

NORMA E IMPUTACIÓN COMO CATEGORÍAS DEL HECHO PUNIBLE

Juan Pablo Mañalich R.*

Por ello, «seguir la regla» es una práctica. Y *creer* seguir la regla no es: seguir la regla. Y por ello la regla no se puede seguir «privadamente», porque de lo contrario creer seguir la regla sería lo mismo que seguir la regla. (Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, § 202.)

1. Introducción

En un pasaje insuficientemente atendido de sus *Lineamientos Fundamentales de la Filosofía del derecho*, Hegel afirma que el sujeto no es sino la totalidad de sus hechos.¹ O sea: dime qué has hecho y te diré quién eres. Me parece que Hegel nos autoriza a decir que Juan Bustos, en atención a la magnitud y la relevancia de su obra – esto es, de sus hechos –, probablemente haya sido el más importante penalista chileno de todo el siglo XX. Quisiera introducir este artículo comentando un aspecto de su legado científico.

Una nota distintiva de lo que ha llegado a conocerse como la escuela de Bonn consiste en que ahí se ha cultivado una cierta manera de construir la teoría del delito, fuertemente orientada hacia la teoría de las normas. Como penalista formado en Bonn, Juan Bustos no fue la excepción. En su *Introducción al Derecho Penal*, Bustos ofrece una panorámica de las preguntas capitales de la teoría del delito susceptibles de ser iluminadas por la teoría de las normas. Así por ejemplo, tras dar cuenta de la perenne controversia entre construcciones bipartitas y tripartidas del hecho punible en términos de la controversia subyacente en cuanto al carácter dependiente o independiente de las normas permisivas constitutivas de causas de justificación – esto es, la controversia en torno a la teoría de los elementos negativos del tipo –, Bustos tomaba posición en contra de ésta, sobre la base de la particular formulación de la teoría de las normas defendida por Armin Kaufmann.²

No es éste, sin embargo, el aspecto de las explicaciones de Bustos que es de interés aquí. Antes bien, quisiera examinar críticamente una cierta concepción

* Licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile (2004); doctor en derecho, Universidad de Bonn (2008); profesor visitante de derecho penal y teoría del derecho, Universidad de Puerto Rico.

¹, § 124.

² Bustos, Juan: *Introducción al Derecho Penal*, 1989, pp. 45 ss.

de la relación entre desvalor de acción y desvalor de resultado,³ que se sigue de la recepción de la teoría de las normas de Kaufmann, que a su vez representaba el intento de hacer fructífero el programa metodológico iniciado por Binding para la consolidación dogmática de la doctrina final de la acción. Pues Bustos, si bien rechazara enérgicamente la reducción del injusto al injusto de la acción, aceptó la premisa de que el desvalor de resultado ha de considerarse extrínseco al quebrantamiento de la norma de comportamiento.⁴ Si el desvalor de resultado es relevante para la constitución del injusto, él habría de serlo en atención a reglas distintas de aquélla que se corresponde con la norma de comportamiento quebrantada por el autor.⁵

Bustos validó así, en lo fundamental, una importante premisa de la concepción del injusto que, mediatizada por las investigaciones de Kaufmann, se remonta a la obra del *Doktorvater* de Bustos en Bonn, Hans Welzel, cuyo influyente manual de la parte general el propio Bustos tradujera célebremente al castellano en coautoría con Sergio Yañez Pérez, también recientemente fallecido.

La ironía de esta historia, para emplear otra conocida frase de Hegel, radica en que la refutación más categórica de la recepción finalista del programa de construcción del hecho punible bajo el aparato conceptual de la teoría de las normas se debe a otro penalista de Bonn, Urs Kindhäuser, quien en la primera parte de su escrito de habilitación,⁶ publicado en 1989 y consagrado a la dogmática de los delitos de peligro, elaborara un programa analítico dirigido a liberar la metodología ofrecida por la teoría de las normas del error categorial fundamental que le impregnara el finalismo, cuyas consecuencias para la dogmática de la parte general aún parecen dominar el contexto de discusión que hoy se conoce como post-finalismo.

Ese error categorial consiste en una confusión del contenido y la función de la norma de comportamiento cuyo quebrantamiento imputable constituye el delito. La superación de ese error categorial trae consigo la posibilidad de una reconstrucción del hecho punible en términos de un modelo analítico que, asumiendo la necesidad de complementar el punto de vista ofrecido por la teoría de las normas con el punto de vista de una auténtica teoría de la imputación, produce una clarificación decisiva de las categorías dogmáticas tradicionales. En lo que sigue quisiera dar cuenta de los pasos fundamentales que definen la elaboración de este modelo analítico, así como enfatizar algunas de sus implicaciones ulteriores.

³ *Ibid*, pp. 54 ss.

⁴ *Ibid*.

⁵ *Ibid*, pp. 56 ss.

⁶ Kindhäuser, Urs: *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 29 ss.

2. Normas de sanción y normas de comportamiento

a) El hecho punible como contradicción de una norma

De la famosa observación de Wittgenstein, citada más arriba, y según la cual resulta imposible el seguimiento privado de una regla, se deja extraer la premisa fundamental para una reconstrucción del hecho punible en términos de un modelo de teoría de las normas de inspiración analítica, como intentará mostrarse en lo que sigue.

El hecho punible se deja articular, teóricamente, como un constructo interpretativo constituido por reglas, cuyo específico valor declarativo consiste en la contradicción de una norma. Condición indispensable para esto es la asunción de que existe una norma jurídica que resulta quebrantada por el comportamiento punible. El argumento decisivo para la postulación de normas jurídico-penales que prohíben u ordenan determinadas formas de comportamiento se halla así en la consideración pragmática de que sólo entonces tiene sentido entender la pena como reacción a un comportamiento jurídicamente reprochable.⁷ En la medida en que las normas jurídico-penales de comportamiento conforman un sistema de normas bajo el cual resulta determinado el estatus deóntico de determinadas formas de comportamiento, en este sistema también cabe entender integradas aquellas normas a través de las cuales resultan permitidas o exentas de mandato formas de comportamiento que de lo contrario estarían prohibidas u ordenadas. Pragmáticamente consideradas, las normas de prohibición y de mandato constituyen fundamentos de obligaciones, las normas de permisón y de exención, por el contrario, causas de justificación.

El hecho de que las normas jurídico-penales de comportamiento no estén expresamente formuladas en la ley no significa que aquéllas no se dejen formular a partir de ésta. Las disposiciones de la parte especial del código penal pueden ser, por lo pronto, interpretadas sin más como normas de sanción. La norma de sanción exhibe la estructura de una norma condicional, compuesta por un determinado supuesto de hecho y la enunciación de una determinada consecuencia jurídica, donde el cumplimiento del supuesto de hecho o “tipo delictivo” cuenta como condición necesaria para la imposición de la pena establecida como la respectiva consecuencia jurídica.⁸ Pero si la pena tiene que entenderse como una reacción a un comportamiento reprochable y en tal medida incorrecto, entonces es necesario disponer de un estándar del cual se obtenga la razón para el reproche correspondiente. Y como Binding observara célebramente, este estándar no se deja identificar con la propia norma de sanción, dado que por definición el

⁷ Binding, Karl: *Die Normen und ihre Übertretung* I, 1965, pp. 35 ss., 70, 89, 97; el mismo, *Handbuch des Strafrechts*, 1885 (1991), pp. 155 ss., quien negaba, sin embargo, el carácter jurídico-penal de tales normas, entendiéndolas, en cambio, como normas de derecho público general.

⁸ Vogel, Joachim: *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 27.

comportamiento punible no puede contradecirla, en tanto el mismo realiza, antes bien, su supuesto de hecho, esto es, el tipo delictivo correspondiente.

El estándar que determina el objeto del reproche jurídico-penal ha de ser, entonces, una norma de comportamiento, que se obtiene por vía de formulación contradictoria del supuesto de hecho de la norma de sanción correspondiente.⁹ Así, el hecho punible puede conceptuarse como la “desautorización de una norma que es criterio de comportamiento jurídicamente correcto”.¹⁰ La relación lógica entre norma de comportamiento y norma de sanción se corresponde, por ello, con la relación entre regla primaria y regla secundaria: la norma de sanción es una regla por la cual el aplicador del derecho resulta habilitado para la imposición de la pena como reacción jurídica a la contravención de una norma que fundamenta una obligación,¹¹ la cual ha de ser vista como el *prius* lógico de la primera.

b) La función constitutiva de la norma de sanción

Una ventaja considerable de una tal reconstrucción del hecho punible se encuentra en que de este modo se vuelve particularmente reconocible su peculiar ontología como hecho institucional. A este respecto resulta pertinente atender a la distinción analítica entre reglas regulativas y reglas constitutivas.¹² Las normas de comportamiento se dejan entender como reglas regulativas, porque ellas regulan determinadas formas de comportamiento, las cuales son enteramente posibles aun sin referencia a *estas mismas* reglas, lo cual quiere decir: la forma de comportamiento es ontológicamente anterior a la regla regulativa en cuestión. Ciertamente, esto no excluye que la forma de comportamiento regulada pueda ser ontológicamente dependiente de *otras* reglas (constitutivas). A modo de ejemplo: la forma de comportamiento que resulta prohibida por la norma del hurto es ontológicamente dependiente de reglas de derecho privado que constituyen el hecho institucional de la propiedad. Lo decisivo, sin embargo, es que la ontología de esa forma de comportamiento sigue siendo independiente de la norma que la prohíbe.

Viéndose la norma de sanción, por su parte, como una norma dirigida al cuadro de funcionarios que habilita la imposición de la sanción correspondiente, podría pensarse entonces que ella tendría que ser entendida como una simple regla

⁹ Binding, *Normen* I (nota 7), pp. 42 s.; el mismo, *Handbuch* (nota 7), p. 159; Kindhäuser (nota 6), p. 29; Vogel (nota 8), p. 28. Véase también Hruschka, Joachim: “Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln”, *Rechtstheorie* 22 (1991), pp. 449 ss., 450.

¹⁰ Kindhäuser (nota 6), p. 13; Vogel (nota 8), p. 28.

¹¹ Acerca de las normas de sanción como reglas secundarias Hart, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, 1963, p. 121. Véase también Raz, Joseph: *The Concept of a Legal System*, 1970, pp. 150 ss., 155 s., 174, 185 s.; Renzikowski, Joachim: “Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie”, en Dölling y Erb (coord.), *Festschrift für Karl Heinz Gössel*, 2002, pp. 3 ss.

¹² Searle, John: *Sprechakte*, 1983 pp. 78 ss., 80; el mismo, *Die Konstruktion der gesellschaftlichen Wirklichkeit*, 1977, pp. 37 ss., 54 ss.

regulativa. Esta comprensión de la norma de sanción desconocería, sin embargo, su carácter de regla secundaria en que descansa la dimensión institucional del hecho punible.¹³ Pues la norma de sanción hace posible que la irrogación de un mal a modo de consecuencia jurídica de la realización (imputable) del correspondiente tipo delictivo *cuenta como* instancia de punición jurídica, con lo cual el hecho punible deviene, igualmente, en hecho institucional.

Si el hecho punible es entendido como un hecho institucional cuyo valor declarativo consiste en la contradicción de una norma (de comportamiento), entonces el nivel de referencia de la pena jurídica ha de corresponderse con este modo de existencia institucional del hecho punible. Con ello, la fundamentación post-metafísica de una justificación retribucionista de la pena gana considerablemente en plausibilidad, resultando inmune a la objeción tradicional de que la retribución no sería más que una duplicación, carente de sentido pragmático, de la irrogación de un mal en el sentido del *ius talionis*. La correspondencia interna entre hecho punible y pena no puede encontrarse, por ende, en su configuración respectiva como meros hechos brutos, sino sólo en su recíproco valor declarativo.¹⁴

c) Normas como razones excluyentes para la acción

Lo que justifica entender la imposición de la pena como respuesta jurídica a la realización imputable del supuesto de hecho de la norma de sanción es, entonces, que el comportamiento que satisface esa descripción típica contraviene una norma categórica que ha debido ser reconocida como razón eficaz para la acción por parte de su respectivo destinatario.

Vistas pragmáticamente, las normas de comportamiento son razones para la omisión (tratándose de prohibiciones) o ejecución (tratándose de mandatos) de una determinada acción. Pero ellas son, a la vez, lo que en la terminología de Raz cabe llamar razones excluyentes. Lo cual quiere decir: las normas se dejan entender tanto como razones de primer orden para la omisión o ejecución de una determinada acción cuanto como razones de segundo orden que excluyen razones eventualmente conflictivas a favor de la ejecución u omisión de esa misma acción, respectivamente.¹⁵ En este sentido, las normas de prohibición y de mandato representan razones *protegidas*.¹⁶ Y es precisamente el carácter excluyente de las

¹³ Ya en la segunda edición de sus Normen, Binding rechazaba la comprensión de las normas de sanción (“leyes penales”) como normas de comportamiento dirigidas al aplicador del derecho. Véase Binding, *Normen I* (nota 7), pp. 13 ss., 20 s.

¹⁴ Hegel (nota 1), § 101. Al respecto Mañalich, Juan Pablo: “La pena como retribución”, *Estudios Públicos* 108 (2007), pp. 117 ss., 136 ss., 161 ss.

¹⁵ Raz, Joseph: *Praktische Gründe und Normen*, 2006, pp. 65 ss., 97 ss.

¹⁶ *Ibid*, pp. 262 s. Este análisis de la estructura de las normas como combinación de razones de primer orden a favor de la omisión o ejecución de una acción, de una parte, y de razones de segundo orden para la prescindencia de razones (de primer orden) potencialmente conflictivas que resultan así excluidas, de otra, también es aplicable a las normas de permisón o exención. La

normas de comportamiento en tanto razones protegidas lo que explica la hipótesis que supone hablar acerca de normas como entidades. Esta hipótesis admite ser vista como la consecuencia de la relativa independencia que las normas exhiben respecto de las razones que hablan a favor de su validez, lo cual muestra la completitud que caracteriza a las normas, como razones para la acción, en el contexto de la argumentación práctica.¹⁷

3. Contenido de la norma y antinormatividad

a) Comportamiento antinormativo como objeto de imputación jurídico-penal

Una implicación de la premisa wittgensteiniana del modelo de teoría de las normas aquí seguido consiste, ahora bien, en la tesis de que las condiciones bajo las cuales a alguien puede imputarse un comportamiento como contradicción de una norma no pueden estar enunciadas en la propia norma quebrantada.¹⁸ La razón para esta exclusión de la auto-referencialidad de la norma se halla en el hecho de que ninguna norma puede ordenar su propio seguimiento.¹⁹ Por ende, tratándose de la pregunta por las condiciones de una eventual responsabilidad personal por un comportamiento jurídicamente prohibido, la respuesta no puede derivarse de la misma prohibición en cuestión.

Para poder conceptualizar el hecho punible como contradicción de una norma, es necesario disponer de reglas que hagan posible la interpretación del comportamiento evaluado como expresivo de un déficit de reconocimiento de la norma en tanto razón eficaz para la acción. Las reglas que establecen las condiciones de este valor declarativo de un comportamiento se denominan reglas de imputación. Las reglas de imputación aparecen, por ende, como complemento irrenunciable de las normas de sanción, puesto que ellas enuncian los presupuestos de la constitución del objeto del reproche jurídico-penal de culpabilidad como un comportamiento por el cual se objetiva un defecto personal de fidelidad al derecho. A diferencia de las normas de comportamiento, cuyo criterio teleológico de legitimación está constituido por la protección de bienes jurídicos, las reglas de imputación se legitiman en tanto estándares que establecen criterios de una justa

particularidad de éstas se encuentra exclusivamente en el hecho de que ellas no exigen, sino sólo autorizan a dejar de lado las razones de este modo excluidas (*ibid*, p. 121). Con ello se obtiene un punto de partida significativo para clarificar la función de las permisiones y las exenciones (de mandato) como causas de justificación jurídico-penalmente relevantes.

¹⁷ *Ibid*, pp. 104 s.

¹⁸ Kindhäuser (nota 6), pp. 29 ss., 58, 132 ss.

¹⁹ Vogel (nota 8), pp. 41 s.; ya Jakobs, Günther: "Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem", en Stratenwerth et al (coord.), *Festschrift für Hans Welzel*, 1974, pp. 307 ss., 317. Acerca del problema de normas auto-referentes, véase también Hart, H.L.A.: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 1983, pp. 170 ss.; Raz (nota 11), pp. 23 s., 155.

adscripción de responsabilidad personal por la contravención de una norma de comportamiento.

b) Contenido proposicional y fuerza ilocucionaria de las normas de comportamiento

El establecimiento de una norma de comportamiento puede ser entendido como un acto de habla por el cual ella es puesta en vigencia por su autor – esto es, el legislador – con la intención de que sus destinatarios le den seguimiento de modo eficaz para la acción.²⁰ En términos más precisos, el establecimiento de la norma puede ser visto como un acto de habla ilocucionario,²¹ cuya correspondiente fuerza pragmática se halla referida a que el oyente (o destinatario de la norma) reconozca, de modo eficaz para la acción, la pretensión de seguimiento entablada por el hablante (o autor de la norma).²²

El objeto de referencia del éxito ilocucionario se deja determinar a partir de la combinación de dos componentes, que conciernen la estructura locucionaria del acto de establecimiento de la norma, a saber: un determinado operador deóntico y un determinado contenido proposicional. El operador deóntico determina el carácter de la norma como prohibición o como mandato, mientras que el contenido proposicional se corresponde con la descripción de la forma de comportamiento que en virtud del operador deóntico en cuestión es puesta bajo prohibición o mandato. Y el contenido de la norma admite ser entendido como “proposicional” por el hecho de que el mismo está constituido por una proposición que *debe* ser hecha verdadera (tratándose de un mandato) o no verdadera (tratándose de una prohibición) a través del comportamiento del destinatario de la norma.²³

c) Antinormatividad como propiedad superviniente

En atención a la estructura locucionaria de la norma resultan determinadas las propiedades específicas de las cuales depende la antinormatividad del comportamiento, no así los presupuestos bajo los cuales éste resulta personalmente imputable como contradicción de la norma. Y es así como se resuelve el tradicional “problema del destinatario” asociado a las teorías imperativistas. Pues la pregunta de si una persona es capaz, física y psíquicamente, de comportarse de modo adecuado a la norma no es una pregunta que concierna

²⁰ Raz (nota 15), p. 109.

²¹ Kindhäuser (nota 6), p. 133 s.; Vogel (nota 8), pp. 34 ss. Véase también Austin, J.L.: *How to Do Things with Words*, 1962, pp. 94 ss.; Searle, *Sprechakte* (nota 12), pp. 38 ss.

²² Tratándose de permisiones y exenciones, la fuerza ilocucionaria del establecimiento de la norma ha de ser entendida como secundaria respecto de la fuerza de prohibiciones y mandatos. Así Weinberger, Otta: *Studien zur Normlogik und Rechtsinformatik*, 1974, pp. 241 s.

²³ Véase Brandom, Robert: *Expressive Vernunft*, 2000, pp. 260 ss.; Davidson, Donald: *Probleme der Rationalität*, 2006, pp. 40, 78 ss.

la antinormatividad de su comportamiento. Y esto quiere decir: en los así llamados delitos comunes, destinatario de la norma es cualquiera, con total independencia de si es capaz o no, en el momento relevante para la decisión, de seguir la norma.

Así, la antinormatividad de un comportamiento no significa otra cosa que el hecho de que el comportamiento evaluado o bien realiza el contenido proposicional de una norma de prohibición o bien no realiza el contenido proposicional de una norma de mandato, siempre que la norma de prohibición o de mandato en cuestión no se encuentre excluida por una norma de permisón o de exención. En este sentido, la antinormatividad constituye una propiedad secundaria (o “superviniente”) de todo aquel comportamiento que exhibe las respectivas propiedades primarias exigidas por la descripción típica. Y por esto, el establecimiento de la antinormatividad de un comportamiento se deja entender como un juicio puramente deductivo, o dicho más tradicionalmente: como una operación de subsunción.²⁴

El establecimiento de la antinormatividad sólo es posible *ex post*, porque sólo *ex post* puede establecerse si es el caso que ha tenido lugar un comportamiento que coincide o no coincide con el contenido proposicional de la norma respectiva.²⁵ Y este establecimiento *ex post* de la antinormatividad ha de ser tenido, además, por un juicio necesariamente objetivo, en el sentido de que la satisfacción o falta de satisfacción del contenido de la norma es enteramente independiente de las capacidades y los conocimientos del respectivo destinatario de la norma.²⁶ Esto no significa, empero, que la descripción de la forma de comportamiento sobre la cual superviene su antinormatividad no pueda integrar determinados componentes subjetivos, tales como finalidades o propósitos, como de hecho es el caso tratándose, por ejemplo, de las normas de los así llamados delitos de tendencia interna. Lo determinante, empero, es que un tal elemento subjetivo jamás representa un *criterio* de imputación – como lo son, en cambio, el dolo y la imprudencia – sino un elemento de la antinormatividad del comportamiento y así del *objeto* de la imputación correspondiente.²⁷

d) La diferencia entre contenido y función de la norma

Siendo el establecimiento de la antinormatividad de un comportamiento exclusivamente dependiente de la estructura locucionaria de la norma correspondiente, para el mismo resulta irrelevante que la norma sea aplicada como

²⁴ Kindhäuser (nota 6), p. 53; Weinberger (nota 22), pp. 242 ss.

²⁵ Así Kindhäuser, “Der subjektive Tatbestand im Verbrechenaufbau. Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* 2007, pp. 447 ss., 452, 467.

²⁶ Para la tesis contraria, recientemente Murmann, Uwe: “Zur Berücksichtigung besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten und Absichten bei der Verhaltensnormkonturierung“, en Putzke et al (coord.), *Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*, 2008, pp. 123 ss.

²⁷ Kindhäuser (nota 6), p. 99; el mismo (nota 25), p. 449; Vogel (nota 8), p. 49.; Weinberger (nota 22), p. 246.

norma de determinación o de valoración.²⁸ A las normas de comportamiento se deja atribuir tanto una función prospectiva de configuración como una función retrospectiva de evaluación,²⁹ mas en ambos contextos el objeto de la norma consiste en una misma forma de comportamiento que coincide (tratándose de una prohibición) o no coincide (tratándose de un mandato) con su contenido proposicional. La utilización pragmática de la norma como estándar prescriptivo o evaluativo no modifica, de este modo, su estructura locucionaria, esto es, su contenido proposicional.

De esto se sigue, por de pronto, que la objeción a la concepción “objetiva” de las normas aquí defendida, en el sentido de que ella presupondría un “espíritu cósmico laplaceano” para determinar el comportamiento antinormativo,³⁰ yerra categorialmente. Pues esta objeción asume que el contenido de la norma habría de ser determinado, en todo caso, desde la perspectiva de un potencial destinatario de la norma. El problema se encuentra, sin embargo, en que así resulta en definitiva imposible un establecimiento de lo jurídicamente correcto que haga practicable la distinción entre comportamiento normativamente adecuado y comportamiento antinormativo, que es irrenunciable, empero, de cara a la función de determinación de la norma.³¹ La norma sólo puede ser criterio de lo que es jurídicamente correcto si aquello que ella prescribe resulta identificable con independencia de la perspectiva de sus potenciales destinatarios. Pues una regla sólo es una regla para alguien en tanto éste no tenga a disposición la determinación de lo reglado, ya que de lo contrario, como observaba Wittgenstein, la regla no podría determinar forma de acción alguna, puesto que cada forma de acción podría ser tenida por coincidente con la regla. [...] Así no podría haber coincidencia ni contradicción [con la regla].³²

De la mano de la formulación de esta paradoja, Wittgenstein desarrolla el argumento del así llamado regreso al infinito de las reglas,³³ que admite ser entendido como componente de su igualmente célebre argumento en contra de la posibilidad de un lenguaje privado, que a su vez constituye una refutación del escepticismo acerca de la objetividad de la pregunta de si un comportamiento se ajusta o no a una regla.³⁴ De acuerdo con el argumento, hablar acerca de reglas presupone que hay una determinación del contenido de la regla que no cuenta

²⁸ En sentido contrario Mir Puig, Santiago: “Norm, Bewertung und Tatbestandsunwert”, en Putzke et al (coord.), *Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*, 2008, pp. 55 ss., 61 ss.

²⁹ Hruschka (nota 9), pp. 450 ss.

³⁰ Freund, Georg: *Erfolgdelikt und Unterlassen*, 1992, p. 56; Rudolph, Tobias: *Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht*, 2006, pp. 48 s.

³¹ Acerca de lo superfluo de la perspectiva de un observador objetivo, Kindhäuser (nota 25), pp. 463 ss.

³² Wittgenstein, Ludwig: *Philosophische Untersuchungen*, 1984, § 201.

³³ Véase *ibid.*, §§ 84 ss.

³⁴ Fundamental Kripke, Saul: *Wittgenstein über Regeln und Privatsprache*, 1987 (2006), pp. 17 ss., 79 ss.

como “interpretación” de la misma,³⁵ pues toda interpretación de una regla no es sino una sustitución de la regla por otra. Es decir: aquello que la regla exige tiene que poder ser determinado sin atender a su posible percepción por parte de quienes han de seguirla.³⁶ Lo cual significa: si bien el seguir una regla es una forma de actividad intencional, la regla misma no puede ser identificada con estados intencionales de la persona que la sigue. Pues la praxis de seguir la regla presupone en todo caso la distinción entre un seguimiento correcto e incorrecto de la regla, es decir, entre seguir o no seguir la regla.

Aplicado a las normas jurídico-penales de comportamiento, esto quiere decir que la perspectiva de los destinatarios (efectivos o potenciales) de una norma jamás puede determinar ni modificar el contenido de la norma correspondiente, pues en su independencia de ello radica la condición de posibilidad de la pretensión de vinculación de la norma. Las capacidades y los conocimientos del destinatario de la norma sólo pueden ser de importancia para la pregunta acerca de la posibilidad de un *seguimiento* de la norma, no así para la pregunta acerca de la adecuación de un comportamiento a la norma, que no es sino la pregunta por la realización o falta de realización de su contenido proposicional.

4. Seguimiento de la norma e imputación

a) Cumplimiento y seguimiento de la norma

La distinción categorial entre antinormatividad e imputación se deja clarificar por medio de la consideración de que las condiciones de la imputación se hallan referidas a los presupuestos de los cuales depende la capacidad de seguimiento de la norma por parte de su destinatario, de quien se espera su reconocimiento como razón eficaz para la acción. A través de la imputación, referida a la capacidad personal de seguimiento de la norma, el hecho punible se constituye como contradicción de la norma. Un comportamiento sólo adquiere el valor declarativo de una contradicción de la norma si el destinatario de la norma no ha seguido la norma, a pesar de haber *podido* hacerlo.

Las condiciones de la imputación, por ello, son (positivamente formuladas) aquellas bajo las cuales el destinatario se encuentra en posición de seguir intencionalmente la norma. El valor declarativo del comportamiento punible se deja entender de modo puramente negativo, y ya con total independencia de si el mismo resulta imputable como acción u omisión, esto es, como quebrantamiento de una prohibición o de un mandato. Pues la toma de posición personal del autor que es jurídico-penalmente relevante radica exclusivamente en el no-seguimiento de una norma vinculante para él; dicho con Hegel: desde el punto de vista del derecho, el quebrantamiento del derecho no tiene existencia positiva, sino

³⁵ Wittgenstein (nota 32), § 201.

³⁶ Véase Brandom (nota 23), pp. 59 ss., 66.

puramente negativa.³⁷ La imputación jurídico-penal asume así, contra-fácticamente, que el seguimiento de la norma cuenta como motivación dominante de su destinatario.

Aquí deviene crucial el análisis del concepto de seguimiento de la norma, el cual debe ser nítidamente diferenciado del concepto de adecuación de un comportamiento a la norma.³⁸ Pues para esto último, sólo la “coincidencia entre el ser y el deber-ser del comportamiento” en atención a la norma resulta relevante.³⁹ La conformidad o falta de conformidad con la norma resulta plenamente independiente de cuál sea la actitud (subjetiva) del agente respecto de la norma en cuestión.

Frente a esto, el seguimiento de una norma se deja afirmar recién cuando el comportamiento normativamente adecuado encuentra su motivación en la norma misma.⁴⁰ Una norma sólo es seguida, por ende, “cuando la intención de ejecutar una determinada acción es formada y realizada por mor del seguimiento de la norma”.⁴¹ Para la imputación de un comportamiento como contradicción de una norma resulta necesario, por ello, que el destinatario de la norma haya estado en posición de formarse la intención, en atención a la norma, de evitar intencionalmente el comportamiento antinormativo. Y por esto, la reconstrucción de la imputación jurídico-penal admite ser articulada en el sentido de un modelo de intenciones de primer y segundo orden,⁴² con arreglo al cual la atribución de responsabilidad por el no-seguimiento de una norma sólo puede afirmarse si el sujeto de la imputación estuvo en capacidad de formarse la intención de segundo orden, en atención a la norma, de realizar intencionalmente lo normativamente adecuado.

b) Dos niveles de imputación: capacidad de acción y de motivación

A partir de esta diferenciación de capacidades intencionales de primer y segundo orden puede sugerirse una distinción entre dos niveles de la imputación.⁴³ La imputación de primer nivel se deja entender como la adscripción del comportamiento relevante bajo la norma *qua* acción u omisión, cuyo presupuesto

³⁷ Hegel (nota 1), § 99.

³⁸ Weinberger (nota 22), pp. 245 s.

³⁹ Wittgenstein (nota 32), § 224: “La palabra «concordancia» y la palabra «regla» están ligadas la una a la otra, son primas. Si enseño a alguien el uso de la una, así también aprende con ello el uso de la otra”.

⁴⁰ Raz (nota 15), p. 96. Así se hace evidente que un comportamiento puede resultar ser normativamente adecuado *ex post*, aun cuando el agente no ha observado la norma como razón para la acción (pp. 254 ss., 271 s.).

⁴¹ Kindhäuser (nota 6), p. 42.

⁴² *Ibid*, pp. 41 ss.; Vogel (nota 8), pp. 68 ss.

⁴³ Hruschka, Joachim: *Strukturen der Zurechnung*, 1976, pp. 34 ss.; el mismo, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1988, pp. 337 ss.; el mismo (nota 9), pp. 451 ss.; Kindhäuser (nota 6), pp. 34 ss., 46 ss.; Vogel (nota 8), pp. 68 ss.

está constituido por la capacidad personal de formarse y realizar la intención de evitar el comportamiento antinormativo. Esta capacidad, que en consecuencia cabe definir como *capacidad de acción* intencional, comprende tanto un poder físico como un conocimiento referido a las circunstancias fácticas relevantes, esto es, el dolo. Satisfaciéndose las condiciones de esta capacidad de acción, puede imputarse entonces el comportamiento antinormativo como infracción de deber al destinatario de la norma, dado que la satisfacción de las condiciones de la capacidad de realizar intencionalmente lo normativamente adecuado posibilita la concreción pragmática de la norma en deber, esto es, la vinculación personal a la norma. A través de esta imputación de primer nivel se constituye así el injusto personal de la acción.⁴⁴

No satisfaciéndose este presupuesto, en principio se excluye la posibilidad de fundamentar una infracción de deber. Mas sólo en principio, puesto que el derecho penal también conoce reglas que hacen posible una imputación allí donde fallan los presupuestos ordinarios de la imputación, en tanto el destinatario de la norma pueda ser hecho responsable de su propio déficit de responsabilidad. En el nivel del injusto de la acción, ésta es la función de la imprudencia como estructura de imputación, donde la así llamada “infracción del deber de cuidado” constituye un criterio de imputación fundado en la responsabilidad del sujeto por su propio déficit de imputabilidad a título de dolo, en tanto este déficit de evitabilidad intencional sea consecuencia de una falta (evitable) de observancia del cuidado jurídicamente exigible.⁴⁵ Esta forma de imputación fundada en la propia responsabilidad por un déficit de responsabilidad puede ser denominada, siguiendo a Hruschka, imputación extraordinaria.⁴⁶

En el segundo nivel de la imputación se trata, en cambio, de la atribución definitiva de responsabilidad por un actuar contrario a deber, constitutiva de la imputación del injusto a la culpabilidad. En este nivel se trata de la pregunta de si el destinatario de la norma estaba en capacidad de formarse, en consideración de la norma y con eficacia para la acción, la intención (de segundo orden) de evitar intencionalmente el comportamiento antinormativo. Esta capacidad, que descansa en una reflexividad de la intencionalidad, puede ser definida como *capacidad de motivación*. La imputación a la culpabilidad depende del cumplimiento de condiciones bajo las cuales es racional esperar que la norma sea reconocida por su destinatario como razón eficaz para la realización intencional de lo normativamente adecuado. Esta expectativa se ve derrotada, de un lado, cuando dicha capacidad en efecto no se da en el destinatario de la norma, a saber en casos de inculpabilidad. De otro lado, la expectativa del seguimiento de la norma

⁴⁴ Kindhäuser (nota 25), pp. 456 ss.

⁴⁵ Esto vuelve evidente que el delito doloso y el delito imprudente no se diferencian en virtud de la norma de cuyo quebrantamiento imputable se trata – que es una y la misma: por ej., la prohibición de matar a otro –, sino en virtud del criterio de imputación correspondiente.

⁴⁶ En particular acerca de la imprudencia como forma de imputación extraordinaria, véase Hruschka, *Strafrecht* (nota 43), pp. 322 ss.

también resulta derrotada cuando ésta, a pesar de ser posible, deviene jurídicamente inexigible en la concreta situación, tal como es el caso cuando se satisface una causa de exculpación.

También a nivel de culpabilidad resulta posible, sin embargo, una imputación extraordinaria, que cabe reconocer cada vez que puede hacerse responsable al propio sujeto de la imputación por un déficit relevante en la capacidad o exigibilidad de motivación con arreglo a la norma. Éste es el caso, por ejemplo, en las constelaciones de la así llamada *actio libera in causa* (en el sentido del “modelo de la excepción”), así como en las constelaciones de error de prohibición vencible.

Sólo cuando se cumplen los presupuestos de ambos niveles de la imputación, sea ordinaria o extraordinaria, se constituye el objeto del reproche jurídico-penal de culpabilidad, a saber, la infracción de deber culpable, pues sólo entonces el comportamiento del autor se deja interpretar como un déficit de reconocimiento de la norma. Por ello, es recién desde el punto de vista de la legitimación de la atribución de responsabilidad que la correlación entre el abstracto deber-ser de la norma y las capacidades individuales de su destinatario, en el sentido del principio *ultra posse nemo obligatur* – “deber implica poder” – , tiene que asumirse como irrenunciable. Lo cual explica por qué la imputación jurídico-penal, a pesar de siempre tener lugar *ex post*, necesariamente exige la asunción de una perspectiva *ex ante* referida a las capacidades del destinatario de la norma.

5. La asimetría entre antinormatividad e infracción de deber

a) La relación estructural entre antinormatividad e infracción de deber

Como condición de la constitución del deber en el sentido de la vinculación personal a la norma, es necesario que el destinatario de la norma disponga de la capacidad de evitar intencionalmente el comportamiento antinormativo en el momento relevante para la decisión.⁴⁷ Dándose esta capacidad en el destinatario de la norma, entonces a él puede imputarse el comportamiento antinormativo como acción u omisión contraria a deber, según si la norma en cuestión posee carácter de prohibición o de mandato. La evitabilidad intencional no constituye un momento de la antinormatividad del comportamiento, sino sólo una condición de su imputación a título de infracción de deber, la cual se deja ilustrar de conformidad con el modelo del silogismo práctico.⁴⁸

⁴⁷ Acerca del concepto de acción como designación de un comportamiento evitable Jakobs (nota 19), pp. 307 ss.; el mismo, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1993, 6/20 ss., 24 ss. Véase también Hruschka, *Strukturen* (nota 43), pp. 22 s.; Kindhäuser, Urs: *Intentionale Handlung*, 1980, pp. 209 ss.

⁴⁸ Acerca del modelo del silogismo práctico v. Wright, G.H.: *Erklären und Verstehen*, 1974, pp. 83 ss., 93 ss.; el mismo, *Handlung, Norm und Intention*, 1977, pp. 41 ss., 61 ss.; Kindhäuser (nota 47), pp. 146

La hipótesis de la fuerza vinculante de la norma de comportamiento hace posible la articulación de la premisa mayor o premisa intencional de un silogismo práctico, a saber, que el destinatario de la norma quiere seguir la norma. Esta intención supuesta en el agente, combinada con la correspondiente creencia, constitutiva de la premisa menor o cognoscitiva del silogismo, de que la omisión o ejecución de una determinada acción es necesaria para la realización de la intención en cuestión, conduce a la racionalización de la omisión u ejecución de la acción en cuestión como “necesaria en sentido práctico”. De la conjunción de la premisa intencional y la premisa de conocimiento se obtiene la conclusión de que para el destinatario de la norma es necesario, en sentido en práctico, omitir o ejecutar esa acción, en caso de ser físicamente capaz de ello.⁴⁹

De máxima relevancia aquí es el hallazgo de la posible discrepancia entre antinormatividad e infracción de deber, que es explicitada por el modelo silogístico de fundamentación del deber. Pues a través del silogismo práctico no resulta excluido que la representación de las circunstancias fácticas relevantes por parte del destinatario de la norma de hecho no sea correcta.⁵⁰ Las relaciones posibles entre la predicación de la antinormatividad y la predicación de una infracción de deber respecto de un mismo comportamiento resultan ser cuatro: a) congruencia entre antinormatividad e infracción de deber; b) antinormatividad sin infracción de deber; c) infracción de deber sin antinormatividad; d) y congruencia entre falta de antinormatividad y falta de infracción de deber.

La tercera relación posible, que consiste en la imputación como infracción de deber de un comportamiento (que en definitiva resulta ser) normativamente adecuado, se corresponde con la estructura de injusto de la tentativa punible.⁵¹ En la tentativa, tanto idónea como inidónea, siempre falta la antinormatividad del comportamiento de cuya imputación se trata. El comportamiento punible a título de tentativa no exhibe (todas) las propiedades fácticas de las cuales depende la antinormatividad de un comportamiento bajo la norma en cuestión. Pero con esto no se excluye que el mismo comportamiento sí sea imputable como contradicción de la norma, en caso que así se exprese una falta de reconocimiento, eficaz para la acción, de la norma respectiva. Esto se sigue sin más de que la adecuación normativa de un comportamiento jamás pueda responder la pregunta de si el mismo ha de verse como un seguimiento de la norma.⁵² Determinante para esto último sólo puede ser la consideración de si el destinatario de la norma partió de una representación del hecho que hacía necesaria, en sentido práctico, la omisión o

ss.; el mismo (nota 6), pp. 54 ss.; el mismo (nota 25), pp. 451 ss.; Toepel, Friedrich: *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1992, pp. 33 ss.; Vogel (nota 8), pp. 70 ss.

⁴⁹ Esto último presupone una formulación del silogismo práctico en tercera persona. Véase v. Wright, *Handlung* (nota 48), pp. 77 s.

⁵⁰ Kindhäuser (nota 6), pp. 56 s.; el mismo (nota 25), p. 458.

⁵¹ Kindhäuser (nota 6), pp. 57 s., 171 s.; Vogel (nota 8), pp. 72 ss.

⁵² Kindhäuser (nota 6), pp. 42 s.; Vogel (nota 8), pp. 35 s.

ejecución de una cierta acción bajo el presupuesto de la efectividad de su motivación de realizar intencionalmente lo normativamente adecuado.⁵³ La falta de antinormatividad del comportamiento, que recién puede ser establecida *ex post*, no obsta así a la constitución de una infracción de deber.

Esta implicación de la falta de antinormatividad de la tentativa punible puede parecer contra-intuitiva a primera vista. La dificultad radica en el desconocimiento de la distinción analítica entre el contenido proposicional y la función pragmática de la norma, tal como ello se muestra, paradigmáticamente, en la así llamada “teoría del comportamiento típico” de Frisch. El problema se halla en la asunción de que el establecimiento *ex post* de la antinormatividad sería incompatible con la función de determinación *ex ante* de la norma. En contra de esto cabe mantener, empero, que una determinada forma de comportamiento no se prohíbe *ex post* o *ex ante*, sino que se prohíbe (o no se prohíbe) *simpliciter*. Aquello que sólo puede tener lugar *ex post* es, más bien, el establecimiento de la antinormatividad, a saber, el juicio de subsunción practicado por el adjudicador, pues sólo *ex post* se dispone de una descripción verdadera del comportamiento efectivamente acaecido. Este establecimiento *ex post* de la antinormatividad no contradice en modo alguno, sin embargo, la función de determinación *ex ante* de la norma, en tanto sea posible al destinatario de la norma saber *ex ante* qué configuración ha de tener *ex post* una acción, para así omitirla o ejecutarla de conformidad a deber.⁵⁴

Justamente esto es lo que desconoce la muy extendida noción de que la determinación del contenido de la norma sería dependiente de su función de determinación, de modo tal que, por ejemplo en los así llamados delitos puramente resultativos, objeto de la norma no podría ser la causación de un resultado, sino sólo una acción adecuada para la causación del resultado. Esta noción, que no sólo se encuentra en la obra de los partidarios de la doctrina final de la acción,⁵⁵ sino también en todas aquellas concepciones que reclaman un establecimiento “objetivo *ex ante*” de la tipicidad (y así también de la antijuridicidad),⁵⁶ entraña una

⁵³ Acerca de la forma de acción de “intentar” bajo el modelo del silogismo práctico, v. Wright, *Handlung* (nota 48), pp. 47 s., 74 s.; Kindhäuser, *Handlung* (nota 48), pp. 178 s.

⁵⁴ Kindhäuser (nota 6), p. 169; Vogel (nota 8), p. 55.

⁵⁵ Y en particular del así llamado finalismo radical. Véase Kaufmann, Armin: *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 105 ss.; Horn, Eckhard: *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973, pp. 78 ss.; Zielinski, Diethart: *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 128 s., 141 ss.; Sancinetti, Marcelo: *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt von Versuch*, 1995, pp. 24 ss.

⁵⁶ Frisch, Wolfgang: *Vorsatz und Risiko*, 1983 pp. 118 ss., 124 ss.; el mismo, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 33 ss.; Freund (nota 30), pp. 25 ss., 121 ss., 51 ss.; el mismo, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1998, § 2/23 ss.; Rudolph (nota 30), pp. 46 ss.; Murmann (nota 26), pp. 123 ss. Véase en contra Burkhardt, Björn: “Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung – Zugleich ein Beitrag wider die ‘Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven’”, en Wolter y Freund (coord.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, 1996, pp. 99 ss.; Küper, Wilfried: “Vorsatz und Risiko – Zur Monographie von Wolfgang Frisch”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* 1987, pp. 479 ss., 504 s.

inversión de la conexión entre contenido proposicional y función pragmática de la norma. Pues una norma sólo puede servir como directiva de conducta si ella ya se encuentra determinada como estándar de corrección jurídica, antes de que uno considere las capacidades y los conocimientos de sus destinatarios; de lo contrario desaparece la posibilidad de diferenciar antinormatividad y adecuación a la norma. El contenido de una regla, tal como lo enseña el argumento de Wittgenstein, tiene que ser independiente del punto de vista de aquél que ha de darle seguimiento.

b) La tentativa como estructura de responsabilidad subsidiaria

Aquí también cabe hallar el origen de la idea errada de que (a lo menos) la tentativa acabada de la realización de un tipo delictivo habría de ser vista como la forma básica de comportamiento antinormativo. Es ciertamente correcto que ya en la tentativa – es decir: sin consumación – pueden satisfacerse las condiciones de una infracción de deber, de modo tal que también sin consumación – es decir: sin antinormatividad – un comportamiento puede ser imputable como contradicción de la norma. De esto se sigue, sin embargo, que “antinormatividad” y “contradicción de la norma” no son términos co-extensivos. Pues la pregunta por la antinormatividad de un comportamiento es lógicamente independiente de la pregunta por su imputabilidad. El carácter de injusto de la tentativa punible no resulta así de su pretendida antinormatividad, la cual, por el contrario, precisamente tiene que faltar para que pueda hablarse de una tentativa, sino que resulta de la satisfacción de las condiciones de una infracción de deber, lo cual significa: el injusto de la tentativa punible ha de ser entendido exclusivamente como injusto de la acción.

El error de ver la tentativa punible como forma básica de comportamiento antinormativo se deja mostrar a través de la consideración de que el concepto de intentar algo sólo es comprensible como concepto secundario frente al concepto de realizar algo.⁵⁷ Es decir: la idea de que a cada hacer subyacería un intentar correspondiente desconoce completamente que hablar de “intentar” siempre exhibe un carácter derivativo, puesto que todo intentar se halla referido a una realización correspondiente: un “realizar no exitoso” no constituye más que una *contradictio in adjecto*,⁵⁸ pues de alguien sólo cabe decir que ha intentado algo justamente cuando su hacer (en atención a la descripción relevante del comportamiento) deviene fracasado. Lo cual quiere decir: el concepto de realizar es siempre lógicamente primario frente al concepto de intentar, con total independencia de cuál pueda ser la fenomenología respectiva.⁵⁹ Y es precisamente

⁵⁷ Así v. Wright, G.H.: *Norm und Handlung*, 1979, p. 62. Véase sin embargo Puppe, Ingeborg; en Kindhäuser, Neumann y Paeffgen (coord.): *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2005, Vor § 52/10: “La consumación de un delito es un caso especial de su tentativa”.

⁵⁸ Así sin embargo Jakobs, *Strafrecht* (nota 47), 25/28.

⁵⁹ Véase Duff, R.A.: “Acting, Trying, and Criminal Liability”, en Shute, Gardner y Horder (coord.), *Action and Value in Criminal Law*, 1993, pp. 75 ss., 98.

un punto de vista puramente fenoménico el que subyace a la terminología de un *iter criminis*, que sugiere que la tentativa “viene primero” que la consumación.

En atención a la estructura de la tentativa punible, puede concluirse entonces que su consideración como supuesta forma básica de comportamiento antinormativo trae consigo una inversión de la relación derivativa que cabe reconocer entre los conceptos de realizar y de intentar. La formulación más acabada de esta inversión se encuentra en la tesis, identificada con el así llamado finalismo radical, de que la producción del resultado típico a lo sumo podría representar una condición objetiva de punibilidad.⁶⁰ En contra de esto hay que mantener que la punibilidad a título de tentativa sólo admite ser fundamentada si se parte de la base de una norma que prohíbe una forma de comportamiento que es susceptible de ser descrita como realización consumada de un tipo delictivo.⁶¹ La designación de un comportamiento como tentativa punible presupone la referencia a una realización típica consumada que se habría producido en caso que el comportamiento imputable hubiese exhibido todas las propiedades necesarias para su antinormatividad.

6. Prescripción y adscripción como gramática profunda del derecho penal

a) Separación lógica y conexión de fundamentación entre normas de comportamiento y reglas de imputación

La reconstrucción del hecho punible como contradicción de una norma se funda en la distinción analítica entre categorías de la norma y categorías de la imputación. Esta separación lógica no obsta al reconocimiento de una conexión pragmática entre ambas clases de reglas. Los conceptos de antinormatividad e imputación se encuentran referidos recíprocamente: la aplicación de normas de comportamiento presupone una referencia pragmática a reglas de imputación, porque de la posibilidad de seguir una norma sólo cabe hablar cuando su destinatario es capaz de acción y motivación; la aplicación de reglas de imputación presupone una referencia pragmática a normas de comportamiento, porque el objeto de la imputación jurídico-penal siempre es un comportamiento que sólo puede ser identificado por medio de la norma de cuya falta de seguimiento se trata.

Lo anterior vuelve posible sostener que los conceptos de antinormatividad e imputación constituyen los componentes de la “gramática profunda” del discurso jurídico-penal.⁶² El concepto de gramática profunda se reconduce a la

⁶⁰ Véase Kaufmann (nota 55), pp. 105 ss.; Horn (nota 55), pp. 78 ss.; Zielinski (nota 55), pp. 128 ss., 141 ss.; Sancinetti (nota 55), pp. 24 ss.

⁶¹ Precisamente esto es lo que significa que el concepto de consumación sea un concepto formal. Al respecto Jakobs, *Strafrecht* (nota 47), 25/1g.

⁶² Para una formulación alternativa véase Fletcher, George: *The Grammar of Criminal Law*, 2007, pp. 8 s.

filosofía tardía de Wittgenstein, quien así pretendía designar la dimensión del uso de una expresión lingüística que – a diferencia de su gramática superficial – “no alcanza a ser percibida con el oído”.⁶³ Que los conceptos de antinormatividad e imputación constituyen la gramática profunda de la práctica que llamamos “derecho penal” quiere decir, con esto, que ellos explicitan los componentes fundamentales de esta práctica, aun cuando su uso no alcanza a percibirse “con el oído”.

Que la separación entre cuestiones de la norma y cuestiones de la imputación tiene carácter gramaticalmente profundo significa que ella subyace a las categorías fundamentales de la dogmática jurídico-penal, tales como “injusto” y “culpabilidad”. La diferenciación dogmática de injusto y culpabilidad presupone la separación entre cuestiones de la norma y cuestiones de la imputación, incluso cuando el injusto jurídico-penal encierra ya una referencia a ciertas capacidades individuales del autor.⁶⁴ Pues la distinción entre injusto del resultado (objetivo) e injusto de la acción (subjetivo) se deja precisamente explicar como una separación de las propiedades del injusto penal de las cuales depende su antinormatividad – esto es, la incorrección jurídica del comportamiento punible –, de una parte, de aquellas que conciernen su imputabilidad como infracción de deber personal, de otra.

b) La distinción entre la parte general y la parte especial

Las consideraciones desarrolladas hasta aquí se ven reforzadas por la observación de que la distinción teórica entre normas de comportamiento y reglas de imputación trae consigo un criterio cualitativo para la diferenciación entre la parte general y la parte especial del derecho penal. Esta diferencia cualitativa se funda en la función específica que paradigmáticamente desempeñan las reglas de cada una de ambas partes.⁶⁵

La tarea de la teoría de la parte general consiste en la identificación de criterios generales de atribución de responsabilidad personal por la contravención de aquellas normas cuya reconstrucción sistemática constituye la tarea de la teoría de la parte especial. Esto quiere decir que las reglas adscriptivas de la parte general son por principio aplicables a toda forma de comportamiento cuya antinormatividad ha de determinarse de la mano de las reglas prescriptivas de la parte especial.⁶⁶ Esta neutralidad de las reglas de imputación de la parte general respecto de la antinormatividad específica del comportamiento evaluado puede entenderse como la “formalidad materialmente ciega” de la parte general.⁶⁷ De

⁶³ Wittgenstein (nota 32), § 664. Véase el mismo, *Philosophische Grammatik*, 1984 pp. 184 ss.

⁶⁴ Kindhäuser (nota 25), pp. 447 ff., 450.

⁶⁵ Véase Vogel (nota 8), pp. 302 ss.

⁶⁶ Moore, Michael: *Placing Blame*, 1997, p. 32. Véase también Kindhäuser (nota 6), p. 20.

⁶⁷ Fincke, Martin: *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, 1975, pp. 26 s., 30 ss. Esta neutralidad de las reglas de imputación no significa, sin embargo, que su configuración sea

acuerdo con esta diferenciación funcional, las reglas de imputación de la parte general han de entenderse como reglas secundarias que fijan las condiciones bajo las cuales las normas de comportamiento de la parte especial encuentran aplicación en la fundamentación de responsabilidad jurídico-penal.⁶⁸

Esta comprensión de la relación entre ambas partes del derecho penal tiene vastas implicaciones para la clarificación y ordenación meta-teórica de distintas cuestiones dogmáticas. Un ejemplo lo ofrece el estatus de las normas constitutivas de causas de justificación, que en términos estrictamente funcionales pertenecen al juego de lenguaje que caracteriza a la parte especial, dado que ellas sólo conciernen la pregunta por la prohibición o permisón de una determinada forma de comportamiento, y no así la pregunta acerca de legítima imputación a alguien.⁶⁹ Que algunas causas de justificación se hallen codificadas en la parte general no se opone a esta consideración. Pues una tal técnica legislativa sirve más bien al establecimiento de la relación de prioridad entre esas normas permisivas (o de exención) y las correspondientes normas de prohibición (o de mandato) que resultan excluidas por ellas.⁷⁰ Y como auto-evidente tendría que valer, por contrapartida, que las genuinas preguntas de imputación que se dejan plantear en la aplicación de causas de justificación, por ejemplo cuando se trata de un error acerca de la satisfacción de sus presupuestos fácticos (= error de tipo permisivo) o del alcance de la correspondiente norma permisiva (= error de permisón o de prohibición indirecto), han de verse como genuinas preguntas de la dogmática de la parte general.⁷¹

La implicación más importante de una tal separación funcional entre la parte general y la parte especial se encuentra, sin embargo, en que la prioridad lógica de las normas de comportamiento frente a las reglas de imputación hace posible sostener la prioridad lógica de la parte especial frente a la parte general.⁷² Esto habla decisivamente en contra de la plausibilidad de una construcción dogmático-conceptual concebida al modo de una “generalización de la parte especial” *à la* Jakobs, esto es, en el sentido de una estrategia de solución de los problemas de la dogmática de la parte especial a través del aparato conceptual de la dogmática de la parte general, lo cual constituye un auténtico error categorial. Pues una tal estrategia desconoce la diferencia tanto lógica como teleológica que existe entre las reglas jurídicas que constituyen el objeto de una y otra parte: mientras que

“valorativamente neutral”. Fundamental Günther, Klaus: “Individuelle Zurechnung im demokratischen Verfassungsstaat”, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 2 (1994), pp. 143 ss.; el mismo, *Schuld und Kommunikative Freiheit*, 2005, pp. 214 ss., 232 ss.

⁶⁸ Tiedemann, Klaus: “Zum Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts”, en Arzt et al (coord.), *Festschrift für Jürgen Baumann*, 1992, pp. 7 ss., 10 s., 16 s.

⁶⁹ Moore (nota 66), pp. 42 s.

⁷⁰ Tiedemann (nota 68), p. 11. Esto tendría que resultar trivial, por lo demás, para cualquier defensor de la teoría de los elementos negativos del tipo.

⁷¹ Kindhäuser (nota 6), pp. 111 ss.; Vogel (nota 8), p. 72. Coincidentemente Moore (nota 66), pp. 65 ss.

⁷² Así Moore (nota 66), p. 405.

el juego de lenguaje de la parte especial es prescriptivo, el de la parte general es adscriptivo.⁷³ Y de esto resulta, finalmente, que cada una de las dos partes es estrictamente irreducible a la otra.

⁷³ Vogel (nota 8), p. 303. Véase también Hruschka, *Strafrecht* (nota 43), pp. 425 s.

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ AUSTIN, J.L.: *How to Do Things with Words*, Harvard University Press, Cambridge, 1962, 1975.
- ❖ Binding, Karl: *Die Normen und ihre Übertretung I*, Scientia Verlag, Aalen, 1965.
_____*Handbuch des Strafrechts*, Scientia Verlag, Aalen, 1991.
- ❖ BRANDON, Robert: *Expressive Vernunft*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 2001.
- ❖ BURKHARDT, Björn: “Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung – Zugleich ein Beitrag wider die ‘Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven’”, en Wolter y Freund (coord.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, C.F. Müller, Heidelberg, 1996.
- ❖ BUSTOS, Juan: *Introducción al Derecho Penal*, Ed. Conosur, Santiago, 1989.
- ❖ DAVIDSON, Donald: *Probleme der Rationalität*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 2006.
- ❖ DUFF, R.A.: “Acting, Trying, and Criminal Liability”, en Shute, Gardner y Horder (coord.), *Action and Value in Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford, 1993.
- ❖ FINCKE, Martin: *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, Schweitzer Verlag, Berlin, 1975.
- ❖ FLETCHER, George: *The Grammar of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- ❖ FREUND, Georg: *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, Carl Heymann, Colonia, 1992.
_____*Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin, 1998.
- ❖ FRISCH, Wolfgang: *Vorsatz und Risiko*, Carl Heymann, Colonia, 1983.
_____*Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C.F. Müller, Heidelberg, 1988.
- ❖ Günther, Klaus: “Individuelle Zurechnung im demokratischen Verfassungsstaat”, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 2 (1994).
_____*Schuld und Kommunikative Freiheit*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M., 2005.
- ❖ HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.
_____*Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983.
- ❖ HEGEL, G.W.F.: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1986.
- ❖ HORN, Eckhard: *Konkrete Gefährungsdelikte*, Dr. Otto Schmidt Verlag, Colonia, 1973.
- ❖ HRUSCHKA, Joachim: *Strukturen der Zurechnung*, Walter de Gruyter, Berlin, 1976.
_____*Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Walter de Gruyter, Berlin, 1988.
_____*“Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln”*, *Rechtstheorie* 22 (1991)
- ❖ JAKOBS, Günther: “Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem”, en Stratenwerth et al (coord.), *Festschrift für Hans Welzel*, Walter de Gruyter, Berlin, 1974.
_____*Strafrecht Allgemeiner Teil*, Walter de Gruyter, Berlin, 1991.
- ❖ KAUFMANN, Armin: *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Otto Schwarz, Gotinga, 1954
- ❖ KINDHÄUSER, Urs: *Intentionale Handlung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1980.
_____*Gefährdung als Straftat*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M., 1989.
_____*“Der subjektive Tatbestand im Verbrechenbau. Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung”*, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* 2007.
_____*Neumann, Ulfried y Paeffgen, Hans-Ullrich (coord.), Nomos Kommentar zum Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2005.
- ❖ KRIPKE, Saul: *Wittgenstein über Regeln und Privatsprache*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1897.
- ❖ KÜPER, Wilfried: “Vorsatz und Risiko – Zur Monographie von Wolfgang Frisch”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* 1987
- ❖ MAÑALICH, Juan Pablo: “La pena como retribución”, *Estudios Públicos* 108 (2007)
- ❖ MIR PUIG, Santiago: “Norm, Bewertung und Tatbestandsunwert”, en Putzke et al (coord.), *Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*, C.F. Müller, Heidelberg, 2008.

- ❖ MOORE, Michael: *Placing Blame*, Clarendon Press, Oxford, 1997.
- ❖ MURMANN, Uwe: “Zur Berücksichtigung besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten und Absichten bei der Verhaltensnormkonturierung“, en Putzke et al (coord.), *Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*, C.F. Müller, Heidelberg, 2008.
- ❖ RAZ, Joseph: *The Concept of a Legal System*, Clarendon Press, Oxford, 1970.
_____*Praktische Gründe und Normen*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 2006.
- ❖ RENZIKOWSKI, Joachim: “Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie“, en Dölling y Erb (coord.), *Festschrift für Karl Heinz Gössel*, C.F. Müller, Heidelberg, 2002.
- ❖ RUDOLPH, Tobias: *Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín, 2006.
- ❖ SANCINETTI, Marcelo: *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt von Versuch*, Carl Heymann, Colonia, 1995.
- ❖ SEARLE, John: *Die Konstruktion der gesellschaftlichen Wirklichkeit*, Rowohlt, Hamburgo, 1977.
_____*Sprechakte*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1983.
- ❖ TIEDEMANN, Klaus: “Zum Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts“, en Arzt et al (coord.), *Festschrift für Jürgen Baumann*, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1992.
- ❖ TOEPEL, Friedrich: *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Duncker & Humblot, Berlín, 1992.
- ❖ Vogel, Joachim: *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlín, 1993.
- ❖ v. WRIGHT, G.H.: *Erklären und Verstehen*, Athennäum Fischer, Frankfurt a.M., 1974.
_____*Handlung, Norm und Intention*, Walter de Gruyter, Berlín, 1977.
_____*Norm und Handlung*, Scriptor, Königstein, 1979.
- ❖ WEINBERGER, Otta: *Studien zur Normlogik und Rechtsinformatik*, Schweitzer Verlag, Berlín, 1974.
- ❖ WITTGENSTEIN, Ludwig: *Philosophische Untersuchungen*, Werksausgabe, tomo 1, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1984.
_____*Philosophische Grammatik*, Werksausgabe, tomo 4, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1984.
- ❖ ZIELINSKI, Diethart: *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, Duncker & Humblot, Berlín, 1973.