quedar amparado por el estado de necesidad agresivo.

³⁴⁶ Estos tres topes serían, según ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 15/56, los siguientes: «(a) el agredido tiene que esquivar cuando sea posible hacerlo sin peligro y mediante una defensa se le habrían de causar daños graves al agresor. Por tanto, se puede p. ej. empujar a un lado al agresor enfermo mental; pero no está “requerido o indicado” matarlo de un disparo cuando sería posible sustraerse sin peligro a la agresión. También es lícito darle “una simple bofetada” a un niño para impedir sus insultos contra extranjeros (...); pero no se le pueden causar lesiones de consideración. (b) Hay que buscar el auxilio ajeno si con ello se puede repeler con menos

dependen del caso concreto, y la justificación de su empleo expresa la utilización de un argumento consecuencialista: el carácter especial del ataque no admite una defensa regular u ordinaria, pues en esos casos el interés del prevailecimiento del Derecho es mínimo³⁴⁷. Planteamientos como estos no pueden ser admitidos: deducen deontologismo de consecuencialismo, lo cual, por todo lo dicho hasta ahora, parece ser un procedimiento incorrecto.

5.2. Tampoco la consideración de que los inimputables, al tener derechos, tienen también deberes, parece ser la justificación de considerarlos como destinatarios de la acción realizada en ejercicio de la legítima defensa. La mencionada argumentación, que es posible encontrar ya en THON, no es de recibo: una cosa es considerar que los inimputables, como los imputables, tienen la condición de personas (cuyos derechos deben ser preservados), pero otra es que por la consideración de personas tanto el imputable como el inimputable se encuentran en una posición de igualdad con respecto a los deberes jurídicos³⁴⁸. De alguna manera, sin embargo, esta última consideración no parece ser tenida en cuenta por la doctrina mayoritaria cuando considera que frente a la conducta de un inimputable se puede actuar en legítima defensa solo por ser persona (pues de considerar que solo sería aplicable contra él el estado de necesidad defensivo, esa condición de persona no se le reconocería, y se le equipararía al supuesto de un «peligro por cosas», concretamente, a un animal)³⁴⁹. Esta orientación, conforme a lo hasta ahora expuesto, no puede ser admitida. La consideración de que la legítima defensa no pueda ser ejercida frente a inimputables no significa que se les concedan a estos de un inadmisibles privilegio que otros (los

dureza la agresión. Por tanto, quien frente a una horda de niños pueda llamar al maestro o a la policía, no podrá defenderse con el cuchillo. (c) Cuando no se pueda ni eludir la agresión ni conseguir ayuda, se puede hacer lo necesario para protegerse también frente a agresores no culpables; pero a diferencia de lo que sucede frente al agresor malicioso, hay que tener consideraciones si eso es posible sin un peligro propio considerable. Por tanto, hay que asumir el riesgo de sufrir daños leves (v. gr. algunos golpes) antes de pasar de la defensa con los puños al uso de armas de fuego. Sin embargo, ese deber de “trato considerado arriesgado” tiene límites estrictos: pues nadie tiene por qué dejarse apalear, aunque sea por un enfermo terminal o por un menor no responsable penalmente».

³⁴⁷ Ante esto, se podría formular la pregunta: Si el interés del prevailecimiento del Derecho no fuera mínimo, entonces, ¿sería posible obviar esos límites? La respuesta a esta pregunta denota claramente que el recurso a la argumentación consecuencialista no constituye el camino más correcto (y que hay otro motivo – deontológico– que constituye la genuina razón por la que la legítima defensa, en última instancia, no puede ser la causa de justificación aplicable en estos casos).

³⁴⁸ BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. III, 1905, 174, donde señala, refiriéndose a los inimputables, que: «Rechazar la validez de toda norma jurídica para esta clase de sujetos y, sin embargo, al mismo tiempo aceptar que son destinatarios de obligaciones jurídicas, sería constitutiva de una contradicción en sí misma».

³⁴⁹ Tomar en cuenta, por todos, OEHLER, *Zweckmoment*, 1959, 38, n. 67, consideraba que mientras frente al imputable y al inimputable se puede reaccionar en legítima defensa, frente al animal corresponde hacerlo en estado de necesidad.

imputables) no tienen³⁵⁰. Se trata solo de reconocer que el imputable y el inimputable no se encuentran en un plano de igualdad frente a las normas primarias y que, en el ámbito del injusto, si bien las acciones de ambos son relevantes, han de ser valoradas de manera distinta conforme a parámetros distributivos.

6. Como antes se dijo, el inimputable o quien actúa en error de prohibición invencible no puede ser destinatario de una norma primaria, pues no puede motivarse por ella. Se tiene entonces que una comprensión imperativa de la norma, por la que se sostenga que esta solo puede dirigirse a quien pueda motivarse por ella (por lo que la infracción del deber impuesto por la norma depende, claro está, de las capacidades del destinatario), conduciría a una reducción de las facultades de defensa del afectado y, por tanto, se produciría una limitación de sus derechos subjetivos³⁵¹. En ese marco, RENZIKOWSKI propone otra dirección: «Si uno se orienta, en cambio, en el marco de la función de distribución de las normas a garantizar los intereses de integridad, entonces se deroga el principio fundamental “impossibillum est nulla obligatio”. Esta fricción solo puede ser superada si se distingue entre la función de garantía y la función de protección»³⁵². Esta orientación, a mi modo de ver, es conforme con el concepto de injusto propuesto en esta investigación, esto es, un concepto de injusto desligado de la antinormatividad: «no se trata, en ese sentido, de un método relativo al incumplimiento intencional de normas de comportamiento, sino de la identificación de estados que infringen la distribución de autonomía derivada de las mismas normas sin requerir hacerlo por medio de la infracción de normas de comportamiento»³⁵³. Precisamente, una teoría de la norma como imperativo, que ha sido objeto de atención solo en cuanto a la dimensión referida al deber, no parece brindar respuestas satisfactorias para las necesidades de protección, esto es, de

³⁵⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 277, n. 75, señala, con respecto a la no aplicación de la legítima defensa frente a inimputables, que esto «(...) simplemente supone reconocer que no es idéntica la posición de quien siendo plenamente responsable de sus actos agrede a un tercero, de la de quien lo hace en situación de inimputabilidad. En otras palabras, supone extender a la legítima defensa -que entraña la autorización de causar un mal al agresor- el mismo (e indiscutido) principio por el cual la pena -otro mal consecuencia de la agresión- sólo se aplica al imputable. Resulta sorprendente que el argumento que es válido en un caso no lo sea en el otro, pese a su evidente proximidad». La norma primaria se dirige solo a quien en la situación concreta sea motivable por ella, esto es, la norma primaria tiene como destinatario solo al imputable en la situación concreta. Esto no quiere decir que los hechos del inimputable sean permitidos (pues a él no se le impone el correspondiente deber de actuar u omitir), sino que, los hechos lesivos de imputables e inimputables están en plano de igualdad. Pero sí tiene importancia en el razonamiento distributivo que se debe realizar en el injusto: si el destinatario es un imputable, se podrá reaccionar frente a él en legítima defensa; si es inimputable, en estado de necesidad defensivo.

³⁵¹ RENZIKOWSKI, ARSP 104 (2005), 125 s.

³⁵² RENZIKOWSKI, ARSP 104 (2005), 126.

³⁵³ WILENMANN, *Justificación*, 2017, 473.

«compatibilización» de esferas de libertad³⁵⁴. En ese sentido, la edificación de un concepto de injusto desligado de la antinormatividad permite que se concentre la atención en la dimensión del derecho subjetivo, que es la contrapartida de la dimensión referida al deber (que, conforme a los planteamientos antes expuestos, debe situarse en la culpabilidad). Este asunto, que esencialmente alude a si es posible mantener un concepto de injusto para el concepto de delito y otro para las causas de justificación³⁵⁵, y sobre el que no puedo profundizar, pienso que adquiere una nueva dimensión si se procede a negar la equiparación conceptual entre injusto y antinormatividad (pues ese es, si no entiendo mal, la raíz del problema: el mantenimiento de la idea consistente en que el injusto consiste en la infracción de una norma). Regresando, entonces, al estado de necesidad defensivo, habría que decir, conforme a la postura que se admite, que el destinatario de la acción de necesidad defensiva no ha de infringir ningún deber de hacer u omitir impuesto por un mandato o una prohibición, respectivamente, sino solo realizar una afectación, derivada normativamente de su propio ámbito de libertad, en el ámbito de libertad de otro, a quien se le permite actuar en necesidad.

7.1. Es importante recordar que los ciudadanos disponen de esferas jurídicas en las que pueden actuar libremente, ejerciendo la dimensión de utilización de sus derechos subjetivos. La afectación de un ámbito de libertad por parte de un imputable o un inimputable, por tanto, significa ya un hecho relevante para el Derecho penal: como antes se dijo, un hecho comunicado al exterior ha de ser aprehendido valorativamente y, conforme a esto, enjuiciado desde consideraciones propiamente jurídico-penales. No sería correcto, en esa línea, dejar sin la posibilidad de ejercer la función de exclusión del derecho subjetivo a quien ve su ámbito de libertad atacado por la injerencia de un

³⁵⁴ Al respecto, WILENMANN, *Justificación*, 2017, 471, señala: «El estado de necesidad defensivo es una demostración de ello: se trata de una institución incompatible con la teoría normal de las normas, pero aparece inmediatamente intuitiva y necesaria para conformar un sistema del que puedan obtenerse resultados adecuados».

³⁵⁵ WILENMANN, *Justificación*, 2017, 482 ss., plantea una situación interesante: el concepto de injusto de la teoría del delito, sostenido en modelo reactivo, construye la responsabilidad sobre el modelo del merecimiento. Sin embargo, el autor citado propone la necesidad de contar con un nivel de responsabilidad inferior (que él denomina «responsabilidad débil»), no sostenido sobre el merecimiento «fundado en representaciones reactivas», sino en fundamentos directamente distributivos. Para esto, pone un ejemplo, relacionado a la teoría de la norma: la destrucción de una plantación por un acontecimiento de la naturaleza no puede, en su opinión, ser considerado como un estado de cosas indebido (a ese acontecimiento no se le puede atribuir sentido normativo «pese a la afectación del sustrato fáctico de una norma»). Sin embargo, según el autor citado, este hecho de la naturaleza es distinto al actuar de un inimputable, al que se le atribuye «algún sentido normativo».

inimputable, pues si fuera así, habría claramente una distribución injusta de libertad³⁵⁶. En el ámbito de la legítima defensa, el derecho de defensa del agredido y el correspondiente deber de tolerancia del agresor se sostienen por una distribución justa de libertad. La necesidad de que se realice una distribución justa de libertad se presenta también en el ámbito del estado de necesidad defensivo³⁵⁷. Frente a un ataque de un inimputable, entonces, parece que existieran dos opciones. Según la doctrina mayoritaria, quien está frente a ese ataque podría ejercer el derecho de defensa, por lo que, consecuentemente, habría un correspondiente deber de tolerancia que se le impone al inimputable. Sin embargo, luego se vierten argumentos accesorios que limitan ese deber en perjuicio del agredido, que, en el escenario más extremo, llevarían incluso a afirmar que este tiene que ceder, desvirtuando por completo la institución de la legítima defensa. No parece haber justificación para esa ampliación del ámbito de acción del inimputable, ni mucho menos que se le garantice (pues las restricciones ético-sociales son eso: garantía de su ámbito de libertad), lo que expresa, en buena cuenta, una ampliación injustificada de su ámbito de libertad que resulta intolerable para los demás miembros de la comunidad jurídica³⁵⁸.

7.2. El estado de necesidad defensivo puede ser entendido como una categoría puramente distributiva de responsabilidad³⁵⁹. Conforme a aquel, se le asigna un sentido (debilitado) de afectación de derechos ajenos a puestas en peligro constituidas bajo condiciones más débiles (que en el ámbito de la legítima defensa)³⁶⁰. Si el estado de necesidad defensivo se sostiene, entonces, sobre una comprensión distributiva, entonces debe atender a lo siguiente: que ciertos bienes jurídicos solo puedan ser resguardados mediante la afectación de bienes de otro. Si este es el escenario, entonces los costos de la situación han de ser

³⁵⁶ WILENMANN, *Justificación*, 2017, 483.

³⁵⁷ WILENMANN, *Justificación*, 2017, 483.

³⁵⁸ Parecido, WILENMANN, *Justificación*, 2017, 483. Este autor señala que «el estado de necesidad defensivo permite corregir estas distribuciones antijurídicas de libertad, sin que esa corrección se vea fundada en la asunción de una actitud reactiva». Al respecto, pienso que es posible llegar a la misma consecuencia (corrección de las distribuciones antijurídicas de libertad) sin llegar necesariamente a esa pálida distinción, propuesta por el autor, entre «responsabilidad fuerte» y «responsabilidad débil», ubicándose aparentemente en esta última, tomando en cuenta lo explicado por el autor citado, un injusto objetivo. Estoy de acuerdo con WILENMANN en que un injusto diferente a la antinormatividad es necesario, pero no solo para la institución del estado de necesidad justificante, sino ya para el propio concepto de injusto de la teoría del delito.

³⁵⁹ COCA VILA, *InDret* 1/2011, 3, quien señala: «(...) el deslinde entre supuestos de estado de necesidad agresivo y defensivo pasa por decidir cuáles son los criterios admisibles de delimitación de posiciones de garantía o incumbencia preferente no vinculadas a la imposición de penas en Derecho penal, de ahí que la decisión acerca de por qué un sujeto que no actúa antijurídicamente puede ser llamado preferentemente a salvar a la víctima sea muy útil para entender por qué razón un sujeto que no crea un peligro de forma antijurídica puede ser llamado destacadamente para conjurar una situación de peligro».

³⁶⁰ Esta propuesta es formulada por WILENMANN, *Justificación*, 2017, 449.

necesariamente distribuidos³⁶¹. En esta distribución, a mi modo de ver, interviene decisivamente el Estado. Queda claro que una asunción total de los costos por parte del necesitado supondría que este tenga que abstenerse de ejercer cualquier conducta defensiva (se le atribuiría normativamente al necesitado de todos los costos), lo que parece manifiestamente injusto. Asimismo, que la asunción total de los costos sea por parte del destinatario de la acción de necesidad (es decir, de quien emana la acción como fuente de peligro, sin llegar a ser una agresión ilegítima) supondría la imposición de un deber de tolerancia, pese a estar en una situación de inimputabilidad o de estado de error de prohibición invencible. Además, este supuesto supondría una equiparación ilegítima con la legítima defensa, en la que es más claro que el agresor, con su conducta (en la que se sostiene su «responsabilidad» en sentido amplio), hace que sus bienes jurídicos, conforme al principio de autonomía, dejen de estar protegidos por el Derecho, de tal manera que no se encuentren más en posición de igualdad con los bienes jurídicos del agredido³⁶².

7.3. Por lo tanto, el agente en necesidad carga con el costo de no realizar una acción lesiva sobre los bienes del destinatario del estado de necesidad, el destinatario de la acción de necesidad carga con el costo de poder ser afectado en sus bienes jurídicos hasta el límite de lo necesario, y el Estado carga con el costo de admitir la acción defensiva (pese a que esta se realizará sobre un inimputable o alguien en situación de error de prohibición invencible), por la razón de que la norma primaria en el caso concreto, fue falible, esto es, no encontró destinatario idóneo. Al respecto, cabe recordar que el Estado, que ostenta el monopolio de la violencia institucionalizada, debe entender no solo que tiene a su disposición a la norma primaria para relacionarse con el ciudadano, sino que también debe ser consciente de la falibilidad de aquella y, por ende, debe ser consciente de su eventual fracaso, por ejemplo, ante individuos que no se puedan o no se dejen motivar por la norma primaria. El Estado ha de cargar con el costo de que ese fracaso se haga real.

³⁶¹ WILENMANN, *Justificación*, 2017, 452, donde señala: «la existencia de una obligación de abstención de la acción de necesidad implica una decisión normativa de atribución de los costos al agente en necesidad, mientras que la existencia de un deber de tolerancia de la acción de necesidad implica atribución de los costos al destinatario de la acción».

³⁶² En la legítima defensa se podría decir también que el Estado asume unos costos: el de dejar de regular la situación concreta, concediéndole un amplio derecho de defensa (hasta el límite de lo necesario) a quien defiende sus bienes jurídicos o los de terceros. Aquí el Estado no puede exigir altruismo, por lo que simplemente deja que la situación se resuelva, por lo menos hasta que no existan razones para el altruismo (en el caso que se afecten bienes jurídicos reparables, por ejemplo).

7.4. Por estos motivos, la «agresión» de un inimputable o de quien se encuentre en una situación de error de prohibición invencible debe ser comprendida por el estado de necesidad defensivo, que constituye una causa de justificación que conoce de límites más intensos (en comparación con la legítima defensa). Como antes se dijo, el estado de necesidad defensivo implica la asignación de un derecho de actuar. En la relación entre derecho y deber, que constituye el núcleo de la argumentación aquí propuesta, queda por explicar en quién recae el deber en el que se refleja el mencionado derecho de actuar. El deber de tolerancia, que se impone al imputable que ejerce la agresión ilegítima en el marco de la legítima defensa, constituye un patrón que no puede repetirse en el estado de necesidad defensivo: al inimputable ni a quien se encuentra en error de prohibición invencible, se les dirige la norma primaria que dice, por ejemplo, «¡No debes matar!», esto es, no son destinatarios de esa norma primaria. Que no tengan esta condición no hace que sus conductas no tengan trascendencia hacia el exterior, por lo que adquieren relevancia jurídico-penal. En la medida que en el estado de necesidad defensivo no opera un abandono de la protección de los bienes jurídicos del destinatario de la acción en necesidad (lo que sí sucede en la legítima defensa: los bienes jurídicos del agresor dejan de tener cobertura jurídica y, por ende, dejan de estar en plano de igualdad con el bien jurídico del agredido), ha de afirmarse que el Derecho debe seguir asegurándolos³⁶³, pero, a la vez, no puede dejar de reconocer la aparición del derecho de actuar por parte de quien, en situación de necesidad, ve amenazado sus bienes jurídicos. Por ese motivo, es el Estado el que adquiere un rol preponderante: él se coloca en una posición de igualdad con el individuo para hacer que este pueda ejercer su derecho, pero, a la vez, le exige a este que ese ejercicio no supere límites (de proporcionalidad³⁶⁴), para así mantener el deber de tolerancia que, como contrapartida al derecho de actuar (del estado de necesidad defensivo) no se impone sobre el inimputable o en quien actúa en error de prohibición invencible, sino sobre el Estado³⁶⁵.

³⁶³ Esto principalmente en el caso de un inimputable o de quien actúa en error de prohibición invencible, pues el reconocimiento de la capacidad que ellos tienen de afectar derechos subjetivos no deriva del hecho de que puedan seguir las normas y no lo hayan hecho (al no ser destinatarios idóneos de la norma primaria, esta no se les dirige a ellos), sino del hecho de que también son protegidos por los derechos subjetivos que afectan. Al respecto, HAAS, *Kausalität*, 2002, 99.

³⁶⁴ STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.ª ed., 2011, 9/104, por ejemplo, destacan que, a diferencia de la legítima defensa, «la acción de salvamento será estrictamente subsidiaria respecto de cualquier otro remedio que afecte en menor medida los bienes jurídicos ajenos o no lo haga en absoluto».

³⁶⁵ De esta manera, al asumir también el Estado el deber de tolerancia con respecto a la conducta en estado de necesidad (hecho típico pero justificado), el Estado asume los costos de que con sus normas no pueda proteger los bienes jurídicos del ciudadano en ese caso. Esto se ve con mayor claridad en el caso del que

8. Este panorama, sin embargo, no se podría repetir en otros supuestos en los que se señala generalmente que se puede actuar en estado de necesidad defensivo, como, por ejemplo, los riesgos surgidos del ámbito de libertad de quien actúa de manera imprudente³⁶⁶ o de quien simplemente actúa de manera jurídico-penalmente irrelevante. Al respecto, se puede proponer el siguiente ejemplo: «A» conduce su automóvil sin observar las reglas del tráfico, por lo que, ante la amenaza grave que tal forma de conducción supone para la vida de los peatones, «B» dispara a las ruedas del vehículo, haciendo que este impacte contra un árbol y se generen lesiones graves en «A» (las que han podido ser incluso más graves que las posiblemente sufridas por cualquier peatón). En este caso el conductor actúa de manera imprudente, siendo él quien dominaba el riesgo. El deber de tolerancia que se le de ha de imponer a quien actúa de manera imprudente, evidentemente no es el mismo que se le impone al agresor en el ámbito de la legítima defensa y tampoco es el mismo que se le impone al tercero que, sin intervenir en la creación de un riesgo, tiene a sus intereses como objeto de la acción de necesidad en el ámbito del estado de necesidad agresivo. Pero en la medida que es un imputable (y la correspondiente norma prohibitiva a él se le dirigía), quien actúa de manera imprudente debe ser susceptible de un deber de tolerancia como reflejo del derecho de actuar de quien ejerce el estado de necesidad defensivo. En este caso, el Derecho, no deja de proteger completamente a quien actúa de manera imprudente, por lo que sus bienes siguen estando en posición de igualdad con respecto a los de quien actúa en estado de necesidad defensivo.

actúa en error de prohibición invencible: no se puede decir necesariamente que este un sujeto en esa condición actuó en desprecio del Derecho, pero sí que no conocía que su hecho era prohibido. Si no sabía, es porque el Estado ha utilizado un instrumento falible para dar a conocer sus mandatos y prohibiciones. Y si es falible, y aún así lo utiliza, entonces debe asumir los costos de esto: asumiendo el Estado el deber de tolerancia y, a la vez, resguardando los derechos del afectado por la causa de justificación (pues la defensa está limitada por la proporcionalidad).

³⁶⁶ En esta investigación no abordaré si se puede recurrir a la legítima defensa frente a una actuación (agresión) imprudente. En Alemania, la doctrina mayoritaria admite esa posibilidad. Así, por todos, JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª ed., 1996, 338 (=DP. PG., 2002, 363). En España, sin embargo, la situación parece ser distinta, esto es, parece admitirse mayoritariamente que solo se puede recurrir a la legítima defensa frente a agresiones antijurídicas dolosas. Al respecto, por todos, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, 264 ss.; LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 23/11. Una orientación contraria la propone MIR PUIG, DP. PG., 2011, 9.ª ed., 10/49, para quien «ni el término “agresión” excluye literalmente la posibilidad de imprudencia, ni cabe descartar la posibilidad práctica de una agresión imprudente que permita una legítima defensa según los requisitos legales».

9. En definitiva, el estado de necesidad defensivo se encuentra justo a medio camino entre la legítima defensa y el estado de necesidad agresivo³⁶⁷. Si se trazara una línea recta, se encontraría, en primer lugar, la «sumamente exigente, formalizada y rigurosa»³⁶⁸ legítima defensa; en segundo lugar, el estado de necesidad defensivo y al final, en tercer lugar, el «relativamente desformalizado, institucionalmente conflictivo y, por ello, limitado»³⁶⁹ estado de necesidad agresivo. Esta forma de comprensión del estado de necesidad defensivo hace que no se permitan excesivamente o no se limiten reducidamente las causas de justificación o que, en última instancia, conforme al otorgamiento de discrecionalidad judicial, se recurra al estado de necesidad, interpretado desde la perspectiva del interés preponderante, como «regla de clausura» del sistema³⁷⁰.

4.3. Estado de necesidad agresivo.

1. El estado de necesidad agresivo (tradicional estado de necesidad justificante) puede definirse esencialmente de esta manera: al necesitado o a su auxiliador se le concede la autorización de evitar o impedir un peligro para un interés jurídicamente protegido a costa del interés de otro que, pese a no ser de ninguna manera «responsable» por la generación de ese peligro, se le exige, en tanto destinatario de la intervención, el sacrificio de su interés en la integridad de sus bienes en favor de los intereses que se encuentran en peligro³⁷¹. Se revela, entonces, que mediante el estado de necesidad agresivo se pretende «justificar aquello que desde el punto de vista de la autonomía formal es una agresión: la afectación de bienes jurídicos de otro no involucrado en el conflicto en cuestión»³⁷². Si en la legítima defensa y en el estado de necesidad defensivo el principio de autonomía estaba

³⁶⁷ La reconoce también como una causa de justificación «intermedia» entre la legítima defensa y el estado de necesidad agresivo, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, 110.

³⁶⁸ WILENMANN, *Justificación*, 2017, 448.

³⁶⁹ WILENMANN, *Justificación*, 2017, 448.

³⁷⁰ Así, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuricidad*, 2001, 396, frente a la caracterización (propuesta por BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, 17 ss.) de la causa de justificación que opera a situaciones de necesidad como *actio duplex* (porque tiene el doble efecto de salvaguarda de intereses y a la vez de agresión), señala que a esta denominación nada hay que objetar, «salvo que, en mi opinión, este esquema es aplicable a todas las causas de justificación de manera que el estado de necesidad (cuya descripción legal es el mejor exponente de la *actio duplex*), vendría a ser la expresión última de la idea de justificación, y, en dicho sentido, norma de cierre y ley general de todas las demás causas de justificación, que serían desarrollos singulares de la idea básica presente en el estado de necesidad». Al respecto, WILENMANN, *Justificación*, 2017, 448, señala que «el estado de necesidad no tendría un fundamento relevante desde el punto de vista de los afectados, sino que se trataría de una regla de clausura con el objeto de permitir que el juez siempre pueda llegar a la solución absolutoria adecuada si otra institución no viene en consideración».

³⁷¹ ENGLÄNDER, GA 2017, 242.

³⁷² WILENMANN, *Justificación*, 2017, 76.

limitado por el principio de solidaridad, en el estado de necesidad agresivo el principio de autonomía es desplazado completamente por el principio de solidaridad: en esta causa de justificación se produce una excepción al principio de autonomía, por lo que se recurre a la solidaridad para legitimar un derecho de necesidad³⁷³. El estado de necesidad agresivo, por tanto, se revela como una institución que, a diferencia de otras que ordinariamente están dirigidas a garantizar la incolumidad de bienes jurídicos, pretende justificar la afectación de bienes jurídicos de quien no interviene en el conflicto mediante la imposición a ese de un deber de tolerancia o, mejor dicho, de un «deber de sacrificio» («*Aufopferungspflicht*») que, por sí mismo, no logra entenderse³⁷⁴.

2. En Alemania, se señala que el estado de necesidad agresivo se encuentra reconocido tanto en el § 34 StGB como en el § 904 BGB, aunque la primera disposición contemple una configuración más general que la segunda³⁷⁵. En España, la regulación del art. 20.5 CP

³⁷³ WILENMANN, *Justificación*, 2017, 76.

³⁷⁴ ENGLÄNDER, GA 2017, 242. Si no se fundamentara un deber de sacrificio, entonces habría que llegar a la conclusión de que, en caso de que el destinatario de la intervención tenga éxito en impedir la conducta del necesitado o de su auxiliador, entonces, «nada sucedería», pues el necesitado o su auxiliador, en caso de tener éxito, estaría justificado; sin embargo, al momento de iniciar la conducta salvadora (al momento de actuar), el Derecho no le ampararía, es decir, el Derecho no se pondría «al lado suyo» para dejar de proteger los bienes jurídicos del destinatario de la intervención y, de ese modo, suprimir el plano de igualdad en el que se encuentran el necesitado o su auxiliador y el destinatario de la intervención. El estado de necesidad agresivo, entonces, sería una causa de justificación del resultado (condicionada al éxito de la salvación), pero no impediría que haya conductas que impidan el llevar a cabo la conducta salvadora. En buena cuenta, como señala SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1008, el sujeto «sólo vería protegidas sus posiciones de hecho ya alcanzadas; pero no podría contar con el respaldo del Derecho para alcanzarlas».

³⁷⁵ En el § 904 BGB se regulan los daños en cosa ajena realizados con el fin de evitar un peligro actual, exigiéndose para su justificación que el daño evitado sea desproporcionadamente mayor que el causado. Por su parte, el § 34 StGB se establece que resulta suficiente que el mal evitado fuera mayor que el causado, pero sin que se exija tal desproporción. JAKOBS, AT, 2.^a ed., 1991, 13/6 (=DP. PG., 1997, 13/6), señala que el § 34 StGB contempla, en el primer apartado, el estado de necesidad justificante con arreglo a la teoría del conflicto, y en el segundo apartado se produce una corrección mediante una cláusula de la adecuación conforme a la teoría del fin. Señala, además, que el § 904 BGB no contiene una cláusula de adecuación del tipo como el § 34.2 StGB, pero que no se impide su ampliación mediante interpretación. Mientras el § 34.1 StGB señala que en la ponderación de intereses en conflicto (los bienes afectados y el grado de los peligros amenazantes), «el interés protegido prevalezca esencialmente sobre el menoscabado», en el § 34.2., por su parte, se señala que concurre un estado de necesidad justificante solo en la medida en que el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro. La opinión general entiende que al § 34 StGB subyace el principio del interés preponderante. La ponderación de intereses del § 34.1 StGB exige una amplia ponderación de todos los puntos de vista relevantes para el caso concreto (teoría de la ponderación total de intereses). La necesidad se reconoce, en el StGB, cuando se dice que el peligro «no sea evitable de otro modo». En el CP se señala que el agente o el tercero se encuentre «en situación de necesidad». La acción es «necesaria» solo si ella constituye un medio idóneo para superar o mitigar el peligro y se trata del medio idóneo menos lesivo disponible. En todo caso, ENGLÄNDER, GA 2017, 243, n. 10, señala que hay algunos problemas interpretativos del § 34 StGB que no se pueden resolver satisfactoriamente sin identificar un principio material de justificación. Tales cuestiones, a manera de preguntas, las formula así el citado autor: «¿Qué tan correcto es efectuar la ponderación de intereses? ¿Qué rol desempeña la cláusula de conveniencia (*Angemessenheitsklausel*) de la segunda oración? ¿El precepto regula solo las exigencias de la justificación en el estado de necesidad agresivo o también en el estado de necesidad defensivo? ¿Es de aplicación el

posee, como antes se dijo, una mayor amplitud. Por su parte, el estado de necesidad agresivo, al reflejar la forma genérica del estado de necesidad, alude al supuesto en el que se produce la afectación de un bien jurídico o interés de menor valor para salvar el de mayor valor.

3. El estado de necesidad agresivo refleja un derecho de necesidad, esto es, un derecho de actuar³⁷⁶. Esto quiere decir que se trata de una causa de justificación de la acción, por lo que el resultado causado sigue siendo un «mal». Que sea una causa de justificación de la acción hace que los requisitos que han de concurrir para definir la acción realizada en estado de necesidad agresivo sean bastante estrictos (más que en la legítima defensa y que en el estado de necesidad defensivo). La acción realizada en virtud de un estado de necesidad agresivo debe ser necesaria, subsidiaria y proporcional. Es necesaria solo si la conducta llevada a cabo constituye un medio idóneo para superar o mitigar el peligro (idoneidad) y aparece además como el medio idóneo menos lesivo a disposición (necesidad en sentido estricto). Esto conduce a señalar que, a diferencia de la legítima defensa y del estado de necesidad defensivo, donde la acción defensiva limita de manera mínima el daño subsiguiente a la agresión o a la acción que no llega a tener tal calidad, en el estado de necesidad agresivo la conducta será idónea solo si ha de contribuir de modo no improbable a la evitación de un mal que alcance el umbral de relevancia requerido para la justificación³⁷⁷. Asimismo, a diferencia de la legítima defensa (donde no hay deber de rehuir, pese a existir la posibilidad), el estado de necesidad agresivo debe atender a la posibilidad de la elusión del peligro (la «fuga») si es que este constituye la acción necesaria³⁷⁸. En cuanto a la subsidiariedad, a diferencia de la legítima defensa (en la que no rige la subsidiariedad), el estado de necesidad agresivo, al igual que el estado de necesidad

precepto también en la así llamada colisión de intereses intrapersonales? ¿Está permitido sacrificar la vida de un individuo para la salvación de la vida de otros muchos?»

³⁷⁶ ENGLÄNDER, GA 2017, 243, señala que en los últimos años el interés por al estudio del estado de necesidad agresivo se ha realizado desde dos perspectivas. Primero, «desde una perspectiva transpositiva-jurídico-ética (*aus einer transpositiv-rechtsethischen Perspektive*), resuelta por la ley actualmente vigente». Segundo, «desde una perspectiva jurídico-dogmática-interpretativa (*aus einer rechtsdogmatisch-interpretativen Perspektive*), cuyo punto de referencia constituye el precepto legal del estado de necesidad».

³⁷⁷ WILENMANN, *Justificación*, 2017, 76. En la legítima defensa es suficiente con que la acción defensiva permita una limitación mínimamente relevante del daño que sigue de la agresión o que incluso solo dificulte su éxito. En el estado de necesidad agresivo el criterio de idoneidad es mucho más exigente.

³⁷⁸ En el estado de necesidad agresivo, si la elusión constituye el medio para evitar el peligro, entonces aquella se erige como la acción necesaria en sentido estricto. Esta es la opinión general en la literatura alemana. Al respecto, por todos, ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 16/23; PAWLIK, *Notstand*, 2002, 237 ss.; ENGLÄNDER, en: MATT/RENIKOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, § 34/21; WILENMANN, *Justificación*, 2017, 598.

defensivo, supone tener en cuenta formas de solución previas menos lesivas y que sea mantengan en el marco de la competencia privativa del Estado³⁷⁹. La proporcionalidad es un requisito especial del estado de necesidad agresivo, y que constituye una especificación de la preponderancia sustancial de los intereses resguardados. Por esto, a diferencia de la legítima defensa (en la que la desproporción extrema constituye una limitación) y del estado de necesidad defensivo (en la que la preponderancia sustancial del interés constituye un límite, pero no un fundamento)³⁸⁰, la proporcionalidad, en el estado de necesidad agresivo, constituye la base de su justificación³⁸¹. Esto quiere decir, en definitiva, que el estado de necesidad agresivo, al permitir intervenir en la esfera jurídica de un tercero que es ajeno a la creación del riesgo sobre el bien jurídico que se pretende salvaguardar, supone que este bien jurídico debe preponderar esencialmente sobre el lesionado (lo que no puede predicarse en el estado de necesidad defensivo, en el que la afectación del bien jurídico del titular de la esfera jurídica de la que emana el peligro para el bien jurídico salvaguardado supone que este sea superior que aquel)³⁸².

³⁷⁹ Al respecto, por todos, WILENMANN, *Justificación*, 2017, 599.

³⁸⁰ ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, 448, quien señala: «mientras que en el estado de necesidad defensivo basta con que el daño causado no sea desproporcionado (no sea relativamente mayor) con respecto a mal que se pretende evitar, en el estado de necesidad agresivo, por el contrario, el mal que se pretende evitar debe estar en una relación de gran desproporción con respecto al daño causado en la esfera del necesitado (esto es, debe ser relevantemente mayor el mal que se pretende evitar con respecto al mal que se causa). A efectos prácticos, esta interpretación conduciría a que la causación de la muerte de otra persona en estado de necesidad defensivo cuando el mal que se cierne sobre el necesitado es la propia muerte resultaría justificada. Ello es consecuencia de sustraer el estado de necesidad defensivo de la lógica de la estricta ponderación y fundamentarlo con base en el principio de autonomía». Solo de esta manera adquiere sentido la referencia a la «preponderancia sustancial» del interés salvaguardado sobre el afectado, contemplada en el § 34 StGB.

³⁸¹ Esto no supone admitir como correcta a la teoría de la ponderación de bienes ni a la teoría de la ponderación total de intereses. La ponderación que se realiza en el marco del estado de necesidad agresivo es, en realidad, un juicio modesto que constituye solo una parte integrante de la causa de justificación (junto a la necesidad y la subsidiariedad). En ese marco, considero que, para realizar la ponderación, han de distinguirse una serie de aspectos, como, por ejemplo, la determinación de los objetos que deben ser valorados, la determinación de los criterios de valoración de los objetos en cuestión y la determinación de la medida comparativa a partir de la cual tiene lugar la justificación por estado de necesidad agresivo. Al respecto, PAWLIK, *Notstand*, 2002, 129 ss., 140 ss.; ENGLÄNDER, en: MATT/RENIKOWSKI, *StGB Kommentar*, 2013, § 34/23 ss.; WILENMANN, *Justificación*, 2017, 608 ss. Solo identificando esos criterios se evita el error metodológico de la teoría de la ponderación total de intereses, que engloba a todos los aspectos de la ponderación en un mismo nivel.

³⁸² Al respecto, por todos, ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, 448, donde señala: «(...) mientras que en el estado de necesidad defensivo basta con que el daño causado no sea desproporcionado (*no sea relevantemente mayor*) con respecto al mal que se pretendía evitar, en el estado de necesidad agresivo, por el contrario, el mal que se pretende evitar debe estar en una relación de gran desproporción con respecto al daño causado en la esfera del necesitado (esto es, debe ser *relevantemente mayor* el mal que se pretende evitar con respecto al mal que se causa)» (cursiva en el original).

3.1. Las consideraciones antes expuestas permiten pensar que el estado de necesidad agresivo parece tener una orientación distinta tanto a la legítima defensa como al estado de necesidad defensivo³⁸³. En efecto, se ha dicho antes que el Derecho garantiza ámbitos de libertad. Y que, mediante los mandatos y prohibiciones se limita la libertad de acción del destinatario para así proteger bienes jurídicos (y que estos sigan siendo empleados en la interrelación social, esto es, conforme a la función de utilización del correspondiente derecho subjetivo). El estado de necesidad agresivo parece oponerse a todo ese marco argumentativo-teórico y, en ese sentido, parece representar una contraposición a la idea kantiana de que «no puede haber necesidad que haga legal lo que es injusto»³⁸⁴: mediante esta causa de justificación es posible la afectación de un determinado ámbito de libertad ajeno, completamente desligado de la aparición del peligro para el bien jurídico que se pretende salvaguardar³⁸⁵. Así, parece ser claro que el origen del peligro en el ámbito de libertad de un agente es lo que autoriza que este sea destinatario de alguna medida, ya sea de una actuación en legítima defensa o en estado de necesidad defensivo (lo que describe la necesaria verificación de un nexo entre el peligro y el sujeto que adquiere la condición de destinatario de la acción defensiva o de la acción de necesidad, respectivamente). Pero el estado de necesidad agresivo exhibe un panorama distinto: en este, si bien hay un peligro para un determinado bien jurídico, este no es reconducible al ámbito de libertad de un sujeto sobre el que, por amparo de la mencionada causa de justificación, es posible actuar. En ese sentido, los bienes jurídicos de ese sujeto se relacionan de tal manera con la situación de necesidad existente que solo la afectación de aquellos permitiría la salvaguarda de los bienes jurídicos del necesitado³⁸⁶.

3.2. En el estado de necesidad agresivo, el derecho de necesidad, en la medida que se trata de un derecho excepcional, limitado a casos muy concretos, justifica que la libertad formal (que sería la que rige de manera ordinaria) ceda ante una libertad real vinculada, precisamente, al derecho de necesidad: «El derecho de necesidad es, pues (...) un derecho

³⁸³ ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, 448, afirma al respecto que «Mientras en las situaciones de necesidad defensivas rige el principio de autonomía y su correlato “responsabilidad por la organización”, en las agresivas rige la máxima “casum sentit dominus”, solo moderado por el principio de solidaridad».

³⁸⁴ KANT, MdS AA 236. Con esto, según RENZIKOWSKI, en: VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (Eds.), *Solidarität*, 2013, 13, KANT se opone al dicho «la necesidad no conoce de mandato» («*Not kennt kein Gebot*»).

³⁸⁵ BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, 22.

³⁸⁶ JAKOBS, AT, 2.^a ed., 1991, 13/33 (=DP. PG., 1997, 13/33); RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, 1994, 240 ss.; NEUMANN, en: KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (Eds.), NK-StGB, t. I, 5.^a ed., 2017, § 34/67.

de libertad (real)»³⁸⁷. El prevalecimiento de la libertad real frente a la libertad formal permite la aparición, entonces, de un deber de sacrificio que, en este contexto, se trataría de un deber negativo³⁸⁸.

3.3. La imposición de un deber de sacrificio supone la imposibilidad de ejercer la función de exclusión que permite el derecho subjetivo, que a su vez constituye, como antes se dijo, la barrera de protección del correspondiente bien jurídico contra el arbitrio ajeno. En el caso de la legítima defensa, en el que el bien jurídico del agresor deja de estar protegido por el Derecho (lo que significa que se levantan las barreras correspondientes a las funciones de utilización y exclusión que confiere el derecho subjetivo), es más clara, conforme a lo expuesto, la imposición del deber de tolerancia al agresor³⁸⁹. En el estado de necesidad agresivo no existe una agresión ilegítima que permita entender que quien la ejerce haga que sus bienes jurídicos dejen de estar protegidos por el Derecho (de tal manera que las barreras del derecho subjetivo sean levantadas para la intervención del arbitrio ajeno), pero sí existe una situación conflictiva en la que, al parecer, también ha de justificarse la imposición de un deber de sacrificio a un individuo no involucrado con la creación del peligro para el bien jurídico del necesitado³⁹⁰. En la medida que se ha de reflexionar sobre las razones por las que los bienes de un individuo deben ser dejados al arbitrio de un sujeto necesitado o de quien lo auxilia, cabe preguntar: ¿Por qué el Derecho permite la actuación frente a un sujeto que no actúa de forma antijurídica?³⁹¹ ¿Y por qué ese sujeto no debe impedir la afectación de sus bienes?³⁹²

³⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1019.

³⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1019, que además señala que «La relación entre esferas jurídicas no se rige, pues, por el modelo rígido y estático de la separación, sino que, en un ordenamiento no formalista, que considere las exigencias de libertad real, no excluye la existencia de interferencias. Una de dichas interferencias, que modifica radicalmente la situación de partida, es la del estado de necesidad agresivo. En efecto, en su marco, lo que era una estructura “derecho de exclusión de A/deber (negativo) de respeto de B” se convierte, en términos provisionales y reversibles, en la estructura inversa “deber (negativo) de tolerancia de A/derecho de injerencia necesaria de B”».

³⁸⁹ De esa opinión, también, SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1010.

³⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1010.

³⁹¹ RENZIKOWSKI, en: VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (Eds.), *Solidarität*, 2013, 13, expone con claridad la pregunta: «¿Sobre qué fundamento un individuo en una situación de necesidad puede valerse de una esfera jurídica ajena para impedir el peligro sobre sus propios bienes?»

³⁹² SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1010, quien señala que «En el caso del estado de necesidad agresivo, en cambio, procede admitir de entrada que no resulta fácil explicar por qué un tercero ajeno a la situación de necesidad debe tolerar la intervención del sujeto necesidad o de su auxiliador, abandonando sus bienes a la acción de éstos».

4. La fundamentación material más extendida del estado de necesidad agresivo es una de carácter utilitarista. Así, se ha señalado que el deber de sacrificio del destinatario de la acción de necesidad se sostiene en el principio de la mayor utilidad posible³⁹³. Que este principio señale que entre diversas alternativas de acción se elija siempre la que garantice la mayor cantidad de utilidad, justifica entonces que a una persona se le sitúe en una situación «peor» si es que con eso se logra una situación ventajosa para otra persona³⁹⁴. Esto queda claro cuando se argumenta que, en el estado de necesidad agresivo, el principio de ponderación de bienes se atenúa por el principio de autonomía: dado que el titular del bien jurídico cuya autonomía se ataca no ha intervenido en el peligro que se ha de contrarrestar, la intromisión en su autonomía no tiene lugar solo tomando en cuenta una simple preponderancia del bien jurídico que se quiere salvar, sino solo si dicho bien es desproporcionalmente más valioso³⁹⁵. Parece ser criterio decisivo, entonces, el de la mayor utilidad posible de la comunidad, quedando relegada cualquier consideración distributiva entre los miembros de ella. Con estos lineamientos, entonces, se tiene que, en una situación de conflicto, en el que de entre dos bienes solo uno podría mantenerse o conservarse, la correspondiente conducta quedará justificada si es que con ella se sacrifica el bien de menor valor en favor del de mayor valor.

4.1. Esta perspectiva utilitarista es enfrentada en la doctrina alemana con dos argumentos. Primero, se podría decir que un pensamiento utilitarista no estaría en consonancia con la configuración del § 34 StGB, por lo que, si se quiere mantener ese pensamiento, el precepto respectivo debería estar diseñado de otra manera. Si el § 34 StGB se tratara realmente del aseguramiento de la mayor utilidad posible, el precepto no podría exigir para una justificación una «preponderancia sustancial» («*wesentliches Überwiegen*») del interés protegido, ni condicionar la concurrencia del estado de necesidad a que el hecho sea un medio adecuado para hacer frente al peligro. Debería ser suficiente, en realidad, que, en el marco de la ponderación de los intereses concurrentes, «el interés jurídicamente protegido

³⁹³ Al respecto, por todos, HRUSCHKA, JuS 1979, 338 ss.; *Strafrecht*, 2.^a ed., 1988, 112 ss.; MEIBNER, *Interessenabwägungsformel*, 1990, 164 ss.; JOERDEN, GA 1991, 414 ss.; GA 1993, 247 ss. De hecho, la teoría de la ponderación de bienes, que permite una comparación objetiva entre el bien jurídico a ser afectado por la acción de necesidad y el bien jurídico que resultaría afectado en caso de realizarse el peligro que se trata de impedir o repeler, ha albergado dos orientaciones con las cuales llevar a cabo la valoración de esa comparación objetiva: mediante criterios jurídico-formales o mediante consideraciones económico-materiales. Sobre estas orientaciones, LENCKNER, *Notstand*, 1965, 157 ss.

³⁹⁴ ENGLÄNDER, GA 2017, 244.

³⁹⁵ ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 14/41.

solo sea algo más pesado que el afectado»³⁹⁶. En efecto, una perspectiva consecuencialista y colectivista del estado de necesidad tendría que decir que no hay razón que explique el por qué una mínima diferencia no habría de justificar la agresión en estado de necesidad³⁹⁷.

4.2. Segundo, se puede formular la idea que ya ha sido introducida al abordar la legítima defensa: la concepción utilitarista devalúa la posición jurídica subjetivo-jurídicamente garantizada del individuo, al explicar sus bienes jurídicos individuales meramente desde la perspectiva de la utilidad. Esta comprensión es, por tanto, incompatible con un ordenamiento jurídico entendido como ordenamiento de libertad³⁹⁸. El utilitarismo, como ya se dijo, no toma en serio la individualidad del ciudadano. Así, ignora que la forma en que una persona soluciona sus conflictos de intereses, no solo se puede aplicar a una colisión de intereses interpersonal. Esta orientación, por lo tanto, debe ser rechazada³⁹⁹.

5.1. Una segunda orientación con la que se ha pretendido fundamentar materialmente el estado de necesidad agresivo consiste en el argumento de la representación. Esta, orientación, sostenida sobre planteamientos hegelianos, apunta esencialmente a establecer que la autorización del estado de necesidad se atribuye a una obligación de la generalidad a la prestación de auxilio en situaciones de necesidad⁴⁰⁰. Conforme a este planteamiento, la tarea del Estado radica no solo en la distribución y aseguramiento de esferas jurídicas de libertad, sino también en la protección de las «condiciones reales fundamentales de la libertad jurídica», esto es, de las condiciones materiales de vida necesarias para la

³⁹⁶ ENGLÄNDER, GA 2017, 244.

COCA VILA, *Colisión de deberes*, 2016, 56, n. 83, señala que: «Aunque el 34 StGB exige una “preponderancia esencial”, muchos de los autores que defienden una concepción utilitarista de la causa de justificación se vieron obligados a burlar esta cláusula legal, incompatible con sus postulados, y comenzaron a interpretar la esencialidad como un requisito epistemológico, esto es, como si únicamente exigiera una mínima diferencia entre los intereses en juego, aunque indubitada. De esto modo, además, se conseguiría dar solución también a los conflictos entre mandatos en los que no quepa apreciar una diferencia esencial entre los intereses en juego». Esto puede verificarse en LENCKNER, *Notstand*, 1965, 150 ss.; KÜPER, GA 1983, 293 ss.; ROXIN, DP. PG., t. I, 1997, 14/41, 16/77.

³⁹⁷ Al respecto, COCA VILA, *Colisión de deberes*, 2016, 73, n. 184.

³⁹⁸ NEUMANN, en: VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (Eds.), *Solidarität*, 2013, 161 ss.; ENGLÄNDER, GA 2017, 245.

³⁹⁹ En la literatura penal se encuentran planteamientos sostenidos con una fundamentación consecuencialista, que establece que el deber de sacrificio se justifica en el balance social global de la acción realizada por el sujeto necesitado o por su auxiliador. Estos planteamientos consecuencialistas puros o consecuencialistas restringidos por considerados deontológicas han sido rechazados. Al respecto, por todos, KÖHLER, AT, 1997, 283; PAWLIK, *Notstand*, 2002, 51 ss.

⁴⁰⁰ PAWLIK, *Notstand*, 2002, 80 ss. Cabe mencionar que, a diferencia de HEGEL, PAWLIK considera que la fundamentación del estado de necesidad se ubica en el plano de la «eticidad» («*Sittlichkeit*») y no en el de la «moralidad» («*Moralität*»). Al respecto, PAWLIK, *Notstand*, 2002, 105 ss. También HAAS, *Kausalität*, 2002, 260 ss.

utilización de la libertad⁴⁰¹. La comunidad jurídicamente constituida actúa como correctivo⁴⁰². En las situaciones de necesidad, en los que «la lucha organizada y regular contra la necesidad» llega muy tarde⁴⁰³, hace que el destinatario de la intervención se convierta en «representante de la generalidad para el cumplimiento de una petición de la generalidad»⁴⁰⁴. Pertenece, entonces, a la condición del deber de ciudadano, el soportar en su esfera jurídica la intervención en el estado de necesidad, pues esto asegura las condiciones reales fundamentales de la libertad humana, lo que permite la libertad⁴⁰⁵. El derecho de necesidad y el deber de tolerancia (deber subsidiario de contribuir al mantenimiento de un sistema de «libertad real»), entonces, aparecen como «cuasi-instituciones» subsidiarias⁴⁰⁶. Por tanto, el deber de tolerancia aparece como un deber cuasiinstitucional dinámico dirigido a contribuir al aseguramiento de las condiciones reales de la libertad jurídica en las situaciones límite en las que parecen ser insuficientes las medidas institucionales ordenadas de modo estático a subvenir a las necesidades de los ciudadanos⁴⁰⁷.

5.2. Frente a esta posición también pueden formularse algunas objeciones. En caso de que se considere que el deber de sacrificio del destinatario de la intervención se fundamenta en que de esa manera realiza un aporte a la generalidad, entonces, la pretensión de indemnización (§ 904 BGB) no debería dirigirse al necesitado, sino al Estado⁴⁰⁸. Si esto es así, el modelo de la representación del estado de necesidad justificante parece no llevarse bien con el principio rector de la materia actualmente vigente (en Alemania)⁴⁰⁹. Asimismo, el ciudadano, en un Estado de libertades, como incluso PAWLIK admite, frecuentemente presta sus contribuciones para el cumplimiento de las tareas de la generalidad (por parte de las instituciones públicas organizadas) mediante el pago de impuestos⁴¹⁰. Parece ser,

⁴⁰¹ PAWLIK, *Notstand*, 2002, 104.

⁴⁰² PAWLIK, *Notstand*, 2002, 104.

⁴⁰³ PAWLIK, *Notstand*, 2002, 104.

⁴⁰⁴ PAWLIK, *Notstand*, 2002, 123.

⁴⁰⁵ PAWLIK, *Notstand*, 2002, 122 ss.

⁴⁰⁶ PAWLIK, *Notstand*, 2002, 104.

⁴⁰⁷ PAWLIK, *Notstand*, 2002, 112.

⁴⁰⁸ HAAS, *Kausalität*, 2002, 262

⁴⁰⁹ NEUMANN, en: VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (Eds.), *Solidarität*, 2013, 173. Este autor señala, como primera objeción a la construcción de un deber de tolerancia existente frente a la generalidad, un asunto que los propios defensores de tal planteamiento admiten: que al destinatario de la intervención en estado de necesidad le debe corresponder una pretensión de indemnización frente a la generalidad (Así, PAWLIK, *Notstand*, 2002, 123). Esto, según NEUMANN, no corresponde al modelo seguido por el legislador (por lo menos en Alemania).

⁴¹⁰ PAWLIK, *Notstand*, 2002, 120.

entonces, que ha de cuestionarse la legitimidad de exigirle al ciudadano no solo el hacerse cargo de una tarea estatal, sino incluso el sacrificar sus propios bienes⁴¹¹. En todo caso, PAWLIK, señala, que en una sociedad que pretenda un estado de igualdad de libertad para todos sus miembros, la referencia al azar no es una fundamentación suficiente para dejar al daño donde amenaza con producirse. Corresponde, por tanto, a la comprensión normativa de la sociedad moderna el repartir las pérdidas entre la comunidad jurídica, representada en el destinatario de la intervención⁴¹². Esta fundamentación parece ocultar que el destinatario de la intervención es forzado a aceptar una pérdida de bienes en beneficio de la protección contra el riesgo público (*Gefahrenabwehr*)⁴¹³. Esa pérdida, sin embargo, pese una posterior pretensión de reparación, no será «comunitarizada»⁴¹⁴. No parece tomarse en cuenta, entonces, que el hecho en estado de necesidad agresivo afecta al destinatario de la intervención no como mero representante de la generalidad⁴¹⁵, sino prioritariamente como persona portadora de una pretensión de respeto de su propia esfera de libertad⁴¹⁶. No se explica de manera suficiente, por tanto, el motivo por el que el destinatario de la intervención tiene que sacrificar esta pretensión personal de libertad en beneficio del interés de la generalidad⁴¹⁷. La referida «pretensión solidaria» («*Solidaranspruch*») del beneficiario, a la que PAWLIK se remite, no es suficiente para la fundamentación, ya que ella debe dirigirse no al destinatario de la intervención, sino solo a la comunidad de solidaridad (*Solidargemeinschaft*) en general⁴¹⁸. Por el contrario, solo se podría alcanzar una solución satisfactoria de la problemática del estado de necesidad agresivo si se concentra la atención en la relación entre destinatario de la intervención y beneficiario⁴¹⁹. Esto es lo que hace, precisamente, el argumento de la solidaridad, que es la fundamentación material correcta.

6. En efecto, el modelo de la solidaridad señala básicamente que, en un estado de necesidad agresivo, el deber de sacrificio que recae sobre el individuo en cuya esfera jurídica se interviene implica que este admita que se afecten sus bienes jurídicos sobre la

⁴¹¹ ENGLÄNDER, GA 2017, 246, quien al respecto se pregunta, «¿Esto no infringe y socava la separación entre Estado y sociedad, la que es una característica esencial de una comunidad liberal?»

⁴¹² PAWLIK, *Notstand*, 2002, 122.

⁴¹³ ENGLÄNDER, GA 2017, 246.

⁴¹⁴ ENGLÄNDER, GA 2017, 246.

⁴¹⁵ PAWLIK, *Notstand*, 2002, 123; HAAS, *Kausalität*, 2002, 262.

⁴¹⁶ ENGLÄNDER, GA 2017, 246.

⁴¹⁷ ENGLÄNDER, GA 2017, 246.

⁴¹⁸ ENGLÄNDER, GA 2017, 246.

⁴¹⁹ ENGLÄNDER, GA 2017, 246.

base de una solidaridad jurídicamente exigida. Se trata, en buena cuenta, de una relación jurídica de solidaridad entre el destinatario de la intervención y el beneficiado⁴²⁰. Ya se dijo, en el marco de la legítima defensa, que la limitación de la conducta defensiva solo se podría entender como altruismo, por lo que los bienes que se afectan en ciertos casos tienen que ser compensables: la autonomía cede por la solidaridad. Considero que lo mismo se podría sostener en el caso del deber de sacrificio en el estado de necesidad agresivo, ámbito en el que (como en el de la legítima defensa) solo cabe sacrificar determinado tipo de bienes que sean compensables. Por tanto, si se considera que es posible imponer un deber de sacrificio, este tendría que referirse al sacrificio de algo compensable. En la actualidad existen en la doctrina muchos planteamientos que fundamentan el deber de sacrificio sobre la base del principio de la solidaridad⁴²¹. Este, que tiene una naturaleza moral⁴²², ha sido objeto de tratamiento de cara a una «juridificación» en el marco de la fundamentación del estado de necesidad agresivo⁴²³. A efectos de esta investigación, con todo, basta con haber presentado la orientación general del modelo de la solidaridad.

7. Habiendo fundamentado el deber de sacrificio en el estado de necesidad agresivo sobre la base de la solidaridad, en lo que sigue intentaré exponer algunos alcances adicionales sobre esta causa de justificación haciendo uso de un caso. «A», que había ingresado a un lago para nadar, sufre un calambre y decide pedir desesperadamente ayuda al sentir que comienza a ahogarse. «B», que se encuentra en la orilla, observa la situación y considera que la única forma de ayuda que tiene a disposición consiste en conseguir un salvavidas

⁴²⁰ ENGLÄNDER, GA 2017, 247.

⁴²¹ FRISTER, GA 1988, 291 ss.; JAKOBS, AT, 2.ª ed., 1991, 11/3 (=DP. PG., 1997, 11/3); BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, 67 ss., 90 ss., 97 (habla de «solidaridad general intersubjetiva»); RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, 188 ss., 191 ss., 195 ss.; BACIGALUPO, *Principios*, 4.ª ed., 1999, 267; PAWLIK, *Notstand*, 2002, 57 ss., 112, 120 ss. Sobre el principio de solidaridad como criterio para fundamentar el estado de necesidad agresivo, WILENMANN, *Justificación*, 2017, 77, señala: «Pese a que las teorías en cuestión son (...) sumamente variadas, aquello que permite agruparlas no es solo el uso de una misma palabra, sino, ante todo, su punto de partida: la solidaridad designa la ajenidad, la heterodoxia del estado de necesidad (agresivo) justificante y sus instituciones hermanas (como, ante todo, la omisión de socorro) en el contexto general del Derecho moderno. Ello hace que el concepto de solidaridad cumpla dos funciones. Por una parte, en tanto concepto negativo, da cuenta de la posición axiológico-sistemática de las instituciones determinadas por este (se trata de excepciones a la estructura general del Derecho derivadas de una comprensión formal de la autonomía). Al mismo tiempo, el concepto de solidaridad cumple una función de fundamentación en sentido estricto (este sirve para designar el conjunto de razones que fundamentan el reconocimiento de excepciones a la estructuración formal general del Derecho en las condiciones fijadas por el estado de necesidad)».

⁴²² Al respecto, JAKOBS, *Normativización*, 2003, 135 ss.

⁴²³ Esa «juridificación» sucede desde una perspectiva institucionalista, esto es, el fundamento del deber de tolerancia sería una «cuasi-institución» que surge cuando las instituciones estatales no pueden llegar a tiempo para proteger el interés del necesitado.

que se encuentra en una caseta de madera, propiedad de «C», ubicada cerca a la orilla del lago. La única manera de acceder a tal salvavidas es mediante la destrucción de la propia caseta (cuya puerta se encuentra cerrada con un candado). Cuando «B» se dispone a hacerlo, «C» se percata y se dirige directamente hacia la caseta. En este caso, debe discutirse si «C», que es el afectado por la conducta del auxiliador («B») del necesitado («A»), tiene el deber de tolerar o soportar la destrucción del bien (la propia caseta).

7.1. La norma permisiva del estado de necesidad agresivo autorizaría la utilización y, de ser el caso, la destrucción de un bien mueble contra la voluntad del dueño, con la única condición de que aquella afectación del bien jurídico se produzca para evitar la producción de la afectación de otros bienes jurídicos. El titular de los bienes jurídicos afectados se encontraría obligado a soportar esa agresión (pese a que no se pueda predicar de él que haya abusado de su derecho o que la cosa objeto de su propiedad haya generado el peligro que se pretende encarar). Se puede alegar la concurrencia de una intuición moral (en el ejemplo: de que «C» deba soportar el daño a su propiedad para así poder salvar la vida de «A»), pero tal intuición, evidentemente, no basta por sí sola: es necesario argumentar jurídicamente. Si se ha señalado antes que el Derecho otorga ámbitos formales de autonomía (precisamente, como ya es sabido, el principio de autonomía se encuentra en la base de la legítima defensa y del estado de necesidad defensivo), la argumentación que se realice en el caso del estado de necesidad agresivo debe estar orientada a explicar y justificar una excepción a esa labor que realiza el Derecho⁴²⁴. En ese sentido, si antes se dijo que cuanto más atribuible sea el conflicto a una persona, menos solidaridad podrá exigir esta, claramente esto no sucede en el estado de necesidad agresivo. Por tanto, ¿cómo se le puede atribuir un conflicto a una persona que ha ejercido su derecho de propiedad correctamente? Y, pese a hacerlo, ¿Por qué no puede exigir esa persona un nivel correspondiente de solidaridad con los bienes objeto de su derecho de propiedad?

7.1.1. El haber caracterizado al estado de necesidad agresivo como una causa de justificación de la acción puede generar algunas inquietudes. Así, si se regresa a los hechos del caso planteado, se podría afirmar que «B», al reconocer la situación de necesidad de «A», actúa en ejercicio de un derecho de necesidad que, como contrapartida, tiene un deber de sacrificio que se impondría a «C», quien, conforme a ese deber, no podría impedir que

⁴²⁴ WILENMANN, *Justificación*, 2017, 566.

ese derecho se lleve a cabo⁴²⁵. Sin embargo, conforme a la clasificación entre causas de justificación (solo) de la acción y causas de justificación del resultado, en la medida no solo que el estado de necesidad agresivo es una manifestación de la primera, sino también que es admisible oponer una causa de justificación de la acción frente a otra (es posible el estado de necesidad defensivo contra el estado de necesidad agresivo)⁴²⁶, entonces, conforme al caso propuesto, «C» estaría amparado también por un derecho de necesidad que le otorgaría, a su vez, un derecho a actuar, esto es, a reaccionar frente a la acción de auxilio realizada por «B» que, desde la perspectiva de «C», constituye un peligro contra un bien jurídico del que es titular. La situación de «C», por tanto, sería una bastante compleja: por un lado, se le impondría un deber de tolerar la afectación de un bien jurídico del que es titular (no pudiendo ejercer, por ejemplo, la función de exclusión que emana del derecho de propiedad), sin embargo, por otro, en la medida que el estado de necesidad defensivo es una causa de justificación de la acción que excluye solo el desvalor de la acción pero no del resultado (que sigue siendo un «mal»), entonces, se dice, podría actuar, como ante cualquier otro peligro, en estado de necesidad defensivo. Queda la duda si «B», que actúa en auxilio de «A», estaría realmente amparado por el Derecho (lo que sería evidente si se le concediera el derecho de necesidad y el correspondiente deber de tolerancia se le impusiera a «C») o si no lo está (pues a «C» se le asignaría un derecho de actuar contra un peligro)⁴²⁷. Se trata, entonces, de una situación paradójica: ¿Cómo puede «C» tener un deber de tolerar y a la vez tener un derecho de actuar?

7.1.2. Como primera aproximación al asunto, es posible señalar que, si «C» impide el éxito de la conducta salvadora de «B», *algo* debe suceder⁴²⁸. La conducta de «C», definitivamente, no sería jurídico-penalmente irrelevante, ya que, tanto si se sostiene que a él se le impone un deber de sacrificio (como reflejo del derecho de necesidad conforme al

⁴²⁵ RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, 193.

⁴²⁶ LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 21/18.

⁴²⁷ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1008.

⁴²⁸ Por tanto, la primera posibilidad reconocida por SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1008, en la que «no sucede nada» si el tercero afectado por la conducta necesaria (o un tercero que actúe por su cuenta) impide que esa conducta (realizada por el necesitado o por su auxiliador) sea exitosa, debe ser descartada. Evidentemente, las consecuencias serán distintas si se considera que se impone un deber o se concede un derecho. En el caso de lo primero, el tercero afectado por la conducta necesaria no debe evitar que la conducta necesaria tenga éxito (el Derecho respalda al necesitado o a su auxiliador), pues de lo contrario sería responsable. En el caso de lo segundo, el tercero afectado por la conducta necesaria, al ser esta para él un peligro (que no llega a ser una agresión ilegítima), hace surgir para él el derecho de necesidad que le permitiría actuar justificadamente (esto es, el Derecho le respalda), aunque limitado por las consideraciones de necesidad y proporcionalidad.

cual actúa «B»), como si se sostiene que a «C» se le concede, también, un derecho de necesidad que le permita actuar frente a una conducta peligrosa que no llega a ser una agresión antijurídica (cabe conceptualmente estado de necesidad defensivo contra estado de necesidad agresivo), como es la conducta de «B», habrán consecuencias importantes: en el primer caso, debería sacrificar sus bienes; en el segundo, estaría autorizado para defenderlos.

7.1.3. Que el estado de necesidad defensivo, como antes se dijo, permita actuar contra un peligro proveniente del ámbito de un sujeto supone entender siempre que el peligro que constituye el objeto de la acción de necesidad es un peligro que el Derecho pretende evitar. No concurre, por tanto, el requisito esencial del estado de necesidad defensivo: un peligro de un mal jurídico⁴²⁹. Si es que se trata de un peligro que es generado por el Derecho, entonces el destinatario de la intervención no tiene frente a él un peligro del tipo del que al derecho de necesidad le interesa. Por tanto, quien, al amparo del derecho de necesidad, accede a la esfera jurídica de otro (el destinatario de la intervención) con quien se encuentra vinculado por un deber de sacrificio que se impone a este último, no afecta la autonomía de ese otro, por lo que el conflicto no se resuelve a su costa (del necesitado o de su auxiliador), sino a costa del destinatario de la intervención conforme a la solidaridad que este debe prestar. El deber de sacrificio, entonces, se impone a una persona que, pese a no constituirse como el origen del peligro, debe soportar que se afecten sus bienes jurídicos, afectación que también se expresa materialmente mediante un acto típico (de daños, por ejemplo), pero que está amparado por el Derecho. El estado de necesidad defensivo, al ser proyectado sobre peligros no permitidos, según los hechos del caso expuesto, no puede ser alegado por «C» para impedir que «B» realice la conducta salvadora en beneficio de «A».

7.1.4. Teniendo en cuenta todo lo expuesto, se puede volver al caso antes planteado. «B», para salvar a «A», que se ahoga en el río, se dirige hacia la caseta propiedad de «C» en cuyo interior se encuentra un salvavidas, siendo la única forma de acceder a él la destrucción de esa caseta. «B» realizaría materialmente el delito de daños, aunque de manera justificada al actuar en estado de necesidad agresivo. Como contrapartida del ejercicio de ese derecho de necesidad, se impone a «C», tercero que no estuvo involucrado

⁴²⁹ Al respecto, LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 3.ª ed., 2016, 24/11 ss.

en la creación del riesgo para la vida de «A» (que «B» pretende abolir mediante su conducta salvadora), un deber de sacrificio, esto es, un deber de permitir que sus bienes se afecten si es la única manera de salvar el bien jurídico puesto en peligro (deber de solidaridad pasiva)⁴³⁰. Por tanto, «C» no podría actuar en estado de necesidad defensivo, esto es, no podría ejercer ningún derecho de necesidad frente a la conducta de «B» ya que la situación de necesidad que le ampara a este refleja un deber de sacrificio que se impone a «C». Esto supone que «C» queda inhabilitado a desplegar la función de exclusión del derecho subjetivo, por lo que no podría invocar el amparo de una legítima defensa o de un estado de necesidad defensivo para actuar contra la conducta de «B», la que, si bien es un peligro, no llega a ser una agresión ilegítima (excluyéndose así el requisito esencial de la legítima defensa) y es un peligro conforme a Derecho (excluyéndose así el requisito esencial del estado de necesidad defensivo). Como señala HRUSCHKA, «la defensa frente a un peligro no está justificada bajo el derecho del estado de necesidad defensivo si el peligro, en tanto procediera del actuar de un ser humano, hubiese sido generado de modo conforme a Derecho»⁴³¹.

8. Si el deber de sacrificio es el fundamento material del estado de necesidad agresivo, entonces, parece poseer una estrecha relación conceptual con el deber de socorro. En efecto, se ha señalado que, si el deber de sacrificio inherente al estado de necesidad agresivo se interpreta desde la solidaridad, aquel deber es una especie dentro del género de los deberes de solidaridad⁴³². En ese marco, se ha sostenido generalmente que mientras el deber de sacrificio es un deber de solidaridad pasiva, el deber de socorro es un deber de solidaridad activa⁴³³, deberes sobre los que, por lo demás, se ha afirmado que estarían «vinculados» o serían «paralelos»⁴³⁴, lo que no hace más que demostrar lo estrecho de su relación⁴³⁵. En todo caso, si se recuerda la argumentación del modelo de la representación en la fundamentación del deber de sacrificio en el estado de necesidad agresivo, este señalaba que el deber de sacrificio, al ser entendido como un deber positivo cuasiinstitucional dinámico de carácter subsidiario, se asemeja al deber de socorro en

⁴³⁰ Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1015.

⁴³¹ HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.ª ed., 1988, 87.

⁴³² SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1014.

⁴³³ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1014.

⁴³⁴ BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, 67, 99.

⁴³⁵ Al respecto, por todos, KÖHLER, AT, 1997, 285.

situaciones de peligro⁴³⁶. Esta posición llegaba a la conclusión de que entre el deber de tolerancia y el deber de socorro no habría ninguna diferencia⁴³⁷.

8.1. En el Derecho penal el único deber de solidaridad reconocido de manera autónoma es el deber de socorro (en España se ha reconocido en el art. 195 CP⁴³⁸, en Alemania está contemplado en el § 323 c StGB⁴³⁹). Ese deber de socorro, por tanto, es, al parecer, el único deber de solidaridad ascendido a deber jurídico-penal⁴⁴⁰. Asimismo, se debe señalar que, en los ordenamientos jurídicos de los países antes mencionados, los correspondientes preceptos poseen la estructura de un delito omisivo⁴⁴¹. Ahora bien, si el estado de necesidad agresivo se apoya sobre la base de la solidaridad interpersonal⁴⁴², lo mismo se suele predicar con respecto al mandato de prestar socorro: ambos se sostienen en la solidaridad entre los ciudadanos⁴⁴³.

8.2. El delito de omisión del deber de socorro constituye, como es claro, un delito omisivo, esto es, subyace a él un mandato que impone un deber de actuar. El deber de sacrificio en

⁴³⁶ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1013. Señala que no hay diferencia alguna entre uno y otro, por todos, PAWLIK, *Notstand*, 2002, 154, donde señala que «(...) por buenas razones se puede dudar que la intensidad de la carga del deber de tolerancia del § 34 StGB sea mucho menor que la del deber de actuar del § 323 c StGB». Si existe en un ordenamiento jurídico un deber de socorro, es porque el ordenamiento jurídico le da alguna importancia a la solidaridad, siempre que esta no suponga un peligro para quien ejerza ese socorro. El deber de socorro, deducido de la norma subyacente al correspondiente tipo penal, se impone, como todo deber, en una situación concreta en la que actúa el autor.

⁴³⁷ PAWLIK, *Notstand*, 2002, 154 ss. Esto sería así pues ambos serían deberes positivos basados en (cuasi)instituciones (cuasi)estatales de incidencia subsidiaria.

⁴³⁸ En el 195.3 CP se sanciona de manera agravada la omisión del deber de socorro cuando la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuita o imprudentemente por el que omitió el auxilio. Esta disposición recoge una agravación derivada de la idea de injerencia y de quien de manera fortuita o imprudente causa una ocasión de riesgo para un bien jurídico está preferentemente llamado a conjurar dicha situación de emergencia. Al respecto, COCA VILA, *InDret* 1/2011, 20.

⁴³⁹ JOERDEN, en: VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (Eds.), *Solidarität*, 2013, 49, quien señala que «Los deberes de solidaridad son en primer lugar deberes de actuar (deberes de auxilio), aunque de todas formas hay deberes de tolerancia y deberes de omisión que se derivan de la idea de la solidaridad y que tampoco están adecuadamente basados en el StGB».

⁴⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1015, quien señala que más allá del deber de socorro, «los deberes de solidaridad o no son jurídico-penales o pertenecen al grupo de los deberes “desprovistos de sanción”». Por su parte, RENZIKOWSKI, en: VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (Eds.), *Solidarität*, 2013, 13, refiriéndose al § 323c StGB, señala que este se ha entendido «desde siempre como acuñación del principio de solidaridad». Ver también RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, 189 s., 196 ss. Desde una perspectiva crítica, HAAS, *Kausalität*, 2002, 245 s., 260 ss.

⁴⁴¹ En España se ha reconocido como un delito de omisión propia o de mera actividad. Si es así, el resultado que pueda ocurrir (por ejemplo, el empeoramiento del estado de la persona desamparada como consecuencia de la falta de auxilio) carece de relevancia jurídica. Al respecto, por todos, GARCÍA ALBERO, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios*, 9.ª ed., 2011, 425 ss.

⁴⁴² RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, 196 ss.; en: VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (Eds.), *Solidarität*, 2013, 13; PAWLIK, *Notstand*, 2002, 69 ss.; NEUMANN, en: KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (Eds.), *NK-StGB*, t. I, 5.ª ed., 2017, § 34/9.

⁴⁴³ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1015.

el estado de necesidad agresivo, como contrapartida, al presentarse como un deber de omitir, sería una manifestación del deber de socorro en la que la infracción de ese deber se produce por una acción. Se trataría, entonces, de un supuesto de «omisión por comisión»⁴⁴⁴. Esto supondría que existe una norma que dice «¡*Debes socorrer a otro!*!» subyacente a ambos preceptos y que impone un deber al destinatario de que se encuentra en la concreta situación.

8.3. Las consecuencias de entender que el deber de sacrificio, como deber de solidaridad, tiene un contenido valorativamente idéntico al del deber de socorro en «omisión por comisión» no llevaría a consecuencias admisibles. Primero, el derecho de necesidad que asigna el estado de necesidad agresivo tendría como contrapartida un deber de socorro que se impone al destinatario de la intervención. Pero no todos los casos de deber de socorro representan casos en los que se impone un deber de sacrificio (pues el deber de socorro solo se impone en la situación en la que no haya riesgo para el propio obligado o para terceros, mientras que el deber de sacrificio se impone precisamente para que este tolere la afectación de sus bienes en beneficio de los del necesitado). Si esto es así, no se podría alegar, por ejemplo, derecho de necesidad frente al incumplimiento del deber de socorro, pero sí frente al incumplimiento del deber de sacrificio. Segundo, que, si el deber de sacrificio es una expresión del deber de socorro, de no estar este contemplado en un correspondiente precepto (como delito de omisión al deber de socorro), entonces el deber de sacrificio no existiría y, por tanto, tampoco un genuino derecho de necesidad⁴⁴⁵; asimismo, si solo existiera el estado de necesidad agresivo pero no el delito de omisión al deber de socorro, entonces ese deber de sacrificio que tiene como reflejo el derecho que asigna la situación de necesidad propia de esa causa de justificación no tendría fundamentación jurídica, sino solo moral. Tercero, la pena a imponer por la infracción del deber de sacrificio estaría determinada por la que corresponde al delito de omisión del deber de socorro⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1014, quien además hacer referencia al siguiente ejemplo: «el propietario cierra la puerta de su casa, que se encontraba abierta, impidiendo que entre en ella una persona a la que perseguía un perro rabioso, que acaba mordiéndola».

⁴⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1015 s.

⁴⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1016, explica que «La razón que justifica el deber de tolerancia es idéntica a la que justifica el deber de socorro. Sin embargo, el deber de tolerancia no es un deber de solidaridad pasivo, paralelo al deber de solidaridad activo formado por el deber de socorro, ya que equiparar a esos deberes conlleva a consecuencias inadmisibles, por ejemplo: a) la pena a imponer por la infracción a un deber de tolerancia debe ser, siempre que esté legislada, la misma que para el delito de

9. La consideración del deber de sacrificio (deber de solidaridad pasiva) y del deber de socorro (deber de solidaridad activa) como manifestaciones del principio de solidaridad, ha conducido al análisis de cuál de esos deberes muestra una mayor intensidad⁴⁴⁷. En la doctrina jurídico-penal las opiniones están divididas: la opinión mayoritaria considera que el deber de solidaridad activa es más intenso⁴⁴⁸. Frente a este planteamiento, otro sostiene que el deber de solidaridad pasiva posee mayor intensidad, al suponer que es un tercero quien administra la esfera de derechos del afectado⁴⁴⁹. En el delito de omisión de socorro se excluye la imposición del deber de solidaridad si concurre riesgo propio o para terceros. Es decir, el deber de solidaridad se impone cuando no hay riesgo para él (para sus bienes jurídicos) u otros (para bienes jurídicos de terceros). En el estado de necesidad agresivo, sin embargo, el tercero afectado por la conducta del necesitado o de su auxiliador sí está en una situación de riesgo (en el caso del ejemplo antes propuesto, el riesgo sería sobre el bien jurídico «propiedad»). Esa es una primera diferencia que se podría tomar en cuenta. En la medida que el deber de solidaridad del delito de omisión de socorro supone la no concurrencia de riesgo para él (pues en la medida que concorra un riesgo para el individuo, no estará este en la situación concreta en la que se le imponga el deber de socorrer a otro), y el deber de sacrificio que se impondría al tercero cuyo bien se afecta para la realización de la conducta necesitada (justificada) supone la concurrencia de un riesgo al que no debe oponerse, entonces habría que decir que el deber de solidaridad es más intenso en el primer caso (deber de solidaridad activa): no había riesgo para el sujeto (ni para terceros), por tanto, con mayor razón, debía realizar la correspondiente conducta salvadora. La orientación opuesta, que proclama la mayor intensidad del deber de solidaridad pasiva tiene también mucho sentido: en la medida que el tercero, a quien se impone el deber de sacrificio, deja que su esfera jurídica sea administrada por el necesitado o su auxiliador, entonces parece supone una mayor intensidad que en el deber de solidaridad activa (delito de omisión de socorro).

omisión del deber de socorro; b) oculta que las conductas que infringen un deber de tolerancia pueden ser de muy diversas clases».

⁴⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1014.

⁴⁴⁸ Al respecto, HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.^a ed., 1988, 96.

⁴⁴⁹ Al respecto, PAWLIK, *Notstand*, 2002, 154 s. En todo caso, PAWLIK reconoce la posibilidad de la conversión del delito de omisión de socorro en un delito de resultado, así como el incremento de su marco punitivo.

10.1. Otro asunto que cabe tener en cuenta es que la infracción del deber de sacrificio puede llevarse a cabo también mediante la realización de conductas típicas. Es decir, se pueden realizar conductas típicas (coacciones, lesiones o incluso homicidio⁴⁵⁰) que a la vez sean expresivas de un impedimento de la conducta salvadora por parte de quien ejerce el derecho de necesidad. Este constituye un argumento que no solo descarta la equiparación entre el deber de sacrificio y el deber de socorro activo (pues las conductas que expresan la infracción del deber de sacrificio pueden ser más amplias que las que reflejan la infracción de un deber de socorro), sino que también permite reconocer un interesante escenario que debe ser analizado: en la medida que el impedimento de la acción de necesidad se puede llevar a cabo por conductas típicas, entonces, además del deber de sacrificio que se impone como contrapartida del derecho de necesidad bajo cuyo amparo actúan el necesitado o su auxiliador, se le impondría al destinatario de la intervención un deber de omitir una determinada conducta prohibida. Dicho de manera más clara: si el impedimento de la conducta salvadora se puede realizar por conductas subsumibles en los preceptos correspondientes a los delitos de coacciones, lesiones u homicidio, entonces sobre el tercero se impone no solo un deber de sacrificio (como reflejo del derecho de necesidad en virtud del cual actúa el necesitado o su auxiliador), sino también un deber de omitir una conducta de coaccionar, lesionar o matar. Si, regresando a los hechos del caso propuesto, «C» impide la conducta salvadora de «B», matándolo, entonces, al parecer, ha hecho algo más que una infracción de un deber de solidaridad pasiva o incluso que la infracción de un deber de solidaridad activa (deber de socorro)⁴⁵¹.

10.2. Debido a esto, se ha señalado que la noción de «infracción» de un deber de sacrificio, es lo suficientemente amplia como para albergar diversas formas de actuación que, en términos cualitativos, demuestren más o menos gravedad y, por eso, les correspondería un tratamiento diferenciado⁴⁵². En efecto, un primer escenario sería aquel en el que la infracción del deber de sacrificio se expresa tanto con una resistencia pasiva o con una falta de colaboración activa con la conducta del sujeto necesitado o de su auxiliador⁴⁵³. Estas conductas, al reflejar una menor gravedad en la infracción del deber de solidaridad (y

⁴⁵⁰ HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.ª ed., 1988, 83 ss., 85 ss.

⁴⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1016.

⁴⁵² SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1017.

⁴⁵³ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1017. En la n. 43 este autor señala que en este grupo de casos se podría incluir la «omisión de impedir la interrupción por un tercero del curso causal salvador puesto en marcha por el necesitado o su auxiliador».

también del deber de tolerancia en el marco del estado de necesidad agresivo, si se considera que este último deber es especie o está emparentado con el de solidaridad), merecerían el mismo tratamiento que el previsto para la omisión de socorro (solo se produciría la infracción del deber de solidaridad mínima interpersonal)⁴⁵⁴. Un segundo escenario, por el contrario, reflejaría una mayor gravedad en cuanto a la infracción del deber de solidaridad. Se trata del escenario en el que el tercero, afectado por la conducta del necesitado o de su auxiliador, no se limita a ejercer una resistencia pasiva o a omitir una colaboración activa, sino que despliega conductas orientadas a neutralizar la conducta del necesitado o de su auxiliador, por ejemplo, mediante una oposición directa activa o mediante la sustracción de los bienes cuya obtención pretendían el necesitado o su auxiliador⁴⁵⁵. Un tercer escenario va incluso más allá. El tercero, afectado por la conducta del necesitado o de su auxiliador, no se limita a ejercer una resistencia pasiva, a omitir una colaboración activa o a una oposición directa activa, sino que reacciona directamente (mediante actos típicos) sobre el propio necesitado o su auxiliador. En el segundo escenario, el destinatario de la intervención, afectado por la conducta necesaria, se mantenía aún dentro de los contornos de su esfera jurídica originaria. Sin embargo, en el tercer escenario, de mayor gravedad, el destinatario de la intervención se entromete en la esfera jurídica ajena (la del necesitado o de su auxiliador)⁴⁵⁶. Por esto, en ese tercer escenario, el tercero, afectado por la conducta del necesitado o de su auxiliador, en caso de tener éxito, no solo infringe el deber de sacrificio como correspondencia al derecho de necesidad agresivo, sino que infringe el deber de omitir que le impone la correspondiente norma prohibitiva (lesionar, matar, coaccionar). Como se ha mencionado antes, este escenario reflejaría uno en el que se podría fundamentar (de *lege ferenda*) una agravación de la responsabilidad criminal (fundamentada en el haber imposibilitado la concreción del derecho de necesidad agresivo ya iniciado, que queda derrotado por la intervención del tercero en la esfera jurídica del necesitado o su auxiliador).

⁴⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1017, quien señala que «En estas situaciones, que a mi entender constituyen el grupo de infracciones menos graves del deber de tolerancia, sí nos hallamos ante casos de mera infracción del deber de solidaridad mínima interpersonal, que merecen el mismo tratamiento que las omisiones de socorro».

⁴⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1017.

⁴⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1017, n. 44., quien señala que «Esta situación es todavía más grave que la anterior y permite fundamentar una responsabilidad adicional por la lesión de bienes activamente causada».

10.3. Debe quedar claro, en todo caso, que el deber de sacrificio no es (en los casos más graves, caracterizados en los escenarios segundo y tercero) un deber de solidaridad mínima, cuya infracción esté asociada al delito de omisión de socorro⁴⁵⁷. Los fundamentos del deber de socorro señalan que este es un delito omisivo por lo que, para cometerlo se debe hacer algo distinto a lo mandado: la norma primaria subyacente a ese delito es un mandato (*¡Debes socorrer a quien se encuentre en peligro!*), lo que demuestra que se trata de un *deber de hacer algo* (deber positivo). Sin embargo, el deber de sacrificio, reflejo del derecho de necesidad en un caso de estado de necesidad agresivo, no necesariamente sigue esa misma dirección: en la medida que ese deber de sacrificio puede infringirse por conductas activas (oposición directa activa sobre el bien necesario para la salvación o sobre la propia esfera jurídica del necesitado o su auxiliador) típicamente expresivas de coacciones, lesiones, daños o homicidio, entonces aquel deber de sacrificio podría entenderse no solo como un deber positivo de intensidad equiparable al de un deber negativo, sino incluso como un propio deber negativo⁴⁵⁸.

10.4 Tomando en cuenta el segundo escenario antes planteado, HRUSCHKA considera que la infracción del deber de tolerancia permite afirmar la concurrencia de un delito de comisión. Así, si se vuelve al ejemplo, «C», al impedir la conducta salvadora de «B», sería responsable por el delito de coacciones (al impedir mediante violencia que este no realice una conducta) y por el delito de homicidio de «A» (al impedir que se lleve a cabo una conducta salvadora que habría preservado la vida de «A»)⁴⁵⁹. Esta argumentación, sin embargo, conduce a admitir un planteamiento, que, hasta donde entiendo, no sería uno que refleje el defendido por HRUSCHKA (quien admite que la norma permisiva del estado de necesidad agresivo fundamenta un derecho de intervención y el correlativo deber de tolerancia)⁴⁶⁰. Así, regresando al ejemplo planteado, el deber de sacrificio que infringe «C» constituye «el resultado de la superposición circunstancial del deber de abstención fundamentado por la prohibición del homicidio y el deber de abstención fundamentado por

⁴⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1018.

⁴⁵⁸ Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1018. De los tres escenarios problemáticos antes descritos, el autor citado señala: «puede percibirse que lo que se tiene claro, en las consecuencias, es que el deber de tolerancia no es –o, al menos, no es en los casos más relevantes– un deber de solidaridad mínima, cuya infracción haya de seguir la vía del delito de omisión de socorro. Cabría que se tratara, ciertamente, de un deber positivo como este último, aunque, por lo que se infiere de la conclusión, sería un deber positivo de intensidad equiparable a la de los deberes negativos. E incluso no cabría descartar que constituyera un deber negativo».

⁴⁵⁹ HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.^a ed., 1988, 85 ss.

⁴⁶⁰ HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.^a ed., 1988, 89 ss.

la prohibición de la coacción, en tanto normas “unitariamente” quebrantadas a través de la falta de una misma acción»⁴⁶¹. Por tanto, desde esta perspectiva, no habría deber de tolerancia que refleje la norma permisiva (pues esta no genera ningún deber), sino que serían las propias normas prohibitivas las que, al imponer deberes de omitir y al ser estos infringidos mediante la correspondiente falta de omisión, fundamentarían la responsabilidad del destinatario de la intervención que actúa directamente sobre el propio necesitado o su auxiliador. Este planteamiento, del que me he distanciado (concepción «negativa» de la norma permisiva), permitiría señalar que un deber de sacrificio se sostiene, en realidad, en una norma prohibitiva.

10.5. SILVA SÁNCHEZ, por su parte, propone que la situación de necesidad como institución (o «cuasiinstitución») permite el surgimiento de deberes en dos niveles. En primer lugar, con la aparición de una situación de necesidad, surgen deberes positivos: tanto el deber de socorro directo como el deber de colaboración activa con la conducta autosalvadora del necesitado o con la conducta del tercero auxiliador⁴⁶². Estos deberes, en caso de ser incumplidos, como se ha señalado, al ser los de menor gravedad, merecerían el mismo tratamiento que el que corresponde a la infracción del deber de socorro. En segundo lugar, más allá de la aparición de los mencionados deberes positivos, pueden surgir también deberes negativos, concretamente, el deber de no interrumpir de manera activa las conductas autosalvadoras (realizada por el propio necesitado) o auxiliadoras (por un tercero en favor del necesitado). Pero este segundo ámbito posee una fundamentación particular: la relación jurídica existente entre diversas esferas de organización no es, como en el primer escenario, una de carácter ordinario, en donde rige el principio de solidaridad mínima en el espacio que corresponde a la frontera entre esferas de organización, sino que se produce una «modificación temporal y cambiante de las fronteras existentes entre dichas esferas y, consiguientemente, también de los deberes negativos que surgen en las interrelaciones de los sujetos»⁴⁶³. Este segundo nivel de deberes, por tanto, en caso de ser infringidos, supondrían una mayor respuesta penal, al demostrar una mayor gravedad.

⁴⁶¹ MAÑALICH, en: MAÑALICH (Ed.), *Antijuridicidad*, 2013, 251, quien además agrega seguidamente que «Fundamentar semejante deber de abstención en la norma permisiva bajo la cual es subsumible la acción cuya ejecución es impedida por quien infringe ese deber, no sólo es normológicamente inviable, sino también superfluo».

⁴⁶² SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1019.

⁴⁶³ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1019, agregando que «De ahí se deriva el deber de no interrumpir activamente las conductas autosalvadoras o auxiliadoras (segunda manifestación del deber de tolerancia)».

10.6. Si se retorna al ejemplo habría que señalar que, para SILVA SÁNCHEZ, el derecho de propiedad de «C» sobre la caseta de madera en la que se encuentra un salvavidas se suspende al emprenderse la acción necesaria por parte de «B». En ese sentido, lo que para «C», de manera ordinaria o general, es el ejercicio de la función de exclusión de terceros que le confiere el derecho de propiedad, en el supuesto de que exista una situación de necesidad, el ejercicio de ese derecho se convierte circunstancialmente en la realización de un delito de coacciones (según el cual un sujeto, sin estar legítimamente autorizado, impide a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe). En ese sentido, el deber de sacrificio que se impone a «C» sería un deber negativo (deber de no coaccionar), que resultaría de la inversión del derecho de propiedad y del otorgamiento al necesitado «de derechos provisionales y reversibles de cuasipropiedad»⁴⁶⁴.

11.1. Finalmente, ha de decirse que en el estado de necesidad agresivo adquiere especial importancia el asunto referido a la indemnización. El § 904 BGB y el art. 118, 3 CP, reconocen la obligación legal de responder civilmente a quien se haya beneficiado del estado de necesidad. Si se regresa al ejemplo antes planteado, quien se encontraba en situación de necesidad tendrá que responder civilmente frente al dueño de la caseta, pues aquel se ha visto beneficiado por la realización de esa causa de justificación (solo de la acción)⁴⁶⁵. Esta argumentación revela un asunto adicional: que la afirmación de que los hechos antijurídicos originan responsabilidad civil no sería aplicable en el caso del estado de necesidad agresivo, en el que se excluye el injusto. Se trata aquí de un escenario en el que un hecho no antijurídico (y, por tanto, «lícito», en la terminología más tradicional) desencadena, de todos modos, responsabilidad civil. Esta, en realidad, es posible: frente a hechos culpables, frente a hechos solo antijurídicos o incluso frente a hechos justificados (estado de necesidad) o atípicos (responsabilidad objetiva)⁴⁶⁶.

11.2. Lo dicho de alguna manera tiene que ver con los bienes que se pueden afectar en estado de necesidad agresivo. En efecto, si se ha aceptado la existencia de un derecho de

⁴⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, 1024.

⁴⁶⁵ En la legítima defensa, no se le exige a quien se defiende ser altruista, a menos que se trate de una agresión de bagatela. Y en el estado de necesidad agresivo, al tercero perjudicado por la acción de salvamento se le exige un alto nivel de altruismo (la afectación total o parcial del objeto que representa su derecho de propiedad), lo que tiene como contrapartida una reparación civil que ha de hacer materializada por el beneficiado de la acción de necesidad (§ 904 BGB y art. 118 CP).

⁴⁶⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 82.

necesidad y del correspondiente deber de sacrificio que se impone al tercero que no origina el peligro para el bien jurídico que se salvaguarda, pero que solo mediante la afectación de sus bienes jurídicos es posible llevar a cabo ese curso salvador, queda por señalar qué bienes pueden ser afectados. Este asunto es importante pues el establecimiento de los bienes parece reflejar la determinación de un límite al estado de necesidad agresivo. Antes se dijo, en el marco de la legítima defensa, que solo se podía hablar de altruismo en el caso de bienes jurídicos reparables (no innatos o de sustrato irreparable). Parece ser que lo mismo podría ser aplicable en el ámbito del estado de necesidad agresivo, principalmente, por la obligación de indemnización que se le impone al necesitado que ha logrado salvar sus bienes mediante la afectación de los bienes del tercero ajeno a la creación del peligro superado por el ejercicio del estado de necesidad agresivo.

5. Recapitulación.

1. La teoría de la norma aquí defendida (la norma primaria como un mandato o prohibición, esto es, como una norma de carácter imperativo), puede ser evaluada especialmente en el ámbito de la justificación penal. En este ámbito, en el que despliegan sus efectos las causas de justificación, adquiere relevancia la comprensión de la categoría del injusto que se propone en esta investigación: si aquella se sostiene sobre la función distributiva de la norma primaria, la que permite que el derecho subjetivo, mediante sus funciones de utilización y exclusión, proteja el correspondiente bien jurídico, entonces la justificación penal, centrada esencialmente en la permisión de conductas típicas, enlaza esa función de exclusión del arbitrio ajeno en la propia esfera de libertad jurídica con el escenario en el que esa función se lleve a cabo mediante una conducta típica, la que al ser realizada en una situación de defensa o necesidad, quedará justificada. El derecho de defensa o necesidad, como reflejo del deber de omitir que la norma prohibitiva impone al destinatario idóneo de esta, en caso de ser ejercido (pues puede no serlo), refleja a su vez un deber de tolerancia (en la legítima defensa y en el estado de necesidad defensivo) que se impone sobre el agresor (en la legítima defensa) o el responsable de la perturbación (en el estado de necesidad defensivo), o un deber de sacrificio que se impone al tercero a cuya costa ha de solucionarse un conflicto (en el estado de necesidad agresivo).

2. En el marco de la justificación penal, se admite la teoría de los elementos negativos del tipo (o teoría del tipo global de injusto), aunque no en su concepción tradicional (no comprometida, al parecer, con una base normológica subyacente), sino en una que puede ser interpretada como una teoría de un conflicto de normas. Esto conduce a entender que la teoría de los elementos negativos del tipo, en el marco de la contraposición entre tipo y antijuridicidad, refleja también una situación de antinomia que expresa un conflicto entre una norma prohibitiva y una norma permisiva, la que ha de ser resuelta por una metaregla. En ese marco, es de especial importancia señalar que, pese a que desde la perspectiva del ciudadano (esto es, desde un punto de vista pragmático) solo hay una norma que dirige su conducta, antes, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, se ha tenido que resolver la antinomia entre la norma prohibitiva y la norma permisiva. En ese sentido, se ha sostenido que desde un punto de vista normológico, desde el principio (y hasta el final) hay dos normas, mientras que, desde un punto de vista pragmático, desde el principio hay una norma que dirige la conducta del destinatario.

3. Se ha señalado que el tradicionalmente denominado «precepto permisivo» constituye en realidad una norma permisiva, que si bien posee una dependencia pragmática de una norma prohibitiva (y, por lo tanto, no es independiente desde esa perspectiva), puede ser considerada como una norma. En ese marco, se ha reconocido la contraposición entre una concepción «positiva» y una «negativa» de la norma permisiva. La concepción «positiva» de la norma permisiva establece que esta norma asigna un derecho que tiene un correlativo deber. Esto quiere decir que, por ejemplo, la causa de justificación de la legítima defensa fundamenta un derecho de lesionar los bienes jurídicos del agresor, a quien, a su vez, se le impone un correlativo deber de tolerancia, consistente en no impedir el ejercicio de aquel derecho. Por su parte, la concepción «negativa» de la norma permisiva entiende que el permiso posee una función solamente excluyente del alcance de la norma prohibitiva. La idea nuclear de esa concepción radica esencialmente en que la norma permisiva no fundamenta derechos ni deberes. Esto quiere decir que la norma permisiva, por sí misma, no fundamenta un derecho, sino que este puede afirmarse solo si esa norma permisiva es combinada con (al menos) una norma prohibitiva orientada a imponer un deber de omitir

impedir la ejecución de la acción permitida⁴⁶⁷. La norma permisiva, conforme a la concepción «positiva» aquí defendida, si bien está en relación pragmática con la norma prohibitiva, no es superflua⁴⁶⁸.

4. Se ha reconocido que los derechos de defensa y necesidad tienen como reflejo deberes de tolerancia, que se imponen al destinatario de la correspondiente intervención. Los deberes de tolerancia pueden tener como fundamento tanto el principio de autonomía (también denominado «principio de responsabilidad») como el de solidaridad. El deber de tolerancia, fundamentado sobre la autonomía o sobre la solidaridad, ejerce en todo caso una doble función: legitima la injerencia en la esfera del afectado y determina la medida de la intromisión legítima en esa esfera⁴⁶⁹. Conforme a esto, se ha señalado que en la legítima defensa, al haber una mayor responsabilidad del agresor por el despliegue de su propio hecho, recaerá sobre él un deber de tolerancia que justifica una intervención más amplia en su esfera jurídica⁴⁷⁰. En el estado de necesidad defensivo, recae sobre el responsable de la perturbación también un deber de tolerancia que tiene como fundamento el no haberse ocupado prioritariamente de que de su esfera jurídica no se desprendan peligros para la integridad de los bienes de otra persona. Por último, el estado de necesidad agresivo, al implicar la imposición de un deber de sacrificio, sostenido por el principio de solidaridad, permite una intromisión muy limitada en la esfera del destinatario de la acción de necesidad.

5. La legítima defensa y el estado de necesidad defensivo constituyen categorías amparadas normológicamente en normas permisivas, las que se legitiman en el principio de autonomía (libertad negativa), cuyo alcance se limita por el principio de solidaridad⁴⁷¹.

⁴⁶⁷ Queda claro que, desde la concepción «negativa» de la norma permisiva, esta no puede fundamentar un derecho de intervención, la que tendría como correspondencia un deber de tolerancia (deber de no impedir la realización de la acción permitida).

⁴⁶⁸ Si la permisiva tiene carácter de norma entonces sería posible hablar de una antinomia en el marco de la relación entre tipo y antijuridicidad, y también –lo que es más importante– que se pueda entender que la prohibición y la permisiva se encuentran en el mismo plano lógico, presupuesto indispensable para la afirmación de una relación conflictiva (antinomia) entre ambas. La concepción «negativa» de la norma permisiva, en todo caso, demuestra la inquietud en lo referido a que la permisiva desencadene efectos directivos (equiparables al mandato o a la prohibición), pues considera que esta se limita solo a privar de pertinencia a la prohibición. Al respecto, MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 208, n. 76.

⁴⁶⁹ ROBLES PLANAS, en: *LH-Mir Puig*, 2010, 461.

⁴⁷⁰ ROBLES PLANAS, en: *LH-Mir Puig*, 2010, 461.

⁴⁷¹ RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, 178 ss., 185 ss., 194 ss. También, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, 47 ss., 59 ss., 63 ss., 77.

Por su parte, el estado de necesidad agresivo se sostiene por una norma permisiva legitimada por el principio de solidaridad general⁴⁷². Pues bien, en el caso de la legítima defensa y del estado de necesidad defensivo, el criterio que explica la diferente amplitud de cada una de estas causas de justificación radica en la «responsabilidad»⁴⁷³ del destinatario de la acción de defensa o necesidad, respectivamente, en la generación o intensificación (en términos normativos) del peligro para los bienes jurídicos de quien ejerce el correspondiente derecho de defensa o necesidad. Que la legítima defensa requiera como condición de aplicación una agresión ilegítima (requisito esencial) demuestra con mayor claridad la «responsabilidad» que tiene el agresor por el peligro que crea con su conducta. Esta mayor intensidad se refleja en la mayor intensidad con la que reacciona el Derecho: dejando de proteger los bienes jurídicos del agresor (no bajo consideraciones de utilidad) hasta el límite de lo necesario para que el defensor (propio o de terceros) pueda realizar una conducta típica para repeler o impedir la agresión⁴⁷⁴. Los presupuestos de la legítima defensa han de ser más exigentes que los del estado de necesidad defensivo. Esto ya es razón suficiente para que la legítima defensa sea una causa de justificación aplicable solo frente a agresiones antijurídicas y culpables⁴⁷⁵.

6. El estado de necesidad defensivo tiene como condición de aplicación una situación de peligro cualitativamente inferior a la agresión ilegítima, lo que ya indica que aquella causa de justificación posee un presupuesto menos intenso y, consecuentemente, ha de permitir menos. La condición de aplicación del estado de necesidad defensivo radica en el peligro concreto para un bien jurídico, cuya salvaguarda supone una actuación contra el origen de ese peligro, esto es, el ámbito de libertad del individuo que tiene la condición de titular del bien que se afecta en virtud de la realización de la conducta defensiva⁴⁷⁶. Se ha señalado

⁴⁷² RENZIKOWSKI, *Notstand*, 1994, 188 ss., 191 ss., 196 ss.

⁴⁷³ Entendiendo aquí «responsabilidad» como «originación» del hecho. Al respecto, MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad*, 2002, 17.

⁴⁷⁴ Las denominadas «restricciones ético-sociales», independientemente de su fundamentación, reflejan la incorporación de una limitación en el ejercicio de la legítima defensa sobre la base de la idea de una solidaridad mínima con el agresor. Al respecto, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, 1994, 65 ss., 74 ss., 77.

⁴⁷⁵ En efecto, conforme a los argumentos desarrollados previamente, ha de admitirse que mientras la legítima defensa resulta aplicable frente a agresiones dolosas y culpables, el estado de necesidad defensivo es oponible a conductas imprudentes y no culpables (cometidas por inimputables o quienes actúan en error de prohibición invencible).

⁴⁷⁶ Sobre la relación entre la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo, JAKOBS, AT, 2.ª ed., 1991, 11/17 (=DP. PG., 1997, 11/17), señala: «Se parte del principio de que una causa de justificación general decae para una determinada situación justificante o para una determinada persona a justificar, cuando una causa de justificación formulada específicamente para la situación de justificación o para la persona a

que frente a las conductas peligrosas de inimputables y de quienes se encuentran en error de prohibición invencible, el estado de necesidad defensivo se presenta como la causa de justificación más idónea (y no la legítima defensa, como sostiene la doctrina dominante). En esos casos, en la medida que el Derecho no hace posible un abandono de la protección de los bienes jurídicos del destinatario de la acción en necesidad y a la vez ha de asignar un derecho de actuar por parte de quien, en situación de necesidad, ve amenazado sus bienes jurídicos, el Estado asume una especial posición: sobre él recae el deber de tolerancia como contrapartida al derecho de actuar (del estado de necesidad defensivo) asignado a quien es objeto del peligro que se busca repeler. El Estado se coloca en una posición de igualdad con el individuo para hacer que este pueda ejercer su derecho, lo que es consecuencia (basada en un pensamiento distributivo) del empleo de la norma primaria como un instrumento eventualmente falible para la protección de bienes jurídicos.

7. No todos los peligros provenientes de personas pueden ser analizados desde la perspectiva de la legítima defensa. Y el límite de esta causa de justificación no puede ser el estado de necesidad agresivo. Esto es así pues se reconoce la posibilidad de peligros provenientes de ámbitos de libertad en los que actuar con el amparo de la legítima defensa o con el estado de necesidad agresivo serían inadmisibles: se tratan de peligros creados en el ámbito de libertad del agente, pero sin tener ese peligro la especial lesividad que caracteriza a la agresión ilegítima (por lo que la aplicación de la legítima defensa sería ilegítima por excesiva) y de peligros que se reconducen al ámbito de libertad de la persona sobre cuyos bienes se actúan (por lo que la aplicación del estado de necesidad agresivo sería ilegítima por insuficiente). Precisamente, el estado de necesidad defensivo supondría que la afectación de intereses ajenos susceptibles de ser justificados debe ser superior que en el estado de necesidad agresivo pero inferior que en la legítima defensa. Exigencias de justicia material y de coherencia axiológica, entonces, obligan a establecer una secuencia

justificar regula el comportamiento justificado, al menos en parte, *más estrictamente* que la causa de justificación general, sobre todo si se sujeta la justificación a un procedimiento *determinado* no mencionado en la causa de justificación general. Así, p. ej., el estado de necesidad justificante no deja paso a la legítima defensa, ya que, pese a la determinación más estricta de la situación en la legítima defensa (agresión antijurídica, no cualquier peligro), se autoriza *más* que en el estado de necesidad, es decir, se permite una intervención necesaria, aun cuando sea desproporcionada» (cursiva en el original). Esto quiere decir que la legítima defensa no se relaciona con el estado de necesidad defensivo desde la perspectiva de una *lex specialis*, pues entre ellas hay una relación de interferencia y no de subordinación o inclusión. Si bien es cierto la condición de aplicación de la legítima defensa es más estricta que la del estado de necesidad defensivo, el alcance de lo permitido es más estricto en el estado de necesidad defensivo que en la legítima defensa. Al respecto, MAÑALICH, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 261, n. 189.

ordenada (en cuanto a las consecuencias): legítima defensa, estado de necesidad defensivo y estado de necesidad agresivo.

8. El derecho subjetivo es una barrera contra el arbitrio ajeno⁴⁷⁷. El derecho subjetivo es respetado cuando el arbitrio de uno es compatible con el de otro; pero en caso de no ser así (esto es, cuando el arbitrio de uno no es compatible con el de otro al expresar una superación de los límites de la libertad de acción, superación que repercute negativamente en una esfera jurídica ajena), entonces la ley general de libertad que constituye el criterio ordenador de esos arbitrios deja de tener vigencia. El concepto de injusto defendido en esta investigación, distinto a la contrariedad a la norma, considera a esta sin embargo como fuente de derecho (con sus funciones de utilización y exclusión), como barrera contra el arbitrio ajeno. Esta concepción, por lo antes desarrollado, no solo permitiría justificar el ejercicio de la legítima defensa solo frente a destinatarios de la norma y reservar al estado de necesidad defensivo los casos de agresiones de inimputables, sino que también haría posible mantener una uniformidad en los conceptos de injusto, como categoría de la teoría del hecho punible, y de agresión, como componente fundamental de la legítima defensa como causa de justificación.

10. Antes se dijo que el éxito de la distinción entre injusto y culpabilidad dependía en gran medida del éxito que se obtenga en la integración de dos puntos de partida que parecen poseer distintas orientaciones: el principio de lesividad y la genuina comprensión de la norma como mensaje prescriptivo (mandato o prohibición). No sin reconocer que una conciliación como esta es bastante compleja (principalmente por el origen de cada uno de estos elementos: el primero, originado desde una perspectiva consecuencialista; el segundo, desde una perspectiva deontológica), parece ser que la consideración de la función distributiva de la norma primaria, al asignar derechos, no hace que el injusto sea entendido de manera plenamente consecuencialista: los derechos de defensa o necesidad, soportados por las correspondientes causas de justificación, al permitir la calificación deóntica de la conducta como «permitida», autorizan una conducta lesiva (típica) que se materializa sobre el destinatario de la acción defensiva o necesaria, y que, en definitiva, es justificada.

⁴⁷⁷ GRECO, GA 2018, 677, quien señala al respecto, «Por tanto, en el núcleo se fundamenta la legítima defensa de manera individualista y no dualista».

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

1. La teoría de la norma más adecuada para el análisis del concepto de delito es la norma entendida desde una perspectiva imperativo-instrumental, esto es, como mensaje prescriptivo, o, dicho de otra manera, como mandato o prohibición, que impone un deber de actuar u omitir al destinatario en la situación concreta en la que inicia la realización del hecho. Se enriquece esta comprensión al proponer que la norma es una razón excluyente (razón de segundo orden) para actuar u omitir.

2. Se distingue entre la norma primaria, dirigida al ciudadano, y norma secundaria, dirigida al juez. La norma primaria, obtenida de manera indirecta del precepto penal, se dirige al ciudadano (que debe ser destinatario idóneo de esa norma) en la situación concreta para imponerle un deber de actuar u omitir. La norma secundaria, por su parte, es obtenida de manera directa del precepto penal e impone al juez un deber de juzgar, esto es, un deber de reconstruir el hecho mediante el que se expresa la infracción de la norma y, de ser el caso, concretar la amenaza de pena en imposición. No hay un deber de penar, pero sí de interpretar el hecho concreto para sostener, sobre tal juicio, el merecimiento y la necesidad de la pena.

3. La relación entre la teoría de la norma y la teoría de la pena describe una progresiva limitación de la libertad de acción del ciudadano. La norma primaria, conforme al denominado «modelo estándar», es un mensaje prescriptivo independiente de la conminación penal y limita en un primer nivel la libertad de acción del ciudadano al imponerle un deber de actuar u omitir. La norma secundaria, por su parte, tiene dos dimensiones (desde la perspectiva del ciudadano). La conminación penal, que expresa la primera dimensión (preventiva) de la norma secundaria y se relaciona estrechamente con la norma primaria, constituye un segundo nivel de limitación de la libertad de acción del ciudadano. La imposición de la pena, como segunda dimensión (retributiva) de la norma secundaria, requiere la verificación de la infracción del deber impuesto por la norma primaria al ciudadano. El recurso a la pena, esto es, a su amenaza y a su imposición, necesita justificarse con buenas razones pues, en última instancia, la pena es un mal. La justificación de la norma y de la pena no solo debe hacerse frente a la sociedad, sino también frente al ciudadano.

4. Tanto la norma primaria como la norma secundaria están comprometidas con pretensiones preventivas: la norma primaria protege los bienes jurídicos del ciudadano frente a la arbitrariedad de otro ciudadano y la norma secundaria (la dimensión de la conminación penal) protege los bienes jurídicos del ciudadano frente a la arbitrariedad estatal.

5. Mientras la teoría de la norma se concentra en la justificación de la norma (como mensaje prescriptivo) y en profundizar analíticamente los alcances de la relación entre la norma primaria y la conminación de la pena (primera dimensión de la norma secundaria), la teoría de la pena se enfoca esencialmente en la imposición de la pena (segunda dimensión de la norma secundaria). En esta investigación se defiende, por tanto, la comprensión de la imposición de la pena desde la perspectiva de la retribución (sostenida sobre una ética consecuencialista no utilitarista).

6. El Estado recurre a la norma para dirigir conductas humanas. El motivo por el que el Estado recurre a la norma es que mediante esta se cumple la finalidad de protección de bienes jurídicos, los que se encuentran en la base de los mandatos o las prohibiciones. Esto no supone admitir la idea, admitida por la doctrina dominante, de que la norma es «abstracta» o «general», es decir, «dirigida a todos». La norma se dirige a un destinatario en una situación concreta, siendo en esta, conforme a la relación normativa entre la norma y el destinatario, en la que le impone un deber de actuar u omitir. Por tanto, la pretensión preventiva de la norma primaria debe entenderse en términos de deberes y derechos: mediante el deber que esa norma impone al «autor potencial» para que, en el caso concreto, este no afecte un bien jurídico o mantenga su existencia; y, como correspondencia a ese deber, el derecho de defensa o necesidad con el que la «víctima potencial» puede proteger bienes jurídicos propios o de terceros. Esta forma de entender a la norma primaria desde la perspectiva de la prevención expresa una formulación más concreta y tangible que la ampliamente difundida «finalidad preventiva» con supuestos efectos sociopsicológicos difícilmente comprobables.

7. La equiparación conceptual entre injusto y antinormatividad conduce a que la estructura actual del delito (esto es, la distinción entre injusto y culpabilidad) no case bien con el

principio voluntarista *ultra posse nemo obligatur*. En ese sentido, si se toma en cuenta la comprensión dominante, no habría forma de distinguir, en realidad, entre injusto y culpabilidad. Se llega entonces a esta contraposición: por un lado, la necesidad de mantener la separación conceptual entre injusto y culpabilidad supondría relativizar o limitar el *ultra posse nemo obligatur*, de tal manera que sus consecuencias no afecten aquella separación conceptual; y, por otro lado, el *ultra posse nemo obligatur* debería constituirse como punto de partida y desplegar todos sus efectos en el concepto de delito, pues no hay fundamentación lo suficientemente contundente para admitir una concepción relativizada o limitada de él. En esta investigación se sigue este segundo camino.

8. El concepto de delito está sostenido por las categorías dogmáticas del injusto y la culpabilidad. El injusto debe separarse conceptualmente de la antinormatividad, la que ha de integrarse en la culpabilidad. La función distributiva de la norma primaria, que encuentra lugar en el injusto, se realiza tanto frente a culpables como a inculpables. Aunque no haya destinatario idóneo de la norma primaria, esta no deja de desplegar aquella función, pues esta se refiere a las consecuencias lesivas externas (que pueden afectar bienes jurídicos de terceros) de las conductas previamente seleccionadas (por la norma primaria). El derecho subjetivo es el medio que el Derecho otorga para que los terceros puedan proteger sus bienes jurídicos. Por tanto, el injusto no es antinormatividad, sino afectación de la tarea del Derecho consistente en la coexistencia externa entre las libertades de todos los miembros de la sociedad civil.

9. La norma primaria es una categoría que desempeña una labor transversal en todo el concepto de delito. Si esto es así, entonces aquella debe ser funcional tanto al injusto y a la culpabilidad. Es posible sostener, entonces, una comprensión de la norma primaria como imperativo y a la vez mantener la separación categorial entre injusto y culpabilidad.

10. La teoría de los elementos negativos del tipo (o teoría del tipo global de injusto) se admite en el marco de la relación entre tipo y antijuridicidad. Esa teoría se considera correcta, sin embargo, solo si se desestima su comprensión tradicional (en la que no había base normológica subyacente) y se le interpreta como una teoría de conflicto entre normas. Desde esta perspectiva, la teoría de los elementos negativos del tipo reconoce una antinomia entre la norma prohibitiva y la norma permisiva, la que ha de ser resuelta por

una metaregla. En ese sentido, aunque desde un punto de vista normológico desde el principio hay dos normas, desde un punto de vista pragmático, desde el principio hay una norma que dirige la conducta del destinatario.

11. La teoría de la norma admitida en esta investigación puede ser evaluada en el ámbito de la justificación penal y, en particular, en las causas de justificación de la legítima defensa y el estado de necesidad. Si el injusto se sostiene sobre la función distributiva de la norma primaria, que permite que el derecho subjetivo, mediante sus funciones de utilización y exclusión, proteja el correspondiente bien jurídico, entonces la justificación penal, referida a la permisión de conductas típicas, enlaza esa función de exclusión del arbitrio ajeno en la propia esfera de libertad jurídica con el hecho de que esa función se lleve a cabo mediante una conducta típica, la que al ser realizada en una situación de defensa o necesidad, será justificada. Conforme a la concepción «positiva» de la norma permisiva, el derecho de defensa o necesidad, como reflejo del deber de omitir que la norma prohibitiva impone a su destinatario, en caso de ser ejercido (pues puede no serlo), refleja a su vez un deber de tolerancia (en la legítima defensa y en el estado de necesidad defensivo) que se impone al agresor (en la legítima defensa) o al responsable de la perturbación (en el estado de necesidad defensivo), o un deber de sacrificio que se impone al tercero a cuya costa ha de solucionarse un conflicto (en el estado de necesidad agresivo). Mientras la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo se legitiman en el principio de autonomía (cuyo alcance se limita por el principio de solidaridad), el estado de necesidad agresivo se legitima en un principio de solidaridad.

GESAMTERGEBNISSE DER UNTERSUCHUNG

1. Die geeignetste Normtheorie für die Analyse des Verbrechensbegriffs ist die Norm, die aus einer imperativ-instrumentellen Sicht verstanden wird, d. h. als präskriptive Botschaft oder m. a. W. als Gebot oder Verbot, das eine Pflicht zum Handeln oder Unterlassen für den Adressat auferlegt, in der konkreten Situation in der er die Realisierung der Tat unternimmt. Dieses Verständnis wird mit der Anregung bereichert, dass die Norm ein ausschließlicher Grund (Grund zweiter Ordnung) ist, zu handeln oder eine Handlung zu unterlassen.

2. Es wird unterschieden zwischen der an den Bürger gerichteten Primärnorm und der an den Richter gerichteten Sekundärnorm. Die Primärnorm, die indirekt aus der Strafvorschrift erhalten wird, richtet sich an den Bürger (der ein geeigneter Adressat dieser Norm sein muss) in der spezifischen Situation, um eine Handlungs- oder Unterlassungspflicht aufzuerlegen. Hingegen ergibt sich die Sekundärnorm unmittelbar aus der Strafvorschrift. Sie erlegt dem Richter eine Beurteilungspflicht auf, d. h. eine Pflicht zur Rekonstruktion der Tatsache, durch die der Verstoß gegen die Norm zum Ausdruck gebracht wird. Gegebenenfalls wird die Strafandrohung in eine Strafzufügung. Es besteht keine Pflicht zur Bestrafung, sondern zur Auslegung der konkreten Tatsache um gemäß eines entsprechenden Urteils Strafwürdigkeit und Strafbedürfnis aufrecht zu erhalten.

3. Das Verhältnis zwischen Normtheorie und Straftheorie beschreibt eine progressive Einschränkung der Handlungsfreiheit des Bürgers. Nach dem sogenannten «Standard-Modell» ist die Primärnorm eine von der Strafandrohung unabhängige präskriptive Botschaft und schränkt die Handlungsfreiheit des Bürgers auf einer ersten Ebene durch die Auferlegung einer Handlungs- oder Unterlassungspflicht ein. Dagegen hat die Sekundärnorm zwei Dimensionen (aus der Sicht des Bürgers). Die Strafandrohung, die die erste (präventive) Dimension der Sekundärnorm zum Ausdruck bringt und eng mit der Primärnorm zusammenhängt, stellt eine zweite Ebene der Einschränkung der Handlungsfreiheit des Bürgers dar. Die Strafzufügung als zweite (vergeltende) Dimension der Sekundärnorm erfordert die Überprüfung der Verletzung der Pflicht, die die Primärnorm dem Bürger auferlegt. Der Rückgriff auf die Strafe, d. h. dass ihr mitgedroht, sie zugefügt werden kann, muss mit guten Gründen gerechtfertigt werden, denn letztlich ist die Strafe ein Übel. Die Rechtfertigung der Norm und der Strafe muss nicht nur vor der Gesellschaft, sondern auch vor dem Bürger vorgebracht werden.

4. Sowohl die Primär- als auch die Sekundärnorm führen präventive Funktionen aus: Die Primärnorm schützt die Rechtsgüter des Bürgers gegen die Willkür eines anderen Bürgers und die Sekundärnorm (die Dimension der Strafandrohung) schützt die Rechtsgüter des Bürgers gegen die staatliche Willkür.

5. Während sich die Normtheorie auf die Rechtfertigung der Norm (als präskriptive Botschaft) und auf die analytische Vertiefung des Zusammenhangs zwischen Primärnorm

und Strafandrohung (erste Dimension der Sekundärnorm) konzentriert, beleuchtet die Strafrechtstheorie im Wesentlichen die Strafzufügung (zweite Dimension der Sekundärnorm). In dieser Untersuchung wird das Verständnis der Strafzufügung aus der Perspektive der Vergeltung (gestützt auf eine konsequentialistische nicht-utilitaristische Ethik) angenommen.

6. Der Staat wendet die Norm an, um das menschliche Verhalten zu lenken. Der Grund, warum der Staat auf die Norm zurückgreift, ist, dass auf diese Weise der Zweck des Rechtsgüterschutzes, der den Geboten oder Verboten zugrunde liegen, erfüllt wird. Dies bedeutet nicht, dass die Idee, die von der herrschenden Meinung angenommen wird, eingeräumt wird, die Norm sei «abstrakt» oder «allgemein», d. h. «an alle gerichtet». Die Norm richtet sich an einen Adressat in einer bestimmten Situation, und zwar gemäß der normativen Beziehung zwischen der Norm und dem Adressaten, in der sie eine Handlungs- oder Unterlassungspflicht auferlegt. Daher muss die präventive Funktion der Primärnorm in Bezug auf Pflichten und Rechte verstanden werden: durch die Pflicht, die diese Norm dem «potenziellen Täter» auferlegt, so dass dies im konkreten Fall ein Rechtsgut nicht beeinträchtigt oder dessen Existenz aufrechterhält; und im Einklang mit dieser Pflicht das Notwehrrecht oder das Notstandsrecht, mit dem das «potenzielle Opfer» eigene oder fremde Rechtsgüter schützen kann. Diese Weise des Verständnisses der präventiven Funktion der Primärnorm drückt eine konkretere und greifbarere Formulierung aus als der weit verbreitete «präventive Zweck» mit vermeintlichen sozio-psychologischen Wirkungen, die kaum überprüfbar sind.

7. Die begriffliche Gleichsetzung zwischen Unrecht und Normwidrigkeit führt dazu, dass die derzeitige Struktur des Verbrechens (d. h. die Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld) nicht wirklich mit dem Grundsatz *ultra posse nemo obligatur* übereinstimmt. In diesem Sinne gibt es keine Möglichkeit, zwischen Unrecht und Schuld zu unterscheiden, wenn die herrschende Meinung berücksichtigt wird. Dieser Widerspruch ist dann erreicht: Einerseits würde die Notwendigkeit, die begriffliche Trennung zwischen Unrecht und Schuld aufrechtzuerhalten, eine Relativierung oder Begrenzung des Grundsatzes zur Folge haben, so dass ihre Folgen diese begriffliche Trennung nicht beeinträchtigen; und andererseits sollte der Grundsatz *ultra posse nemo obligatur* als Ausgangspunkt dienen und all ihre Auswirkungen auf den Verbrechensbegriff aufzeigen, da es keine hinreichende

Grundlage gibt, um eine relativierte oder begrenzte Auffassung davon anzunehmen. Diese Untersuchung folgt diesem zweiten Weg.

8. Der Verbrechensbegriff wird durch die dogmatischen Kategorien von Unrecht und Schuld gestützt. Das Unrecht muss begrifflich von der Normwidrigkeit getrennt werden, die in der Schuld einbezogen werden muss. Die Distributionsfunktion der Primärnorm, die im Unrecht ihren Platz findet, wird sowohl bei schuldfähigen Tätern als auch bei undschuldfähigen Tätern ausgeübt. Obwohl es keinen geeigneten Adressat der Primärnorm gibt, wird diese Funktion nicht versäumt, da sich dies auf die externen schädlichen Konsequenzen (die sich auf Rechtsgüter von Dritter auswirken können) der zuvor ausgewählten Verhaltensweisen (nach der Primärnorm) bezieht. Das subjektive Recht ist das Mittel, das das Gesetz gewährt, damit Dritte ihre Rechtsgüter schützen können. Daher ist das Unrecht nicht Normwidrigkeit, sondern beeinträchtigt die Rechtsaufgabe der nebeneinander bestehenden Freiheiten aller Mitglieder der Gemeinschaft.

9. Die Primärnorm ist eine Kategorie, die im gesamten Verbrechensbegriff eine übergreifende Rolle spielt. Wenn dem so ist, sollte sie sowohl dem Unrecht als auch der Schuld funktionell sein. Es ist also möglich, das Verständnis der Primärnorm als Imperativ aufrechtzuerhalten und gleichzeitig die kategoriale Trennung zwischen Unrecht und Schuld aufrechtzuerhalten.

10. Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen (oder Lehre vom Unrecht-Gesamttatbestand) wird im Rahmen des Verhältnisses zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit angenommen. Diese Theorie wird jedoch nur dann als richtig angesehen, wenn ihr traditionelles Verständnis (dem keine normlogische Grundlage zugrunde lag) abgetan und als Konkurrenzlehre interpretiert wird. Aus dieser Perspektive erkennt die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen einen Normwiderspruch zwischen Verbot und Erlaubnis an, der durch eine Metaregel gelöst werden muss. In diesem Sinne gibt es zwar aus normologischer Sicht von vornherein zwei Normen, aus pragmatischer Sicht jedoch von vornherein eine Norm, die das Verhalten des Adressats bestimmt.

11. Die in dieser Untersuchung verfolgte Normtheorie kann im Bereich der strafrechtlichen Rechtfertigung und insbesondere in Bezug auf die Rechtfertigungsgründe der Notwehr und

des Notstands bewertet werden. Beruht das Unrecht auf der Distributionsfunktion der Primärnorm, die es dem subjektiven Recht erlaubt, durch seine Nutzungs- und Ausschlussfunktionen das entsprechende Rechtsgut zu schützen, so verknüpft die strafrechtliche Rechtfertigung, die tatbestandmäßige Verhalten erlaubt, diese Funktion des Ausschlusses der fremden Willkür im eigenen Bereich der Rechtsfreiheit mit der Tatsache, dass diese Funktion durch ein Tatbestandmäßiges Verhalten ausgeübt wird, das, wenn es in einer Notwehr- oder Notstandssituation durchgeführt wird, gerechtfertigt ist. Nach der «positiven» Auffassung der permissiven Norm spiegelt sich das Notwehr- oder Notstandrecht als Widerspiegelung der Unterlassungspflicht wider, die die Verbotsnorm ihrem Adressaten auferlegt, falls sie ausgeübt wird (oder auch nicht ausgeübt wird), eine Duldungspflicht (im Notwehr und im Notstand), die dem Angreifer (in Notwehr) oder der für die störungsverantwortliche Person (im Defensivnotstand) auferlegt wird, oder eine Aufopferungspflicht, die einem Dritten auferlegt ist, auf dessen Kosten ein Konflikt gelöst werden muss (im Aggressivnotstand). Während die Notwehr und der Defensivnotstand entsprechend dem Prinzip der Autonomie legitimiert sind (dessen Geltungsbereich durch das Solidaritätsprinzip begrenzt ist), wird der Aggressivnotstand in einem Solidaritätsprinzip legitimiert.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., «Acerca de la teoría de bienes jurídicos», en: RP 18, 2006, 3-44.

ABEGG, Julius Friedrich Heinrich, *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, Neustadt: J. K. G. Wagner, 1836.

-, «Beiträge zur Lehre von der systematischen Anordnung des besondern Theils des deutschen Strafrechts, im Verhältnisse zu den Quellen des positiven Rechts», en: NArchCrimR 16, 1835, 367-416.

ACHENBACH, Hans, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin: J. Schweitzer, 1974.

ALCÁ CER GUIRAO, Rafael, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, Barcelona: Atelier, 2003.

-, *La tentativa inidónea: fundamento de punición y configuración del injusto*, Granada: Comares, 2000.

-. «Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política», en: ADPCP 1998, 365-587.

ALCHOURRÓN, Carlos/BULYGIN, Eugenio, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, México: Fontamara, 1997.

-, «Permisos y normas permisivas», en: ALCHOURRÓN, Carlos/BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 215-238.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción por Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes, «La culpabilidad jurídica en cabeza propia y el enigma de la libertad de la voluntad», en: MARAVER, Mario/POZUELO, Laura (Coords.), *La culpabilidad. I Seminario de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2019, 1-48.

ALTENHEIN, Karsten, *Das Anschlussdelikt. Grund, Grenzen und Schutz des staatlichen Strafanspruchs und Verfallrechts nach einer individualistischen Strafrechtsauffassung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

ALWART, Heiner, *Recht und Handlung. Die Rechtsphilosophie in ihrer Entwicklung vom Naturrechtsdenken und vom Positivismus zu einer analytischen Hermeneutik des Rechts*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1987.

AMELUNG, Knut, «Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin», traducido por Jesús María Silva Sánchez, en: SCHÜNEMANN,

Bernd (Comp.), *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario*, Madrid: Tecnos, 1991, 94-107.

-, «Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit», en: JUNG, Heike/MÜLLER-DIETZ, Heinz/NEUMANN, Ulfrid (Eds.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden-Baden: Nomos, 1991, 269-279.

-, «Das Problem der heimlichen Notwehr gegen die erpresserische Androhung kompromittierender Enthüllungen», en: GA 1982, 381-403.

-, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens*, Frankfurt am Main: Athenäum, 1972.

ANARTE BORRALLO, *Causalidad e imputación objetiva en Derecho penal. Estructura, relaciones y perspectivas*, Huelva: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 2002.

AST, Stephan, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik. Eine Systematisierung von Normarten und deren Nutzen für Fragen der Erfolgszurechnung, insbesondere die Abgrenzung des Begehungs- vom Unterlassungsdelikt*, Berlin: Duncker & Humblot, 2010.

ATIENZA, Manuel/RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2.ª ed., Barcelona: Ariel, 2004.

AUSTIN, John, *The province of Jurisprudence determined*, London: John Murray, 1832.

BACIGALUPO, Enrique, «Sobre la función motivadora de las normas, la noción de injusto (ilícito) no culpable y el concepto personal de lo ilícito», en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María/QUERALT JIMÉNEZ, Joan/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa (Coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig* (citado como *LH-Mir Puig*), Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2017, 447-457.

-, *Teoría y práctica del Derecho Penal*, t. I, Madrid: Marcial Pons, 2009.

-, *Principios de Derecho penal: Parte general*, 4.ª ed., Madrid: Akal, 1999.

-, «La función del concepto de norma en la dogmática penal», en: RFDUC 11 1986 (Ejemplar titulado «Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa»), 61-74.

-, *Delito y punibilidad*, Madrid: Civitas, 1983.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, «Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma», en: EPC 1, 1977, 9-49.

BALDO LAVILLA, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona: José María Bosch, 1994.

BAUMGARTEN, Arthur, *Notstand und Notwehr. Eine Studie im Hinblick auf das künftige Strafrecht*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1911.

BAYÓN MOHINO, Juan Carlos, *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

BELING, Ernst, *Grundzüge des Strafrechts*, 11.^a ed., Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1930.

-, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, Leipzig: Wilhelm Engelmann, 1908.

-, *Die Lehre von Verbrechen*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1906.

BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London: T. Pyne and Son at the Mews-Gate, 1789.

BERMAN, Mitchell, «Two Kinds of Retributivism», en: DUFF, R. A./GREEN, Stuart (Eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2011, 433-457.

BERNER, Albert Friedrich, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1857.

BERNSMANN, Klaus, «Überlegungen zur tödlichen Notwehr bei nicht lebensbedrohlichen Angriffen», en: ZStW 104 (1992), 290-327.

BERTEL, Christian, «Notwehr gegen verschuldete Angriffe», en: ZStW 84 (1972), 1-36.

BIERLING, Ernst Rudolf, *Juristische Prinzipienlehre*, t. III, Freiburg im Breisgau - Leipzig: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1905.

-, *Juristische Prinzipienlehre*, t. I, Freiburg im Breisgau - Leipzig: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1894.

-, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Libro I: *Der Grund der verpflichtenden Kraft des Gesetzes und das Wesen des positive Rechts*; Libro II: *Objektives und subjektives Recht*, Gotha, 1877-1883.

-, Recensión a BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delicts von Karl Binding, 1. Band, 1. Abtheil. Normen und Strafgesetze*, Leipzig, Engelmann 1872, en: Götting. Gel. Anzeigen, 1873, 401-419.

BINDER, Julius, *Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung*, Abhandlungen der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Göttingen, 5. Heft, Leipzig: A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, 1927.

-, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, Leipzig: A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf., 1912 (Reimpresión facsímil en BINDER, Julius, *Vier kleine Schriften*, Aalen: Scientia, 1970).

BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, t. I: *Normen und Strafgesetze*, 4.^a ed., Leipzig: Felix Meiner, 1922.

-, *Die Schuld im deutschen Strafrecht. Vorsatz, Irrtum, Fahrlässigkeit*, Leipzig: Felix Meiner, 1919 (= *La culpabilidad en Derecho penal*, traducción por Manuel Cancio Meliá, Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2009).

-, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, t. IV: *Die Fahrlässigkeit*, Leipzig: Felix Meiner, 1919.

-, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, t. II: *Schuld und Vorsatz – 1: Zurechnungsfähigkeit*, 2.^a ed., Leipzig: Felix Meiner, 1914.

-, *Grundriss des Deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 8.^a ed., Leipzig: Felix Meiner, 1913.

-, «Der objektive Verbrechenstatbestand in seiner rechtlichen Bedeutung. Studie für das fünftige Strafgesetzbuch», en: GS 76 (1910), 1-86.

-, *Handbuch des Strafrechts*, t. I, Leipzig: Duncker & Humblot, 1885.

-, Recension a THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, en: KritV 21 (1879), 542-582.

-, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, t. I: *Normen und Strafgesetze*, 1.^a ed., Leipzig: Wilhelm Engelmann, 1872.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz, «Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung», en: ArchCrimR NF, 15, 1834, 149-194.

BLEI, Hermann, *Strafrecht I, AT*, 17.^a ed., München: C. H. Beck, 1977.

-, *Strafrecht I, AT*, 16.^a ed., München: C. H. Beck, 1975.

BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del Derecho*, traducción por Alfonso Ruiz Miguel, Valencia: Gráficas Soler, 1980.

- BOCKELMANN, Paul/VOLK, Klaus, *Strafrecht: AT*, 4.^a ed., München: C. H. Beck, 1987
- BRAMMSEN, Joerg, «Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes – Neue Wege in der Vorsatzdogmatik?», en: JZ 1989, 71-82.
- BRUNS, Hans-Jürgen, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken. Beiträge zu einer selbständigen, spezifisch strafrechtlichen Auslegungs- und Begriffsbildungsmethodik*, Berlin: Nicolai, 1938.
- BUBNOFF, Eckhart von, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffen von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*, Heidelberg: Winter, 1966.
- BURKHARDT, Björn, «Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez, una aportación contra la “confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”», traducción por Nuria Pastor Muñoz, en: WOLTER, Jürgen/FREUND, Georg (Eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Madrid: Marcial Pons, 2004, 153-192.
- BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al Derecho Penal*, 3.^a ed., Bogotá: Editorial Themis, 2005.
- BÜLTE, Jens, «Zur Verhältnismäßigkeit der Notwehr und Art. 103 Abs. 2 GG als Schranken-Schranke», en: NK 2016, 172-192.
- , «Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im deutschen Notwehrrecht aus verfassungsrechtlicher und europäischer Perspektive», en: GA 2011, 145-166.
- BYRD, B. Sharon/HRUSCHKA, Joachim, *Kant's Doctrine of Right: a commentary*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- CALLIESS, Rolf-Peter, «Die Strafzwecke und ihre Funktion. Straftheorie oder dialogische Strafrechtstheorie als Bezugsrahmen», en: *Dialogisches Recht. Beiträge zur Rechtslehre und zu den Grundlagen des Strafrechts im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, 83-97.
- CANCIO MELIÁ, Manuel/FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Estudio preliminar*, en: JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, traducción por Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid: Thomson - Civitas, 2006, 15-81.
- CELANO, Bruno «Cuatro temas kelsenianos», en: NAVARRO, Pablo E./REDONDO, María Cristina (Comps.), *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona: Gedisa, 2002, 153-184.
- CEREZO MIR, José, «La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países latinoamericanos (1)», en: ADPCP 2009, 67-92.
- , *Curso de Derecho penal español. Parte General*, t. III: *Teoría jurídica del delito/2*, Madrid: Tecnos, 2001.

-, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, t. II: *Teoría jurídica del delito*, 6.^a ed., Madrid: Tecnos, 1998.

-, *La Naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1961.

COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Salvador, *DP. PG.*, 5.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel, *Presupuestos del error sobre la prohibición*, Madrid: EDERSA, 1987.

COCA VILA, Ivo, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Barcelona: Atelier, 2016.

-, «Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo», *InDret* 1/2011, 1-40.

CORDINI, Nicolás Santiago, «La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva?», en: *RDPUCV* 43, 2014, 671-701.

CORRÊA CAMARGO, Beatriz, *A teoria do concurso de pessoas. Uma investigação analítico-estrutural a partir da controversia sobre o conceito de instigação*, São Paulo: Marcial Pons, 2018.

DAN-COHEN, Meir, «Decisions Rules and Conduct Rules: On Accoustic Separation in Criminal Law», en: *Harv. L. Rev.*, 97 (1984), 625-677.

DE SOUSA MENDES, Paulo, «Über die philosophischen Wurzeln der Trennung zwischen Unrecht und Schuld», en: ZÖLLER, Mark A./HILGER, Hans/KÜPER, Wilfried/ROXIN, Claus (Eds.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013* (citado como *FS-Wolter*), Berlin: Duncker & Humblot, 2013, 271-289.

DEHNE-NIEMANN, Jan, «Sorgfaltswidrigkeit und Risikoerhöhung: Zur normtheoretischen Reformulierung der “Risikoerhöhungstheorie”», en: *GA* 2012, 89-107.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, «La corrección de los padres a los hijos: consecuencias jurídico-penales de la reforma del artículo 154 del Código Civil», en: Luzón Peña, Diego-Manuel (Dir.), *Libro Homenaje a Santiago Mir Puig. Por su doctorado honoris causa en la Universidad de Alcalá* (citado como *LH-Mir Puig*), Madrid: La Ley - Wolters Kluwer, 2010, 475-534.

-, *El error sobre los elementos normativos del tipo penal*, Madrid: La Ley, 2008.

-, «Crimen y castigo: Derecho penal, ¿para qué? A propósito de “Soy un fugitivo”», en: PRESNO LINERA, Miguel Ángel/RIVAYA, Benjamín (Coords.), *Una introducción cinematográfica al Derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, 110-130.

-, «El error de prohibición: pasado, presente y futuro», en: CEREZO MIR, José/SUÁREZ MONTES, Rodrigo F./BERISTAIN IPIÑA, Antonio/ROMEO CASABONA, Carlos M. (Eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López* (citado como **LH-Torio López**), Granada: Comares, 1999, 335-368.

-, «Un sistema de Derecho penal en evolución», en: RDPC 2, 1998, 381-438.

-, *La autoría en el Derecho penal*, Barcelona: PPU, 1991.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, «Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría», en: AFDUAH 2000 (Número extraordinario en homenaje al Prof. Dr. Don Luis García San Miguel), 53-87.

DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

DORNSEIFER, Gerhard, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merckels. Ein Beitrag zum Realismus in der Jurisprudenz*, Berlin: Duncker & Humblot, 1979.

EISELE, Michaela, *Subjektive öffentliche Rechte auf Normerlaß*, Berlin: Duncker & Humblot, 1999.

ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2.^a ed., Heidelberg: Carl Winter, 1968.

-, *Introducción al pensamiento jurídico*, traducción por Ernesto García Valdés, Madrid: Ediciones Guadarrama, 1967.

-, «Der Unrechtstatbestand im Strafrecht. Eine kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht», en: VON CAEMMERER, Ernst y otros (Eds.), *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, 1860 – 1960*, t. I (citado como **FS-Deutscher Juristentag**), Karlsruhe: Müller, 1960, 401-437.

-, «Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtsfertigungsgründen», en: ZStW 70 (1958), 566-615.

-, «Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen?», en: ZStW 66 (1954), 339-389.

- «Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht», en: ENGISCH, Karl/MAURACH, Reinhart (Eds.), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 15.10.1953* (citado como **FS-Mezger**), München - Berlin: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1954, 127-163.

-, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1931.

- , *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Aalen: Scientia, 1930.
- ENGLÄNDER, Armin, «Die Rechtfertigung des rechtfertigenden Aggressivnotstands», en: GA 2017, 242-253.
- , en: MATT, Holger/RENIKOWSKI, Joachim, *StGB Kommentar*, 2013, previo a § 32.
- , «Norm und Sanktion – Kritische Anmerkungen zum Sanktionsmodell der Norm», en: RW 2, 2013, 193-207.
- , *Grund und Grenzen der Nothilfe*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- ERBER-SCHROPP, Julia Maria, *Schuld und Strafe. Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung des Schuldprinzips*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.
- ESER, Albin, «Verhaltensregeln und Behandlungsnormen. Bedenkliches zur Rolle des Normadressaten im Strafrecht», en: ESER, Albin (Ed.), *Festschrift für Theodor Leckner zum 70. Geburtstag* (citado como *FS-Lenckner*), C. H. Beck, München, 1998 (=«Reglas de conducta y normas de tratamiento. Algunas cuestiones merecedoras de reflexión respecto del papel del destinatario de la norma en Derecho penal», traducción por Manuel Cancio Meliá, RDPC 7, 2001, 177-208).
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: retribución y prevención general*, Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2014.
- , «El futuro de la dogmática jurídico-penal: del paradigma de la motivación al paradigma de la comunicación», en: GARCÍA VALDÉS, Carlos/CUERDA RIEZU, Antonio/MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita/ALCÁCER GUIRAO, Rafael/VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (Coords.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat* (citado como *EPH-Gimbernat Ordeig*), t. I, Madrid: Edisofer, 2008, 263-290.
- , «Recensión a Frisch, Wolfgang/Robles Planas, Ricardo, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Barcelona: Atelier, 2004», en: RDPC 17, 2006, 417-436.
- FEUERBACH, Anselm Ritter von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14.^a ed., Gießen: Georg Friedrich Heyer, 1847.
- , *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, t. I, 2.^a ed., Giessen: Tasche und Müller, 1808.
- , *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, 1.^a ed., Gießen: Georg Friedrich Heyer, 1801.
- , *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, t. II, Chemnitz: Georg Friedrich Tasche, 1800.

-, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, t. I, 1.^a ed., Erfurt: Henningschen Buchhandlung, 1799.

-, *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*, Erfurt: Hennings'schen Buchhandlung, 1798.

FISCHER, Hans Albrecht, *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatsrechts*, Frankfurt am Main: Sauer & Auvermann, 1911.

FRANK, Reinhard, «Über den Aufbau des Schuldbegriffs», en: FRANK, Reinhard (Ed.), *Festschrift für die juristische Fakultät in Giessen zum Universitäts-Jubiläum* (citado como *FS-Fakultät der Universität Gießen*), Gießen: Alfred Töpelmann, 1907, 519-547.

FREUND, Georg, en: JOECKS, Wolfgang/MIEBACH, Klaus (Eds.), *MK*, t. I, 3.^a ed., München: C. H. Beck, 2017, previo a § 13.

-, «Das Spezifikum der vollendeten Vorsatztat», en: BLOY, René/BÖSE, Martin/HILLENKAMP, Thomas/MOMSEN, Carsten/RACKOW, Peter (Eds.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag* (citado como *FS-Maiwald*), Berlin: Duncker & Humblot, 2010, 211-238.

-, «Gefahren und Gefährlichkeiten im Straf- und Maßregelrecht. Wider die Einspurigkeit im Denken und Handeln», en: GA 2010, 193-210.

-, *Strafrecht AT. Personale Straftatlehre*, 2.^a ed., Berlin: Springer, 2009.

-, *Erfolgssdelikt und Unterlassen: zu den Legitimationsbedingungen von Schuldpruch und Strafe*, Köln: Carl Heymann, 1992.

-, «Richtiges Entscheiden – am Beispiel der Verhaltensbewertung aus der Perspektive des Betroffenen, insbesondere im Strafrecht», en: GA 1991, 387-410.

FREUND, Georg/ROSTALSKI, Frauke, «Normkonkretisierung und Normbefolgung. Zu den Entstehungsbedingungen kontext- und adressatenspezifischer Ver- und Gebote sowie von konkreten Sanktionsanordnungen», GA 2018, 264-273.

FRISCH, Wolfgang, «Zur Problematik und zur Notwendigkeit einer Neufundierung der Notwehrdogmatik», en: JOERDEN, Jan C./SCHMOLLER, Kurt (Eds.), *Rechtsstaatliches Strafen. Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. März 2017* (citado como *FS-Yamanaka*), Berlin: Duncker & Humblot, 2017, 49-70.

-, «La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas sobre la teoría de la imputación del resultado», traducción por Ivo Coca Vilá, en: FRISCH, Wolfgang, *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, Barcelona: Atelier, 2015, 41-126.

-, «Delito y sistema del delito», traducción por Ricardo Robles Planas, en: WOLTER, Jürgen/FREUND, Georg (Eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Madrid: Marcial Pons, 2004, 193-280.

-, «Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre», en: GA 2003, 719-743.

-, «Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs», en: SCHÜNEMANN, Bernd/ACHENBACH, Hans/BOTTKE, Wilfried/HAFFKE, Bernhard/RUDOLPHI, Hans-Joachim (Eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001* (citado como **FS-Roxin**), Berlin - New York: Walter de Gruyter, 2001, 213-238 (=«La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático», traducción por Ricardo Robles Planas, en: FRISCH, Wolfgang/ROBLES PLANAS, Ricardo, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Barcelona: Atelier, 2004, 19-67).

-, *Tipo penal e imputación objetiva*, traducción por Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo y Yesid Reyes Alvarado, Madrid: Colex, 1995.

-, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg: C. F. Müller, 1988 (=«*Comportamiento típico e imputación del resultado*», traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 2004).

-, *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymann, 1983.

FRISTER, Helmut, «Die Notwehr im System der Notrechte», en: GA 1988, 291-316.

GALLAS, Wilhelm, «Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs», en: KAUFMANN, Arthur (Ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978* (citado como **FS-Bockelmann**), München: C. H. Beck, 1979, 155-180.

-, «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen», en: ZStW 67 (1955), 1-47.

-, «Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund», en: ENGISCH, Karl/MAURACH, Reinhart (Eds.), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 15.10.1953* (citado como **FS-Mezger**), München - Berlin: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1954, 311-334.

GARCÍA ALBERO, Ramón, «De la omisión del deber de socorro», en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Ed.)/MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2011, 425-443.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal», en: *Doxa* 23, 2000, 233-264.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio/GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, «La ignorancia de la ley no excusa de las consecuencias de su incumplimiento (pero a veces sí)», en: TyD 18, 2015, 65-90.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho penal*, v. I, 5.^a ed., Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012.

GEIGER, Theodor, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 4.^a ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1987.

GEMMINGEN, Hans Dieter Freiherr v., *Die Rechtswidrigkeit des Versuchs*, Frankfurt am Main: Keip, 1932.

GERMANN, Oskar Adolf, *Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs*, Aarau: Sauerländer, 1914.

GIL GIL, Alicia, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Barcelona: Atelier, 2007.

-, «Recensión a Feijóo Sánchez, Bernardo, *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”*», Barcelona: José María Bosch, 2001», en: RDPC 16, 2005, 347-377.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho penal*, 3.^a ed., Madrid: Tecnos, 1990.

GOLDSCHMIDT, James, *Derecho, Derecho penal y proceso*, t. I: *Problemas fundamentales del Derecho*, traducción por Jacobo Barja de Quiroga y Miguel Ángel Cano Paños, Madrid: Marcial Pons, 2010.

-, «Der Notstand, ein Schuldproblem. Mit Rücksicht auf die Strafgesetzentwürfe Deutschlands, Österreichs und der Schweiz», en: ÖstZStr 4, 1913, 129-196, 224-229.

-, «Normativer Schuldbegriff», en: HEGLER, August (Ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 16. August 1930*, t. I (citado como *FG-Frank*), Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1930, 428-467.

GÖSSEL, Karl-Heinz, «Reflexiones sobre la relación entre norma y tipo. El error sobre el presupuesto fáctico de una causa de justificación», traducción por Miguel Polaino Navarrete, en: CPC 68, 1999, 281-292.

- «Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeitseinschränkendes Tatbestandsmerkmal. Zugleich ein Versuch über das Verhältnis von Rechtsgut, Tatbestand und Norm», en: OEHLER, Dietrich/HERZBERG, Rolf Dietrich (Eds.), *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag* (citado como *FS-Oehler*), Köln: Heymann, 1985, 97-110.

GRACIA MARTÍN, Luis, *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Barcelona: Atelier, 2006.

-, «La serie “infracción-culpabilidad-sanción” desencadenada por individuos libres como síntesis jurídica indisoluble derivada de la idea y del concepto *a priori* del derecho», en: RECPC 18-18 (2006), 1-131.

-, *El horizonte del finalismo y el “Derecho penal del enemigo”*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

-, «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito», en: RECPC 06-07 (2004), 1-22.

-, «Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española», en: AP 37, 1993, 547-570.

GRAF ZU DOHNA, Alexander, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Bonn: Röhrscheid, 1.^a ed., 1936.

-, «Der Mangel am Tatbestand», en: *Festgabe für Dr. Karl Güterbock : zur achtzigsten Wiederkehr seines Geburtstages* (citado como **FG-Güterbock**), Berlin: Franz Vahlen, 1910.

-, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*, Halle: Buchhandlung des Waisenhauses, 1905.

GRECO, Luís, «Notwehr und Proportionalität», en: GA 2018, 665-683.

-, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*, traducción por Paola Dropulich y José R. Béguelin, Madrid: Marcial Pons, 2015.

-, «A Ilha de Kant», en: GRECO, Luis/MARTINS, Antonio (Coords.), *Direito penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversario em 2 de setembro de 2012* (citado como **EH-Juarez Tavares**), Madrid - Barcelona - Buenos Aires - São Paulo: Marcial Pons, 2012, 263-279.

-, «Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal», en: InDret 4/2010, 1-35.

-, «Wider die jüngere Relativierung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld», en: GA 2009, 636-650.

-, «Dolo sem vontade», en: SILVA DIAS, Augusto/RAPOSO, João António/LOPES ALVES, João/DUARTE D’ALMEIDA, Luís/DE SOUSA MENDES, Paulo (Coords.), *Liber Amirocum de José de Sousa Brito em comemoração do 70º Aniversario. Estudos de direito e filosofia* (citado como **LA-de Sousa Brito**), Coimbra: Almedina, 2009, 885-903.

-, «Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: zum “Problem” des Sonderwissens», en: ZStW 117 (2005), 519-554.

GROLMAN, Karl, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft nebst einer systematischen Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetze*, Gießen: Georg Friedrich Hener, 1798.

GRUPP, Magdalena, *Das Verhältnis von Unrechtsbegründung und Unrechtsaufhebung bei der versuchten Tat*, Baden-Baden: Nomos, 2009.

GRÜNEWALD, Anette, «Notwehrein-schränkung – insbesondere bei provoziertem Angriff», en: ZStW 122 (2010), 51-86.

GRÜNHUT, Max, «Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft», en: HEGLER, August (Ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 16. August 1930*, t. I (citado como **FG-Frank**), Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1930, 1-32.

GÜNTHER, Hans-Ludwig, «Rechtfertigung und Entschuldigung in einem teleologischen Verbrechen-system», en: ESER, Albin/FLETCHER, George P. (Eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, t. I, Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1987, 364-410.

-, *Strafrechtswidrigkeit und strafunrechtsausschluss: Studien zur Rechtswidrigkeit als strafatmerkmal und zur funktion der rechtfertigungsgründ im Strafrecht*, Köln: Carl Heymann, 1983.

-, «Die Genese eines Straftatbestandes. Eine Einführung in Fragen der Strafgesetzgebungslehre», en: JuS 1978, 8-14.

HAAS, Volker, «Die strafrechtliche Lehre von der objektiven Zurechnung - eine Grundsatzkritik», en: KAUFMANN, Matthias/RENZIKOWSKI, Joachim (Eds.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2004, 193-224 (=«La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental», traducción por Héctor García de la Torre, en: InDret, 1/2016, 1-32)

-, *Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs retundir Kausalverläufe*, Berlin: Duncker & Humblot, 2002.

HAFFKE, Bernhard, «El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal», traducción por Jesús-María Silva Sánchez, en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Ed. española)/SCHÜNEMANN, Bernd/DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge (Coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Barcelona: José María Bosch Editor, 1995, 129-238.

-, *Tiefenpsychologie und Generalprävention: Eine strafrechtstheoretische Untersuchung*, Aarau: Sauerländer, 1976.

HARDWIG, Werner, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Hamburg: Cram, Walter de Gruyter, 1957.

-, «Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht», en: ZStW 68 (1956), 14-40.

HART, Herbert Liones Adolphus, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1968.

HASSEMER, Winfried, «Prevención general y aplicación de la pena», en: NAUCKE, Wolfgang/HASSEMER, Winfried/LÜDERSSEN, Klaus, *Principales problemas de la prevención general*, traducción por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw, Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2004, 45-82.

HÄLSCHNER, Hugo, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, t. I: *Die allgemeinen strafrechtlichen Lehren*, Bonn: A. Marcus, 1881.

-, «Nochmals das Unrecht und seine verschiedenen Formen», en: GS 28 (1876), 401-431.

-, «Die Lehre vom Unrecht und seinen verschiedenen Formen», en: GS 21 (1869), 11-36, 81-114.

-, *System des preußischen Strafrecht*, t. II, Bonn: Adolph Marcus, 1858.

HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter m Strafrecht*, Köln - Berlin - Bonn - München: Carl Heymann, 2002.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin: Nicolai'schen Buchhandlung, 1821.

HEGLER, August, «Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrchensbegriffs», en: HEGLER, August (Ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 16. August 1930*, t. I (citado como **FG-Frank**), Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1930, 251-338.

-, «Die Merkmale des Verbrechens», en: ZStW, 36 (1915), 19-44.

HEIDEMANN, Carsten, *Die Norm als Tatsache: Zur Normentheorie Hans Kelsens*, Baden-Baden: Nomos, 1997.

HEINITZ, Ernst, «Franz von Liszt als Dogmatiker», en: ZStW 81 (1969), 572-596.

-, *Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit*, Breslau: Schletter, 1926.

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid - Barcelona: Marcial Pons, 1998.

-, *Teoría general del Derecho y de la Ciencia Jurídica*, Barcelona: PPU, 1989.

HERTZ, Eduard, *Das Unrecht und die Allgemeinen Lehren des Strafrechts*, Hamburg: Hoffmann & Campe, 1880.

HERZBERG, Rolf Dietrich, «Straftat und Verhaltensnormverstoß», en: GA 2016, 737-735.

HIERRO, Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona: Ariel, 2003.

HIRSCH, Hans-Joachim, «El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana», traducción por Eduardo Demetrio Crespo, en: GARCÍA VALDÉS, Carlos/CUERDA RIEZU,

Antonio/MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita/ALCÁ CER GUIRAO, Rafael/VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (Coords.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat* (citado como **EPH-Gimbernat Ordeig**), t. I, Madrid: Edisofer, 2008, 1005-1031.

-, «Acerca de la crítica al finalismo», traducción por Eduardo Demetrio Crespo, en: ADPCP 2005, 5-28.

-, «Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II)», en: ZStW 94 (1982), 239-278.

-, «Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs», en: JESCHECK, Hans Heinrich/LÜTTGER, Hans (Eds.), *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977* (citado como **FS-Dreher**), Berlin - New York: Walter de Gruyter, 1977, 211-233.

-, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtsfertigungsgrund*, Bonn: Ludwig Röhrscheid, 1960.

HOBBS, Thomas, *Leviathan, or the Matter, Forme and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civill*, London: Andrew Crooke, 1651.

-, *Elementa philosophica de Cive*, Paris, 1642.

HOERSTER, Norbert, *Muss Strafe sein?: Positionen der Philosophie*, München: C. H. Beck, 2012.

-, *Ethik und Interesse*, Stuttgart: Philipp Reclam, 2003.

-, «Wer macht sich Illusionen», en: JZ 1989, 425-427.

-, «Das Adressatenproblem im Strafrecht und die Sozialmoral», en: JZ 1989, 10-12.

HOLD VON FERNECK, Alexander, *Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts*, t. II: *Notstand und Notwehr*, Jena: Gustav Fischer, 1905.

-, *Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts*, t. I: *Der Begriff der Rechtswidrigkeit*, Jena: Gustav Fischer, 1903.

HONIG, Richard, «Kausalität und objektive Zurechnung», en: HEGLER, August (Ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 16. August 1930*, t. I (citado como **FG-Frank**), Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1930, 174-201.

HORN, Eckhard, *Konkrete Gefährungsdelikte*, Köln: Otto Schmidt, 1973.

HOYER, Andreas, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann. Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns Normentheorie*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997.

-, «Das Rechtsinstitut der Notwehr», en: JuS 1988, 89-96.

HÖRNLE, Tatjana, *Straftheorien*, 2.^a ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

-, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf. Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenslehre*, Baden-Baden: Nomos, 2013.

-, «Matar para salvar muchas vidas. Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídico-penal», traducción por Nuria Pastor Muñoz, *InDret* 2/2010, 1-31.

-, «Die Obliegenheit, sich selbst zu schützen, und ihre Bedeutung für das Strafrecht», *GA* 2009, 626-635.

-, «Das Unwerturteil und der Schuldvorwurf – Inhalte und Adressaten», en: HEFENDEHL, Roland (Ed.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, Köln: Carl Heymann, 2005, 105-134.

HÖRNLE, Tatjana/VON HIRSCH, Andrew, «Positive Generalprävention und Tadel», en: *GA* 1995, 261-282.

HRUSCHKA, Joachim, «Kant, Feuerbach und die Grundlagen des Strafrechts», en: PAEFFGEN, Hans-Ulrich/BÖSE, Martin/KINDHÄUSER, Urs/STÜBINGER, Stephan/VERREL, Torsten/ZACZYK, Reiner, *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag* (citado como *FS-Puppe*), Berlin: Duncker & Humblot, 2011, 17-37.

-, «La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf. Sobre la historia y el significado de la diferencia entre *actio libera in se* y *actio libera in sua causa*», traducción por Nuria Pastor Muñoz, en: HRUSCHKA, Joachim, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, 55-88.

-, «Sobre la utilidad del hexágono deontológico para el Derecho», traducción por Pablo Sánchez-Ostiz, en: HRUSCHKA, Joachim, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, 41-54.

-, «Reglas de comportamiento y reglas de imputación», traducción por Francisco Baldó Lavilla, en: *ADPCP* 1994, 343-356.

-, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode: Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2.^a ed., 1988.

-, «Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?», en: *JZ* 1985, 1-10 (=«¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?», traducción por Pablo Sánchez-Ostiz, en: HRUSCHKA, Joachim, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, 251-275).

-, «Pflichtkollisionen und Pflichtenkonkurrenzen», en CANARIS, Claus-Wilhelm (Ed.), *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983* (citado como **FS-Larenz**), München: C. H. Beck, 1983, 257-290.

-, «Rettungspflichten und Notstandsituationen», en: JuS 1979, 385.

-, «Zwei Axiome des Rechtsdenkens», en: ACKERMANN, Heinrich/ALBERS, Jan/BETTERMANN, August (Eds.), *Aus dem Hamburger Rechtsleben: Walter Reimers zum 65. Geburtstag* (citado como **FS-Reimers**), Berlin: Duncker & Humblot, 1979, 459-475.

-, «Extrasystematische Rechtfertigungsgründe», en: JESCHECK, Hans Heinrich/LÜTTGER, Hans (Eds.), *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977* (citado como **FS-Dreher**), Berlin - New York: Walter de Gruyter, 1977, 189-210.

-, *Strukturen der Zurechnung*, Berlin: Walter de Gruyter, 1976.

HUERTA TOCILDO, Susana, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid: Tecnos, 1984.

HÜBNER, Christoph, *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, Berlin: Duncker & Humblot, 2004.

JAKOBS, Günther, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2012.

-, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 3.^a ed., Berlin: Duncker & Humblot, 2008.

-, *La pena estatal: significado y finalidad*, traducción y estudio preliminar por Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid: Thomson - Civitas, 2006.

-, «La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente», traducción por Teresa Manso Porto, en: JAKOBS, Günther, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid: Civitas, 2004, 27-50.

-, «Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma», traducción por Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en: JAKOBS, Günther, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid: Civitas, 2004, 75-97.

-, *Comentarios*, en: ESER, Albin/HASSEMER, Winfried/BURKHARDT, Björn/MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, 21-118.

-, «¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma», traducción por Manuel Cancio Meliá, en: JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática*, Madrid: Civitas, 2003, 15-45.

-, «La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal», traducción por Manuel Cancio Meliá, en: JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática*, Madrid: Civitas, 2003, 47-73.

-, «Sobre los grados de la incumbencia. Reflexiones sobre el origen y la importancia de los deberes de actuación y de tolerancia», traducción por Bernardo Feijóo Sánchez, en: JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática*, Madrid: Civitas, 2003, 135-163.

-, «Handlungssteuerung und Antriebssteuerung – Zu Hans Welzels Verbrechensbegriff», en: AMELUNG, Knut/BEULKE, Werner/LILIE, Hans/ROSENAU, Henning/RÜPING, Hinrich/WOLFLAST, Gabriele (Eds.), *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003* (citado como **FS-Schreiber**), Heidelberg: C. F. Müller, 2003, 949-958.

-, «Bemerkungen zur objektiven Zurechnung», en: WEIGEND, Thomas/KÜPPER, Thomas (Eds.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999* (citado como **FS-Hirsch**), Berlin: Walter de Gruyter, 1999, 45-63.

-, «El concepto jurídico penal de acción», traducción por Manuel Cancio Meliá, en: JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, Madrid: Civitas, 1997, 101-125.

-, «El principio de culpabilidad», traducción por Manuel Cancio Meliá, en: JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, Madrid: Civitas, 1997, 365-393.

-, *La imputación objetiva en Derecho penal*, traducción por Manuel Cancio Meliá, Madrid: Civitas, 1996.

-, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischen” Prinzipienendenken», *ZStW* 107 (1995), 843-876 (= **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**, traducción por Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid: Civitas, 1996).

-, *Strafrecht. AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., Berlin - New York: Walter de Gruyter, 1991 (= **DP. PG. Fundamentos y teoría de la imputación**, traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997).

JAREBORG, Nils, «Rechtfertigung und Entschuldigung im schwedischen Strafrecht», en: ESER, Albin/FLETCHER, George P. (Eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, t. I, Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1987, 412-436.

JELLINEK, Georg, *Allgemeine Staatslehre*, 3.^a ed., Berlin: Julius Springer, 1929

JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, 5.^a ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996 (= *Tratado de DP. PG.*, traducción por Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Comares, 2002).

JHERING, Rudolph von, *Das Zweck im Recht*, 2.^a ed., 1884.

-, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Eine Festschrift*, Gießen: Emil Roth, 1867.

-, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, t. I, Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1852.

JOERDEN, Jan C., «Solidaritätspflichten und Strafrecht», en: VON HIRSCH, Andrew/NEUMANN, Ulfrid/SEELMANN, Kurt (Eds.), *Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Baden-Baden: Nomos, 2013, 49-60.

-, «Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Sterbehilfe und der Knobe-Effekt», en: HEINRICH, Manfred/JÄGER, Christian/ACHENBACH, Hans/AMELUNG, Knut/BOTTKE, Wilfried/HAFFKE, Bernhard/SCHÜNEMANN, Bernd/WOLTER, Jürgen (Eds.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011* (citado como *FS-Roxin*), Berlin: Walter de Gruyter, 2011, 593-607.

-, *Logik im Recht. Grundlagen und Anwendungsbeispiele*, 2.^a ed., Heidelberg: Springer, 2010.

-, «Interessenabwägung im rechtfertigenden Notstand bei mehr als einem Eingriffopfer», en: GA 1993, 245-261.

-, «§ 34 Satz 2 StGB und das Prinzip der Verallgemeinerung», en: GA 1991, 411-427.

-, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, Berlin: Duncker & Humblot, 1988.

JOSHI JUBERT, Ujala, «Normas de conducta y juicios de imputación», en: GARCÍA VALDÉS, Carlos/CUERDA RIEZU, Antonio/MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita/ALCÁCER GUIRAO, Rafael/VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (Coords.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat* (citado como *EPH-Gimbernat Ordeig*), t. I, Madrid: Edisofer, 2008, 1075-1098.

JSAY, Hermann, *Rechtsnorm und Entscheidung*, Berlin: Franz Vahlen, 1929.

KADEČKA, Ferdinand, «Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff», en: HOHENLEITNER, Siegfried/LINDER, Ludwig/NOWAKOWSKI, Friedrich (Eds.), *Festschrift für Theodor Rittler* (citado como *FS-Rittler*), Aalen: Scientia, 1957, 29-38.

-, «Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff», en: ZStW 59 (1940), 1-22.

KAHLO, Michael, «Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal», traducción por Rafael Alcácer Guirao, en: HEFENDEHL, Roland (Ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, 53-68.

-, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung zur Kausalität menschlichen Handelns und deren strafrechtlichem Begriff*, Berlin: Duncker & Humblot, 1990.

KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, en: Kants Werke, Akademie Textausgabe, t. VI, Berlin: Walter de Gruyter, 1968.

KARGL, Walter, «Die intersubjektive Begründung und Begrenzung der Notwehr», en: ZStW 110 (1998), 38-68.

KASPAR, Johannes, «"Rechtsbewährung" als Grundprinzip der Notwehr? Kriminologisch-empirische und verfassungsrechtliche Überlegungen zu einer Reformulierung von § 32 StGB», en: RW 1, 2013, 40-61.

KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 2.^a ed., Göttingen: Otto Schwartz, 1988 (= *Dogmática de los delitos de omisión*, traducción por Joaquín Cuello Contreras y Jose Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 2006).

-, «Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht», en: STRATENWERTH, Günther/KAUFMANN, Armin/GEILEN, Gerd/HIRSCH, Hans-Joachim/SCHREIBER, Hans-Ludwig/JAKOBS, Günther/LOOS, Fritz, *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974* (citado como *FS-Welzel*), Berlin: Walter de Gruyter, 1974, 393-414.

-, «Das fahrlässige Delikt», en: ZfRV 1964, 46-47.

-, «Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung», en: JZ 1955, 37-41.

-, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normenlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen, 1954 (=KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, traducido por Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires: Depalma, 1977).

KAUFMANN, Arthur, *Schuld und Strafe: Studien zur Strafrechtsdogmatik*, 2.^a ed., 1983.

-, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2.^a ed., Heidelberg: Carl Winter, 1976.

-, «Die Irrtumsregelung im Strafgesetzentwurf 1962», en: ZStW 76 (1964), 543-581.

-, «Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum», en: JZ 1956, 353-358.

-, «Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen», en: JZ 1954, 653-659.

-, *Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, Mainz: Hanns Krach, 1949.

KELSEN, Hans, *Allgemeine Theorie der Normen*, editado por Kurt Rnghofer y Robert Walter, Wien: Manzche, 1979.

- , *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., Wien: Franz Deuticke, 1960.
- , *General Theory of Law and State*, Union, New Jersey: The Lawbook Exchange, 1945.
- , *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2.^a ed., Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1923.
- KINDHÄUSER, Urs, «Normtheoretische Überlegungen zur Einwilligung im Strafrecht», en: GA 2010, 490-506.
- , *Strafrecht AT*, 4.^a ed., Baden-Baden: Nomos, 2009.
- , «Der subjektive Tatbestand im Verbrechenbau. Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung», en: GA 2007, 447-468.
- , «Gleichgültigkeit als Vorsatz», en: ARNOLD, Jörg/BURKHARDT, Björn/GROPP, Walter/HEINE, Günther/KOCH, Hans-Georg/LAGODNY, Otto/PERRON, Walter/WALTHER, Sussane (Eds.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag* (citado como *FS-Eser*), München: C. H. Beck, 2005, 345-358.
- , «Zur Logik des Verbrechenbaus», en: KOCH, Harald (Ed.), *Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen? Rockstocker Antrittsvorlesungen 1993-1997*, Berlin: Berlin Verlag Arno Spitz, 1997, 77-94.
- , «Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung», en: GA 1994, 197-223.
- , «Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht», en: JRE 2 (1994), 339-352.
- , *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1989.
- KIOUPIS, Dimitros, *Notwehr und Einwilligung: eine individualistische Begründung*, Baden-Baden: Nomos, 1992.
- KLEIN, Ernst Ferdinand, *Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts*, 2.^a ed., Halle: Hemmerde und Schwetschke, 1799.
- KLEINERT, Tino, *Persönliche Betroffenheit und Mitwirkung: eine Untersuchung zur Stellung des Deliktsofners im Strafrechtssystem*, Berlin: Duncker & Humblot, 2008.
- KLINGBEIL, Stefan, *Die Not- und Selbsthilferechte. Eine dogmatische Rekonstruktion*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.
- KLOSE, Peter, «Notrecht des Staates aus staatlicher Rechtsnot. Zum Rechtlichen Funktionszusammenhang zwischen Notwehr und Gefahrenabwehr», en: ZStW 89 (1977), 61-102.

KOHLRAUSCH, Eduard, «Die Schuld», en: ASCHROTT, Paul Felix/VON LISZT, Franz *Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs. Kritische Besprechung des Vorentwurfs zu einem Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, t. I, Berlin: J. Guttentag, 1910.

-, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, Berlin: J. Guttentag, 1903.

KORIATH, Heinz, «Einige Gedanken zur Notwehr», en: BRITZ, Guido/JUNG, Heike/KORIATH, Heinz/MÜLLER, Egon (Eds.), *Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag* (citado como **FS-Müller-Dietz**), München: Beck, 2001, 361-384.

-, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

KORNHAUSER, Lewis A., «Three roles for a theory of behavior in a theory of law», en: *Rechtstheorie* 31 (2000), 197-252.

KÖHLER, Michael, «Der Begriff der Zurechnung», en: WEIGEND, Thomas/KÜPPER, Thomas (Eds.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999* (citado como **FS-Hirsch**), Berlin: Walter de Gruyter, 1999, 65-81.

-, *Strafrecht: AT*, Berlin: Springer, 1997.

-, *Der Begriff der Strafe*, Heidelberg: R. V. Decker & C. F. Müller, 1986.

KÖSTLIN, Christian Reinhold, *System des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Theil*, t. I, Tübingen: Laupp'schen Buchhandlung, 1855.

-, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen: Laupp'schen Buchhandlung, 1845.

KRAUSHAAR, Reinhold, «Die Rechtswidrigkeit in teleologischer Sicht», en: GA 1965, 1-27.

-, «Das Gewissen im Strafrecht und die Konsequenzen für die Begriffe der Rechtsnorm und der Rechtswidrigkeit sowie die Regelung des Verbotsirrtums», en: GA 1959, 325-335.

KRAUSE, Friedrich-Wilhelm, «Zur Einschränkung der Notwehrbefugnis», en: GA 1979, 329-337.

-, «Zur Problematik der Notwehr», en: FRISCH, Wolfgang/SCHMID, Werner (Eds.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag* (citado como **FS-Bruns**), Köln - Berlin - Bonn - München: Heymann, 1978, 71-88.

KRAUß, Detlef, «Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen», en: PAEFFGEN, Hans-Ulrich/BÖSE, Martin/KINDHÄUSER, Urs/STÜBINGER, Stephan/VERREL, Torsten/ZACZYK, Reiner (Eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag* (citado como **FS-Puppe**), Berlin: Duncker & Humblot, 2011, 635-652.

KRÖGER, Thomas, *Der Aufbau der Fahrlässigkeitsstraftat. Unrecht, Schuld, Strafwürdigkeit und deren Bezüge zur Normentheorie*, Berlin: Duncker & Humblot, 2016.

KRÜGER, Uwe, *Der Adressat des Rechtsgesetzes. Ein Beitrag zur Gesetzgebungslehre*, Berlin: Duncker & Humblot, 1969.

KÜHL, Kristian, «Freiheit und Solidarität bei den Notrechten», en: WEIGEND, Thomas/KÜPPER, Thomas (Eds.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999* (citado como **FS-Hirsch**), Berlin: Walter de Gruyter, 1999, 259-276.

-, «Die Notwehr: Ein Kampf ums Recht oder Streit, der mißfällt? Schlaglichter der Notwehrdiskussion der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts in Deutschland und Österreich», en: Schmoller, Kurt (Ed.), *Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag* (citado como **FS-Triffterer**), Wien - New York: Springer, 1996, 149-167.

KÜPER, Wilfried, «Das “Wesentliche” am wesentlich überwiegendes Interesse», en: GA 1983, 289-298.

-, «Die sog. “Gefahrtragungspflichten” im Gefüge des rechtfertigendes Notstands», en: JZ 1980, 755-757.

LAGODNY, Otto, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalität*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1996.

LAMMASCH, Heinrich, *Das Moment objectiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuchs*, Wien: Hölder, 1879.

LAMPE, Ernst-Joachim, «Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis», en: STRATENWERTH, Günther/KAUFMANN, Armin/GEILEN, Gerd/HIRSCH, Hans-Joachim/SCHREIBER, Hans-Ludwig/JAKOBS, Günther/LOOS, Fritz, *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974* (citado como **FS-Welzel**), Berlin: Walter de Gruyter, 1974, 151-165.

-, *Das personale Unrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 1967.

LANG-HINRICHSSEN, Dietrich, «Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs», en: JZ 1953, 362-367.

-, «Tatbestandslehre und Verbotsirrtum», en: JR 1952, 302-307, 356-359.

LANGE, Richard, «Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung», en: JZ 1953, 9-15.

LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2.^a ed., traducción por Marcelino Roodríguez Molinero, Barcelona: Ariel, 2001.

-, «Der Rechtssatz als Bestimmungssatz», en: BOCKELMANN, Paul/KAUFMANN, Arthur/KLUG, Ulrich (Eds.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag* (citado como **FS-Engisch**), Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1969, 150-160.

-, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung: Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der "juristischen Kausalität"*, Aalen: Scientia, 1927.

LAURENZO COPELLO, Patricia, *El resultado en derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1992.

LENCKNER, Theodor, «Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtsfertigung», en: GA 1985, 295-313.

-, «"Gebotensein" und "Erforderlichkeit" der Notwehr», en: GA 1968, 1-10.

-, *Der rechtfertigende Notstand: zur Problematik der Nostandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962)*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1965.

LERMAN, Marcelo, «Análisis de los argumentos contra el llamado "renacimiento" de la retribución», en: AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/PASTOR, Daniel R. (Dirs.), *Prevención e imputación. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho penal y Procesal penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2017, 59-75.

LESCH, Heiko, «Injusto y culpabilidad en Derecho penal», traducción por Ramón Ragués en: RDPC 6, 2000, 253-271.

-, *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln - München: Heymann, 1999.

-, «Zur Einführung in das Strafrecht: Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens», en: JA 1994, 510 ss., 590 ss.

LIEPMANN, M., «Strafrechtsreform und Schulenstreit», en: ZStW 28 (1908), 1-21.

LIPPOLD, Rainer, *Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin. Zur Theorienstruktur in der Rechtswissenschaft am Beispiel der Allgemeinen Strafrechtslehre*, Viena - Nueva York: Springer, 1989.

LOENING, Richard, *Geschichte der strafrechtlichen Zurechnungslehre. Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, Jena: Fischer, 1903.

LÖFFLER, Alexander, «Unrecht und Notweht. Prolegomena zu einer Revision der Lehre von der Notwehr», en: ZStW 21 (1901), 537-582.

LUDEN, Heinrich, *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte*, t. II: *Ueber den Thatbestand des Verbrechens nach gemeinem teutschen Recht*, Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1840.

LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie*, 3.^a ed., Opladen: Westdeutscher, 1987.

-, *Soziale Systeme*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984.

LUMIA, Giuseppe, *Principios de teoría e ideología del derecho*, traducción de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid: Debate, 1993.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho penal*, 3.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

-, «Principio de igualdad, Derecho penal de hecho y prevención especial: equilibrio y tensiones», en: AA. VV., *El principio de igualdad en la Constitución Española*, v. II, Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, 1461

-, «Alcance y función del Derecho penal», en: ADPCP 1989, 5-53.

-, «Derecho penal y psicoanálisis», en: MIR PUIG, Santiago (Ed.), *Derecho penal y Ciencias Sociales. Trabajos presentados al tercer Seminario hispanogermánico celebrado en la Universidad Autónoma de Barcelona, octubre de 1981*, Bellaterra: Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, 141-157.

-, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona: Bosch, 1978.

MAIHOFER, Werner, «Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre», en: HOHENLEITNER, Siegfried/LINDER, Ludwig/NOWAKOWSKI, Friedrich (Eds.), *Festschrift für Theodor Rittler* (citado como *FS-Rittler*), Aalen: Scientia, 1957, 141-164.

MANSO PORTO, Teresa, *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*, Madrid: Dykinson, 1999.

- MAÑALICH, Juan Pablo, «Normas permisivas y deberes de tolerancia», en: MAÑALICH, Juan Pablo (Coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2013, 177-283.

-, «El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno», en: RDUACH 24, 2011, 87-115.

-, «Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el Derecho penal chileno», en: REJ 16, 2012, 15-30.

-, «Norma e imputación como categorías del hecho punible», en: REJ 12, 2010, 169-190.

-, *Nötigung und Verantwortung. Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*, Baden-Baden: Nomos, 2008.

MARTÍNEZ CANTÓN, Silvia, *La ponderación en el estado de necesidad*, León: Universidad de León, 2006.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1992.

MAYER, Hellmuth, *Strafrecht. AT*, Stuttgart - Köln: W. Kohlhammer, 1967.

-, «Der Bundesgerichtshof über das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit», en: MDR 1952, 392-394.

MAYER, Max Ernst, *Rechtsphilosophie*, Berlin: Springer, 1922.

-, *Der AT des deutschen Strafrechts: Lehrbuch*, Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1915.

-, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Frankfurt am Mein: Keip, 1903.

MAZZARESE, Tecla, «Permisi3n fuerte y permisi3n d3bil: notas a margen», en: Navarro, Pablo E./Redondo, Mar3a Cristina (Comp.), *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosof3a jur3dica, moral y pol3tica*, Barcelona: Gedisa, 131-151.

MAURACH, Reinhart, *Tratado de DP. PG.*, traducci3n por Juan C3rdoba Roda, t. I, Barcelona: Ariel, 1962.

MEINI, Iv3n, *Lecciones de Derecho penal: Parte General, Teor3a jur3dica del delito*, Lima: Pontificia Universidad Cat3lica del Per3, 2014.

MEIBNER, Andreas, *Die Interessenabw3gungsformel in der Vorschrift 3ber den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB)*, Berlin: Duncker & Humblot, 1990.

MERKEL, Adolf, *DP*, t. I, traducci3n por Pedro Dorado Montero, Madrid: La Espa3a Moderna, 1907.

-, «Elemente der allgemeinen Rechtslehre», en: MERKEL, Adolf, *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, t. II, Strassbourg: Karl Tr3bner, 1899, 577-678.

-, «Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht», en: MERKEL, Adolf, *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, t. II, Strassbourg: Karl Tr3bner, 687-723.

-, «3ber Bindings Handbuch des Strafrechts, 1. Band», en: ZStW 6 (1886), 496-521.

-, «Rechtsnorm und subjectives Recht», en: ZPr3 6 (1879), 367-396.

-, *Kriminalistische Abhandlungen. Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen*, t. I, Leipzig: Breitkopf und H3rtel, 1867.

MEYER-CORDING, Ulrich, *Die Rechtsnormen*, T3bingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1971.

MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, t. I, traducción de la 2ª ed. alemana (1933) y notas de Derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957.

-, *Tratado de Derecho penal*, t. II, traducción de la 2ª ed. alemana (1933) y notas de Derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957.

-, *DP. PG. Libro de estudio*, traducción por Conrado A. Finzi, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1955.

-, «Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre», en: NJW 1953, 2-6.

-, «Unrechtsbewußtsein im Strafrecht», en: NJW 1951, 500 ss.

-, «Die Straftat als Ganzes», en: ZStW 57 (1938), 675-701.

-, «Die subjektiven Unrechtselemente», en: GS 89 (1924), 207-314.

MIKUS, Rudolf Alexander, *Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts*, Berlin: Duncker & Humblot, 2002.

MINAS-VON SAVIGNY, Jutta, *Negative Tatbestandsmerkmale. Ein Beitrag zur Rechtssatz- und Konkurrenzlehre*, Köln: Carl Heymann, 1972.

MIR PUIG, Santiago, *DP. PG.*, 10.ª ed., Barcelona: Reppertor, 2016.

-, «Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal», en: en: GARCÍA VALDÉS, Carlos/CUERDA RIEZU, Antonio/MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita/ALCÁCER GUIRAO, Rafael/VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (Coords.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat* (citado como *EPH-Gimbernat Ordeig*), t. II, Madrid: Edisofer, 2008, 1307-1328.

-, «Über die Normen in Roxins Konzeption des Verbrechens», en: GA 2006, 334-338.

-, «Valoraciones, normas y antijuridicidad penal» en: RECPC 06-02 (2004), 1-19.

-, «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal» en: RECPC 05-05 (2003), 1-19.

-, «Recensión a Sociedad, norma y persona de Günther Jakobs», en: RDPC 2, 1998, 445-455.

-, *DP. PG.*, 4.ª ed., Barcelona: Reppertor, 1996.

-, «Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal», en: ADPCP 1994, 5-28.

-, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Barcelona: Bosch, 1982.

-, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, Barcelona: Bosch, 1976.

MIRÓ LLINARES, Fernando, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva: aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Barcelona: Atelier, 2009.

MITSCHE, Wolfgang, «Tödliche Schüsse auf flüchtende Diebe», en: JA 1989, 79-89.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, «Naturaleza del sistema de justificación en Derecho penal», en: CARBONELL MATEU, Juan Carlos (Dir.)/MARTÍNEZ GARAY. Lucía (Coord.), *La justificación penal: balances y perspectivas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, 13-36.

-, *Responsabilidad jurídica y libertad: una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

-, *Antijuridicidad y sistema del delito*, Barcelona: José María Bosch, 2001.

-, «El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito», en: *RChD*, v. 22, N° 22, 1995, 265-296.

MONTENBRUCK, Axel, *Thesen zur Notwehr*, Heidelberg: R. v. Decker & C. F. Müller, 1983.

MONTIEL, Juan Pablo, «Sobre la relevancia de la distinción entre incumbencias y deberes en la dogmática jurídico-penal. A su vez, reflexiones a propósito del Vorverschulden», en: CARNEVALI, Raúl (Coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2017, 3-40.

-, «¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal?», en: *InDret* 4/2014, 1-29.

MONTORO BALLESTEROS, Alberto, «Conflicto social, derecho y proceso», en: *Derecho y proceso: Estudios jurídicos en honor del Prof. A. Martínez Bernal* (citado como *EJH-Martínez Bernal*), Murcia: Universidad de Murcia, 1980, 481-552.

MOORE, Michael S., *Placing Blame. A Theory of the Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010.

MOOS, Reinhard, *Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert. Sinn- und Strukturwandel*, Bonn: Ludwig Röhrscheid, 1968.

MORALES PRATS, Fermín, «Función y contenido esencial de la norma penal: bases para una teoría dualista o bidimensional», en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/MORALES PRATS, Fermín (Coords.). *El nuevo Derecho penal español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz* (citado como *EPM-Valle Muñiz*), Elcano (Navarra): Aranzadi, 2001, 539-557.

MORESO, Juan José, «Cinco diferencias entre Bentham y Austin», *AFD* 1989, 351-376.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *La herencia de Franz von Liszt*, México D. F.: Ubijus, 2011.

-, «Culpabilidad y prevención general» en: MIR PUIG, Santiago (Ed.), *Derecho penal y Ciencias Sociales. Trabajos presentados al tercer Seminario hispanogermánico celebrado en la Universidad Autónoma de Barcelona, octubre de 1981*, Bellaterra: Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, 161-169.

-, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona: Editorial Bosch, 1975.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *DP. PG.*, 9.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

MURMANN, Uwe, *Grundkurs Strafrecht: AT, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte*, 3.^a ed., München: C. H. Beck, 2015.

MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1998.

MÜNZBERG, Wolfgang, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1966.

MÜSSIG, Bernd, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz. Zu den materiellen Konstitutionskriterien sog. Universalrechtsgüter und deren normentheoretischem Fundament – am Beispiel der Rechtsgutbestimmung für die §§ 129, 129^a und 324 StGB*, Frankfurt am Main - Berlin - Bern - Nueva York - Paris - Viena: Peter Lang, 1994.

MYLONOPOULOS, Christos, *Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht. Eine Studie zur Entwicklung der personalen Unrechtslehren*, Köln - Berlin - Bonn - München: Carl Heymann, 1981.

NAGLER, Johannes, «Der Begriff der Rechtswidrigkeit», en: *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930* (citado como: **FG-Frank**), t. I, 1930, 339-358.

-, «Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit», en: *Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911* (citado como: **FS-Binding**), t. II, Leipzig: Wilhelm Engelmann, 1911, 275-395.

NAUCKE, Wolfgang, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, Hamburg: Joachim Heitmann, 1962.

NEUMANN, Ulfrid, en: KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ulrich (Eds.), *NK-StGB*, t. I, 5.^a ed., Baden-Baden: Nomos, 2017, § 34.

-, «Die rechtsethische Begründung des “rechtfertigenden Notstands” auf der Basis von Utilitarismus, Solidaritätsprinzip und Loyalitätsprinzip», en: VON HIRSCH, Andrew/NEUMANN, Ulfrid/SEELMANN, Kurt (Eds.), *Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion*

und *Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Baden-Baden: Nomos, 2013, 155-174.

-, «Besprechung von Andreas Hoyer, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann», en: GA 1999, 443-447.

-, «Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung», en: GA 1985, 389-401.

-, *Zurechnung und "Vorverschulden": Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

NEUMANN, Ulfrid/SCHROTH, Ulrich, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1980.

NIESE, Werner, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1951.

NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, 11ª ed., Barcelona: Ariel, 2003.

-, *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*, Buenos Aires: Astrea, 1982.

NOWAKOWSKI, Friedrich, «Probleme der Strafrechtsdogmatik. Zugleich eine Besprechung von Jeschecks Lehrbuch des Strafrechts», en: NOWAKOWSKI, Friedrich, *Perspektiven zur Strafrechtsdogmatik. Ausgewählte Abhandlungen*, Wien - New York: Springer, 1981, 1-30.

-, «Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit. Eine Besprechungsabhandlung», en: JZ 1958, 335-341, 388-394.

-, «Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz», en: ZStW 65 (1953), 379-402.

-, «Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit», en: ZStW 63 (1951), 287-331.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *Sobre el concepto de Derecho penal*, Madrid: Sección de Publicaciones de la Universidad de Madrid, 1981.

OEHLER, Dietrich, *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1959.

-, «Der materielle Gehalt der strafrechtlichen Rechts- und Pflichtnormen», en: SAUER, Wilhelm (Ed.), *Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag am 24. Juni 1949* (citado como *FS-Sauer*), Berlin: Walter de Gruyter, 1949, 262-278.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, «¿Consecuencialismo sin consecuencias? ¿Deontología sin merecimiento? Acerca de algunas aporías de la teoría de la pena en el Derecho penal continental», en: CARNEVALI, Raúl (Coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2017, 419-444.

-, «De moscas y agresores muertos. Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo», en: *InDret* 3/2008, 1-42.

PAEFFGEN, Hans-Ulrich, «Rechtswidrigkeit als Juristische Kategorie», en: HILGENDORF, Eric, (Ed.), *Rechtswidrigkeit in der Diskussion. Beiträge der dritten Tagung des Chinesisch-Deutschen Strafrechtslehrerverbands in Würzburg von 2. Bis 3. September 2015*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2018, 1-24.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, 1995.

PAWLIK, Michael, *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, traducción por Ricardo Robles Planas, Nuria Pastor Muñoz, Ivó Coca Vila y Héctor García de la Torre, Barcelona: Atelier, 2016.

-, «Die Aufgabe des Strafrechts und die Legitimation von Strafe bei Welzel», en: FRISCH, Wolfgang/JAKOBS, Günther/KUBICIEL, Michael/PAWLIK, Michael/STUCKENBERG, Carl-Friedrich (Eds.), *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, 49-67.

-, «La legítima defensa según Kant y Hegel», en: MAÑALICH, Juan Pablo (Coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2013, 3-64.

-, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

-, «Strafrechtswissenschaftstheorie», en: PAWLIK, Michael/ZACZYK, Rainer (Eds.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007* (citado como *FS-Jakobs*), Köln - München: Carl Heymann, 2007, 469-495.

-, «Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter? Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht», en: DANNECKER, Gerhard/LANGER, Winrich/RANFT, Otfried/SCHMITZ, Roland/BRAMMSEN, Joerg (Eds.), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007* (citado como: *FS-Otto*), Köln: Carl Heymann, 2007, 133-153 (=«¿El paso más importante de la dogmática de la última generación? Reflexiones para la diferenciación entre injusto y culpabilidad en Derecho penal», traducción por Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en: PAWLIK, Michael, *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y Derecho Penal*, Madrid: Marcial Pons, 2010, 109-135.

-, «Kritik der präventionstheoretischen Strafbegründungen», en: ROGALL, Klaus/PUPPE, Ingeborg/STEIN, Ulrich/WOLTER, Jürgen (Eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag* (citado como *FS-Rudolphi*), Neuwied: Luchterhand, 2004, 213-230.

-, «Die Notwehr nach Kant und Hegel», en: *ZStW* 114 (2002), 259-299 (=«La legítima defensa según Kant y Hegel», traducción por Juan Pablo Mañalich, en: MAÑALICH RAFFO,

Juan Pablo (Coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2013, 3-64).

-, *Person, Subjekt, Bürger: zur Legitimation von Strafe*, Berlin: Duncker & Humblot, 2004.

-, *Die Rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Berlin - New York: Walter de Gruyter, 2002.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, «Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal», en: RPDJP 2001, 401-442.

-, «Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito», en: *Doxa* 23, 2000, 289-321.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique/SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos/CANCIO MELIÁ, Manuel, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, en: JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Madrid: Civitas, 1997, 17-69.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Lecciones de Derecho penal: Parte General*, 2.^a ed., Madrid: Dykinson, 2018.

-, «*Imputabilitas* y teoría de la imputación», en: *InDret* 2/2015, 1-34.

PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1990.

PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, Carmen, «Teorías sobre el contenido y la estructura del injusto penal. Desvalor de acción y de resultado, y algunas reflexiones al hilo de las peculiaridades de la tentativa inidónea», en: *CPC* 125, 2018, 71-106.

PERRON, Walter, «Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Notwehr», en: ARNOLD, Jörg/BURKHARDT, Björn/GROPP, Walter/HEINE, Günther/KOCH, Hans-Georg/LAGODNY, Otto/PERRON, Walter/WALTHER, Sussane (Eds.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag* (citado como *FS-Eser*), München: C. H. Beck, 2005, 1019-1040.

-, *Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht: ein Strukturvergleich strafrechtlicher Zurechnungssysteme*, Baden-Baden: Nomos, 1988.

PEUKERT, Alexander, *Güterzuordnung als Rechtsprinzip*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

POLAINO ORTS, Miguel, «Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto», en: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.), *El Funcionalismo en el Derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs* (citado como *LH-Jakobs*), t. II, Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2003, 61-106.

PORCIÚNCULA, José Carlos, *Lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal. Hacia la «exteriorización de lo interno»*, Barcelona: Atelier, 2014.

PUPPE, Ingeborg, «Der Aufbau des Verbrechens», en: DANNECKER, Gerhard/LANGER, Winrich/RANFT, Otfried/SCHMITZ, Roland/BRAMMSEN, Joerg, *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007* (citado como *FS-Otto*), Köln: Carl Heymann, 389-402.

-, «Strafrecht als Kommunikation – Leistungen und Gefahren eines neuen Paradigmas in der Strafrechtsdogmatik», en: SAMSON, Erich/DENCKER, Friedrich/FRISCH, Peter/FRISTER, Helmut/REIB, Wolfram (Eds.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag* (citado como *FS-Grünwald*), Baden-Baden: Nomos, 1999, 469-494.

RADBRUCH, Gustav, «Zur Systematik der Verbrechenslehre», en: HEGLER, August (Ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 16. August 1930*, t. I (citado como *FG-Frank*), Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1930, 158-173.

-, «Über den Schuldbegriff», en *ZStW* 24 (1904), 333-348.

RAMB, Michael, *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer: eine rechtsphilosophische Untersuchung zu den Straftheorien von Julius Abegg, Christian Reinhold Köstlin, Albert Friedrich Berner und Hugo Hälschner*, Berlin: Duncker & Humblot, 2005.

RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, 2.^a ed., Princeton - New Jersey: Princeton University Press, 1990.

-, «Facing Up: A Reply», en: *SCL. Rev.* (62), 1989, 1153-1235.

-, *The Concept of a Legal System: an Introduction to the Theory of Legal System*, 2.^a ed., Oxford: Clarendon Press, 1980.

RENIKOWSKI, Joachim, «Der Gegenstand der Norm», en: BOROWSKI, Martin/PAULSON, Stanley L./SIECKMANN, Jan-Reinard (Eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, 631-644.

-, «Solidarität in Notsituationen - Ein historischer Überblick von Thomas v. Aquin bis Hegel», en: VON HIRSCH, Andrew/NEUMANN, Ulfrid/SEELMANN, Kurt (Eds.), *Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Baden-Baden: Nomos, 2013, 13-34.

-, en: MATT, Holger/RENIKOWSKI, Joachim, *StGB Kommentar*, 2013, Introducción.

-, «Pflichten und Rechte - Rechtsverhältnis und Zurechnung», en: *GA* 2007, 561-578.

-, «Normentheorie und Strafrechtsdogmatik», en: *ARSP* 104 (2005), 115-137.

-, «Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie», en: DÖLLING, Dieter/ERB, Volker (Eds.), *Festschrift für Karl*

Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002 (citado como *FS-Gössel*), Heidelberg: C. F. Müller, 2002, 3-13.

-, «Normentheorie als Brücke zwischen Strafrechtsdogmatik und Allgemeiner Rechtslehre. Zugleich eine Auseinandersetzung mit Andreas Hoyer», en: en: ARSP 87 (2001), 115-137.

-, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteligung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.

-, *Notstand und Notwehr*, Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

RINCK, Klaus, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, Berlin: Duncker & Humblot, 2000.

ROBLES PLANAS, Ricardo, «Normas de conducta», en: InDret 1/2019, 1-13.

-, «Sobre la construcción de una teoría del delito. Observaciones a la teoría de la imputación de Michael Pawlik», en: SUÁREZ LÓPEZ, José María/BARQUÍN SANZ, Jesús/BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F./JIMÉNEZ DÍAZ, María José/SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo (Dirs.), *Estudios jurídico-penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva* (citado como *EPC-Morillas Cueva*), Madrid: Dykinson, 2018, 575-589.

-, «Norma y delito en Binding, Armin Kaufmann y Mir Puig», en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María/QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa (Eds.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig* (citado como *LH-Mir Puig*), Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2017, 829-842.

-, *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2014.

-, «Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal», en: von HIRSCH, Andrew/SEELMANN, Kurt/WOHLERS, Wolfgang/ROBLES PLANAS, Ricardo (Eds.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona: Atelier, 2012, 19-47.

-, «La construcción del sistema del delito en la Aproximación al Derecho penal contemporáneo», en: ROBLES PLANAS, Ricardo/SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (Coords.), *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Barcelona: Atelier, 2010, 41-61.

-, «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos», en: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (Dir.), *Libro Homenaje a Santiago Mir Puig. Por su doctorado honoris causa en la Universidad de Alcalá* (citado como *LH-Mir Puig*), Madrid: La Ley - Wolters Kluwer, 2010, 445-473.

RÖDIG, Jürgen, «Zur Problematik des Verbrechensaufbaus», en: WARDA, Günther/WAIDER, Heribert/VON HIPPEL, Reinhard/MEURER, Dieter (Eds.), *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag* (citado como *FS-Lange*), Berlin - New York: Walter de Gruyter, 1976, 39-63.

RODILLA, Miguel Ángel, *Teoría del Derecho*, Salamanca: Ratio Legis, 2013.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *DP Español. PG*, 16.^a ed., Madrid: Dykinson, 1993.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *DP. PG.*, Madrid: Civitas, 1977.

ROSS, Alf, *Directives and norms*, London: Routledge & Paul, 1968.

ROSTALSKI, Frauke, «Zur objektiven Unmöglichkeit schuldlosen Verhaltensunrechts im Strafrecht», en: SCHNEIDER, Anne/WAGNER, Markus (Eds.), *Normentheorie und Strafrecht*, Baden-Baden: Nomos, 2018, 105-118.

-, «Normentheorie und Fahrlässigkeit. Zur Fahrlässigkeit als Grundform des Verhaltensnormverstoßes», en: GA 2016, 73-89.

ROXIN, Claus, «Prävention, Tadel und Verantwortung. Zur neuesten Strafzweckdiskussion», en: GA 2015, 185-202.

-, «Notwehr und Rechtsbewährung», en: HEGER, Martin/KELKER, Brigitte/SCHRAMM, Edward (Eds.), *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag* (citado como *FS-Kühl*), München: C. H. Beck, 2014, 391-406.

-, «El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania», traducción por Ricardo Robles Planas e Ivó Coca Vila, en: InDret 4/2012, 1-24.

-, «Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit», en: ZStW 116 (2004), 929-944.

-, *DP. PG.*, t. I: *Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2.^a ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Javier de Vicente Remesal y Miguel Díaz y García Conlledo, Madrid: Civitas, 1997.

-, «Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand», en: VOGLER, Theo (Ed.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag* (citado como *FS-Jescheck*), t. I, Berlin: Duncker & Humblot, 1985, 457-484.

-, «"Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien», en: ROXIN, Claus/BRUNS, Hans-Jürgen/JÄGER, Herbert (Eds.), *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973* (citado como *FS-Henkel*), Berlin - New York: Walter de Gruyter, 1974, 171-198 (=«Culpabilidad" y "Responsabilidad" como categorías sistemáticas jurídico-penales», traducción por Diego-Manuel Luzón Peña, en: ROXIN, Claus, *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid: Reus, 1976, 200-225).

-, «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», en: *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag. 3. Januar 1970* (citado como *FS-Honig*), Göttingen: Otto Schwartz, 1970, 133-150 (=«Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal», traducción por Diego-Manuel Luzón Peña, en: ROXIN, Claus, *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid: Reus, 1976, 128-148).

-, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2.^a ed., Berlin: Walter de Gruyter, 1970 (=Teoría del **tipo penal**. *Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, traducción por Enrique Bacigalupo, Buenos Aires: Depalma, 1979).

-, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.^a ed., Berlin - New York: Walter de Gruyter, 1973.

-, «Zur Kritik der finalen Handlungslehre», en: ZStW 74 (1962), 515-561 (=«Contribución a la crítica de la teoría final de la acción», traducción por Diego-Manuel Luzón Peña, en: ROXIN, Claus, *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid: Reus, 1976, 84-127).

RÖNNAU, Thomas, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

RÖTTGER, Wolfgang, *Unrechtsbegründung und Unrechtssausschluss. Nach den finalistischen Straflehren und nach einer materialen Konzeption*, Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

RUDOLPH, Tobias, *Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht. Der Vorrang von ex-ante-Betrachtungen gegenüber ex-post-Betrachtungen bei der strafrechtlichen Zurechnung*, Berlin: Duncker & Humblot, 2006.

RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Causalidad e imputación objetiva*, traducción por Claudia López Díaz, Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 1998.

-, «El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal», traducción por Jesús-María Silva Sánchez, en: SCHÜNEMANN (Comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario*, Madrid: Tecnos, 1991, 81-93.

-, «Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre», en: SCHROEDER, Friedrich-Christian/ZIPF, Heinz (Eds.), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag* (citado como **FS-Maurach**), Karlsruhe: C. F. Müller, 1972, 51-74.

-, «Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs», en: *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag. 3. Januar 1970* (citado como **FS-Honig**), Göttingen: Otto Schwartz, 1970, 151-168.

-, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen: Schwartz, 1966.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, Barcelona: J. M. Bosch, 2001.

SACHER, Mariana, «Systemtheorie und Strafrecht: Kritik der rollenbezogenen Zurechnungslehre», en: ZStW 118 (2006), 574-619.

-, *La evolución del tipo subjetivo*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, «Imputación e incumbencias en Derecho penal», en: RPolCrim 24, 2017, 1211-1227.

-, «Existencia y operatividad de las incumbencias jurídico-penales», en: CARNEVALI, Raúl (Coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2017, 41-59.

-, «Valorar no es todavía normar», en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María/QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa (Eds.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig* (citado como **LH-Mir Puig**), Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2017, 855-864.

-, «¿Incumbencias en Derecho Penal? - Depende», en: InDret 1/2015, 1-26.

-, *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, Barcelona: Atelier, 2014.

-, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2008.

SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires: Hammurabi, 1991.

SANZ MORÁN, Ángel, «Teoría general de la justificación», en: RP 2000, 74-89.

-, *Los elementos subjetivos de justificación*, Barcelona: José María Bosch, 1993.

SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System des heutigen Römischen Rechts*, t. I, Berlin: Veit und Comp., 1840.

SCHAFFSTEIN, Friedrich, «Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre», en: MDR 1951, 196-200.

-, «Der Irrtum bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen», NJW 1951, 691 ss.

-, *Allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, Berlin: Julius Springer, 1930.

SCHILD, Wolfgang, «Zurechnung zum Verhaltensunrecht», en: PAWLIK, Michael/ZACZYK, Rainer (Eds.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007* (citado como **FS-Jakobs**), Köln - München: Carl Heymann, 2007, 601-613.

-, «“Objektiv” und “Subjektiv” in der strafrechtswissenschaftlichen Terminologie», en: MIEHSLER, Herbert (Ed.), *Ius humanitatis: Festschrift zum 90. Geburtstag von Alfred Verdross* (citado como **FS-Verdross**), Berlin: Duncker & Humblot, 1980, 215-234.

-, *Die “Merkmale” der Straftat und ihres Begriffs*, Ebelbasch: Rolf Gremer, 1979.

SCHMID, Christian, *Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus rechtstheoretischer Sicht*, Berlin: Duncker & Humblot, 2002.

SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3.^a ed., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1965.

-, «Das Reichsgericht und der “übergesetzliche Notstand”», en: ZStW 49 (1929), 350-411.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard, «Die Begründung der Notwehr», en: GA 1991, 97-139.

-, «Illusionen in der Normentheorie und das Adressatenproblem in Strafrecht», en: JZ, 1989, 419-425.

-, *Form und Gehalt der Strafgesetze*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1988.

-, *Strafrecht AT. Lehrbuch*, 2.^a ed., Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1975.

-, «Über die Wertstruktur der Notwehr», en: *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag. 3. Januar 1970* (citado como **FS-Honig**), Göttingen: Otto Schwartz, 1970, 185-200.

-, «Der Unrechtstatbestand», en: BOCKELMANN, Paul/KAUFMANN, Arthur/KLUG, Ulrich (Eds.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag* (citado como **FS-Engisch**), Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1969, 433-455.

SCHNEIDER, Anne, *Die Verhaltensnorm im Internationalen Strafrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 2011.

SCHNEIDER, Hendrik, *Kann die Einübung in Normanerkennung die Srafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus*, Berlin: Duncker & Humblot, 2004.

SCHROEDER, Friedrich-Christian, «Das Strafgesetz zwischen Tatvergeltung und Verhaltensverbot», en: DANNECKER, Gerhard/LANGER, Winrich/RANFT, Otfried/SCHMITZ, Roland/BRAMMSEN, Joerg (Eds.), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007* (citado como: **FS-Otto**), Köln: Carl Heymann, 2007, 165-178.

SCHROTH, Ulrich, *Vorsatz und Irrtum*, München: C. H. Beck, 1998.

-, «Notwehr bei Auseinandersetzungen in engen persönlichen Beziehungen», en: NJW 1984, 2562 ss.

SCHUMACHER, Oskar, *Um das Wesen der Strafrechtsschuld. Eine Auseinandersetzung mit modernen Schuldgedanken*, Mannheim - Berlin - Leipzig: J. Bensheimer, 1927.

SCHÜNEMANN, Bernd, «Ein neues Bild des Strafrechtssystems?», en: ZStW 126 (2014), 1-26.

-, «El propio sistema de la teoría del delito», traducción por José Milton Peralta, en: In Dret 1/2008, 1-20.

-, «Aufgabe und Grenzen der Strafrechtswissenschaft im 21. Jahr», en: PUTZKE, Holm/HARDTUNG, Bernhard/HÖRNLE, Tatjana/MERKEL, Reinhard/SCHEINFELD, Jörg/SCHLEHOFER, Horst/SEIER, Jürgen (Eds.), *Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag* (citado como **FS-Herzberg**), Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, 39-54.

-, *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, traducción por Manuel Cancio Meliá, Lima: Idemsa, 2006.

-, en: LAUFHÜTTE, Heinrich/RISSING-VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus, LK, 12.^a ed., Berlin: Walter de Gruyter, 2006, previo a § 26.

-, «Über die objektive Zurechnung», en: GA 1999, 207-229 (=«Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva», traducción por Mariana Sacher, en: SCHÜNEMANN, Bernd, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid: Tecnos, 2002, 70-96).

-, «Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft», en: SCHÜNEMANN, Bernd/ACHENBACH, Hans/BOTTKE, Wilfried/HAFFKE, Bernhard/RUDOLPHI, Hans-Joachim (Eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001* (citado como **FS-Roxin**), Berlin - New York: Walter de Gruyter, 2001, 1-32.

-, «La culpabilidad: estado de la cuestión», traducción por David Felip i Saborit y Ramón Ragués i Vallès, en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Ed.), *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Madrid: Civitas, 2000, 91-128.

-, «Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie», en: SCHÜNEMANN, Bernd/VON HIRSCH, Andrew/JAREBORG, Nils (Eds.), *Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog. Uppsala-Symposium 1996*, Heidelberg: C. F. Müller, 1998, 109-123.

-, «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana», traducción por Manuel Cancio Meliá, en: ADPCP 1996, 187-217.

-, «La función de la delimitación de injusto y culpabilidad», traducción por Carlos Suárez González, en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Ed. española), SCHÜNEMANN, Bernd y DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge (Coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Barcelona: José María Bosch Editor, 1995, 205-245.

-, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal», traducción por Jesús-María Silva Sánchez, en: SCHÜNEMANN (Compilador), *El sistema moderno del Derecho penal. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario*, Madrid: Tecnos, 1991, 31-80.

-, «La Política Criminal y el Sistema de Derecho penal», traducción por Margarita Martínez de Escamilla, en: ADPCP 1991, 693-713.

-, «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. 2. Teil: Schuld und Kriminalpolitik», en: GA 1986, 293-352.

-, «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre», en: GA 1985, 341-388.

-, «Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik? Zur Stellung der individuellen Sorgfaltswidrigkeit und des Handlungserfolges im Verbrechenaufbau», en: GRÜNWARD, Gerald/MIEHE, Olaf/Hans-Joachim Rudolphi, Hans-Joachim/Schreiber, Hans-Ludwig (Eds.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975* (citado como *FS-Schaffstein*), Göttingen: Otto Schwartz, 1975, 159-176.

-, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen: Otto Schwartz, 1971.

SCHÜNEMANN, Bernd/GRECO, Luis, «Der Erlaubnistatbestandsirrtum und das Strafrechtssystem. Oder: Das Peter-Prinzip in der Strafrechtsdogmatik?», en: GA 2006, 777-792.

SCHUMANN, Heribert, «Zum Notwehrrecht und seinen Schranken», en: JuS 1979, 559-566.

SCHUMANN, Heribert/SCHUMANN, Antje, «Objektive Zurechnung auf der Grundlage der personalen Unrechtslehre?», en: HETTINGER, Michael/HILLENKAMP, Thomas/KÖHLER, Michael (Coords.), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag* (citado como *FS-Küper*), Heidelberg: C. F. Müller, 2007, 543-560.

SEELMANN, Kurt, *Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen*, Heidelberg - Hamburg: Decker, 1978.

SEN, Amartya/WILLIAMS, Bernard, «Introduction: Utilitarianism and beyond», en: SEN, Amartya/WILLIAMS, Bernard (Eds.), *Utilitarianism and beyond*, Cambridge: Cambridge University Press, 1982, 1-22.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, *Teoría del delito imprudente (doctrina general y regulación legal)*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1991.

SIEVERTS, Rudolf, *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtsmomenten im Strafrecht*, Hamburg: Friederichsen, 1934.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Sobre la construcción del hecho punible en la obra de Santiago Mir Puig», en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María/QUERALT JIMÉNEZ, Joan/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa (Coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig* (citado como **LH-Mir Puig**), Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2017, 877-889.

-, «Imputación objetiva y causas de justificación. Un (mero) intento de distinguir», en: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique/GRACIA MARTÍN, Luis/PEÑARANDA RAMOS, Enrique/RUEDA MARTÍN, María Ángeles/SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos/URQUIZO OLAECHEA, José (Eds.), *Dogmática del Derecho penal material y procesal y Política Criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario* (citado como **LH-Schünemann**), t. I, Lima: Gaceta Penal y Procesal Penal, 2014, 487-504.

-, «¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?», en: InDret 3/2014, 1-20.

-, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.^a ed., Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2010.

-, «Del Derecho abstracto al Derecho “real”. Recensión a Günther Jakobs, La pena estatal: significado y finalidad», en: InDret 4/2006, 1-6.

-, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», en: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (citado como **LH-Rodríguez Mourullo**), Madrid: Thomson - Civitas, 2005, 1007-1028.

-, *Normas y acciones en Derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María/ROBLES PLANAS, Ricardo/PASTOR MUÑOZ, Nuria, *Estudio introductorio*, en: PAWLIK, Michael, *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, traducción por Ricardo Robles Planas, Nuria Pastor Muñoz, Ivó Coca Vila y Héctor García de la Torre, Barcelona: Atelier, 2016, 17-32.

SOMLÓ, Felix, *Juristische Grundlehre*, Leipzig: Felix Meiner, 1917.

SPENDEL, Günther, «Der Begriff des Unrechts im Verbrechenssystem», en: HEINRICH, Bernd/HILGENDORF, Eric/MITSCH, Wolfgang/STERNBERG-LIEBEN, Detlev (Eds.), *Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 18. September 2004* (citado como **FS-Weber**), Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking, 2004, 3-16.

STEIN, Ulrich, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenslehre*, Berlin: Duncker & Humblot, 1988.

STEMMER, Peter, *Normativität. Eine ontologische Untersuchung*, Berlin - New York: Walter de Gruyter, 2008.

STOOS, Carl, «Die Strafrechtswidrigkeit», en: ZStW 24 (1904), 319-332.

STRATENWERTH, Günter, «Sachlogische Strukturen?», en: PAWLIK, Michael/ZACZYK, Rainer (Eds.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007* (citado como *FS-Jakobs*), Köln - München: Carl Heymann, 2007, 663-674.

-, «Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho penal», traducción por Marcelo A. Sancinetti y Patricia Ziffer, en: STRATENWERTH, Günter, *Accion y resultado en Derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 1991, 21-59.

-, «De la relevancia del disvalor de resultado en el Derecho penal», traducción por Marcelo A. Sancinetti y Patricia Ziffer, en: STRATENWERTH, Günter, *Accion y resultado en Derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 1991, 61-98.

STRATENWERTH, Günther/KUHLEN, Lothar, *Strafrecht AT. Die Straftat*, 6.^a ed., München: Franz Vahlen, 2011.

STÜBEL, Christoph Karl, *Über den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewißheit des erstern, besonders in Rücksicht der Tödtung, nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechten*, Wittenberg: Samuel Gottfried Zimmermann, 1805.

STÜBINGER, Stephan, «Die Unbestimmtheit des Verbrechensbegriffs -Neues zu einer alten Geschichte-», en: STUCKENBERG, Carl-Friedrich/GÄRDITZ, Klaus Ferdinand (Eds.), *Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat. Festschrift für Hans-Ulrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015* (citado como *FS-Paeffgen*), Berlin: Duncker & Humblot, 2015, 49-80.

-, *Schuld, Strafrecht und Geschichte*, 2000, Köln - Weimar - Wien: Böhlau, 2000.

TAMARIT SUMALLA, Josep María, «Culpabilidad, maldad e imputabilidad», en: RDPC 17, 2006, 183-220.

THON, August, «Der Normadressat. Eine Untersuchung zur allgemeinen Rechtslehre», en: JhJb, 50, 1906, 1-54.

-, *Rechtsnorm und Subjektives Recht*, Weimar: Hermann Böhlau, 1878

TIEDEMANN, Klaus, «Zum Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts», en: ARZT, Gunther/FEZER, Gerhard/WEBER, Ulrich/SCHLÜCHTER, Ellen/RÖSSNER, Dieter (Eds.), *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag, 22. Juni 1992* (citado como *FS-Baumann*), Bielefeld: Ernst und Werner Giesecking, 1992, 7-20.

TOEPEL, Friedrich, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitzusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin: Duncker & Humblot, 1992.

TORÍO LÓPEZ, Ángel, «El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos», en: ADPCP 1974, 25-59.

TRAPERO BARREALES, María Anunciación, *El error en las causas de justificación*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

TRUTNAU, Günther, *Der Adressat von Rechtsnormen*, Disertación presentada en la Universidad de Bochum, 1983.

VAN ALPHEN, Edward, «Kelsen and Hruschka: concepts of imputation», en: IJSL VI/17, 1993, 163-178.

VARELA, Lorena, *Dolo y error. Una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, Barcelona: Bosch Editor, 2016.

VELTEN, Petra, *Normkenntnis und Normverständnis*, Baden-Baden: Nomos, 2002.

VOGEL, Joachim, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

VON BAR, Ludwig, *Gesetz und Schuld im Strafrecht: Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform*, t. III: *Die Befreiung von Schuld und Strafe durch das Strafgesetz*, Berlin: J. Guttentag, 1909.

-, «Die Normen und ihre Übertretung», en: KritV XV, 1873, 560 ss.

VON DER PFORDTEN, Dietmar, «Zu den Prinzipien der Notwehr», en: AMELUNG, Knut/BEULKE, Werner/LILIE, Hans/ROSENAU, Henning/RÜPING, Hinrich/WOLFSLAST, Gabriele (Eds.), *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie. Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003* (citado como **FS-Schreiber**), Heidelberg: C. F. Müller, 2003, 359-373.

VON DER LINDE, Hans, *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht. Überlegungen zu einer funktionalen Straftatsystematik*, Frankfurt am Main - Bern - New York - Paris: Peter Lang, 1988.

VON LISZT, Franz, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21.^a/22.^a ed., Berlin - Leipzig: J. Guttentag, 1919.

-, *Tratado de Derecho penal*, t. II, traducción de la 20^a ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa, Madrid: Editorial Reus, 1914.

-, «Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts», en: VON LISZT, Franz, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. II, Berlin: J. Guttentag, 1905, 75-93.

-, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 11.^a ed., Berlin - Leipzig: J. Guttentag, 1902.

-, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 6.^a ed., Berlin - Leipzig: J. Guttentag, 1894.

-, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 5.^a ed., Berlin - Leipzig: J. Guttentag, 1892.

- , *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 4.^a ed., Berlin - Leipzig: J. Guttentag, 1891.
- , *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 3.^a ed., Berlin - Leipzig: J. Guttentag, 1888.
- , «Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft», en: ZStW 8 (1888), 133-156.
- , «Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche. Ein kritischer Beitrag zur juristischen Methodenlehre», en: ZStW 6 (1886), 663-698.
- , *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 2.^a ed., Berlin - Leipzig: J. Guttentag, 1884.
- , «Der Zweckgedanke im Strafrecht» en: ZStW 3 (1883), 1-47.
- VON LISZT, Franz/SCHMIDT, Eberhard, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26.^a ed., Berlin - Leipzig: Walter de Gruyter, 1932.
- VON WEBER, Hellmuth «Negative Tatbestandsmerkmale», en: ENGISCH, Karl/MAURACH, Reinhart (Eds.), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 15.10.1953* (citado como *FS-Mezger*), München - Berlin: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1954, 183-192.
- , *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, Jena: Frommann, 1935.
- VON WRIGHT, Henrik, *Norm und action. A logical enquiry*, London: Routledge & Keegan, 1963.
- VOB, Monika, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Ebelsbach: Gremer, 1989.
- WACH, Adolf, «Die Normen und ihre Uebertretung. Eine Untersuchung über die rechtsmäßige Handlung und die Arten des Delikts von Dr. Karl Binding», en: GS 25 (1873), 432-463.
- WAGNER, Heinz, *Individualistische oder überindividualistische Notwehrbegründung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1984.
- WALTER, Tonio, *Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen un die Lehre vom Irrtum*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.
- WÄCHTER, Carl Georg von, *Deutsches Strafrecht*, Leipzig: Metzler'schen Buchhandlung, 1881.
- WEIDEMANN, Jürgen, «Die finale Handlungslehre und das fahrlässige Delikt», en: GA 1984, 408-426.
- WEINBERGER, Ota, *Rechtslogik*, 2.^a ed., Berlín: Duncker & Humblot, 1989.

WELZEL, Hans, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin: Walter de Gruyter, 1975.

-, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., Berlin: Walter de Gruyter, 1969 (= *DP Alemán. PG*, traducción por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970).

-, «La doctrina de la acción finalista, hoy», traducción por José Cerezo Mir, en: ADPCP 1968, 221-229.

-, «Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre», en: JuS 1966, 421-425.

-, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4.^a ed., Göttingen: Vandenhoeack & Ruprecht, 1962 (= *Introducción a la filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*, traducido por Felipe González Vicen, Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2005).

-, *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 4.^a ed. ampliada, Göttingen: Otto Schwartz, 1961 (= *El nuevo sistema de Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, traducción y notas por José Cerezo Mir, 2.^a reimp., Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2004).

-, «Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem», en: ZStW 67 (1955), 196-228.

-, «Studien zum System des Strafrechts», en: ZStW 58 (1939), 491-596.

-, «Thierfelder, Rudolf: Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft unserer Tage», en: ZStaatsW 97 (1937), 381-384.

WILENMANN, Javier, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Madrid: Marcial Pons, 2017.

-, «Injusto, justificación e imputación», en: MAÑALICH, Juan Pablo (Coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Montevideo - Buenos Aires: B de F, 2013, 99-176.

WILFERT, Marei Verena, *Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

WOLF, Erik, *Krisis und neubau der Strafrechtsreform: ein Vortrag*, Tübingen: Mohr, 1933.

WOLFF, Ernst Amadeus, «Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen», en: HASSEMER, Winfried (Ed.), *Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform*, Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien, v. 18, Frankfurt am Main - Bern - New York: Peter Lang, 1987, 137-224.

-, «Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität», en: ZStW 97 (1985), 786-830.

WOLTER, Jürgen, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin: Duncker & Humblot, 1981.

ZACZYK, Rainer, «Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm», en: GA 2014, 73-90.

-, *Das Unrecht der Versuchten Tat*, Berlin: Duncker & Humblot, 1989.

ZIELINSKI, Diethart, *Dolo e imprudencia. Comentario a los arts. 15 y 16 del Código Penal alemán*, traducción por Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

-, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff: Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss*, Berlin: Duncker & Humblot, 1973 (=Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito, traducción por Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires: Hammurabi, 1990).

ZIMMERL, Leopold, *Zur Lehre vom Tatbestand: Uebersehene und vernachlässigte Probleme*, Breslau: Schletter'sche Buchhandlung, 1928.

ZIPPELIUS, Reinhold, *Juristische Methodenlehre*, 11.^a ed., München: C. H. Beck, 2012.

-, *Rechtsphilosophie. Ein Studienbuch*, 6.^a ed., München: C. H. Beck, 2011.

-, *Juristische Methodenlehre*, 4.^a ed., München: C. H. Beck, 1985.

-, *Juristische Methodenlehre*, 3.^a ed., München: C. H. Beck, 1980.

-, «Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg», en: AcP 157 (1958/1959), 390-398.

-, *Der Aufbau der modernen Unrechtslehre*, Regensburg: Walhalla, 1953.

ZITELMANN, Ernst, «Ausschluß der Widerrechtlichkeit», en: AcP 99 (1906), 1 ss.

-, *Internationales Privatrecht*, t. I, Leipzig: Duncker & Humblot, 1897.

ZOLL, Andrzej, «Rechtsnorm und Strafvorschrift», en: SCHÜNEMANN, Bernd/ACHENBACH, Hans/BOTTKE, Wilfried/HAFFKE, Bernhard/RUDOLPHI, Hans-Joachim (Coords.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001* (citado como *FS-Roxin*), Berlin - New York: Walter de Gruyter, 2001, 213-238, 2001, 93-103.

ZUCKER, «Einige Bemerkungen über Norm und Strafgesetz», en: ZStW 9 (1889), 270-281.