

Dogmática de la configuración subjetiva del injusto penal: diatriba de un concepto

*Miguel Polaino Navarrete**

Sumario: **I.** Naturaleza jurídica de la antijuricidad en la teoría del delito. **II.** Teorías objetivas de la antijuricidad. **1.** La concepción ‘dicotómica’ de injusto (civil y penal) de Rudolf von Jhering. **2.** La concepción ‘objetiva radical’ de la antijuricidad penal de A. Löffler. **3.** Otras tesis de orientación objetiva. **4.** Consideraciones críticas a las teorías objetivas. **III.** Teoría de los imperativos **1.** ¿La imputabilidad del sujeto, requisito del injusto típico? **2.** Teoría penal de los ‘imperativos’ de A. Thon y E.R. Bierling. **3.** Consideraciones críticas a la teoría de los imperativos. **IV.** Teorías subjetivas de la antijuricidad. **1.** El derecho como ‘poder espiritual’ en la doctrina de A. Merkel. **2.** El injusto como ‘rebeldía subjetiva’ en la doctrina de E. Hertz. **3.** El injusto como ‘alteración jurídicamente desaprobada’, en E. Kohlrausch. **4.** El injusto como ‘lesión de deber jurídico’, en A. F. Hold von Ferneck. **5.** El ‘contraste al fin justo’ como esencia de la antijuricidad en A. Graf zu Dohna. **6.** Consideraciones críticas a las teorías subjetivas **V.** Reconocimiento de los ‘elementos subjetivos del injusto’ en la Dogmática penal, por H.A. Fischer (1911). **VI.** Síntesis.

Resumen: Resulta imposible entender a la ciencia jurídico criminal sin el trasfondo que otorga la política criminal, contextual al momento histórico, cultural y político que se vivía en ese momento. Siendo que el injusto es el corazón detrás de la idea de delito, y la antijuricidad un aspecto esencial del mismo, este ensayo busca analizar las principales corrientes objetivas detrás del concepto de injusto penal, para arribar finalmente a un juicio de valor respecto de los elementos esenciales que debe contener dicho concepto.

Abstract: It is an impossible task, to understand criminal legal science without also understanding the criminal policies that inspired it, which are contextual to the historic, cultural and political worldview in which these concepts were created. Given that unlawfulness is a critical aspect behind the concept of “crime”, this essay seeks to analyze the main objective

* Catedrático Emérito de Derecho Penal en la Universidad de Sevilla; académico correspondiente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

theories, which led to the creation of said concept, to later emit an opinion in regards to the key components that the concept of unlawfulness must contain.

Palabras clave: injusto penal, delito, antijuricidad, elementos objetivos, elementos subjetivos.

Key Words: unlawfulness, crime, illegality, objective elements, subjective elements.

Tengo contraída con México una deuda de gratitud que se remonta a hace ya más de dos décadas. A lo largo de todo este tiempo he sido beneficiario de una hospitalidad y una generosidad mexicanas nada sólitas. En realidad, se trata de la misma generosidad y de idéntica hospitalidad con las que México acogió a una amplia generación de juristas que —en tristes, dramáticas, circunstancias— recalaron en esas bellas tierras, huyendo de la guerra civil española.

La Academia Mexicana de Ciencias Penales no fue en modo alguno ajena a aquella singular muestra de solidaridad: maestros españoles de la talla de Luis Jiménez de Asúa, Constancio Bernaldo de Quirós, Mariano Ruiz Funes o Mariano Jiménez Huerta fueron acogidos generosamente en esta institución mexicana. Sobre ellos conversé con muchos de los maestros del penalismo mexicano a los que tuve el honor de conocer: Celestino Porte-Petit, Fernando Castellanos Tena, Luis Fernández Doblado o Rafael Márquez Piñero —todos ellos ya fallecidos—, y con mis amigos, maestros y hoy benefactores Raúl Carrancá y Rivas y Ricardo Franco Guzmán, lúcidamente entre nosotros. Que la Academia Mexicana de Ciencias Penales me haya conferido el alto honor de acordar que mi nombre figure también en una lista en la que ya lucían nombres gloriosos del penalismo hispano es una acción de generosidad que me honra y a la que no sé si podré corresponder dignamente. Lo intentaré en la mejor manera posible presentando a nuestra venerable institución el actual ensayo, en el que buceo en un aspecto central de la dogmática del injusto penal, relativo a una problemática que ocupó muchas horas de mis investigaciones iniciales sobre la teoría del delito.

En el desempeño de este cometido me acompañaron desde un inicio aportaciones magistrales de penalistas mexicanos, como el profesor Franco Guzmán (con su óptimo libro *La subjetividad en la ilicitud*, de 1959), o los profesores Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas (con los muy precisos aportes contenidos en su excelso *Derecho penal mexicano, Parte general*), a las que luego se han agregado las de otros colegas y amigos mexicanos como Moisés Moreno y Miguel Ontiveros, así como las de mis discípulos doctorales Carlos Daza Gómez (desgraciadamente fallecido en este año pandémico —al igual que el magistrado Miguel Ángel Aguilar López—) y José Nieves Luna Castro, ambos doctores por la Universidad de Sevilla. Ojalá que las presentes líneas —que simbolizan el alto reconocimiento que profeso a la *Academia Mexicana de Ciencias Penales*— puedan contribuir a desentrañar el origen dogmático de un aspecto central de la teoría del delito.

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ANTIJURICIDAD EN LA TEORÍA DEL DELITO

La antijuricidad constituye una categoría dogmática cuyo concepto fue elaborado en el sistema punitivo, no para expresar el conjunto de los caracteres configuradores del delito, sino para individualizar conceptualmente un singular aspecto del mismo: la relación de contraste al ordenamiento positivo por un acto típico y el correspondiente juicio objetivo de desvalor jurídico sobre él.¹ Conforme a esta comprensión, carece de validez un concepto de antijuricidad extensivo, en el que se la considere como una cualidad inmanente al delito en su totalidad e indicativo de la propia esencia de éste.²

En cuanto singular característica valorativa del concepto de delito, la antijuricidad se predica normativamente como un atributo del elemento básico representado por la acción.³ El fundamento del injusto radica en la contradicción al derecho por

¹ Cian, Giorgio, *Antigiuridicità e colpevolezza, Saggio per una storia dell'illecito civile*, Cedam, Padova, 1966, pp. 37 ss., 41 s., afirma que si la antijuricidad quiere expresar la contradicción entre conducta y ordenamiento jurídico, esta categoría dogmática se podrá considerar lógicamente justificada sólo en cuanto encuentre encuadramiento, de una parte, en la teoría de la norma y, de otra, en la teoría de la acción. Cfr. Dario Santamaria, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Jovene, Napoli, 1955 (pp. 19 ss.), quien destaca que la doctrina tradicional del delito asumió una sistemática en que la acción es reducida a su aspecto objetivo y configurada en el árido esquema de la causalidad.

² Antolisei, Francesco, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, IV edizione, Giuffrè, Milano, 1960, p. 141, señala que, observado el delito en su conjunto, la antijuricidad no puede ser ni objetiva ni subjetiva: es simplemente la relación de contradicción entre el hecho y el ordenamiento jurídico. Cfr. Arturo Rocco, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Fratelli Bocca Editori, Milano Torino Roma, 1913, p. 475, para quien la antijuricidad no ha de considerarse mero elemento constitutivo del delito, pues constituye la propia esencia, la naturaleza intrínseca, el "in se" del delito. *Vid.*, en el sentido del texto, Thomas Würtenberger, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft [La situación espiritual de la Ciencia alemana del Derecho penal]*, 2. Auflage, Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen", Band 7, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1959, p. 47; Giuseppe Bettiol, *Diritto penale, Parte generale*, V edizione, G. Priulla Editore, Palermo, 1962, pp. 239 ss.

³ Schwander, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch [El Código penal suizo]*, 2. Auflage, Polygraphischer Verlag, Zürich, 1964, p. 66, ha expresado —gráficamente— que la teoría de la acción desprovista de los restantes elementos constitutivos del delito es como una madre a la que se ha privado de sus hijos, dado que, si todo aquello que puede ser contemplado desde el punto de vista jurídico-penal supone partir de la teoría de la acción, ésta en su aislada consideración queda prácticamente vacía. *Vid.*, sobre el carácter valorativo del concepto penal de acción, Edmund Mezger, *Tratado de Derecho penal*, traducción española y notas de José Arturo Rodríguez Muñoz, tomo I, nueva edición revisada y puesta al día, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1955, pp. 189 ss., especialmente 191, y *Nota* de Rodríguez Muñoz a esta obra, pp. 191-194, quien por su parte realiza unas consideraciones críticas de interés (relativas a la toma de posición de Mezger sobre el tema no sólo en el *Lehrbuch [Tratado]* sino también en el *Grundriß [Compendio]*), para concluir apreciando en este elemento una valoración de primer grado.

una acción típica que infringe la prescripción normativa contenida en el precepto legal.⁴ Su esencia reside en la desaprobación jurídica del acto de quebrantamiento de la norma, que se substancia en un juicio normativo de desvaloración de la conducta⁵ por virtud de la contrariedad de la misma al derecho.⁶

Las divergentes formulaciones que sobre la naturaleza de la antijuricidad se han sustentado en la teoría del delito vienen a coincidir —dentro de su discrepancia— en un aspecto sustancial básico: la comprensión de este elemento del delito como la negación u oposición al derecho, si bien acentuando en el mismo el aspecto de valoración de la norma o la perspectiva del deber jurídico. Cabe apreciar sistemáticamente dos fundamentales direcciones en orden a la determinación de la naturaleza de la característica reveladora del contraste del acto típico a la norma vigente: la *objetiva*, de un lado, y la *subjetiva*, de otro,⁷ a las que ha de adicionarse una tercera —en cierto sentido equidistante— representada por la teoría de los *imperativos*.

⁴ Welzel, Hans, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung* [El Derecho penal alemán. Una exposición sistemática], 11. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1969, pp. 50 s., afirma que toda realización del tipo de una norma prohibitiva es contraria a la norma, pero no en todo caso al ordenamiento jurídico, constituido por normas *prohibitivas* y *permisiones* (causas de justificación): la antijuricidad es la contradicción al ordenamiento jurídico en su conjunto, y sólo la realización del tipo puede ser antijurídica, no el tipo en cuanto imagen conceptual, pues no existen tipos antijurídicos sino realizaciones antijurídicas del tipo. Cfr. Reinhart Maurach, *Tratado de Derecho penal*, traducción española de Juan Córdoba Roda, tomo I, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, p. 359, quien advierte que la distinción entre antijuricidad formal y material encierra una cuestión que es esencialmente terminológica, pues el supuesto contraste entre ambas dimensiones se resuelve en el sentido de apreciar la primera en la acción típica en virtud del indicio que el tipo fundamenta, y la segunda en la realización del tipo no cubierta por una causa de justificación; Giuseppe Bettiol, *Diritto penale, Parte generale*, V edizione, G. Priulla Editore, Palermo, 1962, pp. 247 ss.

⁵ Welzel, Hans, *op. cit.*, p. 51. Cfr. Giuseppe Bettiol, *Diritto penale, Parte generale*, V edizione, G. Priulla Editore, Palermo, 1962, pp. 236 ss. Vid. Enrique Gimbernat, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Reus, Madrid, 1966, pp. 102 ss., quien correctamente ha afirmado: “La antijuricidad es un juicio objetivo de desvalor. Por eso el inculpable que mata se comporta antijurídicamente. Ciertamente que subjetivamente no hay reproche alguno, pero objetivamente sí que hay un desvalor (...) La reprochabilidad objetiva consiste en un juicio de desvalor jurídico que recae porque se ejecuta la acción que el hombre prudente (ideal) no habría cometido”.

⁶ Cfr. Hans Welzel, *op. cit.*, p. 51, quien advierte la equivocidad del concepto *objetivo* que ha dado lugar al malentendido de referir el calificativo de *objetivo* —característico del juicio normativo de desvaloración— a su propio objeto (la acción), que por el contrario es una unidad de elementos subjetivos (del autor) y objetivos (del mundo exterior).

⁷ Cfr. José Guallart y López de Goicoechea, “Los elementos subjetivos de la antijuricidad”, en *Universidad* (Revista de cultura y vida universitaria), Zaragoza, 1931, p. 60.

II. TEORÍAS OBJETIVAS DE LA ANTIJURICIDAD

1. La concepción ‘dicotómica’ de injusto (civil y penal) de Rudolf von Jhering

Las teorías objetivas de la antijuricidad determinan el juicio normativo de desvalor del acto transgresor de la norma, haciendo abstracción de las singulares condiciones personales de capacidad de actuación del sujeto. Se ha indicado que estas teorías surgen como criterio delimitador de un concepto de injusto no filosófico ni abstracto, sino concreto y realmente constatable en el plano jurídico (ya sea civil o penal). Puede cifrarse el origen del debate histórico-dogmático surgido sobre la naturaleza de la antijuricidad en el enfrentamiento protagonizado —en 1867— por las formulaciones de la teoría objetiva de Rudolf von Jhering⁸ y la tesis subjetiva de Adolf Merkel.⁹

Tanto Jhering como Merkel —en sus respectivas concepciones antagónicas— coincidieron en un entendimiento básico: los “hechos naturales” no tienen cabida en la esfera valorativa del derecho, ni por consiguiente en el ámbito de la negación del mismo representada por el injusto.¹⁰ Ambos distinguieron entre acto penalmente relevante y puro acontecimiento natural intrascendente jurídicamente:¹¹ así, no identifican el injusto con la pura lesión fáctica de un estado de hecho jurídicamente protegido (bien jurídico), sino que requieren la voluntad humana como límite mínimo imprescindible para la existencia de una acción quebrantadora del ordenamiento jurídico.¹²

⁸ El precedente más significativo del concepto penal de injusto típico se encuentra —por vía indirecta— en la contribución a la teoría general de la antijuricidad debida a Jhering, *Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht* [El momento de la culpabilidad en el Derecho Romano privado] (1867), al plantear la cuestión fundamental de la determinación de un concepto de injusto jurídico-civil delimitado del jurídico-penal.

⁹ Vid. Reinhart Maurach, *Tratado de Derecho penal*, trad. esp. cit., t. I, 1962, p. 357. Cfr. Fernando Díaz Palos, *Antijuricidad*, en “NEJ Seix”, tomo II, Barcelona, 1950, p. 704, quien advierte que el concepto del injusto objetivo dominó hasta comienzos del siglo XX, si bien ya anteriormente —en 1867— se habían enfrentado las tendencias subjetiva y objetiva, respectivamente representadas por August Merkel y Rudolf von Jhering.

¹⁰ Cfr. Edmund Mezger, *Die subjektiven Unrechtselemente* [Los elementos subjetivos del injusto], en “Der Gerichtssaal”, Band 89, 1924, p. 213.

¹¹ Cfr. Edmund Mezger, *o.u.c.*, pp. 211 s.

¹² Vid. Rudolf von Jhering, *Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht* [El momento de la culpabilidad en el Derecho Romano privado], eine Festschrift für Johann Michael Franz Birnbaum zur Feier seines 50jährigen Professorenjubiläums am 24. Juni 1867, Roth, Gießen, 1867, p. 6, quien argumenta que ni el viento ni el tiempo pueden considerarse sujetos del injusto: cuando el granizo devasta mis campos, no existe en ello lesión alguna de mi derecho, sino sólo lesión fáctica (destrucción) de su objeto (un bien), pues los *hechos* de esta índole carecen de toda significación ante el Derecho y no pueden fundamentar ninguna pretensión jurídica; en cambio, cuando un tercero posee *bona fide* mi

El aspecto dogmático más significativo de la teoría —objetiva— de Jhering —en contra de la concepción subjetiva de Merkel— radica básicamente en la pretensión de la configuración de un concepto de injusto que no sea dependiente de las condiciones de capacidad de culpabilidad del sujeto. Pero en rigor Jhering alcanza su propósito de configuración objetiva del injusto sólo en lo que respecta al injusto *civil*, cuya existencia determina por la pura contradicción objetiva al ordenamiento jurídico (*v.gr.*, en la posesión de buena fe de la cosa mueble ajena, con o sin conocimiento por el sujeto de la ajenidad de la misma):¹³ el injusto civil es por él concebido como un injusto puramente *objetivo*, que no exige la condición de capacidad de culpabilidad del autor, sino que únicamente requiere la presencia de la voluntad humana del sujeto (quedando fuera de su ámbito los hechos *no humanos*, esto es, el mero fenómeno de la naturaleza o el hecho del animal).

En cambio, no logra establecer en el ámbito *penal* unos nítidos perfiles delimitadores entre el injusto y la culpabilidad. Coloca las bases para una tal separación, pero al desarrollar su teoría se desvía de los propios postulados de los que inicialmente parte, en el siguiente sentido: *a)* da cabida en el concepto *objetivo* de injusto penal a ciertos elementos *subjetivos*, convirtiéndose en realidad en precursor de una teoría negadora de una radical configuración puramente objetiva del injusto típico y de las causas de justificación;¹⁴ *b)* y reconoce la *capacidad de imputación* [*Zurechnungsfähigkeit*] como un concepto común a la antijuricidad y la culpabilidad.

Exige en concreto en el injusto penal una específica relación concreto-individual entre autor y acción, no considerando —como Hegel— que el conflicto surge entre derecho y persona abstractamente considerada, sino entendiendo —como Merkel— que tal relación vincula al derecho con la persona individual capaz de culpabilidad, esto es, con el sujeto imputable.¹⁵ Al estimar la posible concurrencia de elementos subjetivos del injusto —sobre la base del reconocimiento de una concepción objetiva de la antijuricidad— se erige en iniciador de una posición que fue calificada de *intermedia*¹⁶ y que no careció de seguidores.

cosa y rehúsa su entrega, aquí concurre ya una voluntad humana que se me opone, que retiene mi bien (objeto material) y atenta a mi derecho —con o sin conocimiento— y hace de esta forma necesaria la aplicación de las normas jurídicas de resarcimiento. No existe en tal supuesto ya ninguna lucha contra las fuerzas de la naturaleza, sino que la alternativa se plantea aquí entre el Derecho y su negación, el injusto.

¹³ Von Jhering, Rudolf, *o.u.c.*, pp. 5 s. Cfr. Ernst-Joachim Lampe, *Das personale Unrecht [El injusto personal]*, Duncker & Humblot, Berlin, 1967, p. 17.

¹⁴ *Vid.* Rudolf von Jhering, *o.u.c.*, p. 4, donde exige para la existencia del robo un momento subjetivo sobre el que se fundamente la culpabilidad, pues no hay robo sin intención. Cfr. Edmund Mezger, *Die subjektiven Unrechtselemente*, “GerS.”, Band 89, 1924, p. 212 *in fine*.

¹⁵ Von Jhering, Rudolf, *o.u.c.*, p. 4. Cfr. E.-J. Lampe, *o.u.c.*, p. 17.

¹⁶ *Vid.*, sobre los seguidores de esta orientación *intermedia*, Johannes Nagler, *Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit [El estado actual de la teoría de la antijuricidad]*, en “Festschrift für Karl Binding”, Band II, Verlag Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1914, p. 334.

En suma, la tesis de Rudolf von Jhering configura objetivamente la naturaleza del injusto civil, en contraste con la del injusto penal, que considera incompatible con una configuración objetiva pura, al admitir la posibilidad de incorporación en el mismo de singulares elementos subjetivos, encuadrándolos en el ámbito de condiciones determinantes de la imputabilidad del sujeto.¹⁷ Caracteriza así al injusto penal como un concepto básicamente objetivo, aunque con eventuales componentes subjetivos relevantes en la imputabilidad, a diferencia del injusto civil, al que configura como un injusto puramente objetivo.¹⁸

2. La concepción 'objetiva radical' de la antijuricidad penal de A. Löffler

Desde la óptica de la configuración objetiva, Alexander Löffler aportó nuevas sugerencias en torno al concepto de antijuricidad—en 1901—, en su obra *Unrecht und Notwehr. Prolegomena zu einer Revision der Notwehr* [*Injusto y legítima defensa. Prolegómenos a una revisión de la legítima defensa*].¹⁹ En verdad, con la tesis de este autor alcanza el objetivismo en las teorías de la antijuricidad su formulación más extrema. Respecto a la cuestión de la relación entre el estado jurídico y la dimensión espiritual del derecho suscitada —en 1867— por Merkel desde la perspectiva subjetiva, entiende Löffler²⁰ que no procede concebir al derecho como un poder espiritual puramente ideal y susceptible de ser abstraído de los supuestos fácticos de la vida real. Se aparta así de los presupuestos subjetivos —sustentados no ya por Merkel sino incluso por Jhering y Thon— y sigue un camino propio en la determinación del concepto del derecho, al entenderlo como el total *estado o situación* de adecuación a los principios jurídicos dominantes que se incorporan y encuentran expresión en los preceptos legales.

Se desvincula Löffler de la comprensión del derecho como un poder espiritual, y lo remite al ámbito de la *situación o estado* existencial inmanente a la sociedad misma. Y al entender al derecho como una situación o estado, condiciona el propio concepto de injusto, configurado con arreglo a puros criterios objetivos: el injusto de una acción se fundamenta en la contradicción al derecho considerado en su conjunto en virtud de la conformidad a los principios jurídicos dominantes. Sobre la base de

¹⁷ Estas contradicciones son advertidas por José Guallart y López de Goicoechea, "Los elementos subjetivos de la antijuricidad", *Universidad (Revista de cultura y vida universitaria)*, Zaragoza, 1931, p. 42.

¹⁸ von Jhering, Rudolf, *o.u.c.*, p. 5. Cfr. Ernst-Joachim Lampe, *o.u.c.*, p. 17 s.

¹⁹ Löffler, Alexander, *Unrecht und Notwehr. Prolegomena zu einer Revision der Lehre von der Notwehr* [*Injusto y legítima defensa. Prolegómenos a una revisión a la teoría de la legítima defensa*], en "ZStW.", Band 21, 1901, pp. 327 ss.

²⁰ Löffler, Alexander, *o.u.c.*, p. 548.

esta concepción objetiva, reconoce Löffler que la lesión *fáctica* del ordenamiento jurídico puede proceder bien de una fuerza de la naturaleza (mero fenómeno natural) o de animales (seres irracionales) bien de personas inimputables.²¹ Al considerar que la alteración de una determinada *situación* social constituye la singular característica configuradora del injusto, todo aquello que llegue a modificar tal *estado* social reclama la calificación de un actuar antijurídico.

No afecta a la fundamentación del injusto el hecho de que la modificación de situación objetiva etiológicamente proviniera de un animal, de una fuerza de la naturaleza, o un sujeto inimputable, pues objetivamente la infracción jurídica cristaliza en la alteración de un determinado estado, por lo que toda generación de la alteración de este ha de reputarse contraria a la voluntad del ordenamiento jurídico.²²

3. Otras tesis de orientación objetiva

Con anterioridad a la formulación de la teoría de los elementos subjetivos del injusto, producida en el año 1911, una diversidad de configuraciones de orientación objetiva sobre la antijuricidad fueron objeto de configuración en la dogmática penal por obra de Ernst Beling,²³ Ludwig von Bar,²⁴ Franz von Liszt²⁵ y August Köhler,²⁶ entre otros autores. En estas formulaciones doctrinales, se destacan como singularmente relevantes (en la caracterización del elemento de la antijuricidad en la teoría del delito) cuestiones dogmáticas diversas, como las relativas a la naturaleza de los elementos del tipo, la determinación de la relación de causalidad relevante, la nocividad social de la acción objeto de incriminación penal o la forma de manifestación del acto típico.

²¹ Löffler, Alexander, *Unrecht und Notwehr. Prolegomena zu einer Revision der Lehre von der Notwehr*, en "ZStW.", Band 21, 1901, p. 555.

²² Löffler, Alexander, *o.u.c.*, pp. 548, 556, considera que la escasa atención que se presta a los seres irracionales y a las cosas inanimadas es debida a diversas razones: en primer lugar, estar los mismos privados de la condición de sujetos de derecho; en segundo término, carecer del carácter de *persona standi in iudicio* ; y además la imposibilidad de soportar en sí las consecuencias jurídicas, esto es, adolecer de la incapacidad punitiva derivada del principio de la personalidad de las penas y medidas de seguridad. Invoca (p. 358) el siguiente ejemplo: sin duda, contribuye al ejercicio de la función de protección jurídica el guardia que evita el ataque de un ciervo furioso a un pacífico transeúnte que no ha incitado previamente al animal.

²³ Beling, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen [La teoría del delito]*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1906, (Neudruck, 1964).

²⁴ Von Bar, Ludwig, *Handbuch des deutschen Strafrechts [Manual de Derecho penal alemán]*, Band I, *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien [Historia del Derecho penal alemán y de las teorías jurídico-penales]*, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin, 1882.

²⁵ Von Liszt, Franz, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts [Tratado de Derecho penal alemán]*, 2. Auflage, de Gruyter, Berlin und Leipzig, 1884.

²⁶ Köhler, August, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil [Derecho penal alemán, Parte general]*, Verlag von Veit & Comp., Leipzig, 1917.

4. Consideraciones críticas a las teorías objetivas

Las concepciones del injusto típico se caracterizan sustancialmente por la unilateral radicalidad de la configuración objetiva del injusto que postulan. Al excluirse toda relación del hecho con la actitud personal del sujeto, el concepto de acción queda objetivizado en unos términos absolutos. Se configura así el injusto en el que se hace abstracción de la esencia funcional del propio derecho. El objetivismo radical de que adolece este posicionamiento hace inviable una concepción de injusto que, como exigencia básica, circunscriba la posibilidad de la imputación de un acto típico al exclusivo ámbito de la manifestación de voluntad de una persona. Se equiparan a los actos del hombre las causaciones de resultados objetivos ajenos a la capacidad de actuación del mismo. La extrema comprensión de resultados materiales como objeto de desvaloración jurídica desvirtúa la propia esencia normativa del ordenamiento penal en cuanto sistema regulador de determinadas conductas socialmente relevantes, que no son sino manifestación voluntaria, personal y externa de la actividad del hombre.

III. TEORÍA DE LOS IMPERATIVOS

1. ¿La imputabilidad del sujeto, requisito del injusto típico?

Pese al antagonismo de los planteamientos de que respectivamente parten las tesis sobre el injusto penal sustentadas por Merkel (subjetiva) y por Jhering (objetiva, aunque integradora de componentes subjetivos relevantes en la imputabilidad) —formuladas ambas en 1867—, tales concepciones antitéticas de la antijuricidad comparten un punto de partida común: la comprensión del derecho como un *poder espiritual* sobre el hombre. Pero precisamente de esta concordancia básica ambas teorías confluyen en hacer derivar la —incorrecta— exigencia de las condiciones de imputabilidad del sujeto para el reconocimiento de la realización del injusto típico.

Es relevante el hecho de que de este singular postulado —exigencia de la imputabilidad en los sujetos del actuar antijurídico— se apartó August Thon, en su obra *Rechtsnormen und subjektives Recht* [Normas jurídicas y derecho subjetivo], en la que formuló²⁷ —en 1878— la teoría penal de los imperativos,²⁸ en unos términos de

²⁷ Thon, August, *Rechtsnormen und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeine Rechtslehre* [Normas jurídicas y derecho subjetivo. Investigaciones sobre la teoría general del Derecho], H. Böhlau, Weimar, 1878.

²⁸ Cfr. José Guallart y López de Goicoechea, “Los elementos subjetivos de la antijuricidad”, en *Universidad* (Revista de cultura y vida universitaria), Zaragoza, 1931, p. 43, quien destaca que —según han indicado Johannes Nagler, *Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit* [El estado actual de la teoría de la antijuricidad], en “Festschrift für Karl Binding”, Band II, Verlag Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1911, p. 309), y Felix Somlo (*Juristische Grundlage* [Fundamentos jurídicos], Verlag von Felix

configuración del injusto que luego fueron plenamente asumidos como propios por el más fiel seguidor de esta teoría, Ernst Rudolf Bierling,²⁹ y que alcanzaron un ámbito de significativa relevancia en el desarrollo de la dogmática penal.

2. Teoría penal de los ‘imperativos’ de A. Thon y E.R. Bierling

La tesis de estos autores encuentra su fundamento primario³⁰ —dentro del ámbito de la teoría general del delito— en la delimitación de la culpabilidad respecto de la antijuricidad. La esencia de la teoría de los imperativos reside en la propia concepción del derecho, que Thon expresa en los siguientes términos: “el derecho total de la comunidad no es sino un conjunto de imperativos”,³¹ entendiendo que el derecho es —ante todo— expresión de una *voluntad general (Wille)* que se halla dirigida al *querer individual (Wollen)* del sujeto.

El derecho es portador de un impulso a los destinatarios de la norma a un determinado comportamiento ante una situación prevista, que puede consistir bien en un hacer bien o en un omitir, pues el impulso jurídico se concreta en preceptos de contenido positivo o negativo, al determinarse a través de una norma preceptiva o prohibitiva.³² Los mandatos o prohibiciones presuponen la libertad natural de aquellos a quienes precisamente se hallan dirigidos.³³ En la fundamentación de la teoría de los imperativos formulada por Thon, se contiene —del mismo modo que en la teoría (subjetiva) de Merkel— una directa referencia a la persona, considerada el

Meiner, Leipzig, 1917, p. 214)— el pensamiento que late en la teoría de los imperativos encontró ya entre sus patrocinadores a Donnelus, Grotius y Puffendorf; y añade que aún algunos juristas romanos supieron entreverlo: así, Lalorgette, *Fondement du Droit [Fundamentos del Derecho]*, p. 40 (citado por Johannes Nagler, *o.u.c.*, p. 310), indicaba cómo para “el griego, amante de las formas y de la armonía, el Derecho se presenta como un principio de orden, mientras que para el romano se da como una fórmula en la que se combinan la voluntad y la razón, la energía moral con la disciplina”. Thon restaura aquellas viejas ideas y les infunde nuevo alcance, ensalzando la función de la voluntad colectiva en la generación del derecho.

²⁹ Bierling, Ernst Rudolf, *Juristische Prinzipienlehre [Teoría de principios jurídicos]*, Mohr, Tübingen, Band I, 1894, Band III, 1905.

³⁰ Vid. Edmund Mezger, *Die subjektiven Unrechtselemente [Los elementos subjetivos del injusto]*, en “GerS.”, Band 89, 1924, p. 214.

³¹ Thon, August, *Rechtsnormen und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeine Rechtslehre [Normas jurídicas y derecho subjetivo. Investigaciones sobre la teoría general del Derecho]*, H. Böhlau, Weimar, 1878, p. 8.

³² Thon, August, *o.u.c.*, pp. 1 ss. Es de señalar la conexión del concepto de voluntad general con el pensamiento de Hegel, como señala Ernst-Joachim Lampe, *Das personale Unrecht [El injusto personal]*, Duncker & Humblot, Berlin, 1967, p. 20.

³³ Thon, August, *o.u.c.*, p. 2.

Dogmática de la configuración subjetiva del injusto penal: diatriba de un concepto

sujeto idóneo de los mandatos y prohibiciones.³⁴ En los preceptos jurídicos subyace, según la teoría de los imperativos, el fundamento general de la expresión normativa: “¡tú debes!” o “¡tú no debes!” [hacer algo concreto]. La *ratio* de la norma jurídica consiste en un mandato o prohibición, determinantes de un *deber* o de un *no deber* concretos que vinculan al individuo: cada disposición jurídica representa un *praeceptum legis*³⁵ que contiene un imperativo de actuación en el sentido indicado.

A través de los imperativos legales, el derecho exclusivamente se dirige al hombre, y sólo a él puede obligar, pues el ordenamiento jurídico no impone sus imperativos de forma ciega y sin finalidad cierta.³⁶ El fin que el derecho persigue no consiste en una puesta a prueba de la obediencia de los destinatarios de la norma, pues el derecho no se ocupa del acatamiento en sí de los preceptos jurídicos por los destinatarios de la norma, sino que en rigor persigue la no ejecución del contenido de prohibición o la realización de las conductas positivas que manda u ordena. Los preceptos jurídicos constituyen sólo un medio en orden a la consecución de fines ulteriores.³⁷ Partiendo de la consideración de que el derecho presupone la libertad natural de los hombres, la teoría de los imperativos planea la cuestión de quiénes exactamente pueden ser considerados destinatarios idóneos de la norma jurídica. En concreto: si los inimputables pueden o no ser destinatarios de los preceptos jurídicos, y si en definitiva a ellos han de obligar las normas jurídicas de igual forma que a los imputables.

Ante esta cuestión, Thon se inclina por una solución afirmativa, en el sentido de entender que la norma penal se halla dirigida no sólo a los *imputables* sino también a los *inimputables*: la actuación de cualesquiera sujetos contraria a derecho integra un injusto. Tiene conciencia del hecho de que el ordenamiento jurídico no puede pretender determinar —a través de los imperativos— la conducta de los inimputables del mismo modo que la de los imputables y, consecuentemente, no puede dirigir el reproche personal de culpabilidad contra aquellos.

Pero precisamente el hecho de que los sujetos inimputables con su comportamiento antijurídico generan consecuencias desvaloradas por el derecho le sirve de fundamento para entender que las normas jurídicas también se dirigen a ellos, con todos los efectos de la antijuricidad.³⁸ Quienes entiendan que las normas jurídicas no han de obligar también a los inimputables estarían olvidando los supuestos en que el derecho se infringe con la actuación de un inimputable, y equiparando la acción de este al mero fenómeno de la naturaleza carente de relevancia penal.³⁹ Con base en

³⁴ Thon, August, *o.u.c.*, p. 2. Cfr. Ernst-Joachim Lampe, *o.u.c.*, p. 20.

³⁵ Thon, August, *o.u.c.*, pp. 2 s.

³⁶ *Ibidem*, p. 3.

³⁷ *Ibidem*, pp. 2 s.

³⁸ *Ibidem*, p. 77.

³⁹ *Ibidem*, pp. 90 s.

la extensión del *destino* de la norma también a los inimputables, se ha de observar la relación entre antijuricidad y culpabilidad como cuestión de utilidad en orden a una correcta comprensión del concepto de injusto.

La separación entre antijuricidad y culpabilidad que sustenta Thon le permite admitir la existencia del injusto, aun en los supuestos en que falta la capacidad de culpabilidad del sujeto:⁴⁰ no ha de considerarse a la culpabilidad como presupuesto del injusto, sino que por el contrario se requiere éste para la fundamentación de aquella. No existe penalidad sin culpabilidad, no siendo posible la imposición de penas a un inimputable,⁴¹ pero ello no obsta a una correcta determinación del *injusto* en cuanto actuar típico atribuible también a los sujetos *no imputables*. La tesis de August Thon —en todos los extremos de su genuina formulación— ha sido acogida y seguida por Ernst Rudolf Bierling,⁴² principal continuador de la teoría de los imperativos en la dogmática penal.

3. Consideraciones críticas a la teoría de los imperativos

Entre las precisiones críticas de que ha sido objeto la tesis de los imperativos en el seno de la evolución histórico-dogmática del concepto de injusto,⁴³ se ha señalado que una crítica exacta a la teoría de los imperativos ha de poner de manifiesto la insostenibilidad de la exigencia apriorística de la cualidad de los destinatarios en la norma de derecho positivo. Antes de poder llegar la norma a ser determinante de una conducta, ha de cumplir una función valorativa de ésta; antes de dirigir un imperativo, ha de fundamentarse a sí misma.⁴⁴ Ni el propio formulador de la teoría

⁴⁰ Thon, August, *o.u.c.*, pp. 71 ss. Cfr. José Guallart y López de Goicoechea, “Los elementos subjetivos de la antijuricidad”, en *Universidad (Revista de cultura y vida universitaria)*, Zaragoza, 1931, p. 44, según el cual Thon delimita un concepto de infracción con independencia de la culpabilidad del sujeto.

⁴¹ Thon, August, *Rechtsnormen und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeine Rechtslehre [Normas jurídicas y derecho subjetivo. Investigaciones sobre la teoría general del Derecho]*, H. Böhlau, Weimar, 1878, p. 84.

⁴² Bierling, Ernst Rudolf, *Juristische Prinzipienlehre [Teoría de principios jurídicos]*, Mohr, Tübingen, Band I, 1894, Band III, 1905.

⁴³ Vid. Hans Albrecht Fischer, *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts [La antijuricidad, con especial consideración del Derecho privado]*, Beck, München, 1911 [Frankfurt am Main 1966, Lizenzausgabe mit freundl. Genehmigung unveränderter Nachdruck der Ausgabe München 1911], p. 20; Johannes Nagler, *Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit [El estado actual de la teoría de la antijuricidad]*, en “Festschrift für Karl Binding”, Band II, Verlag Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1911, pp. 311 ss.; Max Ernst Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Lehrbuch [La Parte general del Derecho penal alemán, Tratado]*, 2. Auflage, Carl Winters Universitäts-buchhandlung, Heidelberg, 1923, p. 34, Anm. 34.

⁴⁴ Vid. Edmund Mezger, *Die subjektiven Unrechtselemente [Los elementos subjetivos del injusto]*, en “GerS.”, Band 89, 1924, p. 244, donde advierte que las objeciones formuladas a la teoría de los

Dogmática de la configuración subjetiva del injusto penal: diatriba de un concepto

de los imperativos⁴⁵ escapa completamente a este punto de vista cuando afirma que el ordenamiento jurídico “desea apartar todo aquello que ha prohibido y alcanzar lo que ha ordenado; sus preceptos, en consecuencia, no son sino un medio en orden a la consecución de este fin”. El ordenamiento jurídico es un conjunto de *normas* que —en cuanto tales— no pueden ser concebidas *sin* destinatario.⁴⁶

Constituye un error lógico concebir como una unidad a la *norma* y al medio de realización de la misma que representa el *imperativo*, pues en rigor constituyen cosas distintas. El concepto abstracto de norma es independiente de la descripción normativa. La norma dice: *¡debe!* (v.gr., existir una determinada situación social), y sólo el medio de realización de la norma —el imperativo que de la misma deriva— es el portador de la prescripción contenida en la fórmula *¡tú debes!* o *¡tú no debes!* [hacer algo concreto] de idéntico contenido sustancial. En el primer estadio, la norma se concreta en una valoración objetiva de conductas consideradas en abstracto; en el segundo momento se establece una forma de conducta y se orienta hacia determinada finalidad, apareciendo caracterizada como norma subjetiva de determinación.⁴⁷

Desde esta perspectiva nomológica, se ha indicado que la teoría de los imperativos se fundamenta en la falsa suposición de que toda norma contiene una primordial función de destino:⁴⁸ tal supuesto sólo ofrece interés en cuanto punto de partida —en su dimensión dinámica— para una comprensión de la norma *desprovista de destinatario*. En otras palabras, sólo es dado comprender a la norma con *claridad conceptual* como un *deber ser* impersonal en el que el destino no cumple una exigencia esencial.⁴⁹ Las normas jurídicas constituyen en un contexto social, antes que nada,

imperativos han aducido, de modo correcto, ciertos argumentos de índole jurídico-positiva contra la exactitud de la misma, pero no han alcanzado a desvelar la propia esencia de la cuestión.

⁴⁵ Thon, August, *Rechtsnormen und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeine Rechtslehre* [Normas jurídicas y derecho subjetivo. Investigaciones sobre la teoría general del Derecho], H. Böhlau, Weimar, 1878, p. 4.

⁴⁶ Cfr. Edmund Mezger, *Die subjektiven Unrechtselemente* [Los elementos subjetivos del injusto], en “GerS.”, Band 89, 1924, pp. 244 s.

⁴⁷ Cfr. Edmund Mezger, *o.u.c.*, p. 245.

⁴⁸ *Vid.* Edmund Mezger, *l.u.c.*

⁴⁹ *Vid.* Edmund Mezger, *l.u.c.* Alude el autor de nuevo a este extremo en *Tratado de Derecho penal*, traducción española y notas de José Arturo Rodríguez Muñoz, tomo I, nueva edición revisada y puesta al día, Editorial *Revista de Derecho privado*, Madrid, 1955, p. 341, nota al pie 3, donde indica que, cuando se emplea la expresión terminológica: *norma sin destinatario*, se da por entendido que el derecho se dirige siempre a hombres, y en tanto esto es así la norma *siempre tiene destinatario*. Por ello, no existe contradicción alguna entre lo afirmado y el sentido de la afirmación, pues con la fórmula empleada lo que se quiere expresar es que en el derecho existe un impersonal (*sin destinatario*) *¡debe!* [Vid. bibliografía citada en esta nota]. Cfr., sobre el general sentido normativo del *deber ser* (*Sollen*) derivado del ordenamiento jurídico, Hans Kelsen, *Vom Geltungsgrund des Rechts* [Del fundamento de vigencia del Derecho], en “Völkerrecht und rechtliches Weltbild, Festschrift für Alfred Verdross”, Springer Verlag, Wien, 1960, pp. 157 ss.

normas de valoración, y en un ulterior estadio normas de determinación.⁵⁰ La distinción entre *norma* e *imperativo* representa un presupuesto delimitador de las teorías sobre la norma, que aluden a una abstracta autonomía conceptual y a las teorías relativas al medio de realización de la misma.⁵¹

Todas las consideraciones críticas que cabe formular respecto a la teoría de los imperativos de Thon se hacen expresamente extensivas a Bierling en tanto cabal continuador de la misma.⁵² La tesis de los imperativos sobre la naturaleza de la anti-juricidad sustentada por ambos autores⁵³ ha sido calificada —desde una perspectiva metodológica— como *genuina*. Partiendo de los postulados subjetivos de los imperativos jurídicos, en pro de “necesidades reales de la práctica”, llega a prescindir del presupuesto de la imputabilidad del sujeto activo, no obstante, las exigencias de la lógica formal que habrían de conducir a la concepción subjetiva del injusto.

IV. TEORÍAS SUBJETIVAS DE LA ANTIJURICIDAD

1. El derecho como ‘poder espiritual’ en la doctrina de A. Merkel

La primera formulación de interés dogmático en la dirección subjetiva de la evolución experimentada por el concepto penal de antijuricidad se debe —en 1867— a Adolf Merkel,⁵⁴ con su obra *Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und*

⁵⁰ Vid. Edmund Mezger, *Die subjektiven Unrechtselemente*, cit., p. 245. Vuelve a insistir en este mismo pensamiento en el *Tratado*, cit., tomo I, p. 343.

⁵¹ Vid. Edmund Mezger, *Die subjektiven Unrechtselemente*, cit., p. 245, quien señala que esta distinción ya aparece claramente realizada en Adolf Lobe, *Reichsgerichtsräte, Kommentar [Tribunales del Imperio, Comentario]*, Walter de Gruyter, Berlín, p. 2., según el cual toda exteriorización de una voluntad jurídica encierra la explicación de que un ser o un acaecer dentro de la comunidad sea ajustado a derecho. Esta autoritativa constatación de lo ajustado a derecho es, en sí, un puro fenómeno objetivo: deriva precisamente de un mandato o de una prohibición preexistentes, y constituye el derecho objetivo contenido en la representación.

⁵² Bierling, Ernst Rudolf, *Juristische Prinzipienlehre [Teoría de principios jurídicos]*, Band I, 1894, pp. 27 ss.; Band III, Mohr, Tübingen, 1905, pp. 237 ss.

⁵³ Mezger, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, traducción española y notas de José Arturo Rodríguez Muñoz, tomo I, nueva edición revisada y puesta al día, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1955, p. 341, nota 3.

⁵⁴ Cfr. José Guallart y López de Goicoechea, “Los elementos subjetivos de la antijuricidad”, en *Universidad (Revista de cultura y vida universitaria)*, Zaragoza, 1931, pp. 39 s., quien destaca que aportó al derecho penal una amplia visión del mundo jurídico Adolf Merkel —restaurador que fue (con Bergbohm) de una Filosofía de las Ciencias jurídicas (*Juristische Enzyklopädie [Enciclopedia Jurídica]*), traducción española de Wenceslao Roces, Madrid, 1924) y propugnador del programa de una teoría general del Derecho (vid. Luis Recasens Siches, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, Labor, Barcelona, 1929, pp. 41 s.)—.

Dogmática de la configuración subjetiva del injusto penal: diatriba de un concepto

*seiner Rechtsfolgen*⁵⁵ [Sobre la teoría de las estructuraciones fundamentales del injusto y sus consecuencias jurídicas]. El punto de partida de esta teoría es determinado⁵⁶ por la pretensión de configurar un *supraconcepto* de injusto —superador del originario dualismo de Hegel⁵⁷ y en el que puedan subsumirse tanto el injusto *civil* como el *penal*—⁵⁸ en cuanto característica de la acción que comporta la lesión de un interés ajeno.⁵⁹ Sólo a través de la concepción subjetiva del derecho puede responderse a la cuestión básica planteada:⁶⁰ toda vez que en esencia el injusto es negación del derecho,⁶¹ únicamente partiendo del concepto de éste puede determinarse la verdadera naturaleza de aquel.⁶²

El concepto de derecho es delimitado por esta tesis en virtud de dos notas peculiares que lo caracterizan fundamentalmente: de un lado, expresa la voluntad estatal asentada en el reconocimiento de intereses comunes,⁶³ y de otro, establece un conjunto de prohibiciones y mandatos dirigidos a los sujetos imputables.⁶⁴ La *esencia* del derecho radica en el hecho de constituir no tanto ordenamiento objetivo de vida social, sino un *elemento motivador* de conductas humanas: es decir, no primordialmente norma de valoración, sino siempre y ante todo norma de determinación.⁶⁵

⁵⁵ Merkel, Adolf, *Zur Lehre von den Grundtheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen* [Sobre la teoría de las estructuraciones fundamentales del injusto y sus consecuencias jurídicas], "Kriminalistische Abhandlungen", Band I, Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1867.

⁵⁶ Lampe, Ernst-Joachim, *Das personales Unrecht* [El injusto personal], Berlin, 1967, p. 15.

⁵⁷ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundriss* [Líneas fundamentales de la Filosofía del derecho, o Derecho natural y Ciencia del Estado en compendio], Nicolai, Berlin, 1821, § 83, distingue formalmente tres clases de injusto: el injusto civil, el engaño y el injusto penal. Pero —habida cuenta de que la estafa materialmente incide en el derecho como expresión de la voluntad general— estas tres categorías pueden reducirse a la bipartición que separa el ámbito jurídico-privado y el jurídico-penal.

⁵⁸ Cfr., en este sentido, Julius Friedrich Heinrich Abegg, *Beiträge zur Lehre von der systematischen Anordnung des besonderen Teils des deutschen Strafrechts* [Contribuciones a la teoría del encuadramiento sistemático de la Parte especial del Derecho penal alemán], en "Archiv der Kriminologie", 1835, pp. 391 ss. Vid. Ernst-Joachim Lampe, *Das personales Unrecht* [El injusto personal], Duncker & Humblot, Berlin, 1967, pp. 13 ss., quien conecta el momento *tendencial* portador de un desvalor —que junto al aspecto objetivo se exige en el autor según la concepción del delito *hegeliano*— con el *desvalor de acto* de la formulación *welzeliana*.

⁵⁹ Cfr. Edmund Mezger, *Die subjektiven Unrechtselemente* [Los elementos subjetivos del injusto], en "GerS.", Band 89, 1924, p. 208.

⁶⁰ Lampe, Ernst-Joachim, *Das personales Unrecht* [El injusto personal], Duncker & Humblot, Berlin, 1967, p. 15.

⁶¹ Merkel, Adolf, *Zur Lehre von den Grundtheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen* [Sobre la teoría de las estructuraciones fundamentales del injusto y sus consecuencias jurídicas], "Kriminalistische Abhandlungen", Band I, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1867, p. 42.

⁶² Mezger, Edmund, *o.u.c.*, pp. 210 s.

⁶³ Merkel, Adolf, *o.u.c.*, pp. 42 s.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 43 s.

⁶⁵ Cfr. Edmund Mezger, *o.u.c.*, pp. 210 s.

El *poder espiritual* del derecho no puede verse afectado por alteraciones de estados que provengan de fuerzas de la naturaleza, pues no toda alteración fáctica integra una infracción jurídica. No cabe atribuir un fenómeno natural o un acontecimiento puramente causal ocasionado a través de una intervención en que el hombre aparece como mero hecho fáctico de causación en un contexto natural: quien quiera incluir bajo el concepto de injusto una causación fáctica de esta índole, ha de asumir la absurda consecuencia de considerar al viento y al tiempo como sujetos del injusto.⁶⁶ En la concepción *merkeli*ana, el derecho es un entendido como un *poder ideal*: cuando un evento no encierra un significado espiritual, no puede tener relación alguna con el señorío propio de los preceptos jurídicos, ni constituir un injusto penal. El derecho es portador de un carácter absolutamente *personal*.⁶⁷ Toda infracción del derecho contiene dos aspectos esenciales para configurarse:⁶⁸ la lesión de la voluntad general objetivada en el derecho (reflejada en el interés general contenido en cada una de las disposiciones), y la exigencia de la característica de la imputabilidad del sujeto de la acción; siendo la primera característica “fácilmente comprensible” —según se ha dicho—. ⁶⁹ Especial interés dogmático presenta la segunda: la imputabilidad como elemento esencial del injusto típico.

Residiendo el concepto de injusto en la configuración del derecho,⁷⁰ entendido como un conjunto de *Gebote* [*mandatos*] y *Verbote* [*prohibiciones*], el injusto será infracción de los mandatos y prohibiciones jurídicos. Tal concepción del derecho comporta la exigencia de destinatarios *idóneos* de los preceptos jurídicos, que se hallan dirigidos a destinatarios y requieren para su infracción la imputabilidad de ellos mismos.⁷¹ Al requerirse la *voluntad personal*, se excluyen del ámbito de los destinatarios de la norma jurídica los eventos de fenómenos naturales y los no atribuibles a la voluntad de un sujeto imputable. La infracción de un precepto jurídico ha de ser apreciada desde el punto de vista del destinatario del mismo: únicamente respecto de destinatarios idóneos puede calificarse una conducta humana como lesiva al derecho.⁷² Idéntica exigencia es válida en la perspectiva de la infracción de deberes (*Pflichtseite*): las exigencias jurídicas (*Rechtsanforderungen*) comportan correlativos deberes a los destinatarios de la norma. Toda lesión del derecho es congruente con una infracción del concreto deber que vincula al destinatario del precepto jurídico: sólo respecto de sujetos *imputables* surgen deberes jurídicos, circunscritos al ámbito de capacidad personal de los destinatarios.⁷³

⁶⁶ Merkel, Adolf, *o.u.c.*, p. 42.

⁶⁷ Mezger, Edmund, *o.u.c.*, p. 211.

⁶⁸ Cfr. Edmund Mezger, *o.u.c.*, p. 209.

⁶⁹ Mezger, Edmund, *l.u.c.*

⁷⁰ Merkel, Adolf, *o.u.c.*, pp. 41 s.

⁷¹ Cfr. Edmund Mezger, *o.u.c.*, pp. 208 s.

⁷² Merkel, Adolf, *o.u.c.*, pp. 43 s.

⁷³ Merkel, Adolf, *l.u.c.*

La necesidad de distinguir entre injusto (imputable) y mera lesión (fáctica) de objeto jurídico se asienta en razones dogmáticas: los errores que para la teoría de la antijuricidad derivan de la equiparación entre derecho y objeto de protección del derecho, y la dificultad de encuadrar sobre la base de esta equiparación la imputabilidad en la teoría del delito.⁷⁴ En suma, la teoría *merkeliana* vino, en primer término, a representar un punto de partida para las tendencias que trataron de superar la distinción entre injusto civil y penal⁷⁵ —lo que incluso ha sido entendido como una conquista de la moderna ciencia penal—⁷⁶ y, en segundo lugar, a simbolizar el prototipo de los criterios que identificaron injusto y culpabilidad. Pero al rechazar los postulados de la teoría de los imperativos, renuncia al más firme apoyo de la propia concepción subjetiva del injusto penal.⁷⁷

2. El injusto como ‘rebeldía subjetiva’ en la doctrina de E. Hertz

Continuador directo de la teoría *merkeliana*, Eduard Herz,⁷⁸ construye el concepto de injusto sobre una base subjetiva, aunque considera que no pueden ser equiparados el injusto y la culpabilidad. Estima que el injusto sólo puede comprenderse desde la perspectiva de la culpabilidad, pues ésta es lo primario; y, toda vez que la culpabilidad es el carácter del que forzosamente se ha de partir, viene a constituir el *presupuesto del injusto*.⁷⁹

Al injusto se conectan dos ideas fundamentales: la *lesión* de una esfera de intereses jurídicamente protegidos, y la *rebeldía* de la voluntad individual frente a los preceptos jurídicos. Pero únicamente la segunda categoría conceptual (y no necesariamente la primera) corresponde al concepto legal de injusto (como constata en el

⁷⁴ Merkel, Adolf, *o.u.c.*, pp. 45 s.

⁷⁵ Merkel, Adolf, *Zur Lehre von den Grundtheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen* [Sobre la teoría de las estructuraciones fundamentales del injusto y sus consecuencias jurídicas], “Kriminalistische Abhandlungen”, Band I, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1867, p. 38; Id., *Juristische Enzyklopädie* [Enciclopedia Jurídica], 5. Auflage, herausgegeben von R. Merkel, Guttentag, Berlin, 1913, §§ 291-330; Id., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* [Tratado del Derecho penal alemán], Enke, Stuttgart, 1889, §§ 4-5.

⁷⁶ Guallart y López de Goicoechea, José, “Los elementos subjetivos de la antijuricidad”, en *Universidad* (Revista de cultura y vida universitaria), Zaragoza, 1931, pp. 40 s. Vid. Mezger, Edmund, *Die subjektiven Unrechtselemente* [Los elementos subjetivos del injusto], “GerS.”, Band 89, 1924, p. 210.

⁷⁷ Mezger, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, traducción española y notas de José Arturo Rodríguez Muñoz, tomo I, nueva edición revisada y puesta al día, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1955, p. 344, nota 10.

⁷⁸ Hertz, Eduard, *Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts* [El injusto y las teorías generales del Derecho penal], 1. Band, Hoffmann & Kampe, Hamburg, 1880.

⁷⁹ Hertz, Eduard, *o.u.c.*, p. 3.

derecho vigente la punición de la tentativa y de los delitos de peligro).⁸⁰ Únicamente esta segunda noción jurídica puede fundamentar una adecuada determinación del injusto, porque sin ella falta el soporte dogmático de la delimitación entre los intereses jurídicamente protegidos en el ámbito del injusto y la lesión debida a puros fenómenos de la naturaleza.⁸¹ En suma, para esta tesis, constituiría una auténtica *contradictio in adjecto* hablar de un *injusto sin culpabilidad*, del mismo modo que daría lugar a una tautología la mera alusión al *injusto culpable*.⁸²

3. El injusto como ‘alteración jurídicamente desaprobada’, en E. Kohlrausch

Tras el planteamiento de la teoría objetiva del injusto de Adolf Löffler —en 1901—, la formulación —en 1903— de la tesis subjetiva de Eduard Kohlrausch, en *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*⁸³ [*Error y concepto de culpabilidad en el Derecho penal*] representa una vuelta a los postulados de la concepción del injusto de Adolf Merkel.⁸⁴ La tesis de Kohlrausch resalta que la esencia del concepto de injusto descansa en el concepto de derecho, el cual es entendido como conjunto de normas de determinación, y no de juicio o valoración.⁸⁵ La concepción de las normas jurídicas como puras normas de determinación⁸⁶ —no obstante su rechazo de la teoría de los imperativos— revela una supervaloración del elemento imperativo que todo derecho contiene.⁸⁷ Las normas penales son configuradas como fundamento de determinación de la voluntad humana.⁸⁸

Según esta tesis, el derecho no puede ser entendido como mero: “estado jurídicamente ordenado” ni como “suma de preceptos, de normas”:⁸⁹ si se le concibiera de este modo, el injusto sería toda “lesión de un estado correspondiente al derecho” y toda “producción de un estado contrario a derecho” (*v.gr.*, el asesinato de una per-

⁸⁰ Vid. Edmund Mezger, *Die subjektiven Unrechtselemente* [*Los elementos subjetivos del injusto*], en “GerS.”, Band 89, 1924, p. 211.

⁸¹ Hertz, Eduard, *o.u.c.*, p. 6. Cfr. Edmund Mezger, *l.u.c.*

⁸² Hertz, Eduard, *o.u.c.*, p. 14. Cfr. Edmund Mezger, *l.u.c.*

⁸³ Kohlrausch, Eduard, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht* [*Error y concepto de culpabilidad en el Derecho penal*], J. Guttentag Verlagsbuchhandlung GmbH, Berlin, 1903.

⁸⁴ Vid. Edmund Mezger, *o.u.c.*, p. 219.

⁸⁵ Kohlrausch, Eduard, *o.u.c.*, pp. 50 ss.

⁸⁶ Vid. Edmund Mezger, *o.u.c.*, p. 220.

⁸⁷ Kohlrausch, Eduard, *o.u.c.*, p. 57.

⁸⁸ Kohlrausch, Eduard, *Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs* [*La reforma del Código penal del Reich*], Band I, 1910, pp. 179 ss., esp. 184. Cfr. Edmund Mezger, *o.u.c.*, p. 220.

⁸⁹ Kohlrausch, Eduard, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht* [*Error y concepto de culpabilidad en el Derecho penal*], J. Guttentag Verlagsbuchhandlung GmbH, Berlin, 1903, p. 50.

Dogmática de la configuración subjetiva del injusto penal: diatriba de un concepto

sona o el incendio de una casa por un rayo).⁹⁰ Tal concepto (objetivo) de injusto es rechazado por Kohlrausch, al entender —invocando la clásica investigación debida a Merkel⁹¹ y sometida a la crítica de Löffler—⁹² que la esencia del injusto no reside en la alteración de un estado jurídicamente valorado y la producción de un estado que el derecho rechaza, sino precisamente en la *alteración jurídicamente desaprobada* de un estado.⁹³ La alteración de un estado no puede desaprobarse jurídicamente a través de normas que conciernen al estado en sí (*Zustandsnormen*) [*normas de situación*], sino sólo mediante normas que tienen por objeto la actividad humana idónea para tal alteración, esto es, a través de normas de determinación (*Bestimmungsnormen*) [*normas de determinación*]⁹⁴ de conductas. Con ello es de rechazar el concepto de injusto basado en la comprensión del derecho como mero *estado jurídicamente ordenado* por puras normas de valoración.⁹⁵

Las normas de determinación requieren la individualización de un sujeto en cuanto destinatario idóneo de las mismas, o sea, de una persona que actúe bajo presupuestos que constituyen fundamento de la imputación del hecho. Como sujetos de destino de la norma sólo pueden ser considerados los imputables, personas así determinadas por el derecho.⁹⁶ El concepto *personal* de la imputabilidad delimita el círculo de los destinatarios idóneos de la norma, esto es, de las *personas capaces* a la que la misma se dirige.⁹⁷ Sobre esta base se entiende que la imputabilidad constituye siem-

⁹⁰ Kohlrausch, Eduard, o.u.c., pp. 50 s.

⁹¹ Merkel, Adolf, *Zur Lehre von den Grundtheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen* [Sobre la teoría de las estructuraciones fundamentales del injusto y sus consecuencias jurídicas], "Kriminalistische Abhandlungen", Band I, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1867, pp. 45 ss.

⁹² Löffler, Alexander, *Unrecht und Notwehr. Prolegomena zu einer Revision der Lehre von der Notwehr* [Injusto y legítima defensa. Prolegómenos a una revisión de la teoría de la legítima defensa], en "ZStW.", Band 21, 1901, pp. 545 ss. Cfr. Edmund Mezger, *Die subjektiven Unrechtselemente* [Los elementos subjetivos del injusto], en "GerS.", Band 89, 1924, p. 211. p. 220.

⁹³ Kohlrausch, Eduard, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht* [Error y concepto de culpabilidad en el Derecho penal], J. Guttentag Verlagsbuchhandlung GmbH, Berlin, 1903, pp. 52 s. En este sentido, Franz von Liszt afirmó que el delito es antijurídico, pero no manifiesta una antijuricidad [cita tomada de Edmund Mezger, l.u.c.].

⁹⁴ Vid. Ernst-Joachim Lampe, *Das personale Unrecht* [El injusto personal], Duncker & Humblot, Berlin, 1967, p. 24 s.

⁹⁵ Cfr. Edmund Mezger, o.u.c., pp. 211, 220 s.

⁹⁶ Kohlrausch, Eduard, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung GmbH, Berlin, 1903, p. 50. En esta concepción —como destaca José Gualart y López de Goicoechea, *Los elementos subjetivos de la antijuricidad*, en "Universidad (Revista de cultura y vida universitaria)", Zaragoza, 1931, p. 46— el concepto de sujeto imputable delimita la esfera de recepción de la norma. En la formulación de Kohlrausch (junto a Merkel e Jhering, y en contra de la tesis de Thon), sólo a los imputables afecta la prescripción normativa del precepto jurídico: la infracción es dependiente de la personal calificación de su autor, pues la norma se dirige a quienes son capaces de comprenderla y de quererla.

⁹⁷ Kohlrausch, Eduard, *Die Straftat im deutschen Strafgesetzentwurf 1919* [El hecho penal en el Proyecto de Código penal alemán de 1919], en "Schweizerische Zeitschrift", Band 34, 1921, pp. 157 ss. Cfr.

pre un ineludible elemento subjetivo del injusto.⁹⁸ Impulsada así la imputabilidad a la propia cima de la teoría del delito,⁹⁹ se presupone que la capacidad de conciencia del deber de no dañar a los demás sólo está presente de una manera plena en quien es un sujeto imputable.¹⁰⁰ Al considerarse a los imputables como los destinatarios idóneos de la norma y únicos sujetos activos posibles del injusto, se está admitiendo que la culpabilidad es también un elemento esencial del injusto, el cual sólo puede ser entendido de una manera total partiéndose de la culpabilidad.¹⁰¹

En suma, según esta tesis subjetiva sobre la naturaleza de la antijuricidad, la esencia no sólo de la culpabilidad sino también del injusto reside en la dimensión activa de un querer individual contrario a la norma:¹⁰² la “conciencia de la contrariedad a deber” pertenece a la culpabilidad, pero sin la constatación de tal conciencia en el sujeto tampoco es imaginable el injusto mismo.¹⁰³

4. El injusto como ‘lesión de deber jurídico’, en A. F. Hold von Ferneck

Afronta la investigación del injusto Hold von Ferneck, con la publicación —en 1905— de su obra *Die Rechtswidrigkeit*¹⁰⁴ [*La antijuricidad*], también encuadrada en la perspectiva de la orientación subjetiva.¹⁰⁵ El núcleo central del sistema jurídico

Edmund Mezger, *Tratado de Derecho penal*, traducción española y notas de José Arturo Rodríguez Muñoz, tomo I, nueva edición revisada y puesta al día, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1955, p. 345, nota 11.

⁹⁸ Mezger, Edmund, *o.u.c.*, p. 221.

⁹⁹ Kohlrausch, Eduard, *Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs* [*La reforma del Código penal del Reich*], Band I, 1910, p. 181.

¹⁰⁰ Kohlrausch, Eduard, *o.u.c.*, p. 217. Edmund Mezger, *o.u.c.*, p. 220, entiende que esta conciencia del deber de no dañar a los demás (*das Bewußtsein von der Pflicht, anderen nicht schaden zu dürfen*) en la tesis de Kohlrausch representa un elemento subjetivo del injusto.

¹⁰¹ Kohlrausch, Eduard, *o.u.c.*, p. 221.

¹⁰² *Ibidem*, p. 181.

¹⁰³ Kohlrausch, Eduard, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht* [*Error y concepto de culpabilidad en el Derecho penal*], J. Guttentag Verlagsbuchhandlung GmbH, Berlin, 1903, pp. 24 ss., con referencia a la “Bewußtsein von der Pflichtwidrigkeit” [*conciencia de la contrariedad a deber*].

¹⁰⁴ von Ferneck, Alexander Freiherr Hold, *Die Rechtswidrigkeit* [*La antijuricidad*], Band I, *Der Begriff der Rechtswidrigkeit* [*El concepto de la antijuricidad*], Jena, 1903, Band II, *Notstand und Notwehr* [*Estado de necesidad y legítima defensa*], Verlag Gustav Fischer, Jena, 1905.

¹⁰⁵ Según Edmund Mezger, *Die subjektiven Unrechtselemente* [*Los elementos subjetivos del injusto*], en “GerS.”, Band 89, 1924, p. 222, Alexander Freiherr Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, Band I, *Der Begriff der Rechtswidrigkeit*, Verlag Gustav Fischer, Jena, 1903, p. 339 —en su recopilación de veintidós distintas opiniones sobre la antijuricidad— se burla de lo antijurídico “en sí”, esto es, del denominado injusto “objetivo”.

Dogmática de la configuración subjetiva del injusto penal: diatriba de un concepto

—delimitador del propio concepto de derecho— estriba, según esta tesis, en el concepto de *deber* jurídico.¹⁰⁶ El derecho, en cuanto ordenamiento regulador de las relaciones entre los hombres,¹⁰⁷ no actúa como un poder establecido sobre las personas o a ellas otorgado, sino como un sistema que tiene vigencia *entre* personas.¹⁰⁸ En estos términos se expresa la negación de validez a la creencia metafísica —que el pensamiento popular presenta como una *realidad trascendente*— de que un ordenamiento jurídico configurado como derecho objetivo ha de dominar sin más sobre los hombres.¹⁰⁹

La norma jurídica se dirige sólo a destinatarios idóneos, en cuanto titulares de una situación subjetiva que posibilita la imputación de su conducta.¹¹⁰ El derecho constituye un *poder psíquico* sobre la voluntad de las personas singulares, en orden a la determinación de deberes individuales, y es realizable de forma inmediata a través de medios mecánicos.¹¹¹ El concepto de deber alcanza en este contexto una importancia fundamental en la comprensión del derecho, ante la estrecha relación personal-subjetiva que media entre derecho y autor. Una pura concepción objetiva del derecho es mera construcción mental, pues en ninguna parte existe un unitario derecho objetivo: sólo los singulares derechos subjetivos poseen poder real.¹¹²

El derecho se circunscribe a relaciones entre personas singulares.¹¹³ La estrecha relación subjetivo-personal entre derecho y sujeto¹¹⁴ y su circunscripción al ámbito funcional de relaciones entre personas hacen insostenible un concepto objetivo de injusto, que entraría necesariamente en pugna con la misma *naturaleza de las relaciones* que es propia de todo derecho.¹¹⁵ En esta concepción subjetiva —como ha

¹⁰⁶ von Ferneck, Alexander Freiherr Hold, *Die Rechtswidrigkeit*, Band I, *Der Begriff der Rechtswidrigkeit*, Verlag Gustav Fischer, Jena, 1903, p. 94.

¹⁰⁷ von Ferneck, Alexander Freiherr Hold, o.u.c., p. 16. Vid. Gustav Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, traducción española de Wenceslao Roces, Breviarios del Fondo de cultura económica, México, 1951 (reimpresión en 1955), p. 53.

¹⁰⁸ von Ferneck, Alexander Freiherr Hold, o.u.c., p. 98.

¹⁰⁹ Vid. Alexander Freiherr Hold von Ferneck, o.u.c., pp. 17 s.

¹¹⁰ von Ferneck, Alexander Freiherr Hold, o.u.c., p. 361.

¹¹¹ von Ferneck, Alexander Freiherr Hold, *Die Rechtswidrigkeit*, Band I, cit., p. 94.

¹¹² von Ferneck, Alexander Freiherr Hold, o.u.c., pp. 42 ss. Sólo vendrán en consideración objetiva los poderes éticos como una voluntad que ordena y a la cual otra voluntad está obligada a obedecer. Cfr. Ernst-Joachim Lampe, *Das personale Unrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1967, p. 23.

¹¹³ von Ferneck, Alexander Freiherr Hold, o.u.c., p. 17.

¹¹⁴ Vid. Ernst-Joachim Lampe, *Das personales Unrecht [El injusto personal]*, Duncker & Humblot, Berlin, 1967, p. 23.

¹¹⁵ Vid. Edmund Mezger, o.u.c., p. 222. Cfr. Johannes Nagler, *Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit [El estado actual de la teoría de la antijuricidad]*, en “Festschrift für Karl Binding”, Band II, Verlag Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1911, p. 334.

señalado Lampe—¹¹⁶ el carácter antijurídico de la conducta puede ostentar una triple dimensión formal: *a*) la contrariedad a la *norma* (*normwidrig*), equivalente a *apariencia en sí*; *b*) la contrariedad a *deber* (*pflichtwidrig*), congruente con la *apariencia para mí*; y *c*) la contrariedad normativa en la acepción de lo subjetivamente *antijurídico* (*rechtswidrig*), indicativa de la *apariencia frente a terceros*. De manera correlativa, la acción antijurídica también es susceptible de una triple valoración en el aspecto sustantivo-material: se muestra contraria a la *voluntad* general que encarna la norma (desde el punto de vista del legislador); constituye la exteriorización de un *interés* individual contrario a derecho (desde el punto de vista del obligado); y representa la contradicción a un interés medio *objetivo* jurídicamente protegido (desde el punto de vista del titular del bien protegido).¹¹⁷

Entendiéndose que el componente esencial del concepto de injusto no reside en la contradicción a la norma jurídica sino en la lesión del deber dimanante de la misma,¹¹⁸ se ha estimado más apropiada la acepción de *antijurídico* como expresión de *contrario a deber* o *contrario a la norma*. Todo injusto comporta una *contradicción a derecho subjetivo*,¹¹⁹ que supone la correlativa obligación por parte de otro sujeto: es imposible que una acción u omisión sean antijurídicas sin ser contrarias a un deber.¹²⁰ La antijuricidad en cuanto contrariedad a deber no soporta una separación absoluta entre una parte objetiva y otra subjetiva: el derecho no contempla unilateralmente únicamente la interioridad ni sólo la esfera exterior, sino que a través de la interioridad —como motivo— incide en la actitud exterior de las personas.¹²¹

Hold von Ferneck resalta que únicamente las normas determinantes de conducta son esenciales en la configuración del injusto típico: exigen la imputabilidad de su destinatario, la normal motivabilidad del mismo, de forma que sólo los imputables son destinatarios idóneos de los imperativos jurídicos portadores de motivación de conducta.¹²² Aún más —sobre tal base— llega a postular la equiparación de injusto y culpabilidad:¹²³ el injusto no es imaginable sin referencia a los elementos subjetivos

¹¹⁶ Vid. Ernst-Joachim Lampe, *Das personales Unrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1967, p. 23, quien precisamente conecta estas categorías formales de la acción imputable prohibida —según Hold von Ferneck— con la tripartición de las infracciones jurídicas —injusto civil, engaño y delito— debida a Hegel y fundamentada en idénticos postulados.

¹¹⁷ Vid. Ernst-Joachim Lampe, *Das personales Unrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1967, p. 23.

¹¹⁸ Mezger, Edmund, *o.u.c.*, p. 223.

¹¹⁹ von Ferneck, Alexander Freiherr Hold, *o.u.c.*, p. 149.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 276.

¹²¹ *Ibidem*, p. 277.

¹²² von Ferneck, Alexander Freiherr Hold, *Die Rechtswidrigkeit*, Band II, *Notstand und Notwehr*, Verlag Gustav Fischer, Jena, 1905, p. 3. Cfr. Edmund Mezger, *Die subjektiven Unrechtselemente*, “GerS.”, Band 89, 1924, p. 223.

¹²³ von Ferneck, Alexander Freiherr Hold, *Die Rechtswidrigkeit*, Band I, *Der Begriff der Rechtswidrigkeit*, Verlag Gustav Fischer, Jena, 1903, pp. 276 ss., 351.

integrantes del mismo,¹²⁴ y su esencia reside en la lesión del deber jurídico derivado de la norma de determinación, es decir, del imperativo que opera al modo de impulso motivador de conducta dirigido al sujeto imputable. En síntesis, con estos postulados, se erige von Ferneck en el más consecuente defensor de la teoría subjetiva del injusto.¹²⁵

5. El 'contraste al fin justo' como esencia de la antijuricidad en A. Graf zu Dohna

Asume los postulados sustanciales de concepción subjetiva de la antijuricidad la teoría de Graf zu Dohna, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand rechtswidriger Handlungen*¹²⁶ [*La antijuricidad como característica de validez general en el tipo de las acciones antijurídicas*], formulada en 1905, incorporando momentos anímicos del autor exigidos en el tipo de injusto. El presupuesto del injusto se encuentra —una vez más— en la propia concepción del derecho en esta teoría, que configura al derecho en el sentido *stammleriano*, que a su vez se asienta en el criticismo *kantiano* sustentado por la línea filosófica de Marburgo: Rudolf Stammler proyectó el criticismo *kantiano* en el ordenamiento positivo a través de la delimitación del concepto de un *derecho justo*. Al proceder a aplicar Graf zu Dohna tales postulados a la esfera jurídico-penal, ha sido definido en este ámbito como “una de las figuras más representativas de la tendencia criticista”,¹²⁷ asumiendo como punto de partida para la configuración del derecho el ideal *stammleriano* que encarna la “esencial pretensión de justicia” inherente a toda idea del derecho.

¹²⁴ Vid. Edmund Mezger, o.u.c., p. 224.

¹²⁵ Edmund Mezger, o.u.c., p. 224, señala que debe considerarse a Hold von Ferneck como el más consecuente representante de la pura concepción subjetiva de la antijuricidad: es continuador de la teoría de Adolf Merkel, pero conectándola en una estrecha relación con la teoría de los imperativos; y hace recaer en la naturaleza de la relación propia del Derecho el fundamento uniforme de todas sus consecuencias. En el *Tratado de Derecho penal* (tomo I, cit., p. 344, nota 10), afirma que Thon y Bierling no han deducido las consecuencias que son propias de la teoría de los imperativos respecto de las tesis subjetivas, cosa que Nagler (*Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit [El estado actual de la teoría de la antijuricidad]*, en “Festschrift für Karl Binding”, Band II, Verlag Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1911, pp. 66 s.) aprueba en cuanto al resultado, por más que en la polémica de Thon con Hold von Ferneck adjudique a éste los triunfos lógicos. Por otro lado, Adolf Merkel rechaza la teoría de los imperativos, renunciando al hacerlo al más firme apoyo de su propia teoría *subjetiva* sobre la naturaleza del injusto.

¹²⁶ Graf zu Dohna, Alexander, *Die Rechtswidrigkeit, als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Strafrechtslehre* [*La antijuricidad como característica de validez general en el tipo de las acciones punibles. Una contribución a la teoría general del Derecho penal*], Verlag des Waissenshauses, Halle a.S., 1905.

¹²⁷ Guallart y López de Goicoechea, José, “Los elementos subjetivos de la antijuricidad”, en *Universidad (Revista de cultura y vida universitaria)*, Zaragoza, 1931, p. 49.

Sobre esta base, apartándose de las concepciones iusnaturalistas e historicistas, cifra la esencia del derecho en una pura *máxima formal*. Dicha máxima formal se erige en principio informador de todo el ordenamiento jurídico, y en criterio al que —por vía de subsunción— puede referirse la totalidad de los supuestos casuísticos de la vida real. La exacta contestación a la cuestión de la misión del derecho se encuentra precisamente en una máxima puramente formal,¹²⁸ con la que es dado determinar el contenido de la norma jurídica, y el carácter jurídico o antijurídico del singular comportamiento en la vida real. La regla esencial de identificación del derecho se concreta en la exigencia de la aplicación del *justo medio para un fin justo*: a través de esta exigencia se evidencia la motivación dimanante del ordenamiento jurídico, pues el derecho pretende determinar la aplicación del medio adecuado en cada supuesto para la consecución del fin ajustado a la norma jurídica.

El derecho no es ordenamiento de situaciones sino de conductas: constituye el criterio rector de conductas encarnado en la indicada máxima formal.¹²⁹ El derecho se configura con un carácter personal apareciendo subordinado a las leyes básicas del *querer* y del *actuar* humanos.¹³⁰ Para constatar la antijuricidad es preciso recurrir a un general principio trascendente más allá del mero precepto singular,¹³¹ siendo posible alcanzar un principio de esta índole si se tiene presente que las características de todo derecho son susceptibles de una apriorística constatación.¹³²

Considerando como máxima formal la exigencia de la aplicación del *medio justo para el fin justo*,¹³³ esta regla tiene valor no sólo para la norma, sino también para la conducta regulada: tanto al precepto jurídico como al comportamiento normado es atribuible el predicado de *justo* en los supuestos en que se satisface el principio aludido. Sobre la base de tal consideración formal, toda conducta humana que aparezca como *justo medio* para un *justo fin* no puede nunca —en cuanto permitida— infringir al mismo tiempo una norma jurídica.¹³⁴ La antijuricidad es infracción de la ley, en el sentido de una formal infracción al derecho que altera los límites de justicia por él

¹²⁸ Vid. Alexander Graf zu Dohna, *o.u.c.*, p. 38.

¹²⁹ El fin último de todo ordenamiento jurídico —en la tesis sustentada por Graf zu Dohna, *o.u.c.*, p. 150— no es el establecimiento de un orden de la vida social, sino el instruir a los destinatarios del Derecho en un querer internamente justo y objetivamente fundamentado. Con ello el fin pedagógico prevalece sobre el fin de los resultados externamente determinados; y el ingrediente subjetivo constituye el fundamento profundo del fin último de todo Derecho: vid. Edmund Mezger, *o.u.c.*, p. 228.

¹³⁰ Cfr. Ernst-Joachim Lampe, *Das personales Unrecht [El injusto personal]*, Duncker & Humblot, Berlin, 1967, p. 25.

¹³¹ Graf zu Dohna, Alexander, *o.u.c.*, pp. 39 ss.

¹³² Sin embargo, dicha constatación nunca puede abarcarse por las singularidades de las materias que constituyen elementos del ordenamiento jurídico positivo. Vid. Alexander Graf zu Dohna, *o.u.c.*, pp. 42 ss. Cfr. Edmund Mezger, *o.u.c.*, p. 224.

¹³³ Graf zu Dohna, Alexander, *o.u.c.*, p. 48.

¹³⁴ Graf zu Dohna, Alexander, *o.u.c.*, pp. 49 s. Cfr. Edmund Mezger, *o.u.c.*, p. 225.

Dogmática de la configuración subjetiva del injusto penal: diatriba de un concepto

establecidos.¹³⁵ Sobre qué conductas deben considerarse antijurídicas,¹³⁶ esta teoría estima que ha de serlo todo comportamiento que no puede ser reconocido como el medio justo para el fin jurídico.¹³⁷

El núcleo de la tesis de Graf zu Dohna se centra en la determinación de qué ha de entenderse por *fin justo*: de la respuesta de esta cuestión depende todo.¹³⁸ Es posible proveer al respecto una respuesta en triple sentido, según el alcance que se confiera al respectivo concepto de *fin*: a) el fin como *motivo* psíquico del autor, b) el fin como fin *físico* del autor, y c) el fin como fin *real* de la acción. El *fin físico* del autor y el *motivo psíquico* del autor se hallan extraordinariamente próximos, si no realmente identificados en el sentido de un *fin subjetivo*.¹³⁹ En definitiva, la contraposición se concreta entre el fin *real* de la acción y el fin *subjetivo* del autor. Ante el dilema de estas dos definitivas orientaciones para la determinación del injusto, se decide a favor de la segunda, estimando que el perito más exacto en la valoración de los actos es, ante todo, el propio autor de los mismos.¹⁴⁰ El carácter injusto de la conducta en base al *fin subjetivo* del autor dependerá de la inobservancia del deber impuesto por el *fin de justicia* que es inmanente al derecho.¹⁴¹ La antijuricidad se equipara a la *contradicción a deber*, en virtud de la insatisfacción del fin perseguido por el derecho al establecer la obligación de dirección en un determinado sentido. La lesión subjetiva del deber por una acción humana constituye la esencia del injusto, y deviene el centro de toda construcción dogmática de la teoría de la antijuricidad.

En esta concepción subjetiva de la antijuricidad resaltan tres datos de interés no sólo metodológico sino sustantivo: a) la *formación* de una conciencia del deber: una conciencia jurídica que aprecie los motivos de la norma y sepa vivificarlos ante cada hecho concreto, no olvidándose que en sentido teleológico el derecho es esencialmente educación;¹⁴² b) los momentos *psicológicos* del sujeto integrados por la motivación, la actitud anímica y las metas del autor, que devienen esenciales en la

¹³⁵ Vid. Alexander Graf zu Dohna, o.u.c., p. 18. Cfr. Ernst-Joachim Lampe, o.u.c., pp. 24 s.

¹³⁶ Graf zu Dohna, Alexander, o.u.c., p. 38.

¹³⁷ Graf zu Dohna, Alexander, o.u.c., p. 54. Cfr. Edmund Mezger, o.u.c., p. 225.

¹³⁸ Mezger, Edmund, l.u.c.

¹³⁹ Graf zu Dohna, Alexander, *Die Elemente des Schuldbegriffs* [Los elementos del concepto de culpabilidad], en "GerS.", Band 65, p. 312.

¹⁴⁰ Cfr. José Guallart y López de Goicoechea, "Los elementos subjetivos de la antijuricidad", en *Universidad* (Revista de cultura y vida universitaria), Zaragoza, 1931, p. 50.

¹⁴¹ Cfr. Alexander Graf zu Dohna, *Die Rechtswidrigkeit, als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand rechtswidriger Handlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Strafrechtslehre* [La antijuricidad como característica de validez general en el tipo de las acciones punibles. Una contribución a la teoría general del Derecho penal], Verlag der Buchhandlung des Waissenhauses, Halle, 1905, p. 77.

¹⁴² Guallart y López de Goicoechea, José, "Los elementos subjetivos de la antijuricidad", en *Universidad* (Revista de cultura y vida universitaria), Zaragoza, 1931, p. 50.

constatación del injusto¹⁴³ (la determinación del injusto objetivo se hace depender de los fines subjetivos del autor, pues la contradicción subjetiva a deber es esencial al concepto de injusto);¹⁴⁴ y c) los elementos *típicos* subjetivos que plantean la cuestión de la delimitación entre antijuricidad y culpabilidad.¹⁴⁵

En suma, esta teoría entiende que la antijuricidad debe ubicarse como punto central dentro de la teoría de la culpabilidad.¹⁴⁶ La contradicción al *deber* es el elemento constitutivo de la antijuricidad,¹⁴⁷ habiendo de rechazarse la posibilidad de la realización de un comportamiento antijurídico por parte de sujetos inimputables.¹⁴⁸ Por ello, en esta concepción del injusto se (con)funden en una indisoluble unidad los principios objetivo y subjetivo¹⁴⁹ en la teoría del delito.

6. Consideraciones críticas a las teorías subjetivas

El principal error de que adolecen las teorías subjetivas examinadas reside en que avocan, de modo más o menos directo, a una negativa de delimitación entre antijuricidad y culpabilidad, incurriendo en un defectuoso entendimiento con base en el cual no se puede aprehender la verdadera naturaleza y a la estructura propia del concepto jurídico de delito. Al respecto se ha afirmado¹⁵⁰ que el problema de la delimitación entre antijuricidad y culpabilidad —y con él la propia cuestión de los elementos subjetivos del injusto— pierde su carácter de problema cuando se niega la distinción entre ambos. Las teorías subjetivas de la antijuricidad —de modo similar a la de los imperativos— descansan en una prevalente estimación del sentido determinante de conductas de la norma, excluyéndose el aspecto valorativo de la misma.¹⁵¹ La con-

¹⁴³ Guallart y López de Goicoechea, José, *l.u.c.*

¹⁴⁴ Cfr. Edmund Mezger, *o.u.c.*, pp. 226 s.

¹⁴⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 226.

¹⁴⁶ Graf zu Dohna, Alexander, *o.u.c.*, p. 68 s.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 69 s.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 131.

¹⁴⁹ Graf zu Dohna, Alexander, *o.u.c.*, p. 69. Respecto de las notorias contradicciones en que este autor incurre con base en la conceptual separación entre momentos objetivos y subjetivos —a la que confiere efectos prácticos en determinadas materias (así, en las pp. 121 ss.)—, de un lado, y la básica identificación entre antijuricidad (contrariedad a deber) y culpabilidad, de otro, ha entendido Edmund Mezger, *Die subjektiven Unrechtselemente [Los elementos subjetivos del injusto]*, en “GerS.”, Band 89, 1924, p. 227, nota 1, que en estos supuestos Graf zu Dohna no es leal consigo mismo.

¹⁵⁰ Vid. Edmund Mezger, *o.u.c.*, p. 207, quien estima que, en el caso de identificación de antijuricidad y culpabilidad confundiendo en una unidad, no cabría suscitar la cuestión de si la representación psíquica subjetiva pertenece al injusto o a la culpabilidad.

¹⁵¹ Cfr. Edmund Mezger, *o.u.c.* p. 240. Al representarse al Derecho como factor de motivación o impulso de comportamiento humano y no como orden objetivo de vida, se configura al injusto como infracción del deber derivado de una norma de determinación y no como contradicción a la norma de

Dogmática de la configuración subjetiva del injusto penal: diatriba de un concepto

cepción del derecho como mera norma de determinación adolece de unilateralidad. El derecho es norma determinativa de conducta, dirigida a un sujeto al que impulsa a obrar en un sentido concreto o a abstenerse de un hacer específico, pero este cometido no es lógicamente imaginable sin el presupuesto valorativo sobre el acto.¹⁵²

En principio, es posible configurar el concepto de injusto tanto desde el punto de vista objetivo como desde el subjetivo. El modo de configurarlo estaría en función del concepto de derecho del que se parte. No obstante, es de observar la exigencia metodológica de mantenerse consecuente con los respectivos postulados de una u otra vía metódica que se asuma. La antijuricidad es la característica del delito que expresa la cualidad de una acción de contrariedad a derecho; en tanto que la culpabilidad afecta al sujeto por la realización de la conducta antijurídica y se refleja¹⁵³ en la singular relación entre el autor y acción que se erige en objeto del juicio normativo de reproche. Negar la distinción entre injusto y culpabilidad supondría algo así como privar al delito del reproche jurídico dirigido al autor del injusto —excluir de su ámbito la culpabilidad—, o bien admitir la posibilidad de sancionar precisamente no en base al carácter antijurídico de la acción —rechazar la antijuricidad—. Por ello, la fundamental distinción entre antijuricidad y culpabilidad representa una cuestión que entronca con la propia naturaleza normativa del derecho, comprensiva tanto de vertiente valorativa como determinativa de la actuación del autor, y exige la debida ponderación de las singulares actitudes del autor en relación con las exigencias de la norma.

V. RECONOCIMIENTO DE LOS 'ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO' EN LA DOGMÁTICA PENAL, POR H.A. FISCHER (1911)

El *descubrimiento* de los elementos subjetivos del injusto y su *formulación* teórica se llevan a cabo por Hans Albrecht Fischer,¹⁵⁴ con la publicación —en 1911— de su obra *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatsrechts* [*La antijuricidad con especial consideración del Derecho privado*], una investigación que fue afrontada originariamente desde la perspectiva civilista en el plano de la teoría general del de-

valoración: en definitiva, le hacen residir en un juicio de reproche conectado al proceso psíquico de motivación del autor, y no en un juicio normativo de desvalor sobre el acto.

¹⁵² Mezger, Edmund, *o.u.c.* p. 241. Es absurdo aspirar a comprender el derecho como norma de determinación sin entenderlo primero como norma de valoración: quien quiera *determinar* a otro a algo, ha de saber primero a qué quiere determinarlo, lo que exige *valorar* en sentido positivo ese algo; Id., "Tratado de Derecho penal", traducción española y notas de José Arturo Rodríguez Muñoz, tomo I, nueva edición revisada y puesta al día, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1955, pp. 343 s.

¹⁵³ Navarrete Urieta, José María, "Elementos racionales e irracionales en la estructura del delito", en *Anales de la Universidad de Valencia*, vol. XXXVI, curso 1962-63, cuaderno III, Derecho, p. 70.

¹⁵⁴ Fischer, Hans Albrecht, *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatsrechts* [*La antijuricidad con especial consideración del Derecho privado*], Frankfurt am Main, 1966 (Lizenaussgabe mit frendl. Genehmigung unveränderter Nachdruck der Ausgabe [Beck] München, 1911).

recho y con básica referencia al derecho privado, pero que terminó sustancialmente orientada a los problemas penales, alcanzando inusitada relevancia en el ámbito de la dogmática jurídico-penal.¹⁵⁵ En esta obra, advierte el autor la existencia de tipos de delito que no describen un puro actuar objetivo, sino que permiten o prohíben un determinado acto precisamente según el *espíritu* con el que actúa sujeto que lo realiza:¹⁵⁶ el *ánimo* reproachable del autor “tiñe un tipo incoloro” (o fundamenta el ejercicio de un derecho en las causas de justificación), de forma que un acto objetivo es penalmente valorado en virtud del singular *propósito* que inspira la conducta del autor.¹⁵⁷

Considera que la esencia de la antijuricidad reside en el juicio de desaprobación de las conductas contrarias a la norma, pues la antijuricidad es juicio normativo de desvalor:¹⁵⁸ cuando se habla de *intención* antijurídica, tal expresión no se ha de entender —de modo incorrecto—¹⁵⁹ en la singular dimensión de una aislada consideración, sino conectada a un determinado comportamiento que en un tipo de delito¹⁶⁰ es valorado como antijurídico.¹⁶¹ Sobre la cuestión de si la ‘contrariedad a derecho’ [*Widerrechtlichkeit*] es un elemento esencial positiva o negativamente formulado del delito, entiende H.A. Fischer que en rigor la ‘antijuricidad’ [*Rechtswidrigkeit*] en sí no integra característica —ni positiva ni negativa— del tipo, sino una cualidad del delito que expresa el juicio normativo de (des)valor¹⁶² del acto, estimando por

¹⁵⁵ Lampe, Ernst-Joachim, *Das personale Unrecht [El injusto personal]*, Duncker & Humblot, Berlin, 1967, p. 31, señala que el primer autor que reconoció la necesidad de constatar también determinados elementos subjetivos de la antijuricidad fue precisamente un civilista.

¹⁵⁶ Fischer, Hans Albrecht, *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, Frankfurt am Main, 1966 (Lizenz Ausgabe mit freundl. Genehmigung unveränderter Nachdruck der Ausgabe [Beck] München, 1911), pp. 188 s.

¹⁵⁷ Fischer, Hans Albrecht, *o.u.c.*, p. 293.

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 117 ss.

¹⁵⁹ Fischer, Hans Albrecht, *o.u.c.*, pp. 94 s. En el mismo sentido, Ernst Rudolf Bierling, *Juristische Prinzipienlehre [Teoría de principios jurídicos]*, Band I, J.C.B. Mohr, Freiburg im Breisgau und Leipzig, 1894, p. 178.

¹⁶⁰ Beling, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen [La teoría del delito]*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1906 (Neudruck 1964), pp. 40 ss.

¹⁶¹ Fischer, Hans Albrecht, *o.u.c.*, p. 95.

¹⁶² Fischer, Hans Albrecht, *o.u.c.*, pp. 96 s. *Vid.*, en este sentido, Alexander Freiherr Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit [La antijuricidad]*, Band I, *Der Begriff der Rechtswidrigkeit [El concepto de la antijuricidad]*, Verlag Gustav Fischer, Jena, 1903, p. 392, quien entiende que el tipo es el substrato real que sirve de fundamento a la *abstracción* categorial de antijuricidad: tipicidad y antijuricidad se relacionan entre sí como la forma y el contenido; por ello, no puede jamás ser la antijuricidad característica del tipo; Ernst Beling, *Die Lehre vom Verbrechen [La teoría del delito]*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1906 (Neudruck 1964), pp. 138 ss., esp. 148.

Cfr., en sentido contrario, Karl Binding, *Der objektive Verbrechenstatbestand in seiner rechtlichen Bedeutung [El tipo objetivo de delito en su relevancia jurídica]*, en “Der Gerichtssal”, Band 76, 1910, p. 11; Alexander Graf zu Dohna, *Die Rechtswidrigkeit, als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Strafrechtslehre [La antijuricidad como característica de validez general en el tipo de las acciones punibles. Una contribución a la teoría general del Derecho penal]*, Verlag

Dogmática de la configuración subjetiva del injusto penal: diatriba de un concepto

ello que no cabe concebir¹⁶³ al ordenamiento jurídico —al modo en que lo hiciera Oppenheim—¹⁶⁴ como un estado jurídico ordenado puramente objetivo ni deducir un mero estado de antijuricidad en sentido abstracto.

Aun configurado sobre la base de un componente objetivo, el tipo legal puede incluir elementos subjetivos anidados en la psique del autor, que inciden en la fundamentación de injusto de la acción (*v.gr.*, la prohibición del ejercicio de un derecho con el exclusivo *ánimo de perjudicar* a los demás [*Schikaneverbot*]:¹⁶⁵ la ejecución de un derecho que de ordinario es lícita se torna en abuso de derecho concretado en la comisión de un acto de emulación). El *núcleo* de la *teoría* de H.A. Fischer¹⁶⁶ se substancia en tres *principios rectores*, que en la conformación de las figuras legales portadoras de un singular elemento subjetivo del autor, muestran su relevancia para determinar la antijuricidad del acto o para apreciar el fundamento de una causa de justificación. Tales principios fueron formulados por el propio introductor de la teoría de los elementos subjetivos del injusto en los siguientes términos:

- El que *lesiona* la propiedad ajena [*scil.* el derecho de otro] actúa *antijurídicamente*.
- El que lesiona la propiedad ajena en el ejercicio de un propio *derecho* actúa *no antijurídicamente*.
- El que lesiona la propiedad ajena en el ejercicio de un derecho, pero con el exclusivo *fin de perjudicar* a otro, actúa *antijurídicamente*.

Sobre esta base, estima H.A. Fischer que no procede escindir en términos absolutos lo objetivo y lo subjetivo en la antijuricidad del acto: antes bien, la antijuricidad *objetiva* y la antijuricidad *subjetiva* se combinan entre sí en parte solublemente y en parte de modo insoluble. En la primera perspectiva la referencia subjetiva del autor al hecho es accesoria y se dirige a un resultado externo desvalorado como antijurídico, mientras que en la segunda el juicio de antijuricidad del acto se determina en virtud de un elemento anímico reprochable que inspira la conducta del autor.¹⁶⁷

Fischer delimita los elementos subjetivos en el injusto y en las causas de justificación, con un paralelismo entre la compensación de daños en el injusto civil y las

des Waissenshauses, Halle a.S., 1905, monografía ésta que adolece de un título defectuoso, a tenor de los argumentos de Hans Albrecht Fischer: el juicio de antijuricidad se halla excluido del tipo, lo que no impide que puedan incorporarse en el tipo determinados juicios de valor como singulares elementos (*v.gr.*, la ajenidad de la cosa en el tipo de robo, el actuar conforme a derecho en la legítima defensa).

¹⁶³ Fischer, Hans Albrecht, *o.u.c.*, p. 99.

¹⁶⁴ Oppenheim, Lassa, *Die Objekte des Verbrechens [El objeto del delito]*, Benno Schwabe Verlagsbuchhandlung, Basel, 1894, p. 184.

¹⁶⁵ § 226 BGB, en confrontación con el § 823 BGB.

¹⁶⁶ Fischer, Hans Albrecht, *o.u.c.*, pp. 137 ss.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 139.

excusas absolutorias en el penal,¹⁶⁸ estimando que la distinción entre el ámbito civil y penal no afecta al plano de exclusión de la antijuricidad en cuanto concepto unitario y uniforme que corresponde al ordenamiento jurídico en su totalidad, pues las causas de justificación excluyen la antijuricidad tanto en el injusto penal como en el ilícito civil.¹⁶⁹

En las causas de justificación, alude en primer lugar a la legítima defensa.¹⁷⁰ Siendo legítima defensa aquella que es necesaria para repeler la acción antijurídica de un ataque contra sí mismo o contra un tercero, estima que la legítima defensa se asienta en un doble postulado: la existencia de un injusto materializado en el ataque a una persona o sus derechos, de un lado, y la exclusión de la antijuricidad de la violenta reacción defensiva ejercida contra dicho ataque, de otro. Frente a las tesis de la situación de necesidad ante un conflicto de intereses, acentúa de modo particular el aspecto subjetivo de la acción defensiva:¹⁷¹ para apreciarse la legítima defensa¹⁷² —y dejando a un lado la cuestión de si integra o no un derecho subjetivo del titular— considera como dato determinante al dominio de la subjetiva *finalidad* de defensa del autor que justifica el medio de defensa empleado. Por el contrario, entiende que la lesión causada en objetiva situación de defensa *con ánimo* de venganza o *a impulsos* de enemistad que aflora en el momento actual, o por medio de un ataque *con furor sobrevenido* en el curso de un enfrentamiento, no puede ser justificada como legítima defensa, por ausencia del momento subjetivo exigido en el tipo de justificación.¹⁷³ Esta concepción personalizó un criterio —discrepante de la opinión

¹⁶⁸ Cfr. Hans Albrecht Fischer, *o.u.c.*, p. 197.

¹⁶⁹ *Ibidem*, pp. 187 ss., propone el siguiente *esquema* de las configuraciones posibles en torno a la antijuricidad y a la exclusión de la misma:

I. Antijuricidad:

- a) Antijurídico es lo que contraviene el Derecho, lo que es contrario a la ley
- b) No antijurídico es lo que no es contrario a Derecho, y jurídicamente es indiferente

II. Exclusión de la antijuricidad:

- a) Lo que consiste en una pretensión jurídica sobre algo
- b) Lo que no está legalmente prohibido

III. Antijuricidad por negación de las causas de exclusión (II)

- a) Lo que no consiste en una pretensión jurídica dirigida a algo
- b) Lo que legalmente está prohibido (no permitido)

IV. Antijurídico (III a) = no jurídico (I a)

V. Antijuricidad (III b) = exclusión de la antijuricidad (I b)

Las formas IV y V —advierte el autor— no son tan imaginarias como pueda parecer.

¹⁷⁰ Sobre la base de § 227 del BGB y § 53 del StGB.

¹⁷¹ Fischer, Hans Albrecht, *o.u.c.*, pp. 205 s.

¹⁷² Sobre la base de los §§ 227 y 53.

¹⁷³ Fischer, Hans Albrecht, *o.u.c.*, p. 138 (donde contiene citas del *Reichsgericht in den Bayerischen Blättern für RAnw.* [Tribunal del Reich en el Boletín de Baviera para Abogados], Band 69, p. 441, y *Bayerisches Oberstes Landgericht: Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen* [Tribunal Superior de Baviera: Resoluciones del Tribunal Territorial Superior de Baviera en lo Penal], Band 4, p. 237). Cfr. Edmund Mezger, *o.u.c.*, pp. 228 s.

Dogmática de la configuración subjetiva del injusto penal: diatriba de un concepto

que comúnmente había sido mantenida con anterioridad—,¹⁷⁴ según el cual se puso en valor la relevancia del singular *ánimo* defensivo que mueve al autor a ejercer el acto defensivo para poder apreciar la legítima defensa.¹⁷⁵

En el estado de necesidad (tanto en el ámbito jurídico-privado como en el del injusto típico),¹⁷⁶ analiza el elemento subjetivo de los *finés del autor* que inspiran la actuación objetiva realizada por el mismo, estimando en virtud de la concurrencia de tal momento subjetivo una causa de justificación en vez de una causa de inculpabilidad.¹⁷⁷ Respecto del consentimiento relevante, asienta en el exacto *conocimiento* y aceptación por parte del sujeto afectado la justificación de la conducta (operando como causa de inculpabilidad la intervención de quien lesiona, de no haber tenido conocimiento, por error invencible, de la retracción del previo consentimiento).¹⁷⁸ En la gestión de negocios ajenos sin mandato,¹⁷⁹ resalta la relevancia de los *finés* del autor que inspiran la ejecución del acto, entendiendo que para determinar el carácter jurídico o antijurídico de la acción no es elemento decisivo el mero comportamiento objetivo, sino el *ánimo* con el que el autor lo lleva a cabo. En el mismo sentido, estima determinante el momento intencional representado por la *finalidad*, que inspira la práctica de la intervención médica.¹⁸⁰

VI. SÍNTESIS

Con la teoría de los elementos subjetivos del injusto por H.A. Fischer en 1911, se confirió a los momentos anímicos incorporados en el tipo legal una función de singular relevancia para el fundamento o la exclusión de la antijuricidad¹⁸¹ en la teoría del delito.¹⁸² A partir de la innovadora formulación de esta concepción, en el plano

¹⁷⁴ La tesis dominante mantenía en todo momento el carácter antijurídico de un ataque de esta índole. Esta consideración servía de fundamento a la concepción de la legítima defensa como un derecho subjetivo. Cfr. Edmund Mezger, *o.u.c.*, Band 89, 1924, p. 229.

¹⁷⁵ Fischer, Hans Albrecht, *o.u.c.*, pp. 293 s.

¹⁷⁶ Sobre la base de §§ 228, 229 y 904 del BGB [Código civil alemán] y §§ 52 y 54 del StGB [Código penal alemán].

¹⁷⁷ Fischer, Hans Albrecht, *o.u.c.*, esp. pp. 242 ss., presta atención a una extensa casuística de cuestiones derivadas (como la determinación de responsabilidad civil, el resarcimiento de daños, etc.).

¹⁷⁸ *Ibidem*, pp. 273 ss.

¹⁷⁹ *Ibidem*, pp. 281 ss.

¹⁸⁰ Cfr. Edmund Mezger, *o.u.c.*, p. 230.

¹⁸¹ Fischer, Hans Albrecht, *o.u.c.*, pp. 20 ss., sometió a crítica a la teoría de los imperativos en base a las garantías del Derecho objetivo, y salió al paso de la concepción del Derecho penal como ordenamiento al que incumbe la policía del espíritu, pues una tal concepción nada tiene que ver con la ponderación de los elementos subjetivos del autor en la antijuricidad.

¹⁸² *Ibidem*, pp. 289 ss., resaltó que los fines accesorios carecen de relevancia para fundamentar el injusto, de igual forma que no cabe identificar el fin con el motivo del autor.

del derecho comparado se fueron desplegando numerosas investigaciones doctrinales en relación con los respectivos ordenamientos punitivos, protagonizando un incesante impulso hacia un mayor rendimiento de la configuración del injusto típico en la dogmática penal. Si bien hasta entrado el siglo XIX no se alcanzó a diseñar una delimitación del injusto y la culpabilidad,¹⁸³ no fue hasta superada la primera década del siglo XX cuando se rompe con la concepción dicotómica predominante en la originaria concepción del delito, según la cual lo objetivo se asignaba a la antijuricidad y lo subjetivo a la culpabilidad. En la digresión de este planteamiento tradicional de signo bipolar, fue singularmente relevante en la dogmática penal la teoría de los elementos subjetivos del injusto, una doctrina que vino a aportar —paradójicamente en apariencia— el argumento más decisivo para una sistemática delimitación de ambas características esenciales del concepto jurídico de delito.

La formulación de esta teoría aportó en la dogmática penal una concepción, según la cual la antijuricidad ya no habría de fundamentarse en todo caso de una manera objetiva absoluta; esto es, en base a meros datos externos constatables y sin referencia a ningún tipo de elementos subjetivos de los que había sido desconectada. Tras la irrupción de la teoría de los elementos subjetivos del injusto, se reconoció que el carácter antijurídico de la acción típica en numerosos supuestos legales es determinado por la concurrencia de singulares elementos de índole anímico-emocional incorporados en el tipo, que anidan en la *psique* del autor y son susceptibles de heterogéneas formas de manifestación que imprimen sentido a la básica conducta objetiva. La incorporación de determinados elementos psíquicos de autoría en el concepto del injusto típico hace declinar —de una vez para siempre en la evolución de la teoría del delito— el originario criterio de que sólo lo externo y objetivo es elemento de fundamentación del injusto típico o de exclusión de la antijuricidad en las causas de justificación. Se vino así a reconocer¹⁸⁴ que la separación aparentemente tan clara de lo externo y lo interno en el concepto de delito —asignándose lo objetivo al injusto y lo subjetivo a la culpabilidad— carece ya por completo de validez en numerosas hipótesis legales de delito.

El hallazgo de los elementos subjetivos del injusto puso de relieve que el criterio de la unilateral determinación objetiva de la antijuricidad y subjetiva de la culpabilidad decae en el sistema de la dogmática penal: estos caracteres del delito no pueden desconectarse de componentes de signo distinto al inherente a su originaria naturaleza, pues la realidad empírica ofrece múltiples supuestos y el legislador penal se hace eco de ellos. En numerosas hipótesis delictivas se incorporan singulares elementos

¹⁸³ Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho penal* (trad. esp. cit., tomo I, p. 167), señala que se opone a una tal distinción tanto la ausencia de un concepto unitario como el no comprender que el delito obtiene su concepto material de injusto de la infracción de la norma.

¹⁸⁴ Cfr., sobre los elementos subjetivos de autoría, Hans Welzel, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, versión castellana y notas de José Cerezo Mir, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964, p. 62.

Dogmática de la configuración subjetiva del injusto penal: diatriba de un concepto

subjetivos¹⁸⁵ —de heterogéneo sentido y alcance— como momentos determinantes de la antijuricidad de la acción.¹⁸⁶ En sentido inverso, momentos objetivos que revelan la especial reprochabilidad del autor por la realización del injusto típico se incluyen en el ámbito del reproche normativo de la culpabilidad, en cuanto elementos de fundamentación o de incremento del mismo previstos por la norma incriminadora.¹⁸⁷

Los tipos delictivos han de ser objeto de comprensión conforme a los términos de su respectiva descripción positiva, atendiéndose a la totalidad de los componentes que integran la conformación legal: esto es, el conjunto de elementos típicos que constituyen tanto el aspecto material-objetivo de la conducta típica como los singulares momentos subjetivos incorporados en la misma.¹⁸⁸ La norma incriminadora describe, en la configuración legal de cada tipo de delito, los elementos que presentan relevancia valorativa en relación con el objeto de protección del ordenamiento penal. Esto comprende tanto los componentes de entidad material y objetiva, como los de índole subjetiva o anímica inmanentes a la propia actitud del sujeto y que, en numerosos supuestos legales, constituyen singulares momentos del injusto típico. En suma: los elementos subjetivos del injusto han sido objeto de un reconocimiento positivo —con diversidad de manifestaciones— por parte de todos los ordenamientos penales en el ámbito jurídico-comparado. No resulta una excepción la codificación penal mexicana, la cual diseña la conformación legal de los tipos subjetivamente configurados con un singular grafismo, que invita al estudioso a afrontar de forma perentoria el monográfico examen de los mismos.

¹⁸⁵ Vid., sobre las exigencias de la cualidad de autor en los delitos subjetivamente configurados, con referencia a la autoría mediata en delitos especiales, August Hegler, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs* [Momentos subjetivos de la antijuricidad en el ámbito del concepto general de delito], en "Festgabe für Reinhard von Frank" zum 70. Geburtstag, 16. August 1930, herausgegeben von August Hegler, Band I, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1930, pp. 252 ss., esp. 255.; Id., *Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft* [Sobre la esencia de la autoría mediata], en "Die Rechtsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929)", Band V, Strafrecht und Strafprozess, Berlin und Leipzig, 1929, p. 314.

¹⁸⁶ Cfr. Reinhard von Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs* [Sobre la construcción del concepto de culpabilidad], Alfred Töpelmann, Gießen, 1907, p. 12; Id., *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, Kommentar* [El Código penal para el Reich, junto a la Ley de Introducción, Comentario], 18. Auflage, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1931, p. 136.

¹⁸⁷ Würtemberger, Thomas, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft* [La situación espiritual de la Ciencia alemana del Derecho penal], 2. Aulage, Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen", Band 7, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1959, pp. 2 ss., indica que a partir de la aparición de la teoría de los elementos subjetivos del injusto ya no es posible seguir manteniendo la radical distinción de la sistemática clásica entre antijuricidad objetiva y culpabilidad subjetiva.

¹⁸⁸ Hegler, August, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs* [Momentos subjetivos de la antijuricidad en el ámbito del concepto general de delito], en "Festgabe für Reinhard von Frank" zum 70. Geburtstag, 16. August 1930, herausgegeben von August Hegler, Band I, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1930, pp. 270 ss.

