

Consideraciones sobre normas, derechos y deberes en el injusto penal

Alfredo Alpaca Pérez
Universidad de Extremadura

Sumario

-

Este trabajo pretende poner en relación un concepto de norma con el injusto penal. En ese sentido, se entiende a la norma primaria (o norma de conducta) como una norma de carácter imperativo, genuinamente penal (no es una norma de Derecho público), dirigida a un destinatario idóneo y, por ello, de carácter individual (no es una norma «dirigida a todos»). La norma primaria, por tanto, es un mandato o prohibición dirigido a un individuo concreto en una situación concreta. Esta comprensión de la norma primaria como imperativo ha de ser compatible con la distinción categorial entre injusto y culpabilidad. Si la norma primaria posee una relación funcional con cada una de esas categorías del delito, en el injusto es la dimensión distributiva de la norma primaria la que despliega sus efectos. El Derecho penal debe proteger bienes jurídicos no solo mediante la imposición de deberes, sino también mediante la asignación de derechos. En ese sentido, el injusto es la sede en la que se analiza la «compatibilización» entre esferas de libertad, las que recurren al derecho subjetivo (la «otra cara» del deber impuesto por la norma) para relacionarse entre ellas y para solucionar supuestos en los que una esfera jurídica se entromete de manera ilegítima y grave en otra.

Abstract

-

This work seeks to relate a concept of norm with the criminal wrongdoing. In this regard, the primary norm (or conduct norm) is considered as an imperative norm, as a norm of a criminal law nature (not a norm of public law), as a norm aimed at a suitable recipient and as a norm of individual character (it is not a norm «aimed to everyone»). Because of that is the primary norm an order or a prohibition aimed at a concrete person in a concrete situation. This understanding of the norm as an imperative must be compatible with the categorial distinction between wrongdoing and culpability. The primary norm has a functional relationship with each one of those categories of the concept of crime, hence it would be possible to understand that the distributive aspect of the norm displays effects in the wrongdoing. Criminal Law must protect legally protected interests not only through imposition of duties but also through assignment of rights. Therefore, the wrongdoing is the place in which the analysis of the «coordination» of spheres of freedom occurs. These resort to the right (the «other side» of the duty imposed by the norm) to interact between them and to solve cases in which one of the spheres of freedom interfere with another in an illegitimate and serious manner.

Zusammenfassung

-

Ziel dieses Beitrags ist den Begriff der Norm mit dem strafrechtlichen Unrecht in Zusammenhang zu bringen. Die Primärnorm (Verhaltensnorm) wird als ein Imperativ, d.h. als echte strafrechtliche Norm (nicht als Norm des öffentlichen Rechts), an einen geeigneten Adressaten gerichtete Norm und eine Norm individueller Natur (die Norm ist nicht «an alle» gerichtet). In diesem Sinne ist die Primärnorm ein an ein konkretes Individuum in einer konkreten Situation gerichtetes Ge- oder Verbot. Das Verständnis der Primärnorm als Imperativ ist jedoch mit der kategorialen Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld zu vereinbaren. Die Primärnorm hat eine funktionale Beziehung mit jedem von den Kategorien der Straftat. Im Unrecht entfaltet die von der Primärnorm abgeleitete distributive Dimension ihre Wirkungen. Die Aufgabe des Strafrechts besteht im Schutz von Rechtsgütern: nicht nur durch die Auferlegung von Pflichten, sondern auch durch die Zuweisung von Rechten. Das Unrecht ist demnach der Sitz, in dem

das «Vereinbaren» von Freiheitssphären zu analysieren ist. Diese Freiheitssphären greifen auf das subjektive Recht (die «Kehrseite» der Pflicht) zurück, um darunter zusammenzuhängen und um Fälle in den einen der Freiheitssphären sich in anderer auf unrechtmäßige und ernste Weise einmisch, zu lösen.

Title: *Considerations about Norms, Rights and Duties in the Criminal Wrongdoing.*

Titel: *Erwägungen zu Normen, Rechten und Pflichten im strafrechtlichen Unrecht.*

-

Palabras clave: *teoría de las normas; injusto penal; deber; derecho*

Keywords: *theory of norms; criminal wrongdoing; duty, right*

Stichwörter: *Normentheorie; strafrechtliches Unrecht; Pflicht; Recht*

-

DOI: 10.31009/InDret.2022.i1.06

-

Recepción

28/09/2021

-

Aceptación

02/01/2022

-

Índice

-

1. Consideraciones preliminares

2. Asuntos destacados y controvertidos sobre la teoría de la norma y el concepto de delito

2.1. Norma de carácter imperativo

2.2. Norma objetiva de causación

2.3. Perspectiva *ex ante* o *ex post* de la norma

2.4. Naturaleza jurídico-pública o jurídico-penal de la norma

2.5. Norma como imperativo de carácter «general» o «individual»

3. Norma e injusto penal

3.1. La norma solo se dirige a quien pueda motivarse por ella

3.2. Relevancia jurídico-penal de las conductas de los no culpables

3.3. Norma y derecho subjetivo

3.4. Injusto y antinormatividad

4. Consecuencias

5. Conclusiones

6. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Consideraciones preliminares*

La enfática y ampliamente conocida distinción entre «norma» y «ley penal» planteada por BINDING permitió el establecimiento de una diferenciación no reconocida con suficiente claridad hasta ese momento: el agente, al cometer el delito, no «infringe» la ley, sino que actúa conforme a ella¹. En ese sentido, «el delincuente solo puede transgredir la proposición que le prescribe el modelo de su comportamiento»². Conforme a esto, a quien se le imponga la pena que corresponda al delito de homicidio (escenario en el que una persona mata a otra) tiene que haber cumplido el presupuesto de ese delito, a saber: haber matado a otro. Dicho de otra manera, tiene que haber actuado *conforme* a la ley penal. La idea de que la comisión de un delito no representa la transgresión de la ley sino, en realidad, su cumplimiento, no implica desconocer que este expresa un atentado contra el Derecho (pese a que la afirmación de que el delito supone «cumplir la ley» parece ser intuitivamente contraria a la idea de que el delito es la forma más grave de afectación del Derecho). Sostener que solo la norma es la proposición jurídica que puede ser infringida por el delincuente deja en evidencia la existencia de un elemento que, al reflejar la «esencia» del delito, ha de ser necesariamente objeto de análisis³. La idea del delito como «contrariedad a la ley», que se puede reconocer ya en FEUERBACH⁴ y que, a mi modo de ver, es expresión del desplazamiento de la filosofía para un posterior ensalzamiento de las ciencias naturales en el ámbito del Derecho penal⁵, por tanto, puede ponerse en tela de juicio con el planteamiento iniciado por BINDING⁶, en virtud del cual será posible sostener que la punibilidad de una conducta

* Este artículo se incardina en los Proyectos de Investigación DER2013-47511-R, DER2016-76715-R y PID2019-108567RB-C21, cuyo investigador principal es el Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo.

¹ La distinción entre «norma» y «ley penal», propuesta por BINDING en el t. I de *Die Normen und ihre Übertretung* (1872), fue criticada por varios de sus contemporáneos. Por todos, BIERLING, «Die Normen und ihre Uebertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delicts von Karl Binding, Prof. der Rechte in Strassburg. 1. Band, 1. Abtheil. Normen und Strafgesetze, Leipzig, Engelmann 1872», *Göttingische Gelehrte Anzeigen*, 1873, p. 402; VON BAR, «Die Normen und ihre Übertretung», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, (15), 1873, p. 562; WACH, *Der Gerichtssaal*, (25), 1873, p. 436; THON, *Rechtsnorm und Subjektives Recht*, 1878, p. 9, n. 10; VON LISZT, «Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche. Ein kritischer Beitrag zur juristischen Methodenlehre», *ZStW*, (6), 1886, pp. 663 ss. Con más referencias, BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, t. I, 1885, p. 187. Una reciente exposición sobre las críticas al planteamiento de BINDING la ofrece MARTINS, «Kritik an Binding», en KUBICIEL/LÖHNIG/PAWLIK/STUCKENBERG/WOHLERS (eds.), *Eine gewaltige Erscheinung des positiven Rechts. Karl Bindings Normen- und Strafrechtstheorie*, 2020, pp. 390 ss.

² BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delicts*, t. I, 4ª ed., 1922, p. 7.

³ KOTSOGLOU, «Master of Puppets? Normentheorie – Strafrechtsdogmatik – Normbefolgung», en SCHNEIDER/WAGNER (eds.), *Normentheorie und Strafrecht*, 2018, p. 36; SCHLADITZ, *Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung. Sicheres Fundament oder Achillesferse?*, 2021, p. 212.

⁴ FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, t. I, 1ª ed., 1799, p. 5.

⁵ En efecto, FEUERBACH comprendió que la atribución de responsabilidad consistía esencialmente en la comprobación de las condiciones de la punibilidad, esto es, que la «contrariedad a la ley» suponía, en realidad, la subsunción del hecho en la ley penal (lo más precisa posible). Este planteamiento es el resultado de la construcción planteada por FEUERBACH: este, en su pretensión de distinguir radicalmente entre moral (sistema de deberes éticos) y Derecho (sistema de facultades de obrar), asignó la imputación (vinculada estrechamente a la libertad) al primero y la imputabilidad (sostenida en la intimidabilidad) al segundo. Para FEUERBACH era necesario renunciar a la categoría de la libertad, pues solo así sería posible cumplir en última instancia con su propuesta: que el juez se limite a la aplicación de la ley. Al respecto, FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, t. I, 1ª ed., 1799, pp. VIII ss. Como señala SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, 2008, p. 263, la teoría de la imputación de FEUERBACH se resume así: «*empirismo, naturalismo y reducción del Derecho a la mera subsunción*» (cursiva en el original).

⁶ Solo BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 4ª ed., 1922, p. 3 ss., con su distinción entre «norma» y «ley penal», permitió que la idea de una genuina «contrariedad a la norma» adquiriera trascendencia. Recientemente, FUNKE, «Karl Bindings Normentheorie im Lichte der zeitgenössischen Diskussion», en

no depende solo del cumplimiento de lo establecido en el precepto legal, sino también de que ella exprese la infracción de una norma, esto es, de una prohibición o de un mandato⁷.

Ahora bien, pese a haberse reconocido que desde BINDING la teoría del delito ha demostrado una estrecha relación con la teoría de las normas⁸, una mirada al desarrollo posterior de la ciencia del Derecho penal permite afirmar que la recepción del planteamiento del mencionado autor ha sido limitada⁹. En efecto, aunque el núcleo de su construcción (la distinción entre «norma» y «ley penal», categorías que en la actualidad son caracterizadas con los términos «norma de conducta» y «norma de sanción») parece haber sido reconocido como «fructífero para el trabajo dogmático-penal»¹⁰ e incluso considerado como parte del «patrimonio común de la ciencia jurídico-penal alemana»¹¹, las ulteriores obras en las que se ha dedicado algún espacio a consideraciones normológicas¹² no han demostrado necesariamente la admisión de la teoría de las normas de BINDING así como del concepto de delito que emana de ella¹³. Y esto pese a las amplias referencias a la idea de «norma» en diversos ámbitos de la actual teoría del delito, principalmente, en el del injusto, comprendido tradicionalmente como contrariedad al Derecho y en el que, mayoritariamente, se sostiene una comprensión dualista, esto es, que tal categoría es compuesta tanto por un desvalor de acción (sostenido en una norma de determinación) como por un desvalor del resultado (sostenido en una norma de valoración), lo que permite pensar que la doctrina dominante parece no poder entender esta categoría del concepto de delito sin evocar a la norma¹⁴.

En efecto, si se profundiza un poco más, se podrá observar que el estado actual del concepto de injusto, en el que se han integrado consideraciones provenientes tanto del finalismo como del funcionalismo teleológico, revela el carácter protagónico del argumento normológico. Así, en el

KUBICIEL/LÖHNIG/PAWLIK/STUCKENBERG/WOHLERS (eds.), *Eine gewaltige Erscheinung des positiven Rechts*, 2020, p. 13, ha señalado que en la teoría de la norma de BINDING «es innovador cómo amplía o desarrolla una idea posiblemente antigua y la hace fructífera para sistema del Derecho penal».

⁷ Al respecto, por todos, JAKOBS, «Bindings Normen und die Gesellschaft», en DA COSTA ANDRADE/JOÃO ANTUNES/AIRES DE SOUSA (dirs.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, t. I, 2009, pp. 389 ss.

⁸ Así, por todos, ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., 2020, nm. 7/33 c, con múltiples referencias.

⁹ KUBICIEL, «Bindings Normentheorie und die Strafrechtswissenschaft der Gegenwart», en EL MISMO/LÖHNIG/PAWLIK/STUCKENBERG/WOHLERS (eds.), *Eine gewaltige Erscheinung des positiven Rechts*, 2020, p. 333, reconoce que esa recepción ha sido «peculiar» («eigenartig»).

¹⁰ MARTINS, en KUBICIEL/LÖHNIG/PAWLIK/STUCKENBERG/WOHLERS (eds.), *Eine gewaltige Erscheinung des positiven Rechts*, 2020, p. 387.

¹¹ RENZIOWSKI, «Pflichten und Rechte - Rechtsverhältnis und Zurechnung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2007, p. 561.

¹² Al respecto, múltiples referencias en AST, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik. Eine Systematisierung von Normarten und deren Nutzen für Fragen der Erfolgszurechnung, insbesondere die Abgrenzung des Begehungs- vom Unterlassungsdelikt*, 2010, p. 10.

¹³ KUBICIEL, en EL MISMO/LÖHNIG/PAWLIK/STUCKENBERG/WOHLERS (eds.), *Eine gewaltige Erscheinung des positiven Rechts*, 2020, p. 332, quien señala incluso que «La mayoría de las veces las referencias al pensamiento de BINDING no se tienen en cuenta en absoluto o, como mínimo, no se mencionan».

¹⁴ La actualmente dominante teoría del injusto personal considera que en este ámbito conviven tanto una norma de valoración como una norma de determinación, siendo esta una derivación de la primera, que es lógicamente previa. Al respecto, por todos, KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normenlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, 1954, pp. 67 ss. (EL MISMO, *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, 1977, pp. 87 ss.); JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, pp. 236 ss. (LOS MISMOS, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 2002, pp. 252 ss.); CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General*, 3ª ed., t. I, 2002, pp. 476 ss.; MIR PUIG, «Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal», en GARCÍA VALDÉS et al. (coords.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, 2008, p. 1313; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal*, 3ª ed., 2016, pp. 178 ss.; ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., 2020, nm. 10/88.

ámbito del finalismo, siguiendo (aunque de manera matizada)¹⁵ el planteamiento de BINDING¹⁶, se consideró que la norma (el mandato o la prohibición) se encontraba en la base del tipo¹⁷, por lo que no solo la tipicidad logró distinguirse tajantemente de la antijuridicidad (la tipicidad se consideró como una condición lógicamente previa a la antijuridicidad)¹⁸, sino también que la tipicidad equivalía conceptualmente a la antinormatividad¹⁹. El planteamiento teleológico-funcional actualmente dominante recurre también a la norma al proponer que, en un Derecho penal protector de bienes jurídicos, la prohibición o el mandato se dirigen a conductas peligrosas²⁰. La ampliamente difundida teoría de la imputación objetiva se presenta como el ámbito en el que más destaca la idea de la existencia de una norma que subyace al tipo y que en virtud de ella se prohíben conductas *ex ante* potencialmente generadoras de un resultado²¹.

Se puede señalar, entonces, que pese a la amplia difusión de ideas (asociadas estrechamente con el pensamiento de BINDING) como que el delito es la infracción de una norma²² o que la norma de conducta constituye el precedente lógico de la norma de sanción²³, parece haber un límite fronterizo que la doctrina mayoritaria, aparentemente más concentrada en la utilidad didáctica del planteamiento teórico que en la coherencia axiológica²⁴, no estaría dispuesta a cruzar. Y aunque es posible reconocer cierta creencia de que una teoría de la norma ha de constituirse en

¹⁵ BACIGALUPO, «La función del concepto de norma en la dogmática penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, (11), 1986, p. 68, quien señala que «los finalistas proclaman un retorno a la teoría de los imperativos». Recientemente, KUBICIEL, en EL MISMO/LÖHNIG/PAWLIK/STUCKENBERG/WOHLERS (eds.), *Eine gewaltige Erscheinung des positiven Rechts*, 2020, p. 332, dice que el intento del finalismo de adoptar el concepto de norma de BINDING fue «fracasado».

¹⁶ KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 145 ss. (EL MISMO, *Teoría de las normas*, 1977, pp. 193 ss.).

¹⁷ Si las normas se dirigen a acciones finales (el Derecho solo puede prohibir o mandar la realización de acciones dirigidas por la voluntad del sujeto), entonces la finalidad (el dolo) constituye el núcleo de la acción prohibida.

¹⁸ Así, KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 256 (EL MISMO, *Teoría de las normas*, 1977, 341); WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed. 1969, pp. 49 ss., 54 ss.

¹⁹ Vale la pena aquí recordar que para WELZEL el tipo era la descripción de la materia de la prohibición o del mandato. Esta noción de tipo no fue seguida por todos los finalistas. Por todos, CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, t. II, 6ª ed., 1998, p. 96, quien consideró que el concepto de tipo propuesto por WELZEL no era convincente y que no es el único posible partiendo del concepto finalista de acción. Por eso, CEREZO MIR propuso que el tipo no podía ser concebido como descripción de la materia de la prohibición. En todo caso, con la equiparación entre tipicidad y antinormatividad el finalismo sentaba un planteamiento normológico crucial frente a la teoría de los elementos negativos del tipo: sin lesión de una norma no cabe hablar de justificación. Al respecto, también, BACIGALUPO, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, (11), 1986, p. 72.

²⁰ WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, pp. 17 ss., 46 ss.

²¹ DE LA FUENTE HULAUD, *¿Qué prohíben las normas de comportamiento? Una reflexión sobre las normas de conducta de los delitos resultativos. A la vez, un comentario crítico a la teoría analítica de la imputación*, 2019, p. 15.

²² Así ya BACIGALUPO, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, (11), 1986, p. 61, quien señala que «es posible suponer que al concepto de norma se le asigna el carácter de un punto de partida para la construcción del sistema».

²³ Esto lo admiten autores con planteamientos alejados como, por ejemplo, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, 1989, pp. 29 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 589 ss. En todo caso, como señala KUBICIEL, en EL MISMO/LÖHNIG/PAWLIK/STUCKENBERG/WOHLERS (eds.), *Eine gewaltige Erscheinung des positiven Rechts*, 2020, p. 332, la «revalorización» del significado de la norma (esto es, de su lesión) para la teoría del delito solo de manera excepcional va acompañado de los presupuestos normológicos y teóricos básicos propuestos por BINDING.

²⁴ KUBICIEL, en EL MISMO/LÖHNIG/PAWLIK/STUCKENBERG/WOHLERS (eds.), *Eine gewaltige Erscheinung des positiven Rechts*, 2020, p. 345.

la «columna vertebral» del concepto de delito²⁵, parece haberse formado la idea de que aquella teoría no podría ser la forjada por BINDING²⁶. Así, se ha señalado que su teoría de la norma es demasiado formalista²⁷, por lo que la distinción entre norma de conducta y norma de sanción, «produce la impresión de un juego de abalorios científico»²⁸, o que la teoría de las normas, como una pura estructura lógica, no asegura un específico concepto de norma sin recurrir forzosamente a un razonamiento circular²⁹. También se ha sostenido que si bien la teoría de la norma es una consideración que puede tener utilidad, esta necesitaría en realidad de otras consideraciones periféricas para ser importante³⁰. En última instancia, de manera más categórica, se ha señalado también que la distinción entre norma de conducta y norma de sanción carece de utilidad práctica para el Derecho penal³¹.

Pese a estas objeciones, en la actualidad se habla de un «renacimiento» de la teoría de las normas³², por lo que no es posible desconocer que algunos autores, tomando en cuenta los planteamientos de BINDING, reconocen la antes señalada distinción entre norma de conducta y norma de sanción³³, no solo para la edificación de las categorías propias del concepto de delito³⁴, sino incluso también para abordar lo referido a la legitimación de las leyes penales³⁵. Que en la actualidad sea posible encontrar recientes investigaciones que recurren al concepto de norma

²⁵ Últimamente, ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., 2020, nm. 7/33, señalan que «No se puede negar la utilidad de la teoría de las normas».

²⁶ FRISCH, «Bindings Bedeutung für die heutige Strafrechtswissenschaft», en KUBICIEL/LÖHNIG/PAWLIK/STUCKENBERG/WOHLERS (eds.), *Eine gewaltige Erscheinung des positiven Rechts*, 2020, p. 417; SCHLADITZ, *Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung*, 2021, p. 214.

²⁷ Así ya MERKEL, «Über Bindings Handbuch des Strafrechts, 1. Band», *ZStW*, (6), 1886, p. 512.

²⁸ Al respecto, SCHNEIDER/WAGNER, «Vorwort», en LA MISMA/EL MISMO (eds.), *Normentheorie und Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2018, p. 5.

²⁹ ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., 2020, nm. 7/33. En virtud de ello, estos autores señalan que la determinación de qué concepto de norma es el decisivo depende de consideraciones que van más allá de la propia teoría de las normas. En esa dirección, BACIGALUPO, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, (11), 1986, p. 73, ya había afirmado que la función del concepto de norma es «meramente *secundaria*» (cursiva en el original), pues «la estructura del sistema dogmático actual parece no depender del concepto de norma la que hace referencia».

³⁰ KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 273 ss. (EL MISMO, *Teoría de las normas*, 1977, pp. 365 ss.), ya había puesto en duda la relación entre la teoría de las normas y la ciencia del Derecho penal: asuntos dogmáticos de gran relevancia los había desarrollado BINDING no de su teoría de las normas, sino del empleo, más o menos consciente, de contenidos materiales. Por su parte, ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., 2020, nm. 7/33, señalan que «La teoría de las normas no es una fuente de razones, sino que sirve para la descripción y el control de razones obtenidas de otros lugares».

³¹ Así, HERZBERG, «Straftat und Verhaltensnormverstoß», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2016, p. 750, criticando los planteamientos de FREUND y ROSTALSKI.

³² Así, ROSTALSKI, «Karl Bindings Einfluss auf die Strafrechtswissenschaft», en KUBICIEL/LÖHNIG/PAWLIK/STUCKENBERG/WOHLERS (eds.), *Eine gewaltige Erscheinung des positiven Rechts*, 2020, pp. 349-372. Por su parte, KUBICIEL, en KUBICIEL/LÖHNIG/PAWLIK/STUCKENBERG/WOHLERS (Eds.), *Normen*, 2020, p. 332, dice que solo hasta hace muy poco el asunto ha adquirido un nuevo interés.

³³ Por todos, FRISCH, *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, 1983, pp. 62 ss., 76 ss., 347 ss.; EL MISMO, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 510 ss. (EL MISMO, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, pp. 539 ss.); FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen: zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, 1992, p. 113.

³⁴ Últimamente, al respecto, FREUND/ROSTALSKI, «Warum Normentheorie? Zur selbständigen Bedeutung vorstrafrechtlich legitimer Verhaltensnormen, auch und gerade im strafrechtlichen Kontext», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2020, p. 617.

³⁵ FRISCH, en KUBICIEL/LÖHNIG/PAWLIK/STUCKENBERG/WOHLERS (eds.), *Eine gewaltige Erscheinung des positiven Rechts*, 2020, pp. 415 s.

para abordar categorías concretas en el marco de la teoría del delito³⁶, confirma lo antes advertido: la creencia de que *una* teoría de la norma ha de constituirse en la «columna vertebral» del concepto de delito, aunque luego haya posiciones muy distintas sobre *qué* teoría de la norma o sobre la compatibilidad de *las* teorías de la norma³⁷.

En las siguientes líneas no se pretende abordar de manera profunda los raudamente mencionados aspectos problemáticos de la teoría de las normas de BINDING. Pese a ello, se podrá verificar que, en toda la extensión de la contribución, la presencia del citado autor es constante, precisamente, porque se estiman como correctas las ya descritas referencias a la teoría de la norma en el marco del concepto de delito. En ese sentido, parece necesario perfilar el concepto de norma que considero más adecuado pues solo después de ello podría proponer una vía de integración de ese concepto en el ámbito del propio hecho punible. Conforme a esto, en la primera parte de esta contribución me dedicaré a esbozar, solo de manera fragmentaria y no exhaustiva, algunos de los aspectos más destacados y a la vez controvertidos sobre la teoría de la norma en el concepto de delito (*infra* 2). Estos asuntos son los siguientes: primero, si la norma tiene como destinatario al ciudadano. Segundo, si la norma, más que como imperativo, puede entenderse como una así denominada «norma objetiva de causación». Tercero, si la norma ha de entenderse desde una perspectiva *ex ante* o desde una perspectiva *ex post*. Cuarto, si la norma posee naturaleza jurídico-pública o si ostenta ya naturaleza jurídico-penal. Finalmente, si la norma, orientada a regular conductas humanas, es de carácter general o de carácter individual. En la segunda parte de esta contribución me concentro especialmente en este último asunto, concretamente, en la integración de una comprensión imperativa de la norma en la categoría dogmática del injusto penal (*infra* 3). En este lugar, propongo la defensa de una concepción imperativa de la norma y, al mismo tiempo, el mantenimiento de la importante distinción categorial entre injusto y culpabilidad. Para esto se ofrecen algunas ideas que no solo buscan ser expresión de un «tomar en serio» a la comprensión de la norma como imperativo, esto es, como mandato o prohibición, sino que también pretenden destacar algunas posibles consecuencias de la incorporación del derecho subjetivo –que constituye la «otra cara» del deber– en el ámbito del injusto penal.

2. Asuntos destacados y controvertidos sobre la teoría de la norma y el concepto de delito

2.1. Norma de carácter imperativo

Las primeras indagaciones sobre el concepto de norma se referían a lo que hoy se conoce como «norma de conducta»³⁸. Esto queda claro al observar que las reflexiones de diversos autores de finales del siglo XIX se concentraron en la discusión sobre las condiciones que debía reunir el

³⁶ Varias investigaciones recientes destacan el asunto referido a la teoría de las normas. En la doctrina española, por todos, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, 2016, pp. 131 ss.; VARELA, *Dolo y error. Una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, 2016, pp. 104 ss.

³⁷ Al respecto, ROBLES PLANAS, «Normas de conducta», *InDret*, (1), 2019, p. 11. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, «¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?», *InDret* (3), 2014, p. 5, reconoce que la doctrina penal utiliza, como mínimo, cuatro conceptos distintos de norma: «(i) un concepto de norma, procedente de la filosofía analítica del lenguaje, entendido como prohibición de causación de una lesión o mandato de evitación de ésta; (ii) un concepto de norma como baremo de valoración (la norma de valoración o norma de derecho, procedente del neokantismo); (iii) un concepto de norma como directiva de conducta para imputables e inimputables (la norma de determinación como norma de conducta *à la* KAUFMANN); y (iv) un concepto de norma como directiva de conducta (la norma de determinación, norma de deber o, de modo más sencillo, el deber) dirigida sólo a imputables, los únicos que podrían infringirla».

³⁸ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 4ª ed., 1922, p. 44.

individuo para ser destinatario de la norma: si este debía ser imputable o capaz de culpabilidad³⁹ o si podía ser también un inimputable o incapaz de culpabilidad⁴⁰. Así como sobre estas primeras reflexiones se puede decir que se llevaron a cabo en el marco de la disputa sobre el así llamado «problema del destinatario»⁴¹, también se puede aseverar que tuvieron repercusiones en una determinada forma de pensar en el delito en general (de manera conceptualizante o de manera clasificatoria, respectivamente) y en el injusto en particular (contraposición entre un injusto culpable y un injusto objetivo)⁴². De manera paralela, una tercera orientación (denominada actualmente como «planteamiento minimalista»⁴³) propuso que las normas jurídicas no se dirigen en ningún caso a los individuos (pues en la medida que estos no pueden conocer aquellas proposiciones, discutir sobre las condiciones necesarias para que sean destinatarios idóneos de ellas no ocupaba un lugar central en su planteamiento), sino que, en realidad, las normas jurídicas solo podían dirigirse a los órganos del Estado⁴⁴. Esta tercera orientación, pese a haber encontrado algunos importantes defensores⁴⁵, no trascendió en el Derecho penal⁴⁶.

En la actualidad parece estar difundida la idea de que la norma, en la medida que orienta conductas, está dirigida al ciudadano. Esa idea es tan relevante que la utilización de las denominaciones «norma de conducta» y «norma de sanción» solo se explica si es que ambas normas son observadas, precisamente, desde la perspectiva del ciudadano. Una visión más amplia, sin embargo, que tome en cuenta también al juez, debería llevar a estimar la utilización preferente de las denominaciones «norma primaria» y «norma secundaria»⁴⁷ pues, independientemente de la perspectiva que se emplee para analizar esas normas (la del ciudadano

³⁹ Esta fue la posición de, entre otros, MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen. Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen*, t. I, 1867, pp. 43 ss.; BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, t. I, 1885, p. 159; HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts*, t. I, 1903, p. 361.

⁴⁰ Esta fue la posición de, entre otros, THON, *Rechtsnorm und Subjektives Recht*, 1878, pp. 71 ss.; GOLDSCHMIDT, «Der Notstand, ein Schuldproblem. Mit Rücksicht auf die Strafgesetzentwürfe Deutschlands, Österreichs und der Schweiz», *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht*, (4), 1913, pp. 145 ss.; EL MISMO, «Normativer Schuldbegriff», en HEGLER (ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 16. August 1930*, t. I, 1930, pp. 428 ss.; MEZGER, «Die subjektiven Unrechtselemente», *Der Gerichtssaal*, (89), 1924, pp. 239 ss.

⁴¹ Por todos, THON, *Rechtsnorm und Subjektives Recht*, 1878, pp. 77 ss.

⁴² Sobre este debate, por todos, ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5ª ed., 2020, nm. 10/88 ss.

⁴³ Así, HÖRNLE, *Straftheorien*, 2ª ed., 2017, p. 9.

⁴⁴ Esta fue la posición original de BINDER, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, 1912, pp. 21 ss. También fue la célebre posición de MAYER, M. E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1903, 5, quien sostuvo que «la ley (*das Gesetz*) se dirige al juez. Las proposiciones jurídicas regulan la conducta del juez. Para él las normas son normas jurídicas, pues ellas son proposiciones del Derecho objetivo». Por su parte, Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2ª ed., 1923, p. 189, oponiéndose a la teoría de los imperativos, consideró que el destinatario de la norma solo podría serlo aquellos habilitados a imponer sanciones, esto es, solo los jueces y otros funcionarios afines (quienes, además, son parte del Estado y el Estado solo puede ordenar sus propias acciones).

⁴⁵ Entre otros, NOWAKOWSKI, «Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit», *ZStW*, (63), 1951, pp. 287 ss.; LIPPOLD, *Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin. Zur Theorienstruktur in der Rechtswissenschaft am Beispiel der Allgemeinen Strafrechtslehre*, 1989, pp. 27 ss.; KORIATH, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, 1994, p. 304; HOYER, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann. Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns Normentheorie*, 1997, pp. 14 ss.

⁴⁶ Por todos, OEHLER, «Der materielle Gehalt der strafrechtlichen Rechts- und Pflichtnormen», en SAUER (ed.), *Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag am 24. Juni 1949*, 1949, p. 262.

⁴⁷ Emplea esta terminología, en doctrina española, por todos, CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español*, 3ª ed., t. I, 2002, p. 436.

o la del juez), esa utilización resalta lo realmente importante: la relación lógica⁴⁸ y teleológica⁴⁹ entre ambas normas⁵⁰.

El carácter imperativo de la norma es un asunto que goza de amplio reconocimiento en la teoría del Derecho⁵¹. Ahora bien, pese a que en el Derecho penal se admite también de manera general ese carácter imperativo⁵², algunos planteamientos pretenden alejarse de tal admisión, aunque sin desconocer, con diversos matices e intensidades, *cierto* carácter directivo de la norma. Así, por ejemplo, pueden destacarse muy brevemente aquí los siguientes: una comprensión de la norma como juicio hipotético, entendida desde una perspectiva descriptiva, que no impone deber alguno al destinatario sino que solo le *informa* de lo que sucederá si realiza el supuesto de hecho previsto en la ley penal⁵³; un planteamiento que enarbola una comprensión de la norma como expectativa de conducta institucionalizada, por lo que, conforme a ella, la función de determinación podría ser solo una función latente, de carácter secundario, que podría o no suceder y que, en ese sentido, es ajeno a la lógica del Derecho penal⁵⁴; o una comprensión de la norma de conducta como prohibición de causación, de la que se puede deducir un deber de actuar o de abstenerse mediante la realización de un silogismo práctico⁵⁵.

Los planteamientos acabados de reseñar tienen en común el haber adoptado una posición contraria a la comprensión de la norma como imperativo. Frente a tales posturas, sin embargo,

⁴⁸ La relación lógica hace referencia a la idea de que la norma secundaria entra en juego cuando se produce la infracción de la norma primaria. Al respecto, por todos, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 59 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 25 ss.

⁴⁹ La relación teleológica tiene que ver con la idea de que tanto la norma primaria como la norma secundaria están orientadas a la protección de bienes jurídicos. Al respecto, por todos, VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 28; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad y sistema del delito*, 2001, p. 633.

⁵⁰ Pese a que en la doctrina alemana es prácticamente unánime el recurso a la denominación «norma de conducta» y «norma de sanción», considero que hay muy buenas razones para preferir la denominación «norma primaria» y «norma secundaria». Así, aunque la norma primaria y la norma secundaria son normas que poseen destinatarios distintos, se debe reconocer que ambas son normas de conducta (la primera se dirige al ciudadano, la segunda, al juez). Una norma de conducta no es necesariamente una norma primaria, pues una norma secundaria es también una norma de conducta (aunque con un destinatario distinto y con diferentes presupuestos). La terminología «norma primaria» y «norma secundaria» es conocida en la doctrina penal española, como demuestran los trabajos de, entre otros, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, 1976, pp. 31 ss.; EL MISMO, en GARCÍA VALDÉS *et al.* (coords.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, 2008, p. 1315, n. 26; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto de Derecho penal*, 1981, p. 170; LUZÓN PEÑA, «Alcance y función del Derecho penal», *ADPCP*, 1989, p. 12; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español*, 3ª ed., t. I, 2002, pp. 436 s.

⁵¹ KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 36 ss. (EL MISMO, *Teoría de las normas*, 1977, 47 ss.).

⁵² Por todos, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976, pp. 5 s., 53 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto de Derecho penal*, 1981, p. 72; LUZÓN PEÑA, *ADPCP*, 1989, p. 41.

⁵³ Desde esta perspectiva, HOYER, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*, 1997, p. 14, propone una teoría «alética» de la norma, que dice que la función del Derecho penal consiste en influir en las conductas para proteger bienes jurídicos, pero que tal «influencia» no se produce mediante la imposición de deberes de actuar o abstenerse, sino mediante la puesta en relación inmediata de la conducta con la sanción correspondiente. Al respecto, HOYER, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*, 1997, pp. 40 ss., propone la sustitución del modelo dualista (que distingue entre normas de conducta y normas de sanción) por un modelo monista que, sin imponer deberes de conducta, asegure la protección de bienes jurídicos.

⁵⁴ JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 3ª ed., 2008, p. 53, donde señala: «Las normas no causan el comportamiento, sino que dan razones para llevarlo a cabo, y en ese sentido las normas pueden guiar el comportamiento».

⁵⁵ Conforme al planteamiento de KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 50 ss., el emisor de la norma le comunica al destinatario un determinado estado de cosas que debe ser evitado o producido, de tal manera que ese destinatario, en atención a sus circunstancias particulares, deduzca qué debe hacer u omitir para evitar o producir, respectivamente, ese mencionado estado de cosas.

considero que es posible defender esa comprensión. Esto no solo por la propia etimología de la palabra «norma»⁵⁶, sino porque es una comprensión razonable de la forma en la que están diseñadas las leyes penales. Solo la admisión de la norma como imperativo permite, como decía MIR PUIG, explicar adecuadamente «la diferencia que existe entre un hecho penado (que ha de verse como indeseado) y un hecho al que se le pone un precio»⁵⁷. En última instancia, no considero posible admitir la idea de que una comprensión imperativa de la norma resulte incompatible con el modelo de Estado actualmente vigente. Esto es así pues tal comprensión, tomando en cuenta las exigencias actuales, debe conducir a repensar la propia relación entre el Estado y el ciudadano, así como a reflexionar sobre la propia norma como elemento que permite esa relación. En efecto, aunque al momento de su formulación subyacía a la norma la idea del enaltecimiento del Estado (situado en una posición de superioridad frente al «súbdito»)⁵⁸, los actualmente imperantes fundamentos político-constitucionales del *ius puniendi* exigen que la norma, como principal instrumento a disposición del Estado para establecer una relación con el ciudadano, deba ser reinterpretada con los requerimientos del modelo de Estado vigente (el Estado de Derecho)⁵⁹. Por tanto, el aspecto central en la teoría de la norma de BINDING, esto es, la relación de subordinación (en palabras del mismo autor: «obediencia»)⁶⁰ del súbdito frente al Estado⁶¹, ha de ser reinterpretado tomando en cuenta las necesidades contemporáneas,⁶² de tal manera que se hable ahora de una relación «moderna» y «liberal» entre el Estado y el ciudadano⁶³. Esta «actualización» del planteamiento, como puede preverse, repercute decisivamente sobre la trascendente distinción, de carácter material, entre «norma» y «ley penal» (en los términos de BINDING) o, como aquí se prefiere denominarlas, entre «norma primaria» y «norma secundaria», respectivamente.

2.2. Norma objetiva de causación

Una segunda forma de abordar la relación entre la teoría de la norma y el concepto de delito se vincula con la posibilidad de comprender a la norma de una manera distinta a la forma en la que es entendida mayoritariamente, es decir, desde una perspectiva distinta al imperativismo. En efecto, un importante sector doctrinal, influido por la teoría clásica de la imputación y la filosofía analítica del lenguaje, ha señalado que la norma subyacente al tipo penal no podría ser comprendida como una norma de carácter imperativo (un mandato o una prohibición), sino que

⁵⁶ Pues la propia idea de norma evoca ya su carácter imperativo. Al respecto, RENZIKOWSKI, «Der Gegenstand der Norm», en BOROWSKI/PAULSON/SIECKMANN (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System*, 2017, p. 636, destaca el origen etimológico de la palabra «norma» y cómo ya en él era posible reconocer su sentido prescriptivo.

⁵⁷ MIR PUIG, «Valoraciones, normas y antijuridicidad penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (6-2), 2004, p. 3.

⁵⁸ Por todos, BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, t. I, 1885, p. 164.

⁵⁹ Precisamente, una de las críticas formuladas a BINDING consistía en la oposición que su planteamiento representaba para el Estado de Derecho. Al respecto, con mayores referencias, MARTINS, en: KUBICIEL/LÖHNIG/PAWLIK/STUCKENBERG/WOHLERS (Eds.), *Normen*, 2020, 400 ss.

⁶⁰ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 4ª ed., 1922, p. 97.

⁶¹ En efecto, BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 4ª ed., 1922, pp. 63, 97, 189, consideraba que la norma era una «expresión de la voluntad dominante» (*Herrscherwillen*)

⁶² Precisamente, según HÖRNLE, *Straftheorien*, 2ª ed., 2017, p. 9, señala que el antes mencionado «planteamiento minimalista» resulta inoportuno en el actual Estado de Derecho.

⁶³ KUBICIEL, en EL MISMO/LÖHNIG/PAWLIK/STUCKENBERG/WOHLERS (eds.), *Eine gewaltige Erscheinung des positiven Rechts*, 2020, p. 342.

debería ser entendida como una norma objetiva de causación⁶⁴. KINDHÄUSER, por ejemplo, propone la comprensión de la norma de conducta como una «prohibición de causación» («*Verursachungsverbot*»), la que es, además, formulada de manera contradictoria a partir de un tipo delictivo⁶⁵. Este planteamiento, según sus defensores, resultaría necesario si se quiere evitar el «error categorial» en el que habría incurrido el finalismo: la confusión entre el contenido y la función de la norma de conducta⁶⁶ o, en otras palabras, la vulneración de la prohibición de autorreferencialidad de las normas⁶⁷. La pretensión radicalmente analítica que persiguen los defensores de esta orientación les conduce a la separación entre un estado de cosas antinormativo (que contradice las valoraciones del Derecho) y un ulterior juicio de imputación (en dos niveles) a su agente⁶⁸. De esta manera, postulan un concepto de norma cuya infracción se determina de manera puramente objetiva, por lo que, conforme a esto, antinormativo es un «estado de cosas» (injusto del resultado)⁶⁹ que no depende de la capacidad del autor⁷⁰ (lo que permitiría hablar de antinormatividad sin imputación, así como de imputación sin antinormatividad)⁷¹. La opinión mayoritaria, sin embargo, como se ha visto, propone que la norma sí posee un carácter imperativo, por lo que la antinormatividad o, en la terminología más difundida, la afirmación de un hecho como típico (entendiendo, como se suele hacer, que el tipo equivale conceptualmente a la antinormatividad), refleja ya la contradicción entre la voluntad del sujeto y el mandato o la prohibición⁷².

Si se observa bien, esta discusión está estrechamente vinculada con la relación entre la teoría de la norma y la teoría de la imputación⁷³. La pretensión radicalmente analítica de los autores que propugnan la orientación antes comentada les conduce a separar el momento de la infracción de la norma (que, en su comprensión, sería, como se dijo, un «estado de cosas antinormativo») para luego aplicar reglas de imputación⁷⁴ (en dos niveles): primero, se imputa al agente su conducta

⁶⁴ Al respecto, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 29 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 43 ss.; MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung. Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*, 2009, pp. 23 ss.

⁶⁵ KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 53.

⁶⁶ MAÑALICH, «Norma e imputación como categorías del hecho punible», *Revista de Estudios de la Justicia*, (12), 2010, p. 170.

⁶⁷ Al respecto, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 18; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 42.

⁶⁸ KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 13; EL MISMO, «Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1994, pp. 20 ss.; TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitzusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1992, pp. 16 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, pp. 41 ss. Destaca esa distinción como «esencial» en el planteamiento analítico, HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*, 2002, p. 106.

⁶⁹ KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 59 s.; TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitzusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1992, p. 16 s.

⁷⁰ KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 53.

⁷¹ KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, *passim*; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 27 ss., 57 ss.; MAÑALICH, *Revista de Estudios de la Justicia*, (12), 2010, pp. 168 ss. Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (3), 2014, p. 6; ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., 2020, nm. 7/33o.

⁷² Por todos, ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., 2020, nm. 10/93.

⁷³ SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones en Derecho penal*, 2003, p. 34.

⁷⁴ Sobre las reglas de imputación, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 58, n. 24 y 25; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 27 ss., 57 ss.; MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, 2009, pp. 46 ss.

como lesión de un deber⁷⁵; y, segundo, se imputa esa lesión de deber a la culpabilidad (la lesión del deber es el objeto del reproche penal de culpabilidad)⁷⁶. Si la antinormatividad no depende de las características del destinatario, entonces el destinatario de la norma es cualquiera (no importa si es capaz o no de seguir la norma, pues esta deliberación no correspondería al momento de la antinormatividad, sino al momento de la imputación). La antinormatividad pasaría a entenderse, entonces, solo como un proceso de subsunción⁷⁷. Aunque los defensores de esta «solución» del mencionado «error categorial» señalan que permitiría resolver el denominado «problema del destinatario», creo que es posible decir que esa «solución» se haría a costa de la abdicación de un genuino concepto de norma⁷⁸. Y es que, incluso si la norma de conducta se entendiera como una valoración objetiva del hecho⁷⁹, aquella, en realidad, no podría tener el carácter de «norma», sino el de una pura valoración del hecho como antijurídico⁸⁰. Luego, la infracción del deber no se derivaría de una norma de conducta (la que tiene como contenido solo la descripción de estados de cosas constatables *ex post*), sino que se obtendría de las propias reglas de imputación⁸¹ (esto es: la regla de imputación define qué es lo antinormativo)⁸². Sostener que de la norma no se deriva un deber sería exactamente lo mismo que sostener que la norma no obliga⁸³. Por tanto, si se sigue esta dirección, no quedaría más que admitir que la norma pierde todo su valor como directivo de conductas con pretensión de cumplimiento⁸⁴.

⁷⁵ KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 43, 57, *passim*. La lesión del deber es «el no reconocimiento penalmente relevante de la norma como razón para la acción».

⁷⁶ KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 35 ss., 46 ss., 50.

⁷⁷ HRUSCHKA, «Reglas de comportamiento y reglas de imputación», *ADPCP*, 1994, p. 345, considera que las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición («*applicatio legis ad factum*») cumplen una función en la retrospectiva, proyectándose hacia el pasado para realizar así una valoración del hecho (de la que resulta la antijuridicidad o no antijuridicidad de la conducta). Sin embargo, las múltiples referencias que se pueden encontrar sobre la mencionada función dejan en evidencia que esta alude en realidad a una *contrastación* entre un hecho y una regla. Esto, a mi modo de ver, difícilmente puede ser entendido como una valoración (pues *contrastar* no es *valorar*).

⁷⁸ FREUND/ROSTALSKI, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2020, pp. 618 s., critican la posición de KINDHÄUSER, señalando que su planteamiento no toma en cuenta que solo es posible alcanzar una función de control de conductas con una norma de conducta concretizada en el contexto y en el destinatario. Critican, además que, en un planteamiento como el ofrecido por KINDHÄUSER, las «prohibiciones de causación» son «desde el comienzo insensibles a una legitimación material». También, AST, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, 2010, pp. 48 ss.

⁷⁹ Así, por todos, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad y sistema del delito*, 2001, p. 616, n. 12; ROBLES PLANAS, «La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas sobre la teoría de la imputación del resultado», en FRISCH, *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, 2015, pp. 33 ss.; EL MISMO, «Norma y delito en Binding, Armin Kaufmann y Mir Puig», en SILVA SÁNCHEZ, *et al.* (eds.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, 2017, p. 839, n. 63.

⁸⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad y sistema del delito*, 2001, p. 763; ROBLES PLANAS, *InDret*, (1), 2019, p. 2. Debido a esto se señala no pocas veces que la norma de conducta empleada por autores como KINDHÄUSER, VOGEL o MAÑALICH, entre otros, recuerda a la «norma» de valoración de MEZGER, la que no puede ser considerada como una genuina norma al carecer de todo carácter prescriptivo. Al respecto, por todos, RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteligung*, 1997, pp. 255 ss.; EL MISMO, en BOROWSKI/PAULSON/SIECKMANN (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System*, 2017, p. 634; ROSTALSKI, «Normentheorie und Fahrlässigkeit. Zur Fahrlässigkeit als Grundform des Verhaltensnormverstoßes», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2016, p. 77, n. 17.

⁸¹ En el planteamiento de KINDHÄUSER, la infracción del deber impuesto por la concreta regla de imputación de ese nivel equivale al hecho antijurídico. Por eso, en el caso de la tentativa, aunque no haya antinormatividad, sí que hay contrariedad a deber y, por lo tanto, injusto. Al respecto, el propio KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 56 ss., 59, n. 26, reconoce que, si el injusto se vinculara con la contrariedad a la norma de conducta, entonces la tentativa no sería un hecho antijurídico.

⁸² MAÑALICH, *Revista de Estudios de la Justicia*, (12), 2010, p. 178, dice: «A través de la imputación, referida a la capacidad personal de seguimiento de la norma, el hecho punible se constituye como contradicción con la norma».

⁸³ ROBLES PLANAS, *InDret*, (1), 2019, p. 6.

⁸⁴ AST, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 63.

2.3. Perspectiva *ex ante* o *ex post* de la norma

Una tercera forma de estudiar la teoría de la norma tiene que ver con la perspectiva que se emplee en el análisis: una perspectiva *ex ante* o una perspectiva *ex post*. Una perspectiva *ex ante* estará concentrada en la norma primaria («norma de conducta» en el lenguaje de la doctrina mayoritaria), con la cual se quiere prevenir hechos futuros (mirada prospectiva). Una perspectiva *ex post*, por su parte, se enfocará en la norma secundaria («norma de sanción», en los términos de la doctrina mayoritaria), que interviene cuando el hecho ya se ha cometido (mirada retrospectiva)⁸⁵. Considero que una manifestación de esta última perspectiva puede encontrarse tanto en el sistema de JAKOBS como en el de HRUSCHKA. Esto se explica en el hecho de que los planteamientos de ambos autores le conceden una gran trascendencia a la imputación⁸⁶: mientras la propuesta de JAKOBS puede entenderse como un modelo de imputación «fuerte» (pues la imputación, sostenida sobre planteamientos hegelianos, tiene un carácter global y unitario), en el que se abandona por completo el carácter imperativo de la norma para entenderla como una regularidad social o como una «expectativa institucionalizada»⁸⁷; la de HRUSCHKA se referiría más bien a un modelo de imputación «moderado» (pues la imputación, entendida desde una perspectiva kantiana, interviene decisivamente mediante diversos niveles de enjuiciamiento), en el que hay una noción «débil» de norma⁸⁸.

En cuanto a la propuesta del primero de los autores mencionados, no solo se reconoce que los presupuestos de la responsabilidad están determinados por las necesidades sociales (la concreta configuración social determina quién es «persona»), sino también que el conflicto producido por el delito se soluciona mediante la pena (que es la que se encarga de estabilizar de manera contrafáctica la expectativa de conducta institucionalizada solo después de haberse producido una defraudación). Si el Derecho penal interviene cuando el suceso ya se ha producido, entonces, en la perspectiva de JAKOBS, la norma de sanción, por su propio carácter retrospectivo, adquiere un mayor protagonismo (en detrimento de la norma de conducta), al derivarse de ella los

⁸⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones en Derecho penal*, 2003, p. 22; SCHLADITZ, *Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung*, 2021, p. 231.

⁸⁶ En la actualidad parecen coexistir dos orientaciones en torno a la imputación: un concepto de imputación en sentido «restringido» (que se refiere esencialmente a la imputación de resultados a comportamientos, y que es el concepto que admite la doctrina mayoritaria) y un concepto de imputación en sentido «amplio» (en el que destacan, precisamente, las contribuciones de JAKOBS y HRUSCHKA).

⁸⁷ En el planteamiento de JAKOBS la norma no está orientada a regular conductas, sino que es comprendida desde una perspectiva «institucional»: aquella pretende el establecimiento de redes de expectativas recíprocas de comportamiento. Conforme a esto, el injusto es el cuestionamiento de una norma por parte de quien posee competencia comunicativa para ello, esto es, por capaces de culpabilidad. Al respecto, JAKOBS, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischen“ Prinzipiendenken», *ZStW*, (107), 1995, pp. 843 ss.; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 55, n. 113. Ver también PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 259 ss.

⁸⁸ En el planteamiento de HRUSCHKA la denominada «regla de conducta» posee una función de configuración y una función de baremo de medición («*applicatio legis ad factum*»), las cuales constituyen una unidad. Esa regla de conducta en su función de configuración parece tener una menor importancia que la regla de conducta en su función de baremo de medición, pues esta última es la que declara que el hecho imputado (*imputatio facti*) es antijurídico. Por este motivo aquí se señala que en el sistema desarrollado por HRUSCHKA existe una noción «débil» de norma como directiva de conducta (función de configuración): al estar ese sistema determinado decisivamente por la imputación, parece concentrarse esencialmente en una perspectiva *ex post*. Debido a esto, la así denominada «regla de conducta» o «norma» (en su función de baremo de medición) propuesta por HRUSCHKA, a mi juicio, no necesariamente valora (este autor, así como sus seguidores insisten reiteradamente en que se trata de un proceso de «medición» o «contrastación» lo que, a mi modo de ver, no es una valoración). En todo caso, aunque se admita que esa comprensión de la norma es correcta, se le tendría que equiparar a la así llamada «norma de valoración» (como la formulada por MEZGER), por lo que le serían aplicables las mismas objeciones.

presupuestos de la responsabilidad⁸⁹. El hecho, por tanto, es analizado desde una perspectiva *ex post* (y no *ex ante*, como permitiría la concepción imperativa de la norma, a la que JAKOBS se opone).

En mi opinión, parece recomendable seguir un camino distinto: las condiciones psicológico-individuales del sujeto han de determinar los presupuestos de la responsabilidad⁹⁰. Si la norma de sanción se encargara de resolver el conflicto originado por la comisión de un delito, entonces los criterios para esa solución tendrían que ser extraídos de la sociedad (por lo que pueden ser radicalmente normativizados)⁹¹ y no de la propia relación entre el individuo y la norma primaria que a él se dirige⁹². Precisamente, en el sistema de JAKOBS parece otorgarse una mayor prioridad a la dimensión social del conflicto y a la estabilización de la confianza en el sistema normativo, lo que no solo implica la expansión de la culpabilidad por razones de prevención general⁹³, sino que también supone dejar de lado la dimensión individual (la relación entre el individuo y la norma primaria a él dirigida)⁹⁴. Esto puede explicar el modelo de imputación altamente normativizado (o imputación «fuerte») propuesto por JAKOBS, es decir, un modelo de imputación en el que se produce una «estandarización de la subjetividad»⁹⁵ (lo que queda claro mediante el recurso al «rol», esto es, a un estándar)⁹⁶. Categorías como las de «competencia» o «evitabilidad» (en las que no se toman en cuenta las consideraciones propias del sujeto, esto es, lo que sabía o lo que quería), o la de «persona en Derecho» (como mero portador de un rol) conducen a no contemplar al infractor real y a su libertad real, sino a presentar a un infractor ideal que, en realidad, «no existe y que tampoco es auténticamente portador de libertad»⁹⁷. Solo la admisión de una norma primaria como imperativo permitiría resaltar que es el individuo (como «sujeto preexistente» y no como «sujeto construido»)⁹⁸ el que, conforme a un proceso interno de formación de voluntad, decide o no cumplir el deber que le impone el mandato o la prohibición.

⁸⁹ De esa opinión también, SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones en Derecho penal*, 2003, p. 22; VARELA, *Dolo y error*, 2016, p. 91.

⁹⁰ En esa misma dirección, CUELLO CONTRERAS, «Fundamentos para un sistema lógico-funcional del Derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (8-1), 2006, p. 2, quien resalta que el ordenamiento jurídico, desde la «perspectiva del autor», ha de pensarse tomando en consideración que «el destinatario de la norma jurídica sólo puede motivarse a respetarla de una determinada manera que no prescinda de las características del comportamiento humano, como el acto psíquico (...)».

⁹¹ SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones en Derecho penal*, 2003, p. 35.

⁹² ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., 2020, nm. 7/33 s.

⁹³ ALONSO ÁLAMO, «La culpabilidad jurídica en cabeza propia y el enigma de la libertad de la voluntad», en MARAVER/POZUELO (coords.), *La culpabilidad. I Seminario de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2019, p. 17. Como ya es conocido, el planteamiento de JAKOBS supondría la instrumentalización del individuo con el objeto de estabilización de la confianza en el ordenamiento jurídico.

⁹⁴ JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 225 ss.

⁹⁵ En mi opinión, la perspectiva *ex post* no solo justifica una derogación de la perspectiva de los llamados «autores potenciales» para concentrar la atención en las «víctimas potenciales» (a quienes se busca garantizar la seguridad cognitiva) y en los «autores responsables» (quienes garantizan la seguridad cognitiva de la vigencia de la norma mediante la pena concreta que se les inflige), sino que también permite un abuso de la normativización de las categorías.

⁹⁶ Esto permite concluir que en JAKOBS tiene sentido hablar de imputación objetiva de comportamientos según deberes derivados del rol (que se completa con el rol general de ciudadano en Derecho). JAKOBS, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 2004, pp. 35-36, señala que «(...) los que delinquen no son individuos, sino miembros de la sociedad constituidos comunicativa y –en ese sentido– objetivamente, esto es, son personas (o bien, en cuanto que éstas además se conciben como personas, sujetos)».

⁹⁷ Así, VARELA, *Dolo y error*, 2016, p. 31.

⁹⁸ Sobre la distinción entre «sujeto preexistente» y «sujeto construido», SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones en Derecho penal*, 2003, p. 33, n. 46, p. 35.

Por su parte, en la propuesta de HRUSCHKA se produce, a mi modo de ver, un desequilibrio entre norma e imputación, pues en su planteamiento el «peso» recae en esa última categoría, lo que consecuentemente hace que tal planteamiento posea una perspectiva *ex post*. En efecto, aunque HRUSCHKA posee una noción «débil» de norma como directivo de conducta (el citado autor la caracteriza como una «regla con función de configuración»)⁹⁹, la imputación ostenta una mayor atención en su planteamiento. El hecho se observa desde una perspectiva *ex post*, por lo que se concede a la norma de sanción una mayor significación. Esto es consecuencia del modelo de imputación «moderado» del que parte. La comprensión de la así denominada «regla de conducta» como poseedora de una «función de baremo de medición» se concentra en una perspectiva *ex post* de la norma y no tanto en una perspectiva *ex ante*, que es la que correspondería a una norma de carácter imperativo. Dicho de otra manera: la denominada «función de configuración» de la regla de comportamiento (concentrada en la prospectiva) queda notoriamente eclipsada en favor de la «función de baremo de medición» (concentrada en la retrospectiva), la que, según HRUSCHKA, se lleva a cabo oportunamente justo entre los dos niveles de imputación que él reconoce (*imputatio facti*, *imputatio iuris*)¹⁰⁰. La función de configuración de la regla de conducta, por tanto, se convierte en un mero «epifenómeno» de la función de baremo de medición, que es la que declara que el hecho imputado (en primer nivel) es antijurídico.

La consideración de una norma como directiva de conducta, esto es, como mandato o prohibición, impide ya que se comprenda a la antinormatividad desde una perspectiva *ex post*¹⁰¹. Parece ser que los defensores de una comprensión «amplia» de imputación¹⁰² entienden a la norma como el producto de una mera actividad del emisor (el legislador) y no como una directiva de conducta del cual surgen deberes de realizar una conducta o de abstenerse de realizarla¹⁰³. Si se toma en serio la idea de la norma no solo como una «pauta de conducta» (definición que, como se dijo, es conforme con su contenido semántico), sino también como un mecanismo orientado a la protección de bienes jurídicos, entonces aquella debe estar a disposición del destinatario al momento de realizar su conducta, pues este constituye el estadio decisivo en el que la norma puede desplegar sus efectos para hacer posible la evitación de hechos típicos¹⁰⁴. Precisamente, si se quiere comprender al Derecho penal más que como un mero orden coactivo (normas de sanción, que permiten la comprensión de la realidad únicamente desde una perspectiva *ex post*) y entenderlo más bien como un sistema de coordinación de esferas de libertad¹⁰⁵, entonces no

⁹⁹ Las reglas de imputación y las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición, al adquirir una mayor trascendencia en el sistema de HRUSCHKA, permiten entenderlo como un sistema orientado al juez (por la perspectiva claramente retrospectiva que posee), esto es, un sistema con una perspectiva *ex post*, pues en este adquieren protagonismo las reglas de imputación (*imputatio facti* e *imputatio iuris*) y la regla de comportamiento en su función de baremo de medición (que, según el referido autor, «mide» un hecho previamente imputado).

¹⁰⁰ Que HRUSCHKA se concentre más en la función de baremo de medición de la regla de comportamiento puede explicar la crítica consistente en que esta regla, en los términos del citado autor, no opera como una norma de conducta (pues no alude a un deber jurídico), sino que actúa como una «regla de valoración objetiva del hecho». Al respecto, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad y sistema del delito*, 2001, p. 616, n. 12.

¹⁰¹ Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 624; ROBLES PLANAS, en FRISCH, *La imputación objetiva del resultado*, 2015, p. 34.

¹⁰² Considero que en la actualidad conviven tanto una comprensión «restringida» de imputación (que se refiere esencialmente a la imputación de resultados a comportamientos) como una comprensión «amplia» de imputación. En esta última orientación destacan las contribuciones de JAKOBS y HRUSCHKA.

¹⁰³ ROBLES PLANAS, en FRISCH, *La imputación objetiva del resultado*, 2015, p. 35.

¹⁰⁴ ROBLES PLANAS, *InDret*, (1), 2019, p. 5, considera que «Esta es una de las grandes prestaciones de la teoría de las normas a los fines del Derecho penal: situarse en el momento decisivo para la evitación de las realizaciones típicas».

¹⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones en Derecho penal*, 2003, p. 20.

queda más que concederle una mayor trascendencia a la norma de conducta o, en la terminología que aquí se prefiere, a la «norma primaria».

2.4. Naturaleza jurídico-pública o jurídico-penal de la norma

Una cuarta forma de analizar la relevancia de la teoría de las normas en el Derecho penal tiene que ver con el examen de su propia naturaleza: si la norma posee un carácter jurídico-público o si tiene un carácter jurídico-penal. La primera orientación –que es mayoritaria–¹⁰⁶ parece encontrar una vinculación directa con el planteamiento original de BINDING, quien, como se sabe, consideró que la norma, que era conceptualmente previa e independiente a la ley penal, formaba parte del Derecho público¹⁰⁷. Como contrapartida, la segunda orientación propone entender a la norma de conducta como una norma de carácter jurídico-penal¹⁰⁸.

Frente a la difundida posición consistente en plantear a la norma de conducta como una norma de Derecho público, considero preferible entender a la aquí denominada «norma primaria» como una norma jurídico-penal¹⁰⁹. La posición que aquí no se admite señala que el Derecho penal se presenta como un Derecho de protección secundario o accesorio¹¹⁰, que interviene solo en el caso de que se haya producido la infracción de una norma de conducta (de carácter jurídico-público)¹¹¹. El Derecho penal, por tanto, no erigiría instrucciones de conducta, sino que enlazaría sus consecuencias jurídicas con la regulación ya existente¹¹². Esto hace que sean las normas de

¹⁰⁶ Al respecto, con más referencias, HIRSCH, *Das Verbrechen als Rechtsverletzung. Subjektive Rechte im Strafrecht*, 2021, p. 16, n. 14. Defienden esta orientación, por todos, GÜNTHER, H. L., *Strafrechtswidrigkeit und strafunrechtsausschluss: Studien zur Rechtswidrigkeit als straftatmerkmal und zur funktion der rechtsfertigungsgründ im Strafrecht*, 1983, p. 95; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 70 ss. (EL MISMO, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, pp. 84 ss.); FRISTER, «Die Notwehr im System der Notrechte», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1988, pp. 291, 300; FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen: zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, 1992, pp. 51 ss.; HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, p. 76; EL MISMO, en KAUFMANN/RENIKOWSKI (eds.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, 2004, p. 203 (EL MISMO, «La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental», *InDret*, (1), 2016, p. 12); RENIKOWSKI, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2007, pp. 563-564; ROSTALSKI, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2016, pp. 73, 75 ss.; FREUND/ROSTALSKI, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2020, p. 619.

¹⁰⁷ BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, t. I, 1885, p. 162.

¹⁰⁸ Célebre es, en la doctrina española, la valoración hecha por MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976, p. 55, quien señaló que la teoría de la norma de BINDING no tuvo mayor trascendencia precisamente por considerar a la norma de conducta como norma de Derecho público.

¹⁰⁹ También lo es, a mi modo de ver, la aquí denominada «norma secundaria». En el caso de la norma primaria, esta es una norma penal pues su infracción supone la aparición de otra norma (norma secundaria) que habilita la imposición de una sanción penal por aquella infracción. La norma secundaria es también una norma penal pues su infracción, por parte del juez, supone la aparición de una norma «terciaria» llamada a reaccionar a tal infracción (siendo esa norma terciaria la que corresponde al delito de prevaricación judicial).

¹¹⁰ GÜNTHER, H. L., *Strafrechtswidrigkeit und strafunrechtsausschluss*, 1983, p. 154; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 118 ss.; EL MISMO, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 70 ss. (EL MISMO, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, pp. 84 ss.); FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen: zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, 1992, pp. 51 ss.; EL MISMO, *AT*, 2ª ed., 2009, nm. 1/12; LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalität*, 1996, pp. 77 ss.; HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, p. 54; FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 3ª ed., 2019, nm. 1/50 ss.

¹¹¹ GÜNTHER, H. L., «Die Genese eines Straftatbestandes», *Juristische Schulung*, (1), 1978, pp. 12 ss.; EL MISMO, *Strafrechtswidrigkeit und strafunrechtsausschluss*, 1983, pp. 362 ss.; FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen: zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, 1992, pp. 159 ss.; RENIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Betätigung*, 1997, p. 55.

¹¹² RENIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Betätigung*, 1997, p. 55.

sanción (que según esta posición sí tendrían un genuino carácter penal)¹¹³ las que describen las reacciones a la perturbación del ordenamiento primario y los presupuestos de esas reacciones¹¹⁴.

Frente a ese planteamiento, se puede decir que, si bien el Derecho penal, conforme a los alcances limitadores del principio de intervención mínima, debe actuar solo en los supuestos más graves y cuando otro ámbito jurídico previo no haya podido resolver el conflicto, de ello no se deduce que el Derecho penal deba entenderse como un mero ordenamiento accesorio¹¹⁵. De los preceptos legales se extraen *interpretativamente* y de manera *indirecta* las normas primarias que constituyen mensajes prescriptivos dirigidos a sus destinatarios idóneos en la situación concreta en la que estos se encuentran. Por tanto, frente a lo señalado por BINDING, aquí se puede sostener que el Derecho penal es autónomo para la configuración de sus normas¹¹⁶. El planteamiento que enarbola la idea de la norma de conducta como una norma jurídico-pública no podría ser admitida, pues no parece correcto entender al Derecho penal como un mero instrumento sancionador de hechos que representan la infracción de normas que son tanto cronológicamente previas como formalmente ajenas¹¹⁷. La norma primaria es una norma jurídico-penal, tanto por su origen (se deriva de manera *indirecta* del precepto penal, con el que tiene una relación interpretativa o de *sentido*)¹¹⁸ como por su forma de aseguramiento (es salvaguardada por la norma secundaria)¹¹⁹.

2.5. Norma como imperativo de carácter «general» o «individual»

Una última forma de entender la relación entre la teoría de la norma y el concepto de delito sería la que, teniendo como punto de partida la comprensión de la norma como imperativo orientado a la regulación de conductas humanas, se considere que tal imperativo posee carácter «general» o carácter «individual»¹²⁰. Cada una de estas orientaciones tiene, además, repercusiones importantes en el propio concepto de delito, concretamente, en la relación entre las categorías del injusto y la culpabilidad¹²¹. Se podría sostener, por tanto, que aquella diferenciación (entre un imperativo de carácter «general» o de carácter «individual») tiene que ver directamente con el debate sobre si la teoría de la norma puede ser la base para la construcción del concepto de delito. La primera orientación, expresada de diversas maneras, pero que se entiende con la idea

¹¹³ HAAS, «Die strafrechtliche Lehre von der objektiven Zurechnung - eine Grundsatzkritik», en KAUFMANN/RENIKOWSKI (eds.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, 2004, p. 214 (EL MISMO, «La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental», *InDret*, (1), 2016, p. 22).

¹¹⁴ FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 77 s., n. 33 (EL MISMO, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, p. 92, n. 33); RENIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 58.

¹¹⁵ Expresan sus dudas sobre la accesoriedad del Derecho penal, también ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., 2020, nm. 7/33n.

¹¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., 2010, p. 514.

¹¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., 2010, p. 513.

¹¹⁸ La norma secundaria, por su parte, se deriva de manera directa del precepto penal.

¹¹⁹ Mientras la norma primaria tiene el respaldo coactivo (de carácter jurídico-penal) de la norma secundaria, la norma secundaria tiene el respaldo coactivo (de carácter jurídico-penal) de una norma terciaria (la que corresponde al delito de prevaricación). Vale la pena señalar, en todo caso, que aquí se defiende la idea de que la norma primaria no contempla ya la conminación penal, sino que esta y aquella son entidades distintas. Entonces, no se sigue la idea de que la norma primaria tiene un sentido de dirección de conductas porque en ella esté integrada ya la amenaza de pena, sino que la norma primaria posee ya esa condición normativa sin necesidad de que tenga, en su propia composición, a la conminación penal. Sobre esta discusión, ENGLÄNDER, «Norm und Sanktion - Kritische Anmerkungen zum Sanktionsmodell der Norm», *Rechtswissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung*, 2013, pp. 194 ss.

¹²⁰ Sobre esta distinción, AST, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 20.

¹²¹ También, recientemente, ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., nm. 10/101b.

de que la norma «se dirige a todos», puede ser reconocida como la opinión dominante¹²². Esta sostiene que solo una norma de carácter abstracto y general hace posible la irrenunciable distinción entre injusto y culpabilidad, que es considerada como «eje de la teoría del delito»¹²³. La segunda comprensión, por su parte, plantea que, en la medida que una norma de carácter imperativo solo puede dirigirse a quien pueda motivarse por ella, entonces la distinción entre injusto y culpabilidad, en última instancia, no resultaría admisible¹²⁴. Lo expuesto hace posible sostener que una determinada comprensión de la norma permitiría una concreta visión sobre la estructura del concepto de delito: afirmación de la distinción entre injusto y culpabilidad (si se admite la idea de la norma «abstracta y general») o rechazo de esta distinción (si se acepta la norma como mandato o prohibición individual)¹²⁵.

La comprensión normológica dominante, como se dijo, entiende que la norma posee un carácter «abstracto» y «general» y, por tanto, «se dirige a todos». Esta comprensión, sin embargo, se realiza sacrificando la propia idea de norma como mensaje imperativo en favor de una comprensión del concepto de delito caracterizado por la arraigada distinción categorial entre injusto y culpabilidad¹²⁶. Frente a lo desarrollado por la doctrina dominante, la segunda orientación, por la que la norma es una norma de carácter individual, termina reconociendo que la distinción entre injusto y culpabilidad no resulta sostenible, precisamente, en virtud del punto de partida asumido¹²⁷.

Considero que es posible trazar un camino justo en medio de las dos posiciones antes señaladas. Ese camino tendría que evitar el entendimiento de la norma como «abstracta» y «general», pues esta supone en última instancia una «traición» a sus propios presupuestos (la norma como mensaje prescriptivo o imperativo) y un empleo solo «funcional» (esto es, solo para mantener la distinción categorial entre injusto y culpabilidad)¹²⁸ de la categoría de norma. Asimismo, el

¹²² Al respecto, por todos, KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 125 (EL MISMO, *Teoría de las normas*, 1977, p. 165); IESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª ed., 1996, pp. 236 ss. (LOS MISMOS, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 2002, pp. 253 ss.); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Un sistema de Derecho penal en evolución», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (2), 1998, p. 387; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español*, t. I, 2002, p. 435; HERZBERG, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2016, pp. 736, 752; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal*, 3.ª ed., 2016, nm. 13/31, pp. 54 ss.; ROXIN/GRECO, AT, 5ª ed., nm. 10/101c. El origen de esta posición podría situarse en HEGEL (en la contraposición entre la «voluntad general» y la «voluntad particular»), aunque fue desarrollada por THON, quien, como es sabido, intentó ampliar el círculo de destinatarios de la norma al entender que esta, como «imperativo objetivo», se dirigía no solo a los imputables sino también a los inimputables.

¹²³ SCHÜNEMANN, «La función de la delimitación de injusto y culpabilidad», en EL MISMO/FIGUEIREDO DIAS (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, 1995, p. 207.

¹²⁴ Esta posición, defendida anteriormente, entre otros, por MERKEL y BINDING, es sostenida en la actualidad, en la doctrina alemana, por ROSTALSKI, «Zur objektiven Unmöglichkeit schuldlosen Verhaltensunrechts im Strafrecht», en SCHNEIDER/WAGNER (eds.), *Normentheorie und Strafrecht*, 2018, pp. 105 ss. En la doctrina española, por todos, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad y sistema del delito*, 2001, pp. 61 ss., 283 ss., 297, 837 ss.

¹²⁵ En realidad, creo que la insostenibilidad de la distinción conceptual entre injusto y culpabilidad se visualiza ya en planteamientos que, con diversas intensidades, están marcados por una argumentación normológica. Así, por ejemplo, la teoría de los imperativos (MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I, 1867, pp. 43 ss.; BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, t. I, 1885, p. 159; HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, p. 361) o la teoría de la norma como expectativa (Por todos, LESCH, *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999, pp. 213 ss.).

¹²⁶ ROSTALSKI, en SCHNEIDER/WAGNER (eds.), *Normentheorie und Strafrecht*, 2018, p. 113.

¹²⁷ ROSTALSKI, en SCHNEIDER/WAGNER (eds.), *Normentheorie und Strafrecht*, 2018, pp. 105 ss., ha propuesto el abandono de la distinción entre injusto y culpabilidad (considerando que tal distinción es «objetivamente imposible») sobre la base de argumentos normológicos. Esta autora señala incluso que un injusto sin culpabilidad «describe una *contradictio in adiecto*».

¹²⁸ Precisamente por ello, en el ámbito de la doctrina dominante surgen opiniones orientadas a hacer una distinción entre norma y deber. Por ejemplo, HERZBERG, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2016, p. 752, (quien

camino que estimo acertado debería garantizar la evitación de las consecuencias previstas para la comprensión de la norma como imperativo individual pues, en última instancia, la diferenciación entre injusto y culpabilidad representa, para el concepto de delito, un punto de no retorno que puede y debe ser mantenido¹²⁹. La propuesta que seguidamente me encargaré de desarrollar tiene como punto de partida el reconocimiento de que la norma posee un genuino carácter imperativo. Conforme a esto, la norma solo puede tener como destinatario idóneo a un individuo que posee la capacidad de actuar conforme a ella¹³⁰. Esta norma, entonces, se convierte en deber para un individuo en concreto situado en una situación concreta¹³¹.

Por todo lo hasta aquí expuesto, parece posible comprender la norma primaria (que es la que interesa en este momento y sobre la que concentraré mi atención en las siguientes líneas) como una norma de naturaleza imperativa, genuinamente penal, dirigida solo a un destinatario idóneo y, por ello, de carácter individual. A continuación, me encargaré de desarrollar algunas ideas relacionadas con las consecuencias de esta comprensión de la norma primaria en el ámbito de la categoría dogmática del injusto penal.

3. Norma e injusto penal

3.1. La norma solo se dirige a quien pueda motivarse por ella

Líneas arriba se señaló que la consideración de la norma primaria como un mandato o prohibición (concepción imperativa de la norma) tiene consecuencias para la propia comprensión del hecho punible: los defensores de aquella norma como una de carácter «abstracto y general» pretenden en realidad mantener la separación categorial entre injusto y culpabilidad, mientras que los que consideran que la norma es una de carácter individual proponen la imposibilidad de mantener esa separación categorial, enarbolando consecuentemente un concepto unitario de delito. La contraposición entre estas orientaciones, entonces, parece reflejar la concurrencia de un importante antagonismo, frecuentemente pasado por alto, entre la teoría de la norma (como imperativo) y el (generalmente aceptado) concepto clasificatorio de delito¹³².

entiende la norma desde una perspectiva abstracta y, por ello, distingue entre un deber de conducta [*Verhaltenspflicht*] y una norma) critica la posición de FREUND/ROSTALSKI señalando que esta no toma en cuenta que por «norma» ha de comprenderse una «abstracción», por lo que un «concreto deber de conducta no es una norma». En ese sentido, el citado autor señala que no puede confundirse a la norma (general y abstracta) con un «concreto deber de conducta».

¹²⁹ Célebremente, WELZEL, «Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre», *Juristische Schulung*, 1966, pp. 421 ss. Esto en contra de la opinión, según ROSTALSKI, en KUBICIEL/LÖHNIG/PAWLIK/STUCKENBERG/WOHLERS (eds.), *Eine gewaltige Erscheinung des positiven Rechts*, 2020, p. 360, cada vez más creciente, que se enfrenta a la idea del injusto no culpable.

¹³⁰ Este es el planteamiento defendido por autores como MERKEL, BINDING, HOLD VON FERNECK. Además, cabe decir que una vez que se admite que la norma se dirige al individuo genera otra discusión: la referida a la entidad de la norma previa a la existencia de la concurrencia del destinatario. Por ejemplo, FREUND/ROSTALSKI, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2020, p. 620, sostienen que las proposiciones como «¡No debes matar!» no son *normas acabadas* (*fertigen Verhaltensnormen*), sino que son «productos previos» («*Vorprodukte*») de una norma concretizada necesariamente por el contexto específico y por el destinatario específico. Al respecto, FREUND/ROSTALSKI, «Normkonkretisierung und Normbefolgung. Zu den Entstehungsbedingungen kontext- und adressatenspezifischer Ver- und Gebote sowie von konkreten Sanktionsanordnungen», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2018, pp. 264, 266 ss., 270 ss.

¹³¹ KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 129 ss. (EL MISMO, *Teoría de las normas*, 1977, pp. 171 ss.).

¹³² Al respecto es fundamental MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad y sistema del delito*, 2001, pp. 489 ss.

Referirse al delito como la infracción de una norma pertenece al lenguaje usual en la ciencia del Derecho penal. Si se parte de la mayoritaria distinción entre injusto y culpabilidad se podrá verificar que la referencia a la norma se concentra en realidad en el ámbito del injusto, siendo el de la culpabilidad el escenario en el que se produce el reproche personal por la (previa) infracción de la norma. Dicho de otra manera: la infracción de la norma, esto es, la antinormatividad, se vincula a la categoría del injusto, por lo que incluso se equiparan conceptualmente¹³³. Ahora bien, si se toma en cuenta que, mayoritariamente, se considera que el injusto equivale a la infracción de la norma y que la culpabilidad supone la falta de motivación para actuar conforme a ella¹³⁴, entonces surge la duda de cómo se podría sostener (en el ámbito del injusto) la infracción de una norma sin tomar en cuenta si su destinatario está o no en condiciones de seguirla (cuestión que solo se analiza después, en la culpabilidad). De hecho, conforme a las exposiciones más usuales de la teoría del delito, no habría problema alguno en afirmar la infracción de una norma por parte de quien se reconoce que ha actuado (es decir, ha realizado un hecho típicamente antijurídico) incluso en estado de inimputabilidad¹³⁵. Este planteamiento, que revela con cierta claridad el escaso compromiso que la doctrina mayoritaria tiene con un genuino entendimiento de la norma como imperativo, solo podría mantenerse si lo que en última instancia se pretende es el aseguramiento de la distinción conceptual entre injusto y culpabilidad. Esta pretensión parece quedar aún más clara cuando se propone, por ejemplo, una «funcionalización» de las categorías del injusto y de la culpabilidad desde la perspectiva de una teoría de la pena, en la que la norma pasa a segundo plano¹³⁶. Por eso, como se ha adelantado, no creo que sea inadecuado decir que, conforme a los planteamientos de la doctrina dominante, la idea de una genuina infracción de la norma, como mensaje prescriptivo, se sacrifica en favor de la estructura bipartita del delito, esto es, de la mencionada separación entre injusto y culpabilidad.

Es también común en la literatura jurídico-penal que la categoría dogmática del injusto se identifique con la afectación de bienes jurídicos, es decir, que se vincule estrechamente a tal categoría con el principio de lesividad¹³⁷. Esta vinculación genera, a mi modo de ver, dos

¹³³ Así, ya desde VON LISZT (mediante el concepto de «antijuridicidad formal»). Al respecto, por todos, ROXIN/GRECO, AT, t. I, 5ª ed., 2020, nm. 14/4.

¹³⁴ Ya WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 138 (EL MISMO, *Derecho Penal alemán. Parte General.*, 1970, p. 197), señalaba que una cosa era la contradicción entre la acción y el ordenamiento jurídico (la antijuridicidad) y otra la culpabilidad, que se refería al reproche personal al autor al no haber omitido la acción antijurídica pudiendo hacerlo, es decir, hubiera podido motivarse conforme a la norma. Por su parte, SCHÜNEMANN, en EL MISMO/FIGUEIREDO DIAS (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, 1995, p. 222, señala: «solamente se castiga la acción socialmente lesiva si el cumplimiento de la norma era, sin más, exigible» (cursiva en el original)

¹³⁵ ROXIN, «El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania», *InDret*, (4), 2012, p. 20, dice, en favor de la distinción entre injusto y culpabilidad: «la regulación de la teoría de la culpabilidad –según la cual en caso de ausencia inevitable de comprensión de la ilicitud se excluye la culpabilidad– presupone la distinción entre injusto y culpabilidad, pues el legislador parte de la base de que en estos casos el autor ha realizado un injusto penal».

¹³⁶ Al respecto, ROXIN, *InDret*, (4), 2012, p. 5, quien sostiene: «Mi punto de partida es que el injusto penal debe derivarse de la función del Derecho penal, por el contrario, la culpabilidad como categoría del sistema debe derivarse del concreto fin de la pena que se impone». Por su parte, SCHÜNEMANN, en EL MISMO/FIGUEIREDO DIAS (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, 1995, p. 234, defiende una «funcionalización del injusto y de la culpabilidad (...) a partir de los fines de la pena».

¹³⁷ Al respecto, por todos, ALCÁZER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, 2003, p. 20. Por otro lado, SCHÜNEMANN, en EL MISMO/FIGUEIREDO DIAS (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, 1995, p. 217, quien, al referirse a la «preestructuración, tanto histórica como del lenguaje», de las categorías del injusto y de la culpabilidad, reconoce dos perspectivas «externas», que indican ya la posibilidad de reconocer la existencia de esa distinción categorial: por un lado la «lesividad social, que acentúa la perspectiva de la víctima y el desvalor del hecho» y, por otro, la «evitabilidad individual, y con ello reprochabilidad, que acentúa la perspectiva del autor» (cursiva en el original). Luego, en cuanto a la relación entre

importantes inquietudes. Primero, si el injusto se entiende como antinormatividad y, a la vez, se admite que su contenido material radica en la lesividad del hecho, entonces el concepto de norma resultaría innecesario: si solo la lesividad es fundamento de lo jurídico-penalmente relevante, entonces su verificación sería suficiente para llamar la atención del Derecho penal¹³⁸. La lesividad, en realidad, no supone «infracción» de nada, por lo que el empeño consistente en mantener al injusto como antinormatividad (cuestión que parece provenir de la «antijuridicidad formal» propuesta por von Liszt)¹³⁹ conduce más bien a la postulación de una así llamada «norma» de valoración para así mantener a toda costa la equiparación entre injusto y antinormatividad¹⁴⁰. En última instancia, se produce una limitación de la capacidad de rendimiento del argumento normológico: este es usado de manera conveniente para abordar diversas categorías dentro de la teoría del delito, pero tal utilización no necesariamente implica la admisión de las consecuencias sistemáticas que supone la comprensión imperativa de la norma como punto de partida.

Segundo, que, si se admite la vinculación estrecha entre la categoría dogmática del injusto y el principio de lesividad, entonces la afectación de bienes jurídicos se referiría a una cuestión claramente consecuencialista (pues la protección de bienes jurídicos es una idea que refleja la conveniencia o la necesidad de las normas jurídico-penales). Si se tiene, entonces, por un lado, una consideración del injusto desde una perspectiva consecuencialista y, por otro, la arraigada equiparación conceptual entre injusto y antinormatividad, entonces no puede ser más evidente la razón por la que la doctrina dominante admite que la norma es «abstracta» y «general» y que además «se dirige a todos»: las normas han de ser lo más «amplias» posible, pues de esa manera, por razones de conveniencia o necesidad, se garantiza la protección de bienes jurídicos más allá de si el destinatario de la norma, en el caso concreto, pudo o no motivarse por ella¹⁴¹. Como con

tipo y antijuridicidad, SCHÜNEMANN, en EL MISMO/FIGUEIREDO DIAS (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, 1995, p. 222, señala: «(...) quíerese o no, la muerte de una persona en legítima defensa es tan poco lesiva socialmente como la muerte de un mosquito».

¹³⁸ Gran parte de los asuntos que se pretendían abordar con la antijuridicidad formal fueron resueltos con la categoría del tipo. Al respecto, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, p. 356, señala que el concepto de antijuridicidad formal «es terreno fértil para que arraigue poco después la doctrina de BELING sobre la tipicidad». Si la antijuridicidad formal expresa la «contrariedad a Derecho» de la conducta, entonces la aparición del tipo le restó protagonismo: el tipo (o parte positiva del tipo total de injusto) describe la conducta que fundamenta la lesividad del hecho (ámbito en el que se despliegan consideraciones normativo-valorativas y no una mera «contrariedad formal» entre el hecho y el Derecho, por lo que en ese ámbito se produce una traslación de los hechos al ámbito de lo jurídico-penalmente relevante mediante criterios y enjuiciamientos superadores de la mera subsunción), mientras que una causa de justificación (parte negativa del tipo total de injusto) excluye la lesividad del hecho.

¹³⁹ Al respecto, por todos, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad y sistema del delito*, 2001, p. 44.

¹⁴⁰ Aquí no ingresaré al debate acerca de si la norma primaria es solo «norma de determinación» o solo «norma de valoración». En realidad, incluso desde la perspectiva de los autores que han admitido y admiten la idea de la «norma de valoración», la condición de imperativo no se ha puesto en duda. Al respecto, por todos, MEZGER, *Der Gerichtssaal*, (89), 1924, pp. 239 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte General*, 1977, p. 78; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español*, 3.ª ed., t. I, 2002, pp. 436-437.

¹⁴¹ Así, SCHÜNEMANN, en EL MISMO/FIGUEIREDO DIAS (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, 1995, p. 225, quien manifiesta que la distinción entre injusto y culpabilidad «resulta necesaria y ostenta pleno sentido, mostrándose incluso como algo definitivo desde el punto de vista de la función preventivo-general del Derecho penal, ya que la “educación de la población en el respeto al Derecho” (JAKOBS), que se produce por medio del conjunto de la Administración de justicia penal mediante la comunicación simbólica del valor de los bienes jurídicos protegidos, únicamente puede tener lugar si los bienes y sus valores pueden ser comunicados de una manera independiente a la posibilidad de que sean respetados por el autor individual. La tendencia que se observa en el Derecho penal moderno de *desplazar la legitimación* del principio de retribución hacia la idea de la prevención general no ha eliminado, por tanto, la antigua diferenciación entre injusto y culpabilidad, sino que *la ha dotado de un punto de apoyo adicional*» (cursiva en el original)

claridad ha señalado ROXIN, «el Ordenamiento jurídico puede y debe imponer deberes sin contemplar a la persona, mientras se preocupe de que nadie sea castigado solo por no cumplir adecuadamente su deber»¹⁴². Desde la perspectiva del discurso de la doctrina dominante, lo acabado de señalar parece lógico pues, si el Derecho penal tiene como finalidad última la protección subsidiaria y fragmentaria de bienes jurídicos, entonces las normas que existen en ese sector del ordenamiento jurídico deben estar orientadas a esa misma finalidad¹⁴³.

Parece difícil, entonces, compatibilizar las consecuencias de las dos inquietudes acabadas de exponer con una genuina comprensión imperativa de la norma, esto es, de esta como un mandato o una prohibición que impone deberes de hacer o de abstenerse, respectivamente. Esto podría explicar, aunque no exclusivamente, el motivo por el que el planteamiento normológico de BINDING no fue admitido por la doctrina jurídico-penal posterior: un Derecho penal concentrado en la protección de bienes jurídicos debería desatender a la idea del deber como objeto de protección¹⁴⁴. En todo caso, aquella dificultad de compatibilización también puede observarse desde la perspectiva de la ética normativa, pues la forma de proceder de la doctrina mayoritaria demuestra que esta deriva deontologismo de consecuencialismo, es decir, deriva lo debido de lo necesario o lo conveniente¹⁴⁵. Esta aseveración por sí sola ya sería suficiente como para dejar de vincular la categoría del injusto con una idea de norma que, para ser tal (pues así lo determina su propia etimología y su naturaleza), debería estar dirigida a orientar conductas de individuos que estén en condiciones de poder cumplirla (en esto radica el *ultra posse nemo obligatur*)¹⁴⁶, pero que, precisamente, para garantizar la protección de bienes jurídicos, se «amplía» hasta el punto de no tomar en cuenta las propias características del destinatario¹⁴⁷.

¹⁴² ROXIN, *InDret* (4), 2012, pp. 19-20, donde inmediatamente después dice: «El enfermo mental homicida también infringe la prohibición de matar. Simplemente, no puede ser reprochado por ello».

¹⁴³ Pienso que hay un motivo más por el que la doctrina dominante recurre a la idea de la norma como «abstracta» y «general» o, dicho de otra manera, como «dirigida a todos». Ese motivo tiene que ver con la mayor atención que se brinda al emisor (y no al destinatario) desde la perspectiva de la relación normológica que permite la norma. Es decir, se le otorga mayor importancia a la justificación del recurso a la norma que a la indagación sobre su genuina «infracción». Ocuparse sobre el destinatario supondría tener que reconocer a la norma como un instrumento falible, que depende de muy específicas circunstancias. Así, se tendría que admitir, por ejemplo, que la norma, como mensaje prescriptivo, no puede impedir que el destinatario se encuentre en una situación de error, revelándose así la norma como un mecanismo falible de dirección de conductas. La doctrina dominante, mediante la distinción entre injusto y culpabilidad, parece solucionar este problema trasladando la infracción de la norma al ámbito del injusto y las circunstancias subjetivo-individuales a la culpabilidad: aunque el sujeto posea alguna situación que no le permita cumplir la norma (inimputabilidad o error de prohibición invencible, por ejemplo), ya se habrá afirmado antes la infracción de la norma (si se equipara conceptualmente, como hace la doctrina mayoritaria, injusto y antinormatividad).

¹⁴⁴ La crítica a la mirada reducida del delito como lesión de un deber de obediencia la formuló VON LISZT. Al respecto, VON LISZT/SCHMIDT, Eb., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26ª ed., 1932, p. 5, n. 3. Antes, MERKEL, *ZStW*, (6), 1886, p. 512, ya se refería a un concepto «formal» de delito en el planteamiento de BINDING. Al respecto, MARTINS, en KUBICIEL/LÖHNIG/PAWLK/STUCKENBERG/WOHLERS (eds.), *Eine gewaltige Erscheinung des positiven Rechts*, 2020, p. 390.

¹⁴⁵ De la necesidad o conveniencia de proteger bienes jurídicos (precisamente este es el fin del Derecho penal), cuestión consecuencialista, se deriva un elemento de carácter deontológico: la norma «dirigida a todos» que impone deberes sin tomar en cuenta las condiciones concretas del destinatario.

¹⁴⁶ El análisis de una teoría de la norma que esté en condiciones de permitir entenderla como un mensaje prescriptivo exige de manera ineludible resaltar el asunto referido a las capacidades del individuo para hacer lo que el deber impuesto exige. Al respecto, por todos, BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, t. I, 1885, p. 184.

¹⁴⁷ SCHÜNEMANN, en EL MISMO/FIGUEIREDO DIAS (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, 1995, p. 226.

El camino intermedio que aquí se propone supone admitir que la norma solo se dirige a quienes puedan motivarse por ella¹⁴⁸. Una persona a la que no se le dirige una norma (el mandato o la prohibición) y, por tanto, no se le impone el correspondiente deber en la situación concreta en la que se encuentra, no podrá infringir norma alguna. De esto ya es posible colegir que la norma solo se dirige a un destinatario idóneo para cumplirla y solo en la situación concreta en la que debe actuar conforme al correspondiente mandato o abstenerse de hacerlo, conforme a la correspondiente prohibición. La norma no se dirige a todos, «al tonto y al sabio», como señaló BINDING criticando a THON¹⁴⁹, sino que ella impone un deber solo a un destinatario idóneo para que, en el específico perímetro normativo en el que él se encuentra, realice un hecho o se abstenga de hacerlo.

3.2. Relevancia jurídico-penal de las conductas de los no culpables

¿Significa lo dicho que los comportamientos lesivos cometidos por inimputables o por quienes se encuentran en error de prohibición invencible quedan fuera del Derecho penal? Creo que no, pero no porque a ellos se les dirija alguna norma (ya se ha dicho que ellos no son destinatarios idóneos de la norma y, por lo tanto, esta no se les dirige a ellos), sino porque si el Derecho penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos, entonces esta finalidad ha de condicionarse necesariamente al principio de igualdad (tanto la conducta lesiva del culpable como del inculpaible pueden ser jurídico-penalmente relevantes, es decir, ambas pueden ser conductas esencialmente injustas)¹⁵⁰. La condición de destinatario idóneo o no de la norma, entonces, no repercute en absoluto en la posibilidad de producir materialmente consecuencias lesivas externas jurídico-penalmente relevantes. Esto es, a mi juicio, lo que debería tomarse en cuenta en el concepto de injusto, y no la infracción de normas.

Frente a eso, desde la orilla de la opinión dominante, se han esbozado dos ideas que reflejan con cierta claridad cómo se deriva deontologismo de consecuencialismo. Primero, se insiste en la idea de que la norma es «abstracta y general» y «dirigida a todos» y, por tanto, que se dirige también a los inimputables pues, de no ser así, se les estaría permitiendo la conducta (bajo la idea de que lo que no está prohibido está permitido, por lo que, si a un inimputable no se le prohíbe matar, entonces se le permite)¹⁵¹. Segundo, se propone que resulta «adecuado» o «útil» considerar a los no culpables como destinatarios de la norma, aunque ellos no posean las condiciones necesarias para seguirla. El motivo para esto sería que, en ese escenario, la pretensión de la norma no debe ser más la motivación de los no culpables, sino la del resto de los potenciales autores capaces de culpabilidad¹⁵². Por tanto, una norma sería «abstracta» y «general»

¹⁴⁸ Así ya, en la doctrina española, MIR PUIG, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (6-2), 2004, p. 14, señaló: «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».

¹⁴⁹ BINDING, «Der objektive Verbrechenstatbestand in seiner rechtlichen Bedeutung. Studie für das fünftige Strafgesetzbuch», *Der Gerichtssaal*, (76), 1910, pp. 8 s.

¹⁵⁰ KAUFMANN, Arthur, *Analogía y «naturaleza de la cosa»*. *Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, 1976, p. 46, donde señala: «[...] “norma”, en el sentido originario y genuino de la palabra, o sea, un criterio, una pauta para el igual tratamiento de lo igual y para evitar la arbitrariedad».

¹⁵¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (2), 1998, p. 388.

¹⁵² GRECO, «Wider die jüngere Relativierung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2009, p. 645.

no para que el no culpable no cometa el hecho que ella prohíbe, sino para que nadie se sienta estimulado a cometer ese hecho «con la esperanza de ser declarado no culpable y, con ello, de eludir la prohibición»¹⁵³.

A mi modo de ver, ninguna de estas ideas es de recibo. Con respecto a la primera, no es que a los no culpables se les permita las conductas (que a otros, que sí son destinatarios de la norma, se les prohíbe), sino que, en realidad, si el Derecho penal tiene la finalidad de proteger bienes jurídicos, y esta finalidad debe realizarse en sintonía con el principio de igualdad, ha de destacarse el tratamiento igual a todo lo que es igual: las conductas (portadoras de un *mínimo* de libertad de acción)¹⁵⁴ que manifiesten un sentido antijurídico serán jurídico-penalmente desvaloradas sin que ello suponga realizar deducciones valorativas referidas al plano de la culpabilidad (que es un asunto eminentemente personal). El bien jurídico protegido por la norma primaria se erige como el punto de referencia indispensable para el enjuiciamiento valorativo de *toda* conducta humana de cara a su consideración como jurídico-penalmente relevante. Con respecto a la segunda idea, si esta es bien vista, parece, en realidad, admitir que al no culpable la norma no se le dirige y no le impone un deber: precisamente, si el culpable se «refugia» en la inculpabilidad, es para no ser considerado destinatario idóneo de la norma y, por tanto, para que no se le imponga un deber de actuar o de abstenerse¹⁵⁵.

Quien no pueda ser destinatario idóneo de la norma y, por tanto, no se le pueda imponer el correspondiente deber derivado de ella, no podrá ser considerado «culpable». Si rige el principio fundamental de que no hay pena sin culpabilidad, entonces jamás se le podrá imponer una pena a alguien que no sea culpable o, dicho de otra manera, no habrá pena alguna cuya imposición necesite ser justificada frente a él. Esto parece ser absolutamente claro. Ahora bien, que un individuo no sea destinatario de una norma no quiere decir que el hecho que realice sea intrascendente para el Derecho penal: ese hecho es, en definitiva, un suceso comunicado al exterior, que ha de ser aprehendido valorativamente y, conforme a esto, enjuiciado desde consideraciones propiamente jurídico-penales. Al fin y al cabo, al Derecho penal, más allá de las actitudes internas referidas a la falta de adhesión a las convicciones sociales generales o incluso al deseo de menoscabar un bien jurídico o de infringir una norma, únicamente le interesan las acciones manifestadas al exterior, pues solo en virtud de ellas puede declarar a alguien responsable. Precisamente, la responsabilidad penal se construye «desde fuera hacia dentro»¹⁵⁶.

¹⁵³ GRECO, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2009, p. 645. Recientemente, en el mismo sentido, ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., 2020, nm. 10/101c.

¹⁵⁴ ALONSO ÁLAMO, en MARAVER/POZUELO (coords.), *La culpabilidad. I Seminario de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2019, p. 16.

¹⁵⁵ Habla de una «argumentación circular» (en el escenario en el que el destinatario idóneo de la norma pretende «refugiarse» en la incapacidad de culpabilidad para extraerse de la exigencia de la norma), ROSTALSKI, en SCHNEIDER/WAGNER (eds.), *Normentheorie und Strafrecht*, 2018, p. 113.

¹⁵⁶ En efecto, la dimensión externa de un hecho, al ser percibida por los sentidos y ser susceptible de interpretación, es el primer punto de referencia para la interrelación social. Esa dimensión externa es lo que hace posible a otros, los terceros, no intervenir en el hecho o poder defenderse de él (porque tal dimensión externa describiría, en el caso concreto, una superación de los límites de la libertad de acción y, por lo tanto, sería expresión de arbitrariedad). La expectativa normativa (que acompaña la vigencia de un estado de cosas valorado positivamente –el bien jurídico–) es, precisamente, la que permitiría *entender* la conducta de otro y no solo observarla (desde un plano puramente causal) como un conjunto de movimientos corporales.

3.3. Norma y derecho subjetivo

Ya se dijo que el Derecho penal tiene la finalidad de proteger bienes jurídicos, la que se realiza mediante la norma primaria. Esto –que ya había sido reconocido por BINDING¹⁵⁷ permite hablar de una «pretensión preventiva» del Derecho penal¹⁵⁸. Sin embargo, debe señalarse que el Estado, que ostenta el monopolio de la violencia (tratándose por eso de violencia institucionalizada), si bien tiene a su disposición a la norma primaria para relacionarse con el ciudadano, ella es eventualmente falible, es decir, puede fracasar, por ejemplo, frente a individuos que no puedan o no quieran motivarse por la norma primaria. En esta aseveración podría radicar la idea, propuesta por KINDHÄUSER, de que la norma no ha de considerarse como un mandato o prohibición (pues quedaría condicionada a que el agente posea las condiciones necesarias para actuar), sino como un estándar, sobre el que luego se discutiría si la infracción puede ser atribuida (mediante las reglas de imputación) al sujeto en virtud de su capacidad agencial¹⁵⁹. Este planteamiento, por los motivos ya señalados, aquí no es de recibo. En todo caso, el reconocimiento de la falibilidad de la norma refleja no solo la admisión de una comprensión realista de ella como medio de comunicación entre el Estado y el individuo, sino también la consideración de este último no como un mero «súbdito», sino como un «ciudadano» que, en atención a sus circunstancias concretas, puede decidir incorporar al mandato o prohibición como motivo para su actuación o abstención, o puede decidir no hacerlo¹⁶⁰.

Ahora bien, es importante mencionar, conforme a lo dicho, que la norma puede fracasar por dos motivos. Primero, porque el destinatario idóneo del mandato o prohibición no quiera tomarla como un motivo para su actuación o abstención, respectivamente. Segundo, porque el individuo no posee el carácter de destinatario idóneo, sino que se trata de un inimputable o de una persona que actúa en situación de error de prohibición invencible. En buena cuenta, esa falta de idoneidad para ser destinatario radica en la imposibilidad de comprender la norma o de actuar conforme a esa comprensión. En estos dos escenarios, la norma, como mandato o prohibición, fracasa. Sin embargo, el Derecho penal del Estado tiene que hacer una concesión en el caso de que la norma haya fracasado y así evitar llegar, como decía WELZEL, «demasiado tarde»¹⁶¹. Dicho de otra manera: el Estado tiene aún una herramienta para garantizar el resguardo del bien jurídico de quien se encuentra situado en el mismo perímetro normativo de aquel que, en el caso concreto, no puede o no quiere motivarse por la norma: el *derecho subjetivo*.

Ante el inicio de la realización de un hecho de relevancia jurídico-penal, el Derecho penal asignaría, mediante las normas permisivas, un derecho de defensa (frente a la realización de un hecho jurídico-penalmente relevante por un capaz de culpabilidad) o un derecho de necesidad (frente a la aparición de un hecho jurídico-penalmente relevante proveniente de, por ejemplo, un inimputable) a quien se encuentra en un específico perímetro normativo en el que sus bienes están, como mínimo, en peligro. Que el Derecho penal asigne ese derecho subjetivo hace que

¹⁵⁷ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 4ª ed., 1922, pp. 51 ss.

¹⁵⁸ Al respecto, por todos, ROSTALSKI, en SCHNEIDER/WAGNER (eds.), *Normentheorie und Strafrecht*, 2018, p. 106.

¹⁵⁹ KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 13.

¹⁶⁰ ROSTALSKI, en SCHNEIDER/WAGNER (eds.), *Normentheorie und Strafrecht*, 2018, p. 107, señala que la exigencia de un destinatario idóneo es algo necesario si el proceso de dación de normas se quiere entender más como «comunicación» y menos como «monólogo». Conforme a ello, no tener en cuenta a un destinatario idóneo, según ROSTALSKI, no permitiría entender a la norma más que como «una orden autoritaria como expresión de dominación que sin embargo no podría fundamentarse en un Estado liberal de Derecho».

¹⁶¹ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 3 (EL MISMO, *Derecho Penal alemán. Parte General*, 11ª ed., 1970, p. 13).

deje de estar prohibida por una norma primaria la actuación que expresa su ejercicio (mediante actos penalmente típicos) por el beneficiado de ese derecho, es decir: el hecho ha de ser calificado deónticamente como «permitido» o, en la terminología usual, como «justificado». Esto, de alguna manera, ya había sido contemplado por la teoría de los imperativos, que reconoció (aunque no desarrolló) la «otra cara» del mandato o la prohibición (del imperativo), esto es, el derecho subjetivo¹⁶². Es entonces mediante la asignación de derechos subjetivos que se produce un escenario dinámico, en el que entran en juego consideraciones normativo-valorativas, de interrelación entre las esferas de libertad que, en el caso concreto, entran en conflicto.

El derecho subjetivo es de gran importancia en el planteamiento aquí propuesto¹⁶³. La norma – el mandato o la prohibición –, en el caso concreto, no solo impone un deber (la comprensión de la norma como fuente de deberes), sino que también genera expectativas (la comprensión de la norma como fuente de derechos)¹⁶⁴. El concepto de derecho subjetivo posee dos funciones: una función de utilización y una función de exclusión¹⁶⁵. La función de utilización supone que el titular del derecho utilice sus bienes de la manera que lo considere apropiado¹⁶⁶. Por su parte, la función de exclusión implica la posibilidad de reaccionar frente a una intromisión ilegítima ajena¹⁶⁷. El derecho subjetivo, con sus dos funciones intrínsecas (función de utilización y función de exclusión) «rodea» al bien jurídico para así dotarle de una importante dinámica: garantiza la utilización libre del bien jurídico por parte del titular y garantiza que el bien jurídico no será afectado en el ámbito de la interacción social. Cada una de esas funciones se despliega tanto si se está en un estado de «juridicidad» o de «antijuridicidad». Precisamente, así como un estado de «juridicidad» expresa un escenario en el que las esferas de libertad despliegan jurídicamente (y de manera coordinada o, por lo menos, sin interferencia) la función de utilización del derecho subjetivo, un estado de «antijuridicidad» es aquel en el que se expresa un escenario en el que una esfera de libertad se entromete de manera ilegítima y grave en otra, convirtiéndose en manifestación de arbitrariedad e impidiendo que aquella función de utilización del derecho subjetivo se realice¹⁶⁸.

¹⁶² Por todos, ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, 1967, p. 39.

¹⁶³ Destaca últimamente la importancia del derecho subjetivo en el injusto, HIRSCH, *Das Verbrechen als Rechtsverletzung*, 2021, pp. 18 ss., que señala expresamente que, de *lege lata*, el injusto penal «ha de ser entendido como lesión de un derecho subjetivo». Conforme a esto, el autor señala que en el injusto no solo se produce la lesión de un deber de conducta (deber que protege un bien jurídico), sino que también se lesiona la «autoridad práctica» del portador del bien jurídico como titular del derecho, «en cuyo poder de decisión radica si sus bienes jurídicos están protegidos o no por deberes de conducta asegurados penalmente. El injusto penal (*Kriminalunrecht*) consiste entonces, precisamente, en desconocer este especial estatus normativo como sujeto jurídico autorizado (*als autoritatives Rechtssubjekt*)».

¹⁶⁴ Al respecto, es fundamental el planteamiento de SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones en Derecho penal*, 2003, pp. 26 ss. En mi opinión, la expectativa en el cumplimiento de normas proviene del estado de cosas valorado subyacente a esas normas (que imponen deberes al destinatario en la situación concreta). Esa expectativa es fuente de un derecho subjetivo (pues la defensa de expectativas se hace invocando derechos), manifestado concretamente en su función de utilización (esto es, de que, dentro de la propia esfera de libertad, se pueda configurar la propia vida y, en ese sentido, sea posible disponer de los bienes jurídicos de la forma deseada).

¹⁶⁵ RENZIOWSKI, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2007, p. 563.

¹⁶⁶ RENZIOWSKI, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2007, p. 567.

¹⁶⁷ HAAS, en KAUFMANN/RENIOWSKI (eds.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, 2004, p. 215 (EL MISMO, *InDret*, (1), 2016, p. 23).

¹⁶⁸ La tesis de la correlación estricta entre derechos y deberes ha sido defendida por autores como MERKEL, *ZStW*, (6), 1886, p. 519, y BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 4ª ed., 1922, p. 107. La defensa de una concepción imperativa de la norma no garantiza necesariamente una defensa de la mencionada tesis. Así, por ejemplo, HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, t. I, 1903, p. 120, también defensor de esa concepción, fue un opositor a la idea del carácter correlativo de derechos y deberes.

3.4. Injusto y antinormatividad

A diferencia de lo sostenido por la doctrina dominante, que propone la equiparación conceptual entre injusto y antinormatividad, y que concentra el momento de la infracción de la norma en esa categoría del concepto de delito, considero que la antinormatividad (o, con mayor precisión: la infracción del deber impuesto por la norma) se produce, en realidad, en el momento último de la determinación de responsabilidad individual, esto es, de la culpabilidad¹⁶⁹. Que la infracción del deber impuesto por la norma sea un asunto que se integra en la culpabilidad no quiere decir que la norma no desempeña un papel en el injusto como categoría previa: la norma, tal y como aquí es entendida, tiene un efecto transversal en todo el concepto de delito, relacionándose de una manera con el injusto y de otra manera con la culpabilidad. En lo que sigue me concentraré únicamente en el análisis de la primera categoría, dejando el estudio de la segunda para una futura oportunidad.

En el ámbito del injusto, la norma primaria desempeña una función distributiva¹⁷⁰: en ese ámbito se realizan una serie de consideraciones teleológicas o normativas¹⁷¹. Esa función, que va mucho más allá de la mera contrastación de un hecho con la ley¹⁷², no supone más que el despliegue de una tarea de selección de conductas que manifiestan una *mínima* libertad de acción (esto es, en el sentido más básico del término), pues son ellas la que permiten la realización de hechos de relevancia jurídico-penal¹⁷³. Ese presupuesto (el de la mínima libertad de acción) puede ser verificado tanto en destinatarios idóneos (culpables) como en destinatarios no idóneos (no culpables), pues tanto unos como otros pueden afectar bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal (no otra cosa se puede sostener si se quiere que rija de manera decidida el principio de igualdad)¹⁷⁴. La función distributiva que la norma primaria desempeña en el ámbito del injusto, entonces, se produce pese a no haber destinatario idóneo de la norma: sea que el hecho se cometa por un culpable o por un inculpable (como se dijo, la culpabilidad solo es presupuesto de la imposición de la pena), el Derecho penal debe mantener su «pretensión preventiva» (protección subsidiaria y fragmentaria de bienes jurídicos), no solo mediante la imposición de deberes, sino también mediante la asignación de derechos. Precisamente por eso es que, en el ámbito del injusto, importaría menos la condición de idoneidad o inidoneidad del destinatario que la

¹⁶⁹ En esa dirección, ya, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., 1996, quien propuso comprender a la antijuridicidad penal desde una perspectiva valorativa, trasladando la infracción de la norma a lo que él denominó en sus últimas obras la «imputación personal». Desde este momento, MIR PUIG consideró que la «imputación personal» está compuesta por dos escalones: la antinormatividad (que exige como mínimo una anormalidad motivacional para entender que se infringe la norma) y la responsabilidad penal.

¹⁷⁰ Sostengo que es una función «distributiva» pues es en el escenario concreto, esto es, en el marco del perímetro normativo en el que se encuentra no solo el agente, sino también la víctima o incluso terceros, en el que se deben llevar a cabo consideraciones valorativas que permitan poner en relación cada una de las contribuciones con la afectación del bien jurídico correspondiente.

¹⁷¹ Muchas de estas consideraciones son aquellas que se incardinan dentro de la llamada «teoría de la imputación objetiva», la que, como había señalado acertadamente TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», *ADPCP*, 1986, p. 35, constituye un «principio metódico superior», aplicable no solo a los delitos de resultado, sino también a otros ámbitos como «los delitos de simple actividad, las teorías de la tentativa y de la participación criminal, etc.».

¹⁷² Como, a mi juicio, señalaría la concepción analítica, en la que el juicio de injusto (tipicidad y antijuridicidad) pertenece al ámbito de la «*applicatio legis ad factum*», categoría que es aparentemente, como se ha visto, solo un mero proceso de subsunción.

¹⁷³ ALONSO ÁLAMO, en MARAVER/POZUELO (coords.), *La culpabilidad. I Seminario de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2019, p. 16.

¹⁷⁴ SCHÜNEMANN, en EL MISMO/FIGUEIREDO DIAS (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, 1995, p. 226.

necesidad de delimitar las esferas de libertad concurrentes en el específico perímetro normativo en el que se produce el hecho y que puede tener diferentes consecuencias entre quienes en él intervengan (el autor, la víctima, el tercero)¹⁷⁵.

Que en el ámbito del injusto la norma primaria desempeñe una función distributiva no quiere decir que se produzca una infracción de aquella norma en este ámbito, sino que aquella función, al concentrarse esencialmente en la selección de conductas desvaloradas desde la perspectiva de la afectación del bien jurídico, abarca, como se ha dicho, las conductas tanto de culpables como de inculpables¹⁷⁶. Que el injusto atienda a las consecuencias lesivas externas (jurídico-penalmente relevantes) tiene que ver con el hecho de que ellas pueden afectar bienes jurídicos de terceros. La doctrina dominante no tiene inconveniente en admitir que el injusto se concentra en las consecuencias lesivas para el bien jurídico (no otra cosa puede sostenerse si se asocian frecuentemente «injusto» y «lesividad»)¹⁷⁷. Pero esa admisión, si quiere evitar la crítica consistente en la derivación de deontologismo de consecuencialismo (lo que la opinión dominante hace al entender que la norma es «abstracta» y «general» o «dirigida a todos»), debe necesariamente ir de la mano con la separación conceptual entre injusto y antinormatividad.

El injusto está condicionado entonces por la función distributiva de la norma primaria. Si un estado de «juridicidad» es aquel en el que concurre una «compatibilización» de todas las esferas de libertad concurrentes (siendo la interrelación de individuos expresión del ejercicio de libertad y no de arbitrariedad), un estado de «antijuridicidad» será aquel en el que se produce un desequilibrio en la mencionada «compatibilización» de esferas de libertad, estando aquel originado en una manifestación externa de carácter lesivo producido en un específico perímetro normativo. Ese desequilibrio deja en evidencia que la interrelación entre individuos, en ese caso concreto, no se sostiene más por la libertad, sino por la arbitrariedad. Producido, entonces, un desequilibrio en la «compatibilización» de esferas de libertad, en el ámbito del injusto –sobre la base de consideraciones teleológicas o normativas– ha de determinarse quién debe «responder» por ese desequilibrio, de cara a la restauración del estado de «juridicidad».

Por lo expuesto, parece posible sostener que tanto si el agente es culpable como no culpable, en la medida que la norma ha desempeñado en el injusto una función distributiva (o de selección y enjuiciamiento teleológico-valorativo de conductas), se ha producido la identificación de una conducta que representa el inicio de un comportamiento expresivo de una intromisión ilegítima en una esfera de libertad ajena. Si, conforme a lo dicho, la afectación de bienes jurídicos puede producirse tanto por conductas de culpables como de no culpables, entonces la condición de destinatario o no de la norma, respectivamente, no repercute en absoluto en la posibilidad de producir materialmente consecuencias lesivas externas jurídico-penalmente relevantes. Y es que, haya un destinatario idóneo o no de la norma, esta, en el ámbito del injusto, en la medida

¹⁷⁵ Conforme a la función distributiva que desempeña en el ámbito del injusto, la norma primaria (que es fuente de expectativas), tiene efectos hacia la propia víctima (haciendo posible que esta pueda actuar para mantener la indemnidad de sus bienes jurídicos) o hacia terceros (para comunicarles que, ante el inicio de la realización de un hecho punible, no intervengan en él favoreciendo su concreción). Esto es lo que MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad y sistema del delito*, 2001, p. 583, n. 54, 599, reconoce como la necesidad de fijar una valoración objetiva del hecho para que se puedan cumplir funciones normativas de cara a terceros.

¹⁷⁶ La selección de conductas no se realiza de manera puramente objetiva (aquello que «debe ser» desde el punto de vista del Derecho), como pretende JAKOBS recurriendo al concepto del rol como estructura objetiva.

¹⁷⁷ Por todos, SCHÜNEMANN, en EL MISMO/FIGUEIREDO DIAS (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, 1995, p. 217, quien, admitiendo la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, entiende que el daño al tercero y la evitabilidad individual, correspondientemente, constituyen las bases del sistema (la denominada «conexión a la realidad» encaja bien con la separación entre antijuridicidad y culpabilidad).

que genera expectativas, destaca no el lado del deber, sino el lado del derecho: la aplicación de la norma al caso concreto puede o no suponer la imposición de un deber, pero en todo caso no se debe pasar por alto que el sujeto cuyos bienes jurídicos se ponen (por lo menos) en peligro en un caso concreto, es titular de una esfera de libertad¹⁷⁸.

4. Consecuencias

Tomando en cuenta todo lo señalado, vale la pena regresar a los dos escenarios en los que se produce la afectación de un bien jurídico (relevante para el Derecho penal): por la actuación de un culpable y de un no culpable.

Si el agente es un destinatario idóneo de la norma, entonces esta se le dirige a él para imponerle un deber de actuar o de abstenerse. Ese deber tiene como contrapartida un derecho subjetivo, el que es asignado al destinatario de la intromisión ilegítima para que pueda mantener la integridad jurídica de su esfera de libertad. Ese derecho (que denomino «derecho de integridad»), como reflejo del deber que impone la norma al destinatario idóneo, necesita todavía de una mayor precisión. En efecto, si se evoca la distinción, formulada ya por BINDING, entre «derecho al cumplimiento de la orden» y «derecho de intromisión»¹⁷⁹, se podría sostener que, mientras el primero corresponde al derecho que constituye el reflejo del deber que se impone al destinatario idóneo de la norma, el segundo es el derecho que una norma permisiva asigna al titular del antes denominado «derecho de integridad»¹⁸⁰. En el caso de que la norma se dirija a un destinatario idóneo (esto es, que el destinatario sea culpable), entonces, el «derecho de intromisión» (un derecho a *lesionar*)¹⁸¹, que emerge después de la aparición del derecho previo (del «derecho de integridad») ¹⁸², es un derecho de defensa que, a su vez, tiene como reflejo un «deber de tolerancia», que se impone al agente (culpable) a quien antes la norma prohibitiva le había impuesto el correspondiente deber de actuar o de abstenerse. Este planteamiento no solo

¹⁷⁸ Si los bienes jurídicos son protegidos (de manera subsidiaria y fragmentaria) por el Derecho penal, entonces este tiene que otorgar el medio necesario para que los terceros puedan proteger sus bienes jurídicos en el caso de que la conducta lesiva provenga de un destinatario que no pueda o no quiera cumplir el mandato o prohibición. Ese medio necesario es el derecho subjetivo.

¹⁷⁹ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 4ª ed., 1922, pp. 106, 307.

¹⁸⁰ Propongo aquí un ejemplo: el delito de homicidio. De este delito se extrae una norma prohibitiva que impone el deber de no matar. Pues bien, conforme a lo aquí expuesto, ese deber tiene como correlación un derecho, del que es titular otra persona, precisamente, aquella situada en el mismo perímetro normativo que aquel a quien se le impone el deber de no matar (y, por tanto, el titular del derecho es aquel frente a quien se produciría el incumplimiento del deber). El mencionado derecho, sin embargo, precisa todavía de una concreción, la que se produce en virtud de la aplicación, en el hecho, de la norma permisiva. El derecho de no ser destinatario de una conducta *ex ante* peligrosa para el bien jurídico «vida independiente» no dice nada todavía sobre las dimensiones de lo que, en ese caso concreto, al titular de ese derecho se le permite hacer al ser el objeto de la manifestación externa que representa el incumplimiento del deber de no matar impuesto al destinatario de la norma prohibitiva. El mencionado derecho (que BINDING, como se dijo en el cuerpo del texto, caracterizó como «derecho al cumplimiento de la orden») es el que permite la aparición de una norma permisiva que asigna un «derecho de intromisión», en este caso, un derecho de defensa (que permite un derecho a lesionar) y que, como contrapartida, impone un «deber de tolerancia» al agente, de tal manera que no impida el ejercicio de ese derecho (de defensa).

¹⁸¹ Habla de un «derecho a lesionar» (en las causas de justificación del resultado), LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal*, 3ª ed., 2016, nm. 21/17 ss.

¹⁸² La relación entre el «derecho de integridad» y el «derecho de intromisión» es la misma que existe entre un derecho subjetivo primario y un derecho subjetivo secundario, cuestión que es reconocida ya en la doctrina jurídico-civil. Por todos, PEUKERT, *Güterzuordnung als Rechtsprinzip*, 2008, p. 55, manifiesta que los derechos subjetivos secundarios «sirven a la protección y a la realización» de los derechos subjetivos primarios. Al respecto, señala el siguiente ejemplo: el derecho de propiedad (§ 903 BGB) es un derecho primario cuya realización se asegura por la pretensión de restitución (§ 985 BGB) o por la pretensión de resarcimiento del daño (§ 823 BGB), que constituyen derechos secundarios.

permitiría fundamentar el recurso a la legítima defensa únicamente frente a agresores culpables¹⁸³, sino que también permitiría justificar de manera normológica la existencia del mencionado «deber de tolerancia»¹⁸⁴. En la legítima defensa, por tanto, no solo es responsable el agresor por el menoscabo de una relación normativa (por lo que la restauración de esta ha de producirse a costa de sus propios bienes), sino que, a él, al ser culpable (y, por tanto, destinatario idóneo de deberes), se le impondrá un deber de tolerancia que justifica una intervención más amplia en su esfera de libertad¹⁸⁵.

El escenario es distinto si el agente no es un destinatario idóneo de la norma. Queda claro, por lo ya expuesto, que a un destinatario inidóneo no se le puede imponer ningún deber de actuar o de abstenerse. Sin embargo, como se ha insistido hasta ahora, eso no quiere decir que un inculpable no pueda intervenir de manera ilegítima en la esfera de libertad de un tercero. Ese es precisamente el asunto que se debe tener en cuenta, pues, desde una perspectiva intersubjetiva, se debe valorar el emprender una conducta que representa el inicio de una intromisión ilegítima en la esfera de libertad de otro, a quien el Derecho ha de considerar si es que se quiere que ese otro mantenga la integridad de su esfera de libertad. Pues bien, frente al inicio de una conducta riesgosa realizada, por ejemplo, por un inimputable o por un agente en error de prohibición invencible, el destinatario de tal conducta riesgosa puede actuar. Esta posibilidad no se fundamenta (como en la legítima defensa) en la existencia de un «derecho de intromisión» (derecho a lesionar) como concreción de un «derecho de integridad» que a su vez constituye el reflejo del deber de actuar o de abstenerse impuesto previamente al agente (el agresor) pues, como se ha dicho, al inimputable o a quien actúa en error de prohibición la norma no le impone tal deber. Esto no quiere decir, sin embargo, que esa conducta de riesgo no sea jurídico-penalmente relevante¹⁸⁶: la sola realización de una situación riesgosa en un concreto perímetro normativo es base suficiente para la aparición de una norma permisiva que asigne directamente, al destinatario de la conducta riesgosa, un «derecho de intromisión» (derecho a *actuar*)¹⁸⁷. Y esto es así pues no sería correcto dejar sin la posibilidad de ejercer la función de exclusión del derecho subjetivo a quien ve su esfera de libertad atacada por la injerencia de un inimputable o de un agente en error de prohibición invencible, pues si fuera así, habría claramente una distribución injusta de libertad¹⁸⁸.

El antes mencionado «derecho a actuar», en el estado de necesidad defensivo, ha de tener como contrapartida un deber de tolerancia. Este, sin embargo, tampoco puede imponerse al originador del riesgo que se pretende contener mediante la conducta necesaria. A diferencia de la legítima

¹⁸³ También, SCHMIDHÄUSER, «Über die Wertstruktur der Notwehr», en Barth (ed.), *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag. 3. Januar 1970*, 1970, pp. 196 ss.; EL MISMO, «Die Begründung der Notwehr», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1991, pp. 129 ss.; HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed, 1988, pp. 141 ss.; FRISTER, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1988, p. 307; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, nm. 11/16, 12/18 (EL MISMO, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., 1997, nm. 11/16, 12/18); RENZIOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, pp. 283 ss.; ROSTALSKI, en SCHNEIDER/WAGNER (eds.), *Normentheorie und Strafrecht*, 2018, p. 116.

¹⁸⁴ Contrario al denominado «deber de tolerancia», por todos, LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal*, 3ª ed., 2016.

¹⁸⁵ ROBLES PLANAS, «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos», en LUZÓN PEÑA (dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, 2010, p. 461.

¹⁸⁶ Como se ha dicho, la afectación de una esfera de libertad por parte de un imputable o un inimputable significa ya un hecho relevante para el Derecho penal: un hecho comunicado al exterior ha de ser aprehendido valorativamente y, conforme a esto, enjuiciado desde consideraciones propiamente jurídico-penales.

¹⁸⁷ Se refiere a un «derecho a actuar» (en las causas de justificación solo de la acción), LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal*, 3ª ed., 2016, 21/17 ss.

¹⁸⁸ WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, 2017, p. 483.

defensa (en la que al agresor se le impone un deber de tolerancia como reflejo del «derecho de intromisión»), en el estado de necesidad defensivo no se le puede imponer un deber de tolerancia a quien antes tampoco ha sido posible imponer un deber de actuar o de abstenerse, precisamente, por su condición de destinatario inidóneo de ese deber. La solución a esta problemática pasa por reconocer la naturaleza distributiva del estado de necesidad defensivo¹⁸⁹. En un escenario como el planteado (en el que el riesgo jurídico-penalmente relevante –que no llega a ser una «agresión ilegítima» en los términos de la legítima defensa– proviene de un destinatario inidóneo de la norma a quien no se le puede imponer un deber de hacer o de abstenerse), el Derecho se pone en una situación comprometida: así como debe proteger los bienes jurídicos del destinatario de ese tipo de riesgos (el necesitado), no puede admitir un abandono de la protección de los bienes jurídicos del destinatario de la acción necesaria (el inimputable, por ejemplo). En esa situación, el Estado asume una especial posición: no solo asigna, con la sola verificación de la situación de necesidad, el «derecho de intromisión» (el señalado «derecho a actuar») a quien se encuentra en esa situación, sino que también asume la condición de destinatario del deber de tolerancia (de afectación de un bien jurídico ajeno) como reflejo de ese derecho a actuar. Dicho de otra manera: el Estado se coloca en una posición de igualdad con el individuo para que este pueda ejercer su derecho hasta el límite de lo necesario y de manera condicionada a las exigencias de proporcionalidad y subsidiariedad¹⁹⁰. Ese plano de igualdad entre el individuo y el Estado hace que este se convierta en destinatario del deber de tolerancia, que constituye el reflejo del «derecho de intromisión». Como destinatario del deber de tolerancia, el Estado está obligado a no impedir la realización del hecho, así como a no castigar con una pena al agente después de haberlo llevado a cabo¹⁹¹.

¹⁸⁹ El estado de necesidad defensivo puede ser entendido como una categoría puramente distributiva de responsabilidad: ciertos bienes jurídicos solo puedan ser resguardados mediante la afectación de bienes de otro. Si este es el escenario, entonces los costos de la situación han de ser necesariamente distribuidos.

¹⁹⁰ Pienso que una asunción total de los costos por parte del necesitado supondría que este tenga que abstenerse de ejercer cualquier conducta defensiva (se le atribuiría normativamente al necesitado de todos los costos), lo que parece manifiestamente injusto. Por otro lado, que la asunción total de los costos sea por parte del destinatario de la acción de necesidad (es decir, de quien emana la acción como fuente de peligro) supondría la imposición de un deber de tolerancia, pese a estar en una situación de inimputabilidad o de estado de error de prohibición invencible. Si, desde una perspectiva distributiva entra en juego el Estado, se tendría entonces lo siguiente: el agente en necesidad carga con el costo de no realizar una acción lesiva sobre los bienes del destinatario del estado de necesidad, el destinatario de la acción de necesidad carga con el costo de poder ser afectado en sus bienes jurídicos hasta el límite de lo necesario y conforme a las exigencias de proporcionalidad y subsidiariedad, y el Estado carga con el costo de admitir la acción defensiva (pese a que esta se realizará sobre un inimputable o alguien en situación de error de prohibición invencible), por la razón de que la norma primaria en el caso concreto fue falible, esto es, no encontró destinatario idóneo. Es importante resaltar que el Estado, que ostenta el monopolio de la violencia institucionalizada, debe entender no solo que tiene a su disposición a la norma primaria para relacionarse con el ciudadano, sino que también debe ser consciente de la falibilidad de aquella y, por ende, debe ser consciente de su eventual fracaso (por ejemplo, ante individuos que no se puedan o no se dejen motivar por la norma primaria). El Estado ha de cargar con el costo de que ese fracaso se haga real.

¹⁹¹ De esta manera, al asumir también el Estado el deber de tolerancia con respecto a la conducta en estado de necesidad (hecho típico pero justificado), el Estado asume los costos de que con sus normas no pueda proteger los bienes jurídicos del ciudadano en ese caso. Esto se ve con mayor claridad en el caso del que actúa en error de prohibición invencible: no se puede decir necesariamente que un sujeto en esa condición actuó en desprecio del Derecho, pero sí que no conocía que su hecho era prohibido. Si no sabía, es porque el Estado ha utilizado un instrumento falible para dar a conocer sus mandatos y prohibiciones. Y si es falible, y aun así lo utiliza, entonces debe asumir los costos de esto: asumiendo el Estado el deber de tolerancia y, a la vez, resguardando los derechos del afectado por la causa de justificación (pues la defensa está limitada por la necesidad, la proporcionalidad y la subsidiariedad).

Como es evidente, lo acabado de señalar tiene consecuencias tanto para la legítima defensa como para el estado de necesidad defensivo¹⁹². El criterio que explica la diferente amplitud de cada una de estas causas de justificación radica en la «responsabilidad»¹⁹³ del destinatario de la acción de defensa o de necesidad, respectivamente, en la generación o intensificación (en términos normativos) del peligro para los bienes jurídicos de quien ejerce el correspondiente derecho de defensa o de necesidad. Que la legítima defensa requiera como condición de aplicación una agresión ilegítima (requisito esencial) demuestra con mayor claridad la «responsabilidad» que tiene el agresor por el peligro que crea con su conducta. Esta mayor intensidad en el presupuesto exigido se refleja en la correspondiente mayor intensidad con la que reacciona el Derecho: dejando de proteger los bienes jurídicos del agresor (no bajo consideraciones de utilidad) hasta el límite de lo necesario para que el defensor (propio o de terceros) pueda realizar una conducta típica para repeler o impedir la agresión¹⁹⁴. Los presupuestos de la legítima defensa han de ser más exigentes que los del estado de necesidad defensivo. Esto ya es razón suficiente para que la legítima defensa sea una causa de justificación aplicable solo frente a agresiones antijurídicas y culpables.

Por su parte, el estado de necesidad defensivo tiene como condición de aplicación una situación de peligro cualitativamente inferior a la agresión ilegítima, lo que ya indica que aquella causa de justificación posee presupuestos menos intensos y, consecuentemente, ha de permitir menos. La condición de aplicación del estado de necesidad defensivo radica en el peligro concreto para un bien jurídico, cuya salvaguarda supone una actuación contra el origen de ese peligro, esto es, la esfera de libertad del individuo que tiene la condición de titular del bien que se afecta en virtud de la realización de la conducta defensiva¹⁹⁵. Por tanto, considero que frente a las conductas peligrosas de inimputables y de quienes se encuentran en error de prohibición invencible, el estado de necesidad defensivo se presenta como la causa de justificación más idónea (y no la legítima defensa, como sostiene la doctrina dominante)¹⁹⁶.

Lo hasta aquí desarrollado pretende ser un planteamiento que, teniendo como punto de partida la comprensión de la norma como imperativo, permita el mantenimiento de la distinción entre las categorías del injusto y la culpabilidad. El deber impuesto por el mandato o la prohibición solo puede infringirse en el momento inmediatamente previo de la deliberación sobre la imposición o no de una pena, esto es, en la culpabilidad, pues sin esta, aquella jamás se podría imponer. Esto no significa que la norma no haya desempeñado una función previa: en el ámbito del injusto, como se dijo, ella posee una importante función distributiva. El planteamiento aquí propuesto no sugiere la admisión de la culpabilidad como presupuesto del delito ni mucho menos que se deba aceptar una comprensión conceptualizante del delito (en la que quedaría diluida la

¹⁹² La legítima defensa y el estado de necesidad defensivo constituyen categorías amparadas en normas permisivas, las que se legitiman en el principio de autonomía (libertad negativa), cuyo alcance se limita por el principio de solidaridad. Al respecto, por todos, RENZIOWSKI, *Notstand und notwehr*, 1994, pp. 178 ss., 185 ss., 194 ss. También, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, 1994, pp. 47 ss., 59 ss., 63 ss., 77.

¹⁹³ Entendiendo aquí «responsabilidad» como «originación» del hecho. Al respecto, MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad: una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad*, 2002, p. 17.

¹⁹⁴ Las denominadas «restricciones ético-sociales», independientemente de su fundamentación, reflejan la incorporación de una limitación en el ejercicio de la legítima defensa sobre la base de la idea de una solidaridad mínima con el agresor. Al respecto, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 65 ss., 74 ss., 77.

¹⁹⁵ Sobre la relación entre la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo, por todos, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, nm. 11/17 (EL MISMO, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 1997, nm. 11/17).

¹⁹⁶ Por todos, últimamente, ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., 2020, nm. 15/17 ss.

distinción entre injusto y culpabilidad)¹⁹⁷. En realidad, se propone que la culpabilidad, como elemento que permite establecer la idoneidad o inidoneidad del destinatario de la norma, sea más bien, en el ámbito del injusto, una condición para determinar la intensidad de la función de exclusión del derecho subjetivo asignado a quien se encuentra en el mismo contexto situacional-individual que quien emprende al exterior la conducta jurídico-penalmente relevante: al beneficiado (por el derecho subjetivo) que actúa frente a un culpable, el Derecho le permitirá «más» (conforme al «derecho a lesionar» que asigna la legítima defensa), mientras que a quien actúa frente a un inculpable, el Derecho le permitirá «menos» (conforme al «derecho a actuar» que asigna el estado de necesidad)¹⁹⁸. Esta no es solo una manifestación de la aquí llamada «función distributiva» que desempeña la norma primaria, como mandato o prohibición, en el ámbito del injusto penal, sino también del interés, ya subrayado por BINDING, de examinar la norma desde la perspectiva no del deber, sino del significado objetivo-material del hecho¹⁹⁹. Una teoría de la norma como imperativo que sea vista solo desde la perspectiva referida al deber no parece brindar respuestas satisfactorias para las necesidades de protección, esto es, de «compatibilización» de esferas de libertad.

5. Conclusiones

La norma primaria aquí desarrollada tiene una diferencia y dos similitudes con la «norma» de BINDING: aquella no es una norma de Derecho público, sino una norma jurídico-penal (aquí la diferencia), constituye una norma de carácter imperativo, esto es, una prohibición o un mandato que impone un deber de abstenerse o de actuar, respectivamente (aquí la primera similitud) y solo puede tener por destinatario a quien posea las condiciones subjetivo-individuales necesarias como para ostentar esa condición (aquí la segunda similitud). Por esto, la norma no es un mandato o prohibición «abstracto» o «general» o, como se afirma frecuentemente, «dirigido a todos», sino que es un mensaje prescriptivo dirigido a un individuo concreto en una situación concreta. La norma primaria no se limita al ámbito de la tipicidad (como sostenía el finalismo), sino que despliega sus efectos a lo largo de todo el concepto de delito, desempeñando una relación funcional con cada una de las categorías integradas en tal concepto. Una distinción entre

¹⁹⁷ Así, célebremente, JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 121 ss., que, a partir de sus planteamientos (consideración de que en el hecho concurren la totalidad de los presupuestos de la imputación de una pena), desemboca en una teoría de la imputación hegeliana, en la que la culpabilidad constituye presupuesto de la acción. También, ROSTALSKI, en SCHNEIDER/WAGNER (eds.), *Normentheorie und Strafrecht*, 2018, p. 107, quien señala que presupuesto fundamental para la aseveración de un hecho punible (que entiende como infracción de la norma de conducta) es la capacidad del destinatario de la norma de comportarse de otro modo.

¹⁹⁸ Por tanto, conforme a este planteamiento, no se podría estar de acuerdo con recientes posiciones que unifican injusto y culpabilidad (señalando, con diversos argumentos, que la culpabilidad es presupuesto del delito). Por ejemplo, WALTER, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, p. 116, cuando señala que «un inimputable no podría cometer un injusto, las manifestaciones de un enfermo mental significan para el Derecho lo mismo que el sol y la lluvia»; sin embargo, con lo explicado sí se verifica cómo las manifestaciones de un enfermo mental poseen trascendencia para el Derecho penal: este busca proteger al individuo no mediante la imposición de un deber (que no puede lograrse, en la medida que el enfermo mental no es destinatario idóneo de la norma correspondiente), sino mediante la asignación de un derecho. Hay, por tanto, consecuencias jurídicas en ese específico perímetro normativo en el que concurren el enfermo mental y el destinatario del riesgo (jurídico-penalmente relevante) iniciado por aquel.

¹⁹⁹ BINDING, *Der Gerichtssaal*, (76), 1910, p. 2. Al respecto, RENZIOWSKI, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2007, p. 561, quien intenta explicar la razón de que este «ocultamiento» se haya presentado ya en el propio planteamiento de BINDING: este autor se concentró en el lado del deber más que en el lado de la posición jurídicamente protegida, lo cual es acorde con su idea de que los derechos subjetivos eran completamente irrelevantes para el alcance de los delitos individuales, pues «los ataques afectarían no como derechos, sino solamente en sus presupuestos fácticos como ataque “al mundo de los bienes (*auf die Güterwelt*)”» (cursiva en el original). Sobre el asunto, BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 4ª ed., 1922, pp. 338, 353 ss.

la teoría de la norma y la teoría de la pena obliga a reservar la primera para el análisis del delito y de sus categorías (como se dijo al inicio, la norma se revela como la «esencia» del delito). Por eso, frente a la propuesta de entender «funcionalmente» al injusto a partir de la finalidad de la pena²⁰⁰, se ha propuesto aquí comprender «funcionalmente» al injusto a partir de la norma.

En la categoría dogmática del injusto es la dimensión distributiva de la norma primaria la que despliega sus efectos, mientras que, en la culpabilidad, es la dimensión prescriptiva la que encuentra su posición correcta. Por tanto, a diferencia de lo sostenido por la doctrina dominante, injusto no es antinormatividad, sino que la antinormatividad (o contrariedad a la norma) se encuentra en la culpabilidad²⁰¹, la que constituye el momento definitivo de la responsabilidad jurídico-penal (pues en esta sede se busca justificar, frente al individuo, la imposición de la pena)²⁰². Si el injusto queda despojado de la antinormatividad, entonces ha de ser interpretado desde la perspectiva –frecuentemente pasada por alto– de la mencionada dimensión distributiva de la norma primaria²⁰³. Esa dimensión, proyectada sobre el injusto, permite interpretar a esta categoría como aquella en la que se analiza la «compatibilización» entre esferas de libertad, las que recurren al derecho subjetivo (y a sus correspondientes funciones de utilización y exclusión) para relacionarse entre ellas.

El fin de protección de bienes jurídicos o, en términos más usuales, la llamada «pretensión preventiva» asignada a la norma primaria se produce entonces, desde la perspectiva aquí propuesta, no solo mediante la imposición de deberes, sino también mediante la asignación de derechos (los aquí denominados «derechos de intervención»: el «derecho a lesionar» y el «derecho a actuar»). La norma primaria es tanto directiva de conducta (para el destinatario de esa norma) como fuente de orientación contrafáctica (fuente de derechos) en el caso concreto (dentro del perímetro normativo de la específica situación). La asignación de un derecho subjetivo (de un «derecho a lesionar», en el caso de la legítima defensa, o de un «derecho a actuar», en el caso del estado de necesidad defensivo) permite la consideración de una conducta típica como «permitida», por lo que la afectación de los bienes jurídicos del agresor (en la legítima defensa) o del generador de la fuente de peligro (en el estado de necesidad defensivo) deja de tener relevancia jurídico-general o jurídico-penal, respectivamente²⁰⁴. En todo caso, tanto el derecho a lesionar como el derecho a actuar son expresiones de la función de exclusión (a terceros) del derecho subjetivo, orientada a la protección de bienes jurídicos. Mediante la asignación de un derecho de intromisión (cuyo ejercicio o no queda ya a discreción del beneficiado), el Derecho penal mantiene su «pretensión preventiva» aunque la norma, en el caso concreto, haya fracasado: se protege al ciudadano frente a la arbitrariedad de otro ciudadano.

²⁰⁰ ROXIN, *InDret*, (4), 2012, p. 19.

²⁰¹ Ya se dijo que una propuesta parecida la realiza MIR PUIG, al incluir la contrariedad a la norma como primer ámbito dentro de su concepto de imputación personal. Sobre los alcances de la evolución del pensamiento de MIR PUIG, véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (2), 1998, pp. 381 ss.

²⁰² Ubicada en la culpabilidad, la idea de la infracción de la norma encuentra un escenario en el que puede ser coherentemente interpretada con el principio «*ultra posse nemo obligatur*».

²⁰³ Al respecto, RENZIOWSKI, «Normentheorie und Strafrechtsdogmatik», *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, (104), 2005, pp. 125 ss.

²⁰⁴ Sobre las consecuencias de la consideración de la legítima defensa y del estado de necesidad defensivo como causa de justificación del resultado y como causa de justificación solo de la acción, respectivamente, LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal*, 3ª ed., 2016, nm. 21/17 ss.

6. Bibliografía

ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, Atelier, Barcelona, 2003.

ALONSO ÁLAMO, «La culpabilidad jurídica en cabeza propia y el enigma de la libertad de la voluntad», en MARAVER/POZUELO (coords.), *La culpabilidad. I Seminario de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2019, pp. 1-48.

AST, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik. Eine Systematisierung von Normarten und deren Nutzen für Fragen der Erfolgszurechnung, insbesondere die Abgrenzung des Begehungs- vom Unterlassungsdelikt*, Duncker & Humblot, Berlín, 2010.

BACIGALUPO, «La función del concepto de norma en la dogmática penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, (11), 1986, pp. 61-74.

BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, J. M. Bosch, Barcelona, 1994.

BIERLING, «Die Normen und ihre Uebertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delicts von Karl Binding, Prof. der Rechte in Strassburg. 1. Band, 1. Abtheil. Normen und Strafgesetze, Leipzig, Engelmann 1872», *Göttingische Gelehrte Anzeigen*, 1873, pp. 401-419.

BINDER, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, Deichert, Leipzig, 1912.

BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, t. I, 4ª ed., Felix Meiner, Leipzig, 1922.

——— «Der objektive Verbrechenstatbestand in seiner rechtlichen Bedeutung. Studie für das fünftige Strafgesetzbuch», *Der Gerichtssaal*, (76), 1910, pp. 1-86.

——— *Handbuch des Strafrechts*, t. I, Duncker & Humblot, Leipzig, 1885.

CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, t. II, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1998.

COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Atelier, Barcelona, 2016.

CUELLO CONTRERAS, «Fundamentos para un sistema lógico-funcional del Derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (8-1), 2006, pp. 1-18.

——— *El Derecho Penal Español. Parte General*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2002.

DE LA FUENTE HULAUD, *¿Qué prohíben las normas de comportamiento? Una reflexión sobre las normas de conducta de los delitos resultativos. A la vez, un comentario crítico a la teoría analítica de la imputación*, Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Bogotá, 2019.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Un sistema de Derecho penal en evolución», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (2), 1998 pp. 381-438.

ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, Ediciones Guadarrama, Madrid, 1967.

ENGLÄNDER, «Norm und Sanktion – Kritische Anmerkungen zum Sanktionsmodell der Norm», *Rechtswissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung*, 2013, pp. 193-207.

FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, t. I, 1ª ed., Henningschen Buchhandlung, Erfurt, 1799.

FUNKE, «Karl Bindings Normentheorie im Lichte der zeitgenössischen Diskussion», en KUBICIEL/LÖHNIG/PAWLIK/STUCKENBERG/WOHLERS (eds.), *Eine gewaltige Erscheinung des positiven Rechts. Karl Bindings Normen- und Strafrechtstheorie*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2020, pp. 11-36.

FREUND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 2ª ed., Springer, Berlín, 2009.

——— *Erfolgsdelikt und Unterlassen: zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Carl Heymann, Colonia, 1992.

FREUND/ROSTALSKI, «Warum Normentheorie? Zur selbständigen Bedeutung vorstrafrechtlich legitimer Verhaltensnormen, auch und gerade im strafrechtlichen Kontext», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2020, pp. 617-633.

——— *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 3ª ed., Springer, Colonia, 2019.

——— «Normkonkretisierung und Normbefolgung. Zu den Entstehungsbedingungen kontext- und adressatenspezifischer Ver- und Gebote sowie von konkreten Sanktionsanordnungen», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2018, pp. 264-273.

FRISCH, «Bindings Bedeutung für die heutige Strafrechtswissenschaft», en KUBICIEL/LÖHNIG/PAWLIK/STUCKENBERG/WOHLERS (eds.), *Eine gewaltige Erscheinung des positiven Rechts. Karl Bindings Normen- und Strafrechtstheorie*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2020, pp. 411-439.

——— *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

——— *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C. F. Müller, Heidelberg, 1988.

——— *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Carl Heymann, Colonia, 1983.

FRISTER, «Die Notwehr im System der Notrechte», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1988, pp. 291-316.

GOLDSCHMIDT, «Normativer Schuldbegriff», en HEGLER (ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 16. August 1930*, t. I, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1930, pp. 428-467.

——— «Der Notstand, ein Schuldproblem. Mit Rücksicht auf die Strafgesetzentwürfe Deutschlands, Österreichs und der Schweiz», *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht*, (4), 1913, pp. 129-196.

GRECO, «Wider die jüngere Relativierung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2009, pp. 636-650.

GÜNTHER, H. L., «Die Genese eines Straftatbestandes», *Juristische Schulung*, (1), 1978, pp. 8-14.

——— *Strafrechtswidrigkeit und strafunrechtsausschluss: Studien zur Rechtswidrigkeit als straftatmerkmal und zur funktion der rechtsfertigungsgründ im Strafrecht*, Carl Heymanns, Colonia, 1983.

HAAS, «La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental», *InDret*, (1), 2016.

——— «Die strafrechtliche Lehre von der objektiven Zurechnung - eine Grundsatzkritik», en KAUFMANN/RENIKOWSKI (eds.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Peter Lang, Fráncfort del Meno, 2004, pp. 193-224.

——— *Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*, Duncker & Humblot, Berlín, 2002.

HERZBERG, «Straftat und Verhaltensnormverstoß», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2016, pp. 737-755.

HIRSCH, *Das Verbrechen als Rechtsverletzung. Subjektive Rechte im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín, 2021.

HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts*, t. I, Gustav Fischer, Jena, 1903.

HOYER, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann. Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns Normentheorie*, Duncker & Humblot, Berlín, 1997.

HRUSCHKA, «Reglas de comportamiento y reglas de imputación», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1994, pp. 343-356.

——— *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2ª ed., Berlín, Walter de Gruyter, 1988.

HÖRNLE, *Straftheorien*, 2ª ed., Mohr Siebeck, Tübinga, 2017.

JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno, 2012.

——— «Bindings Normen und die Gesellschaft», en DA COSTA ANDRADE/JOÃO ANTUNES/AIRES DE SOUSA (dirs.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, t. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 387-400.

——— *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 3ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 2008.

——— *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 27-50.

——— *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997.

——— *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.

——— «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipien», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (107), 1995, pp. 843-876.

——— *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1991.

JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Comares, Granada, 2002.

——— *Lehrbruch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1996.

KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, Depalma, Buenos Aires, 1977.

——— *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normenlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Schwartz, Gotinga, 1954.

KAUFMANN, Arthur, *Analogía y «naturaleza de la cosa». Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, Editorial Jurídica del Chile, Santiago de Chile, 1976.

KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2ª ed., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1923.

KINDHÄUSER, «Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1994.

——— *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno, 1989.

KORIATH, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1994.

KOTSOGLOU, «Master of Puppets? Normentheorie – Strafrechtsdogmatik – Normbefolgung», en SCHNEIDER/WAGNER (eds.), *Normentheorie und Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2018, pp. 35-58.

KUBICIEL, «Bindings Normentheorie und die Strafrechtswissenschaft der Gegenwart», en KUBICIEL/LÖHNIG/PAWLIK/STUCKENBERG/WOHLERS (eds.), *Eine gewaltige Erscheinung des positiven Rechts. Karl Bindings Normen- und Strafrechtstheorie*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2020, pp. 331-347.

LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalität*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1996.

LESCH, *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*, Heymanns, Colonia, 1999.

LIPPOLD, *Reine Rechtslehre und Strafrechtsdoktrin. Zur Theorienstruktur in der Rechtswissenschaft am Beispiel der Allgemeinen Strafrechtslehre*, Springer, Viena, 1989.

LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

——— «Alcance y función del Derecho penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, pp. 5-53.

MAÑALICH, «Norma e imputación como categorías del hecho punible», *Revista de Estudios de la Justicia*, (12), 2010, pp. 169-190.

MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung. Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2009.

MARTINS, «Kritik an Binding», en KUBICIEL/LÖHNIG/PAWLIK/STUCKENBERG/WOHLERS (eds.), *Eine gewaltige Erscheinung des positiven Rechts. Karl Bindings Normen- und Strafrechtstheorie*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2020, pp. 387-409.

MAYER, M. E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Keip, Fráncfort del Meno, 1903.

MERKEL, Adolf, «Über Bindings Handbuch des Strafrechts, 1. Band», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (6), 1886, pp. 496-521.

——— *Kriminalistische Abhandlungen. Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen*, t. I, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1867.

MEZGER, «Die subjektiven Unrechtselemente», *Der Gerichtssaal*, (89), 1924, pp. 207-314.

MIR PUIG, «Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal», en GARCÍA VALDÉS et al. (coords.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 1307-1328.

——— «Valoraciones, normas y antijuridicidad penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (6-2), 2004, 1-19.

——— *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Reppertor, Barcelona, 1996.

——— *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1976.

MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad: una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

——— *Antijuridicidad y sistema del delito*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001.

NOWAKOWSKI, «Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (63), 1951, pp. 287-331.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto de Derecho penal*, Sección de Publicaciones de la Universidad de Madrid, Madrid, 1981.

OEHLER, «Der materielle Gehalt der strafrechtlichen Rechts- und Pflichtnormen», en SAUER, (ed.), *Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag am 24. Juni 1949*, Walter de Gruyter, Berlin, 1949, pp. 262-278.

PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2012.

PEUKERT, *Güterzuordnung als Rechtsprinzip*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2008.

RENZIKOWSKI, «Der Gegenstand der Norm», en BOROWSKI/PAULSON/SIECKMANN (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2017, pp. 631-644.

——— «Pflichten und Rechte - Rechtsverhältnis und Zurechnung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2007, pp. 561-578.

——— «Normentheorie und Strafrechtsdogmatik», *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, (104), 2005, pp.115-137.

————— *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteligung*, Mohr Siebeck, Tübinga, 1997.

————— *Notstand und Notwehr*, Duncker & Humblot, Berlín, 1994.

ROBLES PLANAS, «Normas de conducta», *InDret*, (1), 2019, pp. 1-13.

————— «Norma y delito en Binding, Armin Kaufmann y Mir Puig», en SILVA SÁNCHEZ, *et al.* (eds.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 829-842.

————— «La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas sobre la teoría de la imputación del resultado», en FRISCH, *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, Atelier, Barcelona, 2015, pp. 41-126.

————— «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos», en LUZÓN PEÑA (dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, 2010, La ley, Madrid, pp. 445-474.

RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1977.

ROSTALSKI, «Karl Bindings Einfluss auf die Strafrechtswissenschaft», en KUBICIEL/LÖHNIG/PAWLIK/STUCKENBERG/WOHLERS (eds.), *Eine gewaltige Erscheinung des positiven Rechts. Karl Bindings Normen- und Strafrechtstheorie*, Mohr Siebeck, Tübinga, pp. 349-372.

————— «Zur objektiven Unmöglichkeit schuldlosen Verhaltensunrechts im Strafrecht», en: SCHNEIDER/WAGNER (eds.), *Normentheorie und Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2018, pp. 105-118.

————— «Normentheorie und Fahrlässigkeit. Zur Fahrlässigkeit als Grundform des Verhaltensnormverstoßes», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2016, pp. 73-89.

ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2020.

ROXIN, «El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania», *InDret*, (4), 2012, pp. 1-24.

SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2008.

SCHLADITZ, *Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung. Sicherer Fundament oder Achillesferse?*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2021.

SCHMIDHÄUSER, «Die Begründung der Notwehr», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1991, pp. 97-139.

————— «Über die Wertstruktur der Notwehr», en BARTH (ed.), *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag. 3. Januar 1970*, Schwartz, Gotinga, 1970, pp. 185-200.

SCHNEIDER/WAGNER, «Vorwort», en LA MISMA/EL MISMO (eds.), *Normentheorie und Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2018, pp. 5-7.

SCHÜNEMANN, «La función de la delimitación de injusto y culpabilidad», en SCHÜNEMANN/FIGUEIREDO DIAS (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1995, pp. 205-245.

SILVA SÁNCHEZ, «¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?», *InDret*, (3), 2014, pp. 1-20.

——— *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2010.

——— *Normas y acciones en Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003.

THON, *Rechtsnorm und Subjektives Recht*, Hermann Böhlau, Weimar, 1878.

TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitzusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Duncker & Humblot, Berlín, 1992.

TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, pp. 33-48.

VARELA, *Dolo y error. Una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2016.

VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlín, 1993.

VON BAR, «Die Normen und ihre Übertretung», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, (15), 1873, pp. 560-578.

VON LISZT, «Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche. Ein kritischer Beitrag zur juristischen Methodenlehre», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (6), 1886, pp. 663-698.

VON LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1932.

WACH, «Die Normen und ihre Uebertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts von Dr. Karl Binding», *Der Gerichtssaal*, (25), 1873, pp. 432-463.

WALTER, *Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2006.

WELZEL, *Derecho Penal alemán. Parte General*, 11ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.

WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1969.

——— «Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre», *Juristische Schulung*, 1966, pp. 421-425.

WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Duncker & Humblot, Berlín, 1981.