

Enrique Bacigalupo

Catedrático de Derecho penal
Magistrado del Tribunal Supremo

Hacia el nuevo Derecho penal



hammurabi
JOSE LUIS DEPALMA ♦ EDITOR

§9.

La teoría de las normas en el Derecho penal¹

—I—

**SOBRE LA TEORIA DE LAS NORMAS
Y LA DOGMATICA PENAL**

(a)

El centenario del nacimiento de JAMES GOLDSCHMIDT brinda la oportunidad de dedicar a su memoria algunas reflexiones sobre las relaciones existentes entre la teoría de las normas y la dogmática penal. Ello es también una manera de demostrar cómo las ideas sobreviven más allá de la vida de sus propios autores y de la suerte que ellos personalmente hayan corrido en mano de los representantes universitarios de la dictadura nazi.

(b)

En 1913 JAMES GOLDSCHMIDT publicó su famoso trabajo *Der Notstand, ein Schuldproblem* ("El estado de necesidad, un problema de culpabilidad"). Este artículo es uno de los documentos clásicos gene-

¹ Este trabajo fue realizado *in memoriam* de JAMES GOLDSCHMIDT al cumplirse el 17 de diciembre de 1974 el centenario de su nacimiento.

ralmente mencionados para explicar el origen de la teoría normativa de la culpabilidad junto con los aportes de FRANK² y FREUDENTHAL³. Polemizar ahora sobre la teoría normativa de la culpabilidad no parece oportuno, no porque ella misma deba ser aceptada tal como la elaboraron sus creadores⁴, sino porque sus opositores en la Argentina se han ahorrado el trabajo de dar nuevos argumentos⁵.

El artículo de GOLDSCHMIDT es en realidad una contribución magnífica para la demostración de la vinculación necesaria de los conocimientos dogmáticos con la teoría de las normas. Tal apreciación se confirma con el desarrollo del pensamiento de la teoría de las normas desde BINDING⁶, desarrollo en el que ocupan un sitio destacado los nombres de THON⁷ y BIERLING⁸, que recibe un importante aporte de GOLDSCHMIDT y que continúa aún en los autores modernos⁹.

En términos generales puede decirse que la teoría de las normas ha pretendido y pretende ser el *fundamento objetivo de la sistemática del delito* y, por lo tanto, de la dogmática penal¹⁰. Esta afirmación no debe relativizarse por el hecho de que los dos autores de mayor significación en la elaboración de la sistemática moderna hayan procurado —de una manera más aparente que real— reducir el ámbito de

² FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907.

³ FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf*, 1922.

⁴ Véase BELING, *Unschuld, Schuld und Schuldstufen*, 1910; KAUFMANN, ARMIN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*; HOEN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, 1969.

⁵ Una excepción clara representa en este sentido RICARDO C. NÚÑEZ, que ha reelaborado en su *Manual de derecho penal. Parte general*, 1972, p. 211 y siguientes.

⁶ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 1ª ed., 1872; de todos modos existen antecedentes en KLEINSCHROT y LUDEN (ver BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, t. I, 1885).

⁷ THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878.

⁸ BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, publicado entre 1894 y 1905.

⁹ Confr. BAUMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6ª ed., 1974, p. 277 y ss.; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 2ª ed., 1972, p. 240; KAUFMANN, ARMIN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*; MAYER, HELLMUTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1953, p. 156; MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1971, p. 62; WELZEL, *Das Deutsches Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 48 y siguientes.

¹⁰ En el Derecho público puede verse LABAND, *Staatsrecht*, t. I, p. 452, nota 1.

influencia en la teoría de las normas¹¹. Precisamente GOLDSCHMIDT ofrece una prueba en contrario cuando para explicar la diferencia entre las causas de justificación y las de inculpabilidad refiere cada una de ambas categorías a dos especies diversas de normas: la *norma de derecho* (*Rechtsnorm*) y la *norma de deber* (*Pflichtnorm*)¹². La comprobación de que “el concepto más general, en sentido objetivo, para el Derecho, está dado por la norma”¹³, o de que “en toda prescripción jurídica hay conceptualmente un imperativo, un *praeceptum legis*, o como hoy procuramos decir, una norma”¹⁴, sólo tiene significación en la medida “en que —como lo dice BINDING¹⁵— de esa manera quede fijada la estructura del trabajo dogmático”.

Verificar que el actual sistema dogmático es consecuencia y proveine de la teoría de las normas, aun cuando no todas sus soluciones estén determinadas por ella, no es una tarea difícil. La idea fundamental de BINDING consistió en diferenciar y mostrar separadamente la norma (como *lex imperfectae*)¹⁶ y la ley penal¹⁷. Tal distinción permitió referir a ambos conceptos dos categorías dogmáticas diversas: los *elementos de la contrariedad a la norma* (antijuridicidad), que “implican en sí que la acción es culpablemente contraria a la norma”¹⁸

¹¹ Así, VON LISZT, *Das Deutsche Reichsstrafrecht*, 1881; idem, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, esp. 4ª ed., 1911, p. 10; idem, “ZStW”, 6 (1886), p. 663; BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 115 y siguientes.

¹² GOLDSCHMIDT, J., *Der Notstand, ein Schuldproblem*, 1913, p. 161 y ss.; idem, en *Frank-Festschrift*, 1930, t. I, p. 428 y siguientes.

¹³ BIERLING, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, 1883, t. II, n° 125, p. 7.

¹⁴ THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, p. 3.

¹⁵ BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, 1885, t. I, p. VIII.

¹⁶ Sobre este punto versan principalmente las discrepancias con Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, p. 270 y ss.; idem, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, ps. 51 y ss. y 117 especialmente.

¹⁷ Esta distinción no ha sido apreciada en nuestra dogmática en la plenitud de su alcance. Véase, por ejemplo, SOLER, *Derecho penal argentino*, 4ª ed., 1970, § 13, III, donde la distinción es presentada sólo como una discusión en torno al carácter sancionatorio o constitutivo del Derecho penal.

¹⁸ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 1872, t. I, ps. 132 y 196. También THON ha considerado que la culpabilidad —en el sentido de dolo o culpa— es un elemento de la infracción a la norma (*Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, p. 78). En este

y los elementos de la punibilidad¹⁹. BINDING designó sobre esta base *Delikt* (delito) a la contradicción con la norma, y *Verbrechen* (crimen) a la contradicción con la norma cuya realización sea punible²⁰. Por lo general, la contradicción culpable de la norma es el elemento que determina la punibilidad del delito. Por el contrario, hay supuestos en los que la contravención de la norma no es condición suficiente y entra en consideración la existencia de amenazas penales doblemente condicionadas. Estas segundas condiciones son las que han dado origen a las luego denominadas *condiciones objetivas de punibilidad*²¹.

En este esquema se encuentran ya dados todos los elementos de la sistemática de la teoría del delito de nuestros tiempos: acción, antijuridicidad (incluyendo la culpabilidad en el sentido de dolo o culpa, que BINDING ha manejado no sin contradicciones)²² y punibilidad. La distinción entre la antijuridicidad y la culpabilidad es sólo una evolución posterior que es consecuencia de la aceptación general que ha tenido la teoría objetiva de la antijuridicidad²³, pero que no ha significado una alteración decisiva en el esquema surgido de la teoría de las normas. Tanto es esto así que la elaboración de GOLDSCHMIDT de la llamada *norma de deber* consiste precisamente en resca-

sentido la posición de WELZEL, según la cual el dolo es un elemento del tipo e injusto encuentra ya en la antigua teoría de los imperativos un antecedente favorable. Es de señalar que también KEISEN, *Reine Rechtslehre*, p. 128, mantiene un criterio idéntico: "El momento que designamos como "culpabilidad" constituye un componente específico del tipo de injusto: consiste en una determinada relación positiva de lo interno, espiritual de la conducta del autor y el suceso realizado o no impedido mediante su comportamiento exterior". Igualmente para BIERLING (*Juristische Prinzipienlehre*, t. III, p. 237).

¹⁹ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 1872, t. I, p. 194; ídem, *Handbuch des Strafrechts*, 1885, t. I, p. 507 y ss.; ídem, *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, 8ª ed., 1913, p. 87 y siguientes.

²⁰ "Das delikt, soweit es strafbar ist, heisst Verbrechen" (BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, t. I, p. 499).

²¹ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 1872, t. I, p. 232 y ss.; ídem, *Handbuch des Strafrechts*, t. I, p. 499. Véase JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de derecho penal*, t. VII, 1970.

²² BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 1872, t. I, p. 196.

²³ Véase FRANZ VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 4ª ed., p. 143 y ss.; FISCHER, HANS ALBRECHT, *Die Rechtswidrigkeit (mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts)*, 1911, p. 94 y siguientes.

tar la parte correspondiente de la teoría de los imperativos, con el fin de sostener de esa manera el concepto de culpabilidad, compatible con una antijuridicidad objetiva. De la misma manera puede decirse que tampoco resultó una alteración la introducción de la teoría del tipo penal llevada a cabo por BELING, en 1906, pues en realidad ella ha servido para ordenar las relaciones entre la contradicción a la norma y la exclusión de la antijuridicidad²⁴.

(c)

También es una consecuencia de esta teoría del delito derivada de la teoría de las normas, la existencia de diversas categorías de causas o fundamentos que en general producen el mismo efecto de excluir la pena, aunque con alcances bien distintos sobre todo en relación con la participación y con la responsabilidad civil proveniente del delito (causas de justificación, de inculpabilidad o de exclusión de la culpabilidad, y excusas absolutorias, o fundamentos personales de exclusión de la punibilidad).

La explicación de por qué la defensa necesaria (art. 34, inc. 6º, Cód. Penal) excluye la antijuridicidad —y con ello ejerce determinados efectos en otros ámbitos— mientras la coacción (art. 34, inc. 2º, Cód. Penal) sólo excluye la culpabilidad, y a su vez —siempre con alcances distintos— la calidad de cónyuge, ascendiente o descendiente de la víctima, determina la exclusión de la punibilidad dejando intactas la antijuridicidad y la culpabilidad (art. 185, Cód. Penal), sólo es aplicable en su origen a partir de la teoría de las normas²⁵. En los textos

²⁴ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, ps. 22, 36 y siguientes.

²⁵ Claro ejemplo en SOLER, *Derecho penal argentino*, t. I, 3ª ed., p. 329, que procura explicar la justificación a través de dos fuentes (ley y necesidad), que finalmente puede verse es sólo la misma fuente: la ley, pues la necesidad no justifica —en su concepto— sino cuando es reconocida por la ley. La cuestión de si el cumplimiento del deber o el ejercicio de un derecho son causas de justificación en sentido estricto se tratará más abajo. La teoría del interés preponderante seguida por NÚÑEZ (*Manual de derecho penal. Parte general*, 1972, ps. 183 y 184) como esencia de la justificación (ya GOLDSCHMIDT, *Der Notstand, ein Schuldproblem*, p. 162) no es sino una explicación, fundada en un criterio material, del significado que debe darse a la contravención a la norma. Es inexplicable que NÚÑEZ se empeñe en decir que tal criterio es formal (ps. 180 y 183), cuando su materialidad es obvia.

legislativos de los códigos penales no hay indicaciones que permitan sostener tal diversidad de efectos. La argumentación tan repetida entre nosotros y hasta ahora no cuestionada, según la cual el estado necesario del art. 34, inc. 3º del Cód. Penal es una causa de justificación porque sus efectos dependen de la salvación de un bien jurídico de mayor jerarquía que el sacrificado, es, en realidad, deudora de una explicación satisfactoria de por qué en la defensa necesaria se reconocen los mismos efectos justificantes sin hacerlos depender —en principio, por lo menos— de semejante relación valorativa entre los bienes en juego.

Esta gradación de los efectos tiene en la teoría de las normas un fundamento formal. La distinción entre las causas de justificación y de inculpabilidad, por un lado, y por otro lado, de fundamentos que excluyen la punibilidad, se refiere directamente a la separación de las categorías ya mencionadas de los *elementos de la contravención de la norma* (constitutivos del *Delikt*, en la terminología de BINDING) y de la *punibilidad de tal contravención* (constitutivos, con los elementos del *Delikt*, del *Verbrechen* = *Crimen* en la misma terminología). En otras palabras, tal gradación de efectos se deduce de la distinción entre norma y ley penal, distinción que ha servido también para llevar a cabo el axioma según el cual el error sobre la punibilidad es penalmente irrelevante.

Pero la diferencia entre las causas de justificación y las que excluyen la punibilidad únicamente reconoce un segundo —pero no menos jerarquizado— fundamento que proviene de la propia estructura que se le asigna a las normas: "Las normas son reglas que tienen excepciones"²⁶. Dado que las normas son prohibiciones y mandatos con excepciones, se requiere que la acción contraria a la norma, además de su correspondencia conceptual con el hecho descrito de la misma manera en la norma y en la excepción, todavía de otro ele-

²⁶ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 1872, t. I, p. 127 y ss.; *Handbuch des Strafrechts*, t. I, p. 173 y ss.; THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, p. 14 y ss. (esp. ps. 15 y 16); HIRLMING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. III, p. 189 y ss.; GOLDSCHMIDT, J., *Der Notstand, ein Schuldproblem*, p. 162; KEISEN, *Reine Rechtslehre*, p. 142; JANKA, *Das Österreichische Strafrecht* (edición de Ruff), 3ª ed., 1894, p. 105; LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht*, 1900, p. 178; KAUFMANN, ARMIN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, p. 238 y siguientes.

mento: su adecuación a la norma y no a la excepción"²⁷. "Bajo ciertos presupuestos —agrega BINDING— el orden jurídico requiere, o por lo menos autoriza, las mismas acciones que prohíbe bajo otras circunstancias"²⁸. "Los fundamentos generales que levantan la antijuridicidad —dice el mismo autor en otro pasaje— como la defensa necesaria, el estado de necesidad, hacen de *toda* norma una norma con excepciones"²⁹.

Con ello queda claro que una categoría como las causas de justificación puede admitir cierto tipo de efectos, que no son reconocidos a las excusas absolutorias, porque aquéllas representan excepciones a las normas, y no a la punibilidad de la infracción de las normas. De todos modos es preciso reconocer que, tanto desde un punto de vista formal como desde uno material, la teoría de las normas enfrenta aquí serios problemas de fundamentación.

Ante todo, desde un punto de vista formal, cabría preguntarse en qué medida sería esencialmente necesario que una regla reconozca excepciones. GOLDSCHMIDT parece partir de la existencia de tal necesidad cuando dice: "No hay regla sin excepción"³⁰. Pero nada hay en el concepto de "regla" o de "norma" que requiera *esencialmente* la excepción. Tal vez el propio BINDING proporciona una prueba útil en este sentido, pues su rechazo de la idea de una norma concebida como regla sin excepciones no es consecuencia de un razonamiento derivado de la esencia misma de la norma, sino —lo que no parece consecuente— de los problemas que ello generaría con respecto a la construcción del dolo³¹.

GOLDSCHMIDT, por su parte, procuró —como otros lo habían hecho ya antes, comenzando por VON LISZT— encontrar un fundamento ma-

²⁷ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 1872, t. I, p. 196.

²⁸ Ibidem, p. 129.

²⁹ Ibidem, p. 130.

³⁰ GOLDSCHMIDT, J., *Der Notstand, ein Schuldproblem*, p. 162. Es difícil saber si estas expresiones de GOLDSCHMIDT son retóricas o si en realidad pensó que la prueba de una regla requiere hechos que no se adecuen a ella. En *Festschrift für Frank*, 1930, t. I, p. 428 y ss., menciona GOLDSCHMIDT nuevamente la cuestión de las relaciones regla-excepción (p. 444), pero de allí no surge ningún elemento aclaratorio.

³¹ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 1872, t. I, p. 130, refiriéndose a la concepción de la norma como una regla sin excepciones de KOSTLIN.

terial al reconocer que "la norma puede ser lesionada sin que el comportamiento sea antijurídico, en la medida en que se dé un fundamento de justificación", que como tal "encuentra su fundamento en última instancia en la existencia de un interés justificado y objetivamente preponderante".³² Sin embargo, son muy pocos los supuestos en los que se llega a un acuerdo más o menos completo de este orden de ideas. Se percibe un acuerdo en lo que se refiere a la calidad justificante del cumplimiento de un deber e inclusive del ejercicio de un derecho. THON³³ y BIERLING³⁴ han procurado dar fundamentos que de una u otra manera han sido tenidos presentes en elaboraciones posteriores. Por un lado, se ha sostenido que "a nadie le está prohibido oponerse a una modificación antijurídica de una situación de hecho" (THON); por otro, que en los casos de cumplimiento de un deber se trata de casos en que se da "una limitación de la norma general por otra especial" (BIERLING).

Con respecto a los demás fundamentos considerados generalmente como causas de justificación faltan, tanto antes como ahora, acuerdos completos. Existe una opinión más o menos generalizada en reconocer a la defensa necesaria o legítima la calidad de causa de justificación, aunque por lo general sin una explicación especial. En este caso no sería exagerado decir que la tradición ha ido reemplazando la presentación de otros argumentos³⁵.

Tal vez la falta de un acuerdo se vea con mayor facilidad con relación al estado de necesidad, respecto del cual han existido considerables divergencias. Por momentos se lo ha tratado como una causa personal de exclusión de la punibilidad³⁶, otras veces como causa de

³² GOLDSCHMIDT, J., *Der Notstand, ein Schuldproblem*, p. 162.

³³ THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, p. 14 y siguientes.

³⁴ BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. III, p. 192 y siguientes.

³⁵ Véase BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. III, p. 199, limitándose a comprobar que desde antiguo hay unidad de pareceres; THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, p. 15.

³⁶ VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, t. I, ps. 421, 428. FINGER, *Das Strafrecht*, 1902, p. 118, siguiendo la terminología y la concepción de BINDING, designa a los fundamentos de exclusión de la antijuridicidad como fundamentos de exclusión del delito. Coincidentemente BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. III, p. 201.

justificación³⁷, y finalmente como causa que excluye la culpabilidad³⁸. En todo caso se ha puntualizado, más de una vez, que la inordinación del estado de necesidad es excepcionalmente compleja³⁹.

Fuera de estos casos, también resulta discutible la posición que corresponde, y frecuentemente no se percibe ninguna clase de acuerdo, u otros fundamentos que en algún tiempo o por algunos autores han sido tratados como fundamentos de justificación (ejemplos: cumplimiento de una orden, art. 34, inc. 5°, Cód. Penal; consentimiento del ofendido; consentimiento profundo del ofendido).

Límites al mandato de una norma, en el sentido de restricciones que impidan la colisión de mandatos y prohibiciones que coexisten en el ordenamiento jurídico, se han derivado en general del principio de no contradicción que regiría las relaciones entre unas normas y otras. Ello ha servido para excluir del ámbito de las acciones lesivas de la norma, aquellas que comportan el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber específico. En esta constelación de problemas, por lo tanto, no se requiere recurrir a la existencia de normas especiales que otorguen una autorización, como son las llamadas normas o prescripciones permisivas (*Erlaubnissätze*)⁴⁰.

Con este criterio, sin embargo, no se encontrarán soluciones en el ámbito tradicionalmente reservado a la justificación, porque, en principio, no cabe ninguna duda de que ni la defensa necesaria ni el estado de necesidad importan *deberes* para el agredido o para el que salva un bien de mayor jerarquía a costa de otro de menor valor. Esta afirmación resulta tan obvia que no es preciso agregar demostración alguna. Tampoco es claro que pueda caracterizarse al estado de necesidad o a la defensa necesaria como *derechos*. En este sentido, ya THON expresó sus dudas al respecto: "Sería incorrecto —decía— hablar de un *derecho* de defensa necesaria ...", pues "no todo lo que es-

³⁷ VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, § 34, III, 4; WELZEL, en *Um die finale Handlungslehre*, 1949, p. 55, abandonando más tarde esta posición; GUNDBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, en *Fest. für Welzel*, 1974, p. 485 y siguientes.

³⁸ GOLDSCHMIDT, *Der Notstand, ein Schuldproblem*, p. 162.

³⁹ KAUFMANN, ARMIN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, p. 203.

⁴⁰ KAUFMANN, ARMIN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, p. 238 y ss.; BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. III, p. 193, y t. I, p. 93 y siguientes.

tá permitido se remite al ejercicio de un derecho"⁴¹. La función de las permisiones consiste en impedir la concreción de la norma de deber lesionada (ARMIN KAUFMANN). En esto su función coincide con los elementos de la autoría que son los que concretan la norma en deber en relación con un determinado sujeto de derecho. Lo que por ahora requiere una respuesta precisa es, entonces, la determinación del lugar que corresponde a los elementos de la concreción del deber: sea como elementos de la contravención a la norma o como elementos de la punibilidad de tal contravención. A primera vista, parece que es en este punto donde podrá dirimirse la antigua polémica en torno de los elementos negativos del tipo. Si se admite que las permisiones son excepciones a la punibilidad y no a la norma misma, no habrá dificultades en fundar una teoría del tipo penal que no admita los elementos negativos del tipo. La posición de KOHLRAUSCH, que también siguió HOLD VON FERNECK⁴², según la cual, en realidad, la idea de una excepción a la norma es superflua, pues "permitido" es tanto como "no prohibido", en mi opinión prueba lo contrario de lo que el primero de los autores citados ha pretendido, es decir, viene a probar que entre los elementos de la exclusión de la antijuridicidad y los que la fundan no hay diferencia, punto de partida de toda teoría que quiere admitir elementos negativos del tipo. La polémica, por lo tanto, en torno de los elementos negativos del tipo dejará de ser una cuestión terminológica⁴³.

Las limitaciones de los efectos del error que se derivarían de esta construcción del sistema de las normas sólo serían de lamentar en la medida en que se mantenga el axioma de que el error sobre los elementos de la punibilidad es penalmente irrelevante. Sobre este punto volveré más adelante.

Concretando, en los casos de ejercicio de un derecho o de cumplimiento de un deber específico no se da —como lo sostuvo ya BIERLING— "una colisión de deberes contradictorios, sino lisa y llanamen-

⁴¹ THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, p. 17.

⁴² VON FERNECK, HOLD, *Die Rechtswidrigkeit*, 1903, t. I, p. 285; KOHLRAUSCH, *Irrtum und Schuldbeginn*, 1903, t. I, p. 59 y siguientes.

⁴³ STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 1971, n° 179.

te una limitación de la norma general por otra especial"⁴⁴. En estos supuestos faltará directamente la lesión a la norma y también la adecuación al tipo penal, si se quiere ser consecuente con la idea de que todo tipo penal describe la infracción a una prohibición o a un mandato. La circunstancia de que toda conducta contraria al deber requiera esencialmente que se haya lesionado un interés jurídicamente protegido⁴⁵ no modifica estas conclusiones en absoluto.

La cuestión de la justificación, en cambio, plantea el problema de la lesión de una norma admitida por el ordenamiento jurídico. En ello podrá encontrarse, probablemente, un sostén adecuado para la teoría estricta de la culpabilidad. Por cierto que si estas situaciones deben designarse todavía con la expresión "justificación" —como hasta hoy se hace con la defensa necesaria y el estado de necesidad— es sólo una cuestión terminológica. En cambio, parece claro que la "imposibilidad de cumplir con un mandato de acción" o la "inevitabilidad de un resultado" prohibido caen fuera de esta constelación de problemas, pues tienen que ver con la cuestión de si ha existido o no una violación a la norma⁴⁶.

No cabe duda de que "la adecuación social" deberá reanalizarse desde estos puntos de vista. Un desarrollo de sus problemas, sin embargo, no es posible en el reducido espacio de este trabajo.

Para los fines aquí perseguidos, tal vez sea conveniente señalar que la circunstancia hoy generalmente aceptada, de que las diversas causas de justificación que por lo común registra la doctrina dominante⁴⁷, no puedan reducirse a un principio común que las explique, y que mientras en el estado de necesidad se dice que es una causa de justificación *porque* ello está determinado por la salvación del bien de mayor jerarquía, en la defensa necesaria tal ponderación de bienes no sea esencial (aunque pueda admitirse a veces una cierta limitación en base a la ponderación de bienes), lejos de dar cuenta del sig-

⁴⁴ BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. III, p. 194.

⁴⁵ VON FERNECK, HOLD, *Die Rechtswidrigkeit*, 1903, t. I, p. 282 y ss.; t. II, 1905, p. 32, y otros autores.

⁴⁶ BAUMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6ª ed., 1974, p. 282 y siguientes.

⁴⁷ STRATENWERTH, en "ZStW", 68 (1956), p. 51 y siguientes.

nificado de la categoría supuestamente general de la justificación, resulta ser un síntoma de que tal categoría requiere una profundización que la dogmática actual no le ha dedicado todavía. En ciertos casos las diferencias entre las causas de justificación y las excusas absolutorias son tan poco claras que las dudas se hacen naturalmente mayores (por ejemplo, qué diferencia el consentimiento presunto de la excusa absoluta establecida para el marido, por ejemplo, en el art. 185 del Cód. Penal)⁴⁸.

(d)

En cierta forma puede decirse que estas dudas de límites no se plantean con respecto a las llamadas causas de exclusión de la culpabilidad. Ellas se deducen de la exclusión de los requisitos que condicionan la infracción a la norma y no de excepciones a la norma misma. Culpabilidad es reprochabilidad y reprochable es "el que posee la capacidad de seguir el mandato del deber y, sin embargo, no se ha motivado en ese sentido"⁴⁹. De aquí que falte la reprochabilidad cuando el autor no pudo comprender la criminalidad de su acto o dirigir sus acciones de acuerdo con esta comprensión, para decirlo con las palabras del art. 34, inc. 1º del Cód. Penal. Por estas razones resulta claro que el error inevitable de prohibición excluye la reprochabilidad⁵⁰.

Diversa es la cuestión que plantean en este ámbito la coacción (art. 34, inc. 2º, Cód. Penal) y —si se lo admite— el estado de necesidad suprallegal para los casos de colisión de bienes o deberes de igual jerarquía⁵¹. Estas circunstancias no excluyen la capacidad de moti-

⁴⁸ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 92; en la doctrina argentina FONTAN BALESTRA, *Tratado de derecho penal*, 2ª ed., 1970, t. II, p. 69 y ss., aunque su posición resulta confusa porque en parte lo considera un elemento excluyente del tipo, pero de pronto dice que es "de aplicación para completar (?) el legítimo ejercicio de un derecho en la práctica de la medicina". La contradicción surge de que el ejercicio de un derecho es tratado por el propio FONTAN BALESTRA como una causa de justificación (p. 117 y ss.). Por otra parte no parece que el ordenamiento jurídico reconozca a los médicos el derecho de curar. Si fuera así el enfermo no podría rehusarse a ser curado (!).

⁴⁹ KAUFMANN, ARMIN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, p. 174 y siguientes.

⁵⁰ KAUFMANN, ARMIN, *Fest. für Eb. Schmidt*, 1964.

⁵¹ BACIGALUPO, *Culpabilidad, dolo y participación*, 1965.

varse de acuerdo con la norma y, por lo tanto, no pueden excluir el reproche totalmente. Esta posición ha sido fundada por ARMIN KAUFMANN⁵² y es, en general, seguida por otros autores⁵³. Las diferencias con JAMES GOLDSCHMIDT, si bien existen y son notorias, no versan sobre este punto.

En efecto, GOLDSCHMIDT (prescindiendo de su fundamentación de la norma de deber) elaboró las causas de inculpabilidad en forma paralela a las de justificación.

KAUFMANN, por su parte, ha puesto en duda tal paralelismo al considerar a la coacción y al estado de necesidad disculpante como elementos de la cuantificación del reproche, en los que la magnitud de éste se presenta como prácticamente despreciable, lo que determina la exclusión de una culpabilidad relevante para la aplicación de una pena, pero no la culpabilidad misma⁵⁴. GOLDSCHMIDT no sostuvo que en tales casos se excluyera la capacidad de obrar de otra manera. Simplemente dijo que "las causas de inculpabilidad encuentran su fundamento en un motivo subjetivo preponderante y aprobable, es decir, para decirlo con palabras de FRANK, en una motivación anormal, en una situación en la que —así el art. 27 del anteproyecto suizo— al autor no puede exigírsele, de acuerdo con las circunstancias, seguir el motivo del deber"⁵⁵.

La diferencia básica estará, sin embargo, en que la culpabilidad se fundará para GOLDSCHMIDT en la exigibilidad. Tal exigibilidad tiene que ver, en primer lugar, con la posibilidad de un deber "no exigible"⁵⁶. Pero fuera de ello, una duplicación de las normas que dan fundamento a los elementos del sistema de la teoría del delito se vincula con el problema de la determinación del objeto de la norma de deber.

⁵² KAUFMANN, ARMIN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, p. 194 y siguientes.

⁵³ Por ejemplo, ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, p. 33 y siguientes.

⁵⁴ KAUFMANN, ARMIN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, p. 201. Ver también ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, y MAINACH, *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, 1948, p. 24 y ss. Véase como antecedente, NOWAKOWSKI, *Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit*, en "ZStW", 63 (1951), p. 287 y ss. (p. 293).

⁵⁵ GOLDSCHMIDT, J., *Der Notstand, ein Schuldproblem*, p. 162.

⁵⁶ BELING, *Unschuld, Schuld und Schuldstufen*, 1910, p. 11.

En la duplicación norma de derecho-norma de deber⁵⁷ subyace una determinada concepción de la acción o, mejor dicho, una concepción causal de la acción que permitiría establecer un objeto distinto para la norma de Derecho del que constituiría la norma de deber. Esta duplicación resulta innecesaria, y a la vez insostenible, si el objeto de la norma sólo "puede serlo una acción humana"⁵⁸ y "sólo los juicios de valor sobre acciones finales son fundamento de una norma"⁵⁹.

De todo ello puede concluirse que la culpabilidad no requerirá una norma especial para darle sustento conceptual. Pero de ello se puede deducir también que la culpabilidad es un elemento de la infracción a la norma, como ya lo reconoció BINDING⁶⁰. De qué manera, y por qué razones, la culpabilidad puede, entonces, separarse de la antijuridicidad *stricto sensu*⁶¹ o, dicho de otra manera, qué es lo que permite dar fundamento en el ámbito de la teoría de las normas a la diferencia hoy aceptada generalmente entre causas que excluyen la antijuridicidad y otras que excluyen la culpabilidad, es otra cuestión que requiere una indagación profunda. Por cierto que en este problema no pueden ignorarse los efectos que tal distinción ha tenido, para la opinión dominante, en relación con la participación⁶². En todo caso,

⁵⁷ En cierta forma hay también aquí un paralelismo con la concepción que distingue dos funciones de la norma jurídica, a saber: norma objetiva de valoración y norma subjetiva de determinación (VON LISZT - SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26ª ed., 1932, p. 174). Críticamente respecto de esta última distinción ver WELZEL, *Z.f.d.g. Stauswissenschaft*, 97, 1937, p. 382, y SCHAFFSTEIN, *Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems*, en "ZStW", 57 (1937), p. 295 y ss. (p. 312).

⁵⁸ Las expresiones "acción humana" nada tienen que ver —en el sentido utilizado en el texto— con la posición que bajo ese nombre sostiene SOLER respecto de la acción.

⁵⁹ KAUFMANN, ARMIN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, p. 107; NOWAKOWSKI, *Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit*, en "ZStW", 63 (1951).

⁶⁰ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 1872, t. I, p. 196.

⁶¹ La posición de SCHAFFSTEIN, *Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems*, en "ZStW", 57 (1937), p. 311, según la cual "todos los fundamentos que excluyen la pena deben considerarse elementos limitadores del tipo en la forma de elementos negativos del mismo", no proporciona una solución mejor, sobre todo en lo referente al error.

⁶² En la dogmática argentina ver FONTAN BALESTRA, *Tratado de derecho penal*, 2ª ed., t. II, 1970, p. 461 y ss.; NÚÑEZ, *Manual de derecho penal. Parte general*, 1972, p. 293 y ss.; SOLER, *Derecho penal argentino*, t. II, p. 265 y siguientes.

en el Derecho positivo argentino —el art. 48 del Cód. Penal, habla de "circunstancias que disminuyen o excluyen la *penalidad*", sin hacer distinciones— es dudoso que tales diferencias sean necesarias. Una verificación, por lo tanto, de los problemas reseñados aparece como imprescindible⁶³.

(e)

No es posible, en esta oportunidad, una solución de las innumerables cuestiones aquí planteadas. Sólo se intenta presentar un inventario de problemas cuya significación dogmática parece innegable⁶⁴.

Como puede verse, la teoría de las normas ha determinado gran número de soluciones dogmáticas. No cabe duda, sin embargo, que ella, a su vez, se basa en consideraciones ético-sociales y político-criminales que han jugado también un papel importante, más o menos explícito. La distinción misma de BINDING, entre elementos de la infracción a la norma y elementos de la punibilidad, sirve fundamentalmente a una determinada concepción del Derecho, del delito y de la pena, en la que el error sobre la punibilidad carece de relevancia⁶⁵. De todos modos, en la medida en la que el Derecho penal se instrumenta en normas, las reglas internas que las gobiernan determinarán, por

⁶³ Una revisión de estos conceptos ha propuesto con singular agudeza ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG (en *Fest. für Welzel*, 1974), al procurar una base firme para la separación de antijuridicidad y culpabilidad. No cabe duda, de todos modos, que calificándose, como él lo hace, de causas de justificación a todas aquellas que excluyen la pena cuando el autor podía aún motivarse en otro sentido, elimina la barrera entre las tradicionales causas de justificación y las condiciones de punibilidad. Esto no fundamenta en sí mismo una crítica, pero abre la cuestión de las relaciones de lo injusto con la punibilidad en el sentido clásico, que resultan sensiblemente modificadas por GIMBERNAT.

⁶⁴ La utilidad dogmática de la distinción entre norma y ley penal (lesión de la norma y punibilidad) ha sido demostrada con referencia al derecho alemán por SCHÖNE, WOLFGANG, *Unterlassene Erfolgsabwendung und Strafgesetz*, 1974, ps. 90 y ss.; 162 y ss., en la interpretación de los §§ 330 c y 138, 139 StGB. Sobre todo el texto del § 139 del StGB, que trata la omisión de denunciar un delito, sirve de ejemplo de una prescripción que diferencia entre no-punibilidad y falta de deber según las características de los diversos sujetos (abogados, religiosos, médicos). Paralelamente en el Derecho argentino pueden considerarse los ya citados arts. 34 y 48.

⁶⁵ BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, t. I, ps. 160 y ss.; y 691 y ss.; KOHLRAUSCH, *Irrtum und Schuldbegriff*, 1903, t. I, p. 20.

lo menos, la manera en la que puede alcanzarse los fines de política criminal propuestos. En tal sentido, una posición entre sistemas derivados de puras consideraciones político-criminales y sistemas normativos no parece ser sino una manera de generalizar excesivamente un aspecto de la cuestión. Por este motivo, los fundamentos normativos del sistema de la teoría del delito pueden adquirir significación aunque se puedan modificar ciertos puntos de partida político-criminales o expresar otras convicciones ético-sociales. Por ello, la diferenciación entre norma y ley penal, desarrollada por BINDING, puede soportar sin dificultades la admisión de un error relevante para el Derecho penal que recaiga sobre la punibilidad⁶⁶. Probablemente la admisibilidad del error sobre la punibilidad permitirá soluciones menos contradictorias y más racionales.

En general, una cuestión que urge aclarar es la de saber qué debe resolverse en el ámbito de la teoría de las normas y qué puede resolverse sobre la base de decisiones valorativas o de política criminal⁶⁷.

— II —

LA FUNCION DEL CONCEPTO DE NORMA EN LA DOGMÁTICA PENAL

(a)

El sistema de la teoría del delito presupone que éste es, ante todo, la infracción de una norma. La obra con la que puede considerarse que comienza el desarrollo de la teoría moderna del delito se titula precisamente "Las normas y su infracción", y fue publicada por KARL

⁶⁶ Las dificultades para fundamentar la exclusión de toda significación del error sobre la punibilidad, pueden verse en HORN, *Verbotsirrtum und Verurteilbarkeit*, 1969, p. 26 y siguientes.

La teoría del error de derecho extrapenal excusante, parece haber sido también consecuencia de la teoría de las normas de BINDING (ver KOHLRAUSCH, *Irrium und Schuld-begriff*, 1903, t. I, p. 84 y ss.). Su abandono no ha afectado los elementos verdaderos contenidos en la teoría de las normas.

⁶⁷ Véase sobre estas relaciones ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, y HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1974.

BINDING por vez primera en 1872⁶⁸. En el desarrollo posterior a BINDING de la dogmática del delito puede observarse la existencia de una clara correlación entre la formulación de nuevos sistemas y la redefinición del concepto de norma. Por lo tanto, es posible suponer que al concepto de norma se le asigna el carácter de un punto de partida para la construcción del sistema.

Si esto es así, la elección de un determinado concepto de norma condicionará los problemas y las soluciones dogmáticas de la teoría del delito. El concepto de norma, sin embargo, no es "deducible" de los textos legales de la legislación vigente en un momento dado; por el contrario, cualquiera de los conceptos disponibles de norma permite entender los textos del Derecho positivo, sea que se entienda la norma como un imperativo o se dote al concepto de ella de una doble función valorativa, por un lado, y, motivadora, por el otro. Como tal, el concepto de norma resulta ser más bien un concepto *previo* del trabajo dogmático; un concepto con el que se fija uno de los términos de la interpretación.

(b)

En la dogmática penal del siglo XX los sistemas conocidos se apoyaron por lo menos en dos conceptos diversos de norma. La discusión en torno de ellos es, además, una discusión que implica distintos puntos de vista sobre la norma y sobre el concepto de Derecho en general. Sin embargo, es preciso tener presente que es posible distinguir dos momentos en los que la dogmática penal opera con el concepto de norma y en cada momento la finalidad perseguida por este concepto difiere de la que es propia del otro.

El concepto de norma tiene importancia, en primer lugar, en la selección del material normativo que compone la base del sistema. Aquí se trata de delimitar qué normas jurídicas del ordenamiento total importan al jurista del Derecho penal. Este concepto de norma tiene una estructura más compleja que el utilizado como base del sistema de la teoría del delito. Para la selección de la base del sistema normativo del Derecho penal la norma debe contener una referencia

⁶⁸ BINDING, *Die Normen und ihre Überbreitung*, 1ª ed., 1872, 4ª ed., 1922, t. I.

a la *consecuencia jurídica* propia del Derecho penal: sólo interesan al jurista del Derecho penal aquellas normas cuya infracción determina la aplicación de una pena o, bajo ciertas circunstancias, de una medida de seguridad. La definición del Derecho penal como un conjunto de normas cuya infracción determina para el autor una pena hace uso implícito de este concepto de norma, que no es sino una concreción en el ámbito penal del concepto de norma de la teoría general del Derecho que define a ésta como un juicio hipotético.

Por el contrario, los conceptos de norma de la teoría del delito —en sus formulaciones actuales— no hacen referencia alguna a la consecuencia jurídica originada por la infracción de la norma. Presuponen que, incluso en relación con la motivación del autor, la amenaza de una pena no tiene una función relevante⁶⁹.

En el presente trabajo nos importa exclusivamente el concepto de norma de la teoría del delito. Es decir, el que sirve de fundamento a la construcción del sistema del delito como una acción típica, antijurídica y culpable. La tesis propuesta al comienzo, de que las transformaciones del sistema de la teoría del delito (por ejemplo, las que se expresan en la disputa en torno del sistema finalista y del sistema causalista), se refiere exclusivamente al concepto de norma de la teoría del delito. La afirmación de que en la dogmática penal se opera con dos conceptos diversos de norma se refiere también a este aspecto de la cuestión.

El primero de los conceptos de norma en el que se afirma debe basarse la teoría del delito proviene de la conocida *teoría de los imperativos* y considera que la norma tiene la forma de una orden a la que se debe obediencia, sin tomar en consideración para nada la consecuencia jurídica prevista para el incumplimiento del deber de obediencia surgido de la norma⁷⁰. “Yo extraigo el siguiente resultado —decía BINDING⁷¹—: la pauta de acción obligatoria, infringida por el delincuente-

⁶⁹ Confr. BACIGALUPPO, en “Cuadernos de Política Criminal”, n° 6, 1978, p. 3 y ss.; véase también MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982, ps. 44 y 80.

⁷⁰ Cfr., sin embargo, VON FURNECK, *Die Rechtsunidrigkeit*, 1903, t. I, p. 198 y siguientes.

⁷¹ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 4ª ed., 1922, t. I, p. 45.

te, es la prohibición o el mandato de acción como tal, sin ninguna referencia del agente a la consecuencia jurídica que se conecta a la acción como su condición. Este mandato lo encontramos en lo esencial mediante la transformación de la primera parte de una proposición del Derecho penal en una orden: no obrar como en ella se expresa o bien obrar como allí se lo exige. A esta orden legal yo la designo como norma. La norma precede conceptualmente a la ley penal, pues ésta amenaza la infracción de la norma con una pena o la declara impune⁷².

La norma, entonces, se concreta en *prohibiciones* (de hacer algo) o en *mandatos* (que exigen hacer algo); en otras palabras: órdenes prohibitivos u órdenes imperativos. Por ejemplo: “¡No debes matar!” o bien “¡Debes prestar ayuda al necesitado!”. La infracción de estas normas genera el *derecho del Estado a sancionar* con una pena al autor de la infracción. La ley penal, sin embargo, establece no sólo qué infracciones el Estado se obliga a sancionar⁷³, sino —aunque sólo sea a veces— también qué otras circunstancias pueden condicionar excepcionalmente el Derecho penal subjetivo del Estado⁷⁴. Por ejemplo, la norma que dice “No debes entregar un cheque sin tener provisión de fondos en el banco” se infringe con la acción de entregar un cheque sin provisión suficiente de fondos; sin embargo, el hecho sólo es *punible* si el cheque no ha sido pagado dentro de un plazo de cinco días de presentado al cobro (art. 563 bis, b, Cód. Penal)⁷⁵. La falta de pago dentro de los cinco días condiciona el Derecho penal subjetivo del Estado de sancionar la infracción de la norma. La teoría del Derecho penal puede distinguir, en consecuencia entre a) las condiciones de la infracción de la norma = *delito*, y b) las condiciones especiales del ejercicio del derecho del Estado a sancionar la infracción de la norma = *condiciones de la punibilidad* (en sentido estricto)⁷⁶.

⁷² Norma y ley penal son, para BINDING, objetos diversos: “El delincuente cumple el supuesto de hecho de la ley; por tanto, no lesiona la ley penal en forma alguna” (*Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, p. 4).

⁷³ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, p. 19 y siguientes.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 232 y siguientes.

⁷⁵ Así la teoría dominante. Confr., por todos, JINÉNEZ DE ASUA, *Tratado de derecho penal*, 1970, t. VII, p. 70 y ss.; véase también STS del 19/12/75.

⁷⁶ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, p. 97.

Tanto la norma como el Derecho penal del Estado se conciben como una "regla con excepciones"⁷⁷ y como un Derecho con excepciones, respectivamente. Por tanto, la teoría del delito puede distinguir entre la exclusión de la pena por la intervención de una excepción de la norma (fundamento de justificación) o por la incapacidad del autor de comprender el deber surgido de la norma (inculpabilidad), o bien exclusión de la pena por la concurrencia de una excepción del Derecho penal del Estado (excusa absolutoria, por ejemplo, art. 569 del Cód. Penal, que declara impunes a los cónyuges que cometieron hurto, defraudación, etcétera, contra el otro cónyuge).

La norma tiene por *destinatarios* a cada uno de los ciudadanos. Ello significa que el que no conoce la norma no puede transgredirla⁷⁸. la conciencia de la antijuridicidad es, en consecuencia, un elemento fundamental del delito, pues de ella depende la capacidad de comportarse de acuerdo con la exigencia de la norma (capacidad de acción)⁷⁹. Para esta teoría, la distinción entre ilícito y culpabilidad, en el sentido actual, no es ni posible ni necesaria⁸⁰. La idea de ilicitud se caracteriza por la oposición de la voluntad (individual) del autor y la voluntad (general del legislador o del Estado)⁸¹.

La *ley penal*, a diferencia de la norma, *no* tiene por destinatarios a los ciudadanos individualmente, sino al Estado mismo (otros prefieren decir al juez o a las autoridades de ejecución penal, etcétera)⁸².

⁷⁷ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, p. 127 y ss. Otro punto de vista: VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, 1903, t. I; KOHLRAUSCH, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, 1903, p. 68.

⁷⁸ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. II, p. 147.

⁷⁹ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. II, ps. 132 y ss. y 140 y s. "La norma sólo puede obligar a las personas que son capaces de cumplir con sus exigencias o de lesionarlas" (BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, p. 99) y "la capacidad de autodeterminación ('libertad') se considera el presupuesto indispensable de la capacidad de acción en sentido jurídico" (BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. II, p. 16). Por tanto, para BINDING, "la posibilidad de obedecer y consecuentemente el deber individual de obediencia surge del conocimiento de la proposición jurídica que fundamenta el deber" (BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. II, p. 245). Véase, en el mismo sentido, VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, 1903, t. I, p. 198.

⁸⁰ Otro punto de vista en KAUFMANN, ARMIN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 145.

⁸¹ VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, 1903, t. I, p. 209 y siguientes.

⁸² BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, p. 7 y siguientes.

Ello significa que el conocimiento de la ley penal *no* condiciona su aplicación al que infringió una norma: el error sobre los presupuestos de una excusa absolutoria o sobre una condición "objetiva" de punibilidad, por lo tanto, no excluye la responsabilidad penal.

En términos generales, las consecuencias de esta teoría de la norma para el sistema de la teoría del delito puede concretarse en los siguientes puntos:

- a) Sólo puede hablarse de ilicitud en un sentido *subjetivo*, es decir, el acto ilícito presupone el conocimiento del autor de la infracción⁸³.
- b) Sólo puede ser obligado por la norma su destinatario, es decir, quien la pueda comprender o, en otras palabras, el capaz de acción.
- c) Sólo una acción y no su resultado puede ser objeto de una norma⁸⁴. "El resultado —decía HOLD VON FERNECK⁸⁵— le es al Derecho, en realidad, indiferente".
- d) Ilícito y culpabilidad son inseparables, pues la norma no se dirige a los incapaces de culpabilidad⁸⁶.

Con estos puntos de partida puede construirse un sistema que no tendría dificultad alguna en la realización del programa de un Derecho penal fundamentado en el principio "no hay pena sin culpabilidad", y que además sólo se ocupa de sujetos capaces de culpabilidad, pues no prevé ninguna consecuencia jurídica (penal) para los no-culpables⁸⁷.

Pero la concepción de lo ilícito, orientada en primera línea a la infracción culpable de la norma y sólo secundariamente al resultado de la acción culpable, entrará rápidamente en contradicción con una

⁸³ VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, 1903, t. I, p. 277.

⁸⁴ VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, 1903, t. I, p. 387; KOHLRAUSCH, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, 1903, p. 52.

⁸⁵ VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, 1903, t. I, p. 387.

⁸⁶ MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, 1867, p. 43 y ss.; críticamente, THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, p. 77.

⁸⁷ THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, p. 82 y ss., y sobre todo p. 84.

concepción del Derecho penal que prevea consecuencias jurídicas que no sólo presupongan culpabilidad. Las medidas de seguridad, como es sabido, requieren que el autor haya infringido el orden jurídico, aunque no haya sido culpable. Un Derecho penal de estas características debe invertir las relaciones entre la voluntad y el resultado de la voluntad y tender, por tanto, a poner en primera línea a este último.

(c)

La concepción de la norma de la teoría de los imperativos se manifestó, por tanto, como inadecuada para servir de base a la teoría del delito cuando se cuestionó la *libertad del destinatario* de la norma para decidir sobre el cumplimiento de la orden o sobre su transgresión. El Derecho penal debía entenderse de otra manera: la tarea principal del Derecho penal es la de garantizar un determinado *estado de cosas*. "La pena está al servicio de la protección de bienes jurídicos"⁸⁸. Y además: "La historia del Derecho penal es la historia de los intereses de la humanidad declarados bienes jurídicos"⁸⁹. La *pena necesaria* ya no será la que retribuya mal por mal (libremente) causado. La pena necesaria será la que permite *defender a la sociedad* de la lesión de sus bienes jurídicos, y si este postulado quiere cumplirse acabadamente es preciso dirigir la pena al autor y no al hecho: "No se pena el concepto, sino al autor", decía von Liszt⁹⁰. Más que el hecho (libremente) ejecutado de la teoría de los imperativos debe dirigirse la atención al autor *determinado* a su ejecución. La protección de bienes jurídicos requiere que se aplique una sanción tanto al que pudo comprender como al que no lo pudo si con ello se protegen intereses sociales fundamentales.

En este Derecho penal, la norma no puede tener la forma de una orden. Carece de importancia el aspecto imperativo de las normas penales; lo que importa es la significación del hecho para la sociedad. La norma se identifica entonces con un *juicio de valor*. "La antijuricidad contiene un juicio de *disvalor* sobre el hecho, y la culpabili-

⁸⁸ VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905, t. I, p. 149.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 149.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 175.

dad, un juicio de *disvalor* sobre autor", decía VON LISZT⁹¹. Antijurídica era la lesión de un bien jurídico y culpable el autor que exterioriza una personalidad asocial.

Sin embargo, este punto de vista sólo se impuso en parte. Precisamente porque también la teoría de la pena en la que se apoyaba sólo se impuso parcialmente. La vinculación de la pena con la idea de culpabilidad se flexibilizó, pero no se eliminó. Las llamadas teorías de la unión exigían un concepto de norma que permitiera mantener el concepto clásico de culpabilidad. El Derecho penal requería una norma que contemplara la actitud de rebeldía del autor con respecto al orden jurídico. En otras palabras: se requería una *norma de determinación o de motivación*. El resultado fue un concepto de norma que sintetizaba en sí el juicio de valor y el imperativo. Este nuevo concepto de norma fue expuesto por ER. SCHMIDT⁹² y por MEZGER⁹³. La norma tendería, por tanto, dos momentos: sería una "norma objetiva de valoración" y, a la vez, pero en dirección al autor, una "norma subjetiva de motivación". La primera tiene relevancia en el momento de la ilicitud; la segunda, en el momento de la culpabilidad. "El Derecho no es imaginable sólo como 'norma de motivación' —decía MEZGER⁹⁴— sin el Derecho como 'norma de valoración'; el Derecho como norma de valoración es un presupuesto lógico absoluto del Derecho como norma de motivación". La norma de valoración podía definirse como "un deber impersonal"⁹⁵, o sea, como un juicio de valor sobre el hecho y no sobre la persona del autor.

Este nuevo punto de vista sobre la norma permitía:

- a) Concebir la ilicitud en un sentido *objetivo*, como un hecho contra un "orden objetivo de vida"⁹⁶ y sin tener en cuenta al autor.

⁹¹ VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 16^a/17^a ed., 1908, p. 116; en el mismo sentido, VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, 1980, t. II, p. 187.

⁹² En VON LISZT - SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26^a ed., 1932, t. I, p. 174 y siguientes.

⁹³ MEZGER, en "Der Gerichtssaal", 89 (1924), p. 89 y siguientes.

⁹⁴ MEZGER, en "Der Gerichtssaal", 89 (1924), ps. 240 y 241.

⁹⁵ MEZGER, en "Der Gerichtssaal", 89 (1924), p. 245; véase también al respecto VON LISZT - SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26^a ed., 1932, t. I, p. 175.

⁹⁶ MEZGER, en "Der Gerichtssaal", 89 (1924), p. 242.

- b) Eliminar el problema del destinatario de la norma y poder considerar al incapaz de comprenderla como autor de un ilícito (aunque no sea culpable).
- c) Admitir como objeto de la norma (de valoración) no sólo acciones, sino también estados y situaciones: tanto los comportamientos del capaz de acción o de culpabilidad como los de un incapaz de acción o de culpabilidad⁹⁷.
- d) Distinguir entre lo ilícito y la culpabilidad, de tal manera que no hay dificultad en aplicar una consecuencia del Derecho penal a un no-culpable. La culpabilidad se construye como la infracción de la norma subjetiva de motivación o de la norma de deber⁹⁸, que en nada se diferenciaban de los imperativos.

La nueva concepción de la norma de dos momentos consistía en desplazar delante del imperativo un juicio de valor que permitiera afirmar que el resultado de la voluntad tiene carácter socialmente dañoso, con lo que se crea una categoría de lo ilícito independiente de la culpabilidad.

Esta teoría —sostenida todavía por algunos autores⁹⁹— enfrentó dos problemas.

Lo primero que se cuestionó es que el objeto de valoración puede ser tanto el resultado exterior como la actitud subjetiva del autor. Esto permitiría también que la norma asumiera ambas funciones respecto del comportamiento exterior¹⁰⁰. Si así fuera, el elemento subjetivo del delito en su totalidad podría ser objeto de valoración y, por tanto, de lo ilícito¹⁰¹. Esta supuesta contradicción no parece ser deci-

⁹⁷ MEZGER, *Strafrecht, ein Studienbuch. Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1949, p. 164; con variantes, pero similar en los resultados, VON LISZT - SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26ª ed., 1932, t. I, p. 175; véase también FISCHER, HANS ALBRECHT, *Die Rechtswidrigkeit (mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts)*, 1911, p. 99.

⁹⁸ MEZGER, en "Der Gerichtssaal", 89 (1924), p. 245; ídem, *Strafrecht, ein Studienbuch. Allgemeiner Teil*, p. 166; GOLDSCHMIDT, en *Oesterr. Z. f. StrR*, IV, 1913, p. 129 y ss. (148 y s.); ídem, *Festsache für Frank*, 1930, t. I, p. 428 y siguientes.

⁹⁹ BIEL, *Strafrecht I. Allgemeiner Teil*, 16ª ed., 1975, p. 88; BOCKELMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, p. 36 y ss.; SAMSON, en *SK StGB*, 2ª ed., 1977, nota previa al § 32, n.º 3.

¹⁰⁰ GOLDSCHMIDT, *Fest. f. Frank*, 1930, t. I, p. 437.

¹⁰¹ GOLDSCHMIDT, *Fest. f. Frank*, 1930, t. I, p. 437.

siva ni insuperable. Ninguno de los autores que sigue esta teoría se ocupa del problema en la actualidad.

Más importante —sobre todo por sus consecuencias— es la segunda objeción que se dirigió a esta teoría de la norma, fundada en la incompatibilidad del concepto de ilícito que surge de ella con las nuevas concepciones sobre la realidad en el marco de las ciencias del espíritu¹⁰². Con la norma de valoración, como se dijo, lo ilícito quedaba reducido a la lesión causalmente producida de un bien jurídico. Las nuevas corrientes de pensamiento, sin embargo, exigían que lo ilícito del Derecho penal reflejara la diferencia que se supone existe entre la realidad de las ciencias naturales y la realidad de las ciencias sociales. Brevemente: entre lo humano y lo natural. En consecuencia, el objeto de valoración de una norma no debería ser un resultado causado por un movimiento corporal. Ello no se diferenciaba en nada de la realidad de las ciencias naturales. El objeto de una norma debía ser únicamente una acción "en su significado (jurídico) para la comunidad"¹⁰³. Sólo sobre esta base sería posible un concepto "personal de lo ilícito". Un resultado podía ser objeto de un juicio de valor, pero no de una norma. En este sentido, afirmaba WEIZEL: "El resultado causado (lesión del bien jurídico) y despojado de la persona de su autor no agota lo ilícito; la acción es antijurídica sólo como la obra de un determinado autor: qué fin ha dado éste al hecho objetivo, de qué actitud ha partido, qué deberes le incumbían, todo ello determina en forma decisiva lo ilícito del hecho junto a la lesión del bien jurídico"¹⁰⁴.

(d)

Con esta exigencia de adecuación de la teoría de la norma y, correlativamente de lo ilícito penal, a las concepciones de la realidad de las

¹⁰² WEIZEL, en "ZStW", 58 (1939), p. 491 y ss. El ideal de una ciencia del espíritu (a la que pertenecería también el Derecho) que se refiera al grupo de ciencias que tienen por denominador común "determinar lo humano y delimitarlo con respecto a las ciencias naturales" (DURKEIM, *Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften*, ed. de Suhrkamp Verlag, con introducción de Manfred Riedel, 1970, p. 91) ejerció una considerable influencia en la ciencia del Derecho de aquella época.

¹⁰³ WEIZEL, "Strafrecht und Philosophie", 1930, citado en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, p. 125.

¹⁰⁴ WEIZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystem*, 4ª ed., 1961, p. 29.

ciencias sociales propias de una ciencia del espíritu, comienza una nueva fase del desarrollo de la teoría del delito, que se conoce ante todo por la oposición entre la teoría causal de la acción y la teoría final de la acción. En verdad, no es únicamente la teoría de la acción lo que provoca la polémica, sino, y por lo menos tanto como la teoría de la acción, la teoría de la norma.

El "finalismo" y el "causalismo" fueron dos corrientes de pensamiento que concibieron la norma de una manera diversa: mientras los causalistas siguieron la teoría de la norma de valoración y la norma de determinación, los finalistas proclamaron un retorno a la teoría de los imperativos.¹⁰⁵

El punto de partida de la teoría finalista respecto de la norma es el siguiente: "Las normas jurídicas, es decir, las prohibiciones y los mandatos del Derecho —dice WEIZEL,¹⁰⁶—, no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino sólo a acciones que permitan una configuración del futuro dirigida finalmente". El retorno a la teoría de los imperativos para fundamentar en ella la teoría de lo injusto personal no deja de ser problemático. Ante todo porque el nuevo sistema del Derecho penal no quiere renunciar al dualismo de penas y medidas de seguridad y necesita, por tanto, un concepto de ilícito personal común para la aplicación de penas y medidas de seguridad. En otras palabras: se trata de fundamentar la distinción entre ilícito y culpabilidad en el marco de una teoría de la norma que, en su momento, fue abandonada por su incapacidad para responder a esta exigencia.

Para llevar a cabo esta tarea se dieron dos pasos diferentes, pero en cierto sentido complementarios: primeramente, se intentó precisar cuál sería el objeto del imperativo y, en segundo lugar, se trató de demostrar la posibilidad teórico-normativa de la solución que se propone alcanzar.

1 — El primer paso fue llevado a cabo por WEIZEL. Este razonó fundamentalmente desde el objeto de la norma, es decir, desde la acción hacia la norma. En esta dirección se pierden, lamentablemente, cuestiones teórico-normativas que son de singular importancia, co-

¹⁰⁵ KAUFMANN, ARMIN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954.

¹⁰⁶ WEIZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 37.

mo, por ejemplo, la cuestión del efecto obligatorio de la norma. Al mismo, en su primera época, WEIZEL parece haber entendido resolver su problema referente a lo ilícito y a la culpabilidad mediante distinciones en el plano del objeto de la norma, es decir, en el plano de la acción.

Para WEIZEL, el contenido de lo ilícito en sentido personal está dado por la dirección voluntaria de la acción a un fin determinado. Lo que diferencia entonces un acontecimiento natural del acto de una persona es que este último importa una actividad final: "La voluntad —dice WEIZEL,¹⁰⁷— no es únicamente un factor *modificador* de la realidad, sino —y sobre todo— un factor *configurador consciente* de ella". En consecuencia, la *dirección final de la acción*, es decir, la "ejecución de la decisión de acción"¹⁰⁸, debe constituirse en elemento esencial de lo ilícito. La consecuencia práctica inmediata de este punto de vista es que el dolo, en tanto conocimiento y voluntad de la realización del supuesto de hecho del tipo penal, se convierte en un elemento del tipo de injusto de los delitos dolosos y no debe incluirse entre los elementos de la culpabilidad. Por otra parte, en los delitos culposos la infracción al deber de cuidado constituirá el elemento esencial de lo ilícito.

Pero la *ejecución* de la decisión presupone la *toma* de la decisión, y ésta "se apoya en representaciones valorativas"¹⁰⁹. "Yo obro —dice WEIZEL¹¹⁰— porque considero valiosa la realización de lo que quiero. De esta manera alcanzamos el momento de la acción, que ya ha sido previamente (o por lo menos al mismo tiempo) decidido, o sea, la decisión (de valor) positiva a favor de la acción. Esta parte de la acción queremos designarla como parte "emocional" de la acción, ya que se refiere a la decisión según el valor. En ella reside el objeto del reproche de culpabilidad. El momento de la culpabilidad se refiere a la decisión de la voluntad a favor de menor jerarquía (disvalor) contra el valor de mayor jerarquía. O, dicho con un giro estrictamente jurídico: el reproche de culpabilidad se refiere a la decisión valorativa a favor de la acción ilícita ejecutada sobre la base de esa decisión".

¹⁰⁷ Confr. WEIZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, p. 129.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 130.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 130 y siguientes.

La consecuencia práctica inmediata de esta separación del ámbito de la acción del aspecto emocional, en otras palabras: de la motivación y decisión, es la pertenencia de la conciencia (potencial) de la antijuridicidad a la culpabilidad.

Para quienes el dolo presupone 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"¹¹¹.

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 ofrecía en ese contexto ninguna dificultad.

Si WELZEL hubiera aceptado la teoría de la norma de la teoría causal de acción, su construcción estaría terminada aquí. Pero WELZEL había partido de la teoría de las normas como imperativos con excepciones, y esta teoría exige resolver el problema del efecto obligante de la norma.

2 — Precisamente ésta es la tarea que emprende ARMIN KAUFMANN. La teoría de la norma de valoración al convertir a la norma en un "deber impersonal" no necesitaba ocuparse del efecto obligante de la norma y de sus condiciones. Pero la teoría de los imperativos vincula la infracción de la norma con la *infracción de un deber*. ¿A quién y cómo obliga la norma?

La respuesta requiere retornar al problema del destinatario de la norma: su presencia es imprescindible si lo que se pretende es un "deber personal". Los teóricos imperativistas nunca se pusieron totalmente de acuerdo en este punto¹¹². Pero con respecto al Derecho penal, dominó la idea de que el efecto obligante de la norma se derivaba

¹¹¹ Ibidem, p. 131.

¹¹² THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878.

de su conocimiento y comprensión por parte del destinatario. La capacidad de culpabilidad y la conciencia de la antijuridicidad, deberían ser, por consiguiente, elementos incluíbles de lo ilícito¹¹³. Sin embargo, bajo estas condiciones, la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad dejaría de ser posible.

Para posibilitar la distinción entre ilícito y culpabilidad, ARMIN KAUFMANN propone reconsiderar las soluciones clásicas del problema del destinatario de la norma.

En primer lugar, sostuvo ARMIN KAUFMANN, "todos son destinatarios de todas las normas"; "como forma de pensamiento, la norma es abstracta, no está vinculada a personas individuales ni a actos concretos"¹¹⁴.

En segundo lugar, "deber jurídico" y "obligación" sólo significan "que una persona o algo equivalente en este sentido a una persona (persona jurídica, patrimonio de afectación = *Sondervermögen*) es elemento de una relación distributiva, de tal manera que el 'obligado' dentro de esta relación 'tiene que realizar una prestación', es decir, que la distribución dispone que bienes referidos a él pasen (en parte) a otro miembro"¹¹⁵.

A pesar de estas afirmaciones, que modifican sensiblemente el contenido de los conceptos, ARMIN KAUFMANN sigue denominando a las normas como "órdenes": "Es del interés del Estado —dice— que sus 'órdenes' se impartan a todos"¹¹⁶.

Para resolver el problema del efecto obligante sobre estas bases, KAUFMANN propone distinguir entre los destinatarios de la norma y

¹¹³ Confr. KOHLRAUSCH, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, 1903, p. 45.

¹¹⁴ KAUFMANN, ARMIN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 125. Similar es también el punto de vista de JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelict*, 1972, según el cual la norma debe entenderse como "afirmación objetiva de corrección o falsedad" en un comportamiento. Para JAKOBS, "la norma jurídica carece de destinatario de la misma manera que cualquier otra afirmación de corrección" (p. 8). Frente a este concepto cabe apuntar que una afirmación de corrección carente de destinatario no impone necesariamente un concepto personal de lo injusto ni tiene que referirse necesariamente a acciones finales. En otras palabras: así concebida, la norma no se diferencia sustancialmente de la "norma objetiva de valoración".

¹¹⁵ Confr. KAUFMANN, ARMIN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 128.

¹¹⁶ Ibidem, p. 125.

aquellos con relación a los cuales la norma se *concreta en deber*. Si se trata de una norma general (que no requiere para su infracción un sujeto con calificaciones especiales: por ejemplo, un funcionario público), la norma se concretará en deber "sólo en relación a un capaz de acción" ¹¹⁷. Terminológicamente no hay diferencia alguna con BINDING: también para él sólo podía ser obligado por la norma un capaz de acción. Pero la "capacidad de acción" en la que piensa KAUFMANN no es la misma que la pensada por BINDING. Para éste se trataba fundamentalmente del *conocimiento del deber*: sólo sería capaz de cumplir con el deber quien tenía conocimiento del mismo. ARMIN KAUFMANN cree, por el contrario, que capaz de acción "sólo es aquel que, bajo circunstancias concretas y en un determinado momento, puede ejecutar una *acción determinada*" ¹¹⁸. La clave está en estas últimas expresiones: "ejecutar una acción determinada". Partiendo del concepto de acción de WEIZEL, esta capacidad no se deriva del conocimiento del deber (o de la posibilidad de conocer el deber), sino de la capacidad del autor para proponerse un fin, elegir los medios para alcanzarlo y de ejecutar los actos que conducen al mismo ¹¹⁹.

Dos críticas caben al planteamiento de ARMIN KAUFMANN:

1. Una primera crítica es *extra-sistemática*. 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"

¹¹⁷ Confr. KAUFMANN, ARMIN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 139.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ LAMPE, *Das personale Unrecht*, 1967, p. 78 y siguientes.

(norma de valoración y norma de motivación) permitía alcanzar por un camino mucho más corto ¹²⁰.

2. La segunda crítica tiene carácter *intra-sistemático*. KAUFMANN sostiene que las *proposiciones permisivas* (*Erlaubnissätze*), es decir, en la terminología particular de la teoría del delito, los fundamentos o causas de justificación "impiden la concreción de la norma en deber" ¹²¹. En otras palabras: el autor de una muerte de otro en defensa necesaria no tenía el deber de respetar la norma "no matar", pues la norma no se habría concretado a su respecto en deber como consecuencia de la permisión. Pero a continuación KAUFMANN establece la relación que, a su juicio, existe entre la norma y la proposición permisiva, y afirma que la misma se expresa en "el primado lógico (no también temporal) del juicio de valor que yace en la norma frente a la justificación". Y agrega: "Sólo un acto defensivo que haya cumplido los elementos de la materia de la prohibición es objeto de justificación. Ya de aquí se deduce que la falta de justificación no puede ser presupuesto de la adecuación típica (*Tatbestandsmässigkeit*)" ¹²². En otras palabras: se afirma una "primacia lógica de la tipicidad frente a la antijuridicidad" ¹²³, lo que quiere decir que sin lesión de una norma no cabe hablar de la justificación. Es decir: la teoría de los elementos negativos del tipo (MERKEL, FRANK) es falsa por su deficiente base teórico-normativa.

Pero ¿cómo es posible que la lesión de la norma (de la prohibición o del mandato) sea presupuesto lógico de la justificación si la justifi-

¹²⁰ La distinción de un juicio *primario* de valor, referido al resultado lesivo del bien jurídico, y otro *secundario* sobre el acto, sobre los que se basaría el sistema normativo y que recientemente propone ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, p. 121 y ss. (esp. ps. 123 y 125), no es sino el desarrollo de lo que estaba ya implícito en el concepto de ARMIN KAUFMANN y pone de manifiesto de una manera indudable el total paralelismo entre el concepto de este y la concepción de la norma con una "doble función".

¹²¹ Confr. KAUFMANN, ARMIN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 250.

¹²² *Ibidem*, p. 255.

¹²³ *Ibidem*, p. 256.

cación 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? Ninguna de las dos respuestas posibles favorecen la posición de ARMIN KAUFMANN. O bien, la norma puede lesionarse sin concretarse en deber, en cuyo caso no se diferencia en nada de un mero juicio de valor y su objeto no tiene que limitarse *necesariamente* a una acción (con lo que caería uno de los argumentos más fuertes del finalismo contra el causalismo), o bien la norma sólo se lesiona si se concreta en deber, y entonces la definición de la función de las permisiones de KAUFMANN es falsa, o sea, la no-justificación es presupuesto de la lesión de la norma (o dicho en el lenguaje de la dogmática penal: los argumentos de KAUFMANN contra la teoría de los elementos negativos del tipo no sería decisiva). Si se tiene en cuenta que uno de los principales objetivos de KAUFMANN es dar una base teórico-normativa a la llamada teoría de la culpabilidad en materia de conciencia de la antijuridicidad, se comprenderá que el peso de esta crítica es decisivo.

(e)

La discusión entre causalismo y finalismo pertenece ya al pasado dogmático. En la actualidad, las tesis del finalismo son, en general, aceptadas, aunque sobre sus fundamentos filosóficos y metodológicos, por el contrario, persista un evidente desacuerdo; por otra parte, no todos los "finalistas" defienden actualmente idénticos puntos de vista, incluso en cuestiones básicas. Sin embargo, ha sido importante recordar esa polémica, pues es dentro de su marco donde tuvo lugar la última discusión sobre la teoría de la norma en la dogmática penal.

Si ahora quisiéramos extraer una conclusión de nuestra investigación respecto de la función del concepto de norma en la dogmática penal, podría afirmarse que, en realidad, su función es meramente *secundaria*.

En efecto, la estructura del sistema dogmático actual parece no depender del concepto de norma al que hace referencia. El punto de partida del sistema dogmático del delito estaría en la distinción entre ilícito y culpabilidad en forma primaria y en la determinación, luego, de qué aspectos del hecho deben considerarse en el ámbito de

lo ilícito y qué otros aspectos son relevantes en la culpabilidad. La distribución de los presupuestos de las consecuencias jurídicas del Derecho penal, por tanto, no parece estar determinada por el concepto de norma, sino por otras razones. Hoy se discute si la distinción entre acción (final) y motivación es adecuada al concepto *personal* de lo ilícito y si un concepto de esta naturaleza no debería incluir ya entre los elementos de lo ilícito la conciencia de la antijuridicidad¹²⁴ y no limitarse a inserción del dolo de hecho en lo ilícito personal¹²⁵. Se discute si lo ilícito debe agotarse en el disvalor de acción o si el disvalor del resultado debe tenerse en cuenta para la gravedad de lo ilícito¹²⁶. La solución de estos problemas no depende del concepto de norma y pueden resolverse en cualquiera de los sentidos posibles sin necesidad de recurrir a un concepto de norma. En verdad, todas estas decisiones son *previas* al concepto de norma.

Ciertamente—debe reconocerse—que el concepto de norma tuvo una significación considerable en la adecuación de las teorías del Derecho penal a la idea básica de las ciencias del espíritu. Pero esa adecuación, que implicaba ante todo una decisión a favor de la concepción personal de lo ilícito, podría haberse llevado a cabo también dentro del marco de la teoría de la norma en aquel momento dominante. Inclusive hubiera podido realizarse con menores dificultades sin mo-

¹²⁴ LAMPE, *Das personale Unrecht*, 1967, p. 252, y ss.; ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 83; OTTO, en "ZStW", 87 (1975), p. 539 y ss. (p. 574); MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982, p. 74 y ss.; QUINTERO OLIVARES, *Introducción al derecho penal. Parte general*, 1981, p. 120.

¹²⁵ Como lo hacen los finalistas que hoy podríamos llamar clásicos: confr. STRATEN-WERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 3ª ed., 1981, n° 236 y siguientes.

¹²⁶ Confr. KAUFMANN, ARMIN, en "ZStW", 80 (1968), p. 34 y ss.; ídem, en *Fest. f. Welzel*, 1974, p. 403 y ss.; HORN, *Konkrete Gefährdungsdehujem*, 1973, p. 78 y ss.; LUDERSSEN, en "ZStW", 85 (1973), ps. 282, 292; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973; SUAREZ MONTES, en *Fest. f. Welzel*, 1974, p. 382; MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982, p. 65 y ss.; con reservas, BACIGALUPO, en *Temas de derecho penal*, ed. de la Procuraduría de Justicia, México, 1976, p. 15 y ss.; OTTO, *Grundkurs Strafrechts-Die einzelnen Delikte*, p. 144; ídem, en "ZStW", 87 (1975), p. 566 y ss.; SCHMIDHAUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, ps. 219 y 220; GALLAS, en *Fest. für Bockelmann*, p. 155 y ss.; STRATEN-WERTH, en *Fest. für Schaffstein*, 1975, p. 178.

dificar la teoría de la norma: la norma de valoración podía limitar su objeto sin ninguna dificultad a las acciones finales.¹²⁷

Tal vez podría afirmarse, antes de concluir, que el tema de la función de un concepto de norma en el Derecho penal, en la dogmática penal y en su sistema, es extremadamente difícil de precisar y por ahora no puede obtener respuestas categóricas.

— III —

EXCURSUS

Los dos artículos sobre la teoría de las normas fueron escritos, el primero en 1974¹²⁸, a pedido de WERNER GOLDSCHMIDT para la celebración ese año del centenario de su padre: JAMES GOLDSCHMIDT. El segundo, escrito en 1984, constituyó una de las ponencias de las "Jornadas en Memoria de Luis Jiménez de Asúa" que se celebraron en la Universidad Complutense de Madrid. Fue publicada con el resto de las ponencias en la revista de la Universidad Complutense.¹²⁹

A pesar de los años transcurridos, pienso que no han perdido actualidad desde el punto de vista de lo que se proponen: aclarar el significado de la noción de norma en la dogmática penal. No obstante, requieren ser actualizados y a ello está destinada la presente *excursus*.

¹²⁷ Esta es en realidad la solución que recientemente propone GALLAS, *Fest. für Bockelman*, p. 162, al afirmar que en la medida en que es posible distinguir un resultado diferenciado de la acción, en la ley penal puede entenderse que se alojan "dos normas de valoración—relacionadas recíprocamente—que se corresponden con el dualismo autor-lesionado, y que una como norma de comportamiento desaprueba la ejecución de la acción que amenaza al lesionado, mientras la otra como norma de protección desaprueba a su vez la lesión de la integridad garantizada al lesionado". La diferencia entre el punto de vista de GALLAS y el de ZIELINSKI (véase nota 49 *ter*) es, en lo que se refiere a la teoría de la norma, puramente terminológico. La cuestión de si el disvalor resultante del "juicio primario de valor" (ZIELINSKI) o de la infracción de la "norma de protección" (GALLAS), en otras palabras: el disvalor del resultado, forma parte de lo ilícito o no, depende de consideraciones totalmente ajenas a la norma misma. Nada impide reunir ambos disvalores en lo ilícito o reservar esta designación sólo al disvalor de acción; al parecer, una u otra posición dependen de una decisión respecto del tratamiento (atenuado necesariamente o sólo facultativamente) que se estime más adecuado (o justo) para la tentativa.

¹²⁸ En *El Derecho*, 1974, p. 791 y siguientes.

¹²⁹ "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense", Monográfico 11, 1986, p. 61 y siguientes.

(a)

En la dogmática actual se distingue frecuentemente entre las *normas de la sanción* (*Sanktionsnormen*, norma secundaria) y las *normas de la conducta* (*Verhaltensnormen*, normas primarias). Las primeras se refieren a la consecuencia jurídica (pena, medida de seguridad), dirigida a la autoridad de aplicación. Las segundas, tienen la función de desautorizar una determinada conducta, cuya realización es condición de la aplicación de la consecuencia jurídica establecida por la norma de la sanción¹³⁰.

Esta distinción es la que permite mantener la distinción entre tipo y consecuencia jurídica; es la que sirve, además, para justificar la irrelevancia del error sobre la punibilidad, que sigue careciendo de una adecuada explicación dogmática.

Las sanciones presuponen lógicamente una conducta antecedente merecedora de ella y, por lo tanto, la infracción de la norma de conducta es considerada con un presupuesto lógico de la sanción¹³¹. Las normas de la conducta son mandatos o prohibiciones que el orden jurídico establece de acuerdo con sus finalidades.

Esta concepción de las normas de la conducta se diferencia de la teoría de los imperativos (todo el orden jurídico es un conjunto de imperativos) y de la de BINDING (la norma es una regla, con excepciones) en que la problemática del destinatario de la norma es ajena a ella. Algo similar ocurría ya con la *norma objetiva de valoración*, que, como se vio, desplazaba la cuestión del destinatario a la *norma subjetiva de motivación*, para justificar, de esta manera, la distinción entre ilícito (objetivo) y culpabilidad (subjetiva).

La norma de la conducta es entendida como un *modelo de comportamiento social* que corresponde a las *expectativas establecidas* de

¹³⁰ KINDHAUSER, U., *Strafrecht. Besonderer Teil*, 1998, p. 33 y ss.; VOGEL, J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993; FREUND, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1983, p. 12 y ss. Críticamente sobre esta distinción: SCHMIDHAUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, p. 92, que pone seriamente en duda que las leyes penales pueden tener un destinatario.

¹³¹ Confr. JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, p. 9 y ss.; VOGEL, J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1992, p. 25 y ss.; FREUND, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1998, p. 30 y ss.; FRISCH, W., *Vorsatz u. Risiko*, 1983, p. 59 y siguientes.

una sociedad. Las normas en palabras de LUHMANN son "expectativas de conducta contrafacticamente establecidas". Su validez, quiere esto decir, es independiente de su cumplimiento o no cumplimiento¹³².

Con este concepto de norma la *ilicitud* se explica como la defraudación de la expectativa, es decir, mediante un comportamiento que expresa una negación de la expectativa normativamente estabilizada. La razón de la relevancia dogmática de este *hecho* es consecuencia de la teoría de la pena de *prevención general positiva*. En la medida en la que esta teoría presupone también que la defraudación de la expectativa debe ser *reprochable*¹³³, el concepto de delito no se agotará en una teoría de la *ilicitud*, es decir, de la defraudación de la expectativa. También exige una segunda categoría referida al autor: la *culpabilidad*, cuyo contenido es dependiente asimismo de la teoría de la pena¹³⁴.

Sin embargo, la idea de la *ilicitud* como defraudación de expectativas normativamente estabilizadas permite poner en duda la tradicional distinción entre *ilicitud* (objetiva) y *culpabilidad* (subjetiva), o, lo que es lo mismo, la distinción entre el *hecho* y el *autor*¹³⁵. En efecto, hasta qué punto un autor incapaz de culpabilidad defrauda expectativas que tienen como presupuesto la comunicación del rechazo de la norma, es claramente dudoso. Dicho en otras palabras: la teoría de prevención general positiva puede llegar a poner en duda la tradicional distinción entre ilícito y culpabilidad y entre delito y punibilidad.

Como se ve, tampoco en la dogmática actual el concepto de norma no es el que condiciona la estructura de la teoría del delito. Por el contrario: *la teoría de la norma se adecua permanentemente a las necesidades que se deducen de las teorías de la pena.*

(b)

En el Derecho penal no sólo se opera con normas de la conducta de la sanción. Conducta como presupuesto y sanción como consecuencia

¹³² LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 43. En idénticos términos: LESCH, H., *Der Verbrechensbegriff*, 1999, p. 188.

¹³³ VON HIRSCH, A., *Fairness, Verbrechen und Strafe. Strafrechtstheoretische Abhandlungen*, 2005.

¹³⁴ JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976.

¹³⁵ Confr. LESCH, H., *Der Verbrechenbegriff*, 1999.

jurídica forman el concepto de norma que KELSEN¹³⁶ configuró como la base de la teoría del *derecho*.

Esta noción de norma se caracteriza por su *estructura condicional*, es decir: dados ciertos presupuestos, entonces es aplicable la consecuencia jurídica. Esquemáticamente, estas normas responden a la siguiente fórmula:

Si P —► S.

En el Derecho penal esta concepción de la norma puede ser también expresada de otra manera: si se dan los presupuestos que configuran el delito (acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad), entonces es aplicable la pena o la medida de seguridad.

Lo importante es señalar que la comprobación de los presupuestos responde a reglas diversas de las que regulan la determinación de la consecuencia jurídica (pena o medida de seguridad). En efecto: la comprobación de los elementos del delito se rige por las *reglas de la subsunción*. Esto significa que los distintos aspectos de *hecho* deben ser considerados como el objeto de una *definición* de cada elemento del tipo, de la antijuricidad y de la culpabilidad. Respecto del delito de hurto será necesario, en el nivel de la tipicidad, poder afirmar si el agua o el vapor del agua, por ejemplo, constituyen una cosa mueble¹³⁷.

Por el contrario, en la determinación de la cuantía de la pena adecuada a la culpabilidad o la necesidad y duración de una medida de seguridad, no es posible operar con el método de la subsunción. En este ámbito problemático es preciso adecuar la decisión a la obtención de una cierta finalidad, sea resocializadora, asegurativa o intimidatoria. La finalidad es, en principio, una consecuencia de una *teoría reactiva* de la pena. Es obvio que si la pena no debe perseguir ninguna finalidad ajena a la justa retribución (teorías absolutas), la pena a imponer no puede ser adecuada a una finalidad. Sin embargo, tampoco en este caso es posible operar con el método de la subsunción, pues no

¹³⁶ KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, p. 36 y siguientes.

¹³⁷ Debe quedar por ahora abierta la cuestión de si en el caso de los elementos normativos del tipo hay supuestos en los que este método no sería aplicable; por ejemplo, el elemento "obscenidad" ... Provisionalmente la respuesta debe ser negativa: la subsunción es una operación distinta de la de definir el concepto de un elemento normativo.

se trata de constatar si un determinado objeto cabe entre los significados atribuidos a un término de la ley, sino de establecer la correspondencia cuantitativamente justa entre el daño producido por el delito y el que debe soportar el autor del mismo.

Si se entiende la dogmática penal como una teoría de la aplicación de la ley penal¹³⁸, el objeto de la misma no puede ser reducido a normas de conducta y normas de sanción. Se debería admitir también una tercera especie de normas, las *normas de la cuantificación de la consecuencia jurídica*. Estas son *normas de determinación final*.

En el caso de las teorías relativas de la pena esas normas de determinación de la pena responderán a una estructura que difiere de la de las normas condicionales (si S —> P). Se trata de normas, por el contrario, que presentan la estructura de las *normas de determinación final*, porque exigen adecuar la decisión a la obtención de un fin¹³⁹. La primera reflexión sobre estas normas en el ámbito de la ley penal aparece en la contribución de WELZEL al homenaje a KOHLRAUSCH, en 1944¹⁴⁰. WELZEL se pregunta si el concepto material de ley penal es compatible con normas que son características del Derecho público y, sobre todo, del Derecho administrativo. WELZEL pensaba que mientras la esencia de ley penal (desde el punto de vista de una teoría absoluta) "consiste en una especial relación con el derecho"¹⁴¹, las medidas (de seguridad) se encuentran en "cortante oposición respecto de esta función jurídica de la ley", porque es institución para alcanzar un determinado resultado. La especie a la que pertenece [la medida] consiste, según palabras de CARL SCHMIDT, en "la dependencia del fin de la concreta situación"¹⁴². Es evidente que sistemas dogmáticos que admiten una finalidad (real)¹⁴³ de la pena, deben coincidir con la estructura de las normas de las medidas de seguridad. Es por esta razón que en tales sistemas la distinción conceptual de pena

¹³⁸ BACIGALUPO, *Principios de derecho penal*, 5ª ed., 1998, p. 132 y siguientes.

¹³⁹ LUHMANN, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, 1973, p. 257 y siguientes.

¹⁴⁰ WELZEL, *Probleme der Strafrechtserneuerung*, 1944, p. 101 y siguientes.

¹⁴¹ WELZEL, *Probleme der Strafrechtserneuerung*, 1944, p. 102.

¹⁴² WELZEL, *Probleme der Strafrechtserneuerung*, 1944, p. 103.

¹⁴³ Probablemente en un sistema apoyado en la prevención general positiva esta finalidad de la pena sólo puede ser simbólica.

y medidas de seguridad es especialmente dificultosa y probablemente imposible. Pero, lo que aquí importa es poner de manifiesto que en sistemas dogmáticos que se respaldan en teorías relativas de la pena se operará con dos especies de normas. La norma de los presupuestos de la pena y la norma de la determinación de la pena. En sus manifestaciones dogmáticas esta duplicidad de problemas de una teoría del delito que abarque la de la consecuencia jurídica ya se revela en la concepción de un doble concepto de hechos punible: el de la teoría del delito y el de la teoría de la individualización de la pena. Este último estaría constituido por los factores relevantes para la determinación de la pena que rodean circunstancialmente la realización del tipo, en el sentido de la infracción de la norma. "El tipo legal y tipo de la individualización de la pena se diferencian en su teleología", como entre otras cosas revela el hecho de que en la individualización entra en consideración, por ejemplo, la conducta posterior al hecho típico¹⁴⁴.

¹⁴⁴ LANG-HINRICHSSEN, D., en *Festschrift für Engisch*, 1969, p. 353 y siguientes.