

LAS NORMAS JURÍDICAS DEL DERECHO PENAL

Manuel Jaén Vallejo

Profesor Titular de Derecho Penal.

Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

SUMARIO:

- I. INTRODUCCIÓN. LA TEORÍA DE LOS IMPERATIVOS
- II. LA NORMA COMO JUICIO DE VALOR
- III. LA DISTINCIÓN ENTRE LA NORMA OBJETIVA DE VALORACIÓN Y LA NORMA SUBJETIVA DE DETERMINACIÓN
- IV. EL RETORNO A LA TEORÍA DE LOS IMPERATIVOS
- V. CONSIDERACIONES FINALES

I. INTRODUCCIÓN. LA TEORÍA DE LOS IMPERATIVOS

El Derecho penal, como una técnica que es de control social, caracterizada por su carácter formal, pues su aplicación debe estar rodeada de una serie de garantías, y por amenazar con penas el incumplimiento de determinados comportamientos individuales¹, lo que la distingue de otros medios de control social, se articula como un *sistema normativo* o "conjunto de normas y de reglas para la aplicación de las consecuencias jurídicas que amenazan la infracción de aquéllas"². Precisamente, la configuración de la norma, desde que Binding publicara "*Las normas y su infracción*" en 1872³, ha estado siempre a la base del sistema de la teoría del delito. Se puede decir que a partir de Binding y, al menos, hasta Welzel, hay una especie de correlación entre los cambios en el sistema y los cambios en la definición de la norma⁴. Ahora bien, que el concepto de norma sea el punto de partida de la construcción del sistema y que, por tanto, deba condicionar los problemas y soluciones de la teoría del delito, no representa hoy en absoluto un punto de vista indiscutido⁵. En realidad, hoy en día hay un importante sector de la doctrina que entiende, frente a la aún extendida idea de la concepción del Derecho penal como protección de bienes jurídicos, que son las propias normas, que tienen su fundamento en las expectativas sociales de los ciudadanos, el objeto de protección del Derecho penal⁶, y que, por consiguiente, es la propia validez de las normas "el bien jurídico del derecho penal"⁷.

1 Cfr. Bacigalupo, *Principios de Derecho penal*, PG, ed. Akal, Madrid, 1990, p. 9, y en 4ª ed. (1997), p. 7; en esta nueva edición, Bacigalupo aborda como primera cuestión fundamental la relativa a la función de las normas, destacando la estrecha relación entre la función del derecho penal y las teorías de la pena.

2 Bacigalupo, *Principios*, 1990, p. 11; cfr., en el mismo sentido, Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho penal*, ed. Bosch, Barcelona, 1982, p. 29; Silva Sánchez, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1992, p. 311; y Zugaldía, J.M., *Fundamentos de Derecho penal*, PG, Universidad de Granada, 1991, pp. 25 y ss.

3 *Die normen und ihre übertretung*, I, 1ª ed., 1872; 4ª ed., 1922.

4 Cfr. sobre los conceptos de norma de la dogmática penal, el trabajo de Bacigalupo, "La función del concepto de norma en la dogmática penal", en RFDUCM, monográfico 11, *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa*, Madrid, 1986, pp. 61 y ss.

5 Así, Bacigalupo, op. cit., p. 73, concluye afirmando que la función del concepto de norma en la dogmática penal es meramente secundaria; en el mismo sentido, más recientemente, en *Principios*, 1997, pp. 34 y 35.

6 Cfr. Jakobs, *Strafrecht*, 1991, pp. 9 y ss.

7 Cfr. Bacigalupo, *Principios*, p. 135.

Los principales conceptos de norma de la dogmática penal son dos: a) la norma como imperativo, esto es, como una orden a la que se debe obediencia; y b) la norma como doble juicio de valor, esto es, como norma objetiva de valoración y como norma subjetiva de determinación. El primero procede de la *teoría de los imperativos*, defendida por autores como Bierling⁸, Binding⁹, Kohlrausch¹⁰ y M.E. Mayer¹¹. Según Binding, era preciso distinguir entre las normas (*Normen*), previas al Derecho penal y expresadas mediante prohibiciones (de hacer) o mandatos (de hacer algo), dirigidas a los ciudadanos, y las leyes penales (*Strafgesetze*), dirigidas a los jueces; decía Binding, "yo extraigo el siguiente resultado: la pauta de acción obligatoria, infringida por el delincuente, 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 impune" ¹².

Para este autor, pues, norma y ley penal son objetos diversos, aquélla es un *prius* respecto de ésta. Por consiguiente, "el delincuente cumple el supuesto de hecho de la ley; por tanto, no lesiona la ley penal en forma alguna" ¹³. Así, sería incorrecto afirmar, cuando, por ej., alguien mata a otro, que se ha "lesionado" la ley penal; más bien, lo que ha ocurrido es que se ha "cumplido" la ley penal. Lo que sí se ha lesionado en el ejemplo anterior es la norma que dice "¡no debes matar!". En este caso, la infracción de la norma, el delito, ha tenido lugar mediante una acción (haciendo), porque aquélla estaba expresada en una prohibición; pero también puede producirse -aunque con menos frecuencia- omitiendo, en los casos en los que la norma se concreta en un mandato. En cualquier caso, la norma se concibe como una "regla con excepciones" ¹⁴, representadas por las causas de justificación.

La norma que dice que "¡no debes matar!" (prohibición) se infringe haciendo (matando), pero una posible excepción lo sería la legítima defensa; del mismo modo, la norma que dice que "¡debes prestar ayuda al necesitado!" (mandato) se infringe no prestando ayuda (omitiendo), pero dicha norma también puede tener alguna excepción, como, por ej., el cumplimiento de un deber más importante (estado de necesidad por colisión de deberes). Y no sólo la norma se concibe con excepciones. También el derecho de sancionar del Estado es un derecho con excepciones; por ej.,

8 Bierling, E., *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, 1877.

9 Op. cit.

10 Kohlrausch, E., *Irrtum und Schuldbeffiff im Strafrecht*, Berlin, 1903.

11 Mayer, M.E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1903.

12 *Die normen*, I, 4ª ed., 1922, p. 45.

13 Op. cit., p. 4.

14 Binding, *Die Normen*, I, pp. 127 y ss. Otro punto de vista: Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, I, 1903, pp. 198 y ss.; Kohlrausch, op. cit., p. 68.

el delito de hurto es punible, salvo que concorra una relación parental estrecha entre el autor y la víctima (así, en el art. 268.1 del vigente Código penal español).

Como se dijo, son los ciudadanos los destinatarios de la norma (norma jurídica, no jurídico-penal). Luego, el que no la conoce no puede transgredirla¹⁵, siendo entonces la conciencia de la antijuricidad un elemento fundamental del delito, pues de ella depende la capacidad del sujeto de comportarse de acuerdo con aquélla. Esta "capacidad de acción" (*Handlungsfähigkeit*) de Binding, hacía innecesaria la distinción entre ilícito y culpabilidad. En cambio, el destinatario de la ley penal es el Estado o, en particular, el juez. Por consiguiente, el conocimiento de la ley penal no condiciona su aplicación al infractor de la norma. En resumen, para la teoría de los imperativos sólo el error de prohibición podía ser relevante; no, en cambio, el error sobre la punibilidad.

Las consecuencias para el sistema de la teoría del delito basado en esta teoría de la norma serían, básicamente, las siguientes: a) sólo puede haber una ilicitud subjetiva, esto es, dependiente del conocimiento del autor; b) sólo puede ser obligado por la norma su destinatario, lo que depende de la capacidad de comprender; c) sólo puede ser objeto de la norma una acción (no su resultado); d) ilícito y culpabilidad son inseparables, pues no hay antijuricidad sin culpabilidad¹⁶.

Con razón ha afirmado Bacigalupo que con estos caracteres se puede construir un sistema respetuoso con el principio de que "no hay pena sin culpabilidad" ¹⁷, pero, desde luego, sólo adecuado a un programa unidimensional. La concepción de lo ilícito como infracción culpable de la norma entra en clara contradicción con un programa penal bidimensional, que distinga entre la antijuricidad y la culpabilidad, y "con una concepción del Derecho penal que prevea consecuencias jurídicas que no presupongan culpabilidad. Las medidas de seguridad, como es sabido, requieren que el autor haya infringido el orden jurídico aunque no haya sido culpable" ¹⁸.

II. LA NORMA COMO JUICIO DE VALOR

Pero pronto se produciría una transformación de la política criminal, seguida de una transformación del concepto jurídico de norma y del propio sistema, en el que la base no está ya en la libertad del sujeto, sino en la defensa de los bienes jurídicos. Decía v. Liszt que "la pena está al servicio de la protección de bienes jurídicos" y que "la historia del Derecho penal es la historia de los intereses de la humanidad declarados bienes jurídicos" ¹⁹. La pena necesaria no va a ser aquella que produzca al autor un mal por el mal uso de su libertad, esto es, la pena justa, como se entendía en el marco de las llamadas teorías absolutas; la pena necesaria será la útil para la defen-

¹⁵ Binding, *Die normen*, II, p. 147.

¹⁶ Cfr. Merkel, *Kriminalistische Abhandlungen*, 1867, pp. 43 y ss.

¹⁷ "La función del concepto de norma en la dogmática penal", cit., p. 65.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Von Liszt, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I, 1905, p. 149.

sa de los bienes jurídicos, esto es, la que permita defender a la sociedad de la lesión de sus bienes jurídicos. Esta orientación exigía que el Derecho penal dirigiera su atención, más que al hecho (libre) ejecutado de la teoría de los imperativos, al autor. Como puede comprenderse, en el marco de este sistema alternativo a la teoría de los imperativos, no tiene sentido hablar de órdenes, desde el momento que se cuestiona la libertad del sujeto y se deja de entender el delito como un acto de rebeldía. El delito es una perturbación (grave) del orden social y lo que importa principalmente es el daño social, no la voluntad contraria al Derecho. Luego, en este sistema no tiene importancia el aspecto imperativo de las normas; la norma se identifica con un juicio de valor. Según v. Liszt, "la antijuricidad contiene un juicio de disvalor sobre el hecho, y la culpabilidad, un juicio de disvalor sobre el autor"²⁰.

El anterior punto de vista sólo se impuso en parte, lo mismo que la teoría de la pena sobre la que se apoyaba, esto es, la teoría de prevención especial, en sus distintas versiones: correccionalismo, en España; Escuela positiva, en Italia; y Escuela sociológica, en Alemania, cuyo máximo representante fue precisamente von Liszt.

III. LA DISTINCIÓN ENTRE LA NORMA OBJETIVA DE VALORACIÓN Y LA NORMA SUBJETIVA DE DETERMINACIÓN

Las teorías de la unión intentaron acabar con el enfrentamiento ("lucha de escuelas") entre los partidarios de las teorías absolutas y relativas (entre las que se encontraba la de la prevención especial), combinando para ello los principios de unas y otras teorías. En particular, las teorías de la unión exigían un concepto de norma que permitiera sintetizar el juicio de valor y el imperativo, tal como lo propusieron Eb. Schmidt²¹ y Mezger²².

Esta reformulación de la teoría de la norma suponía una distinción entre la *norma objetiva de valoración* (norma jurídica), que se podía definir como "un deber impersonal"²³, es decir, como un juicio de valor sobre el hecho y no sobre el autor, en el que lo decisivo es la defensa de un determinado "estado de cosas", y la *norma subjetiva de determinación* o de motivación (norma de deber), que implicaba precisamente un desplazamiento del imperativo originario al ámbito de la culpabilidad. Como puede verse, según esta concepción la norma haría referencia a dos momentos: la primera tendría relevancia en el momento de la ilicitud; y la segunda en el de la culpabilidad.

Las ventajas de este punto de vista sobre la norma (*concepción de la norma de dos momentos*) se pueden resumir así: a) permitía concebir la ilicitud en sentido objetivo, con independencia del autor, como un "orden objetivo de vida"²⁴; b) per-

20 Von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 16ª/17ª ed., 1908, p. 116; en el mismo sentido v. Hippel, *Deutsches Strafrecht*, 2, 1930, p. 187.

21 En von Liszt/Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, I, 26ª ed., 1932, pp. 174 y ss.

22 En "Die Subjektiven Unrechtselemente", *Gerichtssaal* (GS) 89 (1924), pp. 240 y ss.

23 Mezger, op. cit., p. 245; v. también von Liszt/Schmidt, op. cit., p. 175.

24 Mezger, op. cit., p. 242.

mitía eliminar el problema del destinatario y poder considerar al incapaz como autor de un ilícito, aunque no fuera culpable; c) luego, también podían ser objeto de la norma (de valoración) los actos de los inimputables²⁵; d) la distinción entre lo ilícito y la culpabilidad permitía aplicar las medidas de seguridad; la culpabilidad, como se vio, se construye como la infracción de la norma subjetiva de motivación (norma de deber)²⁶, que en nada se diferenciaba de la norma de la teoría de los imperativos.

De otro lado, los problemas que enfrentó esta teoría fueron, básicamente, los siguientes: a) ¿cómo justificar que el objeto de la valoración sea sólo el aspecto exterior del comportamiento? ¿por qué no el aspecto subjetivo?; b) el problema de la compatibilidad del concepto de ilícito que surge de esta teoría de la norma con el ideal científico de las ciencias del espíritu, de clara influencia en la ciencia del Derecho de aquella época²⁷, y cuya referencia común es, en palabras de Dilthey, "determinar lo humano y diferenciarlo de lo que corresponde a las ciencias naturales"²⁸. En efecto, con la norma (objetiva) de valoración el contenido de ilicitud quedaba reducido a la lesión causalmente producida de un bien jurídico, luego a un simple suceso natural, cuando las nuevas corrientes de pensamiento exigían que lo ilícito reflejara la diferencia entre la realidad de las ciencias naturales y la realidad de las ciencias del espíritu (entre lo humano y lo natural). Por tanto, el objeto de la norma no podía quedar reducido a un resultado *causado* por un movimiento corporal; esta explicación causal no servía para lograr aquella necesaria diferenciación. El objeto de la norma sólo podía serlo una acción, un *acto humano*; esta idea hizo posible la aparición de un *concepto personal de lo ilícito* y, en cierto modo, un retorno a la teoría de los imperativos. Según Welzel, "el resultado causado (lesión del bien jurídico) y despojado de la persona de su autor no agota lo ilícito; la acción es anti-jurídica 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"²⁹.

IV. EL RETORNO A LA TEORÍA DE LOS IMPERATIVOS

A partir de este momento comenzó una *nueva situación*, una nueva fase del desarrollo de la teoría del delito, caracterizada por la oposición entre la teoría causal de la acción y la teoría final de la acción. La disputa entre el "finalismo" y el "causalismo" no se redujo a una discusión sobre el concepto de acción; también el objeto de la norma quedó alcanzado y, por tanto, el concepto de lo ilícito, pues mientras que 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 imperativos³⁰. Para la teoría finalista las normas de conducta, mandatos y prohibiciones, tienen como objeto

25 Cfr. Mezger, *Lehrbuch*, 3ª ed., 1949, p. 164.

26 Cfr. Mezger, *Lehrbuch*, p. 166, y Goldschmidt, "Normativer Schuldbegriff", *Festgabe für Franck*, I, 1930, pp. 428 y ss.

27 Cfr. Welzel, "Studien zum System des Strafrechts", *ZStW* 58 (1939), pp. 491 y ss.

28 *Der Aufbau der geschichtlichen Welt in der Geisteswissenschaften*, 1911, p. 91.

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

30 Cfr. Kaufmann, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 145.

acciones finales; éste y no otro es el objeto de la norma. "Las normas jurídicas, es decir, las prohibiciones y los mandatos, no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino sólo a acciones que permitan una configuración del futuro dirigido finalmente" ³¹.

Sin embargo, el retorno a la teoría de los imperativos para fundamentar el concepto personal de ilícito presentaba algunos problemas. Principalmente, porque el nuevo sistema del Derecho penal no quería retornar también al monismo (utilización exclusiva de la pena) de las teorías absolutas. Desde finales del siglo XIX se había impuesto el sistema de "doble vía", esto es, el dualismo de penas y medidas de seguridad y, por tanto, se necesitaba un concepto de ilícito personal común para la aplicación de una y otra consecuencia jurídico-penal. Se trataba, pues, de fundamentar la distinción entre ilícito y culpabilidad en el marco de un concepto de norma (teoría de los imperativos) que había sido abandonado precisamente por su incapacidad para hacer frente a dicha exigencia³².

Pues bien, el primer paso para llevar a cabo aquella tarea fue llevado a cabo por Welzel. Este entendió que la distinción que había de posibilitar la adaptación debía practicarse en el *objeto de la norma*. Lo que determina el significado de la acción para el orden jurídico es la finalidad, la dirección (voluntaria) de la acción al resultado (*dirección final de la acción*). Este es el objeto de la norma y, por consiguiente, elemento esencial de lo ilícito. La consecuencia práctica de este punto de vista es que el dolo, como conocimiento y voluntad de realización del supuesto de hecho del tipo penal, se convierte, junto con la acción, en elemento del tipo penal de lo ilícito de los delitos dolosos. Y lo mismo ocurriría en los delitos culposos: la infracción del deber de cuidado, referida especialmente a la previsibilidad del resultado, concierne al tipo de lo ilícito de estos delitos. El dolo y la culpa no se entienden ya como formas de culpabilidad, sino como formas de infringir una norma y, por consiguiente, como formas de ilicitud.

Ahora bien, la ejecución de la decisión presupone tomar la decisión (*motivación*) y ésta "se apoya en representaciones valorativas" ³³. Dice Welzel al respecto lo siguiente: "Yo obro 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 en favor de la acción. Esta parte de la acción queremos designarla como la 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 en favor del valor más bajo (disvalor) contra el valor más alto. O, dicho con un giro estrictamente jurídico: el reproche de culpabilidad se refiere a la decisión valorativa en favor de la acción ilícita ejecutada sobre la base

31 Welzel, *Lehrbuch*, 11ª ed., 1969, p. 37.

32 Bacigalupo, "La función del concepto de norma en la dogmática penal", cit., p. 68.

33 Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, p. 130.

de esta decisión" ³⁴. De esta distinción entre el objeto de la norma (la acción como finalidad) y la motivación (fundamento de la culpabilidad) se extrae finalmente la pertenencia de la conciencia (potencial) de la antijuricidad a la culpabilidad.

La anterior separación del dolo y la conciencia de la antijuricidad (*teoría de la culpabilidad*) resultaba sorprendente para quienes entendían, mayoritariamente en la literatura jurídico-penal alemana de la década de los cincuenta, que el dolo suponía la capacidad de comprender la ilicitud y de dirigir la acción de acuerdo con esa comprensión (capacidad de culpabilidad) (*teoría del dolo*), pues ¿cómo podría actuar dolosamente un enfermo mental?. Pero lo cierto es que si con aquella expresión (dolo) sólo se hace referencia a la determinación del fin, a la elección de los medios adecuados para realizarlos y su utilización para alcanzar el fin propuesto, "también el enfermo mental puede ejecutar acciones dolosas absolutamente perfectas" ³⁵.

En verdad, como lo ha puesto de manifiesto Bacigalupo, "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 los imperativos, y esta teoría exige resolver el problema del efecto obligante de la norma" ³⁶. En efecto, si se hubiera aceptado la teoría de la norma de los causalistas simplemente se hubiera requerido un cambio del objeto de la norma objetiva de valoración. Pero la teoría de la norma de los finalistas reclamaba que la norma tuviera un efecto obligante personal (deber personal), es decir, no era suficiente con el deber impersonal de la norma objetiva de valoración. La cuestión que se planteaba entonces era la siguiente: ¿a quién obliga la norma?

La respuesta a la anterior pregunta exigía un replanteamiento del problema del destinatario de la norma. En la teoría de los imperativos, según la opinión dominante, el efecto obligante de la norma provenía de la capacidad de comprender (imputabilidad o capacidad de culpabilidad) y del conocimiento de la norma (conciencia de la antijuricidad). Pero, bajo estas condiciones la distinción entre antijuricidad y culpabilidad no era factible³⁷.

Pues bien, para superar este problema y posibilitar así la distinción entre y una otra categoría, Armin Kaufmann propone reconsiderar las soluciones clásicas sobre el problema del destinatario de la norma. Para ello, distinguió entre la cuestión del *destinatario* y la *concreción en deber*: "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" ³⁸; pero "deber jurídico" y "obligación" sólo signifi-

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Welzel, op. cit., p. 131.

³⁶ Op. cit., p. 70.

³⁷ Cfr. Kohlrausch, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, cit., p. 45.

³⁸ Kaufmann, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, cit., p. 125; cfr., en este mismo sentido, Jakobs, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, p. 8, quien sostiene que la norma debe entenderse como "afirmación objetiva de corrección o falsedad en un comportamiento, y que "la norma jurídica carece de destinatario de la misma manera que cualquier otra afirmación de corrección".

can "que una persona o algo equivalente en este sentido a una persona (persona jurídica) 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" ³⁹.

Sobre la base de la distinción anterior (destinatario y concreción en deber), Kaufmann entiende que si se trata de una norma general, que no requiere para su infracción una calificación jurídica especial por parte del autor (delitos especiales), la norma se concretará en deber "sólo en relación a un capaz de acción" ⁴⁰. Ahora bien, esta capacidad de acción a la que se refiere Kaufmann no es la misma que exigía Binding; para este autor, como se recordará, la capacidad de acción implicaba un conocimiento por el autor del deber. Por el contrario, Kaufmann entiende que capaz de acción "sólo es aquel que, bajo circunstancias concretas y en un determinado momento, puede ejecutar una acción determinada" ⁴¹. Y esta capacidad no se deriva del conocimiento del deber (o de la posibilidad de conocerlo), sino de la capacidad del autor para proponerse un fin, elegir los medios para alcanzarlo y ejecutar los actos que conducen al mismo.

Bacigalupo criticó esta solución de Ar. Kaufmann desde dos perspectivas diferentes. Según Bacigalupo, "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" ⁴². En verdad, la redefinición del problema del destinatario llevada a cabo por Kaufmann suponía en realidad una redefinición de la norma misma en el sentido de la teoría de la "doble función" (norma objetiva de valoración y norma subjetiva de motivación); luego, la nueva solución de Kaufmann resultaba inútil.

Además de la anterior crítica (extrasistemática), Bacigalupo formula otra crítica de carácter intrasistemático a la solución de Ar. Kaufmann. Según este último autor, las causas de justificación impiden que la norma se concrete en deber⁴³, existiendo una primacía lógica de la infracción de la norma sobre la cuestión de la autorización. "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*)" ⁴⁴. Es decir, se afirma una prioridad lógica de la realización del tipo sobre la cuestión de la antijuricidad, lo que quiere decir que "sin lesión de una norma no cabe hablar de la justifica-

39 Kaufmann, Ar., op. cit., p. 128.

40 Op. cit., p. 139.

41 *Ibidem*.

42 Bacigalupo, op. cit., pp. 71 y 72.

43 Op. cit., p. 250.

44 Op. cit., p. 255.

ción" y que "la teoría de los elementos negativos del tipo (Merkel, Frank) es falsa por su deficiente base teórico-normativa" ⁴⁵. Pero, ¿cómo es posible que se infrinja una norma que no se concreta en deber?. A juicio de Bacigalupo: "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 Armin Kaufmann es dar una base técnico-normativa a la llamada teoría de la culpabilidad en materia de conciencia de la antijuricidad, se comprenderá que el peso de esta crítica es decisivo" ⁴⁶.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Hace ya tiempo que la discusión entre causalismo y finalismo perdió interés, y hoy se puede afirmar que las deducciones dogmáticas de Welzel han acabado imponiéndose ampliamente, aunque no, en cambio, sus fundamentos filosóficos y metodológicos. Como es sabido, el interés metodológico de Welzel por sustraer de la ciencia del Derecho penal al normativismo y por construir la dogmática penal a partir de los fenómenos y de las estructuras de la realidad anteriores a los preceptos jurídicos, no se ha visto realizado, pues metodológicamente domina hoy un punto de partida normativista.

En cuanto a la función dogmática que quepa atribuírsele hoy al concepto de norma, es muy probable que sea, como dice Bacigalupo, meramente secundaria, pues "la estructura del sistema dogmático actual parece no depender del concepto de norma al que hace referencia" ⁴⁷. El punto de partida -añade- está en la distinción entre ilícito y culpabilidad, distinción que proviene de la diferente legitimación de las consecuencias jurídicas del Derecho penal actual (penas y medidas de seguridad; arts. 5 y 6 del Código penal de 1995), y en la determinación de los elementos que deben integrarse en uno y otro ámbito de la estructura del delito, y 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 antijuricidad" y "si el disvalor del resultado debe tenerse en cuenta para la gravedad de lo ilícito" ⁴⁸; pero "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" ⁴⁹.

45 Bacigalupo, op. cit., p. 72.

46 Op. cit., pp. 72 y 73.

47 Op. cit., p. 73.

48 *Ibidem*.

49 *Ibidem*.

A mi juicio, lo ilícito no se puede limitar al disvalor de resultado, porque ello supondría una extensión desmesurada del tipo penal y una desnaturalización del concepto de ilícito, aparte de que no quedaría reflejado el hecho de que las normas son prescripciones de comportamiento, cuya transgresión debe requerir un disvalor de la conducta. De otro lado, hay otro argumento básico, perfectamente conocido: si en la tentativa el dolo pertenece al tipo de lo ilícito, como se reconocía en el marco teórico del causalismo, en la consumación no puede ser de otra manera. Lo ilícito sólo queda completamente fundamentado si se dan tanto el *disvalor de resultado* como el *disvalor de acción*, lo que supone un *equilibrio* entre los elementos objetivos y los subjetivos. El disvalor de resultado (lesión del bien jurídico) lo expresa el tipo objetivo, y el disvalor de acción (dolo o culpa) el tipo subjetivo. Concurriendo ambos, la tipicidad estará perfecta y se podrá afirmar que el autor ha infringido una norma.

Un sector doctrinal, que incluye también en el tipo penal elementos objetivos y subjetivos, lo hace sobre la base de una pretendida función de motivación del tipo; sólo así -se dice- podrá conocer el destinatario de la norma el comportamiento prohibido y se podrá abstener de realizarlo⁵⁰, "La problemática de qué es lo que pertenece al tipo es la problemática de cuál es la conducta que el legislador quiere evitar. Con ello 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 a su acción, el educando se abstenga de cometerlas"⁵¹. Sobre la base de la admisión de esta función de motivación del tipo se justifica la identidad valorativa entre un comportamiento atípico, irrelevante, y un comportamiento permitido, porque en ambos casos se trata de comportamiento que la ley no quiere evitar, y esto mismo ocurriría cuando el autor realiza un comportamiento prohibido creyendo -erróneamente- que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación⁵².

De acuerdo con el anterior punto de vista, ¡siempre que el Derecho quiera actuar inhibitoriamente se debería afirmar la causa de justificación!. De este modo, como dice Bacigalupo, "las excusas absolutorias contenidas en el art. 564 del CP⁵³..., deberían considerarse como causas de justificación"⁵⁴, lo que presenta claras fricciones con el Derecho positivo, pues dicho precepto dispone que la exclusión de la pena no se extiende a los extraños que participen en el delito"⁵⁵.

50 Cfr. Gimbernat Ordeig, E., "El sistema del Derecho penal en la actualidad", en Estudios de Derecho penal, 3ª. ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 162 y ss.; Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, ed. Bosch, 2ª ed., Barcelona, 1982, pp. 42 y ss.

51 Gimbernat, op. cit., op. 172.

52 Cfr. Gimbernat, *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, Universidad Complutense, Madrid, 1979, pp. 34 y 35.

53 Hoy 268.1.

54 Bacigalupo, *Delito y punibilidad*, ed. Civitas, Madrid, 1983, p. 97.

55 *Ibidem*.

A mi juicio, se debe distinguir entre la *voluntad* y la *motivación*. La primera pertenece al tipo de lo ilícito, porque la acción sólo puede entenderse como un suceso dirigido por el ser humano. La segunda, en cambio, pertenece más bien a la culpabilidad. Por ello, deben separarse el dolo y la conciencia de la antijuricidad y de los presupuestos de una causa de justificación (teoría estricta de la culpabilidad), porque dicha conciencia no agrega nada al poder del autor de hacer o no hacer algo, sino que sólo es un buen motivo para que el autor respetuoso del Derecho use ese poder, y será en la culpabilidad donde adquiera relevancia la posibilidad de dicho conocimiento.

Pero la realización del tipo penal es aún insuficiente para afirmar la ilicitud del hecho. Se requiere, además, que no esté especialmente autorizada. Sólo entonces el hecho típico será antijurídico y, consecuentemente, podrá hablarse de un ilícito penal. Mientras que la tipicidad expresa que el comportamiento realizado por el autor ha infringido una norma (que puede consistir en una prohibición o en un mandato), cuya consecuencia es precisamente el tipo penal (prohibitivo o imperativo, respectivamente), es decir, la tipicidad se establece en el plano estrictamente penal, la antijuricidad, en cambio, expresa que aunque alguien infringió una norma, no lesionó el orden jurídico, es decir, la antijuricidad supone un juicio a la vista del ordenamiento jurídico en general⁵⁶, aunque hoy existe una tendencia doctrinal que distingue entre causas generales de exclusión de lo ilícito y causas de exclusión de lo ilícito penal, es decir, causas de naturaleza genuinamente jurídico-penal, que pone de manifiesto la crisis del principio antes dominante de la unidad del ordenamiento jurídico⁵⁷. Otra tendencia distingue entre autorizaciones de acción y autorizaciones de intervención⁵⁸, e incluso la circunstancia de compartir las causas excluyentes de la pena que han motivado la discusión en la doctrina la misma naturaleza jurídica, esto es, una reducción de la ilicitud, ha llevado a su inclusión en una categoría dogmática, la responsabilidad por el hecho, intermedia entre la antijuricidad y la culpabilidad⁵⁹.

56 Cfr. Bacigalupo, *Lineamientos de la teoría del delito*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1986, p. 45; *Principios*, 4ª ed., pp. 251 y ss.

57 Cfr. Günther, Hans-Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss* (Antijuricidad penal y exclusión de lo ilícito), 1983.

58 Cfr. Lenckner, en Schöncke/Schröder, StGB, 1997, vor, parágrafos 32, 9 y ss.

59 Cfr., ampliamente, Bacigalupo, en GSf. Armin Kaufmann, pp. 459 y ss., y en *Principios*, cit., pp. 278 y ss. A favor de un concepto cuatripartito del delito, con cuatro categorías -tipicidad, antijuricidad, responsabilidad por el hecho y culpabilidad-, v.: Lorenzo Copello, P., *El aborto no punible*, ed. Bosch, Barcelona, 1990, pp. 319 y ss.; Jaén Vallejo, M. *Libertad de expresión y delitos contra el honor* ed. Colex, Madrid, 1992, pp. 260 y ss.; Pérez del Valle, C., *Conciencia y Derecho Penal*, ed. Comares, Granada, 1994, pp. 284 y ss.