

¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?

A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad

Jesús-María Silva Sánchez

Universitat Pompeu Fabra

*Abstract**

Tanto la autonomía sistemática como la capacidad de rendimiento axiológico del concepto de injusto que maneja la doctrina mayoritaria ha sido puesto en entredicho. El presente artículo trata de mostrar que el concepto de injusto no culpable no solo puede seguir desempeñando una función didáctica, sino también una función axiológica. Para ello, sin embargo, debe renunciarse a su unidad de contenido para la totalidad de las instituciones del sistema del Derecho penal. La presente contribución se ocupa en especial del contenido del concepto de injusto en el marco de la teoría de las medidas de seguridad y sus consecuencias.

Sowohl die systematische Autonomie als auch die axiologische Leistungsfähigkeit des herrschenden Unrechtsbegriffs sind in Frage gestellt worden. Der Aufsatz versucht zu zeigen, dass der schuldlose Unrechtsbegriff eine nicht nur didaktische, sondern auch axiologische Rolle immer noch spielen kann. Aber es soll auf die Einheitlichkeit seines Inhalts für die Gesamtheit der Institutionen des Strafrechtssystems verzichtet werden. Der Beitrag behandelt insbesondere den Inhalt des Unrechtsbegriffs innerhalb der Lehre der Maßregeln der Besserung und Sicherung und seine Folgen.

Both the systematic autonomy as well as the axiological productivity of the prevailing concept of wrongful act have been brought into question. The purpose of this essay is to show that the culpability-free concept of wrongful act has not only a didactic role, but also an axiological one. However, the unity of its content with regards to the whole of the institutions within the criminal law system must be put away. The essay deals especially with the content of the concept of wrongful act within the doctrine of security measures and its consequences.

Titel: Abschied von einem einheitlichen Unrechtsbegriff innerhalb des Strafrechtssystems? Zugleich ein kleiner Beitrag zur Lehre der Massregeln der Besserung und Sicherung.

Title: A farewell to a unitary concept of wrongful act within the theory of crime? Too, a brief contribution to the theory of security measures.

Palabras clave: concepto de injusto, teoría de las normas, medidas de seguridad e injusto de policía.

Stichworte: Unrechtsbegriff, Normentheorie, Maßnahmen der Besserung und Sicherung, Polizeiunrecht.

Keywords: Concept of wrongful act, theory of norms, security measures, administrative offence.

Sumario

1. Introducción

2. El trasfondo de la teoría de las normas y los diversos conceptos de injusto

3. Déficits de imputación condicionados por anomalías mentales

4. ¿Constituye el injusto del hecho desencadenante de la imposición de medidas de seguridad únicamente un injusto de policía?

5. Bibliografía

* Versión ligeramente modificada del trabajo publicado originalmente en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (11), 2013 bajo el título «Abschied von einem einheitlichen Unrechtsbegriff innerhalb des Strafrechtssystems? Zugleich ein kleiner Beitrag zur Lehre der Massregeln der Besserung und Sicherung».

1. Introducción

1. Según la doctrina dominante, la distinción fundamental de la teoría del delito es la que tiene lugar entre injusto y culpabilidad.¹ Se señala que el concepto de injusto es unitario para todos los hechos que dan lugar a la imposición de consecuencias jurídico-penales; y que ello garantiza, por lo demás, la propia unidad sistemática de la teoría del delito.² Así pues, lo común sería el injusto, mientras que lo diverso vendría dado por la culpabilidad.³ Se subraya que un injusto culpable da lugar, si concurren todos los demás requisitos, a la imposición de pena. En cambio, un injusto no culpable puede constituir una agresión ilegítima a los efectos de la legítima defensa. Asimismo, el injusto no culpable de un autor resulta suficiente en términos de accesoriidad cualitativa para fundamentar la sanción de un partícipe en el hecho. Igualmente, la realización de un injusto no culpable conlleva la imposición de una medida de seguridad si lo comete un sujeto peligroso. Incluso, puestos a considerar criterios escolares relativos a la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, se había señalado que un injusto no culpable permitía la apreciación de una responsabilidad civil derivada de delito. Ahora bien ¿cuál es el injusto no culpable? En realidad, una vez superado el concepto neoclásico del injusto, básicamente objetivo-social,⁴ la doctrina dominante acogió la aportación welzeliana del *injusto personal*⁵ integrándola en un concepto dualista de injusto.⁶ Por tanto, el criterio rector del concepto dominante de injusto continúa siendo la dañosidad o lesividad social,⁷ aunque en lo relativo a las cuestiones concretas pueda observarse en él una mezcla de elementos objetivo-sociales y subjetivo-individuales difícil de describir y aún más de desentrañar.⁸ Algunos aspectos de la doctrinas del comportamiento típico y de la imputación objetiva del resultado lo ponen de relieve con relativa claridad.

¹ LENCKNER/EISELE, *S/S*, 28ª ed., 2010, Previo a los §§ 13 y ss., nm. 8, 17: distinguiendo entre contradicción con el ordenamiento jurídico y reprochabilidad personal; SCHÜNEMANN, «Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld» en SCHÜNEMANN (ed.), *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, 1995, pp. 149 y ss., 166, 169 y ss., distinguiendo entre dañosidad social cualificada y capacidad de seguimiento de la norma, aunque admitiendo que resultan inevitables algunas intersecciones. En la manualística, por todos, ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 7 E, nm. 64 y ss.: dañosidad social inaceptable y responsabilidad. La terminología se retrotrae a HEGLER, «Die Merkmale des Verbrechens», *ZStW*, (36), 1915, pp. 19 y ss., 28 y ss., 184 y ss., dañosidad social y reprochabilidad.

² STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, v. I, 5ª ed., 2004, § 1, nm. 46, § 7, nm. 23.

³ Que debe entenderse como “capacidad de seguimiento de la norma” o bien “poder actuar de otro modo” del autor: SCHÜNEMANN en SCHÜNEMANN (ed.), *Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, 1995, p. 166.

⁴ A pesar de que prácticamente siempre se integró como elemento del juicio de injusto el que el curso causal tuviera su origen en una *actio humana*. Lo que significa que incluso el concepto de injusto causalista tenía ya una limitada referencia a un *agente*.

⁵ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 62: “el injusto es injusto de la acción referido al autor, injusto ‘personal’ de la acción”. La razón básica de la dominante acogida de la doctrina del injusto personal, con la consiguiente integración del dolo natural y la imprudencia en el tipo de injusto, no fue –como es sabido– la aceptación del denominado finalismo, sino la apreciación –progresivamente inherente a la propia evolución del neokantismo– de que el sentido social de la acción no podía determinarse prescindiendo del dolo o imprudencia del agente.

⁶ Por todos LENCKNER/EISELE, *S/S*, 28ª ed., 2010, Previo a los §§ 13 y ss., nm. 8, 21, 52 f.; WALTER, *LK*, 12ª ed., 2007, Previo a los §§ 13 y ss., nm. 26.

⁷ SCHÜNEMANN en SCHÜNEMANN (ed.), *Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, 1995, p. 166: “La norma de prohibición como base del injusto jurídico penal debe abarcar todos los presupuestos de la dañosidad social (...)”. Sobre ello, críticamente KINDHÄUSER, «Der subjektive Tatbestand im Verbrechensaufbau – Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung», *GA*, 2007, p. 448.

⁸ Intentos de alcanzar claridad sistemática son, por ejemplo, los de WOLTER, «Strafwürdigkeit und

2. A mi juicio, el concepto dominante de injusto es, así, *bastante personal*; pues requiere la concurrencia, entre otros, de los elementos de consciencia, voluntad y dolo natural (esto es, de acción y tipicidad subjetiva). Sin embargo, no es *completamente personal*; pues quedan fuera de él elementos que comúnmente se consideran presupuestos de la culpabilidad (o imputación *plenamente personal*).⁹ Creo que, precisamente por ello, tampoco puede afirmarse que abarque “*todos los presupuestos de la dañosidad social*”;¹⁰ expresado de otro modo, que sea capaz de aprehender la totalidad del contenido de sentido (social) del comportamiento. Así, SCHÜNEMANN reconoce, a mi juicio con razón, “que el hecho de actuar con conocimiento actual de la antijuridicidad puede concebirse absolutamente como una intensificación de la dañosidad social”.¹¹ Y, según la propia lógica de esta afirmación –que, entre otras cosas, apela *volens nolens* a una dimensión valorativa de (todos) los elementos de imputación–, esa misma intensificación de la dañosidad social debería reconocerse asimismo a propósito del actuar de sujetos imputables (con respecto al actuar de inimputables).¹² Esto significa, por expresarlo de otro modo, que la dañosidad social o lesividad del hecho de un joven y la del hecho de un adulto son distintas; por tanto, no es sólo que haya una diferencia entre ambos en cuanto a la culpabilidad, sino que también la propia cantidad de injusto es diversa en uno y otro caso. Dicho en forma paradójica: la concurrencia o no de culpabilidad afecta, por lo menos, a la medida del injusto: el injusto no culpable es *menos injusto* que el injusto culpable. Más adelante se volverá sobre este punto.

3. Según la doctrina dominante, el concepto de injusto *personal* en los términos en que éste se ha definido constituye, asimismo, el presupuesto de la imposición de medidas de seguridad a los inimputables.¹³ Sin embargo, ello no es siempre correcto, como se puede ver con (relativa) facilidad. Es verdad que, en el marco general de la teoría del delito, el fenómeno *empírico* de la

Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem» en WOLTER (ed.), *140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht: eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz*, 1993, pp. 269 y ss., 294 y s.; EL MISMO, «Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem» en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, 1995, pp. 12 y s.

⁹ Cfr. FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 4, nm. 20, que presenta su propuesta como el desarrollo consecuente de la “idea de la doctrina del injusto personal”, concluyendo que “sin culpabilidad no es imaginable un injusto personal de la conducta con suficiente peso.”

¹⁰ En sentido distinto SCHÜNEMANN en SCHÜNEMANN (ed.), *Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, 1995, p. 166.

¹¹ Citando a MIR PUIG, SCHÜNEMANN en SCHÜNEMANN (ed.), *Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, 1995, p. 169: “...porque un enfrentamiento consciente con la norma afecta a la confianza en la norma y al sentimiento de seguridad de la colectividad de forma mucho más grave que una lesión del bien jurídico cometida en error de prohibición vencible”. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que en tal caso no se da una mayor lesión del *bien* jurídico, sino una mayor lesión de la *juridicidad* del bien, así como de otros aspectos *psico-sociales* y *simbólicos* que trascienden a la lesión del bien jurídico y, sin embargo, completan la dimensión global de lesividad de la conducta y la consiguiente infracción de la norma. Según WALTER, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, pp. 84 y s., con referencias a la doctrina dominante, esto constituye –entre otras cosas– una “confesión poco entusiasta” de la unidad indisociable de injusto y culpabilidad.

¹² Si se tiene en cuenta que SCHÜNEMANN en SCHÜNEMANN (ed.), *Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, 1995, p. 169, reconoce asimismo que “observadas desde un punto de vista lógico, la dañosidad social cualificada y la reprochabilidad cualificada no son conceptos clasificatorios que se excluyan recíprocamente, sino conceptos tipológicos (*Typusbegriffe*) que originariamente se solapan”. Ello conduciría a una “elasticidad sistemática”, cuya utilidad podemos aprovechar –a su juicio– sin preocupación alguna. De otra opinión GRECO, «Wider die jüngere Relativierung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld», *GA*, 2009, p. 642, que piensa que “el hecho de un autor inculpaible en principio puede ser tan socialmente dañoso como el de un autor culpable”.

¹³ SCHÜNEMANN en SCHÜNEMANN (ed.), *Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, 1995, p. 169: “También las medidas frente a inimputables se canalizan a través de la dañosidad social cualificada como factor desencadenante (...)”; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, v. I, 5ª ed., 2004, § 1, nm. 46, § 7, nm. 23; ROXIN, *AT*, v. I, 4ª ed., 2006, § 7 E, nm. 67.

tradicionalmente denominada enajenación mental se examina, por lo común, dentro del nivel sistemático de la culpabilidad –y, concretamente, de la imputabilidad–. No obstante, hace mucho tiempo que se ha advertido que las alteraciones o anomalías psíquicas pueden tener relevancia normativa ya en niveles sistemáticos anteriores a la culpabilidad.¹⁴ Ello se debe a que las anomalías psíquicas constituyen déficits en la imputación del hecho como obra de un agente. Y los distintos niveles de imputación están situados –para la doctrina dominante– de modo transversal a la sistemática del delito: hay un nivel de imputación que atraviesa el concepto de acción, un nivel de imputación en la tipicidad subjetiva, y niveles de imputación subsiguientes en el conocimiento de la antijuridicidad y en la imputabilidad. Por eso, las anomalías psíquicas pueden tener una relevancia normativa diversa: pueden dar lugar a ausencia de acción, a error de tipo, a error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, a error de prohibición o a inimputabilidad.¹⁵ ¿Es, pues, el concepto dominante de injusto, que requiere la concurrencia de los elementos de acción y dolo natural, el que da contenido al hecho desencadenante –hecho antijurídico– de la imposición de una medida de seguridad? ¿Qué sucede entonces cuando la propia enfermedad mental del sujeto peligroso causa, por ejemplo, un error que excluye el dolo? ¿Y qué ocurre cuando la enfermedad mental causa un estado de ausencia de acción?

4. Hay razones para afirmar que el concepto dominante de injusto –que integra la noción welzeliana de injusto personal– no puede constituir el concepto común de injusto jurídico-penalmente relevante.¹⁶ Por un lado porque, si se trata del injusto merecedor de pena, el concepto dominante parece *demasiado poco personal* y es incluso discutido que pueda reconocérsele autonomía conceptual.¹⁷ Por otro lado porque, si se trata del injusto que ha de desencadenar la imposición de medidas de seguridad a inimputables, el concepto dominante es *demasiado personal* y, en consecuencia, constituye un presupuesto excesivo.¹⁸ Ello, por no abundar en otras razones vinculadas a la dogmática de la legítima defensa y de la intervención en el delito que desbordan las posibilidades de este texto. En lo que sigue, me ocuparé sucintamente de la primera cuestión. En cuanto a la segunda cuestión, sostendré que el concepto de injusto penalmente relevante (el

¹⁴ BRUNS, «Zur Problematik rausch-, krankheits oder jugendbedingter Willensmängel des schuldunfähigen Täters im Straf-, Sicherungs- und Schadensersatzrecht (§§ 330b, 42b StGB, 829 BGB)», *JZ*, 1964, pp. 473 y ss., 475; AGUDELO BETANCUR, *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpatibilidad*, 1982, pp. 79 y ss.; MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., 1982, p. 97, n. 133; JOSHI JUBERT, *ADPCP*, 1989, pp. 125 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, «¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva?» en EL MISMO, *Normas y acciones en Derecho penal*, 2003, pp. 99 y ss.

¹⁵ Dejo aquí al margen los casos de error inverso: tentativa (inidónea) o bien ausencia de del elemento subjetivo de justificación.

¹⁶ Esta imposible unicidad del concepto de injusto ya la había admitido, por lo demás, el propio WELZEL, «Studien zum System des Strafrechts (1939)» en EL MISMO, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, p. 134. Si al estado clásico de la discusión le añadimos nuevos elementos como el “injusto” a efectos de comiso, o el “injusto” en los casos de responsabilidad “penal” de las personas jurídicas, la conclusión se hace todavía mucho más evidente.

¹⁷ Ampliamente sobre la crítica moderna PAWLIK, «Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter?» Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht» en DANNECKER (ed.), *Festschrift für Harro Otto: zum 70. Geburtstag*, 2007, pp. 133 y ss.; EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 257 y ss., con más referencias. Ya ROBLES PLANAS, «Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal» en FRISCH/ROBLES, *Desvalorar e imputar*, 2004, pp. 106 y ss.

¹⁸ WALTER, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, pp. 209 y ss.

hecho “previsto como delito” del art. 93 CP español),¹⁹ como presupuesto de la imposición de medidas de seguridad, ha de tener un carácter más *despersonalizado*, para ser adecuado a la teleología de estas consecuencias jurídico-penales.²⁰ A mi juicio, este injusto más despersonalizado continúa manteniendo, sin embargo, un significado jurídico-penal y no es, por tanto, expresión de un mero injusto de policía. Por eso, y no sólo por razones de garantía, entiendo que sigue siendo razonable mantener las medidas de seguridad dentro de un concepto amplio de Derecho penal.²¹

2. El trasfondo de la teoría de las normas y los diversos conceptos de injusto

1. La necesidad de abordar la cuestión mencionada –al tiempo que su dificultad– se hace patente al observar el complejo estado de la discusión acerca de la teoría de las normas en Derecho penal.²² Actualmente la doctrina utiliza, al menos,²³ 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;²⁴ (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*)²⁵; y (iv) un concepto de norma como

¹⁹ El hecho “antijurídico” del § 63 StGB.

²⁰ Sobre el concepto de antijuridicidad en las medidas de seguridad, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 9/10. Asimismo, LESCH, *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999, p. 273, negando la posibilidad de un único concepto “multifuncional” de antijuridicidad.

²¹ En sentido contrario JAKOBS, «Kaschierte Ausnahme: übergesetzlicher entschuldigender Notstand» en AMELUNG (ed.), *Festschrift für Volker Krey: zum 70. Geburtstag*, 2010, p. 214, al afirmar que “el Derecho penal sólo reacciona frente a la culpabilidad, mientras que cabe que otros sectores del sistema jurídico conformen otro concepto de injusto (y también de culpabilidad)”.

²² Parto de que un concepto jurídico-penal de injusto debería tener alguna relación con una determinada concepción previa acerca de la norma, que el injusto –de algún modo– negaría. Pues bien, lo cierto es que el complejo (¿caótico?) estado de la discusión acerca de la teoría de las normas pone precisamente de relieve que existen todos los elementos para la destrucción de cualquier pretensión de mantener un concepto unitario de injusto.

²³ Un muy interesante planteamiento propio es el del “segundo” *Mir Puig*, que distingue entre la *antijuridicidad* (lesión no justificada de la valoración que implica la norma; esto es, lesión o puesta en peligro no justificada de un bien jurídico) y la *imputación personal*. Esta última, por su parte, presupone tanto la infracción de la norma de determinación (que requiere una imputabilidad y un conocimiento de la antijuridicidad mínimos) como la responsabilidad (que desaparece en virtud de las restantes causas de exclusión de la imputabilidad así como de las causas de inexigibilidad): MIR PUIG, *Estado, pena y delito*, 2006, p. 259 y ss.; EL MISMO, «Wertungen, Normen und Strafrechtswidrigkeit», *GA*, 2003, pp. 873 y ss.; EL MISMO, «Über die Normen in Roxins Konzeption des Verbrechens», *GA*, 2006, pp. 334 y ss.; EL MISMO, «Norm, Bewertung und Tatbestandsunwert. Zum Verhältnis von Tatbestand und Norm» en PUTZKE ET AL. (eds.), *Strafrecht zwischen System und Telos: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag*, 2008, pp. 55 y ss..

²⁴ KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 29 y ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 43 y ss.; MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, 2008, pp. 23 y ss., 36 y ss.

²⁵ ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 105 y ss.; véase el desarrollo moderno de esta teoría de las normas, que se distancia del finalismo, en FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 118 y ss., 124 y ss.; EL MISMO, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 33 y ss.; así como en el “primer” MIR PUIG, *Estado, pena y delito*, 2006, pp. 115 y ss.; EL MISMO, «Die „ex ante“- Betrachtung im Strafrecht», en VOGELER (ed.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, v. I, 1985, pp. 337 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 606 y ss.

La dominante doctrina dualista concibe la antijuridicidad como infracción de una norma de valoración y 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.²⁶

2. La antinormatividad en el sentido (i) no presupone ningún elemento de imputación: la produce un mero proceso causal. Por eso, el comportamiento antinormativo no constituye todavía injusto alguno. Los elementos de imputación entran en consideración sólo para decidir sobre los niveles de contrariedad a deber del comportamiento antinormativo.²⁷ Sólo tras tener lugar la imputación de primer nivel el comportamiento deviene injusto. En cuanto a la antinormatividad en el sentido (ii) sí da lugar a un injusto objetivo o bien a un injusto del resultado. Al respecto existen dudas no resueltas acerca de si este injusto presupone una imputación del proceso lesivo a título de acción (*actio humana*) o no. A pesar de las manifestaciones teóricas en el sentido de que el objeto de la norma de valoración podrían ser cualesquiera acontecimientos o fenómenos, lo cierto es que en la práctica del sistema neoclásico su objeto se limitaba a acciones voluntarias. En el caso del concepto (iii), la infracción de la norma de determinación presupone una imputación del hecho a un sujeto capaz de acción, a título de dolo (natural). Finalmente, en el caso del concepto (iv), la infracción de la norma de determinación o infracción del deber presupone una imputación a título de culpabilidad; pues se parte de que sólo en los casos en que el sujeto conoce plenamente la desvaloración jurídica de su conducta y posee asimismo la capacidad motivacional de evitar su realización (todo ello más o menos normativizado, en función de la opinión de cada autor) puede hablarse de plena infracción de un deber.²⁸

infracción de una norma de determinación o norma de conducta: por todos, LENCKNER/EISELE, *S/S*, 28ª ed., 2010, Previo a los §§ 13 y ss., nm. 48.

²⁶ Este era ya el concepto de *norma de deber* en el neokantismo, cuya infracción daba lugar al juicio de culpabilidad. Y éste es el concepto actualmente en ascenso de una norma cuya infracción daría lugar al injusto, que es entendido como unidad de injusto culpable. Distingue entre una “función de valoración” y una “función de determinación” de tal norma de conducta, RENZIKOWSKI, *Matt/Renzikowski*, 2013, Previo al § 13, nm. 10 y ss..

Sobre el concepto de norma jurídico-penal como “expectativa estabilizada de forma contrafáctica” desarrollado por Jakobs y su escuela sobre la base de la sociología de Luhmann, cfr. LESCH, *Der Verbrechenbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999, pp. 188 y ss., quien pone de relieve la relación de ésta con una “norma de deber”. En efecto, esta concepción –que parece haber pasado a un segundo plano en la discusión– tendía a requerir como uno de sus presupuestos la culpabilidad del agente.

²⁷ Sobre las similitudes y diferencias entre este planteamiento y el que distingue entre normas de valoración y normas de determinación, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 58, n. 24 y 25. Sobre la diferencia entre antinormatividad e imputación como contrariedad a deber, VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 27 y ss., 57 y ss.; MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, 2008, pp. 46 y ss.. Sobre este sector ha ejercido asimismo influencia la obra de HRUSCHKA, por ejemplo, «Verhaltensregeln and Zurechnungsregeln», *Rechtstheorie*, (22), 1991, pp. 449 y ss. Al respecto cfr. también SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008.

²⁸ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 257 y ss. con más referencias; ya antes, JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, así como toda su obra hasta la actualidad; LESCH, *Der Verbrechenbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999, pp. 213 y ss.: sólo el sujeto imputable expresa un sentido jurídico-penalmente relevante. También FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 3, nm. 37 y ss., 39, § 4, nm. 12 y ss.; EL MISMO, «Gefahren und Gefährlichkeiten im Straf- und Maßregelrecht. Wider die Einspurigkeit im Denken und Handeln», *GA*, 2010, p. 197, con más referencias: “... injusto de la conducta no culpable constituye una contradictio in adiecto – esto es, algo inconcebible”; RENZIKOWSKI, *Matt/Renzikowski*, 2013, Previo al § 13, nm. 39: “no puede haber una infracción no culpable de una norma de conducta” así como nm. 40: “Sólo a través del juicio de culpabilidad deviene completa la infracción de la norma de conducta”. En España, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 489 y ss., que identifica la antijuridicidad con la infracción de una norma de determinación, lo que sólo podría llevar a cabo un sujeto culpable. Pero en su concepción existe un nivel sistemático previo: la lesividad, como desvalor objetivo(-intersubjetivo) de la conducta. El problema es que si en la lesividad se incluyen tanto el daño intelectual como el simbólico, entonces parece ya preciso considerar en ella una cierta

3. Lo anterior tiene una repercusión evidente en el concepto de injusto. Desde luego, a mi juicio es correcto afirmar que la pregunta acerca del pleno contenido de sentido penalmente relevante (injusto) de un hecho sólo puede ser respondida tras analizar la cuestión de la culpabilidad.²⁹ Por ello, seguramente, debe considerarse que sólo el injusto culpable es injusto en sentido pleno; o, quizá mejor, que sólo aquél da cuenta de la plena medida de éste. En efecto, por un lado, sólo en él puede advertirse el sentido social completo del hecho y, con ello, valorarse su total dimensión de dañosidad social: esto es, más allá de la *dañosidad material* (en el sentido de lesión del bien jurídico), también la exacta medida de aquella dimensión de la dañosidad que tiene que ver tanto con la psique de la víctima como con la psicología social (*daño intelectual* del delito). Además, en segundo lugar, sólo en él se manifiesta el pleno enfrentamiento con la norma entendida en términos directivos³⁰ o, desde una perspectiva distintiva, la plena defraudación de la norma entendida simbólicamente como expectativa normativa de conducta (*daño ideal o simbólico*).³¹ De ahí también que, a lo largo de la historia de la dogmática, se haya entendido mayoritariamente que, si el injusto se entiende como infracción de un deber, entonces éste es indisociable de la culpabilidad.³²

4. Resulta discutible, sin embargo, que esto permita afirmar categóricamente que “no hay injusto sin culpabilidad”,³³ sin incurrir en una *petitio principii* acerca del concepto de injusto: esto es, la de entenderlo como injusto completo a los efectos de imposición de una pena.³⁴ Como es sabido, la teoría del delito se ha desarrollado en el marco de una permanente tensión entre el pensamiento sintético (el ejemplo paradigmático es el de los penalistas hegelianos) y el pensamiento analítico-taxonómico (inherente al modelo de von Liszt, que continúa estando en la base de la doctrina dominante y de buena parte de las alternativas). En el marco de esta tensión, puede afirmarse ciertamente con Hegel que “la verdad es el todo” o, traducido a lo que aquí interesa, que “el delito también constituye sistemáticamente una unidad inseparable”.³⁵ Pero lo importante es determinar si eso priva de todo sentido, en el ámbito de la “comprensión”, a los hechos de un

dimensión de imputación subjetiva.

²⁹ MAYER, H., *Strafrecht AT*, 2ª ed., 1953, p. 101: “Sólo se puede caracterizar una acción como antijurídica cuando presuponemos que también es culpable y viceversa”; sobre la historia dogmática, pp. 102 y s. En todo caso, MAYER (pp. 103 y s.) admite lo fructífero de la diferenciación entre ambos aspectos (hecho y voluntad) si se tiene en cuenta que “sólo esta dualidad dialéctica [...] conforma la totalidad del delito”. Dejando esto al margen, lo que sí es cierto es que existen instituciones de la teoría del delito en las que no se distingue (o no con claridad) entre la dimensión de “juridicidad” y la dimensión de “imputación”.

³⁰ FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 4, nm. 25: en los casos de inimputabilidad y de error de prohibición se excluye el peligro de un daño a la vigencia de la norma.

³¹ LESCH, *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999, pp. 204, 215: “el injusto penal es una comunicación sobre la vigencia de una norma absolutamente concreta”, pero esa comunicación sólo puede provenir de un sujeto (esto es de alguien a quien se ha atribuido la condición de imputable. Lo que significa que la imputabilidad es “idéntica a la capacidad de injusto o bien a la capacidad delictiva”).

³² MEZGER, *Deutsches Strafrecht. Ein Leitfadens*, 1936, p. 45, con amplias referencias a la escuela de Kiel (p. 47).

³³ WALTER, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, p. 84. Críticos, GRECO, *GA*, 2009, pp. 638 y ss.; ROXIN, «Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland», *GA*, 2011, pp. 692 y s.

³⁴ Esta idea se pone de manifiesto cuando se afirma que el injusto lo realiza un ciudadano que “tiene que dejar que se le impute un determinado hecho como lesión de su deber de colaboración con la comunidad jurídica”: PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 280.

³⁵ WALTER, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, p. 84.

inimputable (o, todavía más allá, de quien obra en error invencible de tipo), reduciéndolos al ámbito puramente empírico de la “explicación”. Y si, por lo tanto, la pretensión de la búsqueda de sentido jurídico-penal en el hecho del inculpable (o, todavía más allá, de quien obra en error invencible de tipo) constituye un innecesario, cuando no perturbador, “pensamiento separador”.³⁶

5. La cuestión es, por tanto, si los momentos anteriores, esto es, los conceptos de antinormatividad o bien antijuridicidad no culpables tienen un valor meramente lógico-analítico³⁷ –esto es, didáctico– o, por el contrario, tienen además un valor axiológico o sistemático. Con respecto a esto último es cierto que, a pesar de los esfuerzos de la doctrina dominante³⁸ por mantener el concepto welzeliano de injusto personal como concepto unitario de injusto con valor *sistemático*, la evolución de las diversas instituciones de la teoría del delito (y, en general, del Derecho penal) pone de relieve la dificultad de tal empeño. Así, cada vez resulta más difícil sostener que dicho concepto dominante de injusto, esto es, el de la doctrina del injusto personal, además de constituir –una vez que se le añade el juicio de culpabilidad– el presupuesto de la imposición de la pena al autor, constituya el denominador común de la accesoriedad de la participación,³⁹ la agresión que puede dar lugar a legítima defensa,⁴⁰ el injusto al que se refiere el conocimiento de la antijuridicidad (*Unrechtskenntnis*)⁴¹ y el que es propio del hecho desencadenante de la imposición de medidas de seguridad (infra 3.). Pero también resulta discutible que su conformación sobre la base del dolo natural pueda constituir el eje de una teoría del error en la que cada vez más voces apuntan hacia una reunificación del *dolus malus*.⁴² Por no introducir ahora más cuestiones problemáticas.⁴³

6. Sin embargo, todavía parece posible sostener que cada una de las preguntas parciales –reconocidamente parciales– dentro de la teoría del delito siguen teniendo su propio sentido

³⁶ En contra, incluso en el marco de un Derecho penal de la voluntad, MEZGER, *Deutsches Strafrecht. Ein Leitfadent*, 1936, pp. 45 y s., argumentando desde la perspectiva de la unidad del ordenamiento jurídico.

³⁷ Subraya la distinción lógica entre injusto y culpabilidad KINDHÄUSER, «Der subjektive Tatbestand im Verbrechenbau – zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung», *GA*, 2007, p. 456, n. 32, significando –en todo caso– que su construcción es la de un “injusto de la acción relevante para la culpabilidad”, esto es, sin referirse a las medidas de seguridad (p. 457, n. 33).

³⁸ Paradigmático, CORTÉS ROSA, «Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld im Strafrechtssystem», en SCHÜNEMANN (ed.), *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, 1995, pp. 183 y ss.

³⁹ Sobre una accesoriedad al injusto objetivo, cfr. por ejemplo FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 10, nm. 15; en MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 605 y ss., p. 707, la accesoriedad es a la lesividad, como desvalor objetivo(-intersubjetivo) de la conducta; MARTÍNEZ-BUJÁN, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, 2013, pp. 89 y ss., se inclina explícitamente por una accesoriedad cualitativa mínima. En cambio, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 272 y ss., 275, requiere culpabilidad en el hecho del autor como presupuesto de la participación punible.

⁴⁰ Sobre la exigencia de culpabilidad de la agresión en la legítima defensa (a diferencia del estado de necesidad defensivo), FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 3, nm. 98.

⁴¹ Sobre esto, por ejemplo, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 271 y s.

⁴² WALTER, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, pp. 215 y ss.; FAKHOURI, «Vorsatztheorie vs. Schuldtheorie», *GA*, 2010, pp. 259 y ss.; LA MISMA, *Delimitación entre error de tipo y error de prohibición*, 2009.

⁴³ Por ejemplo, la cuestión de las llamadas causas de exclusión del injusto penal: en su día ya GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983; con un concepto distinto KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 329 y ss.

axiológico,⁴⁴ y no solamente lógico o didáctico.⁴⁵ Así, en concreto, dentro de la teoría del delito el juicio de antijuridicidad –tanto si se trata del injusto personal como incluso de un injusto objetivo⁴⁶– pone de relieve que se ha producido una vulneración más o menos grave del orden de asignación de bienes (jurídico-penales).⁴⁷ En otros términos, un desbordamiento de las fronteras existentes entre las esferas de libertad jurídicamente garantizada.⁴⁸ La determinación de si lo acontecido es un riesgo permitido o un hecho justificado o, por el contrario, una injerencia típica y no permitida en una esfera jurídica ajena tiene un sentido axiológico (jurídico y social) que no puede negarse. Ello adquiere todavía una mayor relevancia axiológica si el agente obró con dolo (de nuevo, por la dimensión valorativa que muestran los factores de imputación). De ahí que sea necesario analizarlo separadamente, aunque, a los efectos de la imposición de una pena, ello tenga lugar bajo la presunción de la accesibilidad normativa del agente.⁴⁹

7. En realidad, la relevancia jurídico-penal de ese análisis –al menos provisionalmente– separado la pone de relieve la propia reciente distinción de Pawlik entre una teoría de la competencia (*Zuständigkeitslehre*) y una teoría de la imputación (*Zurechnungslehre*) como los dos pilares fundamentales de la teoría general del delito.⁵⁰ Esta distinción, en efecto, le permite incluso introducir el concepto de “infracción de la competencia” (*Zuständigkeitswidrigkeit*) y definirla como un “actuar de modo distinto a como habría correspondido *objetivamente* a la distribución de competencias en la situación de referencia”.⁵¹ A continuación, a la infracción de la competencia se le añade la imputación para configurar el injusto penalmente relevante del ciudadano (*das strafrechtlich relevante Unrecht des Bürgers*). De ello se deriva, en fin, que el injusto del ciudadano se defina como un “comportamiento infractor de la competencia de modo imputable” (*zurechenbar-*

⁴⁴ En sentido contrario, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 265 y s.: “el ‘injusto personal’ en el sentido de Welzel no es (...) más que el comportamiento defectuoso de un ser natural dotado de competencia técnica”; también pp. 293 y ss.

⁴⁵ RENZIKOWSKI, *Matt/Renzikowski*, 2013, Previo al § 13, nm. 40. Sobre el sentido social del juicio acerca de la existencia de “acción” y su posterior valoración cfr., WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, pp. 124 y s., 132 y s. Una autonomía meramente pragmática o didáctica le atribuye al concepto de un injusto no culpable PAWLIK en DANNECKER (ed.), *FS-Otto*, 2007, pp. 134 y ss., 137; crítico GRECO, *GA*, 2009, p.640.

⁴⁶ En la terminología de MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 647 y ss., lesividad o desvalor objetivo (intersubjetivo) del hecho.

⁴⁷ RENZIKOWSKI, *Matt/Renzikowski*, 2013, Previo al § 13, nm. 40. Al respecto, debe presuponerse la concurrencia de un proceso con los caracteres de la acción humana.

⁴⁸ FRISCH, «Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung» en SCHÜNEMANN (ed.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, 2001, pp. 213 y ss., 235 y ss. sobre la llamada “juridicidad” del comportamiento; ROBLES PLANAS en FRISCH/ROBLES, *Desvalorar e imputar*, 2004, pp. 98 y ss.

⁴⁹ No es posible entrar aquí en la muy discutible afirmación de PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 275, que trasciende de lo estrictamente jurídico-penal, según la cual “sobre la base de una antropología que culmina en lo personal-espiritual (...) un actuar con sentido presupone imputabilidad”. Dicha restricción del ámbito del actuar con sentido excluye de él a quienes carecen de la “capacidad de comprensión de contenidos de sentido normativo” (p. 266), limitando su condición antropológica. Si a ello se añade que la imputabilidad (*Schuldfähigkeit*: capacidad de culpabilidad) es el producto de una adscripción normativa, el resultado se hace todavía más incierto.

⁵⁰ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 259.

⁵¹ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 281; cursiva en el original. Identificando un “actuar adecuado a la competencia” con un “ajustarse al papel (de ciudadano)” en p. 298. De nuevo sirviéndose de la expresión “el comportamiento del autor objetivamente contrario a la competencia” en p. 302.

zuständigkeitswidriges Verhalten) (!).⁵² Pero entonces parece posible plantearse una pregunta ingenua: ¿no supone esta construcción una resurrección, dentro del concepto del injusto del ciudadano, de categorías próximas a las clásicas de antijuridicidad objetiva y culpabilidad? ¿Y acaso no tiene un sentido axiológico propio dentro del sistema del Derecho penal la discusión acerca de las esferas de competencia (*Zuständigkeiten*)?⁵³

3. Déficits de imputación condicionados por anomalías mentales

1. Como se ha indicado, la enfermedad mental puede provocar errores de muy diversa entidad.⁵⁴ En lo que aquí interesa, son menos problemáticos los casos en los que el error del enfermo mental deja subsistente el injusto personal de la doctrina dominante tal y como éste ha sido caracterizado más arriba. Así, por ejemplo, los errores sobre los presupuestos de las causas de justificación, los errores de prohibición directos o los errores sobre los presupuestos de las causas de exculpación. Tampoco es objeto de este texto el caso de los errores inversos en los que la enfermedad mental da lugar a la realización de actos de tentativa, o a la ausencia del elemento subjetivo de justificación.

2. La cuestión es qué sucede cuando la anomalía psíquica excluye el dolo natural típico.⁵⁵ Imaginemos que un sujeto enajenado, víctima de una alucinación producida por su patología, cree golpear a un animal, cuando resulta que se trata de un hombre. En el caso, se produce un error invencible de tipo: por tanto, no concurre el injusto del hecho tal como lo entiende la doctrina dominante. Pero dicha ausencia está directamente relacionada con el estado mental defectuoso padecido por el sujeto (por eso, la doctrina tradicional hablaba a este respecto de errores condicionados por la enfermedad). Una persona mentalmente sana no habría incurrido en él. ¿Procede imponer al sujeto que obra en error de tipo invencible debido a su estado mental una medida de seguridad?⁵⁶

3. La doctrina dominante responde afirmativamente a esta pregunta, si el error ha sido efectivamente condicionado por la enfermedad psíquica y, obviamente, concurre peligrosidad criminal.⁵⁷ Si, en cambio, el error nada tiene que ver con la alteración psíquica, si también un

⁵² PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 281.

⁵³ En las que, obviamente, se integra el debate acerca de las posiciones de garante, así como de las causas de justificación.

⁵⁴ PRAPOLINAT, *Subjektive Anforderungen an eine "rechtswidrige Tat" bei § 63 StGB*, 2004. Una descripción exhaustiva del problema se encuentra en el trabajo de MARTÍNEZ GARAY, «Incidencia de los trastornos mentales en categorías dogmáticas distintas de la imputabilidad» en CARBONELL MATEU (dir.), *La justificación penal: balance y perspectivas*, 2008, pp. 321 y ss.

⁵⁵ O un elemento subjetivo del injusto, en lo que aquí tampoco se entrará.

⁵⁶ Cfr. el análisis del problema en RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 394 y ss.

⁵⁷ SCHÖCH, *LK*, 12ª ed., 2008, § 63, nm. 43 y ss.; STREE/KINZIG, *S/S*, 28ª ed., 2010, § 63, nm. 7; ESCHELBACH, *Matt/Renzikowski*, 2013, § 63, nm. 17; VAN GEMMEREN, *MK*, 2ª ed., 2011, § 63, nm. 13. Véase también JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 17/40; PRAPOLINAT, *Subjektive Anforderungen an eine "rechtswidrige Tat" bei § 63 StGB*, 2004, pp. 28 y ss.. Sobre la doctrina italiana CASTALDO, «Der durch Geisteskrankheit bedingte Irrtum - ein ungelöstes Problem», *ZStW*, (103), 1991, p. 542; DE FRANCESCO, «Il "modello analitico" fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato», *RIDPP*, 1991, pp. 107 y ss., 113. En España, MOLINA FERNÁNDEZ, «Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío

hombre sano habría incurrido en él, no procedería tal imposición de medidas. Una consideración que, evidentemente, tiene que ver con la relación entre el error presente y el pronóstico de comisión en el futuro de nuevos hechos *lesivos de bienes jurídicos* por error (peligrosidad).⁵⁸ El consenso acerca de la necesidad político-criminal de la imposición de tal medida es prácticamente total.⁵⁹

4. Es cierto, sin embargo, que un sector doctrinal critica precisamente el exclusivo fundamento político-criminal de esta propuesta, orientado a la “protección de la sociedad”.⁶⁰ En su contra, advierte la existencia de un obstáculo dogmático insuperable, a saber, que hace imposible afirmar que el presupuesto de las medidas de seguridad es la realización de un hecho antijurídico (en el sentido de la doctrina del injusto personal, esto es, integrando el dolo típico).⁶¹ Asimismo se alude a los problemas de compatibilidad con el texto legal alemán (§ 63, § 11. 4 StGB) que habría de afrontar tal solución.⁶² Sin embargo, la doctrina dominante mantiene su punto de vista, pese a que éste conlleva que el concepto de injusto a los efectos de la imposición de medidas de seguridad tenga un significado distinto (más objetivo) que a los efectos de la imposición de una pena.⁶³ Es decir, a pesar de que supone la ruptura del concepto unitario de injusto.⁶⁴

5. Más allá de lo anterior, las anomalías psíquicas, en la medida en que generen una auténtica situación de inconsciencia, pueden dar lugar incluso a lesiones de bienes jurídicos producidas en situación de incapacidad de acción.⁶⁵ Por ejemplo, en los casos de movimientos de un enfermo epiléptico durante un ataque, o de quien se encuentra en un estado de sonambulismo patológico.⁶⁶ En estos supuestos falta un injusto personal no ya sólo por falta de dolo típico, sino más aún por falta de acción. La cuestión es si, con ocasión de ellos, y existiendo peligrosidad,

para la teoría del delito», *Icade*, (74), 2008, pp. 113 y ss., 137 y ss., a partir de la constatación de la existencia de un hecho objetivamente (intersubjetivamente) lesivo.

⁵⁸ ALTAVILLA, *La condotta anomala nel Diritto civile e nel Diritto penale. I. Normalità e anormalità*, 1960, p. 148; MILITELLO, «El error del inimputable entre exégesis, dogmática y política criminal», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, (3), 1999, pp. 397 y ss., 411.

⁵⁹ Por todos WALTER, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, p. 210, para quien cualquier otra conclusión resultaría improcedente, porque la ausencia de dolo del autor como consecuencia de su patología no hace a éste menos peligroso o menos necesitado de una medida.

⁶⁰ BRUNS, *JZ*, 1964, pp. 478 y s.: la postura contraria sólo puede esgrimir argumentos político-criminales cuestionables, siendo así que, en todo caso, el sujeto podría ser internado en sede administrativa o civil, sin necesidad de imponerle una medida de seguridad jurídico-penal; CASTALDO, *ZStW*, (103), 1991, pp. 543 y ss.

⁶¹ ROEDER, «Das Schuld- und Irrtumsproblem beim Vollrausch» en HOHENLEITNER ET AL. (eds.), *Festschrift für Theodor Rittler zu seinem 80. Geburtstag*, 1957, pp. 235 y ss., 241 y s.; BRUNS, *JZ*, 1964, pp. 478 y s.; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 264; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., § 72, II, 2 a; JOSHI JUBERT, *ADPCP*, 1989, p. 135; CASTALDO, *ZStW*, (103), 1991, pp. 541, 544 y s.; HORN, *SK-STGB*, 8ª ed., 2007, § 63, nm. 3; BÖLLINGER/POLLÄHME, *NK*, 3ª ed., 2010, § 63, nm. 69.

⁶² Crítico, WALTER, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, p. 210 sobre las expresiones “hecho antijurídico” y “supuesto de hecho de una ley penal”. Esta última expresión puede, a su juicio, interpretarse como relativa al “supuesto de hecho externo”.

⁶³ Estableciendo un paralelismo entre las medidas preventivas y los derechos de necesidad, PAWLIK en DANNECKER (ed.), *FS-Otto*, 2007, pp. 149 y s.

⁶⁴ Lo pone de relieve PAWLIK en DANNECKER (ed.), *FS-Otto*, 2007, p. 150; EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 269, n. 76; SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones en Derecho penal*, 2003, pp. 99 y ss.

⁶⁵ BRUNS, *JZ*, 1964, p. 477.

⁶⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. III, 3ª ed., 1965, p. 696.

cabe imponer una medida de seguridad jurídico-penal. Un importante sector doctrinal lo niega, dado que el hecho cometido no posee el carácter de *conducta humana*, presupuesto básico del injusto y, por tanto, de las medidas de seguridad.⁶⁷ Aunque ello podría parecer contradictorio con la posición favorable a la imposición de medidas en casos de error condicionado. Otro sector doctrinal, en cambio, se muestra favorable a su imposición, siempre que la ausencia de acción haya sido determinada por la propia alteración psíquica.⁶⁸

4. *¿Constituye el injusto del hecho desencadenante de la imposición de medidas de seguridad únicamente un injusto de policía?*

1. Los autores que entienden que el § 63 StGB impide imponer medidas de seguridad a aquellos inimputables cuya anomalía psíquica ha dado lugar a un error excluyente del dolo proponen que en estos casos se recurra a las medidas del Derecho de policía o del Derecho civil.⁶⁹ Es decir, que en relación con los inimputables peligrosos habría que optar por un doble régimen jurídico: el régimen de las medidas de seguridad jurídico-penales si cometen un injusto personal; y el régimen de las medidas del Derecho de policía o del Derecho civil, si su anomalía psíquica provoca un error de tipo o, más aún, si provoca un estado de ausencia de acción. Pues en este caso concurriría únicamente un injusto objetivo.

2. Ello determina una coincidencia sólo parcial con una corriente doctrinal en ascenso. A saber, la de quienes entienden que en los casos de error condicionado por una anomalía psíquica debe imponerse ciertamente la medida de seguridad del § 63 StGB. Pero añaden que ello es así porque, en realidad, en el Derecho de medidas de seguridad para inimputables –contemplado de modo general– “no se trata de Derecho penal, sino de otro sector del Derecho público, en particular de Derecho de policía (prevención y defensa frente a peligros)”.⁷⁰ En este último ámbito, lo relevante sería el injusto objetivo. De ahí que la consecuencia jurídica “medida de seguridad” se aplique con independencia de si el autor inimputable (y peligroso) ha cometido, como consecuencia de su patología, un hecho antijurídico doloso, un “hecho antijurídico” en error invencible de tipo o un “hecho antijurídico” en ausencia de acción.

3. Esta última posición se sustenta en manifestaciones de gran fuerza expresiva. Así, por ejemplo, que “las manifestaciones de un enfermo mental significan para el Derecho tanto como el sol y la

⁶⁷ SCHÖCH, *LK*, 12ª ed., 2008, § 63, nm. 42; ESCHELBACH, *Matt/Renzikowski*, 2013, § 63, nm. 13. Ya BRUNS, *JZ*, 1964, p. 477; JOSHI JUBERT, *ADPCP*, 1989, pp. 132 y s.; PRAPOLINAT, *Subjektive Anforderungen an eine “rechtswidrige Tat” bei § 63 StGB*, 2004, p. 22.

⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones en Derecho penal*, 2003, pp. 121 y ss.

⁶⁹ Por todos, HORN, *SK-STGB*, 8ª ed., 2007, § 63, nm. 4. En la doctrina italiana ya GALLI, «L'errore nel fatto de non imputabili ed in quello degli ubriachi o stupefatti», *La Scuola Positiva*, 1949, pp. 34 y ss., 40, 45 a 46. Para los casos de ausencia de acción, por ejemplo, ESCHELBACH, *Matt/Renzikowski*, 2013, § 63, nm. 13.

⁷⁰ MAYER, H., *Strafrecht AT*, 2ª ed., 1953, pp. 36 y ss., 389: una medida así es “un acto de asistencia propio de la policía de dementes, que halla su fundamento jurídico en el estatus del enfermo desde la perspectiva del Derecho de personas”; LESCH, *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999, pp. 225 y s., 271; FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 1, nm. 24: “materialmente Derecho de policía”; EL MISMO, *GA*, 2010, p. 198; WALTER, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, pp. 209 y s.: “Por tanto no se trata de injusto y culpabilidad y sería errado cargar el concepto de hecho antijurídico (del § 63 JMSS) con estos contenidos”; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 268 y ss., 269, n. 76.

lluvia".⁷¹ Se entiende: que aunque el enfermo mental haya lesionado un bien jurídico mediante la realización de una conducta dolosa, su acción no deja de ser un "accidente". Sin embargo, ya antes, incluso en el marco del concepto de injusto sin dolo propio del sistema neokantiano, se había indicado justo lo contrario: a saber, que calificar al presupuesto de las medidas de seguridad como "mero proceso natural, que se encuentra por completo al margen de todas las relaciones humanas" sería tan ajeno a la vida como contradictorio con el sentido de la ley.⁷² En realidad, esto último da cuenta de la idea de que el significado del hecho de un inimputable, por muy inferior que sea su dimensión de sentido con respecto a la del hecho de un imputable, en el caso de que constituya manifestación o síntoma de peligrosidad, también trasciende a esa mera vertiente empírica. ¿Quién tiene razón?

4. Para responder, parece necesario distinguir entre los procesos causales –de un sujeto inimputable– que tienen origen en una acción realizada con dolo natural, los que tienen origen en una acción realizada en error invencible de tipo y los que surgen de un movimiento corporal en ausencia de acción. Desde la perspectiva de la teoría analítica del delito antes referida, en el primer caso resulta difícil negar toda clase de significado jurídico-penal al hecho, reduciéndolo a un mero fenómeno natural. Ello, incluso aunque se admita que también en relación con los fenómenos naturales cabe afirmar la existencia de un desvalor del resultado.⁷³ La antinormatividad ("infracción" de la prohibición de causación) atribuida a un sujeto a título de acción y de dolo da lugar a la denominada imputación a título de injusto (o imputación de primer nivel). En efecto, en la medida en que el fenómeno es evitable, su no evitación se considera lesiva de un deber de actuar.⁷⁴ Y parece claro que esto constituye una unidad de sentido, con independencia de que la plenitud de sentido tenga lugar tras la imputación de segundo nivel o imputación a título de culpabilidad. Es más, determina que el sujeto soporte una cierta medida de responsabilidad por el hecho que realiza el tipo objetivo.⁷⁵ Allí donde hay un elemento de imputación (agencia moral), no puede hablarse de un fenómeno de la naturaleza, sino de un hecho con sentido.

5. Ahora bien, como hemos visto, la enfermedad mental puede producir un error invencible del sujeto acerca del significado social de su conducta. ¿Constituye esa actuación un mero fenómeno natural del que se predica, en el caso de lesión de un bien jurídico, un mero desvalor del

⁷¹ WALTER, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, p. 116; FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 3, nm. 40: "suceso amenazante para los bienes", también § 4, nm. 20a. Antes, MAYER, H., *Strafrecht AT*, 2ª ed., 1953, p. 389: "aunque un enfermo mental [puede] causar accidentes, no puede cometer delitos". Críticamente GRECO, *GA*, 2009, pp. 636, 643.

⁷² MEZGER, *Deutsches Strafrecht. Ein Leitfaden*, 1936, p. 46.

⁷³ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Schuld, Vorsatz, Irrtum*, v. II, 1877, p. 231, n. 8, donde señala que todo suceso (*Ereignis*) que lesiona un bien jurídico está sujeto a una valoración negativa, siendo indiferente "cómo tiene lugar, si a través de capaces o incapaces de acción, si a través de seres humanos o ciegos seres de la naturaleza"; MEZGER, *Strafrecht (Lehrbuch)*, 3ª ed., 1949, p. 164. Hasta qué punto existe una contradicción entre el anterior texto de MEZGER y éste es algo que debe quedar aquí al margen.

⁷⁴ KINDHÄUSER, *GA*, 2007, p. 450.

⁷⁵ KINDHÄUSER, *GA*, 2007, p. 448: "Si concurren los elementos del tipo subjetivo en su relación con el tipo objetivo, aparece junto al juicio de valoración el juicio adicional de que el autor ya soporta una cierta medida de responsabilidad por el hecho subsumible en el tipo objetivo. La vaguedad de esta formulación es adecuada en la medida en que la "plena" responsabilidad sólo se atribuye mediante la aplicabilidad de otro concepto relacional, a saber, el de la culpabilidad".

resultado? La dogmática clásica, partiendo de la escolástica,⁷⁶ distinguía a este respecto entre *actiones hominis* y las *actiones humanae*. Estas últimas, en las que cabría hallar un conocimiento y libertad mínimos, difícilmente podrían calificarse de mero fenómeno natural. De hecho, no sólo su resultado sino la propia acción es objeto de valoraciones jurídicas: se califica como riesgo jurídicamente desaprobado o permitido, se considera justificada o no. Lo que significa: la conducta del inculpable, incluso aquélla que no constituye un injusto personal en el sentido welzeliano, es objeto de juicios de sentido jurídico-penales.⁷⁷ Ello resulta casi obvio desde la perspectiva de la víctima: no puede afirmarse que el resultado lesivo que surge de una *actio humana* constituya para ésta un mero accidente (*id quod accidit*), por mucho que se tienda a hablar – por falta de dolo e imprudencia personal– de caso fortuito. Pero lo mismo vale para la sociedad en su conjunto. De ahí proviene, probablemente, el que sea necesario el pronunciamiento de un juez penal sobre el caso; y que éste deba recibir algún género de consecuencia jurídica (pena o medida de seguridad penal) o una *convinciente* explicación de las razones por las que no procede ni lo uno ni lo otro. Algo que nadie se plantea a propósito de meros fenómenos naturales. En el caso de que la consecuencia jurídica que proceda sea una medida de seguridad, resulta razonable que ésta sea jurídico-penal. Pues sólo ésta dará cuenta de que el hecho lesivo de un bien jurídico-penal procede de una *actio humana* y existe el pronóstico de que en el futuro tengan lugar lesiones de bienes jurídico-penales mediante *actiones humanae* (esto es, procesos con respecto a los que cabe establecer una imputación, por elemental que ésta sea). La medida de seguridad se sitúa aquí en un contexto en el que tiene lugar una (mínima) imputación de la lesión de bienes jurídico-penales.⁷⁸ Por eso no puede concebirse como una mera prevención o defensa frente a peligros de naturaleza exclusivamente policial.

6. Algo distinto sucede a propósito de los casos en que el resultado lesivo de un bien jurídico-penal se produce en ausencia de acción (por ejemplo, en un ataque epiléptico). Ciertamente, también aquí podrá hablarse de un desvalor del resultado, esto es, de la lesión de un valor;⁷⁹ pero asimismo de la concurrencia de un mero fenómeno natural. Ahora bien la existencia de un proceso lesivo de un bien jurídico-penal que procede de una *actio hominis*, de modo que *prima facie* podría parecer que procede de una acción humana, ya constituye una razón suficiente para que su enjuiciamiento sea competencia de un juez penal. Ello podría hacer razonable asimismo que, en caso de peligrosidad, las medidas de seguridad que se impongan se mantengan dentro de la competencia del propio juez penal. Pues aunque se concluya que se ha tratado de una *actio hominis* y no *humana*, la celebración de un proceso penal en el que, además, se ha constatado la peligrosidad del autor para bienes jurídico-penales produce una desestabilización social que sólo el propio Derecho penal *lato sensu* puede neutralizar.

⁷⁶ STO. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, Quaestio 1, Articulus 1.

⁷⁷ De la llamada “imputación objetiva”: KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 49.

⁷⁸ Una cuestión distinta es la de que, probablemente, la imputación a título de acción de un proceso con origen en el hombre debiera requerir probablemente algo más de lo que en este momento exige la doctrina dominante. Concretamente, los presupuestos ontológicos de conocimiento y libertad mínima. En el ámbito de la culpabilidad deberían considerarse aquellas disminuciones de conocimiento y de libertad que conducen, por razones normativas, a excluir una imputación plenamente personal.

⁷⁹ ZACZYK, «Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm», *GA*, 2014, p. 77.

7. La conclusión es que en los casos en que la enfermedad mental causa una exclusión de la responsabilidad penal, al tiempo que pone de relieve la peligrosidad criminal del sujeto, deben imponerse medidas de seguridad. La imposición de medidas de seguridad debe tener lugar tanto si lo excluido por la enfermedad mental es la culpabilidad, como si es el dolo o incluso la acción. Es cierto que las medidas de seguridad jurídico-penales son básicamente reacciones cognitivas de naturaleza preventivo-especial.⁸⁰ Esta dimensión fáctica preventivo-especial es lo que tienen en común con las medidas policiales de prevención de peligros.⁸¹ Pero las medidas de seguridad jurídico-penales son algo más que medidas policiales de prevención de peligros. Por eso deben mantenerse en el Derecho penal *lato sensu*. Por un lado, para que su imposición se vea rodeada de las garantías (y los controles) de la jurisdiccionalidad, aspecto que ha sido subrayado por la doctrina.⁸² Por otro lado, por razones de economía procesal, dado que el “hecho desencadenante” debe ser obviamente enjuiciado por un órgano de la administración de justicia penal. Pero muy especialmente porque su función en el Derecho penal actual también es la de neutralizar comunicativamente⁸³ la lesividad para bienes jurídico-penales del hecho y la (parcial) imputación de éste a un sujeto peligroso. Las medidas de seguridad “jurídico-penales”, en tanto que impuestas por Tribunales penales y controladas en su ejecución por éstos, participan de la dimensión simbólica de lo penal. Ello –y no sólo razones de garantía– explica también su sujeción a criterios más o menos rígidos de proporcionalidad con el hecho pasado o con aquéllos de previsible comisión en el futuro, ajenos a la lógica de la peligrosidad. Por ello, tiendo a pensar –no sin dudas en lo relativo a los casos de ausencia de acción– que las medidas de seguridad penales poseen también una cierta dimensión de prevención general positiva,⁸⁴ contribuyendo a la reafirmación (no de normas sino) de valoraciones jurídico-penales; en otras palabras, del orden de los bienes jurídico(-penales).

5. Bibliografía

AGUDELO BETANCUR (1982), *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, Temis, Bogotá.

Sto. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae, I-II, Quaestio 1, Articulus 1*.

ALTAVILLA (1960), *La condotta anomala nel Diritto civile e nel Diritto penale. I. Normalità e anormalità*, Utet, Torino.

BINDING (1877), *Die Normen und ihre Übertretung. Schuld, Vorsatz, Irrtum*, v. II, Engelmann,

⁸⁰ A esta dimensión cognitiva suele reducirlas la doctrina: por ejemplo, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 1/53; LESCH, *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999, pp. 225 y s.

⁸¹ Y ciertamente, las hace “próximas” a éstas: RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 397 y s.

⁸² KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, pp. 81 y s.; EL MISMO, *AT*, 1997, pp. 55 y ss., 673 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 397 y s.

⁸³ Lo que no siempre se consigue, como pone de relieve el hecho de que las víctimas traten de lograr que al acusado se le impongan penas, y no medidas.

⁸⁴ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, pp. 27 y ss., 48.

Leipzig.

BÖLLINGER/POLLÄHME (2010), «§ 63» en KINDHÄUSER et al. (eds.), *Nomos-Kommentar zum StGB*, 3ª ed., Nomos, Baden-Baden.

BRUNS (1964), «Zur Problematik rausch-, krankheits oder jugendbedingter Willensmängel des schuldunfähigen Täters im Straf-, Sicherungs- und Schadensersatzrecht (§§ 330b, 42b StGB, 829 BGB)», *JZ*, pp. 473 y ss.

CASTALDO (1991), «Der durch Geisteskrankheit bedingte Irrtum - ein ungelöstes Problem», *ZStW*, (103), pp. 541 y ss.

CORTÉS ROSA (1995), «Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld im Strafrechtssystem», en SCHÜNEMANN (ed.), *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Heymann, Köln, pp. 183 y ss.

DE FRANCESCO (1991), «Il „modello analitico“ fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato», *RIDPP*, pp. 107 y ss.

ESCHELBACH (2013), «§ 63» en MATT/RENIKOWSKI (eds.), *Matt/Renzikowski Strafgesetzbuch Kommentar*, Franz Vahlen, München.

FAKHOURI (2010), «Vorsatztheorie vs. Schuldtheorie», *GA*, pp. 259 y ss.

- LA MISMA (2009), *Delimitación entre error de tipo y error de prohibición*, Civitas, Cizur Menor.

FREUND, (2010) «Gefahren und Gefährlichkeiten im Straf- und Maßregelrecht. Wider die Einspurigkeit im Denken und Handeln», *GA*, pp. 193 y ss.

- EL MISMO (2009), *Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre*, 2ª ed., Springer, Berlin.

FRISCH (2001), «Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung» en SCHÜNEMANN (ed.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, de Gruyter, Berlin, pp. 213 y ss.

- EL MISMO (1988), *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Müller, Heidelberg.

- EL MISMO (1983), *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes; zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Heymann, Köln.

GALLI (1949), «L'errore nel fatto de non imputabili ed in quello degli ubriachi o stupefatti», *La*

Scuola Positiva, pp. 34 y ss.

VAN GEMMEREN (2012), «§ 63» en JOECKS/MIEBACH, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª ed., Beck, München.

GRECO (2009), «Wider die jüngere Relativierung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld», *GA*, pp. 636 y ss.

GÜNTHER (1983), *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß: Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Heymann, Köln.

HORN (2007), «§ 63» en RUDOLPHI (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8ª ed., Carl Heymanns Verlag, Köln.

HRUSCHKA (1991), «Verhaltensregeln and Zurechnungsregeln», *Rechtstheorie*, (22), pp. 449 y ss.

HEGLER (1915), «Die Merkmale des Verbrechens», *ZStW*, (36), pp. 19 y ss.

JAKOBS (2010), «Kaschierte Ausnahme: übergesetzlicher entschuldigender Notstand» en AMELUNG (ed.), *Festschrift für Volker Krey: zum 70. Geburtstag*, Kohlhammer, Stuttgart, pp. 207 y ss.

- EL MISMO (1992), *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, Beck, München.

- EL MISMO (1991), *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., de Gruyter, Berlin.

JIMÉNEZ DE ASÚA (1965), *Tratado de Derecho penal*, t. III, 3ª ed., Losada, Buenos Aires.

JOSHI JUBERT (1989), «Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad», *ADPCP*, pp. 125 y ss.

Armin KAUFMANN (1954), *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Schwartz, Göttingen.

KINDHÄUSER (2007), «Der subjektive Tatbestand im Verbrechensaufbau – Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung», *GA*, pp. 447 y ss.

- EL MISMO (1989), *Gefährdung als Straftat: rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main.

KÖHLER (1997), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin.

LENCKNER/EISELE (2010), «Previo a los §§ 13 y ss.» en ESER (coord.), *Schönke/Schröder StGB Kommentar*, 28ª ed., Beck, München.

LESCH (1999), *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*, Heymann, Köln.

MAÑALICH (2008), *Nötigung und Verantwortung: rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden.

MARTÍNEZ-BUJÁN (2013), *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MARTÍNEZ GARAY (2008), «Incidencia de los trastornos mentales en categorías dogmáticas distintas de la imputabilidad» en CARBONELL MATEU (dir.), *La justificación penal: balance y perspectivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 321 y ss.

MAYER, H. (1953), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Kohlhammer, Stuttgart.

MEZGER (1963), *Deutsches Strafrecht. Ein Leitfaden*, Junker & Dünnhaupt, Berlin.

MILITELLO (1999), «El error del inimputable entre exégesis, dogmática y política criminal», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, (3), pp. 397 y ss.

MIR PUIG (2008), «Norm, Bewertung und Tatbestandsunwert. Zum Verhältnis von Tatbestand und Norm» en PUTZKE ET AL. (eds.), *Strafrecht zwischen System und Telos: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 55 y ss.

- EL MISMO (2006), *Estado, pena y delito*, BdF, Montevideo.

- EL MISMO (2006), «Über die Normen in Roxins Konzeption des Verbrechens», *GA*, pp. 334 y ss.

- EL MISMO (2003), «Wertungen, Normen und Strafrechtswidrigkeit», *GA*, pp. 873 y ss.

- EL MISMO (1985), «Die „ex ante“- Betrachtung im Strafrecht», en VOGLER (ed.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, v. I, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 337 y ss.

- EL MISMO (1982), *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Bosch, Barcelona.

MOLINA FERNÁNDEZ (2008), «Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito», *Icade. Revista cuatrimestral de las facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, (74), pp. 113 y ss.

- EL MISMO (2001), *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcelona.

PRAPOLINAT (2004), *Subjektive Anforderungen an eine "rechtswidrige Tat" bei § 63 StGB*, Hamburg, Univ., Diss. (<http://ediss.sub.uni-hamburg.de/volltexte/2004/2271/pdf/Dissertation.pdf>)

PAWLIK (2012), *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübingen.

- EL MISMO (2007), «Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter?» Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht» en DANNECKER (ed.), *Festschrift für Harro Otto: zum 70. Geburtstag*, Heymann, Köln, pp. 133 y ss.

RAGUÉS I VALLÈS (1999), *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona.

RENZIKOWSKI (2013), «Previo al § 13» en *Matt/Renzikowski. StGB Kommentar*, Franz Vahlen, München.

ROBLES PLANAS (2004), «Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal» en FRISCH/ROBLES, *Desvalorar e imputar*, Atelier, Barcelona, pp. 106 y ss.

ROEDER (1957), «Das Schuld- und Irrtumsproblem beim Vollrausch» en HOHENLEITNER et al. (eds.), *Festschrift für Theodor Rittler zu seinem 80. Geburtstag*, pp. 235 y ss.

ROXIN (2011), «Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland», *GA*, pp. 678 y ss.

-EL MISMO (2006), *Strafrecht. Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, v. I, 4ª ed., Beck, München.

SÁNCHEZ-OSTIZ (2008), *Imputación y teoría del delito: la doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, BdF, Buenos Aires.

SCHÖCH (2008), «§ 63» en LAUFHÜTTE et al. (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12ª ed., de Gruyter, Berlin.

SCHÜNEMANN (1995), «Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld» en SCHÜNEMANN (ed.), *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Heymann, München, pp. 149 y ss.

SILVA SÁNCHEZ (2010), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., BdF, Montevideo.

- EL MISMO (2003), «¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva?» en EL MISMO, *Normas y acciones en Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, pp. 99 y ss.

- EL MISMO (1997), *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona.

STRATENWERTH/KUHLEN (2004), *Strafrecht, allgemeiner Teil: die Straftat*, v. I, 5ª ed., Vahlen, München.

STREE/KINZIG, «§ 63» en ESER et al. (eds.), *Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch*, 28^a ed., Beck, München.

VOGEL (1993), *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker und Humblot, Berlin.

WALTER (2007), «Previo a los §§ 13 y ss.» en LAUFHÜTTE et al. (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12^a ed., de Gruyter, Berlin.

- EL MISMO (2006), *Der Kern des Strafrechts: die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, Mohr Siebeck, Tübingen.

WOLTER (1995), «Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem. Ein normtheoretischer Beitrag zum „Risikoprinzip“ von Claus Roxin und zur „Wesentlichkeit von Kausalabweichungen“» en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, Müller, Heidelberg, pp. 3 y s.

- EL MISMO (1993), «Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem» en WOLTER (ed.), *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht: eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz*, v. Decker, Heidelberg, pp. 269 y ss.

WELZEL (1975), «Studien zum System des Strafrechts (1939)» en EL MISMO, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, De Gruyter, Berlin, pp. 120 y ss.

- EL MISMO (1969), *Das deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung*, 11^a ed., de Gruyter, Berlin.

ZACZYK (2014), «Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm», *GA*, pp. 73 y ss.