

LA FUNCIÓN DEL CONCEPTO DE NORMA EN LA DOGMÁTICA PENAL

ENRIQUE BACIGALUPO *

I

El sistema de la teoría del delito presupone que éste es, ante todo, la infracción de una norma. La obra con la que puede considerarse que comienza el desarrollo de la teoría moderna del delito, se titula, precisamente, *Las normas y su infracción*, y fue publicada por Karl Binding por vez primera en 1872¹. En el desarrollo posterior a Binding de la dogmática del delito puede observarse la existencia de una clara correlación entre la formulación de nuevos sistemas y la redefinición del concepto de norma. Por lo tanto, es posible suponer que al concepto de norma se le asigna el carácter de un punto de partida para la construcción del sistema.

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

* Catedrático de Derecho Penal. Magistrado del Tribunal Supremo de España.

¹ *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 1.^ª ed., 1872, 4.^ª ed., 1922.

II

En la dogmática penal los sistemas conocidos se apoyan, por lo menos, en dos conceptos de norma diversos. La discusión en torno a ellos es, además, una discusión que implica distintos puntos de vista sobre la norma y sobre el concepto de derecho en general. Sin embargo, es preciso tener presente que es posible distinguir dos momentos en que la dogmática penal opera con el concepto de norma y en cada momento la finalidad perseguida por este concepto difiere de la que es propia del otro. El concepto de norma tiene importancia, en primer lugar, en la selección del material normativo que compone la base del sistema. Aquí se trata de delimitar qué normas jurídicas del ordenamiento total importan al jurista de derecho penal. Este concepto de norma tiene una estructura más compleja que el utilizado como base del sistema de la teoría del delito. Para la selección de la base del sistema normativo del derecho penal la norma debe contener una referencia a la consecuencia jurídica propia del derecho penal: sólo interesan al jurista del derecho penal aquellas normas cuya infracción determina la aplicación de una pena o, bajo ciertas circunstancias, de una medida de seguridad.

La definición del derecho penal como un conjunto de normas cuya infracción determina para el autor una pena, hace uso implícito de este concepto de norma, que no es sino una concreción en el ámbito penal del concepto de norma de la teoría general del derecho que define a ésta como un juicio hipotético. Por el contrario, los conceptos de norma de la teoría del delito —en sus formulaciones actuales— no hacen referencia alguna a la consecuencia jurídica originada en la infracción de la norma. Presuponen que, incluso en relación a la motivación del autor, la amenaza de una pena no tiene una función relevante².

En el presente trabajo nos importa exclusivamente el concepto de norma de la teoría del delito. Es decir, el que sirve de fundamento a la construcción del sistema del delito como una acción típica, antijurídica y culpable. La consta-

² Conf. Bacigalupo, en "Cuadernos de Pol. Crim.", n.º 6-1978, p. 3 y ss.; ver también Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2.ª ed., 1982, p. 44 y 60.

tación, realizada al comienzo, de que las transformaciones del sistema de la teoría del delito, por ejemplo, las que se expresan en la disputa en torno al sistema finalista y al sistema causalista, se refiere exclusivamente al concepto de norma de la teoría del delito. La afirmación de que en la dogmática penal se opera con dos conceptos diversos de norma se refiere también a este aspecto de la cuestión.

El primero de los conceptos de norma en que se afirma que debe basarse la teoría del delito proviene de la conocida teoría de los imperativos y considera que la norma tiene la forma de una orden a la que se debe obediencia, sin tomar en consideración para nada la consecuencia jurídica prevista para el incumplimiento del deber de obediencia surgido de la norma³. "Yo extraigo el siguiente resultado —dicha Binding⁴—: la pauta de acción obligatoria, infringida por el delincuente, es la prohibición o el mandato de acción como tal, sin ninguna referencia del agente a la consecuencia jurídica que se conecta a la acción como su condición. Este mandato lo encontramos en lo esencial mediante la transformación de la primera parte de una proposición del derecho penal en una orden: no obrar como en ella se expresa o bien obrar como allí se lo exige. A esta orden legal yo la designo como norma. La norma precede conceptualmente a la ley penal, pues ésta amenaza la infracción de la norma con una pena o la declara impune"⁵.

La norma, entonces, se concreta en prohibiciones (de hacer algo) o en mandatos (que exigen hacer algo): en otras palabras, órdenes prohibitivas u órdenes imperativas. Por ejemplo: "¡No debes matar!" o bien "¡Debes prestar ayuda al necesitado!". La infracción a estas normas genera el derecho del Estado a sancionar con una pena al autor de la infracción. La ley penal, sin embargo, establece no sólo qué infracciones el Estado se obliga a sancionar⁶, sino —aunque sólo sea a veces— también qué otras circunstancias pueden condicionar excepcionalmente el derecho penal subjetivo

³ Cfr. sin embargo, Heide von Perneck, *Die Rechtsordnung*, t. 1, 1903, p. 188 y siguientes.

⁴ *Die Normen*, 4ª ed., 1922, p. 45.

⁵ Norma y ley penal son para Binding objetos diversos: "El delincuente cumple el supuesto de hecho de la ley, por tanto, no lesiona la ley penal en forma alguna", *Normen*, t. 1, p. 4.

⁶ *Binding, Normen*, t. 1, p. 18 y siguientes.

del Estado⁷. Por ejemplo, la norma que dice: "No debes entregar un cheque sin tener provisión de fondos en el banco" se infringe con la acción de entregar un cheque sin provisión suficiente de fondos; sin embargo, el hecho sólo es punible si el cheque no ha sido pagado dentro de un plazo de cinco días de presentado al cobro (art. 563 bis, b, CP)⁸. La falta de pago dentro de los cinco días condiciona el derecho penal subjetivo del Estado de sancionar la infracción de la norma. La teoría del derecho penal puede distinguir, en consecuencia, entre: a) las condiciones de la infracción a la norma = delito y, b) las condiciones especiales del ejercicio del derecho del Estado a sancionar la infracción de la norma = condiciones de la punibilidad (en sentido estricto)⁹.

... Tanto la norma como el derecho penal del Estado se conciben como una "regla con excepciones"¹⁰ y como un derecho con excepciones, respectivamente. Por lo tanto, la teoría del delito puede distinguir entre la exclusión de la pena por la intervención de una excepción de la norma (fundamento de justificación) o por la incapacidad del autor de comprender el deber surgido de la norma (inculpabilidad), o bien exclusión de la pena por la concurrencia de una excepción del derecho penal del Estado (excusa absolutoria, p.ej., el art. 564, CP, que declara impunes a los cónyuges que cometieron hurto, defraudación, etc., contra el otro cónyuge).

La norma tiene por destinatarios a cada uno de los ciudadanos. Ello significa que el que no conoce la norma no puede transgredirla¹¹: La conciencia de la antijuridicidad es un elemento fundamental del delito, pues de ella depende la capacidad de comportarse de acuerdo con la exigencia de la norma (capacidad de acción)¹². Para esta teoría la dis-

⁷ Binding, *Normen*, t. I, p. 232 y siguientes.

⁸ Así la teoría dominante; cfr. por todos Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. VII, 1970, p. 70 y ss.; ver también TS, 19/2/75.

⁹ Binding, *Normen*, t. I, p. 97.

¹⁰ Binding, *Normen*, t. I, p. 127 y siguientes. Otro punto de vista: Held von Ferneck, loc. cit.; Kohlrausch, *Irren und Schuldbegriff im Strafrecht*, 1903, p. 68.

¹¹ Binding, *Normen*, t. II, p. 147.

¹² Binding, *Normen*, t. II, p. 132 y ss. y 140 y siguientes. "La norma sólo puede obligar a las personas que son capaces de cumplir con sus exigencias o de lesionarlas" (Binding, *Normen*, t. I, p. 99) y "la capacidad de autodeterminación (libertad) se considera el presupuesto indispensable de la capacidad de acción en sentido jurídico" (Binding, *Normen*, t. II, p. 14). Por lo tanto para Binding "la posibilidad de obedecer y consecuen-

tinción de ilícito y culpabilidad, en el sentido actual, no es posible ni necesaria¹². La idea de ilicitud se caracteriza por la oposición de la voluntad (individual) del autor y la voluntad (general) del legislador o del Estado¹³.

La ley penal, a diferencia de la norma no tiene por destinatarios a los ciudadanos individualmente, sino al Estado mismo (otros prefieren decir al juez o a las autoridades de ejecución penal, etcétera)¹⁴. Ello significa que el conocimiento de la ley penal no condiciona su aplicación al que infringió una norma: el error sobre los presupuestos de una excusa absolutoria o sobre una condición "objetiva" de punibilidad no excluye la responsabilidad penal.

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

a) Sólo puede hablarse de ilicitud en un sentido subjetivo, es decir, el acto ilícito presupone el conocimiento del autor de la infracción¹⁵.

b) Sólo puede ser obligado por la norma su destinatario, es decir, quien la norma pueda comprender, o en otras palabras, el capaz de acción.

c) Sólo una acción y no su resultado puede ser objeto de una norma¹⁶. "El resultado —dicta Hold von Ferneck¹⁷— le es al derecho, en realidad, indiferente".

d) Ilícito y culpabilidad son inseparables, pues la norma no se dirige a los incapaces de culpabilidad¹⁸.

Con estos puntos de partida puede construirse un sistema que no tendría dificultad alguna en la realización del programa de un derecho penal fundamentado en el principio "no hay pena sin culpabilidad" y que, además, sólo se

mente el deber individual de obediencia surge del conocimiento de la proposición jurídica que fundamenta el deber" (Normen, t. II, p. 345). Ver en el mismo sentido Hold von Ferneck, loc. cit., p. 138.

¹² Otro punto de vista en Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1934, p. 145.

¹³ Hold von Ferneck, loc. cit., p. 309 y siguientes.

¹⁴ Cf. Binding, *Normen*, t. I, p. 7 y siguientes.

¹⁵ Cf. Hold von Ferneck, loc. cit., p. 177.

¹⁶ Cf. Hold von Ferneck, loc. cit., p. 307; Kohausch, loc. cit., p. 52.

¹⁷ Hold von Ferneck, p. 307.

¹⁸ Cf. Merkel, *Kriminalistische Abhandlungen*, 1867, p. 43 y ss.; críticamente Then, *Rechtsworn und subjektives Recht*, 1878, p. 77.

ocupa de sujetos capaces de culpabilidad, pues no prevé ninguna consecuencia jurídica (penal) para los no culpables²⁰.

Pero, la concepción de lo ilícito, orientada en primera línea a la infracción culpable de la norma y sólo secundariamente al resultado de la acción culpable, entrará rápidamente en contradicción con una concepción del derecho penal que prevea consecuencias jurídicas que no presupongan culpabilidad. Las medidas de seguridad, como es sabido, requieren que el autor haya infringido el orden jurídico aunque no haya sido culpable. Un derecho penal de estas características debe invertir las relaciones entre la voluntad y el resultado de la voluntad y tender por lo tanto a poner en primera línea a este último.

III

La concepción de la norma de la teoría de los imperativos se manifestó, por lo tanto, como inadecuada para servir de base a la teoría del delito cuando se cuestionó la libertad del destinatario de la norma para decidir sobre el cumplimiento de la orden o sobre su transgresión. El derecho penal debía entenderse de otra manera: la tarea principal del derecho penal es la de garantizar un determinado estado de cosas. "La pena está al servicio de la protección de bienes jurídicos"²¹. Y además: "La historia del derecho penal es la historia de los intereses de la humanidad declarados bienes jurídicos"²². La pena necesaria ya no será la que retribuya mal por mal (libremente) causado. La pena necesaria será la que permita defender a la sociedad de la lesión de sus bienes jurídicos y si este postulado quiere cumplirse acabadamente es preciso dirigir la pena al autor y no al hecho: "No se pena el concepto, sino el autor", decía von Liszt²³. Más que al hecho (libremente) ejecutado de la teoría de los imperativos, debe dirigirse la atención al autor determinado a su ejecución. La protección de bienes jurídicos requiere que se aplique una sanción tanto al que pudo comprender

²⁰ Cfr. Then, loc. cit., p. 82 y ss. y sobre todo p. 84.

²¹ Von Liszt, *Strafrechtliche Vorlesung und Aufsätze*, t. I, 1905, p. 149.

²² Von Liszt, loc. cit., p. 149.

²³ Von Liszt, loc. cit., p. 175.

como al que no lo pudo, si con ello se protegen intereses sociales fundamentales.

En este derecho penal, la norma no puede tener la forma de una orden. Carece de importancia el aspecto imperativo de las normas penales; lo que importa es la significación del hecho para la sociedad. La norma se identifica, entonces, con un juicio de valor. "La antijuridicidad contiene un juicio de disvalor sobre el hecho y la culpabilidad un juicio de divalor" decía von Liszt²⁴. Antijurídica era la lesión de un bien jurídico y culpable el autor que exterioriza una personalidad asocial.

Sin embargo, este punto de vista sólo se impuso en parte. Precisamente porque también la teoría de la pena en la que se apoyaba sólo se impuso parcialmente. La vinculación de la pena con la idea de culpabilidad se flexibilizó, pero no se eliminó. Las llamadas teorías de la unión exigen un concepto de norma que permitiera mantener el concepto clásico de culpabilidad. El derecho penal requería una norma que contemplara la actitud de rebeldía del autor con respecto al orden jurídico. En otras palabras, se requería una norma de determinación o de motivación. El resultado fue un concepto de norma que sintetizaba en sí el juicio de valor y el imperativo. Este nuevo concepto de norma fue expuesto por Eb. Schmidt²⁵ y por Mezger²⁶. La norma tendría por lo tanto dos momentos: sería una "norma objetiva de valoración" y a la vez, pero en dirección al autor, una "norma subjetiva de motivación". La primera tiene relevancia en el momento de la ilicitud; la segunda en el momento de la culpabilidad. "El derecho no es imaginable sólo como 'norma de motivación' —decía Mezger²⁷— sin el derecho como 'norma de valoración'; el derecho como norma de valoración es un presupuesto lógico absoluto del derecho como norma de motivación". La norma de valoración podría definirse como "un deber impersonal"²⁸, o sea como un juicio de valor sobre el hecho y no sobre la persona del autor.

²⁴ Von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 16/17 ed., 1908, p. 116; en el mismo sentido von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, t. 2, 1930, p. 187.

²⁵ En von Liszt-Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, t. 1, 38 ed., 1932, p. 174 y siguientes.

²⁶ *Gerichtsmat* 89 (1924), p. 89 y siguientes.

²⁷ *Loc. cit.*, p. 240-241.

²⁸ Mezger, *loc. cit.*, p. 245; ver también al respecto, von Liszt-Schmidt, *loc. cit.*, p. 175.

Este nuevo punto de vista sobre la norma permitía:

a) Concebir la ilicitud en un sentido objetivo, como un hecho contra un "orden objetivo de vida"²⁸ y sin tener en cuenta al autor.

b) Eliminar el problema del destinatario de la norma y poder considerar al incapaz de comprenderla como autor de un ilícito (aunque no sea culpable).

c) Admitir como objeto de la norma (de valoración) no sólo acciones sino también estados y situaciones: tanto los comportamientos del capaz de acción o de culpabilidad, como los de un incapaz de acción o de culpabilidad²⁹.

d) Distinguir entre lo ilícito y la culpabilidad, de tal manera que no hay dificultad en aplicar una consecuencia del derecho penal a un no culpable. La culpabilidad se construye como la infracción de la norma subjetiva de motivación o de la norma de deber³⁰, que en nada se diferenciaban de los imperativos.

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

Esta teoría —sostenida todavía por algunos autores—³¹ enfrentó dos problemas:

Lo primero que se cuestionó es que el objeto de valoración puede ser tanto el resultado exterior como la actitud subjetiva del autor. Esto permitiría también que la norma asumiera ambas funciones respecto del comportamiento exterior³². Si así fuera, el elemento subjetivo del delito en su totalidad podía ser objeto de valoración y, por lo tanto, de lo ilícito³³. Esta supuesta contradicción no parece ser decisiva.

²⁸ Meger, loc. cit., p. 342.

²⁹ Cfr. Meger, Lehrbuch, 2ª ed., 1948, p. 164; con variantes pero similar en los resultados: von Liszt-Schmidt, loc. cit., p. 175; ver también Fischer, *Die Rechtsstrafbarkeit*, 1911, p. 33.

³⁰ Cfr. Meger, loc. cit., nota 24, p. 245 y Lehrbuch, p. 166; Goldschmidt, en *Oesterr. Z. f. StrR*, t. IV, 1913, p. 129 y ss. (148 y ss.) y en *Festschr. für Frank*, t. I, 1930, p. 438 y siguientes.

³¹ Cfr. Bieri, *Strafrecht*, t. I (AT), 16ª ed., 1975, p. 88; Bockelmann, *Strafrecht*, AT, 2ª ed., 1975, p. 36 y ss.; Samson, *SK StGB*, 2ª ed., 1977, nota previa al § 32, nº 3.

³² Cfr. Goldschmidt, *Festschr. für Frank*, t. I, 1930, p. 437.

³³ Goldschmidt, *Festschr. für Frank*, t. I, 1930, p. 437.

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

Más importante —sobre todo por sus consecuencias— es la segunda objeción que se dirigió a esta teoría de la norma, fundada en la incompatibilidad del concepto de ilícito que surge de ella con las nuevas concepciones sobre la realidad en el marco de las ciencias del espíritu²⁶. Con la norma de valoración, como se dijo, lo ilícito quedaba reducido a la lesión causalmente producida de un bien jurídico. Las nuevas corrientes de pensamiento, sin embargo, exigían que lo ilícito del derecho penal reflejara la diferencia que se supone existe entre la realidad de las ciencias naturales y la realidad de las ciencias sociales. Brevemente: entre lo humano y lo natural. En consecuencia, el objeto de valoración de una norma no debería ser un resultado causado por un movimiento corporal. Ello no se diferenciaba en nada de la realidad de las ciencias naturales. El objeto de una norma debía ser únicamente una acción “en su significado (jurídico) para la comunidad”²⁷. Sólo sobre esta base sería posible un concepto “personal de lo ilícito”. Un resultado podía ser objeto de un juicio de valor pero no de una norma. En este sentido afirmaba Welzel²⁸: “El resultado causado (lesión del bien jurídico) y despojado de la persona de su autor no agota lo ilícito; la acción es antijurídica sólo como la obra de un determinado autor: qué fin ha dado éste al hecho objetivo, de qué actitud ha partido, qué deberes le incumbían, todo ello determina en forma decisiva lo ilícito del hecho junto a la lesión del bien jurídico”.

IV

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

²⁶ Cf. Welzel, *ZStW* 58 (1929), p. 491 y siguientes. El ideal de una ciencia del espíritu (a la que pertenecería también el derecho) que se refiriera al grupo de ciencias que tienen por denominador común “determinar lo humano y delimitarlo con respecto a las ciencias naturales” (Dörfler, *Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften*, ed. de Suhrkamp Verlag, con introducción de Manfred Riedel, 1979, p. 91) ejerció una considerable influencia en la ciencia del derecho de aquella época.

²⁷ Welzel, *loc. cit.*, según *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1979, p. 125.

²⁸ *Contr.* Welzel, *Das neue Bild des Strafrechtssystem*, 4ª ed. 1961, p. 29.

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

El "finalismo" y el "causalismo" fueron dos corrientes de pensamiento que concibieron la norma de una manera diversa: mientras los causalistas siguieron la teoría de la norma de valoración y la norma de determinación, los finalistas reclaman un retorno a la teoría de los imperativos²⁸.

El punto de partida de la teoría finalista respecto de la norma es el siguiente: "Las normas jurídicas, es decir, las prohibiciones y los mandatos del derecho —dice Welzel—²⁹ no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino sólo a acciones que permitan una configuración del futuro dirigida finalmente". El retorno a la teoría de los imperativos para fundamentar en ella la teoría de lo injusto personal no deja de ser problemático. Ante todo porque el nuevo sistema de derecho penal no quiere renunciar al dualismo de penas y medidas de seguridad y necesita, por lo tanto, un concepto de ilícito personal común para la aplicación de penas y medidas de seguridad. En otras palabras: se trata de fundamentar la distinción entre ilícito y culpabilidad en el marco de una teoría de la norma que, en su momento, fue abandonada por su incapacidad para responder a esta exigencia.

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

a) El primer paso fue llevado a cabo por Welzel. Este autor razonó fundamentalmente desde el objeto de la norma, es decir desde la acción hacia la norma. En esta dirección se pierden, lamentablemente, cuestiones teórico-normativas que son de singular importancia, como, por ejemplo, la cuestión del efecto obligatorio de la norma. Al menos en su primera época, Welzel parece haber entendido resolver su problema referente a lo ilícito y a la culpabilidad mediante

²⁸ Cfr. Armin Kaufmann, loc. cit., nota 12.

²⁹ Welzel, *Lehrbuch*, 11ª ed., 1969, p. 37.

distinciones en el plano del objeto de la norma, es decir en el plano de la acción.

Para Welzel el contenido de lo ilícito en sentido personal está dado por la dirección voluntaria de la acción a un fin determinado. Lo que diferencia, entonces, un acontecimiento natural del acto de una persona es que este último importa una actividad final: "La voluntad —dice Welzel⁴⁰— no es únicamente un factor modificador de la realidad, sino —y sobre todo— un factor configurador consciente de ella". En consecuencia, la dirección final de la acción, es decir, la "ejecución de la decisión de acción"⁴¹, debe constituirse en elemento esencial de lo ilícito. La consecuencia práctica inmediata de este punto de vista es que el dolo en tanto conocimiento y voluntad de la realización del supuesto de hecho del tipo penal, se convierte en un elemento del tipo de injusto de los delitos dolosos y no debe incluirse entre los elementos de la culpabilidad. Por otra parte en los delitos culposos la infracción del deber de cuidado constituirá el elemento esencial de lo ilícito.

Pero la ejecución de la decisión presupone la toma de la decisión y ésta "se apoya en representaciones valorativas"⁴². "Yo obro —dice Welzel⁴³— porque considero valiosa la realización de lo que quiero. De esta manera alcanzamos el momento de la acción que ya ha sido previamente (o por lo menos al mismo tiempo) decidido, o sea la decisión (de valor) positiva en favor de la acción. Esta parte de la acción queremos designarla como la parte 'emocional' de la acción, ya que se refiere a la decisión según el valor. En ella reside el objeto del reproche de culpabilidad. El momento de la culpabilidad se refiere a la decisión de la voluntad en favor del valor más bajo (disvalor) contra el valor más alto. O, dicho con un giro estrictamente jurídico: el reproche de culpabilidad se refiere a la decisión valorativa en favor de la acción ilícita ejecutada sobre la base de esta decisión".

La consecuencia práctica inmediata de esta separación del ámbito de la acción del aspecto emocional, en otras palabras, de la motivación y decisión, es la pertenencia de la

⁴⁰ Welzel, *Abhandlungen*, cit., p. 129.

⁴¹ Welzel, *Abhandlungen*, p. 130.

⁴² Welzel, *Abhandlungen*, p. 130.

⁴³ Welzel, *Abhandlungen*, p. 130 y siguientes.

conciencia (potencial) de la antijuridicidad a la culpabilidad.

Para quienes el dolo presuponia la capacidad de comprender la ilegitimidad y de dirigir la acción de acuerdo con esa comprensión (capacidad de culpabilidad = imputabilidad), este punto de vista resultaba chocante: ¿cómo podría actuar dolosamente un enfermo mental? Pero si con la expresión dolo sólo se hace referencia a la determinación del fin, a la elección de los medios adecuados para realizarlo y a su utilización para alcanzar el fin propuesto, se comprenderá que "también el enfermo mental puede ejecutar acciones dolosas absolutamente perfectas"⁴⁴.

Las distinciones que Welzel propone sobre la acción, de tal manera que la ejecución sea objeto de lo ilícito y la toma de decisión de obrar contra el derecho sea objeto de la culpabilidad, no ofrece en principio ninguna dificultad.

Si Welzel hubiera aceptado la teoría de la norma de la teoría causal de acción su construcción estaría terminada aquí. Pero Welzel había partido de la teoría de los imperativos y esta teoría exige resolver el problema del efecto obligante de la norma.

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

La respuesta requiere retomar al problema del destinatario de la norma: su presencia es imprescindible si lo que se pretende es un "deber personal". Los teóricos imperativistas nunca se pusieron totalmente de acuerdo en este punto⁴⁵. Pero con respecto al derecho penal dominó la idea de que el efecto obligante de la norma se derivaba de su conocimiento y comprensión por parte del destinatario. La capacidad de culpabilidad y la conciencia de la antijuridicidad deberían ser, por consiguiente, elementos ineludibles de lo ilícito⁴⁶. Sin embargo, bajo estas condiciones la dis-

⁴⁴ Welzel, *Abhandlungen*, p. 131.

⁴⁵ Cfr. Then, *loc. cit.*, nota 18.

⁴⁶ Cfr. Kohlrausch, *loc. cit.*, nota 9, p. 45.

lincción entre antijuridicidad y culpabilidad deja de ser posible.

Para posibilitar la distinción entre ilícito y culpabilidad Armin Kaufmann propone reconsiderar las soluciones clásicas del problema del destinatario de la norma.

En primer lugar: "todos son destinatarios de todas las normas"; "como forma de pensamiento la norma es abstracta, no está vinculada a personas individuales ni a actos concretos"⁴⁷.

En segundo lugar: "deber jurídico" y "obligación" sólo significan "que una persona o algo equivalente en este sentido a una persona (persona jurídica, patrimonio de afectación = Sondervermögen) es elemento de una relación distributiva de tal manera que el 'obligado' dentro de esta relación 'tiene que realizar una prestación', es decir, que la distribución dispone que bienes referidos a él pasen (en parte) a otro miembro"⁴⁸.

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

Para resolver el problema del efecto obligante sobre estas bases, Kaufmann propone distinguir entre los destinatarios de la norma y aquellos con relación a los cuales la norma se concreta en deber. Si se trata de una norma general (que no requiere para su infracción un sujeto con calificaciones especiales: p.ej., un funcionario público) la norma se concretará en deber "sólo en relación a un capaz de acción"⁴⁹. Terminológicamente no hay diferencia alguna con Binding: también para él sólo podía ser obligado por la nor-

⁴⁷ Armin Kaufmann, loc. cit., nota 13, p. 125. Similar es también el punto de vista de Jakobs, *Studien zum fuhrerlosigen Erfolgsdelikt*, 1972, según el cual la norma debe entenderse como "afirmación objetiva de corrección o falsedad" de un comportamiento. Para Jakobs "la norma jurídica carece de destinatario de la misma manera que cualquier otra afirmación de corrección" (p. 8). Frente a este concepto cabe apuntar que una afirmación de corrección carente de destinatario no impone necesariamente un concepto personal de lo injusto ni tiene que referirse necesariamente a acciones finales. En otras palabras, así concebida la norma no se diferencia sustancialmente de la "norma objetiva de valoración".

⁴⁸ Loc. cit., p. 126.

⁴⁹ Armin Kaufmann, loc. cit., p. 125.

⁵⁰ Armin Kaufmann, loc. cit., p. 131.

ma un capaz de acción. Pero la "capacidad de acción" en la que piensa Armin Kaufmann no es la misma que la pensada por Binding. Para éste se trataba fundamentalmente del conocimiento del deber; sólo sería capaz de cumplir con el deber quien tenía conocimiento de él. Armin Kaufmann cree, por el contrario, que capaz de acción "sólo es aquel que bajo circunstancias concretas y en un determinado momento puede ejecutar una acción determinada"³¹. La clave está en estas últimas expresiones: "ejecutar una acción determinada". Partiendo del concepto de acción de Welzel esta capacidad no se deriva del conocimiento del deber (o de la posibilidad de conocer el deber), sino de la capacidad del autor para proponerse un fin, elegir los medios para alcanzarlo y de ejecutar los actos que conducen a éste³².

Dos críticas caben al planteo de Armin Kaufmann:

1) Una primera crítica es extra sistemática. Si bien norma y deber son conceptos que dan lugar a definiciones nominales lo cierto es que si se le reconoce a la norma el carácter de un imperativo, no es un buen método redefinir íntegramente los conceptos que se derivan de esta concepción de la norma para convertirla en un juicio de valor o en una "norma de decisión" sin destinatario y que "obliga" a sujetos que no pueden comprenderla. La lógica interna de la teoría de los imperativos no permite estas redefiniciones sin que ello implique un cambio de paradigma teórico. En otras palabras cabe preguntarse si estas redefiniciones, sumamente trabajosas, eran necesarias para alcanzar el resultado que la teoría de la "doble función" (norma de valoración y norma de motivación) permitía alcanzar por un camino mucho más corto³³.

2) La segunda crítica tiene carácter intra sistemático. Armin Kaufmann sostiene que las proposiciones permisivas (*Erlaubnissätze*), es decir en la terminología particular

³¹ *Loc. cit.*, p. 135.

³² *Cfr. Lampe, Das personale Unrecht*, 1987, p. 78 y siguientes.

³³ La distinción de un juicio primario de valor, referido al resultado lesivo del bien jurídico, y otro secundario sobre el acto, sobre los que se basaría el sistema normativo y que recientemente propone Zielinski, *Handlungs und Erfolgsanzwert im Unrechtsbegriff*, 1973, p. 121 y ss. (especialmente 123 y 125) no es sino el desarrollo de lo que estaba ya implícito en el concepto de Armin Kaufmann y pone de manifiesto de una manera indudable el total paralelismo entre el concepto de éste y la concepción de la norma como una "doble función".

de la teoría del delito, los fundamentos o causas de justificación, "impiden la concreción de la norma en deber"²⁴. En otras palabras: el autor de una muerte de otro en defensa necesaria no tenía el deber de respetar la norma "no matar", pues la norma no se habría concretado a su respecto en deber como consecuencia de la permisón. Pero a continuación Kaufmann establece la relación que a su juicio existe entre la norma y la proposición permisiva y afirma que ella se expresa en "el primado lógico (no también temporal) del juicio de valor que yace en la norma frente a la justificación". Y agrega: "Sólo un acto defensivo que haya cumplido los elementos de la materia de la prohibición es objeto de la justificación. Ya de aquí se deduce que la falta de justificación no puede ser presupuesto de la adecuación típica (*Tatbestandsmäßigkeit*)"²⁵. En otras palabras: se afirma una "primacía lógica de la tipicidad frente a la antijuridicidad"²⁶, lo que quiere decir que sin lesión de una norma no cabe hablar de la justificación. Es decir: la teoría de los elementos negativos del tipo (Merkel, Frank) es falsa por su deficiente base teórico-normativa.

Pero, ¿cómo es posible que la lesión de la norma (de la prohibición o del mandato) sea presupuesto lógico de la justificación si la justificación impide que la norma se haya concretado en deber? Dicho de otra manera: ¿cómo puede lesionarse una norma que no se ha concretado en deber, sin infringir el deber que surge de ella? Ninguna de las dos respuestas posibles favorecen la posición de Armin Kaufmann. O bien la norma puede lesionarse sin concretarse en deber, en cuyo caso no se diferencia en nada de un mero juicio de valor y su objeto no tiene que limitarse necesariamente a una acción (con lo que caería uno de los argumentos más fuertes del finalismo contra el causalismo); o bien la norma sólo se lesiona si se concreta en deber y entonces la definición de la función de las permisiones de Kaufmann es falsa, o sea la no justificación es presupuesto de la lesión de la norma (o dicho en el lenguaje de la dogmática penal los argumentos de Kaufmann contra la teoría de los elementos negativos del tipo no serían decisivos). Si se tiene en cuenta que uno de los principales objetivos de Armin Kaufmann es dar una base teórico-normativa a la llamada teoría

²⁴ *Loc. cit.*, p. 269.

²⁵ Armin Kaufmann, *loc. cit.*, p. 255.

²⁶ Armin Kaufmann, *loc. cit.*, p. 255.

de la culpabilidad en materia de conciencia de la antijuridicidad, se comprenderá que el peso de esta crítica es decisivo.

V

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

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

En efecto, la estructura del sistema dogmático actual parece no depender del concepto de norma al que hace referencia. El punto de partida del sistema dogmático del delito estaría en la distinción entre ilícito y culpabilidad en forma primaria y en la determinación, luego, de qué aspectos del hecho deben considerarse en el ámbito de lo ilícito y qué otros aspectos son relevantes en la culpabilidad. La distribución de los presupuestos de las consecuencias jurídicas del derecho penal no parece estar determinada por el concepto de norma sino por otras razones. Hoy se discute si la distinción entre acción (final) y motivación es adecuada al concepto personal de lo ilícito y si un concepto de esta naturaleza no debería incluir ya entre los elementos de lo ilícito la conciencia de la antijuridicidad²⁷, y no limitarse a la inserción del dolo de hecho en lo ilícito personal²⁸. Se discute si lo ilícito debe agotarse en el disvalor de acción o

²⁷ Cfr. Lampe, loc. cit., p. 252 y ss.; Roxin, *Strafrechtliche Grundprobleme*, 1973, p. 83; Otto, en *ZStW* 87 (1975), p. 539 y ss. (574); Mir Puig, loc. cit., p. 74 y ss.; Quintero Olivares, *Introducción al derecho penal* (PGJ, 1981), p. 120.

²⁸ Como lo hacen los finalistas que hoy podríamos llamar clásicos: cfr. Stratenwerth, *Strafrecht*, 3ª ed., t. I, 1981, n.º 236 y siguientes.

si el disvalor del resultado debe tenerse en cuenta para la gravedad de lo ilícito²⁴. La solución de estos problemas no dependen del concepto de norma y pueden resolverse en cualquiera de los sentidos posibles sin necesidad de recurrir a un concepto de norma. En verdad todas estas decisiones son previas al concepto de norma.

Ciertamente —debe reconocerse— que el concepto de norma tuvo una significación considerable en la adecuación de las teorías del derecho penal a la idea básica de las ciencias del espíritu. Pero, esa adecuación, que implicaba ante todo una decisión en favor de la concepción personal de lo ilícito, podría haberse llevado a cabo también dentro del marco de la teoría de la norma en aquel momento dominante. Inclusive hubiera podido realizarse con menores dificultades sin modificar la teoría de la norma: la norma de valoración podía limitar su objeto sin ninguna dificultad a las acciones finales²⁵.

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

²⁴ Cf. Armin Kaufmann, en *ZStW* 80 (1968), p. 24 y ss.; en *Festgabe für Welzel*, 1974, p. 403 y ss.; Horn, *Konkrete Gefährdungsdoktrine*, 1973, p. 74 y ss.; Lüderssen, en *ZStW* 83 (1973), p. 282-292; Ziehlinski, *Handlung und Erfolgsquantum im Unrechtheitsbegriff*, 1973; Suárez Montes, en *Festgabe für Welzel*, 1974, p. 382; Mir Puig, loc. cit., p. 83 y ss.; con reservas Barcialupo, *Temas de derecho penal*, México, ed. de la Procuraduría de Justicia, 1975, p. 15 y ss.; Otto, *Grundkurs*, p. 144; *ZStW* 87 (1975), p. 544 y ss.; Schmidhäuser, *Strafrecht*, 2ª ed., 1975, p. 219-220; Gallas, *Festgabe für Roedelmann*, p. 155 y ss.; Stratenwerth, en *Festgabe für Schoffeleers*, 1975, p. 178.

²⁵ Ésta es en realidad la solución que recientemente propone Gallas, *Festgabe für Roedelmann*, p. 182, al afirmar que en la medida en que es posible distinguir un resultado diferenciado de la acción, en la ley penal puede entenderse que se alejan "dos normas de valoración —relacionadas reciprocamente— que se corresponden con el dualismo autor-lesionado, y que una como norma de comportamiento desaprueba la ejecución de la acción que amenaza al lesionado, mientras la otra como norma de protección desaprueba a su vez la lesión de la integridad garantizada al lesionado". La diferencia entre el punto de vista de Gallas y el de Ziehlinski, ver nota 83, es en lo que se refiere a la teoría de la norma, puramente terminológico. La cuestión de si el disvalor resultante del "juicio primario de valor" (Ziehlinski) o de la infracción de la "norma de protección" (Gallas, en otras palabras: el disvalor del resultado, forma parte de lo ilícito o no, depende de consideraciones totalmente ajenas a la norma misma, cada impide reunir ambos disvalores en lo ilícito o en reservar esta designación sólo al disvalor de acción; al parecer una u otra posición depende de una decisión respecto del tratamiento otorgado necesariamente o sólo (facultativamente) que se estime más adecuado lo justo para la tentativa.