

EL CONCEPTO DE INJUSTO EN LA EVOLUCION DE LA TEORIA JURIDICA DEL DELITO*

Fernando Molina Fernández

Universidad Autónoma de Madrid. Profesor de Derecho Penal

INTRODUCCION

Quizás la aportación más original de la moderna teoría del delito, la que marca la diferencia con etapas anteriores y con sistemas actuales comparados que siguen otras tradiciones, sea el concepto de antijuricidad, y la consiguiente distinción de dos juicios dentro del análisis de la conducta delictiva: uno, previo, de contrariedad con el ordenamiento jurídico, y otro, posterior, de reproche, atribución, o imputación del hecho antijurídico a su autor.

A pesar de que esta distinción es generalmente considerada por sus partidarios como netamente superior a las tesis unitarias¹, como paso decisivo e irrenunciable en la ciencia penal, hay ciertos hechos que, al menos, siembran algunas dudas sobre su predicada superioridad. Destacaré tres:

1° En primer lugar sorprende el simple hecho de que algo que es casi unánimemente considerado por sus defensores como un avance irrenunciable en el desarrollo de la teoría del delito, no tenga la suficiente fuerza expansiva para imponerse de forma generalizada en sistemas jurídicos que se asientan en principios muy próximos a los nuestros.

Aunque es indudable el éxito que ha obtenido la teoría del delito en muchos países de gran tradición jurídica, como pueden ser Italia, la propia España, los países latinoamericanos en general, y, por supuesto, los germánicos, no puede olvidarse que países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, o, en buena medida, Francia, se mueven al margen de esta teoría, mostrando en algunos casos de forma expresa y decidida su oposición². Incluso en Italia, aunque siguen contando con importantes partidarios, hay cada vez más autores que optan

* Discurso de ingreso en la Sociedad de Ciencias Penales de Santa Cruz de la Sierra (Bolívia), leído el 8 de noviembre de 1995. (Se ha suprimido la presentación del discurso).

¹ No es infrecuente considerar "irreversible" el avance conseguido con la distinción. Por ejemplo, ROXIN, "Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen in Abgrenzung von sonstigen Strafausschlussgründen", en Eser/Fletcher, *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven, I*, Friburgo de Brisgovia 1987, p. 231, o SCHÜNEMANN, "Die Funktionen der Abgrenzung von Unrecht und Schuld", en *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, hrsg. Bernd Schünemann/Jorge Figueiredo Dias, Köln, Berlín, Bonn, München 1995, pp. 149-182.

² Véase, por ejemplo, el interesante trabajo de GREENAWALT, "The Perplexing Borders of Justification and Excuse". *Columbia Law Review* 1984, pp. 1897-1927. (También publicado en Eser/Fletcher, *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven, I*, Friburgo de Brisgovia 1987, pp. 263-313). También HALL, "Comment on Justification and Excuse". Número monográfico dedicado al Symposium sobre el nuevo Código Penal alemán *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 24, N° 4, 1976, pp. 638-645.

por volver a la clásica distinción entre presupuestos objetivos y subjetivos del delito.

2° En segundo lugar, también sorprende que, pese a la tantas veces repetida importancia de la distinción, todavía hoy no esté completamente claro qué es lo que pertenece a cada uno de sus términos. Si bien en Alemania hay una tesis marcadamente dominante, se mantienen importantes discrepancias en algunos puntos esenciales de la construcción teórica. En otros países que siguen sustancialmente los pasos de la tradición germánica, el acuerdo es aún menor y conviven, con niveles de influencia muy parejos, construcciones lo suficientemente divergentes como para que lo que en unos forma parte del núcleo esencial de lo injusto, sea para los otros centro de la culpabilidad. Y estas divergencias se producen no sólo en un corte cronológico, lo que sería razonable por la evolución inherente al pensamiento científico, sino en un mismo momento histórico hasta extremos que en otras ciencias harían cuestionable la propia presencia de un sistema científicamente fundado. La última consecuencia de esta insatisfactoria situación no es otra que el fracaso, al menos parcial, en el cumplimiento de los fines que justifican la construcción sistemática.

3° Un tercer dato que arroja dudas sobre la irrenunciabilidad de separar antijuridicidad y culpabilidad es la relativamente frecuente renuncia a esta división que puede constatararse a lo largo de la historia. Dentro de la propia tradición germánica, y de forma más o menos habitual, pero siempre constante hasta nuestros días, se pone en tela de juicio por algunos autores la necesidad, e incluso la posibilidad teórica, de concebir un ámbito de lo injusto independiente de la culpabilidad. La importancia de esta objeción aumenta al observar que los argumentos utilizados por los detractores de la distinción son en buena medida compartidos por quienes hacen de ella el centro del sistema del delito.

En lo que sigue trataré de mostrar algunas de las dificultades con las que se ha enfrentado tradicionalmente la doctrina, y con las que debe enfrentarse en el futuro, a la hora de construir el juicio de antijuridicidad al margen de la culpabilidad.

Me ocuparé de tres posibles *objeciones* a la distinción: dos *teóricas* —respectivamente, la que deriva de la perspectiva (*formal*) de la norma y la que plantea una perspectiva (*material*) acerca de la lesividad del hecho para los bienes jurídicos—, y una *práctica*: la dificultad para encontrar problemas jurídicos en cuya solución sea decisiva esta distinción.

A) *¿Antijuridicidad —como contrariedad a la norma— al margen de la culpabilidad?*

Pese a los distintos contenidos que se le han otorgado, hay algo que uniformemente caracteriza a la antijuridicidad desde sus orígenes como concepto sistemático hasta nuestros días: con ella se expresa una relación de contrariedad a derecho. Como, además, generalmente se caracteriza al derecho como conjunto de normas, es lógico que comportamiento injusto haya sido identificado ininterrumpidamente hasta hoy con comportamiento contrario a la norma. No es extraño entonces que la polémica en torno a la antijuridicidad se haya mecido al compás de las disputas sobre la naturaleza de la norma.

Pues bien, el primero y más serio obstáculo a la constitución de un injusto (entendido como contrariedad a la norma) al margen de la culpabilidad procede precisamente de una determinada forma de concebir la norma que ha demostra-

do su pujanza a lo largo de la historia. Esta concepción parte de la norma como un *instrumento de modificación del comportamiento de los individuos* puesto al servicio del mantenimiento de un orden social prefijado. Esta visión de la norma no puede identificarse sin más con la denominada teoría imperativa, aunque es cierto que son los autores que se autodefinen como imperativistas los que, consecuentemente, se han preocupado de destacar los aspectos instrumentales de la norma.

Las consecuencias inmediatas que se derivan de una visión instrumental de la norma están relacionadas con el hecho evidente que, para que ésta tenga efectos prácticos en sus destinatarios, deben estar presentes una serie de requisitos que pueden agruparse en torno a las dos siguientes cuestiones, tal y como las enunció Engisch³: *¿a quién* pueden dirigirse las normas? y *¿qué* pueden razonablemente ordenar? Lo primero hace referencia al destinatario apto de la norma; lo segundo al contenido de la prohibición. Pero ambas cuestiones están íntimamente relacionadas; su interés para el injusto reside en que la norma como instrumento tiene determinados límites que derivan de su naturaleza y que se traducen en que no puede mandar a cualquier ni cualquier cosa: no se puede ordenar a quien está inconsciente, ni tampoco pedir a nadie que no cause un resultado imprevisible. Las circunstancias del hecho y del destinatario condicionan indefectiblemente la eficacia de la norma.

La tesis de que la norma para poder cumplir su finalidad de modificar el comportamiento humano exige un destinatario apto fue desarrollada inicialmente por Merkel en la primera parte de sus conocidos *Kriminalistische Abhandlungen* de 1867⁴. El punto de partida de Merkel para analizar qué es el injusto, que hasta nuestros días se ha mantenido de forma prácticamente unánime, es el de vincular lo ilícito a lo contrario a la *norma*⁵. El núcleo del problema

³ "Der Unrechtstatbestand im Strafrecht. Eine kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht". *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Juristentages 1860-1960*, Tomo I, Karlsruhe 1960, pp. 414 y ss.; se trata, sin duda, de uno de los más interesantes artículos que se han escrito sobre la evolución del concepto de antijuridicidad. ENGISCH se definía como imperativista y a la vez consideraba esencial la distinción de antijuridicidad y culpabilidad.

⁴ Esta primera parte lleva por título: "Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen". Esta obra apareció sólo unos meses antes de que Jhering escribiera su famoso trabajo en el que por primera vez se habló de injusto objetivo. "Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Eine Festschrift". *Auftrage der juristischen Fakultät zu Giessen*. Giessen 1867.

⁵ Naturalmente que la vinculación entre injusto y derecho no es una creación de Merkel. De alguna manera el propio término Unrecht surgió precisamente para expresar lo contrario a derecho. Lo que sí destaca Merkel es la concepción del derecho como conjunto de mandatos y prohibiciones –como conjunto de normas en una palabra–. Con ello se abandonan las teorías que vinculaban el injusto a la lesión no del derecho objetivo –de las normas–, sino de los derechos subjetivos de los particulares, concepción que facilitaba –al menos aparentemente– un enfoque objetivo del injusto. No es extraño que, pese al abandono definitivo de dicha tesis, quienes posteriormente concibieron el injusto de forma exclusiva o predominantemente objetiva, se apoyaran en una concepción de la norma como norma de valoración, centrada en el resultado lesivo de la acción más que en ésta, que en buena medida es un encubierto regreso al punto de vista del perjudicado y por ello a las teorías del injusto como lesión de derechos subjetivos, aunque se haya trocado esta expresión por la de lesión de bienes jurídicos.

Por otro lado, la traducción al castellano del término alemán "Unrecht" por "injusto" no hace tan obvia en nuestro idioma la contraposición de injusto y derecho, a diferencia de lo que sucede en el idioma alemán (Unrecht - Recht). Sin embargo, sí expresa perfectamente esta conexión el término "antijurídico" e incluso en alguna medida el término "ilícito".

se desplaza entonces al propio concepto de norma, y es aquí donde Merkel expone su conocida concepción según la cual, para que una conducta sea contraria a la norma es preciso que se cumplan dos requisitos: en primer lugar, el comportamiento evaluado debe suponer la lesión de la voluntad general objetiva descrita en la norma —lo que, a su vez, conlleva la lesión de los intereses generales que constituyen dicha voluntad general—; en segundo lugar, y esto es verdaderamente lo que hace peculiar su planteamiento, debe concurrir imputabilidad⁶.

De estos dos requisitos, el primero, que refleja la innegable influencia del pensamiento hegeliano en Merkel, pertenece a lo que podríamos considerar el núcleo indiscutible de lo ilícito, como el propio autor recuerda. Tanto si se concibe lo injusto como voluntad particular opuesta a la general —que define el interés común— en el sentido de Hegel, como si, siguiendo la concepción más moderna que entronca con la obra de Birnbaum, se define lo ilícito directamente según el efecto lesivo de la conducta para los bienes jurídicos protegidos, parece evidente que en todo caso el injusto entraña la violación objetiva de lo prescrito en la norma.

Pero a partir de este primer punto de acuerdo, las opiniones se separan considerablemente. Dos son las grandes alternativas posibles: la primera es considerar que este primer requisito agota ya por sí solo el concepto de injusto, que consecuentemente se definirá como injusto objetivo (no culpable). Para esta primera concepción, la violación de lo prescrito objetivamente en la norma sería ya la propia violación de la norma y por ello agotaría la antijuridicidad. Faltaría sólo determinar si además tal violación fue culpable.

La segunda concepción⁷ surge de elevar a un primer plano de la norma el aspecto determinador de la conducta humana. La infracción del contenido objetivo de la norma no supone automáticamente la violación de la norma —y con ello la antijuridicidad del comportamiento—, sino simplemente un requisito imprescindible al que deben añadirse otros de naturaleza subjetiva. Las discrepancias dentro de este segundo grupo dependen de qué elementos subjetivos se consideren imprescindibles para la antijuridicidad. La posición de Merkel, como la posterior de Binding, Höpfner o Hold von Ferneck, es extrema: las normas no son más que “un conjunto de prohibiciones y mandatos”⁸ que sólo están dirigidos —porque sólo pueden estarlo— a los sujetos imputables. Las normas establecen *deberes* jurídicos para sus destinatarios. Pero destinatarios de un deber sólo pueden serlo los imputables y además dentro del círculo de sus propias capacidades. En palabras del propio Merkel: “No hay ningún deber de producir lo que es imposible para el hombre o de prever y evitar lo inevitable. Por ello de esta

⁶ *Kriminalistische Abhandlungen*, I p. 42. Imputabilidad no en el sentido técnico actual de la expresión sino en un sentido más amplio que se puede identificar con capacidad de imputación subjetiva, esto es, culpabilidad, al menos tal y como antes se concebía. El propio Merkel, todavía heredero en parte de la vieja terminología de la imputación, utiliza a veces alternativamente el término culpabilidad en este escrito, por ejemplo, p. 51.

⁷ En la que debe situarse no sólo a Merkel, sino a todos los representantes de lo que es hoy, sin duda, doctrina mayoritaria en Alemania, e incluso, con menor predominio en España.

⁸ *Kriminalistische Abhandlungen*, I p. 43. Expresión ésta que anticipa la muy conocida, y posterior, de Thon, que se suele considerar el punto de partida de la teoría imperativa de la norma, según la cual “todo el derecho de una sociedad no es más que un conjunto de imperativos”. (THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Weimar 1878, p. 8 (reimpresión facsímil, Aalen 1964).

no previsión y no evitación no puede resultar la violación de un deber ni consecuentemente tampoco del derecho"⁹.

Merkel no niega la indudable importancia del aspecto objetivo de la norma, ni siquiera la necesidad de diferenciarlo de los elementos subjetivos que condicionan su imputación a una persona, tampoco niega que la simple lesión no culpable de objetos jurídicos pueda tener consecuencias jurídicas¹⁰; lo que rechaza es que cualquier conducta que coincida en lo objetivo con lo prohibido en la norma sea ya una violación de ésta, ya que el ámbito de aplicación de la norma se circunscribe al de sus destinatarios aptos. Este límite no procede de la voluntad del legislador, como puede suceder en la norma penal creadora de delitos especiales, sino que es una inevitable *limitación fáctica del propio instrumento normativo*. En otras palabras, toda norma sería una norma especial para sus destinatarios aptos. El contenido objetivo de la norma sólo se transforma en prescriptivo —en deber— frente a quienes están en condiciones de cumplir lo ordenado.

Esta tesis fue seguida inicialmente por otros autores. Puede destacarse entre ellos a Binding —al menos en la primera edición del tomo I de *Die Normen und ihre Übertretung*—, y a Hold von Ferneck¹¹, que llevó el planteamiento imperativo hasta el extremo.

Los argumentos referidos a las condiciones de eficacia de la norma como instrumento expuestos por los autores citados tuvieron una enorme influencia en su tiempo y, en mi opinión, han sido fundamentales en la posterior evolución del concepto de antijuridicidad. Prácticamente desde Merkel hasta sus seguidores más modernos —como los italianos Petrocelli y Cian— se han mantenido en lo esencial inalterados, lo que da una muestra de su plausibilidad. Cualquier teoría que acepte que el injusto expresa contrariedad a la norma y

⁹ *Kriminalistische Abhandlungen*, I p. 44. También reproduce estas ideas años más tarde en su Enciclopedia Jurídica (*Juristische Enzyklopädie*, (5ª edic.) Berlín 1913) donde además alerta sobre los inconvenientes de utilizar un único término —injusto o antijurídico— para realidades distintas. Ver § 260 ss. Por ejemplo: "Toda transgresión jurídica supone una conducta contraria a las exigencias del Derecho y en oposición con el deber, por tanto.

Muchos emplean la palabra transgresión jurídica aún en los casos en los que no cabe hablar de la transgresión de un deber jurídico. Así, en cuanto a la transgresión de intereses ajenos por parte de un irresponsable. Piénsese en la muerte de un hombre por un loco. Evidentemente no puede hablarse, en este caso, de contravención de los preceptos del derecho: no hay aquí una acción siquiera, cuanto menos una acción contraria al deber. No obstante se habla muchas veces, aun en casos como éste, de transgresión jurídica, en cuanto se refiere la palabra a los elementos externos que el hecho del loco muestra de común con el asesinato y el homicidio (...) Pero, a pesar de esta identidad, la significación jurídica de uno y otro fenómeno difiere fundamentalmente (...) Designar cosas tan diferentes, jurídicamente consideradas, con el mismo nombre jurídico sólo es tolerable, por tanto, a condición de que se tenga la conciencia de su diversidad. Pero mejor sería diferenciar de manera terminológica lo conceptualmente distinto".

¹⁰ Este aspecto es especialmente importante, porque entronca con una de las objeciones clásicas contra la inclusión de la culpabilidad en el injusto, según la cual este planteamiento sería contrario a la innegable existencia de instituciones, principalmente civiles, que imponen obligaciones a cargo de personas que actúan sin culpabilidad. Merkel hace especial hincapié en este punto —*Kriminalistische Adhandlungen*, I, pp. 49 y ss.— y recuerda que "la controversia no se refiere al hecho de que un comportamiento no culpable pueda tener consecuencias jurídicas relevantes, sino a la fundamentación y a la magnitud de dichas consecuencias" ("Rechtsnorm und subjektives Recht mit Beziehung auf das gleichnamige Werk von A. Thon", *Grünhuts Zeitschrift für den Privat- und öffentlich Recht der Gegenwart*-6 (1879) p. 383.

¹¹ *Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts*. Vol. I: *Der Begriff der Rechtswidrigkeit*; Jena 1903.

que, a su vez, es independiente de la culpabilidad, debe superar los argumentos citados.

De forma muy sintética, y con las habituales cautelas que conlleva una simplificación, creo que son tres las vías que pueden intentarse para mantener la independencia de la antijuridicidad respecto de la culpabilidad y, a la vez, superar las incómodas consecuencias derivadas del argumento del destinatario generado por las concepciones instrumentales de la norma. De las tres hay representantes en la historia de la teoría del delito.

La primera consiste en sustituir la concepción imperativa de la norma en el ámbito de la antijuridicidad por otra –valorativa– inmune a los argumentos del destinatario; la segunda parte de aceptar en lo sustancial el carácter imperativo de la norma, pero en unos términos que aún permiten hablar de un comportamiento ilícito no culpable; la tercera, la más radical, consiste en renunciar a la identificación de antijuridicidad y contrariedad a la norma.

Antes de realizar un breve examen histórico de estas tres vías de solución quisiera hacer dos advertencias.

En primer lugar, una aclaración sobre la *opción clasificatoria* adoptada. A primera vista pudiera parecer poco respetuoso con el proceso histórico la contraposición entre los cuantitativamente escasos, y casi olvidados, autores que negaron la posibilidad de concebir un injusto no culpable y todos los demás, la abrumadora mayoría, que aceptaron y aceptan la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, máxime cuando desde hace ya bastantes años la posición de los primeros ha sido totalmente abandonada. Hay, creo, al menos dos buenas razones que apoyan esta forma de exponer. Primero: si bien es cierto que con abrumadora mayoría, casi unanimidad, se distingue antijuridicidad y culpabilidad, también lo es que los contenidos respectivos atribuidos a estas categorías por los diversos autores es tan dispar que a veces parece que las teorías propuestas, en lo que atañe a este binomio, sólo tienen en común la denominación. Segundo: en cuanto al fondo de los argumentos manejados, pese a que el fracaso histórico de la opción monista es hasta la fecha evidente, la ya centenaria teoría del delito edificada sobre la distinción de antijuridicidad y culpabilidad no ha conseguido zafarse del peso del razonamiento de los autores imperativistas clásicos, hasta el extremo de que nada ha tenido mayor influencia en la propia evolución interna de la teoría del delito en su siglo de vida, y por lo que se refiere a la caracterización del injusto, que los argumentos normativos. Es más, el panorama que ofrece la actual teoría del delito, aunque nominalmente parece heredero directo de la distinción clásica de antijuridicidad y culpabilidad, en el fondo se aproxima enormemente a las tesis unitarias, por lo que no es raro que uno de los reproches más frecuentes que se hacen unas corrientes teóricas a otras es la de haber traspasado el umbral que aún permite la distinción entre lo injusto y lo culpable.

La segunda cuestión previa se refiere a la *relación entre las tres vías de solución* examinadas. La asignación de autores y doctrinas a cada una de las tres categorías puede resultar en algunos casos chocante o incluso arbitraria. Aunque la distinción teórica entre las tres opciones es clara, en la realidad los distintos autores mantienen posiciones que materialmente pueden encuadrarse en varias de ellas. De hecho, incluso entre los autores clásicos que negaron la posibilidad de hablar de injusto no culpable, se encuentran posiciones contradictorias: caso paradigmático es el de Binding, que en sus primeros escritos se sitúa en la línea de Merkel para ir paulatinamente evolucionando hacia la admisión del injusto

objetivo. Una coherencia plena con el punto de partida adoptado prácticamente no puede encontrarse en ningún autor, quizás porque toda esta cuestión se mece al compás de dos fuerzas de signo opuesto e igualmente convincentes: por un lado, una fuerza aglutinante que favorece la confusión de antijuridicidad y culpabilidad, y que procede de la visión instrumental de la norma, y, por otro, una fuerza disgregante que favorece la distinción y que se extrae de la obvia distinción valorativa entre los aspectos que determinan la lesividad externa del hecho y los que se refieren a la imputación a un sujeto.

Veamos a continuación las tres soluciones citadas:

1. *La antijuridicidad como contradicción a una norma valorativa*

La primera vía posible para fundamentar la antijuridicidad al margen de la culpabilidad desde la perspectiva de la norma jurídica evitando los inconvenientes alegados por las tesis imperativas, consiste precisamente en renunciar a una concepción imperativa de la norma. Y ello puede hacerse de forma total –la norma no es un mandato imperativo– o parcial –la norma no es siempre imperativa; en la antijuridicidad actúa como norma de valoración y en la culpabilidad como norma de determinación de conductas–. La primera tesis, por ejemplo la de Kelsen, nunca tuvo especial apoyo en derecho penal, quizá por la propia naturaleza de éste, marcadamente prescriptivo en sus disposiciones¹². Por el contrario, la tesis de la doble función de la norma, valorativa en el ilícito e imperativa en la culpabilidad, se impuso con rapidez como una vía sencilla, intuitivamente razonable y sistemáticamente limpia de dar sustento normativo a la teoría de la antijuridicidad objetiva, teoría que, procedente del derecho civil, había adquirido también una sólida posición en el ámbito del derecho penal.

Aunque sus precedentes pueden encontrarse en la obra de autores como Thon (formalmente un imperativista puro, pero materialmente próximo a la teoría de la norma valorativa), su definitivo asentamiento en el ámbito del derecho penal es, sin duda, obra de Mezger. En su trabajo de 1924 sobre los elementos subjetivos del injusto¹³ sentó Mezger las bases de lo que sería tesis dominante durante mucho tiempo, y que aún hoy cuenta con importantes seguidores¹⁴. Los puntos centrales de su concepción de la antijuridicidad pueden resumirse en los siguientes:

- El derecho es ante todo un orden vital objetivo; el injusto es la lesión de dicho orden objetivo¹⁵.
- Con esta concepción del derecho se corresponde una visión de la norma como norma objetiva de valoración. Ello no quiere decir que la norma no cumpla también una finalidad determinadora de conductas, sino que esta finalidad es secundaria respecto de la finalidad primaria valorativa en la que se determina de forma general y objetiva el orden social correcto.

¹² V., sin embargo, la posición de NOWAKOWSKI - "Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit", *ZStW* 63 (1951), pp. 287-331.

¹³ "Die subjektiven Unrechtselemente", -*GS.* 89 (1924), pp. 205-314.

¹⁴ V., por ejemplo, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte General*. Madrid 1978, pp. 324 y ss.

¹⁵ "Die subjektiven Unrechtselemente", -*GS.* 89 (1924), p. 242.

- La norma valorativa carece de destinatario. Enuncia un genérico e impersonal "debe ser" un concreto estado de cosas, y no un específico "tú debes" propio del imperativo¹⁶.
- El punto de referencia material de la norma de valoración es el mantenimiento de un estado de cosas socialmente valioso. En consecuencia, el injusto no es más que la alteración perjudicial de dicho estado de cosas. El desvalor de la acción del sujeto se mide por lo que causa; por su resultado. "Injusto es la infracción del derecho en cuanto norma de valoración; modificación de un estado de cosas jurídicamente aprobado o causación de un estado de cosas jurídicamente desaprobado, y no modificación jurídicamente desaprobada de un estado de cosas. El delito es antijurídico, porque produce una antijuridicidad"¹⁷. Con ello el centro material del injusto se desplaza totalmente al desvalor de resultado.

Las dificultades que plantea esta tesis, inicialmente tan atractiva, fueron pronto puestas de relieve por la doctrina penal hasta el punto de que, en Alemania, prácticamente ha sido abandonada¹⁸. Aquí quisiera hacer referencia únicamente a dos problemas procedentes de la teoría de la norma: la naturaleza de la norma de valoración por un lado, y la relación entre esta norma y la de determinación, por otro.

I. En cuanto a lo primero, el concebir la norma como una valoración jurídica de un estado de cosas, de la que sólo mediatamente se deduce una desvaloración de la acción causante plantea, al menos, dos dificultades que, a mi entender, resultan insalvables:

- a) La primera está relacionada con la determinación de la causalidad y con la naturaleza de la tentativa. Si la acción adquiere su desvalor por el resultado que produce en los estados de cosas jurídicamente reconocidos, necesitamos una teoría causal que permita establecer el puente entre ambas categorías: acción y resultado. Pues bien, la aceptación generalizada de la teoría causal de la equivalencia de condiciones combinada con una estricta concepción del injusto centrado en el desvalor de resultado, extiende de tal manera el ámbito de lo ilícito que prácticamente hace inservible el tipo. Si como teoría de la causalidad se acepta la de la equivalencia de condiciones, resulta que las conexiones causales de una acción voluntaria son infinitas, lo que acaba por convertir en antijurídicas prácticamente todas las acciones humanas, ya que dando los suficientes pasos -y que sean más o menos no representa diferencia alguna, ya que todas las condiciones son equivalentes-, todas pueden conectarse causalmente con algún resultado disvalioso. La necesidad de trabajar con correctivos en el ámbito de la tipicidad -causalidad adecuada, imputación, etc.-, que precisamente delimitan entre todas las consecuencias causales de una acción voluntaria, aquellas que permiten una imputación jurídica ligada a la peligrosidad de la acción *ex ante* considerada, es buena muestra de cómo la propia teoría causal contradice sus planteamientos iniciales. El centro de atención se

¹⁶ Ob. cit. pp. 243 y ss.

¹⁷ Ob. cit. pp. 245-246.

¹⁸ Aunque algún tratado como el de BAUMANN/WEBER - *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*, 9ª ed., Bielefeld, 1985- se encuadra todavía en esta corriente.

desplaza desde el desvalor de resultado hasta el de acción entendido como peligrosidad objetiva del hecho. El propio Mezger no fue coherente con su punto de partida, al aceptar la teoría de la relevancia como criterio limitador de la causalidad.

Por otro lado, también resulta claramente inadecuada esta tesis para justificar el carácter antijurídico de la tentativa en la que, por definición, falta el resultado lesivo. Esta objeción llegó incluso a provocar que una parte de la doctrina, defensora a ultranza de una antijuridicidad ligada al resultado —en particular la escuela austríaca—, considerara que la tentativa no es un hecho antijurídico, sino sólo el intento culpable de llevar a cabo un injusto¹⁹. Esta tesis, que reaparece con cierta asiduidad en la teoría penal, es una consecuencia extrema de definir la antijuridicidad atendiendo sólo al resultado.

- b) La segunda dificultad procede de la propia esencia de la denominada norma de valoración. Que a toda norma subyace una valoración no es cuestionado por nadie, pero que la norma consista exclusivamente en esa valoración es algo mucho más discutible. Si el injusto se mide exclusivamente por el efecto del hecho sobre los estados de cosas jurídicamente protegidos, es evidente que nada impide caracterizar de injusto también el comportamiento de un animal o los acontecimientos naturales que producen lesiones en los bienes jurídicos. Precisamente éste era uno de los argumentos centrales de Merkel en contra de la identificación de contrariedad a la norma y mera lesión del objeto protegido. Si Mezger fuera coherente con su punto de partida, debería haber reconocido que también los animales y la propia naturaleza pueden actuar antijurídicamente²⁰. Este paso sí lo había dado previamente Löffler²¹, y en buena medida Binding²². Por el contrario, Mezger, al igual que lo había hecho Jhering, considera absurdo dicho planteamiento y niega que la naturaleza puede actuar antijurídicamente. Pero el argumento que aporta en favor de su posición —no hay lesión de intereses jurídicos sin un sujeto que actúe antijurídicamente²³— es, además de circular, contradictorio con su propia definición de injusto. La respuesta es circular, porque se trata precisamente de saber cuándo alguien ha actuado antijurídicamente y por ello este dato no puede ser punto de partida, sino de llegada, para evaluar el injusto. Y es contradictoria, porque si la existencia de un sujeto es importante para la antijuridicidad es sencillamente porque la emisión de normas sólo tiene sentido si enfrente se encuentra alguien que pueda atender el mandato que éstas contiene. “El derecho regula relaciones

¹⁹ KADECKA, “Willensstrafrecht und Verbrechenbegriff”, *ZStW* 59, 1940, p. 17; NOWAKOWSKI, “Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit”, *ZStW* 63 (1951), p. 316, y “Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit. Eine Besprechungsabhandlung”, en *JZ* 1958, p. 336. Sobre la escuela austríaca, v. ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsumwert im Rechtsbegriff*, Berlín 1973, pp. 41-45.

²⁰ De hecho en su Tratado admite que objeto de la valoración jurídica puede serlo cualquier acontecimiento natural. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I (1ª edic. en castellano). Madrid 1935, p. 282.

²¹ “Unrecht und Notwehr. Prolegomena zu einer Revision der Lehre von der Notwehr”, *ZStW* 21 (1901), pp. 537-565.

²² *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Vol I, p. 301 (3ª edic.). Leipzig 1916; (reimpresión facsímil Aalen 1965).

²³ “Die subjektiven Unrechtselemente”, *GS*. 89 (1924), p. 246.

entre hombres”, llegó a reconocer Jhering²⁴. Pero entonces no estamos ya examinando la valoración ínsita en la norma, sino su carácter instrumental, y por ello nos movemos en el ámbito de la determinación de conductas²⁵.

II. En cuanto al segundo grupo de problemas –los que se refieren a la relación entre norma de valoración y de determinación–, no son menos inquietantes. La mayor parte de los autores que aceptan la teoría de la doble función de la norma insisten en que no se trata de dos normas distintas, sino de dos aspectos de la misma norma²⁶. La insistencia es comprensible; si se tratara de dos normas diferentes, esta opción sistemática sería inaceptable.

Pese a la rotundidad con la que se destaca la supuesta unidad de norma, lo cierto es que los hechos parecen demostrar lo contrario. Si la valoración realizada por el legislador en la norma se dirige a terceros destinatarios, es evidente que ya no se trata de un abstracto “se debe”, sino de tantos “tú debes” como destinatarios tenga la norma; ya no es una mera valoración, sino una prescripción. El propio Mezger reconoce que del “se debe” se deduce el posterior “tú debes” de la norma de determinación. Pero, si se trata de una misma norma de la que se destacan dos aspectos tan íntimamente relacionados como para que uno se deduzca directamente del otro, es evidente que el contenido de la norma debe ser sólo uno, de manera que nada que no esté presente en el aspecto valorativo puede estar en el de determinación. El examen del contenido atribuido por los defensores de la escisión a cada uno de los supuestos aspectos de la norma muestra, sin embargo, que se trata realmente de dos disposiciones diferentes dirigidas a destinatarios también distintos. Si el inimputable no actúa contra la norma de determinación es porque a él, teniendo en cuenta sus circunstancias, no se le dirige dicha norma y, sin embargo, es obvio que sí se le dirige la de valoración, ya que puede infringirla. Parece, sin embargo, un requisito elemental de toda norma, se entienda como se entienda, que un mismo sujeto que realiza una única acción no puede a la vez actuar conforme y contra la norma. Por ello, admitir que una misma norma puede ser infringida –en cuanto norma de valoración– y a la vez no serlo –en cuanto norma de determinación– por un mismo comportamiento, supone, o bien una palmaria incongruencia, o bien la aceptación tácita de que, en realidad, se está hablando de dos normas distintas, cuya naturaleza es también diversa, hasta el extremo de hacer discutible su clasificación bajo un mismo término. Cualquiera de las dos opciones arroja a esta tesis a un callejón sin salida²⁷.

²⁴ “Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Eine Festschrift”, *Auftrage der juristischen Fakultät zu Giessen*. Giessen 1867. (Se cita por el texto incluido en la obra *Vermischte Schriften juristischen Inhalts*. Leipzig 1879, del que hay reimpresión facsímil, Aalen 1968), pp. 160 ss. También NOWAKOWSKI contradice su propio planteamiento del injusto como lesión de bienes jurídicos al restringirlo a las lesiones causadas por acciones humanas, sin ofrecer una justificación coherente de esta limitación. “Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit”, *ZStW* 63 (1951), p. 321.

²⁵ Destaca la contradicción ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsumwert im Rechtsbegriff*, Berlín 1973, pp. 47-48.

²⁶ Paradigmática es la posición de RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte General*. Madrid 1978, pp. 325 y ss.

²⁷ En sentido similar al del texto destaca la aporía a la que conduce la norma de valoración MIR, “Antijuricidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal”, en *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona 1994, p. 226.

En realidad, la denominada norma valorativa no es tal norma. No es extraño que el propio Mezger afirmara inicialmente que no tenía destinatario, lo que prácticamente supone renunciar a atribuirle genuino carácter normativo. Aunque Mezger matizó en su Tratado esta afirmación y reconoció que toda norma tiene destinatario²⁸, lo cierto es que sólo una 'norma' sin destinatario encaja con el abstracto "se debe" en el que Mezger resume la esencia de la norma de valoración. Su primera intuición era la correcta: definida en los términos de Mezger, la denominada norma de valoración carece de destinatario, lo que inmediatamente nos brinda una pista sobre su auténtica naturaleza no normativa.

2. *Concepciones imperativas que admiten un injusto no culpable*

La segunda opción posible para evitar los argumentos del destinatario que impiden la distinción de antijuridicidad y culpabilidad, pero sin caer en las contradicciones de la teoría de la doble función de la norma, consiste en volver de nuevo a una visión monista de la norma como norma de determinación (norma imperativa), pero reformulando, a la vez, antijuridicidad y culpabilidad en sus contenidos respectivos. Esta tesis se tradujo en la práctica en el progresivo enriquecimiento de la antijuridicidad a costa de la culpabilidad en un proceso que es más o menos amplio, según los autores, pero que en todo caso se muestra difícilmente limitable.

El primer intento en esta línea se debe a August Thon²⁹. Thon es, a la vez, un radical defensor de la teoría imperativa —de la que suele considerarse como uno de los fundadores— y del injusto objetivo. Su célebre frase: "Todo el derecho de una sociedad no es más que un conjunto de imperativos"³⁰ se combina a la vez con una vehemente defensa del injusto no culpable en una línea que supone un claro precedente de lo que más adelante sería la solución de Mezger de la naturaleza valorativa de la norma³¹.

La imposibilidad de conciliar ambas tesis ha sido destacada insistentemente a lo largo de la historia de la teoría del delito. De hecho, los propios contemporáneos de Thon, partidarios como él de un injusto objetivo, no pudieron dejar de reconocer que su tesis era lógicamente errada. Es muy conocida la expresión de Nagler —defensor del injusto objetivo— referida a la polémica entre Hold von Ferneck —seguidor extremo de la tesis de Merkel— y Thon, según la cual los "triumfos lógicos" en el duelo se encontraban en el primero, pero la "verdad" en el segundo³². El propio Merkel, polemizando con Thon, expresó muy claramente

²⁸ *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, p. 285, nota 7.

²⁹ *Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*. Weimar 1878 (reimpresión facsímil, Aalen 1964) y "Der Normenadressat. Eine Untersuchung zur allgemeinen Rechtslehre", *Jhering Jahrbücher*. Tomo 14 de la segunda serie (Tomo 50 de la serie completa). Jena 1906, pp. 1-54. También en la misma línea BIERLING, ERNS RUDOLF.- *Juristische Prinzipienlehre*, Vol. 1. Tübinga 1894 (reimpresión facsímil, Aalen 1961).

³⁰ *Rechtsnorm und subjektive Recht*, p. 8. También afirma: "En el derecho busca el ordenamiento jurídico (...) dar un impulso para un concreto comportamiento a los sometidos a sus prescripciones... Este impulso se logra mediante órdenes de contenido unas veces positivo y otras negativo. Las prohibiciones y mandatos gravan la libertad natural de aquellos a quienes se dirigen", ob. cit. p. 2.

³¹ Como ha destacado Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsumwert im Unrechtsbegriff*, Berlín 1973, p. 18.

³² "Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit". *Fest. für Karl Binding*, Vol. II, Leipzig 1911, p. 336.

te la inconsistencia de una norma imperativa en la que no se tiene en cuenta al destinatario: "Es evidente que no tiene ningún sentido dirigir órdenes a quienes sabemos que no pueden comprenderlas y seguirlas y admitir que dichas personas pueden lesionar estas órdenes. No entiendo cómo quienes se oponen a este argumento pueden pensar que han conseguido desvirtuarlo"³³.

Aunque con posterioridad esta solución fue de nuevo intentada por Goldschmidt³⁴ y Oehler³⁵, lo cierto es que tampoco prosperó. De alguna manera la opinión más difundida, tanto entre los imperativistas más consecuentes como entre los defensores del injusto objetivo, era que una concepción imperativa de la norma abocaba necesariamente a la confusión de antijuridicidad y culpabilidad. No es de extrañar que la teoría de la norma de valoración irrumpiera con tanta fuerza en la teoría del delito. Lo que ya resulta más sorprendente es que, cuando esta teoría fue sometida a crítica y abandonada por la mayoría de la doctrina, la que vino a sustituirla, impulsada por el finalismo, volvió de nuevo a una visión monista de la norma como imperativo de determinación —tesis que hoy sigue siendo dominante—, pero a la vez mantuvo la distinción de antijuridicidad y culpabilidad. Sin embargo, la antijuridicidad ya no se concibe de una manera objetiva, sino que se subjetiviza tomando algunos elementos de la culpabilidad. La pregunta que entonces se plantea es: ¿es esta subjetivización suficiente para evitar los clásicos obstáculos a la distinción que se derivan de la concepción imperativa de la norma?

Los problemas que entraña esta opción han sido muy plásticamente expresados por Bacigalupo: "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"³⁶. Aunque desde la irrupción del finalismo hasta la actualidad se han producido importantes cambios en el sistema del delito, lo cierto es que se ha mantenido, tanto la necesidad de distinguir injusto y culpabilidad, como una visión de la norma próxima a la tesis imperativa. Lo que en general falta es un examen en profundidad que explique cómo superar los argumentos del destinatario contrarios a la distinción de antijuridicidad y culpabilidad. En el ámbito de la teoría final es donde más de ha discutido la cuestión, sobre todo a partir de la obra de Armin Kaufmann³⁷. Pero el intento de este autor de fundamentar la existencia de un deber general derivado de la norma imperativa, pero independiente de la capacidad del concreto sujeto para cumplir dicho deber³⁸, topa exactamente con las mismas objeciones que ya hemos examinado en el caso de Mezger.

Es, sin embargo, paradójico que una buena parte de los argumentos esgrimidos por los diversos autores para justificar la evolución del injusto desde una

³³ "Rechtsnorm und subjektive Recht mi Beziehung auf das gleichnamige Werk von A. Thon". *Grünhuts Zeitschrift für den Privat-und öffentliche Recht der Gegenwart* -6 (1879), p. 383.

³⁴ *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*. Abhandlungen aus der Berliner juristischen Fakultät. 2. Berlín 1925 (reimpresión facsmil. Aalen 1962).

³⁵ *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, Berlín 1959.

³⁶ "La función del concepto de norma en la dogmática penal", en *Estudios de Derecho Penal en homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Nº 11 (monográfico), p. 68.

³⁷ *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. (Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik)*, Gottinga 1954. (Hay traducción al castellano de Enrique Bacigalupo Zapater y Ernesto Garzón Valdés con el título: "Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna". Buenos Aires 1977).

³⁸ Ob. cit. pp. 138 y ss. y 160 y ss.

concepción objetiva a otra personal están directamente derivados de lo que podríamos denominar “argumentos del destinatario en sentido amplio”. La teoría penal actual es absolutamente unánime en darles importancia, al menos dentro del propio concepto de acción —que, tanto si se estudia antes como dentro del injusto, circunscribe la extensión de éste—, y en la culpabilidad —donde expresamente se trata de las condiciones del reproche personal, teniendo en cuenta las circunstancias de los concretos destinatarios—. En el trasvase de elementos de la culpabilidad a la antijuridicidad, un argumento esencial ha sido precisamente el argumento normativo que sirvió de eje a la tesis de Merkel.

Lo que resulta sorprendente es que de las dos cuestiones que condicionan la eficacia instrumental de la norma tal y como las definíamos al principio, hoy se admita de forma muy generalizada la necesidad de restringir el *contenido* de la norma (el *qué* de la segunda pregunta de Engisch) basándose en su función determinadora³⁹, y, a la vez, se desdeñe⁴⁰ la construcción de los autores que pusieron el acento en el destinatario (el *a quién* de Engisch) como si de dos cosas absolutamente distintas se tratara, cuando en realidad destaca más su proximidad que sus diferencias⁴¹. Pero es que, además, si preguntamos por qué quedan excluidas del campo de la prohibición normativa determinados hechos lesivos en los que interviene un hombre, pero en los que falta la acción —inconsciencia, movimientos reflejos, fuerza irresistible— lo más probable es que cualquiera conteste que frente a dichos sujetos la norma carece de sentido, esto es, se argumenta pensando en el destinatario, en el *quién*. Demostrar que desde el punto de vista de una norma de determinación la posición de estos sujetos (excluidos del campo normativo como destinatarios aptos) es completamente distinta de la de un absoluto inimputable —un lactante o un enajenado profundo— no es realmente fácil.

Quizás por el éxito arrollador de la concepción valorativa de la norma en la antijuridicidad que relegó drásticamente y durante largo tiempo los argumentos imperativos, quizás por el inconsciente deseo de alejar cualquier construcción que recordara, aunque fuera vagamente, la teoría unitaria del nazismo, quizás porque razones prácticas favorecían el mantenimiento de la distinción de antijuridicidad y culpabilidad, lo cierto es que, aunque con la progresiva reinstauración del predominio de la norma imperativa se reavivaron los argumentos relativos al desvalor de acción como centro del injusto (relacionados con el contenido racional de la norma; con el *qué*), a la vez se olvidaron, o explícitamente rechazaron, los referentes al destinatario.

Pero los límites del argumento imperativo, como los de cualquier otro argumento, están marcados por sus propias premisas, y no por los que alguien, atendiendo a distintos fines, quiera imponerle. No es de extrañar que los “vie-

³⁹ Las restricciones a la causalidad por medio de la imputación objetiva o la exigencia de infracción del deber objetivo de cuidado en el tipo imprudente son ejemplos de esta tendencia.

⁴⁰ Para JAKOBS hoy sólo tiene un “interés histórico”, *Strafrecht. Allgemeine Teil*, (2ª edic.), p. 167; el propio ENGISCH consideró que la cuestión del contenido es más “interesante y actual” que la del destinatario, *Der Unrechtstaibestand*, p. 415; ARMIN KAUGMANN, siguiendo a FISCHER, creía que la cuestión del destinatario estaba claramente sobredimensionada, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie (Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik)*, Gotinga 1954, p. 123.

⁴¹ Desde la óptica de la teoría general de las normas ha destacado ALF ROSS como las condiciones de determinación del sujeto destinatario y las que describen la situación o las circunstancias en que debe realizarse la acción son en buena parte intercambiables. *Lógica de las normas*, Madrid 1971, p. 103.

jos" argumentos del destinatario resurjan constantemente en la polémica doctrinal hasta el punto de que se ha convertido ya en habitual calificar de "próximo a la teoría subjetivista de los imperativos" a todo aquel que da un sucesivo paso en la subjetivización del injusto, bien sea admitiendo que la infracción del deber *subjetivo* de cuidado es elemento del tipo del delito imprudente –como, entre otros, proponen Jakobs, Stratenwerth y Mir–, que el desconocimiento invencible de la norma condiciona la propia antijuridicidad –Otto y Mir–, o que incluso en casos de inimputabilidad en los que está excluido cualquier acceso a la motivación queda ya excluido el injusto –Mir–. Precisamente ha de destacarse que las distintas teorías surgidas a partir de la crítica de Welzel al sistema neoclásico no han logrado un acuerdo un acuerdo a la hora de determinar los límites en la subjetivización del injusto. Prácticamente no ha habido ningún elemento del juicio de culpabilidad que no haya sido desplazado por algún autor al tipo de injusto utilizando precisamente el argumento de la eficacia de la norma. En ocasiones parece que la negación a dar el último paso en el proceso de subjetivización responde más a una velada opción ecléctica por una concepción parcialmente valorativa de la norma que a exigencias del punto de partida imperativista supuestamente asumido⁴².

3. *Concepciones que renuncian a la equiparación de antijuridicidad y contrariedad a la norma*

La última posibilidad para salvar al concepto de antijuridicidad de los argumentos normativos consiste en romper la identificación entre comportamiento injusto e infracción de la norma. La antijuridicidad se identifica entonces directamente con la lesividad o dañosidad del hecho para intereses ajenos.

Aunque esta idea puede tácitamente encontrarse en la base de la concepción de la norma como norma de valoración, e incluso se apunta en la frecuente renuncia de la doctrina a desarrollar los aspectos normativos de la antijuridicidad, su defensa expresa es propia de autores que mantienen una concepción imperativa de la norma hasta sus últimas consecuencias, y que, a la vez, destacan la necesidad de identificar en el hecho delictivo las circunstancias que condicionan su lesividad. Quisiera mencionar aquí sólo a dos autores que han sufrido una evolución pareja en este punto: Binding y Mir Puig.

⁴² Resulta sintomático de las dificultades para justificar una distinción entre antijuridicidad y culpabilidad desde la perspectiva de una norma de determinación el que los defensores de esta tesis tiendan a minusvalorar o simplemente a omitir cualquier referencia a los argumentos normativos. Paradigmático es el citado trabajo de SCHÜNEMANN, "Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld", en *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, hrsg. Bernd Schünemann/Jorge Figueiredo Dias, Köln, Berlin, Bonn, München 1995, pp. 149-182, en el que, pese al tema tratado, el examen de los argumentos normativos merece escasa atención (v. pp. 165-166). El centro de la discusión se sitúa en el ámbito material de la lesividad social del hecho –núcleo de la antijuridicidad para el autor– lo que le hace aproximarse a las teorías neoclásicas de la norma de valoración. Ya en un trabajo anterior, "Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal", en *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*, comp. por Bernd Schünemann, pp. 31 a 80, y percatándose de los obstáculos que pone a la distinción de injusto y culpabilidad una exclusiva concepción imperativa de la norma, manifestaba Schünemann que hay que "mostrarse escéptico respecto a la formulación de una norma de determinación que alcance a todo el ámbito del comportamiento punible", ob. cit. p. 76.

Como vimos, Binding fue en sus inicios un combativo defensor de la tesis que niega la posibilidad de distinguir antijuridicidad y culpabilidad. La base de su razonamiento era la misma de Merkel: si el injusto es violación de una norma, y ésta exige siempre culpabilidad, no cabe un injusto no culpable. Pero este punto de partida se reveló pronto insuficiente (más que equivocado), para captar aspectos implícitos en el juicio de contrariedad a derecho que no quedaban abarcados por la mera contrariedad a la norma entendida como mandato. La obra de Binding refleja perfectamente la tensión entre el poder de convicción de los argumentos normativos que desembocan en la antijuridicidad y culpabilidad, y la ineludible necesidad de evaluar objetivamente las acciones desde la óptica de su lesividad para los bienes jurídicos. Si se ha destacado como característica central de la concepción imperativa de la norma la referencia exclusiva al deber como centro de antijuridicidad y el olvido del efecto material de la acción⁴³, la evolución del pensamiento de Binding podría caracterizarse entonces como un progresivo abandono de la tesis exclusivamente imperativa en favor de una perspectiva más amplia en la que se da singular importancia a la lesividad de la acción: "A partir de este momento —afirma Binding— denomino injusto o antijuridicidad o lesión del derecho a cualquier comportamiento o suceso contrario a un derecho subjetivo"⁴⁴.

Este cambio radical en la concepción del injusto responde al deseo de mantener coherentemente su concepción de la norma como instrumento determinante de conductas, destacando a la vez los aspectos lesivos de la acción. No es extraño que Binding llegara incluso a aceptar que pueden ser antijurídicos también los comportamientos de animales y las meras situaciones. Si la infracción de la norma no es ya requisito del injusto y lo único decisivo en este ámbito es la lesión de bienes jurídicos, nada impide extender la antijuridicidad a acontecimientos naturales en la línea que ya había propuesto Löffler⁴⁵.

La postura de Mir, expuesta en un reciente artículo⁴⁶, tiene importantes puntos de contacto con la Binding. También Mir parte de una concepción sustancialmente imperativa (motivadora) de la norma, que, en su caso, sin embargo, no le ha impedido seguir manteniendo la distinción de antijuridicidad y culpabilidad. Pero su preocupación por la consistencia le ha llevado a reclamar una subjetivización progresiva del injusto hasta el extremo de considerar que el conocimiento de la prohibición condiciona la propia antijuridicidad o que, en el caso de los inimputables, una inaccesibilidad total a la norma excluye el hecho antijurídico⁴⁷. Este planteamiento de la norma como norma motivadora de con-

⁴³ V. por ejemplo, HORN, HAN RUDOLF, *Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit*, Schriften zur Rechtstheorie. Cuaderno I. Berlín 1962, pp. 55 y ss.

⁴⁴ *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Vol. I, p. 298.

⁴⁵ La siguiente frase es suficientemente expresiva de la posición de Binding: "El lado práctico de mi derecho de propiedad tiene exactamente el mismo marchito aspecto si quien me priva, en principio para siempre, de mi velero es un desconocido de buena fe, un ladrón, la tormenta o mi propia improvisación (...). Por ello, la casualidad no es causante inadecuada en todos los tipos de injusto". Ob. cit. p. 301.

⁴⁶ "Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal", en *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona 1994, pp. 225-248 (publicado también en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1994, pp. 5-28).

⁴⁷ V. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Barcelona, 1982. (Reeditado como capítulo de *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona 1994, pp. 29 y ss.).

ductas que, como han destacado Bajo Fernández⁴⁸ o Schünemann⁴⁹, debería desembocar en la negación de un injusto no culpable, plantea dificultades cuando se trata de enjuiciar la acción desde la perspectiva de su lesividad. Por esta razón, en el trabajo antes citado, plantea Mir de forma novedosa la posibilidad de dar entrada en el sistema a una antijuridicidad objetiva no dependiente de la contrariedad a una norma.

No puedo detenerme en el examen detallado de la sugerente tesis de Mir. Aunque la idea de desligar la antijuridicidad de la antinormatividad me parece el único camino posible para salvar el concepto de injusto, si es que merece ser salvado, la particular construcción de Mir del injusto objetivo, distinta a la de Binding, se ha quedado corta. Aunque inicialmente se concibe como un juicio a realizar *ex post*, atendiendo al resultado⁵⁰, se delimita después la propia antijuridicidad objetiva atendiendo al desvalor de la acción entendido como peligrosidad objetiva *ex ante* (desvalor intersubjetivo de la conducta)⁵¹. Esta restricción (que entre otras razones intenta evitar los inconvenientes a la hora de determinar la imputación del resultado a que abocan las teorías clásicas de la antijuridicidad ligada sólo al resultado, y que puso de manifiesto la discusión dogmática sobre la causalidad)⁵², se intenta justificar bajo la idea de que el desvalor intersubjetivo *ex ante* condiciona también la lesividad del hecho en el mismo sentido que el resultado. Aunque de esta cuestión me ocuparé brevemente en el próximo apartado, sí me gustaría apuntar que las restricciones a la causalidad —como la imputación objetiva, o la primitiva teoría de la adecuación— están íntimamente relacionadas con la necesidad de atender a los presupuestos de eficacia de la norma entendida como instrumento motivador de conductas más que con la lesividad del hecho, en el sentido del resultado. Buena muestra de ello es que hay acciones lesivas y atípicas —por faltar peligro *ex ante*— e inocuas y típicas, y además este juicio puede ser distinto para distintos sujetos en función de sus especiales conocimientos, cosa que no sucede en el genuino juicio de lesividad. Si se concibe la antijuridicidad objetiva como lo hace Mir —que se sitúa en un nivel próximo a la de la antijuridicidad de Engisch— no hay razón alguna para no reproducir los sucesivos pasos en la subjetivización del injusto y llegar, una vez más, hasta el concepto de antijuridicidad como antinormatividad que el propio Mir contribuyó a desarrollar. Si la antijuridicidad objetiva —distinta de la antinormatividad— debe cumplir alguna función en el injusto, debe despojarse de todos los presupuestos relativos a la eficacia de la norma que no incidan en la real lesividad del hecho sobre los bienes jurídicos⁵³.

⁴⁸ "Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma", en *Estudios Penales* I, Santiago de Compostela 1977, p. 34.

⁴⁹ "Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld", p. 165.

⁵⁰ "Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal", p. 228.

⁵¹ Ob. cit. pp. 232 y ss.

⁵² Como expresamente reconoce MIR, ob. cit. p. 232.

⁵³ También en la obra de ZIELINSKI—*Handlungs- und Erfolgsumwert im Rechtsbegriff*, Berlín 1973, pp. 294 y ss.— se observa hasta qué extremo las concepciones imperativas de la norma tienen dificultades para explicar la relación entre los aspectos objetivo-externos del hecho que condicionan su lesividad y el derecho. No es una casualidad que Zielinski, al igual que en su momento Binding, admita que puede haber diferencias esenciales entre el injusto en sentido jurídico-penal, caracterizado por la infracción de una norma de determinación, y el hecho antijurídico desde la perspectiva civil, que puede predicarse incluso de estados de cosas o situaciones producidas por acciones correctas. La norma penal tiene por objeto acciones prohibidas, la civil, resultados o estados de cosas desvalorados con independencia de la acción causante. Con esta

En todo caso, cualquier intento de desligar injusto y antinormatividad debe superar algunos difíciles problemas. El primero es meramente terminológico y, por ello, tiene sólo una importancia secundaria. Desligar el concepto de antijuridicidad de la contrariedad a la norma supone apartarse de forma tan acentuada del sentido ordinario de las palabras, y del propio contenido técnico que se les ha atribuido de forma constante en derecho, que parece aconsejable un cambio de denominación. Generaría no poca confusión hablar de hechos antijurídicos conformes a la norma o de hechos lícitos, pero contrarios a la norma.

El segundo es un problema de fondo; hace referencia a la necesidad de ofrecer una coherente descripción de la lesividad (como elemento central de la antijuridicidad que marca la diferencia respecto de la culpabilidad) y justificar desde una perspectiva práctica la necesidad de individualizar este escalón sistemático. De ambas cuestiones me ocuparé en los apartados b) y c) respectivamente.

B) *¿Tiene la antijuridicidad un contenido material propio?*

Una forma de sortear los inconvenientes que plantea la teoría de la norma jurídica a la existencia de un injusto no culpable consiste en renunciar, tácita o expresamente, a la discusión normativa para centrarse en el contenido material del juicio de antijuridicidad y sus caracteres distintivos respecto del de culpabilidad.

La distinción material entre antijuridicidad y culpabilidad responde bastante bien a una clasificación intuitiva, frecuentemente utilizada en el discurso moral y también extendida en derecho, por la cual se viene a diferenciar entre los acontecimientos que producen una alteración perjudicial en un estado de cosas, medida conforme a criterios fundamentalmente objetivos y generales, y la responsabilidad individual de un sujeto por su intervención en dichos acontecimientos. Esta distinción, sencilla a primera vista, permite dar cuenta de aspectos

tesis también Zielinski rompe en cierta forma la identidad de antijuridicidad y contrariedad a la norma, aunque no en el ámbito del injusto penal. Por otro lado, la antijuridicidad basada en el resultado tiene trascendencia para solucionar problemas en el ámbito de la legítima defensa (infra nota 69).

Esta tesis se enfrenta a los mismos inconvenientes que la de Binding, y a alguno otro añadido. El concepto de antijuridicidad deja de tener un contenido único referido a la contrariedad a la norma y se aceptan dos formas de contrariedad a derecho: una que consiste en realizar una acción contraria a una norma de determinación –injusto penal– y otra, aplicable a situaciones o estados de cosas, caracterizada por contradecir la valoración –el abstracto ‘se debe’– de una norma, pero sin necesidad de infringir una norma prohibitiva. Esta segunda posibilidad no es más que una reelaboración de la norma de valoración de Mezger que, como vimos, no es en realidad norma alguna.

Además de lo insatisfactorio de esta duplicidad de contenidos, en el caso de Zielinski se presenta el problema añadido de justificar por qué en el injusto penal, caracterizado por ser la violación de una norma de determinación concretada en un deber, es imprescindible distinguir injusto y culpabilidad. Este problema no se le planteó a Binding, ya que expresamente reconoció que no cabe violación no culpable a una norma. Cuando Zielinski exige que la norma sea reconocible con carácter general para poder ser cumplida y, por ello, para que tenga sentido (en una palabra, cuando incide en que no todo puede ser racionalmente prohibido), olvida que las condiciones de eficacia instrumental de las normas pasan por los concretos destinatarios de las mismas, de forma que el hecho de que otros puedan entenderlas y reconocerlas no mejora en nada la posibilidad de reconocimiento de quien, por su situación personal, no conoce o entiende la norma (en una palabra, se olvida de que tampoco puede prohibirse a todo el mundo).

tan intuitivamente diversos –y valorativamente diferenciables– como son el producir la muerte de una persona, de un lado, y el reproche personal que podemos hacer al causante de la muerte teniendo en cuenta su conocimiento de la situación –tanto fáctica como normativa–, sus propias condiciones personales y las circunstancias concurrentes, de otro lado.

Sea cual sea el contenido concreto que se atribuye por las diversas teorías al juicio de antijuridicidad, casi todo el mundo está de acuerdo en que, desde una óptica material, en la antijuridicidad se examina la lesividad o dañosidad general del hecho para los bienes jurídicos protegidos⁵⁴; en otras palabras, que materialmente antijurídica es la acción que pone en peligro o lesiona un bien jurídico penal. También hay acuerdo en que la lesividad del hecho constituye un escalón previo y perfectamente diferenciable del posterior momento de individualización personal de la responsabilidad; precisamente la posibilidad teórica de escindir ambos escalones en el delito, unida a la importancia práctica que se le atribuye en la solución de diversos problemas jurídicos –responsabilidad civil, aplicación de medidas de seguridad, legítima defensa, etc.– es el principal punto de apoyo de la distinción de antijuridicidad y culpabilidad. Tanto las teorías de la doble naturaleza de la norma, como las que, partiendo de una única norma de determinación, destacan el *prius* lógico de la valoración, no hacen más que trasladar esta distinción material al ámbito normativo.

Es indudable que, tanto en el ámbito de la responsabilidad moral, como en el de la jurídica, se opera frecuentemente con distinciones similares a la que estamos examinando. Por ejemplo, al referirse a la exclusión de responsabilidad es relativamente frecuente distinguir entre comportamiento justificado (en el mundo anglosajón *justification*) y comportamiento meramente excusado (*excuse*). Comportamiento justificado sería aquel que, o bien no implica lesividad, o bien ésta responde al interés de evitar un mal mayor. La consecuencia de este planteamiento es que el comportamiento justificado no es desvalorado; es correcto. Frente a ello el comportamiento meramente excusado no excluye el juicio de desvalor previo; el hecho sigue siendo objetivamente malo, aunque, por distintas razones, no puede ser subjetivamente imputado a su autor.

La aparente claridad de esta distinción es, sin embargo, engañosa⁵⁵ y creo que la propia discusión doctrinal en el seno de la dogmática jurídico-penal sobre el contenido material del juicio de antijuridicidad es una buena muestra de ello. Pese a que la nítida distinción de ambos planos se corresponde con la sistemática que centraba el injusto en el desvalor de resultado, y que fue adoptada por la teoría causal clásica del delito, ésta se mostró rápidamente inadecuada, lo que propició su sustitución por la teoría neoclásica que, a su vez, se vio pronto superada por las concepciones personales del injusto. Hoy puede considerarse dominante la tesis que fija el centro del injusto en el desvalor de acción, aunque se discute si éste debe ser entendido objetiva o subjetivamente.

⁵⁴ Muy claro en esta línea es el citado trabajo de SCHÜNEMANN, "Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld".

⁵⁵ Desde la perspectiva del derecho anglo-norteamericano es muy sugerente el artículo de GREENAWALT "The perplexing borders of justification and excuse", *Columbia Law Review* 1984, pp. 1897-1927. (También publicado en Eser/Fletcher, *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, I, Friburgo de Brisgovia 1987, pp. 263-313).

Pues bien, aunque todas estas teorías pretenden seguir respetando el sentido básico de la distinción de antijuridicidad y culpabilidad, lo cierto es que el proceso de paulatino enriquecimiento de la antijuridicidad a costa de la culpabilidad pone en entredicho la propia existencia de los dos ámbitos de valoración examinados. Como el tema ha sido ya en buena medida expuesto en el punto anterior, quisiera ahora detenerme en la siguiente objeción: una *tajante* distinción entre dañosidad o lesividad social y culpabilidad es imposible por cuanto esta última condiciona también la potencialidad lesiva del hecho.

A primera vista, en la mayor parte de los bienes jurídicos esta afirmación parece falsa. Efectivamente, la capacidad de una acción para lesionar bienes jurídicos como la vida, la integridad física, la propiedad o la libertad depende exclusivamente de la existencia de factores objetivo-externos con eficacia causal sobre el substrato físico del bien, y es por completo independiente de las concretas circunstancias psíquicas que concurren en el agente⁵⁶. Si la dañosidad social se midiera exclusivamente atendiendo al efecto del hecho sobre estos bienes, habría que concluir que la culpabilidad no sería un elemento a valorar en este momento. Pero, desde una perspectiva social, esta opción restringida es incorrecta, ya que deja fuera de examen algunos aspectos sustanciales de la realidad social. La amputación de un miembro, por ejemplo, una pierna, tiene exactamente el mismo efecto sobre la capacidad de movimientos de quien la sufre si es debida a una operación quirúrgica para evitar una gangrena, que si se debe a un accidente de circulación causado imprudentemente por un tercero, o si es fruto de una deliberada mutilación de un criminal y, sin embargo, el efecto global de ese hecho desde la perspectiva de la víctima y del resto de la sociedad es completamente distinto. El daño total causado en el último caso es muy inferior al primero. Nada violenta más el sentir social que un atentado consciente y voluntario de una persona plenamente imputable contra los bienes jurídicos de otro. Según van faltando elementos de la imputación subjetiva el desvalor del hecho disminuye, aunque la lesión del bien jurídico principal permanezca idéntica.

En el ámbito social valoramos los hechos de nuestros semejantes atendiendo no sólo a sus aspectos objetivo externos, como si se tratara de un mero acontecimiento natural, sino también a la propia actitud de los demás hacia nosotros, ya que esta actitud es decisiva para evaluar nuestra respectiva situación en el medio social de cara al futuro. La lesión dolosa de un bien jurídico entraña una segunda lesión en la relación interpersonal. Si un amigo desvela un secreto que le hemos confiado, ello puede llevarnos a no confiarle más secretos si fue imprudente en su revelación, pero si lo hace dolosamente, lo más probable es que la propia relación de amistad quede truncada. Algo parecido sucede en el ámbito del delito, y por ello aquí también el arrepentimiento tiene un efecto atenuante sobre la responsabilidad: con el arrepentimiento el ofensor restablece en parte el equilibrio dañado por el hecho doloso.

En resumen, si no me equivoco, en todo delito la dañosidad social del hecho depende, en primer lugar, de las circunstancias objetivas que desembocan en la lesión del bien jurídico a cuya protección se destina el tipo y, en segundo lugar, de las circunstancias personales del ofensor. En este segundo sentido

⁵⁶ Expresamente acoge esta solución NOWAKOWSKI, "Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit", *ZStW* 63 (1951), pp. 310 y ss.

puede afirmarse que la reprochabilidad personal del autor condiciona (en parte) la dañosidad social de su hecho⁵⁷.

Antes de concluir este apartado conviene hacer unas breves consideraciones para delimitar la tesis expuesta de otras que pudieran parecer próximas. La aceptación por parte de la teoría neoclásica de que el injusto puede contener elementos subjetivos, y la posterior subjetivización derivada del desplazamiento del centro de la antijuridicidad al desvalor de acción, parecen recoger la idea de que la lesividad del hecho no depende sólo de las circunstancias objetivo-externas del mismo, sino también de elementos subjetivos tradicionalmente encuadrados en la culpabilidad. Ello es sólo en parte cierto.

La inclusión de elementos subjetivos en un tipo de injusto referido a la dañosidad social del hecho –a su lesividad para los bienes jurídicos– puede responder a dos razones distintas:

- En primer lugar, puede ser la consecuencia de una genuina modificación en la forma de evaluar la lesividad. En este primer caso el contenido esencial de la antijuridicidad no se modifica; el centro del injusto sigue siendo el desvalor de resultado, de forma que la acción se valora atendiendo a su efecto sobre los bienes jurídicos, pero se acepta que en determinados casos –o siempre– algunos elementos subjetivos condicionan la dañosidad social del hecho. En una palabra, el efecto lesivo de la acción sobre los bienes jurídicos puede estar condicionado por elementos subjetivos presentes en el actor.
- En segundo lugar, la inclusión de elementos subjetivos puede ser consecuencia de un desplazamiento del centro de atención desde el desvalor de lesividad –desvalor de resultado– hasta el desvalor de la acción entendida como intención –desvalor subjetiva de la acción– o bien como peligro objetivamente medido –desvalor del peligro–. En ese segundo caso sí se produce una modificación esencial en el contenido del juicio de antijuridicidad, ya que la acción no se evalúa (o no sólo) por su concreta lesividad, sino por su lesividad aparente (para el propio autor, o para un espectador imparcial).

Aunque ambas cuestiones pueden, y deben, ser separadas, lo cierto es que la historia de la teoría del delito muestra una perpetua y aparentemente inevitable tendencia a confundirlas. Aunque no puedo desarrollar aquí la cuestión en toda su profundidad, creo que esta confusión es achacable a la equívocidad del concepto de peligro. Cuando se alude sin matizaciones a que el contenido material de la antijuridicidad está constituido por la lesión o el *peligro* para el bien jurídico, la doctrina penal no siempre es consciente de que está mezclando materiales heterogéneos: una cosa es el resultado que la norma quiere evitar, y éste es sólo la lesión del bien, y otra el instrumento para lograrlo, que no es otro

⁵⁷ La aceptación de esta tesis no debe hacer olvidar que en la mayor parte de los delitos la contribución de las circunstancias personales del agresor a la lesividad del hecho tiene un carácter muy secundario respecto a las circunstancias objetivas que determinan la lesividad para el bien jurídico protegido en el tipo. En algunos delitos, como los sexuales o los atentados contra el honor, puede equilibrarse, e incluso llegar a invertirse el peso relativo de ambos aspectos de la dañosidad. Por ejemplo, las expresiones objetivamente infamantes de un niño de corta edad que no entiendo lo que dice, difícilmente pueden lesionar el honor ajeno, pero una expresión relativamente inocua realizada con una clara y perceptible intención de ofender puede ser suficiente para lesionar el bien jurídico.

que la prohibición de acciones peligrosas. La lesividad real del hecho no depende en absoluto del juicio de peligro que podamos realizar teniendo en cuenta determinados conocimientos incompletos acerca de la realidad física, sino exclusivamente de cómo sea esta realidad. Sin embargo, nuestra forma de movernos en la realidad está necesariamente condicionada por nuestros conocimientos incompletos, lo que que convierte al pensamiento inductivo –base de los juicios de pronóstico y por ello del juicio de peligro– en nuestra única guía razonable para la acción. El juicio de peligro es un pronóstico sobre la lesividad de la acción, pero no define la propia lesividad. Por ello es perfectamente posible que una acción sea muy peligrosa con arreglo a ciertos conocimientos, pero absolutamente inocua en la realidad, y viceversa.

Esta obvia distinción se ve generalmente enturbiada por la consideración del peligro como una modalidad más de afectación del bien jurídico; como un auténtico resultado. En realidad, la afirmación de un juicio de peligro para un bien jurídico es un hecho perfectamente intrascendente de cara a su efectiva lesión. Lo máximo que puede realmente ser afectado por el juicio de peligro es la sensación de seguridad del sujeto que lo realiza si de alguna manera le atañe, pero aquí está entrando en juego un bien jurídico distinto que nada tiene que ver con aquél respecto del cual se emite el juicio.

Volviendo a la cuestión que estábamos tratando, la inicial aceptación por parte de la teoría neoclásica de que el injusto contiene excepcionalmente elementos subjetivos respondía, o al menos así se manifestaba, no a un desplazamiento del centro de atención al desvalor de acción (segunda posibilidad examinada), sino al reconocimiento de que la dañosidad social del hecho –el contenido material de la antijuridicidad– podía excepcionalmente estar condicionado por elementos subjetivos (primera posibilidad). Pero un examen detallado de las figuras típicas en las que se daba entrada a elementos subjetivos muestra que, en realidad, con pocas excepciones, se estaba dando entrada por esta vía al desvalor de acción como co-constitutivo del injusto. Tanto en la tentativa como en los delitos de intención o expresión, la entrada de elementos subjetivos responde a la necesidad de poder evaluar una acción atendiendo al pronóstico de lesividad –al desvalor de la acción– más que al resultado efectivamente producido.

Con la irrupción del finalismo, el papel de los elementos subjetivos como puerta de entrada del desvalor de acción en el injusto se hizo explícito. Aunque inicialmente la necesidad de subjetivizar el injusto se dedujo de la concepción ontológica final de la acción humana, el desarrollo posterior fue paulatinamente imponiendo la tesis de que la integración de elementos subjetivos en el injusto es consecuencia de una visión imperativa de la norma penal. Ello significa que la subjetivización del injusto se corresponde con el creciente protagonismo del desvalor de acción, y que éste se debe, a su vez, al renacimiento de la visión determinadora de la norma penal⁵⁸. Ya hemos visto en el apartado anterior que

⁵⁸ Esta correlación no está presente en la obra de los ideólogos nacionalsocialistas, ni tampoco, al menos claramente, en las primeras aportaciones de Welzel. El interés de los primeros por el desvalor de acción –entendido como desvalor del ánimo o infidelidad– se explica como un intento de evitar algunos de los límites a la intervención punitiva estatal que proceden del principio liberal de exclusiva protección de bienes jurídicos. En cuanto a Welzel, sus poco claras afirmaciones iniciales acerca de la función del Derecho Penal como protector de los valores ético-sociales de la acción antes que como protector de bienes jurídicos podrían dar pie a una crítica similar a la

el consecuente desarrollo de esta tesis debería llevar a la integración del juicio de culpabilidad en el de antijuridicidad.

En este apartado intento mostrar que también desde la perspectiva de la lesividad del hecho (por tanto desde la óptica del desvalor de *resultado*), y no sólo desde la de la acción, hay dificultades para escindir los juicios de antijuridicidad –lesividad– y culpabilidad, en la medida en que la mayor o menor presencia de elementos subjetivos relativos a la responsabilidad personal –exteriormente manifestados– condicionan la dañosidad del hecho⁵⁹, y no sólo son un requisito de eficacia de la norma penal⁶⁰.

c) *¿Es imprescindible contar con una antijuridicidad no culpable desde una perspectiva práctica?*

Si la elaboración científica de la teoría del delito tuviera como única finalidad la determinación de los presupuestos para la imposición de penas, no habría ninguna razón decisiva para oponerse a la idea de que la ilicitud, la contrariedad a la norma, presupone la culpabilidad del autor. Afirmado de forma inderogable entre nosotros el principio de culpabilidad, su consecuencia más inmediata es la imposibilidad de aplicar una sanción penal, si el comportamiento del sujeto no le es subjetivamente imputable, por lo que bien podría afirmarse que, en este sentido, no hay lícito sin culpabilidad⁶¹. Naturalmente que seguiría habiendo razones didácticas y de construcción sistemática que obligarían a distinguir las circunstancias objetivo-externas de la ilicitud y los procesos anímicos implícitos en la imputación subjetiva (entre otras razones el dolo debe referirse a algo), pero no sería imprescindible, y ni siquiera aconsejable, la construcción de una contrariedad a derecho al margen de la culpabilidad. La situación en los países anglosajones se mueve precisamente en estas coordenadas. El *actus reus*, que cumple en aquellas construcciones algunas de las funciones de nuestra antijuridicidad, no se define como un juicio de contrariedad a derecho, sino como la suma de los presupuestos objetivos del delito previos a la culpabilidad –*mens rea*–⁶².

que merece la tesis nacionalsocialista. Sin embargo, a diferencia de ésta, parece razonable reinterpretar el pensamiento de Welzel, en el sentido del texto (primacía de la protección de bienes jurídicos; prohibición de acciones disvaliosas como instrumento para lograr dicha protección) tal y como ha hecho, por ejemplo, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires 1991, pp. 105 y ss.

⁵⁹ Pese a atribuir una importancia esencial a la distinción de antijuridicidad y culpabilidad identificando lo primero con la acción socialmente dañosa de forma cualificada y lo segundo con la reprochabilidad personal, SCHÜNEMANN no tiene más remedio que admitir que entre ambos juicios se producen frecuentes solapamientos, lo que le lleva a postular un cierto grado de 'elasticidad' sistemática, "Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld", en *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, hrsg. Bernd Schünemann/Jorge Figueiredo Dias, Köln, Berlin, Bonn, München 1995, pp. 179 y ss.

⁶⁰ Esta tesis tampoco coincide con la que a veces se utiliza para defender que el dolo entraña mayor antijuridicidad que la imprudencia, y que se basa en el supuesto mayor peligro inherente al hecho doloso, por ejemplo MIR, *Derecho Penal. Parte General* (3ª ed.), p. 152.

⁶¹ Precisamente esta es la idea que subyace a tesis como las que en un cierto momento mantuvieron Binding, o el propio Jhering, que distinguieron el ilícito penal –que presupone culpabilidad– y el civil –que puede ser inculpable.

⁶² Que no es un requisito siempre imprescindible, por lo que el principio de culpabilidad tiene en aquellos sistemas algunas excepciones, generalmente criticadas por la doctrina.

Si nos preguntamos en particular por las razones prácticas para llevar a cabo una valoración material del hecho previa a la culpabilidad en el ámbito de la teoría del delito, un somero examen de la historia del concepto de antijuridicidad muestra que prácticamente siempre se han conectado estas razones con la necesidad de *justificar la imposición de determinadas consecuencias jurídicas* —distintas de la pena— frente a la comisión de un hecho y con independencia de la posible culpabilidad del autor. No es una casualidad que el concepto de antijuridicidad objetiva surja en el ámbito del derecho civil, y no en el penal, donde la exigencia de culpabilidad para la imposición de penas —principal consecuencia del delito— hace menos urgente la afirmación de un injusto no culpable.

Nuestro concepto actual de antijuridicidad hunde sus raíces precisamente en un determinado enfoque del injusto civil que parece apuntarse en la obra de Hegel —que acuña el concepto de *Unbefangenes Unrecht* (injusto sin malicia)⁶³—, y que adquiere definitiva entidad años después con el “injusto objetivo” de Jhering. La necesidad, desde una perspectiva práctica, de identificar un ámbito específico de contrariedad a derecho del comportamiento humano al margen de los conocimientos o de las circunstancias del agente resulta poco apremiante desde una perspectiva centrada exclusivamente en la norma penal. Naturalmente que incluso el análisis más simple de la realidad compleja que entraña el delito es capaz de percibir una diferencia entre los aspectos fácticos objetivos que dan cuerpo al hecho criminal y las condiciones subjetivas de variada índole en las que se encuentra o con las que afronta el sujeto la realización del hecho; tanto las distinciones históricas referidas al proceso penal que distinguían el *corpus delicti* de la *certitudo auctoris*, como los diferentes niveles de imputación *facti* y *iuris* de los clásicos alemanes o la distinción propia del mundo anglosajón entre *actus reus* y *mens rea* dan cuenta, con distintos matices, de esta evidente diferencia. Pero lo que no se percibe, o al menos no inmediatamente, es la necesidad de atribuir al primer elemento de la distinción (que podríamos denominar “elemento fáctico”) un carácter propio de contrariedad a derecho independiente del segundo elemento (“elemento mental”).

Incluso esta necesidad se hace cada vez menos patente según va afianzándose en la conciencia jurídica el principio de culpabilidad. Si la ley penal exige siempre culpabilidad como presupuesto de la sanción, parece necesario examinar la presencia de este requisito antes de calificar una conducta como contraria a la norma penal⁶⁴.

En el derecho civil, por el contrario, destaca rápidamente la necesidad de atribuir una valoración (en este caso desvaloración) propia al aspecto externo

⁶³ *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlín 1821, §§ 82 y ss.

⁶⁴ Defendiendo el modo de proceder en el sistema anglo-americano en el que se distinguen *actus reus* y *mens rea*, pero no se reconoce en general una categoría como la antijuridicidad, expresa perfectamente la idea a la que se alude en el texto JEROME HALL: “La afirmación de Stephen, según la cual la distinción entre justificación y excusa ‘carece de consecuencias legales’, se refiere simplemente al hecho de que, al menos en lo que concierne a la responsabilidad criminal del que se defiende, no hay ninguna diferencia en si estaba justificado lo que hizo o meramente exculpado”. Y añade poco después: “los escritores anglo-americanos desde el mismo comienzo de su discurso se atienen estrechamente a la máxima *actus non facit reum nisi mens sit rea...*”, lo que entraña que, a pesar de notables excepciones, estos autores permanezcan “rigurosamente dentro de los confines del discurso de la ley penal...” (“Comment on Justification and Excuse”. Número monográfico dedicado al Symposium sobre el nuevo Código Penal alemán de *The American Journal of Comparative Law* Vol. 24, N° 4, 1976, pp. 638-639).

—no culpable— del hecho. En el clásico ejemplo de Jhering sobre el poseedor de buena fe —cuya situación lesiona el derecho de propiedad ajena y que por ello se encuentra en una situación de injusto objetivo no culpable— se hace patente la necesidad de introducir diferentes niveles de valoración de un mismo comportamiento o estado de cosas desde la perspectiva del derecho.

Ya en el ámbito penal, suelen mencionarse al menos otras tres razones que justificarían desde una perspectiva práctica la adopción de un injusto no culpable:

En primer lugar, la distinción vendría forzada por el hecho de que la mera presencia de un hecho lesivo, culpable o no, puede ser presupuesto suficiente de la actuación protectora de la víctima o de terceros. En particular se considera decisivo que en el ámbito de la legítima defensa se exija sólo una agresión ilegítima, al margen de la culpabilidad del agresor.

En segundo lugar, la aceptación de la doble vía en la lucha contra el delito —penas y medidas de seguridad— obligaría también a aceptar un concepto de injusto no culpable, ya que el ámbito más característico de las medidas de seguridad es precisamente el de hacer frente a comportamientos disvaliosos de personas no culpables.

Por último, en la concepción dominante sobre los principios que rigen la participación criminal se opera con el denominado principio de accesoriadad limitada, según el cual para la responsabilidad del partícipe es suficiente con que el autor haya cometido un hecho ilícito, sea o no culpable.

En estos cuatro puntos —responsabilidad civil; legítima defensa; medidas de seguridad y accesoriadad en la participación— se cifran los argumentos prácticos que generalmente se esgrimen para justificar la distinción de un ámbito de contrariedad a derecho al margen de la culpabilidad, aunque es cierto que todos ellos han sido cuestionados en algún momento.

Aunque éste es un tema lo suficientemente importante y extenso como para justificar un estudio más detallado que el presente, me gustaría hacer algunas consideraciones muy generales que puedan poner de manifiesto las dificultades propias de la distinción.

Creo que los cuatro casos apuntados muestran perfectamente algo, por lo demás obvio: la actuación de terceros ante determinados hechos nocivos y la imposición de algunas consecuencias previstas por el derecho es independiente de las circunstancias subjetivas que concurran en el autor del hecho (la “culpabilidad”), y, por ello, en estos ámbitos es necesario hacer algunas distinciones. Pero lo que un estudio detallado no muestra de ninguna manera es que en todos estos casos la distinción necesaria sea la misma, ni que desde luego se corresponda con lo que tradicionalmente se ha denominado antijuridicidad en derecho penal.

De forma muy breve quiero hacer algunas consideraciones sobre cada uno de los cuatro puntos:

—En cuanto a la *responsabilidad civil*, en este momento de desarrollo de la ciencia jurídica es perfectamente claro que existe tanto responsabilidad civil por hechos culpables como por hechos inculpables. Si los hechos que originan responsabilidad civil se quieren catalogar como injustos, es entonces tautológico que existe un injusto no culpable. Pero este supuesto injusto no tiene nada que ver con el hecho injusto tal y como se concibe la antijuridicidad en derecho penal. La muestra más sencilla de esta afirmación la brinda el hecho de que

comportamientos no antijurídicos –por ello lícitos– pueden ocasionar responsabilidad civil. Así el conocido caso del estado de necesidad que, pese a constituir una genuina causa de justificación, obliga a responder civilmente a quien se haya beneficiado de él, tal y como dispone el art. 20 regla 2ª del C.P. español.

No menos expresivos son los casos de pura responsabilidad objetiva al margen de lo ilícito –por ejemplo, comportamientos puramente fortuitos pero lesivos; hechos que se desarrollan dentro del riesgo permitido y que desembocan en resultados lesivos originando la denominada responsabilidad civil por riesgo; o, y esto es especialmente destacable, casos en los que ni siquiera existe una acción en sentido estricto y en los que, sin embargo, el sujeto responde por encontrarse en una determinada situación–. Todo ello apunta a la idea de que la existencia de una acción ilícita –una auténtica vulneración de una norma– no es un requisito de la responsabilidad civil⁶⁵.

En consecuencia, aunque en este ámbito hay que hacer alguna distinción, ésta no es desde luego la que se realiza en la doctrina penal entre antijuridicidad y culpabilidad, sino que más bien está relacionada con la naturaleza y finalidad propias de la responsabilidad civil que podría resumirse en el adecuado reparto de los perjuicios entre los distintos intervinientes en el hecho⁶⁶. Este reparto puede hacer responsable tanto a quien ha actuado de forma ilícita como, en algunos casos, a quien se ha mantenido dentro del riesgo permitido o está amparado por una causa de justificación⁶⁷. Una mayor precisión sobre este punto corresponde a la propia teoría de la responsabilidad civil.

–Por lo que respecta a la *actuación defensiva* de terceros o de la propia víctima, también aquí parece claro que se impone algún tipo de distinción, y, sin embargo, tampoco ésta se corresponde con el tradicional escalón de la antijuridicidad desarrollado en Derecho Penal.

Lo primero que debe destacarse a este respecto es que existen posibilidades legales de defensa, frente a situaciones o acciones lesivas, que son por completo independientes de la existencia de un hecho antijurídico. El ejemplo clásico es el estado de necesidad defensivo que puede aplicarse frente a ataques de animales, o simples hechos naturales en los que está de antemano excluida la existencia de un ilícito. Por tanto, cabe defensa sin ilícito.

En el ámbito de la legítima defensa la cosa puede parecer distinta. Efectivamente, la referencia expresa a la *ilegitimidad* de la agresión se ha interpretado tradicionalmente en el sentido de que al menos es precisa una acción antijurídica, y posteriormente se ha discutido si ésta debe ser, además, culpable o no.

Ahora bien, para poder afirmar que la distinción que se impone en este ámbito coincide con la distinción penal de antijuridicidad y culpabilidad (en otras palabras, para afirmar que el concepto de agresión ilegítima coincide con el de agresión antijurídica), deben cumplirse sin excepciones dos premisas: en primer lugar que ninguna acción o hecho del que no se pueda predicar la antijuridicidad dé lugar a legítima defensa; en segundo lugar, que pueda aplicarse

⁶⁵ En este mismo sentido, con importantes argumentos, PANTALEÓN PRIETO: *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del derecho de daños*. Madrid 1981. (Tesis no publicada) p. 401.

⁶⁶ V. PANTALEÓN, ob. cit., pp. 397 y ss.

⁶⁷ ZIELINSKI apela a la distinción funcional entre 'injusto' jurídico-penal y 'antijurídico' en sentido civil para explicar por qué un comportamiento penalmente lícito –atípico o justificado– puede generar responsabilidad civil, *Handlungs- und Erfolgsumwert im Unrechtsbegriff*, Berlín 1973, pp. 294 y ss. Sobre esta distinción v. supra nota 53.

legítima defensa también frente a hechos ilícitos —en sentido de la teoría penal— pero no culpables. No hace falta insistir, además, en que ambas premisas deben estar racional y valorativamente apoyadas sin que sea suficiente con que un determinado ordenamiento expresamente así lo prevea. Aquí tratamos de fundamentar un sistema penal ajustado a los principios básicos de la responsabilidad personal, y por ello con una cierta validez general, y no meramente de aceptar acríticamente un concreto sistema positivo.

Pues bien, ninguna de las dos premisas citadas se cumplen. En cuanto a la primera, si aceptamos con la doctrina mayoritaria que es ilegítima la agresión de un inimputable —por ejemplo, un niño pequeño o un enajenado—, será difícil explicar por qué no lo es la de un sujeto que opera en una situación de ausencia de acción —por ejemplo, un sonámbulo—, o de tipicidad —por ejemplo, quien actúa en un error invencible de tipo—. Según doctrina unánime, en caso de que se produzca la lesión de un bien jurídico por un sujeto que opera en estado de *sonambulismo* queda excluida la propia existencia de acción al concurrir un estado de plena inconsciencia. Y siendo la acción presupuesto de la ilicitud, es evidente que también falta ésta. ¿Quiere ello decir que, frente a la posible agresión de un sonámbulo, no cabe legítima defensa sino tan sólo estado de necesidad, pero sí cabe frente a la agresión de un completo inimputable? En ambos casos tenemos enfrente a una persona; en ambos el peligro para el bien jurídico y la necesidad de defensa es la misma; en ninguno tiene la víctima el deber de soportar la agresión; y, por último, en ambos casos el agresor no es responsable de sus actos. El que en un caso haya un primer acto voluntario —¡de un niño o un loco!— ausente en el otro no es una justificación material para un trato tan dispar.

Por otro lado, si en lugar de quien se encuentra en ausencia de acción ponemos a un animal agresor entonces la tesis mayoritaria no sólo no es valorativamente correcta, sino que es sencillamente aberrante. Que frente a la agresión de un animal quepa sólo defensa dentro de los más estrechos límites del estado de necesidad, pero que se pueda acudir a la legítima defensa frente a la agresión de un niño de corta edad parece una seria distorsión valorativa, fruto de una aplicación mecánica de las categorías dogmáticas sin atender a sus posibles consecuencias⁶⁸.

Lo mismo sucede con los casos de error invencible de tipo que para la doctrina mayoritaria excluyen la propia tipicidad del hecho. No hay argumento material alguno que justifique el negar en estos casos la legítima defensa y aceptarla frente a agresiones de inimputables. No es extraño que autores como Zielinski hayan aceptado en este punto la posibilidad de legítima defensa frente a acciones penalmente no injustas⁶⁹.

⁶⁸ Así lo ha destacado repetidamente una parte de la doctrina. V., por ejemplo, CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*. Cedam. Padua 1966, pp.121-122, y en general las referencias de LUZÓN: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Barcelona 1978, p. 327 n. 690. El argumento contrario —por ejemplo, el del propio LUZÓN, ob. cit., pp. 327 y 341— es una muestra concreta del formalismo denunciado. En vez de apelar a argumentos valorativos que puedan justificar el dispar tratamiento, se razona de forma circular, alegando que la diferencia es que el animal no actúa antijurídicamente y sí el inimputable.

⁶⁹ *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlín 1973, pp. 297 y ss. Expresamente reconoce ZIELINSKI que la legítima defensa no tiene que vincularse necesariamente a un ilícito en sentido penal, sino que más bien faculta a defenderse frente a amenazas objetivamente lesivas para los bienes jurídicos —ob. cit. p. 299—. También SCHÜNEMANN —“Die Funktion des Abgrenzung von Unrecht und Schuld”, en *Bausteine des europäischen Strafrechts*. Coimbra

En cuanto a la segunda premisa —es materialmente correcta la admisión de legítima defensa frente a hechos ilícitos no culpables—, tampoco se cumple, o al menos no de una forma incontrovertida. Desde el comienzo de las discusiones doctrinales sobre el ámbito de aplicación de la legítima defensa ha habido una importante corriente de opinión que, con distintos argumentos, ha propuesto reservar la legítima defensa para los ataques procedentes de quienes actúan con culpabilidad (en algunos casos esta limitación llega al extremo de exigir un comportamiento doloso). Incluso entre la doctrina mayoritaria, que admite legítima defensa frente a ataques de inculpables, es frecuente la exigencia de una restricción de las posibilidades de defensa precisamente frente a ataques de inimputables. La necesidad de proceder a esta restricción —que, por cierto, prácticamente reduce la legítima defensa al nivel de un estado de necesidad defensivo en sentido amplio— es consecuencia de la aceptación, generalmente tácita, de la idea de que una intromisión tan seria en bienes jurídicos ajenos como la que permite la legítima defensa sólo se justifica moralmente frente a quienes realizan la agresión de forma personalmente reprochable.

Para finalizar este apartado, quisiera una vez más apuntar algunas posibles soluciones a este problema. Parece obvio que también aquí es preciso realizar algún tipo de diferenciación, ya que los presupuestos que justifican la actuación defensiva propia o de terceros no dependen necesariamente de la culpabilidad del autor. Como nuestro derecho conoce dos formas de actuación defensiva en situaciones de necesidad —estado de necesidad y legítima defensa— y como la intromisión en la esfera de intereses ajenos que ambas permiten es distinta —necesariamente proporcionada en el estado de necesidad, y sólo racionalmente necesaria en la legítima defensa— parece lógico reservar la defensa que admite una mayor lesividad para aquellos casos en los que la agresión, por las circunstancias en las que se realiza, resulta plenamente imputable a su autor. En otras palabras, siguiendo una larga tradición de la doctrina penal⁷⁰ —que en España, por ejemplo, se encuentra presente en la obra de Silvela⁷¹— una posible solución valorativamente correcta consiste en reservar la legítima defensa para las agresiones culpables y aplicar el estado de necesidad —convenientemente ampliado

Symposium für Claus Roxin hrsg. Bernd Schünemann/Jorge Figueiredo Dias, Köln, Berlin, Bonn, München 1995, pp. 172-173— considera que el concepto jurídico-penal de antijuricidad no es adecuado para dar contenido a la ilicitud de la agresión en la legítima defensa.

Estas posturas implican aceptar que el concepto jurídico-penal de injusto no es necesario desde una perspectiva práctica para delimitar los presupuestos de la acción defensiva, tal y como, con diferentes argumentos, se mantiene en el texto.

⁷⁰ Merkel no fue, sin embargo, coherente con su inicial planteamiento al tratar la legítima defensa. En su *Derecho Penal* —Tomo I, p. 234— tras afirmar que el ataque debe ser injusto, añade: "No es necesario que el mismo aparezca como un ataque culpable en la persona del agresor. Por eso puede darse defensa legítima aun contra agresiones provenientes, v. gr., de personas inimputables. Pero no hay que pensar aquí sino en agresiones que provengan de los hombres". Muestra la contradicción de Merkel, FELBER —*Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen - Zugleich ei Beitrag zur Ratio des Notwehrrechts*— Münchener Universitätsschriften. Reihe der Juristischen Fakultät. Vol. 41. Munich 1979, p. 18.

⁷¹ *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación presente en España*, Parte I (1ª ed.) Madrid 1879, pp. 163 y 168. Refiriéndose a la defensa legítima, dice expresamente SILVELA: "Tampoco existe, en verdad, ésta contra el loco, el niño y el embriagado incapaces de verdadera injuria. Podemos y debemos, sin embargo, repeler el daños del mismo modo que podemos evitarle sometiéndoles a la tutela que se les debe en todo caso y momento. Pero puesto que no cabe que el niño, el loco ni el embriagado infrinjan ni respeten nuestro Derecho, no cabe tampoco contra ellos propiamente la defensa y, por tanto, un Derecho contra una injusticia imposible", ob. cit., p. 168.

en su modalidad defensiva— en cualquier otra agresión que no se tenga el deber jurídico de soportar. De seguirse esta tesis tampoco sería necesaria la distinción de antijuridicidad y culpabilidad en el ámbito de la legítima defensa, aunque sí sería imprescindible elaborar una teoría de la lesividad del hecho justificante de la actuación defensiva; en otras palabras, determinar qué circunstancias definen una acción o situación como agresión que no se tiene el deber de soportar.

Si, por el contrario, se entiende que la legítima defensa debe aplicarse también a comportamientos de inimputables, o de quienes actúan en error⁷², no hay razón valorativa alguna para no extender este criterio a otras agresiones que ni siquiera son antijurídicas o típicas, o en las que está ausente la acción, con lo cual tampoco en esta segunda alternativa —que, además, plantea intrincados problemas de delimitación entre estado de necesidad y legítima defensa— es necesaria la distinción penal clásica entre antijuridicidad y culpabilidad.

—En cuanto a la supuesta necesidad de distinguir antijuridicidad y culpabilidad derivada de la aplicación de “medidas de seguridad” al margen de la culpabilidad, la situación es similar a la que veíamos en el punto referido a la responsabilidad civil. También aquí es obvio que si las medidas de seguridad se imponen a sujetos en los que está ausente la culpabilidad, necesitamos en esta ámbito algún tipo de distinción que nos permita delimitar cuál es el presupuesto fáctico —ajeno a la imputación subjetiva— para la aplicación de las medidas de seguridad. Lo que es más discutible es que este presupuesto coincida precisamente con el concepto de antijuridicidad penal.

Lo primero que puede ponerse en tela de juicio es la propia existencia de una doble vía de penas y medidas *dentro* del Derecho Penal. Que las medidas de seguridad son una forma de luchar contra comportamientos lesivos para los bienes jurídicos no admite réplica; pero que esta forma de lucha deba encuadrarse dentro del derecho penal es mucho más discutible. Entre el derecho penal de imposición de penas y el derecho penal de medidas hay suficientes diferencias como para poder cuestionar su pertenencia a una categoría común. De hecho en el ámbito civil hay medidas de seguridad que se aplican completamente al margen de la comisión de un hecho descrito como delito. Buena muestra del carácter espurio del derecho de medidas es la escasa atención que reciben por parte de la doctrina penal. La mayor parte de los temas centrales que preocupan a los penalistas son completamente ajenos al derecho de medidas.

Pero incluso sin cuestionarse la naturaleza de las medidas de seguridad, el requisito de que el autor haya realizado un hecho previsto como delito del que pueda extraerse un pronóstico de peligrosidad no puede sin más identificarse con la realización de un hecho antijurídico. Veamos algunos ejemplos que puedan aclarar esta cuestión. Si un loco cree sinceramente ser un rey con poder absoluto sobre su supuesto reino, y en esta creencia toma cosas ajenas considerándolas propias, parece obvio que ha realizado algo muy próximo al tipo del

SILVELA mantuvo una concepción del injusto penal próxima a la de Merkel, al exigir imputabilidad para la injuria: “Es el Derecho, según repetidamente se ha expuesto, un orden ético que ha de ser mantenido por los actos de la voluntad humana; por tanto, sólo puede ser quebrantado, desconocido y roto por actos también de la libre voluntad” —ob. cit., p. 142—. (V. también pp. 60 y ss.). Sin embargo, en una destacable coincidencia con los planteamientos acerca del injusto civil de Hegel, admite una suerte de antijuridicidad objetiva no culpable en el ámbito del derecho civil para los casos de error, ob. cit., pp. 63 y ss.

⁷² Para la doctrina hoy mayoritaria frente a una agresión que proceda de un error de tipo invencible no cabría legítima defensa por no ser el hecho antijurídico.

hurto o el robo, pero difícilmente se puede afirmar que haya cometido efectivamente estos delitos, ya que, por su locura, se cree propietario de la cosa y por ello no hay ánimo de lucro ni siquiera conocimiento de la ajenidad de lo tomado, lo que excluye de raíz la tipicidad. ¿Podría en este caso aplicarse una medida de seguridad? Si éstas se hacen depender de la antijuridicidad penal del hecho es evidente que no; y, sin embargo, todo parece apuntar a que en un caso de ese estilo está plenamente justificada la aplicación de medidas basadas en la peligrosidad.

Esto entronca con un problema general que afecta a las concepciones subjetivas del injusto que excluyen la tipicidad en caso de error invencible de tipo. Si el error invencible se debe a una errónea percepción producida por una enajenación o menor edad, la única solución coherente es entender que la propia tipicidad, y no sólo la culpabilidad, desaparece, y por ello también decae la posibilidad de aplicar una medida de seguridad, si ésta se hace depender de la presencia de un hecho antijurídico. En otras palabras, si un loco cree firmemente que gracias a sus poderes sobrenaturales puede clavar un cuchillo en el corazón del otro y conseguir con ello la muerte de un demonio que posee a la víctima y mantener a ésta no sólo libre de la influencia demoníaca, sino también viva, habrá incurrido en un error invencible de tipo que, al excluir la antijuridicidad del hecho, cierra la puerta a la aplicación de posibles medidas de seguridad e incluso a la propia legítima defensa de la víctima. Una solución no sólo valorativamente inaceptable, sino contraria a los propios presupuestos teóricos de los que parten quienes exigen antijuridicidad como presupuesto de las medidas.

En resumen, también en este ámbito se impone alguna distinción a la hora de determinar los presupuestos necesarios para la imposición de medidas de seguridad, pero una vez más ésta no coincide con la clásica distinción penal de antijuridicidad y culpabilidad. La imposición de medidas puede estar perfectamente aconsejada frente a situaciones de peligro para los bienes jurídicos penalmente protegidos, pero que no llegan a ser típicas por ausencia de algún elemento. Parece necesario contar en este ámbito con un criterio que sirva como punto de referencia de la peligrosidad, y éste no debe ser otro que la situación de riesgo para los bienes jurídicos objetivamente entendida. La exigencia de elementos subjetivos en el tipo que pueden estar ausentes en el sujeto peligroso, y que por ello excluyen la existencia de un hecho lícito, no deberían impedir la aplicación de una medida de seguridad que evitara la lesión de los bienes jurídicos amenazados.

—Por último, en cuanto a la *accesoriedad en la participación*, aunque éste es un tema realmente complejo, creo que hay razones para abandonar algunas de las implicaciones que normalmente se asocian a este principio y que en buena medida vulneran otro principio, este sí esencial, del derecho penal, como es el de la responsabilidad individual por el propio hecho⁷³. El tratamiento accesorio

⁷³ Acerca de la colisión entre el principio de accesoriedad y el de responsabilidad individual, véase PEÑARANDA RAMOS: *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid 1990, p. 339: "El principio de accesoriedad, surgido, como sabemos, para garantizar de un modo más riguroso la determinación de los tipos ha terminado convirtiéndose, paradójicamente, en un criterio que parece oponerse a la vigencia del principio elemental de que cada uno debe responder por su propio hecho y su propia culpabilidad". También, desde la óptica de un concepto estrictamente personal de injusto, véanse los atinados comentarios de SANCINETTI: *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires 1991, pp. 627 y ss.

del partícipe puede producir una quiebra en el principio de responsabilidad personal tanto por exceso como por defecto.

En unos casos *-responsabilidad por exceso-* puede conducir a imponer una sanción a un sujeto que participa en un hecho ajeno, pese a que en él no concurren las circunstancias subjetivas exigidas por el correspondiente tipo delictivo y que fueron decisivas para la imposición o la medición de la pena. Es el conocido caso del *extraneus* que participa con el autor *intraneus* en un delito especial. Así, en derecho español, y partiendo del principio de unidad del título de imputación (que es una consecuencia de un cierto entendimiento de la *responsabilidad accesoria*), la solución clásica a la hora de determinar la responsabilidad del extraño que ayuda al hijo a matar a su padre es hacerle responder como cómplice de parricidio, pese a que en él no concurren las circunstancias subjetivas que hacen especialmente desvalorado al parricidio. La inadecuación de esta tesis desde una óptica valorativa (y también la posibilidad de encontrar una alternativa respetuosa con la legalidad admitiendo una solución personal del concurso de leyes) ha sido suficientemente demostrada por Peñaranda Ramos⁷⁴.

Pero por el otro extremo *-no responsabilidad por defecto-*, la accesoriedad puede producir el efecto inverso de impedir una adecuada sanción (o agravación de la pena) ajustada a la gravedad del hecho realizado y a las circunstancias personales del sujeto. Así, en el caso contrario al anteriormente citado en el que el *intraneus* es el cómplice del *extraneus*⁷⁵; o los casos más complejos en los que se produce una lesión desvalorada de bienes jurídicos por quien actúa lícitamente, concurriendo a su vez en el partícipe conocimientos especiales que le llevaron a conocer la lesividad del hecho.

Un ejemplo puede aclarar este último caso. Hoy se admite en el ámbito de la autoría que alguien puede ser hecho responsable como autor mediato de un delito cometido por un instrumento que actúa atípica o justificadamente (por ejemplo, haciendo incurrir a un funcionario en un error que le obliga, en virtud de su deber, a lesionar bienes ajenos). En este caso, la existencia de genuina autoría *-mediata-* permite evitar la laguna de punibilidad que se derivaría de una posible aplicación accesoria de la responsabilidad del hombre de atrás respecto del autor inmediato. Pero si pensamos en casos próximos a los anteriores en los que el hombre de atrás sea un simple partícipe, la aplicación del principio de accesoriedad limitada llevaría a una inaceptable impunidad, ya que al haber actuado el autor de forma atípica o justificada, el cómplice *-¿mediato?* no puede ser hecho responsable, pese a que por sus conocimientos especiales le constaba que estaba contribuyendo a un hecho desvalorado. Por ejemplo, si un sujeto que va a realizar prácticas de tiro contra una diana en una zona especialmente destinada al efecto mata a quien se encontraba escondido detrás del blanco para robar, la muerte, según doctrina mayoritaria, no será típica de homi-

⁷⁴ *Concurso de leyes, error y participación en el delito. Un estudio crítico sobre el principio de unidad del título de imputación*, Madrid 1990 (v. especialmente pp. 153 y ss.).

⁷⁵ Con el agravante de que en este caso, como también ha demostrado PEÑARANDA, no cabe la solución del concurso de leyes, ya que el autor no ha cometido el delito que mejor se adecua al hecho del partícipe *-ob. cit., pp. 188-190-*. Valorativamente no es fácil justificar por qué el padre que induce o es cómplice de la madre en un infanticidio sólo debe responder como partícipe en este hecho privilegiado, cuando el propósito de la ley era claramente excluirle del beneficio de la atenuación. La eventual aplicación de una agravante genérica de parentesco mitiga, pero desde luego no evita la distorsión valorativa (en contra GIMBERNAT, para quien esta solución sería adecuada, *Autor y Cómplice en Derecho Penal*. Madrid 1966, pp. 280 y ss.).

cidio, ya que el autor con su acción no ha infringido ningún deber de cuidado y por ello se ha mantenido en todo momento dentro del riesgo permitido. Pero si en este mismo caso el autor de los disparos solicita a un tercero, que había visto cómo el ladrón se escondía tras la diana, que le preste el arma porque la suya no funciona, el hecho del que entrega el arma constituye una participación en un hecho atípico y, por tanto, debe quedar impune. La posible solución consistente en hacerle responder como auténtico autor mediato de la muerte supondría desvirtuar el sentido de esta institución, ya que en este caso no se cumplen los requisitos necesarios para calificar su intervención en los hechos como auténtica autoría⁷⁶.

Por tanto, tampoco en este cuarto y último supuesto sirve el concepto de antijuridicidad, tal y como lo define la doctrina, para delimitar correctamente el ámbito de responsabilidad del partícipe. La solución para estos supuestos parece apuntar hacia algún tipo de ruptura del principio de accesoriadad (más propiamente hacia una adecuada delimitación de este principio) que permita salvaguardar el imprescindible principio de responsabilidad personal⁷⁷.

CONCLUSION

En resumen, y ya para terminar mi intervención, el examen de los cuatro ámbitos prácticos en los que la doctrina fundamenta tradicionalmente la necesidad de distinguir un concepto de antijuridicidad al margen de la culpabilidad ha mostrado que, si bien en casi todos ellos es necesario realizar algún tipo de distinción, ésta no coincide con el concepto penal de injusto.

Por otro lado, la investigación sobre la posibilidad de concebir la antijuridicidad como contrariedad a la norma ha demostrado que, si no se quiere desvirtuar por completo la naturaleza de la norma como instrumento, es inadecuado hablar de antinormatividad al margen de la culpabilidad. Ello quiere decir que si la antijuridicidad se sigue considerando como sinónimo de contrariedad a la norma, tampoco es correcto desde esta perspectiva formal distinguir injusto y culpabilidad como tradicionalmente se viene haciendo.

Por último, si al margen de la teoría de la norma, e incluso haciendo abstracción de las implicaciones prácticas de la distinción, se intenta salvar la independencia del concepto de antijuridicidad mediante la referencia a la lesividad o dañosidad del hecho como magnitud independiente de la culpabilidad, resulta que, aunque ciertamente hay algo correcto en la idea central de esta tesis, tampoco está aquí plenamente justificada la distinción, ya que un examen de-

⁷⁶ En derecho español cabría, a lo sumo, castigar al partícipe como autor de un delito de omisión del deber de socorro del art. 489 ter.

⁷⁷ Bajo el título "Participación en el comportamiento permitido", trata ZIELINSKI el problema aquí apuntado al final de su monografía sobre el injusto *-Handlungs- und Erfolgsumwert im Unrechtsbegriff*, Berlín 1973, pp. 302 y ss.-. En una línea similar a la del texto, ZIELINSKI parece inclinarse por una delimitación de la antijuridicidad del hecho independiente para el autor y el partícipe, siempre que la esencia de la participación se cifre, no en el hecho de contribuir a un ilícito ajeno -preponderancia de la estructura accesoria-, sino en el hecho de co-causar una lesión de bienes jurídicos por una acción prohibida específicamente para el partícipe con independencia de la prohibición para el autor -preponderancia del principio de responsabilidad personal.

tallado de la realidad social muestra que uno de los elementos clave de la dañosidad social del hecho es precisamente que el autor sea plenamente responsable de su obrar, y por ello culpable.

Todo ello obliga a poner en tela de juicio la distinción de antijuridicidad y culpabilidad tal y como ha sido planteada hasta la fecha por la doctrina penal. El desarrollo de una solución alternativa excede el alcance de las presentes reflexiones.