

## De moscas y agresores muertos

Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo

Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno

Universitat Pompeu Fabra

### Abstract\*

*La cuestión de si la teoría jurídica del delito debe estructurarse en dos o tres grandes categorías se ha venido vinculando con la de la viabilidad de la Teoría de los elementos negativos del tipo (TENT). En este artículo, sin embargo, se argumenta que tal asimilación es conceptualmente errónea (ya que la estructuración bipartita puede defenderse sin necesidad de aceptar la TENT) e históricamente problemática (ya que la historia de la TENT es un excelente ejemplo de cómo no debe defenderse o criticarse una teoría).*

*Die Frage um die zwei- oder dreistufige Deliktsaufbau ist historisch mit der Vertretbarkeit der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen verbunden worden. In diesem Aufsatz wird argumentiert dass solche Verbindung sowohl Theoretisch falsch (da die zweistufige Strukturierung ohne Rekurs auf die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen begründet werden kann) als auch historisch problematisch ist (weil die historische Entwicklung der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen ein besonders gut Beispiel dazu ist, wie man eine Theorie nicht verteidigen oder kritisieren soll).*

*Should criminal law theory be structured in a bipartite or in a tripartite fashion? In Civil law countries the question has been strongly joined to that of the viability of the Theory of the negative elements of the crime definition (Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen). In this article it will be argued that such a view is both conceptually wrong (because the bipartite structure can be defended without recourse to the Theory of the negative elements of the crime definition) and historically problematic (given the fact that the historical evolution of said theory offers a great example of how one should not proceed when defending or criticizing a theory).*

*Title:* A tale of flies and dead assailants

*Titel:* Von Fliegen und getötete Angreifer

*Palabras clave:* Relación tipicidad-antijuridicidad/colisión de normas/significado ético de las categorías jurídicas/el uso de ejemplos en la elaboración conceptual

*Keywords:* Offense definition and Justification/Norm collision/Ethical meaning of legal categories/The use of examples in conceptual elaboration

*Stichwörter:* Tatbestand-Rechtswidrigkeit Beziehung/Normenkollision/Ethische Bedeutung der juristische Begrifflichkeit/Beispiel Benutzung in theoretischer Verarbeitung

---

\* Agradezco a José Bonilla, Luís Greco, Cristóbal Izquierdo y Leonardo Pitlevnik los comentarios y sugerencias realizados. Este artículo fue escrito originalmente para el Libro Homenaje a Enrique Gimbernat. Por exigencias editoriales, para su inclusión en dicho libro hubo de ser reducido a la mitad. Aprovecho la ocasión para reiterar mi admiración a un académico irrepetible.

### *Sumario*

1. Introducción: estructura bipartita de la teoría jurídica del delito y teoría de los elementos negativos del tipo
2. Evolución histórica de la TENT
3. La perspectiva de la Teoría del Derecho
  - 3.1. El problema de las normas permisivas
  - 3.2. La TENT como teoría general del Derecho:
    - a) Presupuestos: colisión entre normas jurídicas y criterios de resolución
    - b) La expresión formal del principio de especialidad
    - c) Las formalizaciones del principio de especialidad y su relación con el objeto de esta indagación
    - d) La TENT, la “perspectiva temporal” y la polisemia del concepto “norma”
    - e) La elección entre las diversas formalizaciones del principio de especialidad: parsimonia y compatibilidad
4. De moscas y agresores muertos: reflexiones valorativas y normológicas en torno a la frase de Welzel
  - 4.1. Atipicidad, justificación y valoraciones subyacentes
  - 4.2. Atipicidad y justificación: relaciones normológicas
5. Conclusiones
6. Bibliografía

## 1. Introducción: estructura bipartita de la teoría jurídica del delito y teoría de los elementos negativos del tipo

¿Acaso es lo mismo matar una mosca que matar una persona en legítima defensa? La discusión sobre la viabilidad de una estructura bipartita de la teoría jurídica del delito se ha visto profundamente marcada por la anterior pregunta, comúnmente atribuida a WELZEL<sup>1</sup>. Ante tal pregunta no parece que se pueda responder de manera distinta a la siguiente: claro que no. Pero modifiquémosla ligeramente, transformándola en esta otra, que es la que debería importarle al penalista en su condición de tal: ¿es lo mismo, *en términos jurídico-penales y más concretamente en términos de la teoría de la imputación de responsabilidad*, matar a una mosca que matar a una persona en legítima defensa? En este caso, la respuesta está lejos de ser evidente. Además, y de forma más relevante, incluso si se sigue contestando la pregunta de manera negativa, para que ello tuviera los efectos que se pretende restaría por responder (esta vez de manera positiva) a otra pregunta: las diferencias constatadas, ¿son tan importantes como para repercutir en la elaboración de los grandes trazos de la teoría jurídica del delito?

La cuestión de si la teoría jurídica del delito debe estructurarse en dos o tres grandes categorías se ha venido vinculando con la de la viabilidad de la Teoría de los elementos negativos del tipo (en adelante, TENT). De la vinculación mencionada se deriva la tesis, no siempre expresa, de que el rechazo de la TENT obliga a distinguir entre las categorías “tipicidad” y “antijuridicidad” y a adoptar un esquema tripartito. Sin embargo, este planteamiento de la cuestión resulta deficiente por dos razones, una de carácter conceptual, la otra de naturaleza histórica. En primer lugar, la adecuación conceptual de este planteamiento depende de que la TENT sea la única teoría capaz de sostener la estructura bipartita de la teoría jurídica del delito. De no serlo, siempre cabría apoyar tal decisión en otro marco conceptual o defenderla conforme a otros argumentos. En segundo lugar, la asociación estructura bipartita de la teoría jurídica del delito/TENT entorpece gravemente la discusión sustantiva, ya que pocas teorías han tenido una vida intelectual tan ajetreada como la TENT<sup>2</sup>. La primera afirmación no debe resultar problemática, ya que conceptualmente *es posible* que existan esas otras teorías o argumentos en apoyo de la estructura bipartita de la teoría jurídica del delito (otra cosa es que efectivamente existan o que sean convincentes, cuestión que ocupará la mayor parte de este artículo). Detengámonos brevemente en la segunda.

## 2. Evolución histórica de la TENT

A partir del momento en el que ya se puede entender que existe una teoría jurídica del delito, la primera enunciación conceptual de la TENT parece corresponder a BINDING

<sup>1</sup> Un par de advertencias: en primer lugar, en la frase original, que es una afirmación, y no una pregunta, no se trata de una mosca (*Fliege*), sino de un mosquito (*Mücke*), si bien conceptualmente ello nada importa (como tampoco importa que en algún momento el mosquito se transformara temporalmente en un gallo); en segundo lugar, aunque WELZEL la usó en una pluralidad de ocasiones y es sin duda a él a quien debe su popularidad, la frase proviene de KOHLRAUSCH, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, 1903, p. 64, quien la utilizaba precisamente en el sentido opuesto: afirmando que para el Derecho es lo mismo matar a un mosquito que a una persona en legítima defensa. Para complicar la situación, mientras que WELZEL utiliza la frase presuponiendo que su respuesta negativa mina la TENT, KOHLRAUSCH, que la contesta positivamente, lo hace asimismo en medio de una crítica demoledora de la TENT (KOHLRAUSCH, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, 1903, pp. 59-72). Todo ello no es sino un ejemplo entre muchos del peculiar desarrollo de esta teoría a lo largo de la historia. Al respecto, v. *infra*, apdo. II.

<sup>2</sup> Como afirma a modo de resumen quien mejor la ha analizado, puede decirse que su historia intelectual “está llena de sonoras contradicciones y malentendidos” (HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund*, 1960, p. 217).

quien, sin llamarla por ese nombre, efectuó afirmaciones que sin duda alguna coinciden con los planteamientos de esta teoría<sup>3</sup>. En 1879, en la primera edición del primer tomo de *Die Normen und ihre Übertretung*, BINDING sostuvo que la presencia de una norma permisiva “separa un grupo de conductas del concepto de conducta de la norma”, reduciendo su ámbito de aplicación y haciendo que ésta pase “de ser una norma absoluta (¡No debéis matar!) a ser una condicionada (¡No debéis matar si no se da ésta o aquella circunstancia que os permitan u os obliguen a hacerlo!)” (1879: 52). La anterior frase presenta un gran parecido con la tesis medular de la TENT, que sostiene que las causas de justificación han de entenderse como elementos negativos de un tipo global de injusto. Tal planteamiento lleva de forma lógica a considerar que la norma subyacente al tipo de injusto así considerado no debe ser interpretada como un mandato general, sino como uno condicionado a la inexistencia de causas de justificación. El parecido entre ambos planteamientos resulta innegable (Arm. KAUFMANN 1954: 239). Sin embargo, el padre pronto repudió a su criatura, y lo hizo con su mesura característica, afirmando que la TENT era “uno de los más grotescos monstruos dogmáticos (...) que se hayan traído al mundo” (BINDING 1919: 37)<sup>4</sup>.

Aunque la semilla intelectual de esta teoría ya estuviera presente en la más temprana de las manifestaciones de BINDING que se acaban de recoger, la primera alusión generalmente conocida a la existencia de “elementos negativos del tipo” se remonta a quien es usualmente considerado fundador de la teoría, Adolf MERKEL, que la utilizó en la primera edición de su Tratado, en 1889. Sin embargo, en este caso la situación parece ser justamente la inversa que en el de BINDING. Si bien MERKEL utilizó la expresión “elementos negativos del tipo” y puso como ejemplo de ésta la legítima defensa, no lo hizo para sostener una teoría relativa a la relación existente entre el tipo y la antijuridicidad (ámbito natural de la discusión sobre la TENT en Derecho penal). Ello resulta indiciado ya por la consulta de la fecha en la que escribe MERKEL (1889), en la que la propuesta de inclusión de la tipicidad como categoría independiente de la teoría jurídica del delito por parte de BINDING todavía no había logrado un reconocimiento general. De modo más relevante, y tal y como han mostrado HIRSCH (1960: 23-32) y MINAS-VON SAVIGNY (1972: 1-3), MERKEL utiliza el término “tipo” (*Tatbestand*) para aludir a lo que posteriormente se llamaría “tipo total” (*Gesamtatbestand*), esto es, el conjunto de requisitos materiales a cuya presencia se condiciona la imposición de una pena. Que MERKEL se refiriera como ejemplo de tales elementos negativos precisamente a la legítima defensa (MERKEL 1889: 82) con toda probabilidad se debe exclusivamente a que efectuó tal afirmación en la parte de su obra dedicada al dolo y el error, en la que también trata la cuestión del error sobre las causas de justificación. Atendiendo a su concepción del “tipo”, sin embargo, igualmente podría haberse referido a las causas de exclusión de la culpabilidad como “elementos negativos del tipo”.

Poco camino llevaba recorrido la TENT y ya tenía, junto a un padre que renegaba de ella, otro que verdaderamente no lo era<sup>5</sup>. No conviene sin embargo aburrir al lector con una

<sup>3</sup> Sobre los planteamientos de BINDING al respecto, v. Arm. KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, 1954, pp. 238-241.

<sup>4</sup> El cambio de opinión se había producido con anterioridad. En 1890 BINDING afirmó que la existencia de una excepción no convierte la norma absoluta en una condicionada, sino que “hace que su ámbito de aplicación sea incierto” (BINDING, *Die Normen*, T. I, 2ª ed., 1890, p. 130, n. 6; citado por Arm. KAUFMANN en *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, 1954, p. 240.

<sup>5</sup> Este es un buen momento para terciar en una discusión de familia. Para HIRSCH (*Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund*, 1960, p. 29, nota 44), el hecho de que la pertenencia de las causas de justificación al tipo (global) fuera una opinión generalizada en la época anula la tesis de Armin KAUFMANN (en *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, 1954, p. 239), quien como vimos sostiene que BINDING puede ser considerado el precursor intelectual de la TENT. Según HIRSCH, además, la historia no permite sostener que BINDING

minuciosa historia intelectual de la TENT. Ello no es necesario para los efectos que aquí nos interesan, y tampoco resulta necesario de modo general, porque esta tarea ya la realizó de forma acabada uno de sus más implacables críticos, Hans Joachim HIRSCH<sup>6</sup>. La lectura de la exposición de HIRSCH ofrece numerosos ejemplos de la alarmante falta de precisión con la que fue defendida esta teoría, de los que aquí me limitaré a recoger dos.

El principal promotor de la TENT en sus primeros años de desarrollo, Reinhard FRANK, cometió rotundos errores en su presentación, algo que fue aprovechado por sus detractores, que indebidamente identificaron la TENT con la versión propuesta por FRANK (HIRSCH 1960: 44-59). Así, en la segunda edición de sus famosos comentarios al Código penal alemán, publicados en 1901, FRANK enunció su conocida tesis de que “la antijuridicidad no es un elemento positivo del tipo, pero su ausencia sí es un elemento negativo del mismo”. La ocasión no fue desaprovechada por KOHLRAUSCH (1903: 65-69), BINDING (1918: 307) y WELZEL (1952: 584-585) en sus críticas a la TENT. Sin embargo, tal y como manifiesta HIRSCH (1960: 48-51, 67), estamos ante un error de FRANK, y no ante un problema de la teoría: nada en la TENT lleva a sostener tal afirmación, ya que lo que ésta afirma es que, si las causas de justificación se entienden como elementos negativos del tipo, toda acción típica es así mismo antijurídica. No es por tanto necesario (*rectius*: no es correcto) afirmar que la antijuridicidad no es un elemento positivo del tipo pero su ausencia sí es un elemento negativo de éste: como vino recordando ENGISCH (1930: 12; 1960: 404), para la TENT, si se da el tipo -en el sentido de esta teoría-, la acción *tiene* que ser antijurídica. Y, añadido, si no se da, *no puede* ser antijurídica<sup>7</sup>.

Otros partidarios o autores cercanos a la TENT contribuyeron a la confusión que ya de por sí genera su inapropiada denominación<sup>8</sup>, describiendo los “elementos negativos del tipo” como “elementos restrictivos” (ENGISCH 1930: 11) o como elementos “cuyo contenido se determina mediante la negación de la existencia de un supuesto de hecho” (v. WEBER 1954: 184). La primera descripción no resulta muy iluminadora, ya que, como acertadamente apuntó Arm. KAUFMANN (1955: 38), una vez que existe un supuesto de hecho al que se anuda una consecuencia jurídica, también los elementos positivos que se le añaden restringen su ámbito de aplicación. Así, el elemento positivo “cuantía superior a 400 euros” restringe el ámbito de aplicación de varios delitos patrimoniales en el Código penal español, del mismo modo que el elemento positivo “bien inmueble” restringe el ámbito de aplicación de la falta de deslucimiento prevista en el art. 626 CP, impidiendo su aplicación

---

fuera el iniciador de esta teoría. Como suele ocurrir en las discusiones familiares, ambas partes tienen algo de razón. En términos históricos tiene razón HIRSCH cuando dice que BINDING no es el iniciador de esta teoría, toda vez que sus primeros partidarios raramente se apoyaron en él. En términos teóricos, sin embargo, tiene razón KAUFMANN, ya que las afirmaciones de BINDING sí que presentan un indudable parecido con tesis sostenidas por los partidarios de la TENT. El hecho de que en aquella época se sostuviera un concepto de tipo distinto del propuesto por BELING no es aquí relevante, ya que la tesis de BINDING es normológica (se refiere en concreto a la relación entre la norma de mandato y aquella que la excepciona), mientras que la noción de “tipo” de aquella época no lo es, y de hecho resulta compatible con distintas concepciones normológicas.

<sup>6</sup> En las algo más de doscientas páginas que componen la primera parte de su excepcional tesis doctoral “La teoría de los elementos negativos del tipo. El error sobre una causa de justificación” (*Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund*), publicada en 1960.

<sup>7</sup> En este sentido, MIR PUIG, afirmando que para esta teoría “la tipicidad implica siempre la antijuridicidad y, viceversa, la presencia de causas de justificación excluye la tipicidad” (MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., 2005, p. 163, énfasis omitidos).

<sup>8</sup> Como afirma PUPPE, esta denominación ha perjudicado innecesariamente a la TENT, abriendo numerosas vías de ataque («Struktur der Rechtfertigung», en KÜPER/WELP (editores), *Festschrift für Stree und Wessels*, 1993, p. 188). Ello había sido adelantado por ENGISCH (*Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, p. 11), que describía la denominación de la teoría como “desafortunada”. En nuestro país la cuestión hace tiempo que fue convincentemente analizada por MIR PUIG (v. *infra*, nota 72).

a los bienes que no tengan tal carácter. De hecho, tal función restrictiva también la desempeñan los elementos subjetivos: en los respectivos tipos de la parte especial, el dolo y la imprudencia reducen el ámbito de aplicación de la prohibición de matar, por ejemplo. Así pues, sin duda hay que reconocer que en este sentido no hay grandes diferencias entre los elementos positivos y los negativos. La sugerencia llevó a una bizantina discusión sobre qué elementos positivos del tipo podían verse restringidos por la existencia de una causa de justificación (Arm. KAUFMANN 1954: 241-248), pero no fue mucho más allá<sup>9</sup>. Más perturbador para la discusión ha resultado el segundo tipo de descripciones (“el contenido de los elementos negativos se determina mediante la negación de la existencia de un supuesto de hecho”), que en ocasiones han sido interpretadas por los críticos de la TENT como afirmaciones en el sentido de que (por seguir el ejemplo clásico) el homicidio en legítima defensa no era un homicidio, esto es, no suponía la muerte de un ser humano. En realidad, todo lo que la TENT podía decir al respecto es que no era un homicidio jurídico-penalmente relevante, ni siquiera *ab initio*. Leyendo los textos de los partidarios de la TENT a uno le surge la duda de cuánta parte de la confusión les es imputable y cuánta se debe más bien a una lectura interesada o cuanto menos muy descuidada por parte de sus críticos<sup>10</sup>. Sea como sea, lo que no se puede poner en duda es que la falta de precisión dio pábulo a críticas que oscilaban entre la inadecuación valorativa de la TENT y su desprecio del más mínimo sentido común<sup>11</sup>.

La confusión y la sensación de incoherencia creadas por la accidentada evolución de la TENT hasta la Segunda Guerra Mundial explican que resulte adecuado afirmar que no pocos de sus más rotundos detractores en realidad estaban muy cerca de ella<sup>12</sup>. También explican que otros autores, cuyos planteamientos eran coincidentes con los de la TENT, sólo se atreviesen a manifestar que “compartían esencialmente su punto de vista” (ZIMMERL 1928: 66) o que no lograban entender la dureza de las críticas sufridas por una teoría “en cuyo núcleo hay que insistir” (ENGISCH 1930: 11). Finalmente, quizás también sea esta la explicación de las radicales oscilaciones en la evaluación de esta teoría por parte de muy influyentes autores<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> ENGISCH admitió la pertinencia de la crítica, precisó que lo que pretendía decir era que las causas de justificación reducían el número de supuestos que caían bajo de la descripción típica y se preguntó, con razón, si el razonamiento de Arm. KAUFMANN no era más bien un argumento a favor de la cercanía de los elementos negativos y positivos del tipo (ENGISCH, *ZStW*, 1958, pp. 587-588).

<sup>10</sup> De acuerdo, MINAS-VON SAVIGNY (*Negative Tatbestandsmerkmale. Ein Beitrag zur Rechtssatz- und Konkurrenzlehre*, 1972, pp. 78-82). Un buen ejemplo al respecto viene dado por la insistencia en que la TENT sostenía que en el caso de darse una causa de justificación el tipo positivo “se borraba”. Es cierto que algunas formulaciones de la TENT no fueron especialmente cuidadosas, pero a mediados de los años cincuenta Art. KAUFMANN despejó cualquier duda que pudiera tenerse al respecto (*Juristenzeitung*, 1954, p. 657): no es que la presencia de los elementos negativos del tipo haga “desaparecer” los elementos que constituyen el tipo positivo (el homicidio, por ejemplo) o que los “restrinja”. Lo que se ve limitado por la presencia de los elementos negativos es la aplicación de la consecuencia jurídica a supuestos a los que sería aplicable si no se dieran tales elementos negativos.

<sup>11</sup> Tal es la conocida crítica de GALLAS, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (67), 1955, p. 19, nota 46; pp. 27 y 28. V. también HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund*, 1960, pp. 99-100, afirmando que la teoría es incongruente con el uso ordinario del lenguaje.

<sup>12</sup> Así, HIRSCH (*Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund*, 1960), refiriéndose entre otros a KOHLRAUSCH (p. 56) y v. BAR (p. 69).

<sup>13</sup> El caso paradigmático es el de MEZGER, que pasó de ser un crítico feroz de la TENT a uno de sus más entusiastas defensores: v. HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund*, 1960, pp. 143-144, 161-162, 180-181 y 195-196.

A comienzos de los años cincuenta, sin embargo, se produjo un repunte de la teoría<sup>14</sup>, con la peculiaridad de que en esta ocasión fue defendida desde la teoría del injusto personal, en un momento en el que la categoría sistemática “tipicidad” era generalmente reconocida y centrándose en las consecuencias que la asunción de tal teoría tenía para el tratamiento del error sobre los presupuestos de una causa de justificación (afirmando, concretamente, que la TENT era el único modo coherente de llegar a la solución material preferida por la mayoría de la doctrina: su consideración como error de tipo). De modo paradójico, lo que parecían importantes adelantos para esta teoría supusieron el principio de su fin. Se trataba de extremos, todos ellos, en los que la TENT se oponía a la teoría finalista, y lo hacía en un momento especialmente importante, ya que se estaba preparando una extensa reforma del Código penal alemán<sup>15</sup>. Como es sobradamente conocido, la TENT fue en estos años objeto de una crítica implacable por parte de los autores partidarios del finalismo, y en concreto tres de sus más distinguidos representantes: WELZEL (1952, 1961), Armin KAUFMANN (1954, 1955) y HIRSCH (1960)<sup>16</sup>. A resultas de tal crítica, la doctrina mayoritaria pareció dar la espalda a la TENT, si bien planteamientos cercanos a ésta y en concreto a la estructuración bipartita de la teoría jurídica del delito siguieron y siguen teniendo importantes defensores, tanto en Alemania como en España<sup>17</sup>.

Sin pretender restar ni un ápice de mérito a la impresionante labor crítica desarrollada desde el campo finalista, con el beneficio de la posteridad puede sin embargo decirse que la discusión, más que cerrarse, fue engullida por la aparición de la llamada “dogmática penal orientada a las consecuencias”. Ésta, simbolizada en la obra “Política criminal y sistema del Derecho penal”, de Claus ROXIN (1970)<sup>18</sup>, al fomentar la aparición de “teorías”

<sup>14</sup> De especial relevancia fueron las contribuciones de SCHAFFSTEIN, en *Monatschrift für deutsches Recht*, 1951; v. WEBER, en *Juristen Zeitung*, 1951; EL MISMO, «Negative Tatbestandsmerkmale», en ENGISCH/MAURACH (eds.), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, 1954; y Art. KAUFMANN, en *Juristenzeitung*, 1954; EL MISMO, en *Juristenzeitung*, 1956.

<sup>15</sup> El tema del error sobre los presupuestos de las causas de justificación fue el principal detonante de la reacción finalista, que procedió con el objetivo de mantener la teoría estricta de la culpabilidad (FEIJOO SÁNCHEZ, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2000, p. 1.155). Sobre la importancia de la polémica sobre la TENT en la discusión del error en el mencionado proceso de reforma, v. HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund*, 1960, pp. 194-209.

<sup>16</sup> La prioridad cronológica en la crítica de la TENT le corresponde a WELZEL, que la venía criticando desde antes de la Segunda Guerra Mundial. La gran aportación de Armin KAUFMANN consistió en dotar a esta crítica de una fundamentación teórica normológica conceptualmente independiente de los presupuestos de la doctrina de la acción final de WELZEL, llegando sin embargo a los mismos resultados (Arm. KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, 1954, pp. 238-259). Con todo, la obra más importante es la de HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund*, 1960, además de su canónica exposición de la evolución intelectual de la TENT, en la segunda parte de la obra se analizan meticulosamente más de una veintena de objeciones a esta teoría. Es posible no estar de acuerdo con muchos de los planteamientos de HIRSCH, pero no se puede dudar de que esta obra constituye uno de los grandes momentos dogmáticos del siglo XX.

<sup>17</sup> Para Alemania, v. las referencias en ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., 2006, p. 287, nota 37. En nuestro país se muestran cercanos a la TENT, pero sobre todo a la estructura bipartita de la teoría jurídica del delito, entre otros MIR PUIG, «Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho» (1979), en EL MISMO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1994, pp. 75-77; EL MISMO, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., 2005, pp. 164-165, 416-417; SILVA, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 323-333, 390-398; y LUZÓN, *Curso de Derecho penal. Parte General I*, 1996, pp. 296-301. También Enrique Gimbernat se ha mostrado favorable a esta teoría: v. GIMBERNAT, «El sistema del Derecho penal en la actualidad» (1971), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., 1990, p. 171, nota 32; EL MISMO, *Introducción a la parte general del Derecho penal español*, 1979, pp. 33-34).

<sup>18</sup> La importancia (y las limitaciones) de la obra de ROXIN han sido examinadas en multitud de ocasiones. Especialmente interesantes resultan los análisis de DREHER (*Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1971) y AMELUNG («Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin» (1984), en SCHÜNEMANN (compilador), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991).



orientadas a las consecuencias tuvo como efecto privar a la discusión sobre la TENT de la que se considera que es su principal relevancia práctica: la decisión sobre el adecuado tratamiento del error sobre los presupuestos de las causas de justificación<sup>19</sup>. La mayoría de la doctrina entendía entonces y entiende ahora que tal error debe tratarse como un error de tipo y no como un error de prohibición; al mismo tiempo, sin embargo, durante buena parte de la trayectoria histórica de la teoría jurídica del delito muchos autores han entendido que la única posibilidad teórica de fundamentar coherentemente tal resultado pasaba por sostener la TENT. A finales de los sesenta, en un clima teórico presidido por la idea de que “Lo decisivo ha de ser siempre la solución de la cuestión de hecho, mientras que las exigencias sistemáticas deben ocupar el segundo plano” (JESCHECK 1969: 136)<sup>20</sup>, sin embargo, los planteamientos de la teoría limitada de la culpabilidad y de las teorías del error orientadas a las consecuencias lograban un relevante plus de legitimidad. Pese a realizar afirmaciones teóricas más que cuestionables<sup>21</sup>, estas teorías solucionan adecuadamente (según el parecer mayoritario) el problema del error sobre los presupuestos de una causa de justificación, tratándolo como un error de tipo. Casi se pueden escuchar los suspiros de alivio: si la TENT no es necesaria para sostener la solución práctica referida, uno puede olvidarse de la compleja y acalorada discusión acerca de la misma y seguir sosteniendo tal solución sin necesidad de echarse en los brazos del finalismo.

Sin embargo, en los últimos años la discusión ha experimentando cierta revitalización, especialmente en Alemania, habiendo aparecido varias monografías y artículos que reevalúan a la baja la importancia de las críticas a las que fue sometida la TENT, al tiempo que afirman que la suerte de la estructura bipartita de la teoría jurídica del delito no corre

---

Para dos análisis más recientes, v. BORJA (*Anuario de Derecho Penal*, 2003) y ORTIZ DE URBINA («Roxin y la dogmática político-criminalmente orientada», en ONTIVEROS/PELÁEZ (coords.), *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. Libro en Homenaje a Claus Roxin*, T. I., 2003).

<sup>19</sup> Durante mucho tiempo se entendió que sólo la TENT podía justificar teóricamente el tratamiento de estos casos como error de tipo (así, actualmente, SCHÜNEMANN/GRECO, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2006, p. 791), y la polémica sobre estos supuestos fue en todo momento el motor que impulsó la discusión sobre esta teoría. V. KOHLRAUSCH (*Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, 1903, pp. 60-61), ENGISCH (*Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, p. 11), EL MISMO, (*ZStW*, 1958, p. 588), WELZEL (*Monatschrift für Deutsches Recht*, 1952, pp. 584-585) y HIRSCH (*Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund*, 1960, p. 89), autor este último cuyo libro sobre la TENT se titulaba “El error sobre una causa de justificación”. Para un completo resumen del resto de objeciones político-criminales a la TENT, v. TRAPERO, *El error en las causas de justificación*, 2004, pp. 276-298. Aunque no puedo detenerme en la cuestión, entiendo que sólo alcanzan relevancia los problemas relativos a la impunidad de ciertos partícipes. Incluso en este caso, la existencia de la institución de la autoría mediata hace que estos problemas no alcancen la envergadura que vaticinan los críticos (al respecto, v. TRAPERO, *El error en las causas de justificación*, 2004, pp. 276-282; SCHÜNEMANN, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1985, p. 349; y ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., 2006, pp. 631-632, quien en mi opinión acertadamente se pregunta si las lagunas de punibilidad que puedan subsistir no habrán de imputársele a la teoría de la participación).

<sup>20</sup> La cuestión se plantea en términos prácticamente idénticos en la 5ª ed. (JESCHECK/WEIGEND *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, p. 196). Frente a estos excesos retóricos, que de ser atendidos acabarían con el sentido de la elaboración dogmática, el mayor mérito de la obra de ROXIN consiste precisamente en haber sabido defender la importancia de la elaboración sistemática (en este sentido, ORTIZ DE URBINA, «Roxin y la dogmática político-criminalmente orientada», en ONTIVEROS/PELÁEZ (coords.), *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. Libro en Homenaje a Claus Roxin*, T. I., 2003, pp. 425-428).

<sup>21</sup> V. SCHÜNEMANN/GRECO, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2006, pp. 778-780, quienes realizan un cáustico análisis de la importancia de la propuesta de GALLAS (en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (67), 1955, p. 46, nota 89) y su influencia en el desarrollo de la discusión (SCHÜNEMANN/GRECO, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 778-779).

paralela a la de la esta teoría<sup>22</sup>. Como el lector puede suponer, se trata de una opinión que aquí se comparte:

Desde el punto de vista de la teoría del Derecho, la TENT no es una teoría sobre la relación entre la tipicidad y la antijuridicidad penal, sino una más general sobre la relación entre distintas normas. Es por tanto conceptualmente posible que el desarrollo de la TENT en el ámbito penal no haya sido coherente con lo que esta teoría realmente puede dar de sí. Por así decirlo, la versión penal de la teoría de los elementos negativos *del tipo* (en el sentido alemán de “Tatbestand”, supuesto de hecho, no necesariamente circunscrito a la categoría sistemática de la teoría jurídica del delito “tipicidad”) puede no haber sido una adecuada traducción de la versión más general de la teoría al ámbito de la antijuridicidad penal<sup>23</sup>. Considerando los avatares históricos que se han expuesto, ello no sólo es conceptualmente posible, sino también bastante probable<sup>24</sup>.

El objetivo del resto de esta contribución es mostrar cómo, para la teoría de la imputación de responsabilidad penal y aunque sea por diferentes motivos, las acciones atípicas y las típicas y justificadas valen lo mismo: nada. Otros subsistemas jurídicos (señaladamente el civil, a través principalmente de las normas de responsabilidad extracontractual) pueden llegar a otras conclusiones, como también pueden hacerlo los distintos planteamientos de ética normativa. Pero, a menos que tales valoraciones se muestren como relevantes conforme a los criterios valorativos que han de regir la elaboración conceptual en el ámbito penal, no pueden afectar las decisiones sobre qué estructuración de la teoría jurídica del delito resulta más adecuada<sup>25</sup>. Si las acciones atípicas y las típicas y justificadas han de considerarse jurídico-penalmente equivalentes, entonces parece razonable pronunciarse a favor de lo que (con permiso de la punibilidad, o más bien a pesar de ella) se ha denominado una estructura bipartita de la teoría jurídica del delito, que divida a ésta en dos grandes bloques: antijuridicidad y culpabilidad. En las páginas que sigue intentaré contribuir a la discusión mediante la aproximación a los resultados de discusiones muy similares (o idénticas) en el ámbito de la teoría del Derecho (apdo. III) y una discusión de los aspectos valorativos y normológicos de la históricamente decisiva crítica finalista a la TENT (apdo. IV).

### 3. La perspectiva de la Teoría del Derecho

La relación entre tipo y antijuridicidad presenta una obvia semejanza con la discusión sobre los enunciados permisivos en teoría del Derecho. En la doctrina penal la relación

<sup>22</sup> V. RINCK, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, 2000, *passim*, v. por ejemplo p. 310; SCHMID, *Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus rechtstheoretischer Sicht*, 2002, *passim*, v. por ejemplo p. 84; y SCHÜNEMANN/GRECO, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2006, *passim*, v. por ejemplo p. 782, nota 25.

<sup>23</sup> Coincido plenamente con la siguiente afirmación de HRUSCHKA: “La ‘teoría de los elementos negativos del tipo’ afirma algo absolutamente cierto, si bien en términos incorrectos. La formulación es incluso tan desafortunada que la doctrina se convirtió en presa fácil en la polémica con los defensores de la ‘teoría estricta de la culpabilidad’” (HRUSCHKA, «¿Realmente es limitada la teoría ‘limitada’ de la culpabilidad? Adiós a un debate» (2001), en SÁNCHEZ-OSTIZ (ed.), *Joachim Hruschka. Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2006, p. 139):

<sup>24</sup> A ello también apunta el que la TENT sea aceptada por importantes filósofos del Derecho alemanes, como RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, 2ª ed., 2001, pp. 197-198, quien advierte del carácter polémico de la cuestión en Derecho penal y entiende que se basa en la inadecuada confusión de elementos lógicos y psicológicos); ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, 10ª ed., 2006, pp. 32-35; y LARENZ/CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ª ed., 1993, pp. 80-81.

<sup>25</sup> Este extremo (no sólo tiene que existir una diferencia, sino que ésta ha de ser normativamente relevante para el Derecho penal) es adecuadamente subrayado por SCHÜNEMANN/GRECO, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2006, *passim*, v. por ejemplo pp. 787-788. V. ya antes SCHÜNEMANN, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1985, p. 349.

entre ambas categorías se concibe principalmente de dos maneras: por un lado, como un problema de la *relación existente entre las normas de mandato y las de permisión*, estando ubicadas las primeras en la tipicidad y las segundas en la antijuridicidad (perspectiva de la doctrina mayoritaria); por otro, como un problema de *definición de la conducta antijurídica* (así, la TENT, que entiende que la definición de la conducta antijurídica incluye como elementos negativos los presupuestos de las causas de justificación).

En este apartado presentaré de forma resumida los resultados de la discusión sobre las normas de permisión en la teoría del Derecho de cuño analítico (subapartado A), para a continuación analizar la propuesta de Jutta MINAS-VON SAVIGNY de entender la teoría de los elementos negativos del tipo como una teoría general sobre ciertas relaciones entre normas –y no sólo como una teoría sobre las relaciones entre las categorías penales de tipo y antijuridicidad- (subapartado B).

### 3.1. El problema de las normas permisivas

Con contundencia se ha afirmado que “La cuestión de la existencia o no de normas permisivas es uno de los problemas más debatidos en la teoría del Derecho” (ATIENZA/RUIZ MANERO 2004: 115). Sin embargo, como inmediatamente matizan los autores citados, la cuestión no es si existen o no enunciados de la forma “permitido X”, que por supuesto resultan comunes en los ordenamientos jurídicos. En realidad, presupuesta la existencia de tales enunciados, las cuestiones problemáticas son estas otras dos: i.- ¿Tienen relevancia pragmática?; ii.- ¿Es necesaria la categoría “permisión”?

i - Con los matices que se quiera, hoy en día existe un amplio acuerdo en que las normas penales cuentan entre sus objetivos dirigir la conducta de sus destinatarios. Para conseguirlo suelen anudar a su directiva de conducta (sea ésta un mandato o una prohibición) la amenaza de una sanción para el caso de incumplimiento. Menos evidente resulta el efecto directivo en aquellos supuestos, poco comunes, en los que no se prevé una sanción para el caso de su incumplimiento<sup>26</sup>. Aun en estos casos, sin embargo, la calificación de la conducta como prohibida u obligatoria puede dar lugar a consecuencias jurídicas negativas si el sujeto no conforma su conducta a la exigida (y, por tanto, le ofrece razones para actuar en el sentido exigido por la norma). Esto es especialmente claro en el caso de las normas que declaran prohibida una conducta, ya que tal declaración faculta a sujetos distintos del que la lleva a cabo a realizar conductas defensivas de mayor alcance que aquellas que son posibles frente a comportamientos lícitos. Pero también ocurre en el caso de normas que establecen una obligación, ya que su cumplimiento en ocasiones podrá ser exigido de forma coactiva o dar lugar a deberes conexos/impedir la aparición de derechos en otros lugares del ordenamiento<sup>27</sup>.

Mientras que la relevancia autónoma de las normas que establecen mandatos o prohibiciones resulta evidente, a primera vista pareciera que las normas que establecen permisos resultan irrelevantes por sí mismas, adquiriendo relevancia únicamente cuando coexisten con alguna norma directiva cuyo ámbito de actuación recortan. A esta cuestión

---

<sup>26</sup> Ello es el caso, por ejemplo, de la obligación de denunciar delitos prevista en el art. 264 LECr, cuya infracción no tiene prevista sanción alguna (sobre este precepto y las opiniones de la doctrina procesal al respecto, v. GÓMEZ POMAR/ORTIZ DE URBINA, *Chantaje e intimidación: un análisis jurídico-económico*, 2005, pp. 87-90).

<sup>27</sup> Al respecto, y en relación con el art. 264 LECr, citado en la anterior nota, v. GÓMEZ POMAR/ORTIZ DE URBINA, *Chantaje e intimidación: un análisis jurídico-económico*, 2005, p. 90, nota 107, con cita de sentencias en las que el Tribunal Supremo se ha valido de esta genérica obligación de denunciar para negar que exista un derecho a que la exteriorización de propósitos delictivos sea mantenida en secreto por el destinatario de la misma.

suele referirse la doctrina jurídico-penal aludiendo al “carácter incompleto” de las normas de permiso<sup>28</sup>. A los penalistas, las características de nuestro sector del ordenamiento jurídico nos inclinan a considerar sólo una parte de la cuestión (¿qué ocurre cuando una norma directiva colisiona con una permisiva?). Lo cierto, sin embargo, es que existe otro interrogante: ¿qué ocurre cuando se introduce una norma permisiva en un ámbito previamente no regulado? Para plantear esta segunda problemática, en la literatura iusfilosófica en lengua castellana a menudo se recurre al original “relato de Toro Sentado” ideado por ECHAVE/URQUIJO/ GUIBOURG. En lo que alcanzo, éste no ha hecho hasta el momento aparición en la literatura jurídico-penal, de modo que me permitiré reproducirlo en su difícilmente mejorable literalidad:

“Supongamos que hubo entre los charrúas un grupo que vivía de la caza y de la pesca sin sujeción a normas ni autoridades de ninguna clase. Un día, al ver que otras tribus obtenían mejor sus objetivos gracias a la organización de que se habían dotado, decidieron elegir un cacique para que los mandase. La elección recayó en Toro Sentado que, a diferencia de su homónimo piel roja, era un indio pacífico y poco dado a interferir en la vida de sus congéneres. Toro Sentado reunió entonces a la tribu, y dictó su primera norma: ‘A partir de hoy –dijo– estará permitido cazar los martes y los jueves’. Janquel, un indígena con dotes innatas de leguleyo, intentó una interpretación *a contrario*: ‘¿Eso quiere decir que no podemos cazar los demás días?’ ‘De ninguna manera –se apresuró a aclarar el benévolo cacique–, yo permito cazar los martes y los jueves, pero no digo *nada* sobre el resto de la semana’. Janquel quedó desconcertado, pero Onín, tribeño proclive a las reflexiones éticas, insistió: ‘¿Tal vez eso implica una promesa de no prohibir en el futuro las cacerías de martes y jueves?’ ‘Tampoco –repuso Toro Sentado–; no me agrada imponer prohibiciones a mi tribu, pero me reservo la posibilidad de cambiar de idea. ¿Qué gobernante no lo hace?’ Los aborígenes se miraron unos a otros, y empezaron a disiparse en silencio: no podían evitar la impresión de que la elección del jefe había resultado, al menos hasta ese momento, completamente inútil. Toda la vida habían cazado y pescado como les venía en gana, sin consultar el calendario; y ahora, luego de sancionada la primera ley de su tribu, las cosas seguirían exactamente igual mientras a Toro Sentado no se le ocurriera prohibir algo” (ECHAVE/URQUIJO/GUIBOURG 1980: 155-156).

La norma de permisión, en aquellos casos en los que se introduce sin que exista (previa o simultáneamente) una norma directiva regulando el mismo tipo de conducta, parece por completo irrelevante. Sin embargo, sólo lo parece. Comentando el anterior relato, ALCHOURRÓN/BULYGIN (1984: 235-237) han puesto de manifiesto que, por efecto de la relación de jerarquía, la norma de permisión vinculará a autoridades de rango inferior a Toro Sentado, y tendrá por lo tanto efectos prácticos sobre la conducta de sus súbditos, quienes tienen garantizado que tales autoridades están obligadas a respetar sus decisiones relativas a llevar a cabo (u omitir) las conductas a las que se refiere la permisión<sup>29</sup>.

Así pues, la cuestión de la relevancia pragmática de las normas de permiso admite ciertas matizaciones<sup>30</sup>:

<sup>28</sup> Especialmente profundo es el análisis de esta cuestión llevado a cabo por OCTAVIO DE TOLEDO, quien para referirse a las normas de permiso y en general de las de la parte general prefiere hablar de “normas referidas” y no de “normas incompletas” (OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, 1981, pp. 178-180). Le sigue ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, 2001, pp. 123-124.

<sup>29</sup> El lector que entienda que la discusión en curso no afecta al Derecho penal ha de pensar en la posibilidad de permisos de rango constitucional y, por lo tanto, vinculantes para el legislador ordinario. Con todo, hay razones a favor de considerar que las libertades constitucionales no son (mejor: no son sólo) permisos. Al respecto, v. ATIENZA/RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2ª ed., 2004, pp. 136-139, y MAZZARESE, «Permisión fuerte y permisión débil: notas al margen», en NAVARRO/REDONDO (compiladores), *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, 2002, pp. 141-142.

<sup>30</sup> Para un análisis completo de la cuestión, que aquí sólo se bosqueja, v. ATIENZA/RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2ª ed., 2004, pp. 115-139. En concreto, los autores distinguen tres tipos de ámbitos en los que pueden actuar los permisos: como operadores de una regla regulativa, en el contexto del ejercicio de poderes normativos y en la configuración de las libertades constitucionales. El

- Las normas de permiso son indudablemente relevantes cuando “acompañan” a otras normas que califican deónticamente alguna conducta como prohibida u obligatoria: en ausencia de la norma de permiso, la conducta estaría prohibida o sería obligatoria, mientras que, en su presencia, tal calificación deóntica queda relegada y se ve sustituida por la de permitida.

- Las normas de permiso son también relevantes cuando la conducta no está deónticamente calificada pero (a) hay dudas sobre la permisión de la conducta (por ejemplo porque es una nueva posibilidad, producto de un desarrollo social o tecnológico, o porque la jurisprudencia no es uniforme al respecto) o (b) existe el temor de que ésta vaya a ser regulada en algún sentido directivo (ordenada o prohibida) por alguna autoridad de rango inferior a aquella que dicta la norma permisiva.

ii.- Resta sin embargo atender a la segunda cuestión: presupuesta la relevancia práctica de las permisiones, ¿es necesaria la existencia de la permisión como categoría normativa independiente? Ello no parecería ser el caso si todos sus efectos pudieran ser explicados acudiendo a las normas de mandato, si las permisiones pudieran explicarse en términos de negación o cancelación de las normas directivas “correspondientes” (mediante su desplazamiento o la introducción de definiciones)<sup>31</sup>. En tal supuesto, la existencia de una norma permisiva sería equivalente a la inexistencia de una norma directiva, y la permisión no tendría significado independiente.

Precisamente con la pretensión de negar esta conclusión introdujo VON WRIGHT la conocida distinción entre “permiso fuerte” y “permiso débil”. Ésta aparece formulada por vez primera en “Norm and Action”<sup>32</sup>, donde se afirma que “Se dirá que una conducta está permitida en el sentido débil si no está prohibida, y se dirá que está permitida en sentido fuerte si no está prohibida pero está sometida a norma. Las conductas que están permitidas en el sentido fuerte lo están también en el sentido débil, pero lo contrario no es necesariamente cierto” (1963: 86).

El interés de VON WRIGHT en encontrar un cálculo de lógica deóntica en el que hubiera un lugar específico para la permisión “fuerte” tiene que ver con su convencimiento de que ésta era la única manera de encontrar una solución al problema de las lagunas y al de las normas de competencia (que en algún momento caracterizó como “permisiones de orden o grado superior”)<sup>33</sup>. El problema, en términos de lógica deóntica, es que la interdefinibilidad

---

primero de estos tres ámbitos es el que nos interesa a los penalistas a la hora de indagar las relaciones entre tipo y antijuridicidad, y es el único al que aludo en el texto.

<sup>31</sup> En palabras de ALCHOURRÓN y BULYGIN: “¿Cuál es la diferencia, si hay alguna, entre promulgar una permisión y derogar una prohibición? (...) Uno tiene la impresión de que los dos análisis son sustancialmente equivalentes, en el sentido de que representan dos distintas descripciones de la misma situación. Si esto fuera así, sería un resultado más bien sorprendente, pues mostraría la fecundidad del concepto de derogación y su importancia para la teoría de las normas. El concepto de norma permisiva resultaría teóricamente superfluo: se podría prescindir de él” (ALCHOURRÓN/BULYGIN, «La concepción expresiva de las normas» (1981), en LOS MISMOS, *Análisis Lógico y Derecho*, 1991, pp. 148-149). Curiosamente, estos autores son dos de los más importantes partidarios de la relevancia autónoma de los permisos. Para una convincente crítica de su posición, sin embargo, v. ATIENZA/RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2ª ed., 2004, pp. 124-128.

<sup>32</sup> Si bien VON WRIGHT ya había adelantado alguno de sus argumentos en un estudio anterior, “The Logic of Negation”, de 1959. Sobre esta primera aproximación puede consultarse MAZZARESE, «Permisión fuerte y permisión débil: notas al margen», en NAVARRO/REDONDO (compiladores), *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, 2002, pp. 133-134.

<sup>33</sup> Las normas de competencia se incluyen dentro del segundo de los ámbitos en los que, según se afirmó *supra* en la nota 30, tiene sentido plantearse la cuestión de los permisos. Sin embargo, la cuestión no tiene

de los operadores deónticos hace que la permisión sea perfectamente definible mediante la negación de la prohibición o el mandato (más concretamente, la denominada “permisión positiva” equivale a la negación de la prohibición y la “permisión negativa” a la negación del mandato)<sup>34</sup>.

La distinción propuesta por VON WRIGHT resulta correcta en términos descriptivos. En los ordenamientos jurídicos existen tanto conductas sobre las que el sistema no se ha pronunciado como otras sobre las que se ha pronunciado declarándolas expresamente permitidas. Si nos centramos en el subsistema jurídico-penal, la distinción permiso fuerte-permiso débil parece prácticamente indistinguible de la existente entre acciones atípicas (la muerte de una mosca) y acciones típicas pero justificadas (la muerte del agresor realizada en legítima defensa). Sin embargo, lo verdaderamente importante es si la distinción, además de descriptivamente correcta, también es relevante.

Para profundizar en este punto podemos recoger la sugerencia de ATIENZA/RUIZ MANERO (2004: 132-133) e indagar los efectos de las normas permisivas utilizando la terminología y el aparato conceptual propuestos por RAZ en su conocido análisis de las normas como razones para la acción. Según RAZ (1990: 73-76) las reglas de mandato son razones operativas caracterizadas por su carácter protegido o perentorio: su presencia excluye la validez como guía de conducta del juicio de razones que el sujeto pueda efectuar sobre el supuesto de hecho regulado<sup>35</sup>. A su vez, las normas de permisión se pueden entender como la negación de tal razón perentoria o protegida, de modo que el juicio del individuo sobre la situación recobra toda su fuerza como guía de la conducta. El ordenamiento le permite decidir conforme a su propio juicio de razones y, decida lo que decida (obviamente: dentro del ámbito cubierto por la norma de permisión), no actuará de forma contraria al ordenamiento jurídico.

En el caso del Derecho penal, es particularmente claro que se pretende guiar la conducta de los sujetos con independencia de la evaluación que éstos puedan efectuar acerca de la situación o estado de cosas de que se trate ya que, en caso de que el sujeto se decida en contra de la directiva de conducta se reacciona de la forma más extrema que permite el ordenamiento jurídico: imponiendo una pena<sup>36</sup>. Cuando la conducta del sujeto cae dentro

---

por qué ocuparnos aquí. El lector interesado podrá encontrar cumplida información sobre el tema en la obra de ATIENZA/RUIZ MANERO citada en dicha nota.

<sup>34</sup> La cuestión es además particularmente compleja (o “resistente”), ya que, tal y como afirma MAZZARESE, “no es suficiente con excluir del vocabulario de un cálculo de lógica deóntica la interdefinibilidad de los operados deónticos y asumir como independiente el carácter normativo de la permisión cuando, en el cálculo, la interdefinibilidad de los operadores puede todavía derivarse como tesis a partir de los axiomas y de las reglas de deducción” (MAZZARESE, «Permiso fuerte y permiso débil: notas al margen», en NAVARRO/REDONDO (compiladores), *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, 2002, p. 136). Sobre dicha interdefinibilidad puede verse la accesible exposición de ITURRALDE, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1998, pp. 188-191. Para la (muy minoritaria) visión contraria a la interdefinibilidad, v. PHILIPPS, «Normentheorie», en KAUFMANN/HASSEMER/NEUMANN (eds.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7ª ed., 2004, pp. 321-322).

<sup>35</sup> Como también recogen los autores citados, esta misma idea puede expresarse conforme a la más tradicional terminología kantiana: trasladando ésta al lenguaje de las razones para la acción, las reglas de mandato ofrecerían razones categóricas (ATIENZA/RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2ª ed., 2004, p. 133).

<sup>36</sup> Dejo al margen de la presente discusión la complicación que para la comprensión de las reglas de mandato como razones perentorias pudiera suponer la admisión de causas de exención/minoración de la responsabilidad por motivos de conciencia. Creo que la no discusión de estos supuestos queda justificada en base a dos razones: en primer lugar, porque en el ámbito del Derecho penal su admisión es inusual en frecuencia y restringida en alcance, de modo que la fuerza de las conclusiones que se obtengan de tal análisis habrá así mismo de matizarse; en segundo lugar, y de modo más decisivo, porque la opinión ampliamente mayoritaria entiende que estos conflictos han de resolverse en categorías dogmáticas posteriores al injusto (v. JERICÓ, *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, 2007, pp. 304-305; y TAMARIT,

del supuesto de hecho de una norma de permisión, sin embargo, el Derecho penal deja de pretender guiar su conducta: el sujeto que se encuentra en una situación de legítima defensa puede decidir tanto defenderse como esquivar o soportar la agresión ilegítima de la que está siendo objeto. Sea cual sea su decisión, el Derecho penal no anudará consecuencia alguna a su actuación. Así pues, parece que no puede afirmarse la existencia de una diferencia relevante entre la fuerza normativa de los permisos fuertes y los débiles<sup>37</sup>.

Según se comentó anteriormente, es posible entender que el subsistema jurídico-penal presenta una peculiaridad desde el punto de vista de la relación entre permisos fuertes y débiles: en este subsistema el principio de legalidad actuaría como una norma de clausura o de cierre, declarando expresamente permitidas todas las conductas no expresamente prohibidas y cerrando conceptualmente la posibilidad a la existencia de permisos débiles. Esta posibilidad fue estudiada en su momento por importantes representantes de la tradición iusfilosófica analítica como VON WRIGHT (1963: 87-88) o ALCHOURRÓN/BULYGIN (1971: 196-198), y es ahora recogida por ALONSO en su traslación de conceptos de tal tradición al análisis de la interpretación de las normas penales (2006: 270). Aquí no se pretende aceptarla sin más, ya que no se puede ignorar que la discusión sobre el principio de permisión es más compleja y sigue estando abierta (ITURRALDE 1998: 199-210). Si se trae a colación, sin embargo, es para apuntar que las conclusiones sobre la relevancia autónoma de la categoría “permisión” que se han ido alcanzando se mantendrían con independencia de cuál sea la respuesta que se dé a este interrogante. La argumentación anterior ha partido de la existencia de la distinción entre los permisos débiles y los fuertes y ha mostrado que ésta no afecta a la fuerza normativa de cada uno de los permisos y por tanto no sirve para fundamentar la existencia de diferencias relevantes entre la conducta atípica y la típica pero justificada. De concluirse que a pesar del principio de legalidad todavía puede hablarse de permisos fuertes y débiles, el resultado seguiría siendo el mismo, ya que nuestra discusión suponía tal distinción. De concluirse que el principio de legalidad impide considerar que en Derecho penal exista esta distinción, el argumento a favor de la irrelevancia de la distinción entre las conductas atípicas y las típicas y justificadas no haría sino verse fortalecido.

Reflexionando sobre el eco de la discusión en torno a los permisos fuertes y los permisos débiles constata MAZZARESE (2002: 132) cómo ésta ha quedado básicamente circunscrita al ámbito de la lógica deóntica, no siendo considerada particularmente relevante por los teóricos del Derecho. Podría pensarse que no resulta extraño que una cuestión que no logra suscitar la atención de los teóricos del Derecho tampoco sea objeto de atención por parte de los penalistas. Sin embargo, la falta de interés en la teoría del Derecho está estrechamente relacionada con lo extendida que está la idea de que no es posible diferenciar ambos tipos de permiso en cuanto a su fuerza normativa. Debido a la isomorfía que *prima facie* presenta esta distinción con la existente entre las conductas atípicas y aquellas otras típicas pero justificadas (isomorfía que no se vería afectada de modo relevante, por la interpretación del principio de legalidad como una norma de cierre), este resultado apoyaría la posición de quienes insisten en que tampoco entre estos dos grupos de conductas existen diferencias

---

*La libertad ideológica en el Derecho penal*, 1989, pp. 391 y 397, si bien este último autor propone que bajo determinadas condiciones la colisión pueda operar justificando, v. pp. 425-430). Ello prácticamente equivale a desarticular su importancia para la discusión en curso ya que, si se entiende que la exclusión/minoración de la responsabilidad en tales supuestos deja intacta la antijuridicidad de la conducta, se está admitiendo que la norma sigue pretendiendo efecto directivo perentorio.

<sup>37</sup> Esta es precisamente la conclusión alcanzada por RAZ, para quien los filósofos que han pretendido mostrar la especialidad de la permisión fuerte “han fracasado a la hora de identificar la forma en que los permisos fuertes difieren de los débiles en cuanto a su fuerza normativa. Después de todo, los permisos fuertes y débiles son permisos exactamente en el mismo sentido, y difieren sólo en cuanto a su fuente” (RAZ, *Practical Reason and Norms*, 1990, p. 88). Con todo, el propio RAZ intentó distinguir diversos tipos de permisión, apoyándose en su noción de razones para la acción. Habría un tipo de permisos, los permisos “excluyentes”, que se diferenciarían del resto porque autorizan a no considerar las razones que operan en contra de la conducta de que se trate (RAZ, *Practical Reason and Norms*, 1990, pp. 89-90). La idea cae fuera del objeto de esta indagación. Para un reciente análisis crítico v. RENZIOWSKI, «Intra- und extrasystematische Rechtfertigungsgründe», en BYRD/JOERDEN (eds.), *Philosophia Practica Universalis. Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag (Jahrbuch für Recht und Ethik vol. 13)*, 2005, pp. 644-649.

tan relevantes como para conceder un escalón autónomo a la tipicidad<sup>38</sup>. Ello, a su vez, reforzaría la idea de estructurar de forma bipartita la teoría jurídica del delito, una opción que es sin embargo minoritaria entre los penalistas<sup>39</sup>.

### 3.2. La TENT como teoría general del Derecho:

#### a) Presupuestos: colisión entre normas jurídicas y criterios de resolución

Como se ha adelantado en el anterior subapartado, las permisiones pueden explicarse en términos de negación o cancelación de las normas directivas “correspondientes”, mediante su exclusión o la introducción de definiciones. Este último pareciera ser el camino recorrido por la TENT, que pretende que la situación de colisión generada a partir de la concurrencia de la norma directiva con la permisiva se resuelva entendiendo que los presupuestos de la permisiva se incorporen a la norma directiva en forma de “elementos negativos”, redefiniendo por tanto su ámbito de aplicación.

El mismo procedimiento parece poder usarse en todos los casos en los que dos normas se refieren al mismo supuesto de hecho disponiendo consecuencias jurídicas incompatibles, y por lo tanto la discusión sobre la TENT no se restringe al ámbito jurídico-penal (ni allí al de la antijuridicidad) sino que es una cuestión más general, propia de la teoría del Derecho (MINAS-VON SAVIGNY 1972: 3-6). Ello supone que existe la posibilidad, como se adelantó, de que el desarrollo de la TENT en el ámbito penal no haya sido coherente con lo que esta teoría puede dar realmente de sí.

Resulta conveniente efectuar una matización: cuando se afirma que la TENT es una teoría de carácter general, ello no quiere decir que sea compatible con cualquier concepción de las normas. De hecho, la TENT es compatible con todas las teorías al uso, excepto con la imperativa pura o monista<sup>40</sup>. Como es sabido, dentro de las teorías imperativas puede distinguirse una rama “dualista” y otra “monista”. La teoría dualista sostiene que, junto a las normas estrictamente imperativas (mandatos y prohibiciones), denominadas “normas jurídicas autónomas o independientes” (*selbständige Rechtssätze*), existen otras, las “dependientes” (entre las que se

<sup>38</sup> El lector puede estar preguntándose qué ocurre con la posibilidad antes vista de que la norma permisiva tenga como objetivo regular la conducta de autoridades de rango inferior. Lo primero que hay que decir es que, si bien ésta es efectivamente una diferencia entre los permisos fuertes y los débiles, ello no afecta al núcleo del análisis, ya que la distinción entre tipicidad y antijuridicidad no se defiende afirmando la importancia del permiso como regulador de la conducta de otras autoridades. En segundo lugar, la cuestión en cualquier caso puede verse como la formulación indirecta de una prohibición (de regular de forma contraria la conducta/de interferir en la conducta de quienes la llevan a cabo), por lo que se seguiría sin demostrar la necesidad de la permisiva como categoría independiente.

<sup>39</sup> ¿No me estoy olvidando de la posibilidad de entender que de las acciones típicas pero justificadas emanan deberes de tolerancia, deberes que no surgen de las acciones atípicas? Conscientemente eludo el tema porque: a) de hecho, éste no ha tenido un papel importante en la discusión (aunque previsiblemente lo tendrá en el futuro) y b) el tratamiento de los deberes de tolerancia es una de las partes menos desarrolladas de la elaboración dogmática jurídico-penal contemporánea. Para un interesante estado de la cuestión y un avance de las líneas por las que previsiblemente habrá de discurrir la discusión puede consultarse el intercambio entre SILVA y diversos penalistas y iusfilósofos recogido en MANRIQUE (ed.), *Revista Discusiones*, N° 7, 2007, así como el interesante y condensado texto preliminar de la citada autora.

<sup>40</sup> Al respecto, con profundidad, MINAS-VON SAVIGNY, *Negative Tatbestandsmerkmale. Ein Beitrag zur Rechtssatz- und Konkurrenzlehre*, 1972, pp. 34-45. Por el contrario, WELZEL (*Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 4ª ed., 1961, p. 24) entendía que la TENT era “un florecimiento tardío de las viejas teorías imperativas”, mientras que HIRSCH (*Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund*, 1960, pp. 273-277), si bien reconoce que no es posible constatar una influencia histórica de las teorías imperativas en la TENT, entiende que en cualquier caso a ambas les une su desconocimiento del significado independiente de la norma de permisiva. Mientras que las palabras de WELZEL parecen referirse a la teoría imperativa monista, las de HIRSCH son compatibles con ambas.



encuentran los permisos), que derivan su carácter jurídico de su referencia a las independientes<sup>41</sup>. Por el contrario, la teoría “monista” niega que las normas que establecen permisos puedan considerarse jurídicas, entendiendo que pertenecen al ámbito de lo extrajurídico, al igual que la conducta por ellas regulada<sup>42</sup>. No existiendo dos normas que entren en colisión, es evidente que la TENT que se defiende en la teoría del Derecho, que presume que existe tal colisión, no es compatible con la teoría imperativa pura<sup>43</sup>.

Para seguir con la explicación procede recordar las distinciones sobre los posibles tipos de concurso de normas efectuadas por KLUG (1956: 60-61), según quien entre dos normas pueden darse tres tipos de relación<sup>44</sup>:

- a) *Heterogeneidad*, cuando el mismo supuesto no puede caer nunca dentro del ámbito de aplicación de las normas X e Y (ej.: arts. 144 y 145 CP, aborto sin y con consentimiento de la mujer);
- b) *Interferencia*, cuando se dan las siguientes circunstancias:
  - a. Puede haber al menos un supuesto que cae dentro del ámbito de aplicación de la norma X y no cae al mismo tiempo también dentro del ámbito de aplicación de la norma Y, y
  - b. Puede haber al menos un supuesto que cae dentro del ámbito de aplicación de la norma Y y no cae al mismo tiempo también dentro del ámbito de aplicación de la norma X, y

<sup>41</sup> Entre los penalistas esta posición está eminentemente representada por ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 6ª ed., 1975, pp. 12-42, especialmente 22-27. Para una reciente defensa de la lectura en clave imperativa de los permisos (y las normas que otorgan competencia, que el autor denomina “normas finales”), v. ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, 2001, pp. 108-129. La teoría imperativa “dual” pierde buena parte de su carácter distintivo cuando se afirma que la imperatividad es una característica predicable del Derecho positivo en conjunto y no de cada una de sus disposiciones (ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, 2001, p. 119).

<sup>42</sup> Posición defendida con especial ardor por HOLD VON FERNECK (*Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechtes* (1903). Band I. Der Begriff der Rechtswidrigkeit, 1978, *passim*, v. por ejemplo pp. 302-303), quien para ejemplificarlo recoge entre otros el ejemplo de la muerte en legítima defensa: no puede decirse que sea una acción antijurídica porque el agresor sobre quien recae la acción efectuada en legítima defensa no tiene derecho a no resultar lesionado (*Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechtes* (1903). Band I. Der Begriff der Rechtswidrigkeit, 1978, p. 293), si bien no puede tampoco afirmarse que la conducta de quien se defiende sea legal, ya que aquél sobre quien recae la acción defensiva “de ningún modo tiene el deber de dejarse matar o mutilar, y cuando detiene el golpe mortal de quien se defiende no actúa de forma antijurídica” (*Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechtes* (1903). Band I. Der Begriff der Rechtswidrigkeit, 1978, p. 157). Sobre el pensamiento de este autor, v. MOLINA, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 328-342; y MINAS-VON SAVIGNY, *Negative Tatbestandsmerkmale. Ein Beitrag zur Rechtssatz- und Konkurrenzlehre*, 1972, pp. 35-39.

<sup>43</sup> Una nota sobre la terminología empleada. En la literatura iusfilosófica actual es usual distinguir entre el *enunciado o formulación normativa*, que es el vehículo lingüístico elegido por el legislador para prohibir, prescribir o autorizar una conducta, la *norma*, que es el significado de tal formulación, obtenido por medio de la interpretación, y las *proposiciones normativas*, que son las oraciones (*rectius*: su significado) que expresan que una conducta está prohibida, prescrita o autorizada por una norma o un conjunto de éstas. Conforme a estas distinciones, la traducción de “Rechtssatz” como “norma jurídica” resultaría sin duda incorrecta. Sin embargo, en el ámbito alemán es y ha sido usual emplear la palabra “Rechtssatz” como “norma jurídica” (RODRÍGUEZ MOLINERO, «Prólogo a la nueva edición española», en LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 1994, p. 7). De este modo, excepto cuando ello resulte manifiestamente incorrecto traduciré “Rechtssatz” por “norma”. Excepcionalmente, en la parte IV.b) de este trabajo traduciré “Erlaubnissatz” como “precepto permisivo”, toda vez que ésta es la traducción canónica en el finalismo español y no conviene introducir más distorsiones en una discusión que, como podrá comprobarse, resulta muy sensible al uso de los términos.

<sup>44</sup> Puede encontrarse una clara explicación de estas relaciones normativas en HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, pp. 387-396, especialmente pp. 389-392.

- c. Puede haber al menos un supuesto subsumible en ambas normas al tiempo (ej.: arts. 248 –estafa- y 395 CP –falsedad en documento privado-);
- c) *Subordinación*, cuando los supuestos que caen dentro del ámbito de aplicación de la norma X siempre caen así mismo dentro del ámbito de aplicación de la norma Y, sin que lo contrario sea cierto (ej.: arts. 234 –hurto, norma Y- y 237 CP –robo, norma X-).

Si la TENT ha de ser considerada una teoría sobre la colisión de normas, es evidente que sólo puede referirse a los casos de interferencia y subordinación. En los casos en los que el conflicto normativo no viene resuelto por otros criterios (como el de jerarquía o las consideraciones sobre la validez espacial o temporal de la norma), se entiende que existe el denominado “concurso de normas”. Para su resolución, la doctrina jurídico-penal ha elaborado (y algunos ordenamientos han recogido) distintos criterios, entre los que se han impuesto tres: la especialidad, la subsidiariedad y la consunción<sup>45</sup>. En concreto, el criterio de especialidad solventaría los supuestos de subordinación, mientras que la subsidiariedad sería de aplicación en los de interferencia<sup>46</sup>. Como ha sido puesto de manifiesto, la gran diferencia entre ellos está en que mientras que la especialidad se puede definir de modo preciso, la subsidiariedad (y en su caso la consunción) sólo se pueden definir de modo aproximado y por lo tanto genera importantes problemas de vaguedad. A los efectos de esta exposición podemos limitarnos a los supuestos de subordinación, ya que ésta parece ser la relación existente entre las normas de mandato y las de permisión. Conviene sin embargo aclarar que ello no quiere decir que la TENT no sea aplicable a los supuestos de interferencia, y tampoco que la colisión entre las normas de mandato y las de permiso sea el único ejemplo de subordinación: la restricción de la exposición a este tipo de colisión tiene un sentido puramente expositivo.

A pesar de que se pueda describir en términos precisos, el criterio de especialidad no tiene carácter lógico, al menos desde el punto de vista de la lógica formal (KLUG 1956: 69-70), ya que de las relaciones formales entre enunciados no puede inferirse que el principio de especialidad sea preferible a un hipotético “principio de generalidad”. Su adecuación y su utilidad en el ámbito de la razón práctica (y no sólo en el Derecho), sin embargo, parecen fuera de toda duda, ya que la especialidad garantiza que las descripciones más precisas de las acciones, las que más elementos han tenido en cuenta, sean las que guíen el razonamiento práctico. Ello explica que el principio de especialidad no tenga opositores conocidos<sup>47</sup>. Pero si su aceptación es unánime, no lo es tanto su reflejo en términos

<sup>45</sup> Existen dudas muy fundadas sobre la posibilidad de entender que la consunción sea una categoría distinta de la subsidiariedad (KLUG, «Sobre el concepto de concurso de leyes. (Análisis lógico de una regulación lingüística de la dogmática penal)» (1956), en EL MISMO, *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*, 1989, pp. 63-66; le siguen MINAS-VON SAVIGNY, *Negative Tatbestandsmerkmale. Ein Beitrag zur Rechtssatz- und Konkurrenzlehre*, 1972, pp. 59-60; y HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed, 1988, p. 393).

<sup>46</sup> Sin embargo, no todos los casos de interferencia en sentido lógico se resuelven mediante el criterio de la subsidiariedad. En algunos de ellos la concurrencia de consecuencias jurídicas incompatibles se resuelve negando la aplicación de todas ellas y estableciendo una nueva consecuencia jurídica, tal y como ocurre en el Derecho penal español en el caso del concurso ideal. Entiendo que de este modo se precisa la afirmación que respecto del anterior Código penal hacía CID, para quien en estos casos lo que prescribe la norma de segundo nivel es “la aplicación de las diversas normas de primer nivel aplicables” (CID, *Anuario de Derecho penal*, 1994, p. 33, nota 9). Si la norma de segundo nivel se limitara a autorizar la aplicación conjunta se impondrían ambas consecuencias jurídicas simultáneamente, como ocurre en el concurso real: en el concurso ideal, sin embargo, se bloquea tal posibilidad y se construye una nueva consecuencia jurídica.

<sup>47</sup> Al respecto, KLUG: “En la especialidad, el respectivo sentido teleológico es siempre tan inequívocamente reconocible que no necesita ninguna referencia especial del legislador con respecto al efecto derogante (*sic*) del tipo especial” (KLUG, «Sobre el concepto de concurso de leyes. (Análisis lógico de una regulación lingüística de la dogmática penal)» (1956), en EL MISMO, *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*, 1989, p. 71). V. también la justificación material de la aplicación del criterio de especialidad por parte de

formales. ¿Cuál es la mejor manera de expresar formalmente como actúa el principio de especialidad?

b) La expresión formal del principio de especialidad

En su valiosa contribución al tema, MINAS-VON SAVIGNY (1972: 70-77) describió tres posibilidades de formalizar el principio de especialidad, que aquí se presentarán de forma resumida. Antes, sin embargo, conviene subrayar que de la formalización escogida no se derivan consecuencias para la respuesta de cuestiones materiales. En este sentido, y como con acierto manifiesta MINAS-VON SAVIGNY (1972: 126), las diferentes maneras de formalizar la relación entre las normas de mandato y los permisos no hacen sino expresar formalmente decisiones tomadas siguiendo otro tipo de consideraciones. Puede parecer que decir esto priva de sentido a la exposición que sigue: si lo que importan son esas otras consideraciones y no las formalizaciones que de las decisiones conforme a ellas tomadas se puedan hacer, ¿por qué no analizarlas directamente? La respuesta está en que en la discusión jurídico-penal *sí* se ha supuesto que las diferentes maneras de formalizar cómo se llega a un mismo resultado (la acción justificada no tiene ninguna consecuencia jurídico-penal) resultaban importantes para la estructuración de la teoría jurídica del delito. Por lo tanto, antes de entrar a efectuar el análisis valorativo conviene profundizar en las mencionadas formalizaciones:

- En primer lugar, MINAS-VON SAVIGNY propone la que denomina “teoría de la norma jurídica supraordenada (*übergeordneter Rechtssatz*)”, según la cual en los casos de conflicto entre dos normas en relación de subordinación una tercera regula la colisión, estableciendo que sólo será aplicable la consecuencia jurídica prevista en una de ellas (la referencia a la “supraordenación” no debe entenderse en un sentido jerárquico sino lingüístico: la tercera norma pertenece a un nivel del lenguaje –el metalenguaje– distinto de los otros dos). Así pues, en el caso de un homicidio en legítima defensa, esta teoría operaría con tres premisas<sup>48</sup>:

A: Quien mate a otra persona será condenado a la pena de (...)

B: Quien mate a otra persona en situación de legítima defensa quedará exento de pena.

C: Cuando B sea aplicable, A no lo será.

- La segunda posibilidad recibe en su traducción el poco agraciado pero expresivo nombre de “Teoría de la determinación negativa del ámbito de aplicación” (*Theorie der negativen Geltungsanordnung*). Según ésta, la especialidad puede describirse mediante dos enunciados, uno de los cuales afirma la aplicabilidad de una consecuencia jurídica, otro de

---

CID, *Anuario de Derecho penal*, 1994, pp. 54-55, quien se basa en lo que llama “principio de vigencia” o necesidad de tener en cuenta todas las propiedades de la acción que el legislador ha considerado relevantes. De aplicarse la norma general no se tendrían en cuenta las propiedades que llevaron a considerar necesario dictar una norma más concreta. Como reconoce el propio CID, los muy convincentes criterios de racionalidad por él propuestos fueron planteados y desarrollados por Enrique Gimbernat: v. GIMBERNAT, «Inducción y auxilio al suicidio» (1972), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*. 3ª ed., 1990, pp. 283-285; y EL MISMO, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)» (1990), en EL MISMO, *Ensayos penales*, 1999, pp. 414-427.

<sup>48</sup> Tras la tipificación expresa de las reglas del concurso de leyes en el CP de 1995, hoy en día todas estas premisas podrían contener enunciados legales y no meramente doctrinales (en concreto, podrían referirse a las normas emanantes de los arts. 138, 20.4 y 8.1ª CP). Sin embargo, renunciaré a hacerlo por comodidad en la exposición.

los cuales la niega. En este caso, y utilizando el ejemplo del caso anterior, tendríamos las siguientes premisas:

A: Quien mate a otra persona será condenado a la pena de (...)

B: La consecuencia jurídica prevista en A no será de aplicación cuando la persona actúe en legítima defensa<sup>49</sup>.

- La tercera posibilidad es la TENT. Según ésta, la no aplicación de la consecuencia jurídica que se ve excluida puede explicarse entendiendo que no se da su supuesto de hecho. Ello sólo es posible, sin embargo, mediante la introducción en el supuesto de hecho a excluir de la negación de la conjunción de los elementos del supuesto de hecho de la norma cuya aplicación se quiere. Así, siguiendo con nuestro ejemplo y ciñéndonos a la relación entre la norma que prohíbe el homicidio y la que lo autoriza en legítima defensa:

A: Quien mate a otra persona sin que concurran los elementos de la legítima defensa, será condenado a la pena de (...) <sup>50</sup>

Generalizando la formalización anterior para dar cuenta de las relaciones de interferencia, lo que la TENT así interpretada afirma es que (MINAS-VON SAVIGNY 1972: 92):

- a) Cuando los supuestos de hecho de los enunciados normativos A y B se encuentran en relación de subordinación o interferencia *y*
- b) Las consecuencias jurídicas previstas por ambos enunciados son incompatibles *y*
- c) La consecuencia jurídica del enunciado normativo A excluye (conforme al principio de especialidad o al de subsidiariedad) la de B, *entonces*
- d) La negación de la conjunción de los elementos del supuesto de hecho de B que no se encuentren también en A debe añadirse al supuesto de hecho de A para lograr una completa delimitación de su ámbito de vigencia.

<sup>49</sup> Según MINAS-VON SAVIGNY, la única diferencia entre las dos formalizaciones que se llevan vistas es que la primera utiliza una premisa más. Atendiendo al principio de parsimonia (sobre el que se volverá) parece que habría de preferirse por tanto la segunda, por resultar conceptualmente más económica. Sin embargo, esta impresión sólo es cierta cuando estamos ante normas cuyas consecuencias se cancelan, como ocurre en el caso de las normas de mandato y permisión. Ello no rige sin embargo en aquellos otros en los que la especialidad se da entre normas que otorgan a la conducta la misma calificación deóntica (prohibida) y difieren sólo en cuanto a las consecuencias concretas (ej.: relación entre la norma subyacente al tipo de robo del art. 242.1 CP y la que subyace al del robo con violencia agravado por el uso de armas u otros medios igualmente peligrosos del art. 242.2). En este caso es evidente que resulta necesario introducir una nueva premisa que explicita el contenido de la norma subyacente al artículo 242.2 CP: de no hacerlo, la segunda premisa indicaría que no se puede aplicar la norma subyacente al art. 242.1 (establecería que éste no se aplica cuando el robo haya tenido lugar con uso de armas), pero no establecería qué hacer en tales casos. Al lector que considere alienante la elucidación del número de premisas que precisa cada formalización le pido un poco de paciencia: sí tiene relevancia.

<sup>50</sup> En este caso, y según MINAS-VON SAVIGNY, la presentación formalizada de la TENT necesita una única premisa, ya que al decaer la calificación deóntica “prohibido” de ese tipo de homicidios (los justificados) no es preciso añadir que la conducta está permitida: simplemente no hay modo de justificar la imposición de una pena. Como se vio que ocurría con la segunda formalización, sin embargo, la TENT necesitaría una premisa más en caso de que la relación se diera entre enunciados cuyas consecuencias jurídicas no supusieran calificaciones deónticas distintas. Así, en el ejemplo del robo y del robo con uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, la TENT tendría como primera premisa “A: Quien lleve a cabo un robo con violencia será condenado la pena de (...), a menos que lo lleve a cabo con uso de armas...” y una segunda premisa que establecería “B: Quien lleve a cabo un robo con violencia usando armas...”. Como puede verse, en cualquier caso y según MINAS-VON SAVIGNY, se precisa una premisa menos que en el resto de supuestos. Reitero al lector mi petición de paciencia.

c) Las formalizaciones del principio de especialidad y su relación con el objeto de esta indagación

Según entiendo, las dos primeras maneras de formalizar la relación existente entre la norma de mandato y la de permisión son las que están detrás del planteamiento mayoritario cuando insiste en distinguir entre tipo y antijuridicidad, mientras que la tercera formalización se acerca a algunos de los planteamientos sostenidos por partidarios de la TENT en Derecho penal. *A contrario*, esto arroja un resultado interesante: es posible que lo que sostenga el resto de los partidarios de la TENT en Derecho penal es que en estos supuestos no hay una relación de especialidad sino que *desde el principio* (con el limitado sentido que esta expresión cronológica puede tener en el ámbito normológico) *sólo hay una norma*, y por lo tanto no hay una relación de subordinación que haya que solventar conforme al criterio de especialidad. Si esto es lo que sostienen, habrían de explicar cómo es posible tal cosa: las normas son –en el caso de las leyes, que es el que nos ocupa– el resultado de la interpretación de los enunciados aprobados por el legislador; en el Código penal español, y en lo que alcanzo en todos los de nuestro entorno, debido a la técnica legislativa utilizada por el legislador la conducta justificada se puede incluir *-prima facie*, si se quiere– tanto en el supuesto de hecho de la norma de mandato como en la de permiso<sup>51</sup>. Por supuesto, el legislador podría evitar el conflicto normativo incluyendo las excepciones dentro del propio enunciado de la norma de mandato<sup>52</sup>; pero la cuestión es que en nuestros ordenamientos de modo generalizado no lo ha hecho. Hay que concluir que, por la técnica legislativa utilizada, sí, pero también de modo ineludible, se produce una colisión normativa<sup>53</sup>.

Si bien esto parece golpear a la TENT, en mi opinión en realidad refuerza sus planteamientos sustantivos más importantes, y en cualquier caso la decisión a favor de una estructura bipartita de la teoría jurídica del delito: aunque la técnica legislativa empleada por el legislador y el hecho de que las normas hayan de inferirse de los enunciados aprobados por el legislador obliga a sus partidarios a reconocer la existencia de dos normas distintas, su criterio de resolución del conflicto (en la versión enunciada por MINAS-VON SAVIGNY que aquí se reproduce) demuestra claramente la irrelevancia de la concurrencia de una de las dos normas (el mandato) cuando concurre la segunda de ellas (la permisión). Si ello es así, entonces la distinción entre las conductas atípicas y las típicas en las que concurre una causa de justificación (distinción que este planteamiento así interpretado no niega) es sin embargo algo meramente formal, demasiado poco relevante como para

---

<sup>51</sup> GRACIA afirma que “esta teoría (la TENT, *scil.*) también se ve forzada a distinguir *analíticamente* a los elementos específicos de lo injusto y a los elementos de las causas de justificación, y a agrupar a ambas clases de elementos en conceptos formales *diferenciados* como tipo *positivo* y como tipo *negativo*” (GRACIA, *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, 2006, p. 277). Según lo que he afirmado, la distinción no es meramente analítica, sino que viene dada por la real existencia de dos normas distintas.

<sup>52</sup> Y, como apunta LUZÓN (*Curso de Derecho penal. Parte General I*, 1996, p. 299), en ocasiones lo hace. Así por ejemplo, cuando en las detenciones ilegales y secuestros realizados por autoridad o funcionario (167 CP) emplea la expresión “fuera de los casos permitidos por la Ley”. Si la detención se hace dentro de los casos legales no se cumple con la descripción del delito de detenciones ilegales hechas por autoridad o funcionario, y por lo tanto no hay colisión posible entre la autorización legal y esta norma de mandato: ambas se encuentran en una relación de heterogeneidad. También se podría convertir en una relación de heterogeneidad la existente entre el hurto y el robo. Bastaría añadir al tipo de hurto “sin violencia, intimidación o empleo de fuerza en las cosas...”.

<sup>53</sup> Muy claro en este sentido, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, 1989, pp. 107-111. Fracasa sin embargo el intento de GÖSSEL de utilizar este esquema teórico para justificar “la renuncia a una mera construcción bipartita del concepto de delito, la negativa a la teoría de un tipo de injusto conjunto, así como la desestimación de la existencia de elementos negativos del tipo” (GÖSSEL, *Cuadernos de política criminal* (68), 1999, p. 292): se trata de un esquema formal compatible con todas las decisiones teóricas que él pretende rechazar.

justificar una tripartición de la teoría jurídica del delito. Quizás en esto estuviera pensando ENGISCH cuando un tanto crípticamente afirmó que “los elementos que se reúnen como requisitos especiales de la acción penal bajo la rúbrica ‘antijuridicidad’ en parte son desde un inicio elementos del tipo, en parte al menos *se pueden construir* de tal forma, con lo que se demuestra que entre los elementos del tipo y de la antijuridicidad no hay ninguna diferencia genérica y que todos pueden ser considerados de forma unitaria elementos del tipo” (1930: 11-12, resaltado añadido).

d) La TENT, la “perspectiva temporal” y la polisemia del concepto “norma”

Antes de continuar la exposición resulta conveniente volver sobre una cuestión que se ha dejado apuntada. En ocasiones desde planteamientos cercanos a la TENT se efectúan afirmaciones como la siguiente:

*“Desde el principio, no se prohíbe genéricamente matar, sino sólo matar en las situaciones A, O, C (...) lo que ocurre es que la motivación de la norma no se dirige a evitar hechos típicos, sino hechos antijurídicos o, en otras palabras, se dirige a evitar hechos típicos salvo en los casos en que la realización de esos hechos tiene lugar en una situación de justificación” (SILVA 1992: 360, énfasis añadido).*

La segunda parte de la cita recoge de manera impecable la fundamentación material de la defensa de una estructura bipartita de la teoría jurídica del delito: no se pretende motivar a la evitación de hechos típicos sino a la de hechos antijurídicos, de modo que no hay razón material para asignar a la tipicidad una categoría autónoma en tal sistema<sup>54</sup>. La primera, sin embargo, alude a lo que llamaré la “perspectiva temporal” del problema. Las palabras de SILVA parecen aludir a la existencia de una única norma “desde el principio”, es decir, desde que se plantea la cuestión de la determinación de la responsabilidad penal de un sujeto conforme a la teoría jurídica del delito. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico “al principio” existen dos normas, una de mandato y otra de permisión, y sólo la intervención del principio de especialidad hace que retroceda (no se aplique) la consecuencia jurídica prevista en una de ellas. Si nos situamos desde el punto de vista del ordenamiento jurídico y de la teoría de normas, por tanto, creo que no queda más remedio que afirmar que “al principio” hay dos normas, y una de ellas sí prohíbe matar. Sin embargo, la cosa cambia si adoptamos la perspectiva del sujeto que actúa. Para él, “desde el principio” su conducta está permitida, toda vez que cuando comienza a actuar el ordenamiento jurídico ya ha resuelto por medio del principio de especialidad el conflicto entre las dos normas, y lo ha hecho en favor de la permisión de su conducta. Al sujeto que actúa el ordenamiento jurídico no le ofrece una doble calificación deontica (primero prohibido, luego permitido), sino sólo una. Su conducta está desde el inicio de su actuación permitida, y no “primero

<sup>54</sup> En este mismo sentido, LUZÓN: “Según esta concepción el tipo penal no tiene por misión describir conductas neutras, ni meramente indiciarias de una prohibición pero que realmente pueden resultar valoradas positivamente y permitidas, sino que su función es que la ley describa, para conocimiento general y para cumplir su función de norma de determinación de las conductas de los ciudadanos, todos los elementos, positivos y negativos, que fundamentan la valoración negativa y consiguiente prohibición general –frente a todos- de una conducta, y ello sólo sucede si en la misma no concurren causas de justificación” (LUZÓN, *Curso de Derecho penal. Parte General I*, 1996, p. 299). Si a la postura de SILVA podía achacársele cierta vaguedad respecto a la existencia de una única norma, en el planteamiento de LUZÓN resulta criticable la vinculación de la justificación penal a la valoración positiva de la conducta: para que tenga sentido justificar una conducta es suficiente con que no ésta no sea merecedora de una valoración global negativa.

prohibida pero luego permitida<sup>55</sup>: quien es agredido y emprende una acción defensiva no lleva a cabo “primero” una acción prohibida y “luego” una permitida, ya que desde el momento en que comienza a defenderse el ordenamiento jurídico anuda una única calificación deóntica a su actuación: la permisión<sup>56</sup>. Así pues, podemos decir que desde el punto de vista normológico, desde el principio y hasta el final, hay dos normas, mientras que desde el punto de vista pragmático el sujeto recibe un único mensaje normativo<sup>57</sup>.

Con lo anterior hemos llegado a un nuevo punto de contacto con la elaboración teórica del autor que más ha profundizado en estos temas en nuestro país. La existencia de estos dos sentidos de “norma” ya había sido puesta de manifiesto por MIR, manifestando que el término *norma* se puede usar “en el sentido de texto legal prescriptivo” y “en su sentido usual en la teoría del delito, de prohibición o mandato definitivamente dirigido al ciudadano, que surge de la puesta en relación de varios tipos legales” (2005: 417). Si entendemos que la alusión al “texto legal prescriptivo” se refiere al sentido de tal texto legal, lo cual no parece una interpretación extravagante del pensamiento de MIR, resulta evidente que el primero de estos dos sentidos de *norma* coincide con el que he denominado “normológico” y el segundo con el que he llamado “pragmático”. MIR se pronuncia a favor del segundo de estos usos, una decisión que desde el punto de vista del desarrollo de la teoría jurídica del delito resulta inobjetable: la teoría jurídica del delito es una teoría prescriptiva sobre cuál es la forma más adecuada de imputar responsabilidad penal, y por lo tanto parece razonable que las consideraciones pragmáticas deban tener más peso que las normológicas. Al fin y al cabo, se trata de analizar de forma personalizada la imputación de responsabilidad a la concreta conducta de un sujeto, y ya se ha visto que, de darse una situación de justificación (y prescindiendo por ahora del supuesto de que el sujeto la desconozca), para él la conducta tiene una única calificación deóntica: permitida. En el ordenamiento jurídico existen dos entidades normativas en las que puede subsumirse el supuesto de hecho, pero el propio ordenamiento jurídico establece que una de las dos no

<sup>55</sup> Puede sin duda pensarse en supuestos en los que la calificación deóntica de la acción del sujeto varía a lo largo de su actuación. Ello ocurriría, por ejemplo, si durante su transcurso entrara en vigor una ley cambiando tal calificación deóntica, por ej. previendo una nueva eximente, o, de forma contraria, derogándola o restringiéndola de modo tal que deje de abarcar la conducta del sujeto. En el primer grupo de supuestos debería aplicarse la nueva regulación de forma retroactiva. En el segundo, el autor podría con toda probabilidad aferrarse a la existencia de un error de prohibición. En cualquier caso, la extravagancia de estos supuestos es tan manifiesta que su exclusión de la presente exposición no parece problemática.

<sup>56</sup> A ello no se opone el que el derecho positivo “huya de posiciones extremas” y establezca determinadas condiciones para la justificación (así, sin embargo, ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, 2001, p. 126). Los partidarios de la TENT y planteamientos afines nunca han sostenido que las causas de justificación no tengan límites, y tampoco precisan hacerlo. También la imposición de prohibiciones se hace bajo determinadas condiciones: la tarea analítica relevante comienza precisamente a partir de la existencia de normas de mandato y de permiso en su concreta delineación por el legislador. Pretender inferir de la existencia de limitaciones a la justificación que “el ordenamiento continúa realizando una valoración positiva del bien lesionado por una reacción en legítima defensa, y, paralelamente, un juicio negativo de la conducta infractora de la norma contenida en la parte especial del Código” (*ibid.*) es un *non sequitur*: la existencia de límites también puede entenderse como una señal evidente de que, dentro de ellos, el legislador renuncia a la protección de los bienes jurídicos del agresor y a la valoración negativa de la conducta de quien se defiende (si no, no la permitiría o lo haría con otros requisitos). Sobre los problemas de hablar de conductas valoradas “negativa” o “positivamente” allí donde las normas sólo permiten hablar de conductas permitidas, v. *infra*, nota 79.

<sup>57</sup> Para SILVA, existe una colisión, y “para que tal colisión no redunde en la afirmación contradictoria de que algo está prohibido y permitido a la vez (...), dicha colisión no puede mostrarse como externa a la norma (...), sino interna a la misma” (*Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 328). En términos de las tres formalizaciones que hemos visto, estas afirmaciones parecerían situar a SILVA cerca de la tercera. Sin embargo, entiendo que la preocupación sustantiva de SILVA, evitar una contradicción en el mensaje que emite el ordenamiento jurídico, se ve igualmente atendida si el conflicto no se resuelve “internamente a la norma” sino “internamente al ordenamiento”, mediante una norma de conflicto distinta de las que colisionan, como ocurre en la primera formalización.

será de aplicación: ¿qué motivo habría para considerarla en la imputación de responsabilidad penal? En presencia de la norma especial aplicable, la norma general desplazada es tan irrelevante como el resto de normas del ordenamiento en las que no se puede subsumir el supuesto de hecho en cuestión. Precisamente por ello tiene sentido material pronunciarse por una teoría jurídica del delito bipartita. Sin embargo, el necesario respeto de las categorías lógicas supone que hay que reconocer el conflicto entre ambas normas (en sentido normológico) y la manera en la que el ordenamiento lo resuelve<sup>58</sup>. No haberlo hecho es lo que ha dado alas a la crítica finalista de la construcción bipartita de la teoría jurídica del delito, que afirma que de la existencia de una colisión normativa es necesario inferir la de una estructuración tripartita de la teoría jurídica del delito. Que esto no es así se argumentará *infra*, en el apdo. IV. Baste por el momento con subrayar que no hay necesidad de escoger entre los dos sentidos de *norma* que se han expuesto, ya que cada uno tiene su papel: uno en el análisis normológico, el otro en la teoría de la imputación de responsabilidad penal.

e) La elección entre las diversas formalizaciones del principio de especialidad: parsimonia y compatibilidad

¿Cuál de las formalizaciones expuestas resulta más adecuada? A la hora de elegir nos enfrentamos a un problema que se asemeja bastante a lo que en las teorías empíricas se denomina “infradeterminación de las teorías por los hechos”. Cuando tenemos varias teorías que pueden explicar adecuadamente los mismos fenómenos (sean estos hechos empíricos o relaciones entre normas), ¿cómo elegir entre ellas? Entre las anteriores posibilidades, el propio MINAS-VON SAVIGNY (1972: 110-112) propone escoger la TENT, por dos razones. En primer lugar, conforme al principio de parsimonia (o “navaja de Ockham”). Éste, como es sabido, indica que ante las diversas explicaciones teóricas que den cuenta suficiente de un mismo fenómeno ha de preferirse aquella que suponga un menor uso de instrumentos conceptuales. Pues bien: según MINAS-VON SAVIGNY, para determinar el alcance de una consecuencia jurídica determinada la TENT necesita menos premisas que el resto de las soluciones vistas. En segundo lugar, la TENT lograría evitar la impresión de que existe una contradicción. Según la teoría de la norma supraordenada, por ejemplo, la conducta sigue cayendo bajo la descripción del supuesto de hecho de los enunciados jurídicos en conflicto (la conducta cae tanto dentro del supuesto de hecho del homicidio como del homicidio en legítima defensa), si bien y debido a la intervención de la norma supraordenada sólo se materializa una de las consecuencias jurídicas de tales normas. La TENT, sin embargo, “convierte” los casos de colisión en casos de heterogeneidad, de modo que no habrá ninguna conducta que pueda subsumirse al tiempo en ambos supuestos de hecho.

Sin embargo, los argumentos referidos no resultan convincentes. Comenzando por el segundo, afirmar que la TENT evita la impresión de contradicción no resulta del todo coherente con el punto de partida de MINAS-VON SAVIGNY, que precisamente entiende que se trata de un modo de resolver los conflictos entre normas que se encuentran en relación de subordinación o de interferencia. Ello supone que la colisión efectivamente existe. Lo

---

<sup>58</sup> MIR PUIG afirma que “si se admite que las causas de justificación permiten realizar el hecho típico, es incongruente decir que cuando concurren no impiden que el sujeto infrinja la norma: ello supone decir, al mismo tiempo que el hecho permitido por el Código penal está prohibido por el mismo Código penal” (*Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (06-02), 2004, p. 9). Desde el planteamiento que aquí se expone, sin embargo, se puede afirmar que existen dos normas en las que se puede subsumir la conducta del sujeto, y por lo tanto que éstas colisionan, sin necesidad de afirmar también que la conducta está al tiempo permitida y prohibida, ya que el propio ordenamiento ha previsto que en tales supuestos de colisión una de las normas retroceda.



único que hace la TENT es mostrar formalmente cómo operan los expedientes que se utilizan para solventar tales conflictos (expedientes que, se repite, no vienen indicados por razones formales). Resulta por tanto muy optimista afirmar que la forma de resolución del conflicto tendrá como resultado que “se dará la impresión” de que el conflicto no existió (además: ¿qué valor lógico o teórico hay que conceder a “la impresión”?).

Más importante, en cualquier caso, resulta el primer extremo. El principio de parsimonia es un útil consejo metodológico que sin embargo opera bajo unas estrechas condiciones: las teorías en concurso tienen que ser equivalentes. Sin embargo, no es tan seguro que en este caso ambas teorías lo sean. Con seguridad ambas dan cuenta del fenómeno en cuestión (formalizan la operación del principio de especialidad). Pero hace ya varias décadas que la filosofía de la ciencia ha establecido que una teoría (científica o no) no debe ser juzgada de forma aislada, sino considerando también sus posibilidades de integración en teorías de mayor alcance (aunque hay que reconocer que en el momento en que escribía MINAS-VON SAVIGNY la cuestión era mucho más polémica). En el caso que nos ocupa es posible que, debido al desarrollo experimentado por otras elaboraciones teóricas con las que ha de coincidir en el seno de la teoría jurídica del delito, la ventaja *prima facie* que su menor uso de instrumental conceptual le da sobre el resto de teorías vistas resulte neutralizada. En mi opinión, la evolución de la teoría de la imputación subjetiva, y en concreto la del dolo, hacen en este momento más fructífera teóricamente la primera formalización, ya que es la que mejor se conforma con el actual estado de la teoría del dolo. Lo anterior se relaciona estrechamente con una de las críticas más importantes de las que ha sido objeto la TENT, que paso a analizar.

La tercera formalización vista sigue expuesta a la ya clásica objeción según la cual la TENT no puede evitar la “monstruosidad psicológica” que supondría que el dolo hubiera de abarcar la ausencia de todos los elementos negativos del tipo (WELZEL 1952: 585, n. 5; Arm. KAUFMANN 1955: 38-39)<sup>59</sup>. Sin embargo, esto no ocurre con la primera, que no precisa entender que el elemento subjetivo haya de extenderse a la inexistencia de los elementos de las causas de justificación ni negar por tanto que cuando se da una acción justificada exista un tipo doloso: lo que niega es que tal tipo doloso sea de aplicación (pues la tercera premisa del desarrollo explicado implica que éste se ve desplazado) y lo que se afirma en términos de imputación subjetiva es que para actuar justificadamente el sujeto debe conocer que existe la situación de justificación.

Ciertamente, desde posiciones cercanas a la TENT se ha llegado a soluciones pragmáticamente satisfactorias a esta objeción. Sin embargo, éstas tienen uno o los dos siguientes grandes problemas: en primer lugar, se ven obligadas a efectuar afirmaciones conceptualmente sospechosas, como afirmar que para que exista antijuridicidad dolosa basta con que el sujeto actúe con dolo respecto de la parte positiva del tipo y desconocimiento respecto de la negativa (y no con conocimiento de que ésta no concurre)<sup>60</sup>; en segundo lugar, se ven abocadas a postular entidades de dudosa adecuación teórica, como la “co-consciencia” (*Mitbewusstsein*)<sup>61</sup>. La solución aquí preferida, por el contrario, al

---

<sup>59</sup> Con el beneficio de la posteridad se ha podido decir, entiendo que con razón, que este extremo fue el decisivo para la derrota de la TENT en su confrontación con el finalismo (FEIJOO, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2000, p. 1.164). También, sin embargo, que éste no consiguió su objetivo último: que el error sobre los presupuestos de las causas de justificación se tratara conforme a la teoría estricta de la culpabilidad (SCHÜNEMANN/GRECO, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2006, p. 778).

<sup>60</sup> ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., 2006, p. 629; y SCHÜNEMANN, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1985, p. 350.

<sup>61</sup> Esta opción ha sido recientemente defendida de forma extensa por RINCK, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, 2000, pp. 352-391, quien sin embargo considera inadecuada la exigencia de mero desconocimiento. Para una crítica convincente de la noción de co-consciencia, v. FEIJOO, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*,

reconocer la existencia de dos normas distintas puede operar con un concepto de dolo como el de la doctrina mayoritaria, y no necesita recurrir a las problemáticas nociones de “dolo (del tipo positivo) + ausencia de conocimiento (del tipo negativo)” o “co-consciencia” de la ausencia de los elementos integrantes de las causas de justificación<sup>62</sup>. En el análisis de la imputación del tipo doloso procede de la forma habitual, mientras que en el análisis de la justificación restringe el juicio de imputación subjetiva a la norma permisiva concreta y le da un contenido que podemos calificar de “positivo”, exigiendo la creencia por parte del sujeto de que se dan los presupuestos objetivos de tal causa de justificación. Como puede verse, ésta y otras construcciones esencialmente equivalentes (HRUSCHKA 1980: 121-122; KINDHÄUSER 1989: 111-112), siendo normológicamente sólidas, escapan sin embargo por completo a la objeción del “dolo monstruoso”.

Entiendo que esta mejor adaptación de la primera formalización al desarrollo actual de la teoría de la imputación subjetiva debería bastar para preferirla. Pero es que, además, puede negarse la premisa mayor del argumento de MINAS-VON SAVIGNY, esto es, que la TENT haga un menor uso de instrumental conceptual. Ello sólo es cierto porque en las formalizaciones expuestas el autor que se viene discutiendo trata de manera distinta el presupuesto de la formalización, que es la existencia de una colisión. Ésta se muestra de forma expresa en la primera formalización, pero no en la segunda ni en la tercera. La formalización de la TENT se vale de una única premisa porque se omiten (por presupuestas) las otras dos premisas, que describen dos normas en colisión. Una vez que éstas se incluyen, sin embargo, la formalización de la TENT resulta tener el mismo número de premisas que la primera de las formalizaciones vistas.

En conclusión: desde el punto de vista formal, no hay argumentos convincentes para escoger una u otra formulación. Ello resulta por otro lado bastante lógico: el mayor o menor uso de premisas es ciertamente una consideración relevante en la indagación formal, pero no parece que sea lo que está detrás de una afirmación tan elocuente como la atribuida a WELZEL. No parece que nadie fuera a quedarse satisfecho si la contestación a la pregunta “¿es lo mismo matar a una mosca que matar a una persona en legítima defensa?” dependiera del número de premisas necesario para formalizar la respuesta. La respuesta, por tanto, hay que buscarla en otro lugar.

#### ***4. De moscas y agresores muertos: reflexiones valorativas y normológicas en torno a la frase de Welzel***

##### **4.1. Atipicidad, justificación y valoraciones subyacentes**

El minúsculo cuerpo de un mosquito muerto frente al cadáver de un ser humano. Esta es la imagen mental con la que WELZEL nos confronta, ofreciéndonos una clara implicación ética: quien se muestra a favor de la teoría de los elementos negativos del tipo no puede ser sino un desalmado que ignora las decisiones valorativas más básicas de nuestra sociedad. Con este ejemplo WELZEL ilustra su tesis, compartida por otros eminentes finalistas, de que

---

2000, pp. 1.174-1.175, quien alude tanto a los problemas del concepto en sí como a su incompatibilidad con el Derecho positivo.

<sup>62</sup> Esta solución niega, por tanto, que la asunción de una estructura bipartita tenga como *consecuencia necesaria* la exclusión del dolo en casos de error sobre los supuestos de hecho de las causas de justificación (en contra de lo que afirman SCHÜNEMANN/GRECO, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2006, p. 789). En tales casos habría dolo referido a una norma prohibitiva (siguiendo el ejemplo usual: el autor *sabe* que mata). Sin embargo, la actuación del principio de especialidad hace que la norma prohibitiva, aunque por supuesto sigue vigente, no sea de aplicación al caso. Desde el punto de vista de la imputación de responsabilidad, en tanto se cumplan los requisitos de la norma permisiva tal dolo es por lo tanto irrelevante: lo que importa es qué requisitos subjetivos se exige respecto de la norma permisiva.

la falta de distinción entre atipicidad y justificación ignora lo que se definió y se define como “diferencias valorativas esenciales” o “diferencias valorativas materiales” entre ambas (WELZEL 1961: 24; HIRSCH 1960: 278-280; CEREZO 2005: 85).

El ejemplo ha provocado amargas quejas por parte de algunos autores que señalan cómo, sin ser ilustrativo de los términos generales de la discusión, sí logra con su plasticidad insinuar que los partidarios de la TENT andan un tanto escasos en el terreno de la evaluación moral<sup>63</sup>. Entiendo que a tales críticos no les falta razón. Si el ejemplo de WELZEL fuera ilustrativo de algún enunciado general sobre la relación entre la conducta atípica y la típica pero justificada, entonces dicho enunciado se vería confirmado en el resto de supuestos imaginables que tuvieran la misma estructura que el propuesto por WELZEL (lo que en nuestro caso significa: en todos aquellos en los que se contraponga una acción atípica a otra típica pero justificada)<sup>64</sup>. ¿Cuál puede ser tal enunciado general? El candidato obvio es el siguiente: toda acción típica pero justificada deja un resto de valoración negativa que hace que deba evaluarse como más incorrecta que las acciones atípicas. Siguiendo la invitación de WELZEL, procedamos con un ejemplo:

Primera conducta: El sujeto A defrauda a la Hacienda pública, eludiendo el pago de tributos por valor de 120.000 euros.

Segunda conducta: El sujeto B empuja a C, impidiéndole apretar el detonador de una bomba situada en medio de un parque de atracciones repleto de gente. A consecuencia del empujón, C cae al suelo y se golpea la cabeza, habiéndosele de aplicar tres puntos de sutura.

Conforme al Derecho penal español, el sujeto A no lleva a cabo una acción típica, ya que la cantidad defraudada no supera los 120.000 euros, tal y como exige el actual art. 305 CP. El sujeto B comete unas lesiones leves (según interpretación mayoritaria, encuadrables en el art. 147 CP), justificadas por su actuación en legítima defensa de terceros. ¿Acaso “son lo mismo” estas acciones? No, pero la diferencia opera en sentido exactamente opuesto al indicado por la premisa general extraída del ejemplo de WELZEL. En este caso, el sujeto A es un craso infractor tributario, y el hecho de que su conducta no esté jurídico-penalmente prohibida no va a modificar mucho la opinión negativa que seguramente le merecerá a sus conciudadanos (si el lector no está de acuerdo, sustituya la infracción tributaria por el incesto atípico). El sujeto B, sin embargo, a pesar de llevar a cabo una acción típica, con toda probabilidad será considerado un héroe por esos mismos conciudadanos.

Son muchos los ejemplos que se pueden poner mostrando la inadecuación de la premisa general subyacente al ejemplo welzeliano. De hecho, y debido a la (re)normativización experimentada por la categoría “tipicidad”, estos pueden multiplicarse<sup>65</sup>: según la opinión mayoritaria, una acción gravemente imprudente causante de un resultado de muerte que

---

<sup>63</sup> En este sentido, KORIATH, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, 1994, p. 328; y, siguiéndole, RINCK, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, 2000, p. 440.

<sup>64</sup> El tipo de análisis que sigue no pretende ser original (v. por ejemplo SILVA, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 332-333; y TRAPERO, *El error en las causas de justificación*, 2004, pp. 264-265). Sin embargo, el hecho de que sus conclusiones no hayan sido todavía contestadas por los partidarios de la estructuración tripartita del delito permite (y hasta obliga) a reintentarlo.

<sup>65</sup> La influencia que la renormativización del tipo de la mano de la moderna teoría de la imputación objetiva puede tener sobre la justificación penal es puesta de manifiesto por PUPPE, «Struktur der Rechtfertigung», en KÜPER/WELP (eds.), *Festschrift für Stree und Wessels*, 1993, pp. 184-185). También por VELÁZQUEZ, «Sobreseimiento libre y causas de justificación», en OCTAVIO DE TOLEDO/GURDIEL/CORTÉS, *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004, pp. 1.108-1.110, en su interesante artículo sobre la relación entre los distintos conceptos de injusto y la regulación legal del sobreseimiento en el ordenamiento jurídico español.

sin embargo no se habría podido evitar llevando a cabo la conducta conforme a deber resultará atípica, por no poderse imputar objetivamente el resultado a la conducta en cuestión<sup>66</sup>; lo mismo ocurrirá en los casos de estafa en los que se considere que el incumplimiento de deberes de autoprotección de la víctima excluye la tipicidad penal de la conducta<sup>67</sup>. En estos supuestos es difícil pensar que la conducta se evalúe de forma que no sea (muy) negativa. Por el contrario, resulta fácil pensar ejemplos de conductas justificadas en legítima defensa y estado de necesidad que serían sin duda percibidos como conductas loables (especialmente si se trata de conductas que protegen intereses de terceros). De nuevo, la premisa general se ve excepcionada. En realidad, lo que ocurre es que lo que se puede extraer del ejemplo de WELZEL no es una premisa como la que se ha presupuesto, porque se trata un caso extremo de relación entre lo atípico y lo justificado. Se contraponen una conducta que (*pace* el panteísmo) lleva a un resultado que no afecta a nuestra sensibilidad moral, y por lo tanto ni siquiera nos hace plantearnos qué calificación hay que dar a la conducta que lo produce, con otra que lleva a un resultado, la pérdida de una vida humana, que sin duda afecta a nuestra sensibilidad moral y nos llama a pronunciarnos evaluativamente (sin que el juicio tenga obligatoriamente que ser negativo). Matar a una mosca no es lo mismo que matar a una persona en legítima defensa. Pero tampoco es lo mismo que matar a una persona en un accidente de tráfico ocurrido sin que el causante cometa ningún tipo de imprudencia, y en este caso estamos ante dos acciones penalmente atípicas. En un caso falta ya el tipo objetivo, mientras que en el otro éste se da y sólo falta el subjetivo; con cierta cautela podemos decir que en un caso estamos ante “lo jurídicamente irrelevante”, en el otro ante lo “jurídicamente relevante”<sup>68</sup>. ¿Habría que concluir que es necesario introducir la tipicidad objetiva y la subjetiva como distintos niveles de la teoría jurídica del delito en lugar de como las dos partes en las que se divide un mismo nivel, la tipicidad? ¿Habría que abogar por una estructura cuatripartita de la teoría jurídica del delito?

Por supuesto, también puede considerarse errónea la pretensión de extraer un enunciado general del ejemplo welzeliano. Éste, en realidad, sería eso: sólo un ejemplo. El problema, sin embargo, es que el propio WELZEL lo utiliza como apoyo para una proposición general, de modo que es él mismo quien autoriza a inferir que por medio del ejemplo se está pretendiendo ilustrar un enunciado de carácter más general. Entender lo contrario, además, supone dar la razón a los críticos con los que abríamos el anterior párrafo: el ejemplo no pretendería mostrar un argumento material subyacente, sino inducir

<sup>66</sup> Para una argumentación particularmente convincente de la posición que afirma la imputación del resultado en estos casos, posición que comparto, v. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, 1992, pp. 234-245.

<sup>67</sup> Para un excelente análisis restrictivo de esta doctrina académica y jurisprudencial, v. DOPICO, «Estafa y otros fraudes en el tráfico inmobiliario», en POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho penal de la construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, 2006, pp. 142-174.

<sup>68</sup> Con la inclusión de dolo e imprudencia en el tipo, precisamente gracias al finalismo, recobra fuerza el pensamiento de algunos autores partidarios de la TENT (Art. KAUFMANN, *Juristenzeitung*, 1956, p. 355; ENGISCH, *ZStW*, 1958, pp. 596-597) que entendían que, aunque existe una diferencia entre la conducta atípica y la justificada, ésta es la que existe entre la conducta jurídico-penalmente irrelevante y la que presenta características que la hacen *prima facie* relevante. El caso de la falta de tipo subjetivo una vez se ha completado el objetivo es mejor ejemplo que el propuesto por ENGISCH de la presencia de varios pero no todos los elementos objetivos (ENGISCH, *ZStW*, 1958, p. 596). En este punto concreto, los finalistas se beneficiaron de las dudas de algunos de sus críticos sobre la correcta ubicación de los elementos de la imputación subjetiva. En general, como argumenta SCHÜNEMANN (*Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1985, p. 349), a la TENT le ha perjudicado su asociación histórica con estadios anteriores de la evolución de la teoría jurídica del delito (al respecto, v. por todos HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund*, 1960, pp. 21-59, 70, 210, afirmando que la TENT es una teoría inextricablemente unida a los estadios de la teoría jurídica del delito anteriores a la introducción de la categoría “tipo”).

retóricamente al lector a darle la razón al autor, apelando a la emotividad para ir más allá de donde permite llegar la solidez racional del argumento<sup>69</sup>.

El anterior análisis nos conduce a la siguiente conclusión: la diferencia valorativa entre la atipicidad y la ausencia de antijuridicidad por la concurrencia de una causa de justificación no puede expresarse en términos generales. No puede afirmarse que las acciones atípicas de modo general hayan de recibir una valoración más benigna que aquellas que son típicas pero resultan justificadas, como tampoco puede afirmarse lo contrario. La imposibilidad de afirmar tales reglas generales es un claro indicador de que no son las valoraciones subyacentes a tales categorías penales (suponiendo a efectos dialécticos que se admita su existencia diferenciada) las que rigen la evaluación de tales situaciones. Y si no son ellas, ¿cuáles son?

La respuesta no puede ser más simple: se trata criterios éticos y no jurídico-penales<sup>70</sup>. Por supuesto, que se trate de criterios éticos no es en sí mismo un argumento para negar que pueda tener sentido utilizarlos para determinar la estructura en dos o tres niveles de la teoría jurídica del delito. A ello no se podría oponer ni el más férreo partidario del positivismo jurídico porque, frente a un equívoco excesivamente extendido entre los penalistas, la separación conceptual de Derecho y moral preconizada por esta teoría no implica que esta separación haya necesariamente de existir, sino sólo que sea posible que exista (ORTIZ DE URBINA 2007: 55-60). Además, la teoría jurídica del delito no es en ningún caso “el Derecho”, sino una teoría prescriptiva que cuando actúa *lege lata* indica cómo ha de imputarse responsabilidad conforme a un Derecho vigente y cuando actúa *lege ferenda* ofrece una guía para determinar cómo debería estructurarse tal Derecho. Así pues, tratándose la teoría jurídica del delito de una teoría prescriptiva, no resultaría erróneo configurarla tomando consideraciones de carácter ético. De hecho, ello parece insoslayable, ya que el objetivo de la teoría jurídica del delito es indicar cómo ha de proceder la imputación de responsabilidad para que ésta sea *justa* (lo más justa posible teniendo en cuenta el Derecho positivo, si la argumentación es *lege lata*). Sin embargo, aunque como cuestión general tenga sentido introducir distinciones morales a la hora de elaborar teorías jurídicas, un requisito mínimo para hacerlo en el caso concreto es que estas distinciones sean coherentes. El que todas las conductas atípicas fueran valoradas en términos más positivos que las justificadas podría servir como argumento a favor de la estructuración tripartita de la teoría jurídica del delito. Pero ya hemos visto que tal situación no se da. No

---

<sup>69</sup> WELZEL utilizó el ejemplo en demasiadas ocasiones como para entender que no pensara que era “el” ejemplo, y otros destacados finalistas también le concedieron una posición privilegiada en sus argumentaciones (HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund*, 1960, pp. 278-280). El propio WELZEL (*Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 4ª ed., 1961, p. 24), afirma que utiliza el ejemplo como *reductio ad absurdum* (“La teoría de los elementos negativos del tipo no puede evitar este resultado, y con él se conduce a sí misma *ad absurdum*”), y así lo entendieron y lo entienden aún hoy sus discípulos (v. HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund*, 1960, p. 278; y EL MISMO, «Einordnung und Rechtswirkung des Erlaubnissachverhaltsirrtums. Über eine vermittelnde Schuldtheorie», en HOYER et al (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, 2006, p. 233). Quizás convenga aclarar que no se está afirmando que los ejemplos sean una mala manera de hacer teoría. Disciplinas muy avanzadas proceden por medio de ejemplos, como puede comprobar cualquier persona que se acerque a la actual filosofía de la mente, en la que una parte importante de la discusión gira en torno a conocidos ejemplos sobre los que se vuelve una y otra vez (“la nación china”, “el argumento del zombi”, “el cerebro en la cubeta”, “la caja china”, etc.). Lo que se afirma es que el ejemplo propuesto es malo para la argumentación (aunque evidentemente ha sido muy efectivo retóricamente), ya que no ilumina las relaciones supuestamente subyacentes al mismo.

<sup>70</sup> De acuerdo, SCHMID, *Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus rechtstheoretischer Sicht*, 2002, p. 84. En contra, MIR PUIG, quien recientemente ha modificado su concepción de la teoría jurídica del delito para dar más peso a las diferencias valorativas existentes entre los distintos niveles de análisis y entiende que “se trata de valoraciones jurídicas, esto es, del Derecho positivo” (MIR PUIG, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (06-02), 2004, *passim*, especialmente pp. 7-13, la cita en p. 10).

se trata de que la estructuración bipartita, tal y como afirman repetidamente los autores finalistas, desconozca importantes distinciones valorativas materiales: lo que hace es negar que éstas sean coherentes y supongan una buena base para efectuar una distinción teórica.

Por este mismo motivo, no resulta justificado apuntar, como hace HIRSCH (1960: 179), que la historia demuestra que la TENT tiene sus orígenes históricos en la jurisprudencia de conceptos, “que no diferenciaba niveles valorativos (*Wertebene*) dentro del delito”. Con independencia de que los orígenes intelectuales no son relevantes a la hora de examinar la solidez conceptual de una teoría, algo que como finalista HIRSCH debería saber de primera mano<sup>71</sup>, no se está aquí ante una negativa general a establecer distinciones valorativas dentro de la teoría jurídica del delito, sino ante una negativa a apoyar una distinción en concreto, negativa basada en la comprensión de que ésta no existe o no lo hace de forma general.

#### 4.2. Atipicidad y justificación: relaciones normológicas

En su influyente contribución de principios de los años cincuenta, VON WEBER sostuvo que en la discusión sobre la relación entre tipo y antijuridicidad “se está de acuerdo en que no hay ninguna diferencia material entre la adecuación a Derecho de la conducta atípica y la de la justificada” (1951: 262). Pocos años después, ENGISCH (1958: 595) le corregía: WELZEL no estaba de acuerdo. Como sabemos, ENGISCH tenía razón. Desde el finalismo se insistía y se ha seguido insistiendo en que no se trata sólo de si la conducta resulta finalmente adecuada a Derecho. Hay algo más: la forma en que actúan los permisos muestra que existe una diferencia esencial entre la conducta atípica y la típica pero justificada, y que ésta es lo suficientemente importante como para obligar a construir la teoría jurídica del delito de forma tripartita. No se trata *sólo* de una cuestión valorativa: es *también* una cuestión normológica (HIRSCH 1960: 309).

De primeras, esta última afirmación resulta algo sorprendente. Como vimos en los apartados III.a. y III.b., la elaboración iusfilosófica ha fracasado a la hora de reconocer cualquier tipo de diferencia en la fuerza normativa del permiso fuerte y el permiso débil y entiende que la relación entre la norma de mandato y la de permisión se puede entender de modos que, como poco, arrojan importantes dudas sobre la posibilidad de entender que la categoría de la permisión existe con carácter independiente. La relación normológica entre las normas de mandato y las de permisión fue precisamente uno de los puntos fuertes de la polémica de los años cincuenta (v. *supra*, apdo. II), que tuvo como resultado un clima de gran escepticismo sobre la viabilidad de la TENT. Encapsulado, el pensamiento finalista reza como sigue:

“Existen preceptos permisivos (*Erlaubnissätze*) que autorizan la conducta típica en casos concretos (...) su actuación impide que la norma general (abstracta) se convierta en un concreto deber jurídico para el autor” (WELZEL 1961: 17).

Según entiendo, la exposición más acabada de este pensamiento se encuentra en Armin KAUFMANN (1954: 249-258), y en ella se basa el siguiente análisis. Armin KAUFMANN (en adelante KAUFMANN) reconoce que, consideradas en abstracto, las normas de mandato y las de permisión parecen contradecirse. Pero, afirma, en realidad no hay contradicción alguna:

“Si se entiende la prohibición como la norma abstracta y de forma igualmente abstracta el permiso, entonces sin duda es cierto que la prohibición y el permiso tienen que referirse a objetos

<sup>71</sup> Como es sabido, durante años el finalismo fue tediosamente acusado de ser una doctrina influida por las ideas de HARTMANN, una afirmación de la que se pretendía inferir su implausibilidad. Al respecto, poniendo los puntos sobre las íes sobre la relación de su pensamiento con el de HARTMANN y dejando claro que el origen intelectual no es relevante para juzgar el desempeño teórico, WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 4ª ed., 1961, pp. IX-X.

(*Gegenstände*) que se solapan conceptualmente: por ejemplo la conducta homicida y el acto de legítima defensa necesaria. Bien es verdad que los objetos no se tocan en su descripción abstracta: la ley describe el homicidio mediante elementos distintos de los de la acción defensiva del § 53 StGB. Si, por el contrario, se considera un caso concreto, por ejemplo una concreta conducta homicida, ésta podría presentar al tiempo los elementos del homicidio y de la acción defensiva. En este sentido puede decirse que esa concreta conducta está al tiempo prohibida (esto es, caracterizada por los elementos de la prohibición –abstracta–) y permitida, es decir, marcada por los elementos del precepto permisivo entendido de forma abstracta. Esta afirmación no contiene contradicción alguna, ya que sólo establece que una acción concreta presenta los elementos de dos conceptos distintos” (1954: 249)<sup>72</sup>.

La apariencia de contradicción tiene su causa en el lenguaje ordinario y el uso que en éste se hace de las expresiones “prohibido” y, de modo especial, “permitido”:

“Ambos conceptos se usan sobre todo para caracterizar una conducta concreta en relación con el ordenamiento jurídico. Y en este sentido son opuestos” (1954: 249).

Según KAUFMANN, la cuestión principal es diferenciar entre el precepto permisivo (*Erlaubnissatz*) y el permiso (*Erlaubnis*), del mismo modo que se puede distinguir entre la norma (*Norm*) y el deber (*Pflicht*): en determinadas circunstancias, el precepto permisivo se concreta para el individuo en un permiso. Así:

“El deber de omitir y el permiso se excluyen mutuamente (...) el permiso impide la concreción de la norma en deber (...) el (concreto) permiso rompe la (abstracta) prohibición impidiendo que surja el deber de omitir” (1954: 250).

La TENT, al insistir en que la conducta justificada no cumple el tipo, estaría diciendo que ésta no cumple la norma prohibitiva (general) y por lo tanto tampoco es necesario que de la norma de permiso (general) se infiera un permiso (concreto) que impida el surgimiento del deber (concreto). Sin embargo, se insiste desde el finalismo, la conducta sí que infringe una norma prohibitiva general, aunque no infrinja un deber concreto.

Se ha afirmado que la propuesta de KAUFMANN “encierra un círculo vicioso” (BACIGALUPO 1983: 94-96). Ello sería así porque parte de que en los casos de conducta justificada se lesiona una norma que no se ha concretado en deber. Ahora bien, si la norma general no ha hecho surgir un deber concreto, ¿cómo puede ser infringida por una conducta que también es concreta? A ello se ha replicado que la argumentación de KAUFMANN no es contradictoria si se entiende en sus propios términos, especialmente en lo que tiene que ver con la noción de “deber”, que ha de entenderse como la obligación jurídica de una persona concreta en un momento concreto, en relación con una conducta concreta (GRACIA 2006: 268-271). Si usamos los términos en el sentido que quiere KAUFMANN, efectivamente no habría contradicción, pero ello no puede considerarse una respuesta suficiente a las objeciones de BACIGALUPO, porque lo que éstas ponen en duda es precisamente que tal uso esté justificado.

<sup>72</sup> En la traducción se ha optado por verter al castellano la expresión alemana “Merkmal” como “elemento”, con el objetivo de guardar la simetría con la traducción canónica de la expresión “negative Tatbestandsmerkmale” (*elementos negativos del tipo*). Probablemente, sin embargo, se habría debido preferir la más literal “características”. Del mismo modo, y como lleva años advirtiendo MIR PUIG («Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho» (1979), en EL MISMO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1994, p. 77; EL MISMO, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., 2005, p. 165), la traducción de “Tatbestand” como “tipo” en lugar de cómo “supuesto de hecho”, según se hace en el resto de la teoría jurídica, sin duda ha propiciado cierta confusión: la TENT no sostiene que las causas de justificación deban incorporarse al *Tatbestand* en el sentido que a tal expresión le dio BELING, sino al *Tatbestand* como “supuesto de hecho” del que se hace depender la consecuencia jurídica de la norma o acto jurídico de que se trate.

Lo cierto es que, especialmente desde una teoría del injusto personal, hay algo que a primera vista no termina de encajar en la idea de una norma que *se infringe*, aunque sea en abstracto, por un sujeto que sin embargo no tiene un deber personal concreto de obedecerla<sup>73</sup>. La conducta (concreta) del sujeto que mata a su agresor en situación de legítima defensa cumple al tiempo con todos los elementos que caracterizan la prohibición (abstracta) y los del precepto permisivo (abstracto), incluyendo los subjetivos. Si tal conducta está (abstractamente) permitida y prohibida y por lo tanto existe incompatibilidad en la calificación deóntica y las consecuencias jurídicas que le otorgan dos normas (abstractas) del mismo ordenamiento, ¿qué hace que no surja un deber concreto? La respuesta de KAUFMANN es clara: la existencia de un permiso, ya que, recuérdese, “el (concreto) permiso rompe la (abstracta) prohibición impidiendo que surja el deber de omitir” (1954: 250). Ahora bien, ¿cómo la rompe? Salvo que uno siga la sugerencia del imperativismo monista y aluda al carácter situacional o situado del Derecho (“alles Recht ist Situationrecht!”), se tiene que añadir una premisa estableciendo que la norma prohibitiva general se ve desplazada por la norma permisiva general en el caso concreto. Es decir: una premisa estableciendo que, ante la colisión de las dos normas abstractas, una (la prohibitiva) no rige en concreto. O lo que es lo mismo: que existe una relación de subordinación entre ambas y que ésta se solventa mediante el criterio de especialidad en favor de la norma que prevé una descripción más fina del suceso, que en este caso es la norma permisiva.

Aunque desde luego lleva al límite las posibilidades semánticas del término “infringir”, creo que la explicación de KAUFMANN no es contradictoria. En mi opinión, sin embargo, las relaciones entre las normas de mandato y las de permiso se entienden mejor acudiendo expresamente a la primera de las tres formalizaciones del criterio de especialidad que se presentaron en el apartado III.b.<sup>74</sup> Tal formalización del criterio de especialidad, recuérdese, operaba con tres premisas (vuelvo a utilizar el ejemplo del homicidio en legítima defensa):

A: Quien mate a otra persona será condenado a la pena de (...)

B: Quien mate a otra persona en situación de legítima defensa quedará exento de pena.

C: Cuando B sea aplicable, A no lo será.

Esta tercera premisa es la que explica por qué la norma prohibitiva general a la que alude la primera premisa se ve desplazada en concreto por la norma permisiva general a la que se refiere la primera premisa. La prohibición del homicidio y su permiso en los casos de legítima defensa existen como normas generales y la conducta concreta del sujeto que mata en legítima defensa es subsumible en ambas. Se da, por tanto, una colisión normativa, y como vimos éstas podían ser de dos tipos: las normas podían estar en relación de subordinación o de interferencia. Estarían en la primera de las relaciones cuando los supuestos que caen dentro del ámbito de aplicación de una de las normas siempre caen así mismo dentro del ámbito de aplicación de la otra, sin que lo contrario sea cierto. Tal es el caso de la relación entre las normas que nos ocupan. Todas las conductas que caen dentro del ámbito de aplicación de la norma que se refiere al homicidio en legítima defensa también caen dentro del ámbito de aplicación de la norma referida al homicidio, sin que lo

<sup>73</sup> En otras palabras: “¿Cómo puede ser antinormativa para el Derecho una conducta ajustada a Derecho?” (MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., 2005, p. 417, nota. 2).

<sup>74</sup> Recuérdese que las tres reflejan de manera formal el mismo fenómeno: la actuación del principio de especialidad. Por ello, las tres podrían acoger la explicación de KAUFMANN. Escojo la primera porque como se argumentó *supra*, apdo. III.b. entiendo que permite una mejor interacción con la actual teoría jurídica del delito, especialmente con la teoría del dolo.



contrario sea cierto (en esta ocasión el lenguaje natural no engaña: todos los homicidios en legítima defensa son homicidios, pero no todos los homicidios son en legítima defensa). Para los casos de subordinación, finalmente, y por las razones materiales vistas en el apdo. III.b., el principio de especialidad establece que sólo una de las normas es aplicable en el caso concreto, y que ésta sea la más especial, aquella que más circunstancias toma expresamente en consideración<sup>75</sup>. Esto es lo que explica que, a pesar de que la conducta sea subsumible en la norma prohibitiva general, no surja el deber en concreto<sup>76</sup>. Esto, también, es lo que explica la perplejidad con la terminología utilizada: si en el momento en el que comienza a actuar el sujeto el ordenamiento ya ha decidido que la norma prohibitiva general no será de aplicación al caso, ¿tiene sentido decir que el sujeto la *infringe*? Como afirmé, debería preferirse alguno más neutro, como que la conducta en abstracto “cumple” la norma general o “es subsumible” en ésta. Sin embargo, la discutible elección de los términos no opera en contra de la argumentación normológica de KAUFMANN.

¿Significa lo anterior que el finalismo tiene razón y que, además de argumentos valorativos, existen razones normológicas para estructurar la teoría jurídica del delito diferenciando tipo y antijuridicidad? Entiendo que no. En primer lugar, porque la primera parte de la afirmación no se sostiene: las diferencias valorativas materiales de las que nos habla existen, pero no tienen que ver con la distinción entre atipicidad y justificación y no son lo suficientemente coherentes como para constituir una base sólida sobre la que distinguir entre dos categorías de la teoría jurídica del delito. En segundo lugar, porque el hecho de que exista una relación de colisión entre dos normas y que ésta haya de resolverse para que el ordenamiento jurídico no envíe mensajes contradictorios al sujeto no implica que se tenga que articular en dos categorías distintas dentro de la teoría jurídica del delito. Pero antes de argumentar este extremo con mayor profundidad ha de exponerse un ulterior argumento normológico presentado por KAUFMANN (1954: 253-257).

Para KAUFMANN, la tipicidad es un *prius* lógico respecto a la justificación, ya que ésta necesariamente se vincula a una tipicidad previa. Hasta aquí el argumento no es nuevo, y se corre el riesgo de volver a incurrir en lo que a todas luces es una discusión verbal: los partidarios de la distinción tipo-antijuridicidad insisten en que las acciones justificadas siguen siendo típicas, mientras que los partidarios de la TENT afirman que no lo son, pero usando otro concepto de tipo, que incorpora las causas de justificación como elementos

<sup>75</sup> Frente a lo que aquí se afirma, GRACIA (*Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, 2006, p. 271, nota 546) interpreta la construcción de KAUFMANN como un fenómeno estructuralmente similar al del concurso de leyes en relación de alternatividad y no de especialidad. Entiende que en tal tipo de concurso (*rectius*: de criterio de resolución del concurso) estamos ante dos proposiciones que tienen el mismo sentido y una de ellas se ve anulada por la otra, pero que esto no puede ocurrir en el caso de estar ante un tipo de prohibición y otro de justificación, porque al tener sentido contrario ninguno puede absorber al otro. Sin embargo, la relación que existe entre el tipo de prohibición y el de justificación no es de interferencia, sino de subordinación (v. *supra*, apdo III.b.). Las consecuencias jurídicas de ambas normas suponen dos calificaciones deónticas distintas (prohibición/permisión), pero ello no es relevante, porque el criterio de especialidad impide que la consecuencia jurídica de una de las normas (la prohibitiva) surta efectos. Esto es equivalente a hablar del no surgimiento del deber “en concreto” pero, entiendo, es también más preciso. Que la idea está además esencialmente de acuerdo con el planteamiento de Arm. KAUFMANN lo muestra esta declaración suya: “El juicio de antijuridicidad procede como un juicio de colisión” (Arm. KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, 1954, p. 255).

<sup>76</sup> La afirmación de que “la existencia del permiso impide el surgimiento de un deber de omitir de sentido contrario (...) y en este sentido puede decirse que la presencia del permiso es un ‘puro elemento negativo de deber’” (Arm. KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, 1954, p. 256) acerca a este autor a la tercera de las formalizaciones del principio de especialidad que se han visto, esto es, a la TENT en el sentido de la teoría del Derecho. Tal y como apunta MINAS-VON SAVIGNY, *Negative Tatbestandsmerkmale. Ein Beitrag zur Rechtssatz- und Konkurrenzlehre*, 1972, pp. 108-109, KAUFMANN completa el tipo de delito que contiene la prohibición con un elemento negativo (la permisón) que extrae de las causas de justificación.

negativos. Por mi parte entiendo que, en tanto se reconozca que en el ordenamiento jurídico existen dos normas en las que se podría subsumir la conducta justificada, ambas opciones son defendibles<sup>77</sup>. Sin embargo, KAUFMANN introduce una nueva consideración: para que una conducta esté justificada no sólo ha de cumplir los elementos de alguna de las causas de justificación, sino que ha de resultar “necesaria”. La “necesidad” de la conducta es un principio estructural general de las causas de justificación (KAUFMANN 1954: 253-254, 1955: 40; GRACIA 2006: 272-273) que implica que ésta ha de ser el medio menos lesivo para conseguir el resultado<sup>78</sup>. Pues bien: para determinar que la concreta conducta defensiva utilizó el medio menos lesivo habrá que efectuar una comparación entre aquellos disponibles. Sin embargo, esta comparación presupone la tipicidad de la conducta. Si no, no habría necesidad de justificarla y además puede darse el caso de que, junto a esta conducta típica, algunas de las conductas defensivas posibles también fueran típicas pero recibieran una valoración menos negativa por el ordenamiento jurídico: no puede excluirse que la agresión con intención homicida pueda ser evitada de forma distinta a matando al agresor, por ejemplo hiriéndole o arrebatándole violentamente el arma (KAUFMANN 1955: 40). Así, la tipicidad se convierte en un elemento imprescindible para comprobar la necesidad de la conducta, que es a su vez un requisito de la justificación. Por la ley de la transitividad, la constatación de la tipicidad se convierte en un *prius* lógico (“no cronológico”, KAUFMANN 1954: 255) de la justificación. Para poder hablar de ésta a la TENT no le basta con afirmar que se dan los elementos negativos de que se trate: tiene así mismo que verificar la tipicidad de la conducta para poder efectuar el juicio de necesidad (KAUFMANN 1955: 40).

La argumentación resulta fascinante. Sin embargo, tal y como adelanté, no es suficiente como argumento contra una teoría jurídica del delito bipartita, porque las relaciones de prioridad lógica no constituyen un buen argumento para la determinación de los grandes trazos de la teoría jurídica del delito. Ello se ve claramente cuando se repara en que esta misma relación lógica se da entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo: para poder hablar de “dolo” o “imprudencia” en un caso concreto tenemos primero que saber a qué elementos típicos han de extenderse estas dos formas de imputación subjetiva. Sin el marco de referencia que aporta el tipo objetivo, la indagación no puede tan siquiera comenzar. Y, sin embargo, nadie entiende que esto justifique una decisión sobre los niveles últimos (o primeros: los más generales) en los que ha de dividirse la teoría jurídica del delito. En concreto, nadie piensa que merezca la pena otorgar una categoría independiente al tipo objetivo y al tipo subjetivo, y ello porque se entiende que sin el tipo subjetivo la existencia del objetivo es irrelevante. Pues bien: lo mismo ocurre con la tipicidad y la antijuridicidad. Sólo cuando estamos ante una conducta antijurídica tenemos algo con suficiente relevancia jurídico-penal, mientras que la conducta típica que luego resulta justificada resulta irrelevante. Para que no lo fuera tendríamos que poder establecer una diferencia valorativa sustantiva entre la conducta atípica y la típica y justificada, y esto, como vimos en el anterior apartado, no es posible hacerlo de modo general<sup>79</sup>. Existen conductas atípicas que

---

<sup>77</sup> Lo reconoce el propio Arm. KAUFMANN, cuando afirma que si la cosa se quedara aquí la TENT estaría “esencialmente justificada” (*Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, 1954, p. 254, nota 74).

<sup>78</sup> “La justificación sólo se da cuando el autor no tiene ninguna otra posibilidad de proteger el bien jurídico atacado: ni sin lesionar bien jurídico alguno, ni sin lesionar un bien jurídico de menor valor, ni sin lesionar el mismo bien jurídico pero en menor medida” (Arm. KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, 1954, pp. 254-255).

<sup>79</sup> Recientemente afirmaba GRACIA (*Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, 2006, pp. 290-291, nota. 574) que lo justificado no es valorado positivamente por el Derecho, sino que se puede hablar de una “resignación del Derecho”. En su celebrísima contribución sobre el estado de necesidad, y en concreto al hilo de la discusión de la “teoría de la neutralidad”, Enrique Gimbernat afirmaba que “todo el problema está mal planteado, en cuanto que se parte de que la existencia de causas de justificación obedece a que han sido valoradas positivamente por el orden jurídico. Esto no

nos resultan muy reprobables y conductas justificadas que consideramos dignas de encomio. Sin el añadido de un sustrato valorativo coherente, la objeción representada por el requisito de la necesidad de la conducta a justificar, un argumento lógico, no resulta convincente en contra de la estructura bipartita de la teoría jurídica del delito, o al menos no tiene una fuerza distinta del argumento a favor de una estructuración cuatripartita en consideración a que esa misma conexión lógica caracteriza la relación tipo objetivo-tipo subjetivo<sup>80</sup>.

## 5. Conclusiones

La teoría jurídica del delito, ¿debe configurarse en dos o tres grandes bloques? La cuestión no reviste una importancia práctica que justifique el tiempo que algunas de las mejores cabezas de la dogmática penal le han dedicado. De hecho, carece de cualquier relevancia práctica, ya que todos los aspectos de la concreta atribución de responsabilidad penal que se supone se verían afectados por esta decisión (señaladamente el tratamiento del error sobre los presupuestos de una causa de justificación), en realidad no lo hacen. Que durante largo tiempo se haya podido pensar lo contrario tiene ante todo que ver con la injustificada pero extendida identificación de la defensa de la estructuración bipartita con la TENT. Mejor dicho: con la peculiar versión de la TENT que se ha discutido en la doctrina jurídico-penal. ¿Significa eso que el lector está ante un trabajo subsumible dentro de lo que BURKHARDT (2000) provocadoramente ha denominado “dogmática sin repercusiones” (*Folgenlosedogmatik*)? Si por ello se entiende “carente de repercusiones prácticas” (y entiendo que ésta es la mejor interpretación), sin duda. El objetivo de esta contribución no ha sido práctico sino metodológico: mostrar la forma en la que se ha desarrollado una discusión que sólo debido a la inadecuación del modo en que se ha llevado a cabo ha podido parecer que tenía consecuencias prácticas<sup>81</sup>. Como se ha mostrado (v.

---

rige siquiera para la atipicidad en sentido estricto” (GIMBERNAT, «El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad» (1974), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., 1990, p. 228). En plena consonancia con las anteriores palabras, y según reflejé *supra*, apdo. III.a., entiendo que lo único que podemos inferir cuando el Derecho concede un permiso es que no considera que la conducta deba omitirse (puesto que la prohibiría) ni que deba llevarse a cabo (puesto que la prescribiría). Más allá de este juicio de valor no conviene personificar “el Derecho” para atribuirle estados mentales que no se pueden inferir de su existencia objetiva (de su positividad), ni para entender que valora positivamente, ni para entender que se resigna; en palabras de otro maestro, tal tarea “no se cuenta entre las tareas del Derecho penal” (ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., 2006, p. 600). Por eso no tiene sentido criticar a la TENT por que ésta permitiría afirmar que es más grave matar a una mosca que matar a una persona en legítima defensa (CUELLO, *El Derecho Penal Español. Parte General*, 3ª ed., 2002, p. 511, nota 174). Ni la TENT ni ninguna de las aproximaciones favorables a una división bipartita del delito permiten u obligan a decir algo así: les vale con sostener que la acción atípica y la justificada tienen el mismo valor en términos de imputación de responsabilidad penal (en este sentido, SCHÜNEMANN/GRECO, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 2006, p. 789, nota 53). Si alguno de sus partidarios hace afirmaciones que van más allá, lo hace apoyado en premisas suplementarias que no vienen exigidas por la teoría (éste, por otro lado, es claramente el caso de GARCÍA RIVAS, objeto de la cita de CUELLO, que de forma por supuesto legítima argumenta moralmente a favor de su planteamiento: GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el estado democrático*, 1996, pp. 83-84).

<sup>80</sup> Sí es, entiendo, una objeción insuperable para las concepciones no personales del injusto como lesión de normas de valoración. Para una excelente argumentación en este sentido v. GRACIA, *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, 2006, pp. 106-107.

<sup>81</sup> Quizás convenga aclarar que no estoy poniendo en duda que las aportaciones metodológicas en ocasiones puedan tener repercusiones prácticas, y tampoco que esté justificado llevarlas a cabo. Respecto del primer punto, lo que afirmo es que si ha parecido que esta concreta discusión tenía repercusiones prácticas es por que se ha llevado a cabo de manera metodológicamente deficiente. Respecto del segundo, el problema no es llevar a cabo indagaciones metodológicas, aun cuando éstas no tengan consecuencias prácticas, sino que la mayor parte de la investigación consista en indagación dogmática sin consecuencias prácticas. El problema, por tanto, es de proporción: si quiere ser fiel a sus declaraciones de intenciones,

especialmente *supra*, apdo. II), no han sido pocas las deficiencias en la presentación de argumentos por parte de los partidarios de la versión penal de la TENT. Sin embargo, tampoco sus principales opositores quedan exentos de crítica (v. sobre todo *supra*, apdo. IV). Personalmente y por las razones que se han ido desgranando a lo largo del trabajo, entiendo que las diferencias entre las conductas atípicas y las típicas pero justificadas no alcanzan a justificar la constitución de un escalón independiente para la tipicidad. Ello, sin embargo, no significa que haya que resucitar la versión penal de la TENT: como se ha visto *supra*, apdo. III.b., al negar que exista una colisión de normas la versión penal de la TENT no es compatible con la TENT como teoría general del Derecho, y esta última es más sólida desde el punto de vista normológico.

*Hace ya algunos años, cuando iba a comenzar el doctorado, le pedí prestado algo de dinero a mi tío para comprarme unos cuantos libros de Derecho penal. Entre ellos se encontraban "Autor y cómplice" y "Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad". Espero que mi tío no lea esto, porque no recuerdo haberle devuelto el dinero. Pero recuerdo perfectamente la voracidad con la que leí las dos obras de Enrique Gimbernat, la misma con la que he seguido leyendo su gran obra. Por tantos buenos momentos, gracias.*

## 6. Bibliografía

ALCHOURRÓN, Carlos E./BULYGIN, Eugenio, «Permisos y normas permisivas», en (los mismos), *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid (Centro de Estudios y Constitucionales) 1991, pp. 215-238 (publicado originalmente en 1984, fecha por la que se cita en el texto).

- «La concepción expresiva de las normas», en LOS MISMOS, *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid (Centro de Estudios y Constitucionales) 1991, pp. 121-153 (publicado originalmente en 1981, fecha por la que se cita en el texto).

- *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 3ª reimpresión, Buenos Aires (Astrea) 1998 (reproduce el texto originalmente publicado en castellano en 1975, traducción a su vez del original inglés de 1971, fecha por la que se cita).

ALONSO, Juan Pablo, *Interpretación de las normas y Derecho penal*, Buenos Aires (Del Puerto) 2006.

ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier, *Sobre la estructura de la norma penal, la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2001.

AMELUNG, Knut, «Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin», en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno del derecho penal, cuestiones fundamentales* (trad. esp. Silva Sánchez), Madrid (Tecnos) 1991, pp. 94-107 (publicado originalmente en 1984, fecha por la que se cita en el texto).

ATIENZA, Manuel/RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2ª ed. Barcelona (Ariel) 2004.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Delito y punibilidad*, Madrid (Civitas) 1983.

BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die arten des Delikts*.

---

una dogmática que se autodefine como "orientada a las consecuencias" no puede perder de vista este extremo.

*Band I. Normen und Strafgesetze*. 1ª ed., Leipzig (Meiner) 1872.

*Band III. Der Irrtum*. Reimpresión de la 1ª ed., de 1918 (fecha por la que se cita), Aalen (Scientia) 1965.

- *Die Schuld im deutschen Strafrecht, Vorsatz, Irrtum, Fahrlässigkeit*, Leipzig (Meiner) 1919.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin», en *Anuario de Derecho Penal* 2003, pp. 113-150.

BURKHARDT, Björn, «Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik», en Eser/Hassemer/Burkhardt (eds.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, Munich (Beck) 2000, pp. 111-157.

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*. 6ª ed., Madrid (Tecnos) 2005.

CID MOLINÉ, José, «Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concurso de delitos», en *Anuario de Derecho penal*, 1994, pp. 29-63.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho Penal Español. Parte General*. 3ª ed., Madrid (Dykinson) 2003.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, «Estafa y otros fraudes en el tráfico inmobiliario» en POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho penal de la construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, Granada (Comares) 2006.

DREHER, Eduard, «Schriftum. Claus Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem», en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1971, pp. 217-218.

ECHAVE, Delia Teresa/URQUIJO, María Eugenia/GUIBOURG, Ricardo, *Lógica, proposición y norma*, 4ª reimpresión, Buenos Aires (Astrea) 1995 (citado en el texto por la fecha de su aparición original, 1980).

ENGISCH, Karl, *Einführung in das juristische Denken*, 6ª ed., Stuttgart et al. (Kohlhammer) 1975.

- «Der Unrechtatbestand im Strafrecht. Eine kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht», en VON CAEMMERER/FRISENHAHN/LANGE (eds.), *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hunderjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*, tomo 1, Karlsruhe (Müller) 1960, pp. 401-437.

- «Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen. Kritische Betrachtungen zu den §§ 19 und 40 des Entwurfs 1958», en *ZStW* 1958, pp. 566-616.

- *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Aalen (Scientia) 1964 (reimpresión de la edición de 1930, fecha por la que se cita en el texto).

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, «Recensión a *Der zweistufige Deliktsaufbau* (La estructuración del delito en dos niveles), de Klaus Rinck», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2000, pp. 1.154-1.176.

GALLAS, Wilhelm, «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (67), 1955, pp. 1-47.

GARCÍA RIVAS, Nicolás, *El poder punitivo en el estado democrático*, Cuenca (Universidad de Castilla-La Mancha) 1996.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», en *Ensayos penales*, Madrid (Tecnos) 1999 (originalmente publicado en 1990, fecha por la que se cita), pp. 403-427.

- *Introducción a la parte general del Derecho penal español*, Madrid (Universidad Complutense de Madrid) 1979.

- «El estado de necesidad, un problema de antijuridicidad», en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Madrid (Tecnos) 1990 (originalmente publicado en 1974, fecha por la que se cita), pp. 218-230.

- «Inducción y auxilio al suicidio», en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Madrid (Tecnos) 1990 (originalmente publicado en 1972, fecha por la que se cita), pp. 275-286.

- «El sistema del Derecho penal en la actualidad», en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Madrid (Tecnos) 1990 (originalmente publicado en 1971, fecha por la que se cita), pp. 162-181.

GÓMEZ POMAR, Fernando/ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, *Chantaje e intimidación, un análisis jurídico-económico*, Madrid (Thomson-Civitas) 2005.

GÖSSEL, Karl-Heinz, «Reflexiones sobre la relación entre norma y tipo. El error sobre el presupuesto fáctico de una causa de justificación», en *Cuadernos de política criminal* (68), 1999, pp. 281-292.

GRACIA MARTÍN, Luis, *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Barcelona (Atelier) 2006.

HIRSCH, Hans Joachim, «Einordnung und Rechtswirkung des Erlaubnissachverhaltsirrtums. Über eine vermittelnde Schuldtheorie», en HOYER *et al* (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg (Müller) 2006, pp. 223-239.

- *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund*, Bonn (Ludwig Röhrscheid) 1960.

HOLD VON FERNECK, Freiherrn Alexander, *Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechtes. Band I. Der Begriff der Rechtswidrigkeit*, Frankfurt a.M. (Keip) 1978 (facsímil del original de 1903, fecha por la que se cita).

HRUSCHKA, Joachim, «¿Realmente es limitada la teoría 'limitada' de la culpabilidad? Adiós a un debate», en SÁNCHEZ-OSTIZ (ed.), *Joachim Hruschka. Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Cizur Menor (Aranzadi) 2006 (publicado originalmente en 2001, fecha por la que se cita), pp. 127-156.

- *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., Berlín/Nueva York (Walter de Gruyter) 1988.

- «El objeto del juicio de antijuridicidad según el Derecho penal actual. Sobre la consistencia de las posibles concepciones acerca de los errores relativos a las circunstancias

de hecho», en SÁNCHEZ-OSTIZ (ed.), *Joachim Hruschka. Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Cizur Menor (Aranzadi) 2006 (publicado originalmente en 1980, fecha por la que se cita), pp. 101-125.

ITURRALDE SESMA, Victoria, «Consideración crítica del principio de permisión según el cual 'lo no prohibido está permitido'», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1998, pp. 187-217.

JERICÓ OJER, Leticia, *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, Madrid (La Ley/Universidad Pública de Navarra) 2007.

JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlín (Duncker&Humblot) 1996.

- *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 1ª ed., Berlín (Duncker&Humblot) 1969.

KAUFMANN, Armin, «Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung», en *Juristenzeitung*, 1955, pp. 37-41.

- *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*. Reimpresión ampliada de la primera edición, Göttingen (Otto Schwartz) 1988 (reproduce, añadiéndole dos artículos posteriores, la primera edición, de 1954, fecha por la que se cita).

KAUFMANN, Arthur, «Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum», en *Juristenzeitung*, 1956, pp. 353-358.

- «Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen», en *Juristenzeitung*, 1954, pp. 653-659.

KINDHÄUSER, Urs, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt a.M. (Vittorio Klostermann) 1989.

KLUG, Ulrich, «Sobre el concepto de concurso de leyes. (Análisis lógico de una regulación lingüística de la dogmática penal)», en EL MISMO, *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*, Barcelona (Alfa) 1989, pp. 55-73 (publicado originalmente en 1956, fecha por la que se cita en el texto).

KOHLRAUSCH, Eduard, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, Berlín (Guttentag) 1903.

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

LARENZ, Karl/CANARIS, Claus-Wilhelm, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3ª ed., Berlín et al. (Springer) 1993.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte General I*, Madrid (Universitas) 1996.

MANRIQUE, Laura (ed.), «Derechos de necesidad y deberes de tolerancia», *Revista Discusiones* (7), marzo de 2007.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid (Edersa) 1992.

MAZZARESE, Tecla, «Permisi3n fuerte y permisi3n débil, notas al margen», en NAVARRO/REDONDO (comp.), *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona (Gedisa) 2002, pp. 131-151.

MERKEL, Adolf, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart (Enke) 1889.

MINAS-VON SAVIGNY, Jutta, *Negative Tatbestandsmerkmale. Ein Beitrag zur Rechtssatz- und Konkurrenzlehre*, Colonia et al. (Carl Heymanns Verlag) 1972.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Barcelona (Reppertor) 2005.

- «Valoraciones, normas y antijuridicidad penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (06-02), 2004, pp. 1-19. Disponible en Internet, <http://criminnet.ugr.es/recpc> (última visita, 30 de julio de 2007).

- «Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho», en EL MISMO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona (Ariel) 1994 (publicado originalmente como libro en 1979, fecha por la que se cita), pp. 29-91.

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

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid (Universidad Complutense de Madrid) 1981.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, *La excusa del positivismo. La presunta superación del "positivismo" y el "formalismo" por la moderna dogmática penal contemporánea*; prólogo de Manuel Atienza Rodríguez. Madrid (Civitas) 2007.

- «Roxin y la dogmática político-criminalmente orientada», en ONTIVEROS/PELÁEZ (coords.), *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. Libro en Homenaje a Claus Roxin*, Tomo I, México D.F. (Instituto Nacional de Ciencias Penales-INACIPE) 2003, pp. 415-440.

PHILIPPS, Lothar, «Normentheorie», en KAUFMANN/HASSEMER/NEUMANN (eds.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7ª ed., Heidelberg (Müller) 2004, pp. 320-332.

PUPPE, Ingeborg, «Struktur der Rechtfertigung», en KÜPER/WELP (eds.), *Festschrift für Stree und Wessels*, Heidelberg (Müller) 1993, pp. 183-201.

RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Oxford (Oxford University Press) 1990.

RENZIKOWSKI, Joachim, «Intra- und extrasystematische Rechtfertigungsgründe», en BYRD/JOERDEN (eds.), *Philosophia Practica Universalis. Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag (Jahrbuch für Recht und Ethik vol. 13)*, Berlín (Duncker&Humblot) 2005, pp. 643-668.

RINCK, Klaus: *Der zweistufige Deliktsaufbau*, Berlín (Duncker & Humblot) 2000.

RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, «Prólogo a la nueva edición española», en LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona (Ariel) 1994, pp. 3-9.

RÖHL, Klaus F., *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*. 2ª ed., Colonia et al. (Carl Heymann) 2001.



ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4ª ed., Munich (Beck) 2006.

- *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Barcelona (Bosch) 1972. (trad. esp. de Muñoz Conde del original alemán *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, publicado en 1970, fecha por la que se cita en el texto).

SCHAFFSTEIN, Friedrich, «Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre», en *Monatschrift für deutsches Recht*, 1951, pp. 196-202.

SCHMID, Christian, *Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus rechtstheoretischer Sicht*, Berlín (Duncker & Humblot) 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd/GRECO Luís, «Der Erlaubnistatbestandsirrtum und das Strafrechtssystem. Oder, Das Peter-Prinzip in der Strafrechtsdogmatik?», en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2006, pp. 777-792.

SCHÜNEMANN, Bernd, «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. Teil I., Tatbestands- und Unrechtslehre», en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1985, pp. 341-380.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas», en *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid (UNED) 2001, pp. 559-575.

- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona (Bosch) 1992.

TAMARIT SUMALLA, Josep M<sup>a</sup>., *La libertad ideológica en el Derecho penal*, Barcelona (Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona/Promociones y Publicaciones Universitarias) 1989.

TRAPERO BARREALES, María A., *El error en las causas de justificación*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2004.

VELÁZQUEZ VIOQUE, David, «Sobreseimiento libre y causas de justificación», en OCTAVIO DE TOLEDO/GURDIEL/CORTÉS, *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2004, pp. 1.097-1.111.

VON WEBER, Hellmuth, «Negative Tatbestandsmerkmale», en ENGISCH/MAURACH (eds.), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, Munich/Berlín (C.H.Beck) 1954, pp. 183-192.

VON WEBER, Hellmuth, «Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund», en *Juristen Zeitung* 1951, pp. 260-263.

WELZEL, Hans, *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*. 4ª ed., Göttingen (Otto Schwartz) 1961.

- «Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtums vom Verbotsirrtum», en *Monatschrift für Deutsches Recht*, 1952, pp. 584-590.

VON WRIGHT, Georg Henrik, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Londres (Routledge & Kegan Paul) 1963.

ZIMMERL, Leopold, *Zur Lehre vom Tatbestand. Übersehene und vernachlässigte Probleme*, Frankfurt a.M./Tokio (Keip/Yushodo) 1975 (publicado originalmente en 1928, fecha por la que se cita).

ZIPPELIUS, Reinhold, *Juristische Methodenlehre*, 10<sup>a</sup> ed., Munich (Beck) 2006.