

## BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA ANTIJURIDICIDAD EN LA TEORÍA DEL DELITO

Sr. D. Alfredo Alpaca Pérez<sup>1</sup>

### I. Norma (primaria) como norma de determinación (a la vez, negación de la «norma de valoración» como una norma.

En la presente investigación tengo como punto de partida la concepción de la norma jurídico-penal (más específicamente, la norma primaria) como norma de determinación, esto es, como un mensaje prescriptivo por el cual se expresan mandatos o prohibiciones: la norma es concebida como una «norma de conducta», con la cual se busca determinar o motivar a los destinatarios para que no cometan delitos<sup>2</sup>. Entender a la norma jurídico-penal como norma de determinación supone aceptar que, si aquella quiere cumplir sus objetivos, debe dirigir la conducta de ciudadanos que, efectivamente, puedan motivarse por la misma. De esto se colige que la norma de determinación supone que el sujeto sea imputable y conozca la prohibición (lo que conlleva a entender que los inimputables y quienes actúan en error de prohibición no puedan motivarse por la norma). Esta concepción de la norma jurídico-penal no es en absoluto novedosa: había sido planteada en su momento por MERKEL y posteriormente por BINDING, quienes no concebían la posibilidad de un injusto no culpable (la posición de ambos podría resumirse así: si el injusto es violación de una norma, y si ésta exige siempre culpabilidad, no cabría un injusto no culpable)<sup>3</sup>. Cabe mencionar que a partir de las contribuciones de estos importantes autores, hasta los primeros años del siglo XX existía un pensamiento conceptualizante del delito, por el cual no se distinguía entre antijuridicidad y culpabilidad. Posteriormente, esta distinción se concretó con el desarrollo del pensamiento clasificatorio del delito, favorecido por la aceptación de la teoría objetiva de la antijuridicidad –

---

<sup>1</sup> Doctorando en Derecho penal por la Universidad de León (España). El presente texto constituye un breve resumen de lo hasta ahora desarrollado en el marco de mi tesis doctoral, dirigida por el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo (Catedrático de Derecho penal de la Universidad de León).

<sup>2</sup> Entender así a la norma, desde mi punto de vista, no supone un regreso a la antigua «teoría de los imperativos», donde lo relevante era la existencia de una voluntad (la del soberano) dirigida a otra (la del ciudadano), compeliendo a ésta a realizar el acto querido por el emisor. Sobre la antigua «teoría de los imperativos», por todos, BAJO FERNÁNDEZ, *Estudios Penales*, N° 1, 1977, 9 ss.

<sup>3</sup> Aunque debe mencionarse aquí que BINDING fue progresivamente cambiando de concepción con respecto al contenido de la antijuridicidad. En efecto, mientras en la primera edición de su Tomo I (1872) de «*Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*» negaba la posibilidad de un injusto no culpable, en el Tomo III (1918) de su obra acabó defendiendo la antijuridicidad objetiva.

proveniente del Derecho civil– y desarrollado por autores como VON LISZT, BELING y RADBRUCH<sup>4</sup>.

Parece ser, entonces, que la defensa de la norma jurídico-penal como norma de determinación (esto es, una visión imperativo-instrumental de la norma) y el mantenimiento de la distinción conceptual –considerada como esencial e irrenunciable– entre antijuridicidad y culpabilidad suponen posiciones irreconciliables. Sin embargo, a mi modo de ver, no es así. La actual doctrina penal ampliamente mayoritaria ha optado por el mantenimiento de la distinción conceptual entre antijuridicidad y culpabilidad –distinción conceptual considerada como esencial e irrenunciable–, para lo cual ha encontrado también un fundamento normológico: en la base de la antijuridicidad se encuentra tanto una norma de valoración como una norma de determinación<sup>5</sup>. Esta posición puede entenderse como el desenlace de toda la evolución de la teoría del delito, en donde, a partir de los primeros años del siglo XX se ha intentado encontrar en la norma la base objetiva sobre la cual edificar las categorías que componen la mencionada teoría.

Para entender estos asuntos con mayor precisión propongo recordar muy rápidamente algunos asuntos elementales en la evolución de la teoría del delito y, dentro de ella, al papel que ha desarrollado la perspectiva normológica. En el sistema neoclásico del delito –cuya inspiración metodológica fue el neokantismo y que tuvo en MEZGER a su principal representante–, a través de la teoría de la «doble naturaleza de la norma» se señaló que la norma tenía una doble función: valorativa en la antijuridicidad e imperativa en la culpabilidad<sup>6</sup>. A través de esta teoría la antijuridicidad objetiva recibió un importante

---

<sup>4</sup> Al respecto, BACIGALUPO ZAPATER –*Teoría y práctica*, 2005, 259– sostiene que con la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, en la teoría del delito «no se produjo una alteración esencial en el esquema surgido de la teoría de las normas». No estoy de acuerdo con esta afirmación pues el esquema «original» surgido de la teoría de las normas, tal y como fue formulado por BINDING, al tener como punto de partida a la norma imperativa –con la clara influencia de MERKEL–, debía necesariamente desembocar en la imposibilidad de distinguir la antijuridicidad de la culpabilidad. Si en un estadio dogmático posterior –a partir del concepto clásico del delito y la aparición del pensamiento clasificatorio– se aceptó la antijuridicidad objetiva –de cara a distinguirla de la culpabilidad– la teoría de la norma imperativa, tal como fue formulada originalmente, no podía ser mantenida (o, en todo caso, tal teoría debía ser reformulada para adaptarla a la concepción entonces vigente del injusto objetivo). En definitiva, la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad supuso un cambio en el esquema de la teoría del delito originado a partir de las reflexiones primigenias de BINDING y su defensa de la teoría imperativa.

<sup>5</sup> ROXIN, *DP.PG.*, t. I, 1997, 323.

<sup>6</sup> MEZGER, *Tratado*, t. II, 1935, 133 ss. Cabe mencionar que la teoría de la «doble naturaleza de la norma» se visualizó en un primer momento en THON, autor que, a pesar de adherirse a los postulados imperativistas –es conocida su frase «el Derecho no es otra cosa que un conjunto de imperativos»–, formuló argumentos que sirvieron de base para la concepción valorativa de la norma. En efecto, dado que la norma no es un fin en sí mismo, sino que persigue como meta la obtención de una determinada situación valorada positivamente, el imperativo está lesionado objetivamente ya en cuanto esta meta no sea correspondida. Es clara, entonces, la

respaldo normativo, ya que si en la antijuridicidad la norma actúa como norma de valoración –y si el Derecho, como lo concebía MEZGER, era un orden vital objetivo–, entonces su menoscabo se verificaría en la alteración perjudicial de un estado de cosas valioso, esto es, en la contravención de un abstracto «se debe» (en esto radicaría precisamente el injusto penal)<sup>7</sup>.

De lo expuesto llama la atención que la teoría de la «doble naturaleza de la norma» proponga entender que la norma tenga dos aspectos: uno valorativo (en la antijuridicidad) y otro imperativo (en la culpabilidad). Pues bien, desde mi punto de vista (y esto será desarrollado en la tesis doctoral), pienso que resulta dudoso entender que la antijuridicidad se fundamente en la «infracción» de una norma de valoración. Con esto, sin embargo, no niego que en toda norma haya una valoración subyacente –lo que es innegable–, sino que lo que busco poner en discusión es si una norma puede fundamentarse en una mera valoración<sup>8</sup>. En caso de admitirse que esto sea así –y teniendo en cuenta que desde la perspectiva criticada el injusto penal tiene como centro de atención al resultado y, además, el injusto penal es el producto de una «alteración perjudicial de un estado de cosas valioso»–, habría que reconocer que un injusto penal podría materializarse a partir de, por ejemplo, la actuación de un animal o de un acontecimiento de la naturaleza. Si MEZGER fuera coherente con su punto de partida, tendría que reconocer que los animales y la propia naturaleza pueden «actuar antijurídicamente»<sup>9</sup> (algo que sí había sido reconocido consecuentemente por BINDING en su última etapa<sup>10</sup>). MEZGER negó tal posibilidad, diciendo que no puede haber lesión de intereses jurídicos sin un sujeto que actúe antijurídicamente. Sin embargo, con tal argumento, en realidad, contradice su concepción de la norma como norma de valoración, ya que si la existencia de un sujeto es importante

---

distinción entre norma de valoración y norma de determinación, la cual fue decisiva para el desarrollo del neokantismo y del sistema neoclásico del delito.

<sup>7</sup> MEZGER, *Tratado*, t. II, 1935, 282.

<sup>8</sup> Cuestionando la existencia de normas que solo planteen una valoración, MIR PUIG, *EPH-Gimbernat Ordeig*, t. II, 1307 ss.

<sup>9</sup> En su *Tratado*, MEZGER admite que el objeto de la valoración jurídica puede serlo cualquier acontecimiento natural (MEZGER, *Tratado*, t. II, 282).

<sup>10</sup> Sobre este autor, es posible decir al respecto que su concepción fue evolucionando a lo largo del tiempo. En efecto, en la 1.ª ed. del t. I de *Die Normen* (1872) –en la que puede apreciarse la enérgica influencia de MERKEL y su perspectiva imperativa–, defendió un concepto subjetivo del injusto, es decir, la inexistencia de un injusto, como vulneración de la norma, que no suponga culpabilidad. Posteriormente, con la segunda edición del t. I de *Die Normen* (1890) hasta su monografía sobre la culpabilidad (1919), BINDING desarrolló argumentos, primero, a favor de la existencia de un injusto específicamente penal (con lo cual dejó de defender una concepción unitaria del injusto para todos los sectores del ordenamiento jurídico) y, ulteriormente, atribuyó al tipo objetivo un rol fundamental en el juicio (objetivo) de antijuridicidad.

para la antijuridicidad, esto se debe a que la emisión de normas solo tiene sentido si se encuentra a alguien que pueda ser dirigido por el mensaje prescriptivo que aquellas poseen.

En la investigación pretendo señalar que la norma de valoración no es, en realidad, ninguna norma. Así, aunque los defensores de la teoría de la «doble naturaleza de la norma» consideren que no se trata de dos normas distintas (es decir, no una norma de valoración y una norma de determinación) sino de dos manifestaciones de una misma norma, desde el momento en que se señale que la pretendida norma de valoración se dirige a terceros, es evidente que ya no se está hablando de un abstracto «se debe» sino de múltiples «tú debes», esto es, se haría referencia a una prescripción y no a una valoración. Debe mencionarse que la teoría de la «doble naturaleza de la norma», aunque en un principio se presentó como una respuesta adecuada al «problema del destinatario» (por el cual, precisamente, se señalaba que aquellos a quienes la norma no podía determinar no se encontraban dentro del universo de destinatarios de la misma)<sup>11</sup>, rápidamente encontró deficiencias: si el inimputable no actúa contra la norma de determinación (esto es, no puede infringirla) es porque a él, teniendo en cuenta sus concretas circunstancias, no se le dirige dicha norma; sin embargo –según la perspectiva comentada– sí se le «dirige» la norma de valoración –pues puede infringirla–. Por lo expuesto, llama la atención que se señale que –si es que la norma de valoración y la norma de determinación son aspectos de una misma norma– la norma pueda ser infringida y no infringida a la vez por el mismo sujeto. La única forma de encontrar coherencia a este razonamiento sería, lógicamente, aceptar la existencia de dos normas distintas (de diversa naturaleza) –como lo planteaba GOLDSCHMIDT–. Sin embargo, aceptar esto sería, también, erróneo: la norma de valoración no es una norma: una norma sin destinatario –que encaja con el abstracto «se debe» defendido por MEZGER– carece de naturaleza normativa<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> El «problema del destinatario» –según el cual los inimputables no pueden ser destinatarios aptos de las normas y por tanto no pueden cometer hechos antijurídicos–, planteado tempranamente por MERKEL para criticar al sector doctrinal que defendía la posibilidad de una antijuridicidad no culpable, conllevó a que la pretendida distinción entre antijuridicidad y culpabilidad se vuelva una labor prácticamente irrealizable desde la perspectiva de la «teoría de los imperativos».

<sup>12</sup> MEZGER –*Tratado*, t. II, 285, n. 7–, al percatarse de estas dificultades, quiso explicar su concepción de la «norma de valoración». Así –aunque en una anotación a pie de página– MEZGER señala: «Cuando en nuestro trabajo (...) se habla de “norma sin destinatario”, se sobreentiende que el Derecho siempre se dirige, y en tanto, la norma “siempre tiene destinatario”. Pero aquella formulación lo que dice es que en el Derecho existe un impersonal, “sin destinatario”: “¡debe!”, del que se deduce el concretamente personalizado: “¡tú debes!”». Pues bien, sobre el particular, MOLINA FERNÁNDEZ señala que lo que MEZGER quería decir es, primero, que obviamente toda norma tiene destinatario, lo que es una concesión casi necesaria para que su teoría de la norma de valoración se siga tomando en serio; segundo, que, pese a ello, en el Derecho se contiene un impersonal «se debe», que sería el referente de la antijuridicidad; y, tercero, que de aquí surge el

Como se mencionó en líneas anteriores, en la actualidad, la doctrina mayoritaria –a partir de la influencia del finalismo– entiende que la norma de valoración y la norma de determinación se encuentran en la base de la antijuridicidad. Asimismo, a partir del sistema clásico del delito, se considera como una distinción esencial e irrenunciable la referida a la antijuridicidad y a la culpabilidad. Tomando esto en cuenta, ROXIN señala que la antijuridicidad se concibe no sólo como norma de determinación sino también como norma de valoración. De esta manera, ROXIN afirma que la norma sobre la cual se basa el injusto es una norma de determinación, que se dirige a la voluntad humana y le dice al individuo lo que debe hacer y dejar de hacer. Esto es lógico si, partiendo de que la función del Derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos, esto solo podría realizarse haciendo surgir a los ciudadanos una motivación leal al Derecho. Ahora bien, pese a lo expuesto, ROXIN considera posible distinguir entre antijuridicidad y culpabilidad, aceptando que la norma de determinación se dirige por igual a capaces e incapaces de culpabilidad y que, por lo demás, tampoco tiene que ser conocida por el individuo, sino que se necesita solamente que sea objetivamente reconocible<sup>13</sup>. La justificación de esta concepción estriba en que, según el referido autor, también los inimputables se pueden motivar por regla general por la norma jurídica (según ROXIN, incluso a los niños se les dan constantemente órdenes, que la mayoría de las veces obedecen), y en que una infracción de aquella por los inimputables acarreará, aunque no una pena, otras consecuencias jurídico-penalmente relevantes (por ejemplo, la imposición de una medida de seguridad o el derecho a la legítima defensa del agredido)<sup>14</sup>. Asimismo, ROXIN señala que en la base del injusto se encuentra también una norma de valoración, en cuanto que la realización antijurídica del tipo se desaprueba por el Derecho como algo que no debe ser<sup>15</sup>.

---

concreto «tú debes» propio de la culpabilidad. Si esto es así, lo que realmente hace es aparentar que salva su tesis, aceptando el primer punto, pero luego no la modifica en absoluto, ya que la mantiene en sus mismos términos: seguiría habiendo un impersonal «se debe» no dirigido a nadie. Con ello, obviamente, no ha conseguido salvar ninguna de las críticas antes realizadas, sino sólo disfrazar su posición. Debe quedar en claro que, si ese impersonal «se debe» no va dirigido a nadie, ¿cómo es posible que la actuación de un sujeto concreto se tache ya de antijurídica según una norma de la que no es destinatario? La respuesta a ello parece otorgarla el propio MEZGER: la «norma de valoración» no es una norma, es una valoración que se desprende, entre otras cosas, del texto de una «norma de determinación». Sólo una norma sin destinatario encaja con el abstracto «se debe» de la «norma de valoración», y, como el propio MEZGER reconoció, una norma sin destinatario no es tal norma, por lo que la «norma de valoración» no es una norma y la antijuridicidad así entendida no es la infracción de una obligación normativa (MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 560).

<sup>13</sup> Evidentemente, de aquí se llega a la conclusión de que el error de prohibición no es un problema de injusto, sino de culpabilidad. (ROXIN, *DP.PG.*, t. I, 1997, 322).

<sup>14</sup> ROXIN, *DP.PG.*, t. I, 1997, 323.

<sup>15</sup> ROXIN, *DP.PG.*, t. I, 1997, 323.

A partir de lo expuesto, será correcto decir que, según ROXIN, la doctrina mayoritaria considera que la antijuridicidad supone tanto la infracción de una norma de determinación como la de una norma de valoración. En ese sentido, la distinción planteada por MEZGER es retomada, pero ya no como criterio para diferenciar entre antijuridicidad y culpabilidad, sino como elemento a analizar en el ámbito del injusto penal y poder fundamentar su estructuración dualista: mientras la norma de determinación fundamenta el desvalor de la acción, la norma de valoración abarca adicionalmente al desvalor del resultado<sup>16</sup>. Sin embargo, en la medida que en la tesis doctoral se asuma la idea de que la norma de valoración no puede ser entendida como una norma, habrá que fundamentar las bases sobre las cuales construir el concepto de antijuridicidad como categoría de la teoría del delito. Para hacerlo, hay que tener en cuenta que en este estadio cobran una importancia fundamental las valoraciones, específicamente, aquellas orientadas a desentrañar los alcances del hecho desde la perspectiva de la lesividad de los bienes jurídicos, tomando en cuenta además, la concurrencia de criterios intersubjetivos<sup>17</sup>.

## **II. Sobre el destinatario de la norma primaria (norma de determinación).**

La doctrina penal mayoritaria afirma que la norma jurídico-penal (concretamente, la norma primaria) «se dirige a todos» (capaces e incapaces)<sup>18</sup>. Esta afirmación, a mi modo de ver, si bien es frecuentemente utilizada, carece aún de una fundamentación y de un desarrollo posterior. Y es que, desde mi punto de vista, resulta inquietante pensar –en términos de eficacia de la norma– que, así como la norma primaria se dirige a una persona sin ningún tipo de déficit cognitivo (esto es, una persona en sus plenas facultades), se dirige de la misma manera a un menor de edad (inimputable) o a una persona que desconoce la norma (lo cual, en lenguaje jurídico-penal, significa actuar en error de prohibición). Para justificar la idea de que la norma se dirige a todos, se señala que la norma penal no se limita a limitar una conducta, sino que busca prohibir o mandar una conducta a la generalidad de ciudadanos; en ese sentido, se afirma, en la medida de que la

---

<sup>16</sup> ROXIN, *DP.PG.*, t.I, 1997, 323.

<sup>17</sup> Al respecto, MIR PUIG –*LH-Cerezo Mir*, 2002, 87 – señala: «Esta comprensión de la antijuridicidad penal como un juicio de desvalor relacionado solo con la oposición del hecho a un bien jurídico-penal, y no con la oposición al imperativo de la norma, no es la única forma posible, pero es más garantista, menos autoritaria, que otra que lo entienda como desobediencia a la norma» (cursivas en el texto original)

<sup>18</sup> Por todos, ROXIN, LUZÓN PEÑA, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, TRAPERO BARREALES.

pretensión de la vigencia de la norma es general, la norma no excluye de la prohibición o del mandato a los incapaces<sup>19</sup>.

Por otro lado, desde la comentada perspectiva de la norma como mandato general, se señala que la mayoría de inimputables pueden ser motivados (determinados) por la norma, aunque lo sean de manera anormal; por ello, tendría sentido que las prohibiciones o mandatos establecidos en la norma se dirijan también a ellos (los incapaces)<sup>20</sup>. En esa línea argumentativa, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO afirma que resulta más conveniente proclamar que la norma penal prohíbe o manda con carácter general conductas (en sentido amplio, con inclusión del resultado) que desvalora, con la pretensión de motivar a todos a que se abstengan de realizar la conducta (o, en el caso de los mandatos, que la realicen), de manera que «la antijuridicidad y la culpabilidad sean los campos que distinguen claramente infracción o no infracción de la norma, también en su aspecto primordial de determinación (antijuridicidad) y exclusión de la responsabilidad por razones de inmotivabilidad o anormal motivabilidad del sujeto (culpabilidad)»<sup>21</sup>. Asimismo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO se muestra contrario a la concentración en la culpabilidad de la determinación de la infracción (o no infracción) de la norma y de la exclusión de la responsabilidad penal por la anormal motivabilidad pues, desde su punto de vista, esta idea «parece que oscurece la idea de pretensión general de validez y seguimiento de la norma e induce a confusión (siquiera por razones terminológicas) respecto del contenido de las categorías penales»<sup>22</sup>. Por ello, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO concluye señalando que «La norma (también en su aspecto de determinación) se dirige a todos, prohibiendo las conductas que considera para conseguir sus fines generales; resulta incluso chocante (y estimo que no se comprendería bien en la conciencia social) leer la norma que prohíbe matar como “se prohíbe matar salvo a quienes no puedan ser motivados en absoluto por esta norma”, lo que supondría en definitiva que para ellos la conducta de matar estaría permitida (aunque, eso sí, estaría objetivamente desvalorada y sería antijurídica) (...) señalar que un sujeto no infringe la norma de determinación porque a él no se le dirige no dista mucho (...) de decir que a él no se le prohíbe la conducta (no se le ordena abstenerse de ella, aunque se desvalore el que no se abstenga) y, por tanto, se permite»<sup>23</sup>. La opinión

---

<sup>19</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *RDPC*, N° 2, 1998, 387.

<sup>20</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *RDPC*, N° 2, 1998, 387.

<sup>21</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *RDPC*, N° 2, 1998, 388.

<sup>22</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *RDPC*, N° 2, 1998, 388.

<sup>23</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *RDPC*, N° 2, 1998, 388.

de LUZÓN PEÑA tiene la misma orientación, pues considera que «esta concepción es equivocada, y el error radica en concebir la norma penal como norma *subjetiva* de determinación. Pues los imperativos y prohibiciones conminados penalmente, que son el medio por el que las normas penales tratan de encauzar las conductas humanas para que respeten los bienes jurídicamente valorados, van dirigidos a la totalidad, a la generalidad de los ciudadanos, sin distinguir entre culpables y no culpables, no sólo para dejar clara cuál es la conducta prohibida de modo general, sino también entre otras cosas porque en ocasiones y en cierta medida también los inimputables se dejan determinar o motivar por la norma penal. Pero en cualquier caso, aunque los no culpables sean solo muy anormalmente accesibles o prácticamente inaccesibles a la motivación de la norma penal (problema de culpabilidad), ello no significa que no obren de modo contrario a la misma; tales comportamientos están prohibidos para todos»<sup>24</sup>.

Desde mi punto de vista, decir que la norma primaria no se dirige a incapaces no supone admitir que las conductas externas antinormativas que aquellos puedan realizar estén permitidas. La prueba de ello es que los incapaces, al realizar una conducta objetivamente lesiva, cometen un hecho desvalorado y, por lo tanto, antijurídico (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, como se expuso en líneas anteriores, lo admite). El hecho de que las normas primarias no se dirijan a los incapaces no supone inferir que a ellos se les permita la realización de conductas desvaloradas. Si esto no fuera así, no sería posible, por ejemplo, la participación en hechos cometidos por un autor inimputable o que actúa en error de prohibición invencible, así como tampoco sería posible actuar en estado de necesidad defensivo frente la actuación peligrosa de un inimputable.

Por otro lado, la interpretación de que la norma, ante los incapaces, deba ser entendida como un mensaje que diga «se prohíbe matar salvo a quienes no puedan ser motivados en absoluto por esta norma», no me parece adecuada sencillamente porque la norma, como mensaje prescriptivo, no puede tener esa estructura. Primero, porque la individuación de la norma no puede permitir que una misma norma prescriba y al mismo tiempo excluya una parcela de su ámbito de proyección (sobre todo, cuando la pretendida condición negativa de la norma no es un criterio objetivo-general, sino uno que depende de las circunstancias específicas del autor)<sup>25</sup>. Segundo, porque si lo que se produce con el comportamiento lesivo es una contraposición al contenido de la norma, entonces esta no

---

<sup>24</sup> LUZÓN PEÑA, *Lecciones*, 2012, 187.

<sup>25</sup> Sobre la individuación de la norma, RAZ, *Concepto*, 1986, 95 ss.



puede requerir, siquiera en sentido negativo, de condiciones de eficacia de la misma (una de las cuales sería, precisamente, la capacidad de ser motivado por la norma); de lo contrario, se estaría mezclando el contenido de la norma con las condiciones de eficacia de la misma (y, por ende, haciendo indistinguible la antijuridicidad y la culpabilidad).

No estoy de acuerdo con la idea de que la infracción y la no infracción de la norma se verifican en la antijuridicidad y en la culpabilidad, respectivamente. Esto es así pues, desde mi punto de vista, determinar la infracción o la no infracción de la norma requiere del análisis de las circunstancias subjetivo-individuales de la persona, elementos que indudablemente pertenecen a la culpabilidad. Si, desde la perspectiva de la doctrina dominante, representada aquí por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y por LUZÓN PEÑA, la infracción de la norma se determina en la antijuridicidad, y si la antijuridicidad supone la realización de valoraciones de carácter intersubjetivo, ¿porqué la determinación de la no infracción de la norma no responde también a esos criterios que definen el aspecto intersubjetivo de la antijuridicidad? Así como la infracción de una norma no se da por partes, o no se infringe primero de manera abstracta y luego de manera concreta, la infracción de la norma se da o no se da, y el escenario en el que se debe analizar si se produce o no esa infracción debe ser necesariamente uno solo: el de la culpabilidad (o de la categoría donde opera la individualización, como quiera que se la quiera llamar).

En cuanto a la opinión de LUZÓN PEÑA, este autor no niega que los incapaces puedan actuar de modo contrario a lo prescrito por la norma primaria. Esto es algo en lo que estoy de acuerdo. Pero, a mi juicio, no es correcto extraer de aquello (esto es, que los incapaces puedan actuar de modo contrario a la norma primaria) la conclusión de que la norma primaria se dirija a todos. Inclusive, LUZÓN PEÑA reconoce la diferencia entre la intersubjetividad y la individualización (términos que, a grandes rasgos, pueden dar una idea del contenido de la antijuridicidad y de la culpabilidad, respectivamente): el referido autor admite que los incapaces pueden no tener acceso a la norma penal (lo cual, como correctamente señala, es un problema de culpabilidad y, en esa medida, es un asunto que corresponde a la individualización) y, al mismo tiempo, no niega que aquellos no puedan actuar de modo contrario a la misma (lo cual, consecuentemente, debe ser relevante en términos intersubjetivos).

Desde mi punto de vista, aceptar que la norma penal «va dirigida a la generalidad de ciudadanos, sin distinguir entre culpables y no culpables» y a la vez afirmar que «los

imperativos y prohibiciones conminados penalmente tratan de encauzar las conductas humanas» supone una contradicción. Esto es así pues se contraviene la máxima «deber implica poder»: ¿cómo se puede reprochar a un individuo que no tuvo la posibilidad de acceder a la norma y, en virtud de ello, de ejercer voluntariamente su libertad (aunque de manera incorrecta) cuando carecía de las condiciones individuales necesarias para enjuiciar los alcances y la relevancia de su hecho? Debe quedar claro que a pesar de que aquí se defiende la idea de que la norma primaria no se dirige a quienes no puedan recibirlas, ello no supone asumir que, por ejemplo, un niño o un enfermo mental profundo no pueda realizar –externamente, objetivamente– una conducta prohibida; por el contrario, pueden hacerlo, pero si ese es el caso, no se habrá infringido una norma de determinación (mucho menos una norma de valoración), sino que solo habrán realizado objetivamente una conducta desvalorada y, por ende, antijurídica (hasta donde alcanzo a entender, esta conclusión es afín a la defendida por LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO).

Precisamente, si desde la perspectiva de la doctrina penal mayoritaria la norma se dirige a todos, capaces e incapaces, es porque en estas dos «clases» de destinatarios es posible determinar un punto en común que permita entender que la norma es «infringida»; este punto en común, desde mi punto de vista, no puede ser más que la verificación objetiva de la conducta desplegada, esto es, la comprobación de una conducta externamente antinormativa (que puede ser cometida tanto por capaces como por incapaces) que, se piensa, es «contraria» a la norma (más concretamente, «contraria al contenido de la norma»), y, por lo tanto, antijurídica. Si esto es así, pienso que sería dudoso afirmar –como hace la doctrina penal mayoritaria– que en la base de la antijuridicidad se halla la norma como norma de determinación, pues en el juicio de antijuridicidad no se analiza ningún aspecto de la motivación que la prescripción normativa ha generado en el individuo (lo cual, al referirse a un análisis subjetivo-individual, debería ser realizado necesariamente en la culpabilidad), sino que solo se comprueba que se haya realizado o no un hecho desvalorado (y, por ello, solo de manera impropia se puede decir que, en la antijuridicidad, la norma es infringida). Esta aseveración, como puede preverse, permite entonces señalar que, a pesar de que la doctrina penal mayoritaria sitúe a la norma de determinación en la antijuridicidad, en realidad estaría edificando este último concepto únicamente sobre la base de una norma de valoración (la cual, desde mi punto de vista, no puede ser entendida como una norma). En efecto, cuando la doctrina mayoritaria establece el contenido de la norma prescriptiva en la antijuridicidad, alude, en términos ambiguos, a

un «deber general» –la prohibición o el mandato– «dirigido a todos sus destinatarios», independientemente de sus características personales. Con ello, si bien se pretende establecer un patrón en las relaciones intersubjetivas, no se tienen en cuenta las circunstancias de posible eficacia de la prescripción, con lo que su posición se termina confundiendo con la de la norma de valoración (en la versión de GOLDSCHMIDT o MEZGER).

Desde mi punto de vista, cuando la doctrina mayoritaria hace referencia a una «norma con carácter general» que se encuentra «dirigida a todos», está aludiendo, en realidad a una norma de valoración (que no es una norma, desde mi punto de vista), pues al no tener en cuenta las condiciones personales del destinatario, lo que está queriendo decir es, en realidad, que algo «se debe» o «no se debe» hacer. Si es que se quiere evitar esta conclusión, creo que es necesario seguir el siguiente camino: la norma se dirige solo a quienes tienen capacidad de motivarse por la misma (existen múltiples «tú debes» o «tú no debes») pues solo así se puede consolidar una correcta relación normativa (entre el mensaje prescriptivo de la norma y el destinatario); esto, como se dijo, no implica que quienes no puedan motivarse por la norma no puedan desplegar conductas desvaloradas que en otras circunstancias (esto es, si quienes las realizan contaran con las circunstancias subjetivo-individuales necesarias) no solo serían antijurídicas, sino que también les serían reprochables (esto es, serían culpables por las mismas). Dado que las normas jurídicas en general buscan incidir en las actuaciones (interrelaciones) sociales (en las que resulta difícil que el Derecho penal, a pesar de su función preventiva, le garantice al ciudadano capaz que se motiva por las normas que los otros lo harán de la misma manera), el Derecho le confiere a los individuos capaces de motivarse por la norma la posibilidad de defenderse de hechos lesivos (cometidos por quienes no puedan motivarse por la norma) así como les exige la no intervención en esa clase de hechos. Las normas que declaran como prohibida a una conducta, suponen que tal declaración faculta a sujetos distintos del que la lleva a cabo a realizar conductas defensivas frente a comportamientos ilícitos (externamente antinormativos). Asimismo, las normas que declaran como prohibida una conducta, prevén, para quienes son capaces de motivarse por ellas, la exigencia de no intervención en un comportamiento ilícito (externamente antinormativo) cometido por otro (que puede ser un incapaz y, por lo tanto, no motivable por la norma). En pocas palabras, la antijuridicidad fija de manera objetiva el modelo de lo incorrecto y habilita la aparición de normas que impiden la participación y que permiten la defensa (propia o de terceros).

Líneas arriba hice referencia a dos términos que pueden dar una idea de lo que se analiza tanto en la antijuridicidad y en la culpabilidad: intersubjetividad e individualización. Ambos términos permiten conocer, en líneas muy generales, qué es lo que se enjuicia en cada una de las mencionadas categorías de la teoría del delito. Siendo esto así, es posible entender que en la antijuridicidad se realiza una valoración del hecho desde la perspectiva de la lesividad para los bienes jurídicos, lo cual supone el enjuiciamiento de una conducta externa antinormativa (o, lo que es lo mismo, la oposición de una conducta con el contenido de la norma). El juicio de antijuridicidad no puede contemplar el análisis de la prohibición personal de una conducta, pues esto pertenece al ámbito de la culpabilidad (donde se analizan las circunstancias individuales). Y esto es así pues la prohibición personal requiere la capacidad de cumplimiento de la norma primaria (nuevamente, «deber implica poder»)<sup>26</sup>.

### **III. Distinción entre «antijuridicidad» y «antinormatividad».**

Hasta este momento de la investigación, y de conformidad a lo expuesto, creo necesario afirmar que, de estimarse que la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad es necesaria en la teoría del delito, la única forma en que se podría mantener tal distinción consistiría en desligar la antijuridicidad de la antinormatividad. Como se ha afirmado antes, en la medida que la antijuridicidad sea comprendida como contrariedad a Derecho y, por ende, como contrariedad a la norma –posición dominante en la doctrina penal–, será posible arribar a la conclusión de que un hecho penalmente antijurídico se corresponde con la infracción de la norma de determinación. Así, es precisamente tal infracción la que confiere un desvalor jurídico específico: solo el hecho infractor del imperativo podría ser considerado como contrario a Derecho.

Sin embargo, a pesar de admitir que la norma primaria debe entenderse como norma de determinación, debo decir que la identificación de la antijuridicidad con la antinormatividad conduce, necesariamente, a dos consecuencias que, con MIR PUIG, no estimo aceptables. La primera consecuencia sería que la efectiva producción del resultado

---

<sup>26</sup> MIR PUIG también considera que la norma primaria se dirige solamente a quienes pueden ser motivados por la misma: «Aunque la doctrina dominante en la actualidad suele proclamar que las prohibiciones penales se dirigen a todos, es evidente que si sólo existiesen, además de un legislador, incapaces profundos y personas imposibilitadas de acceder a las normas, no tendría ningún sentido dictarlas para regular su comportamiento. Lo único razonable es entender que los imperativos normativos requieren destinatarios capaces de recibirlos. Se trata de una exigencia inherente al uso pragmático de las prescripciones que, por tanto, no es necesario que se halle establecida expresamente por las normas» (MIR PUIG, *LH-Cerezo Mir*, 2002, 86).

no podría integrar el injusto penal. En efecto, como se ha expuesto hasta el momento, si la norma de determinación se dirige a los ciudadanos a efectos de influir en su comportamiento, lo único que la referida norma podrá prohibir serían, precisamente, comportamientos, en tanto la realización de éstos se condiciona por la voluntad de quienes los ejecutan. De ser esto así –y dado que la motivación normativa solo puede ser *ex ante* y no *ex post*– se desprende entonces la idea de que no es posible prohibir que dichas conductas consigan efectivamente la producción de un resultado posterior al despliegue de la voluntad<sup>27</sup>. Al respecto podría decir que la conclusión a la que consecuentemente se puede arribar a partir de los argumentos esgrimidos es evidente: si lo antijurídico es lo prohibido por la norma de determinación, sólo podrían ser antijurídicas las conductas pero no los resultados separados de ellas.

La segunda consecuencia sería que la posibilidad de conocimiento de la norma por el sujeto tendría que ser exigida como condición de la antijuridicidad. En efecto, si la antijuridicidad se entiende como antinormatividad, solo podrían cometer hechos antijurídicos aquellos que puedan conocer la norma<sup>28</sup>. Este argumento parte de la idea de que la norma de determinación, al expresar un mensaje prescriptivo, solo podría dirigirse a individuos motivables que puedan tomar conocimiento de la misma –por lo mismo, carecería de sentido que aquella norma se dirija a quienes no cumplan con tales características–. Pues bien, a partir de esto, tanto a los niños pequeños y a los oligofrénicos profundos –en tanto son incapaces de recibir en absoluto (ni directa ni indirectamente) los mensajes prescriptivos que expresan las normas jurídico-penales– así como a aquellos que actúan en error de prohibición invencible –en tanto se encuentran en una situación en la que no pueden acceder al conocimiento de la prohibición de la conducta– no se les dirigirá las prohibiciones penales<sup>29</sup>.

Estas ideas (la no inclusión del resultado en el injusto y la necesidad de conocimiento de la norma como presupuesto de la antijuridicidad), como puede preverse, no son aceptadas por la mayoría de la doctrina. Sin embargo, esta no aceptación no resulta consecuente con su punto de partida: la comprensión mayoritaria de la antijuridicidad como antinormatividad. En ese sentido, si es que se quiere considerar –como hace la doctrina dominante– que el resultado es elemento constitutivo del injusto y que el

---

<sup>27</sup> MIR PUIG, *LH-Cerezo Mir*, 2002, 85.

<sup>28</sup> MIR PUIG, *LH-Cerezo Mir*, 2002, 86.

<sup>29</sup> MIR PUIG, *LH-Cerezo Mir*, 2002, 86.

inimputable profundo y el que actúa en error de prohibición invencible también pueden actuar antijurídicamente, entonces lo consecuente sería abandonar la idea de que la antijuridicidad es equiparable a la infracción de una norma imperativa.

Si considero estimable el dejar de lado la opinión de que la antijuridicidad es antinormatividad, será necesario buscar otro criterio sobre el cual mantener la categoría dogmática de la antijuridicidad. Precisamente, como señala MIR PUIG, «Este criterio no se encuentra en el campo de los imperativos, sino en el campo de las valoraciones»<sup>30</sup>. Como se señaló anteriormente, los diferentes sistemas de exposición del delito coinciden en que, para distinguir la antijuridicidad (intersubjetividad) y la culpabilidad (individualización), esta primera categoría debe fundamentarse, como mínimo, en una desvaloración objetiva del hecho a la luz del ordenamiento jurídico. Sin embargo, este nivel de valoración no puede ser expresado también en términos de infracción de una norma: en la antijuridicidad no se puede infringir una norma de valoración (ya que, como se intentó demostrar, una norma de valoración no es una norma) ni tampoco una norma de determinación (pues esto supondría equiparar antijuridicidad con antinormatividad, idea que, como se acaba de exponer, no considero posible si es que se quiere mantener la separación conceptual entre antijuridicidad y culpabilidad).

#### **IV. Aceptación de la teoría de los elementos negativos del tipo y principales consecuencias de la adopción de este punto de partida.**

Hasta este momento inicial del desarrollo de la tesis doctoral estimo como adecuados los postulados de la teoría de los elementos negativos del tipo. Al respecto, es preciso decir que el ámbito de análisis de esta teoría es bastante incierto hasta el día de hoy. No en vano, un autor tan importante como Arthur KAUFMANN señaló en su momento que la teoría de los elementos negativos del tipo era una de aquellas teorías que estaban destinadas a ser incomprendidas para siempre<sup>31</sup>. Lo cierto es que el desarrollo histórico-dogmático de la teoría de los elementos negativos del tipo ha sido muy accidentado y no ha estado exento de diversos avatares; y esto es precisamente lo que podría explicar que esta teoría se trate de una construcción doctrinal con muchas aristas, lo que consecuentemente dificulta una delimitación clara de sus contornos. Así, cuando se habla de esta teoría se puede hablar de un asunto sustancial como lo es el concepto de delito; de cuestiones metodológicas como la

---

<sup>30</sup> MIR PUIG, *LH-Cerezo Mir*, 2002, 87.

<sup>31</sup> KAUFMANN, Arthur, *JZ* 1954, 653 (extraído de: WILENMANN, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 126 ss.).

relación entre tipo y antijuridicidad; de cuestiones formales generales como la relación entre las normas permisivas y las normas prohibitivas o de mandato; de teoría general del derecho como la deliberación entre la forma de mayor corrección para la resolución de los conflictos entre normas; y, sobre todo, de un asunto dogmático-estructural como es lo referido al contenido del dolo y el error, lo cual supone discutir lo relacionado al tratamiento del error sobre los elementos objetivos de una causa de justificación (como error de tipo o como error de prohibición)<sup>32</sup>. Sobre todos estos asuntos me pronunciaré extensamente en el desarrollo de la tesis doctoral.

En este instante solo puedo limitarme a decir que, a mi juicio, la teoría de los elementos negativos del tipo constituye la mejor alternativa dogmática para la comprensión de la relación entre las circunstancias fundamentadoras y las circunstancias excluyentes de la lesividad<sup>33</sup>, generando resultados satisfactorios en términos normológicos, valorativos, sistemáticos y prácticos. En términos normológicos, porque la teoría de los elementos negativos del tipo es la que mejor se vincula con la concepción de la norma primaria como norma de determinación que se defenderá en la investigación<sup>34</sup>. En términos valorativos, pues desde mi punto de vista, pienso –hasta ahora– que no hay diferencia alguna entre un comportamiento que no lesiona bienes jurídicos y un comportamiento que los lesiona para preservar otros intereses de mayor importancia. En términos sistemáticos, pues con la teoría de los elementos negativos del tipo se puede superar la exposición tripartita –derivada del finalismo–, en la que se concluye que un mismo hecho puede estar prohibido y a la vez permitido. En términos prácticos, pues el error sobre un presupuesto objetivo de una causa de justificación es esencialmente igual a cualquier error sobre elementos fundamentadores de la lesividad<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Al respecto, WILENMANN, en: MAÑALICH (Coord.), *Antijuridicidad*, 2013, 99 ss.

<sup>33</sup> ROXIN, *DP.PG.*, t. I, 1997, 285.

<sup>34</sup> Al respecto, ORTIZ DE URBINA GIMENO–*In Dret*, 3, 2008, 16– señala que la teoría de los elementos negativos del tipo es compatible con todas las teorías normológicas al uso, excepto con la imperativa pura o monista, esto es, con la concepción que entiende que las normas que establecen permisos puedan considerarse jurídicas (defensor de esta perspectiva sería, por ejemplo, HOLD VON FERNECK). En esta investigación, si bien se entiende que la norma de valoración no puede ser una norma, ello no repercute en la aceptación de que los permisos tienen categoría normativa (por lo tanto, acepto la categoría de «normas permisivas», aunque tradicionalmente la palabra alemana «Erlaubnissatz» se traduzca como «precepto permisivo»).

<sup>35</sup> Sobre estos asuntos, con amplitud, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, 2001, 663, n. 95.

## **Bibliografía**

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Teoría y práctica*, vol. 1, Madrid: Marcial Pons, 2009.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, «Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma», en: *Estudios Penales*, Nº 1, 1977, pp. 9 – 49.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, «Un sistema de Derecho penal en evolución», en: *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª Época, Nº 2, 1998, pp. 381 – 438.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

WILENMANN, Javier, «Injusto, justificación e imputación», en: MAÑALICH, Juan Pablo (Coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Montevideo: B de F, 2013.

MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, t. I, traducción de la 2ª ed. alemana (1933) y notas de Derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.

MIR PUIG, Santiago, «Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal», en: GARCÍA VALDÉS, Carlos, Margarita VALLE MARISCAL DE GANTE, Antonio CUERDA RIEZU, Margarita MARTINEZ ESCAMILLA y Rafael ALCÁCER GIRAO (Coords.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Madrid: Edisofer, 2008, pp. 1307 – 1328.

-, «Valoraciones, normas y antijuridicidad penal», en: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, Carlos María ROMEO CASABONA, Luis GARCIA MARTÍN, y Juan Felipe HIGUERA GUIMERÁ, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, 2002, pp. 73 – 91.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona: Bosch, 2001.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, «De moscas y agresores muertos. Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo», en: *In Dret*, 3, 2008, 1 – 42.



RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, traducción de Juan Ruiz Manero, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, traducción de la 2ª Edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997.