

Presupuestos metódicos del concepto de culpabilidad: Sobre las concepciones «normativas» en Derecho penal⁽¹⁾

SALVATORE MESSINA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Perusa

Traducción directa del italiano por

ANGEL TORIO

Profesor Encargado de la Cátedra de Derecho penal
de la Universidad de Valladolid

I. PRESUPUESTOS METÓDICOS DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

El problema de la culpabilidad ha llegado a ser el capítulo fundamental de la parte general del Derecho penal. En torno a su solución se hacen gravitar los demás problemas, como el de la definición de la antijuricidad objetiva, el de la definición jurídica de la personalidad del delincuente y el de la función de la pena.

Un problema de tan largo alcance no puede ser siquiera examinado superficialmente en una breve conversación. Nos hemos propuesto por ello una tarea limitada: la de aclarar algunos puntos que son los supuestos metódicos para la solución del problema de la definición de la culpabilidad.

Es de sobra sabido que el terreno aparece dividido al respecto entre dos concepciones fundamentales: la teoría psicológica y la teoría normativa de la culpabilidad.

Según la primera, la culpabilidad es una relación que media entre la psique del sujeto y el hecho realizado. Conforme a la segunda, es un juicio desfavorable que concierne a la actitud psíquica del agente.

Entre los partidarios de la concepción psicológica de la culpabilidad, la teoría normativa aparece negada a causa de que el juicio desfavorable sobre la voluntad del autor del delito se hace coincidir con el juicio de desaprobación que se refiere a la conducta en cuanto contraria a la norma, al precepto jurídico. Este

(1) Conferencias pronunciadas por el autor en la Cátedra de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid. (Curso 1954-1955.)

juicio de desaprobación no se distinguiría en tal caso de la anti-juricidad.

Pero la distinción puede y debe poderse hacer en base a la distinción del objeto de la valoración. La ilicitud es un concepto unitario que se refiere a todo el delito; más aún, que equivale a todo el delito, por ser la valoración que absorbe toda la esencia del delito.

Distinguiéndose en el delito un aspecto objetivo y uno subjetivo, un elemento material y otro psíquico, en la ilicitud también pueden distinguirse conceptualmente un aspecto objetivo y otro subjetivo. En tanto que el aspecto objetivo de la ilicitud se refiere al «hecho» y puede denominarse por ello anti-juricidad objetiva, el aspecto subjetivo se refiere a la voluntad, y se puede denominar aspecto subjetivo de la ilicitud o elemento normativo de la culpabilidad. Sabemos que cuando se habla de elemento normativo se intenta hacer referencia a la valoración legislativa; pues bien, esta valoración concierne indudablemente en nuestro caso a la voluntad.

He aquí por qué nos comprendemos entre quienes han escogido la terminología de Antolisei, quien habla de «voluntad culpable». En esta expresión se capta finamente la distinción entre la voluntad, que es lo valorado, y el adjetivo «culpable», que afecta al carácter de la voluntad como cualificación que la valoración jurídica la atribuye.

Con esta terminología se establece también que la voluntad es el común denominador del dolo y de la culpa, puesto que la voluntad es, en general, la actitud psíquica del agente durante el delito; esta actitud psíquica, diversa para cada delito y para cada tipo de delito, es, por la diversidad, valorada de forma distinta por el legislador, nombrándose algunas veces como dolo, otras como culpa y otras para preterintencionalidad.

La concepción normativa significó un giro decisivo en el estudio del elemento psíquico del delito, y ello desde dos puntos de vista vinculados entre sí: desde el punto de vista metodológico destaca la concepción normativa que el estudio de dicho elemento se reconduce totalmente a la valoración legislativa más que a la construcción naturalística. Ello no se debe a que el elemento naturalístico psicológico sea perdido de vista, puesto que al contrario, adquiere una concreción jurídica debido a que el dolo y la culpa no son ya abstractas construcciones en referencia a elementos naturalísticos, sino que son referidos a la valoración de la norma.

La precisión del método técnico-jurídico debía necesariamente conducir por este camino. Pero queda todavía por destacar que la referencia a la valoración permite contemplar también el contenido de tal valoración, contenido que constituye las reglas que hacen de la culpabilidad un disvalor.

Ello se pone también de manifiesto si se considera que existe

una correspondencia entre el elemento normativo de la culpabilidad y la antijuricidad objetiva.

Hemos insistido siempre sobre la importancia de una clara sistemática del delito, sistemática planteada sobre la distinción entre aspecto subjetivo del delito, por una parte, y valoración y objeto de la valoración por otro lado. El elemento normativo no debe entenderse, por ello, como algo que sea sucesivo a la antijuricidad. Según hemos dicho, no es el mismo, sino el aspecto subjetivo de la ilicitud considerada como valoración.

Lo mismo que es posible la antijuricidad en su contenido, también debe ser posible estudiar en su contenido la culpabilidad: un contenido normativo, es decir, las reglas de la valoración jurídica.

Tampoco debe olvidarse que el problema relativo al estudio del contenido de la culpabilidad no es totalmente nuevo: la concepción caracteriológica de la culpabilidad significó también un intento de investigar dicho contenido. Para tal concepción, que hunde sus raíces en las enseñanzas de la Escuela Positiva Criminológica Italiana, y que ha tenido en Alemania autorizados representantes, de entre los cuales hay que destacar a Liszt, el delito es una manifestación que permite remontarse al carácter antisocial del autor.

Se ha intentado así proporcionar a la culpabilidad un contenido en el que se inserta una parte del juicio sobre la personalidad del agente. El carácter del reo se deduce, indudablemente, también del delito, pero no sólo de él: el carácter del reo no pertenece a la teoría de la culpabilidad, que es un elemento del delito, sino que pertenece al estudio de la personalidad del autor y por ello, a nuestro entender, de manera exclusiva a la teoría del reo. Por otro lado, la teoría del reo no se agota en el estudio del carácter, que es solamente un elemento de la personalidad.

Considero que el mayor mérito de la doctrina normativa de la culpabilidad haya sido realmente el de permitir una indagación sustancial o de contenido.

Esta indagación contenutista no ha sido conducida siempre, sin embargo, con una gran profundidad. Se ha hablado de actitud contrario al deber, y otras veces, de reprochabilidad: si con estos términos se hace referencia a la mera contradicción a la norma, no nos distanciamos mucho de un punto de vista formal, permaneciendo en una referencia pura y simple a la expresión formal o externa del Derecho. A pesar de ello, las doctrinas relativas a la actitud contrario al deber y a la culpabilidad dan indicado el buen camino a seguir, puesto que ahora se pretende investigar cuál sea el profundo fundamento de esta contradicción al deber contenido en la norma jurídica.

Respecto a la culpabilidad han hablado otros de «defectuosi-

dad psíquica»: es ésta la teoría mantenida por Grispigni. En ella la investigación cobra ulteriormente un profundo carácter.

Nosotros no podemos acoger la crítica que le ha sido dirigida de que «la afirmación de tal defectuosidad psíquica es una noción meramente naturalística» y que la teoría representa, por ello, un retorno al naturalismo.

Es lo cierto que en el juicio de culpabilidad existe constantemente una referencia a las reglas que surgen del estudio de la realidad, con referencia al hombre medio, a la generalidad de los hombres. Bastaría tal consideración para convencernos de que el camino recorrido por Grispigni es el realmente correcto.

La defectuosidad psíquica equivale a una separación de la manera de comportarse del hombre medio: es un concepto meramente psicológico, que no se halla ligado necesariamente a anomalías constitucionales.

La «defectuosidad psíquica» es una noción puramente psicológica que no toca para nada el problema de la libertad del querer, sino que pretende vincularse al *por qué* de un determinado modo de obrar.

Es un concepto que permite profundizar en el estudio de la culpabilidad, la causa de que el reo, ante la amenaza de la pena, más aún, no obstante esta amenaza, se haya comportado de aquella determinada manera. Es una noción que tiende un puente entre la psicología y el Derecho.

Aunque Grispigni no acogiese la concepción normativa de la culpabilidad, su teoría puede ser plenamente utilizada en el ámbito de ésta, en cuanto justamente con la noción de defectuosidad psíquica, ha proporcionado un instrumento muy idóneo para indagar el contenido de la valoración legislativa.

Resulta útil realizar una confrontación entre la noción desarrollada por Grispigni y la noción de «no exigibilidad», desarrollada por la más acreditada de las teorías que se mueven en el ámbito de la concepción normativa. Entiendo que existe una estrecha semejanza entre la teoría de Grispigni y la teoría de la «no exigibilidad». Si el concepto de la «no exigibilidad» debiera construirse sobre la simple referencia a la regla jurídica expresa, decir que un determinado comportamiento no sea exigible, sólo significaría afirmar que el mismo no se encuentra prohibido por el Derecho penal.

Si dicho concepto no quiere ser una repetición del de ilicitud o actitud contrario al deber, debe de ser referido no sólo a las reglas jurídicas expresas, sino también a las que derivan de la naturaleza propia del hombre y, por ello, en relación a la moral media. Por este camino se retorna a la misma raíz en la que se engarza el concepto de defectuosidad psíquica: en ambos casos existe una referencia a un tipo de hombre medio.

Debe reconocerse, además, que la teoría normativa, con la construcción de las causas de «no exigibilidad», ha contraído el

mérito—más bien crítico que dogmático—de haber demostrado la insuficiencia de la actual legislación en la disciplina de las causas subjetivas de exclusión del delito: más propiamente, de haber sentido la necesidad de realizar una investigación más profunda de la actitud psíquica y de las condiciones en que el autor se ha determinado por tal actitud para la determinación de la punibilidad.

Es cierto que con la teoría normativa de la «no exigibilidad» se corre el riesgo de abrir una brecha demasiado amplia en el ordenamiento jurídico, sobre todo cuando se llegue a la conclusión—como generalmente sostienen los partidarios de la teoría—de que las causas de «no exigibilidad» puedan ser también supraleales, brecha ésta que sería la negación de la legalidad y, por tanto, de la misma concepción normativa de que tales autores parten.

Estas breves consideraciones no pretenden tener el valor de una crítica absoluta a tales teorías. Nosotros pretendemos tan sólo recordarlas fugazmente, con las reservas mencionadas, para confirmar que nos encontramos de frente a amplias tendencias orientadas a captar y a poner de manifiesto el contenido de las valoraciones inmanentes en el concepto de culpabilidad.

Es preciso realizar todavía una ulterior precisión: la concepción normativa representa, a nuestro entender, un progreso respecto a la concepción psicológica, puesto que siempre es un progreso el enriquecimiento de los conceptos. Pero tal enriquecimiento debe ser realizado en profundidad, no en extensión. Es un progreso hacer explícito lo que se encuentra implícito en las nociones de dolo y de culpa, pero no lo es añadir otros elementos sustrayéndoles a otras partes del Derecho penal a fin de hipertrofiar el concepto.

También éste es un problema fundamental para aclarar el verdadero carácter normativo de la culpabilidad.

En nexos psíquicos ha de continuar siendo el objeto de la valoración de culpabilidad. No es útil, más aún, es erróneo multiplicar los elementos sobre los que la valoración recae. El juicio de culpabilidad—repetimos—converge sobre el solo elemento psíquico y no sobre otros elementos.

Bettiol escribe, por el contrario, que el ligamen psicológico «es solamente un elemento que, en unión con otros, debe el juez establecer para ver si puede dirigirse a un individuo un reproche por el hecho». Pero, a nuestro entender, tales elementos se encuentran en un plano distinto que el nexo psicológico. Tales elementos influirán sobre la valoración de ilicitud, pero por ser extraños al nexo psicológico no son elementos de la definición de la culpabilidad.

De manera más particular debe plantearse el problema de aclarar y delimitar el objeto sobre el que recae el juicio de cul-

pabilidad. Más particularmente todavía: debemos preguntarnos si el objeto de la apreciación que se denomina imputabilidad o el objeto de la valoración que se define como capacidad para delinquir son también objetos de la apreciación que se define como culpabilidad. A primera vista parece fácil observar que este último juicio—el de culpabilidad—recae sobre un hecho psíquico, mientras que los otros recaen sobre el autor de este hecho psíquico.

Imputabilidad y capacidad para delinquir—esto es, peligrosidad en orden a la medida de la pena—son efectivamente juicios, valoraciones, pero no sólo no afectan al nexó psíquico, sino que son valoraciones que se encuentran realmente al margen del delito.

Que ello sea verdad respecto a la capacidad para delinquir, difícilmente puede ponerse en duda, puesto que este juicio se funda sobre los antecedentes del reo y, con base en el artículo 133 del Código italiano, sobre los antecedentes familiares y la conducta observada con posterioridad al delito.

No es necesario aclarar que cuando hablamos de capacidad para delinquir nos referimos a lo que la terminología española designa comúnmente con la palabra peligrosidad, pero con referencia a la medida de la pena y no a las medidas de seguridad.

A nuestro entender, tampoco puede ser puesto en duda que la imputabilidad, noción vinculada al modo de ser del autor, se refiere a los elementos que están al margen de la estructura del delito: se refiere efectivamente a la capacidad de entender y querer en el momento del delito, pero de todas formas debe ser considerada como un concepto abstracto y por ello separado de la efectiva volición que constituye el verdadero objeto de la culpabilidad.

Quienes hacen de la imputabilidad un presupuesto del delito son más lógicos y coherentes, pero nosotros estamos convencidos de que la imputabilidad y la capacidad para delinquir y, en general, la peligrosidad social, son primordialmente capítulos de la teoría del reo, y no tienen relación con la teoría del delito. Se trata de un grupo de nociones que conciernen a la valoración de la personalidad del delincuente y no de presupuestos del delito ni de elementos de la culpabilidad.

También respecto a cuanto sostiene algún autor vinculado a la concepción finalista de la acción, a la que el profesor Rodríguez Muñoz y el profesor Del Rosal han dedicado en España tan admirables páginas, debe reafirmarse más que a la proyección de la voluntad hacia el hecho realizado.

Para quien sostenga que el fin de la conducta se refiere a la conducta misma, esto es, al hecho, para quien transporte el fin al aspecto objetivo del delito, la culpabilidad pierde este elemento, pero contemporáneamente pierde todos los elementos de la concreta volición, por la íntima conexión entre voluntad y

fin que la anima. La culpabilidad, por el contrario, se transforma en un juicio sobre el modo de ser de la persona en el momento del hecho.

A nuestro entender, en la distinción entre teoría del reo y teoría del delito, como en la exacta enseñanza de Crispigni, la valoración de la subjetividad, desconectada del hecho o de la efectiva voluntad que liga el hecho con la psique del sujeto, interesa también al Derecho penal, pero como valoración de la personalidad del reo, no como culpabilidad, ya que con este término se entiende, por definición, el aspecto subjetivo del delito.

La teoría finalista de la acción ha contraído el mérito de poner el relieve que todo el delito, no sólo la voluntad, no puede entenderse si se separa del fin a que se orienta. La importancia dada a este fin no puede empujarnos, sin embargo, a considerar como elemento del aspecto objetivo del delito, como elemento de la conducta, un elemento tan precisamente subjetivo como es el fin. Sin embargo, el fin expresa el ligamen de la acción con la voluntad, en la unidad del nexo psicológico y en la unidad del concepto de voluntad en sentido amplio (en la que vienen comprendidas la voluntad en sentido estricto, la conciencia de los propios actos, la intención, el fin y los motivos).

La vinculación entre el fin y el aspecto objetivo resulta evidente si se considera que el fin no es más que la representación que efectúa el agente de las consecuencias de su propia conducta. Realmente, intención, fin, motivo, son el mismo elemento psicológico en su totalidad, son una misma cosa con él: se distinguen tan sólo por la diversa importancia que otorga el legislador a tal representación, y es esencial destacar que dicha importancia es distinta según que se asigne al objeto de la representación (existencia o no de un resultado).

Nosotros hablamos de intención si se trata de la representación del resultado; hablamos en fin si se trata del dolo específico: en ambos casos cuando se trata de un elemento esencial del delito. Decimos motivo si se trata de un elemento accidental del delito.

Elevar esta única realidad psicológica, diversamente considerada por el legislador, a un elemento del aspecto objetivo del delito, a un elemento que se halla fuera de la culpabilidad, no es conveniente para la claridad de la sistemática del delito.

Esta sistemática debe establecerse en términos claros, como correspondencia entre el carácter subjetivo del objeto de la valoración y el carácter subjetivo de la valoración; todo lo que, aun con relevancia para el Derecho penal, no se comprende en aquel fragmento de realidad que es el delito (el delito como un trozo de realidad determinado en el tiempo y en el espacio) deberá ser tomado en consideración por el Derecho, pero como base para la reconstrucción de la personalidad del delincuente y, haciendo referencia, por ello, a la teoría del reo.

La base para reconstruir el concepto de culpabilidad es sólo y exclusivamente la actitud psíquica del autor en el momento del hecho.

Tampoco puede ser objeto del juicio de culpabilidad la conciencia de la propia culpabilidad: requerir la conciencia de la culpabilidad o la conciencia de la antijuridicidad es un absurdo metódico. Es un absurdo porque la conciencia de la culpabilidad sería así un juicio del agente sobre el juicio del legislador: se crearía un círculo vicioso en virtud del cual el juicio del legislador se encontraría subordinado al juicio del agente, en cuanto que el autor debería representarse la valoración del legislador.

El juicio de culpabilidad no puede subordinarse a elementos de conocimiento del juicio mismo. La culpabilidad es un aspecto, un momento del juicio de ilicitud que recae sobre todo el delito; es el reflejo valorativo del precepto a que se ha desobedecido.

El precepto jurídico se encuentra entre los que requieren una obediencia immotivada. «La norma jurídica—escribe Maggiore—no pretende convencer, persuadir, orientar, dirigiéndose hacia la razón, sino que exige un comportamiento de conformidad con ella».

El juicio de culpabilidad se halla objetivado en la mente del legislador sin que se encuentre en dependencia del juicio del agente mismo. Solamente deseo añadir que el criterio de objetivación de dicho juicio viene dado por una referencia a la generalidad de los hombres, a las valoraciones sociales medias, referencia que se actúa por el legislador a través de las normas mismas, cuando no se realiza por el juez en el momento de aplicación del Derecho ejercitando la potestad discrecional.

Por otra parte, la negación de que sea necesaria la conciencia de la antijuridicidad para la existencia de la culpabilidad bajo la forma de dolo, es paralela a cuanto sucede respecto a la culpa, en la que se castiga por haber producido una consecuencia no querida: realmente, en la culpa no se castiga porque el agente haya querido.

El ligamento espiritual que vincula al autor con el hecho en el delito culposo no es un ligamen que se agote en un simple acto de voluntad. Por el contrario, aun debiendo ser querido el hecho culposo, la esencia de la culpa se halla sin embargo fuera de la voluntad, teniendo por ello un fundamento distinto de la libertad del querer. La libertad, efectivamente, sólo puede manifestarse en la voluntad, no fuera de ella.

He aquí cómo converge el problema de la función retributiva de la pena con el problema de la culpabilidad.

Quien quisiera detenerse en una concepción meramente retributiva de la pena no podría comprender cómo es posible retribuir penalmente una conducta porque haya producido o causado un resultado no querido.

Desde este punto de vista se encuentra un fundamento de verdad en la teoría según la cual el hecho culposo debería quedar

fuera del Derecho penal. Pero también es éste el fundamento de la teoría según la cual el delito culposo debería considerarse como un delito constituido esencialmente por una conducta voluntaria en el que nosotros llamamos resultado sería una condición objetiva de punibilidad.

Tampoco compartimos esta última tesis, pero debemos reconocer que con ella se salva la función retributiva de la pena respecto al delito culposo, puesto que haciendo del resultado una mera condición objetiva de punibilidad, la retribución se refiere a la conducta peligrosa que aparece querida.

Sabemos, sin embargo, que la esencia de la culpa no consiste en el querer, sino en la negligencia, en la imprudencia, en la impericia, o, en definitiva, en un defecto de atención: este defecto de atención tiene su fundamento no en un acto de voluntad, sino más bien en una incapacidad del sujeto para prestar la atención debida. Si nos debiéramos situar en la perspectiva de esta incapacidad saldríamos de la teoría del delito para penetrar en la teoría del reo.

A nuestro parecer, la culpa se debe continuar considerando como una forma de la culpabilidad, pero el fundamento del reproche que se dirige al autor del hecho culposo se halla en no haber prestado una mayor atención. El reproche se realiza partiendo del supuesto de que si el agente hubiera actuado o desenvuelto una mayor energía psíquica habría podido ser más atento. Más allá de este supuesto no existe fundamento para el castigo de la culpa.

En tal caso resulta necesario realizar aún alguna precisión sobre la función retributiva del Derecho, a fin de iluminar esta vinculación entre retribución y culpa.

La culpa posee por contenido un error debido a un defecto de atención (dentro de este error comprendemos sintéticamente no sólo los supuestos de negligencia, sino también los de imprudencia, impericia e inobservancia de leyes y reglamentos). La atención es convergencia de la psique hacia un objeto; no es voluntad, sino un movimiento de la psique; es un especial actuarse de la psique en una determinada situación de hecho.

La atención no concierne a la teoría del reo por hacer referencia a una determinada conducta; no es voluntad, pero es un especial nexo psíquico.

El concepto penal de retribución, volviendo al problema que estamos tratando, no puede ser entendido estrictamente como retribución moral, sino que debe extenderse hacia la más amplia noción de retribución jurídica.

No se retribuye solamente el haber o no haber querido, sino también un movimiento psíquico aunque no sea propiamente voluntad.

Para concluir, nos parece que puede afirmarse que la concepción normativa de la culpabilidad es una noción que hace re-

ferencia al método de estudio, pero sin que se trasciendan o superen con ella los límites tradicionales del elemento psíquico y, sobre todo, no debe considerarse como un pasaporte para insertar en el ordenamiento jurídico penal elementos extrajurídicos o elementos ilógicos en el campo del Derecho.

La concepción normativa de la culpabilidad debe ser purificada de tales elementos heterogéneos, a fin de que pueda llegar a ser una concepción meramente normativa.

II. SOBRE LAS CONCEPCIONES «NORMATIVAS» EN DERECHO PENAL

En los últimos decenios, el término «normativo» ha servido muy frecuentemente para designar algunas teorías, algunas concepciones, algunas actitudes de estudio en el Derecho penal.

Desde que la ciencia jurídicopenal se ha orientado hacia un riguroso tecnicismo, desde Rocco en adelante, se ha producido un florecimiento de teorías y, consecuentemente, una multiplicación de los conceptos; pero el predominio del conceptualismo ha hecho que los estudios se deslizaran, algunas veces, hacia las definiciones. Posteriormente, como reacción frente al conceptualismo, se ha producido un florecimiento de teorías orientadas a expresar el contenido de las valoraciones jurídicas. De esta progresión han surgido las concepciones calificadas como normativas.

No resulta fácil captar inmediatamente el significado de la expresión «normativo». Por el contrario, se observa con frecuencia una cierta variedad de significados, la cual hace evidente una complejidad del pensamiento del autor que utiliza dicho adjetivo. La aclaración del mencionado término se hace indispensable, sobre todo porque las soluciones de los problemas de dogmática jurídicopenal dependen a menudo del uso que se haga del término mismo. Esto es, las individuales teorías normativas pueden aceptarse o rechazarse según el significado que a la palabra se atribuya.

Normativo deriva de *norma*, expresando, por lo tanto, una referencia a la norma jurídica. Por ello, el adjetivo sólo podría ser utilizado, como es natural, por quienes entienden que la misión exclusiva del jurista se desenvuelve con referencia a las normas de derecho positivo. En consecuencia, resultaría vano intentar encontrar el adjetivo, o por lo menos el uso del mismo, en el sentido indicado por nosotros, al margen de la dirección técnico-jurídica.

La expresión «normativo» sirve, en general, para designar un modo particular de orientarse en la definición y delimitación de los conceptos situándose en el punto de vista de la norma.

Ahora bien, el uso de este adjetivo ha hecho referencia en el seno de la misma dirección técnico-jurídica a particulares actitudes del pensamiento de distintos autores respecto a problemas individuales. Por ello, los juristas han usado con frecuencia la palabra

normativo respecto a una solución lógica del problema, más bien que con relación a una actitud metodológica de su investigación.

Es muy corriente hablar de resultado normativo o jurídico en contraposición a resultado natural; de culpabilidad normativa en contraposición a culpabilidad psicológica, de causalidad normativa, de concepción normativa de la omisión, de noción normativa de la discrecionalidad y aun de elementos normativos del delito y tipos normativos de autor. La calificación de normativo a todas las anteriores concepciones debe tener un carácter unitario: el atributo debe surgir de la aplicación de un único principio.

Cuando algunas veces se ha examinado este problema, se ha terminado por considerar que el adjetivo normativo fuese el fruto de aplicar «el normativismo» a cada particular concepción. Normativo sería así la expresión adjetivada del normativismo jurídico de que ha sido el más extremado mantenedor Kelsen. Los adversarios del «normativismo» no han tardado en rechazar las diversas concepciones normativas, y la imputación de formalismo, que se hacía a aquél ha intentado también encontrarse en éstas).

No nos parece que pueda existir una tal relación entre el carácter normativo de las distintas teorías y el normativismo jurídico.

En realidad, existe una fractura entre los significados del sustantivo y del adjetivo. Más aún, entiendo que en la lengua italiana no existe todavía el sustantivo del adjetivo normativo. El adjetivo correspondiente a normativismo sería más bien en la lengua italiana «normativístico»: en efecto, normativismo se contrapone a la más importante de las teorías contrarias a la concepción institucionalística del derecho. Así, el adjetivo institucionalístico tiene una clara correspondencia en normativístico.

Tampoco la palabra normatividad puede ser el sustantivo de normativo. Este término se encuentra a menudo, pero con referencia a los caracteres esenciales de la norma.

Para investigar el significado de la adjetivación normativa, en las teorías mencionadas, es por ello preciso no tener en cuenta las nociones de normativismo y normatividad, sino indagar cuál es el carácter común a las diversas concepciones con él calificadas. Es preciso, en otras palabras, hallar el carácter común que exprese la contraposición a las teorías opuestas.

A la concepción del resultado normativo o jurídico se contrapone la del resultado naturalístico; a la concepción de la culpabilidad normativa, la de la culpabilidad psicológica; a los tipos normativos del autor, los tipos criminológicos de delincuente, y así sucesivamente.

En principio parece que a las concepciones normativas se contraponen las naturalísticas. Así es, en efecto.

El real problema se desplaza hacia el de las relaciones entre el naturalismo y las concepciones normativas.

¿Expresa, quizá, esta contraposición, que las concepciones normativas designen alguna otra cosa distinta de lo que sucede en

la naturaleza? Entendemos que una forma de contraposición como la mencionada no puede considerarse verdadera. Nos parece que concebir alguna cosa normativamente, no significa concebir alguna cosa que no existe en la naturaleza. El legislador atiende a la realidad y, por ello, no puede existir una contradicción entre Naturaleza y Derecho.

La referencia o atención a la realidad es, por otra parte, una manifestación de la función práctica del derecho. La norma, en su función práctica pretende actuar sobre el espíritu de los destinatarios del precepto, prohibiendo las conductas que describe: la norma, por tanto, describe siempre conductas y lo hace a través de la designación de elementos que existen en la naturaleza, que por ello podemos denominar genéricamente como elementos de la realidad.

Verdaderamente, todas las concepciones normativas presentan un denominador común: la referencia a la valoración, como a un modo de delimitar y describir un elemento de la norma.

El adjetivo normativo pone de relieve que la precisión del concepto se alcanza solamente a través de una valoración, establecida por el legislador.

Por ello, las nociones normativas deben tener en su base, constantemente, fragmentos de la realidad. Se deriva de ello que una noción normativa, como valoración, no puede tener por objeto otra valoración, otra noción normativa. Más bien es verdad que entre las nociones normativas existe una coordinación, de manera que alguna de ellas puede representar un aspecto particular de una noción más vasta, supraordinada o jerárquicamente superior. Se encuentra un ejemplo en la relación existente entre los conceptos de culpa y culpabilidad normativa. Se ha considerado por algún autor que la culpabilidad normativa sea un juicio sobre la culpa y, además, sobre otros elementos. Pero entonces, puesto que la culpa es un concepto normativo, y entendiéndolo la culpabilidad como valoración o juicio, se desprende que ésta—la culpabilidad—sería valoración efectuada sobre un concepto normativo, o sea una valoración que recaería sobre otra valoración.

Otro ejemplo nos lo proporciona la correlación entre conducta, tipicidad y antijuricidad. Sobre las primeras dos nociones, sobre la conducta y la adecuación al tipo, se discute si se trata o no de conceptos normativos. Para quien admita dicho carácter respecto a ambas, puesto que con relación a la antijuricidad su naturaleza normativa no puede discutirse, se deriva la siguiente relación: que la acción delictiva se resuelve en una valoración, la conformidad al tipo en una valoración de la acción y la antijuricidad en una valoración de la conducta típica: esto es, en una valoración de la valoración.

Estas consecuencias sistemáticas deben ser rechazadas, puesto que, por el contrario, la valoración que es preciso estudiar es úni-

ca: aquella que constituye la esencia del delito que se encuentra contenida en la norma.

La relación entre valoración y realidad es una vinculación directa; en cuanto la valoración, repetimos, es un modo de expresar fragmentos de realidad.

De esta vinculación directa se desprende primordialmente que entre la realidad designada por la norma y el concepto normativo no puede existir una distinta extensión.

Es conveniente referirse, por ejemplo, a la teoría del resultado normativo o jurídico.

Según algunos, dicho resultado normativo se contrapone al resultado natural: se sostiene que puede existir un resultado normativo sin que exista un resultado natural, como si el primero pudiera tener una vida independiente del segundo.

El delito, sin embargo, no posee dos resultados distintos. El resultado, como elemento estructural del delito es único, sin que pueda existir una contraposición entre un resultado y otro. Al contrario, debe tratarse de una distinta manera de contemplar un único resultado, bien en la situación material de hecho o en su valoración. En consecuencia, el resultado natural y el jurídico deben tener la misma extensión.

A fin de poder resolver el problema del resultado, se deduce de las anteriores consideraciones: *a)* que el resultado normativo no debe concebirse como la valoración de ilicitud que impregna a todo el delito; sino más bien como la valoración que recae sobre la situación que es consecuencia o efecto de la conducta, es decir, la valoración referida al resultado natural; *b)* que cuando se sostiene que todos los delitos poseen un resultado, debe demostrarse la existencia, no sólo del resultado normativo, sino primeramente del sustrato correspondiente, es decir, del resultado natural, de la situación de hecho que es efecto de la conducta.

Entiendo que esta demostración puede ser realizada satisfactoriamente: todos los delitos poseen un resultado, aun cuando esta consecuencia sea designada a través de una simple valoración jurídica.

En otra ocasión he examinado el resultado en los delitos contra el honor, llegando a la conclusión de que el resultado normativo es la puesta en peligro del honor, mientras que el sustrato naturalístico consiste en la percepción de la conducta ofensiva (expresiones, gestos, escritos, etc).

A nuestros fines, nos basta con destacar a efecto de definir el sentido de las concepciones normativas, que debe existir una total correspondencia entre la valoración y lo valorado, entre definición normativa y definición naturalística.

Consideraciones parecidas sirven para comprender la concepción normativa de la omisión. Construir la omisión desde la perspectiva de la mera valoración, significaría construirla sobre la nada. La omisión es un concepto normativo porque surge de una

valoración efectuada con base en determinadas reglas: pero dicha valoración tiene como objeto la conducta o comportamiento del agente, diverso de aquel que se esperaba.

Con relación a los conceptos de dolo y culpa, las cosas suceden de igual manera. Como nociones normativas, dolo y culpa, son cualificaciones jurídicas, cualificaciones referentes a una determinada actitud anímica. Es decir, bajo la cualificación jurídica existe un elemento psíquico, aquel mismo elemento que según la teoría psicológica de la culpabilidad debiera agotar todo el contenido de esencia de ésta.

Ninguna cualificación jurídica existe sin alguna base natural en que se apoye, lo mismo que el color no existe sin las cosas coloreadas. La verdad es que los conceptos normativos no son más que fragmentos de la valoración legislativa que recae sobre todo lo que es tomado en consideración por el derecho (hecho o personalidad). En consecuencia, las distinciones que se realizan desde la perspectiva de la valoración no pueden más que recalcar las distinciones que se hacen del objeto de la valoración. Las apreciaciones se distinguen según el objeto sobre que versan.

La teoría de los elementos subjetivos de la antijuridicidad, según la cual la antijuridicidad objetiva está condicionada en algunos casos por elementos subjetivos, se funda a nuestro entender, sobre un equívoco sistemático y metodológico. Un ejemplo de estos elementos lo proporciona el dolo específico: si la acción no se realiza con un determinado fin, se sostiene, no existe la antijuridicidad de la conducta, es decir, falta alguna cosa al elemento objetivo del delito. Si se sustrae la cosa mueble ajena, pero sin ánimo de lucro, no existe el hurto a que se refieren el n.º 1.º del artículo 514 del Código español y el 524 del Código italiano. Según dicha teoría falta en el hurto su aspecto objetivo.

El problema, en sus aspectos sistemáticos y metodológicos, se plantea en estos términos: si la antijuridicidad objetiva puede encontrarse condicionada por elementos subjetivos; un problema que se halla vinculado íntimamente al otro en términos recíprocos: si la culpabilidad se encuentra condicionada por características subjetivas. A nuestro parecer, la ilicitud es un concepto unitario que impregna todo el delito; entonces la distinción entre aspecto objetivo y subjetivo de la ilicitud debe ser consecuencia de la distinción entre momento objetivo y momento subjetivo de lo valorado, es decir, del acontecimiento delictivo.

Es una «*contradictio in terminis*» decir que la culpabilidad hace referencia a elementos objetivos, porque, si por definición culpabilidad es la valoración del lado o aspecto subjetivo, esta valoración no puede referirse más que a elementos subjetivos:

Afirmando que si falta el ánimo de lucro desaparece el hurto, se dice una cosa que en sí es exacta, pero porque el hurto desaparece sea cualquiera el elemento que falte de frente a la previsión que

de él efectúa la ley. Desaparece el hurto no sólo si falta el dolo específico, sino también cuando falta el dolo genérico y aun cuando la sustracción de la cosa ajena se realiza culpablemente.

La base jurídica para la construcción del concepto de culpabilidad es sola y únicamente la actitud o disposición psíquica del autor en el momento del hecho.

La concepción normativa de la culpabilidad no debe ser entendida como una superestructura abstracta y arrancada de dicho sustrato psíquico, ni como una ampliación errónea de los elementos de la valoración, sino solamente como el modo apropiado para reconstruir la culpabilidad como concepto jurídico. En consecuencia, debe rechazarse que las diversas concepciones normativas quieran construir el elemento de la valoración como algo abstracto y separado de la realidad. Ciertamente, el adjetivo normativo en dichas teorías expresa la inserción del elemento en el seno de la valoración que es la esencia del delito.

Cuando, repitiendo la célebre expresión de Carrara: afirmamos que el delito es un ente jurídico, cuando con términos más modernos sostenemos que la esencia del delito es la ilicitud penal como valoración, cuando se pone en evidencia el carácter o la esencia normativa de cada elemento del delito, no se pretende construir una valoración independientemente de lo valorado. Una valoración aislada, sin alguna cosa en que apoyarse, es un absurdo que carece de sentido.

Es cierto, sin embargo, que la valoración absorbe, comprende lo valorado, pudiéndose por ello expresar unitariamente el todo con un solo término: así, cuando decimos delito, nos referimos al ente jurídico, es decir, a la valoración, en la que, sin embargo, comprendemos también con un único término el hecho que es como los franceses e italianos:

La doctrina alemana, con su tendencia a las abstracciones, ha hecho de cada concepción normativa algo que se encuentra por encima de toda realidad. Ya el hecho mismo de que dicha doctrina continúe ignorando absolutamente cuanto se estudia y elabora en otros países, conduce a la larga a un aislamiento que, sin duda, hemos tratado de evitar los juristas latinos, tanto los españoles como los franceses e italianos.

Al tratar de la cuestión de las valoraciones, la doctrina alemana se ha referido a ella como a algo que se halla en el exterior del hecho realizado; existiría una contraposición entre el hecho realizado y la valoración como acto del juez o como acto del legislador. En la doctrina italiana (en este momento me refiero primordialmente al pensamiento del ilustre y llorado Maestro Grispigni) aparece netamente destacada la distinción entre delito-hecho y delito-institución jurídica.

A nuestro entender, ello significa que la valoración en que consiste la ilicitud penal—el delito—es la valoración que se halla

contenida en la norma: nó la valoración prejurídica, ni una valoración como acto externo a la esencia del delito cometido, sino la valoración que constituye la esencia misma de la norma. Esta orientación metodológica en el estudio del delito es correlativa a la orientación metodológica en el estudio de la norma, que en su unitaria naturaleza y esencia puede ser contemplada desde un aspecto imperativo, desde un aspecto valorativo y desde un aspecto descriptivo.

Desde el aspecto imperativo, la norma es un precepto de hacer o no hacer. Desde el aspecto valorativo, es un juicio de ilicitud. Desde el aspecto descriptivo, es descripción de algo que aparece prohibido y, por ello, ilícito, es descripción que se resuelve en un tipo.

La tarea o actividad del jurista debe dirigirse a los tres aspectos mencionados: no se trata de excluir el aspecto descriptivo para estudiar la norma desde el aspecto valorativo o viceversa. Se trata, por el contrario, de considerar a los aspectos valorativo y descriptivo de la norma como dos facetas de una misma entidad; la norma, es descripción de lo que el legislador valora desfavorablemente y, por ello, castiga.

Estudiar la norma desde el aspecto imperativo equivale a reconocer que la misma es una entidad práctica. Estudiarla desde el aspecto descriptivo equivale a estudiarla como concepto, como tipo penal estudiarla; desde el aspecto valorativo equivale a estudiarla como designación de un valor, que sirva de medida para las valoraciones jurídicas.

Concepto y valor no poseen, por ello, una extensión diversa, puesto que el valor es el alma del concepto.

Esta relación entre aspecto descriptivo y aspecto imperativo se comprende considerando que, si la norma es voluntad (la del legislador) que se comunica a otra voluntad (la de los destinatarios de la norma), es necesario que sea expresada. Expresarse significa determinarse en un esquema, en una categoría que hable a la mente del destinatario antes que a la voluntad: la norma llega a la voluntad a través del intelecto. Esta vinculación entre intelecto y voluntad, entre intelectualismo y voluntarismo tiene resonancias que exceden el campo del derecho. Para nosotros es suficiente destacar que dicha vinculación repercuta en la correlación entre aspecto descriptivo y aspecto imperativo de la norma

Indudablemente, el concepto no posee de por sí color alguno. Expresa tan sólo una relación. Si la norma fuese solamente concepto no podría actuar sobre el espíritu humano, puesto que éste se orienta solamente por criterios de valor, mediante una elección de valores a los que adecúa la propia conducta. La norma, en consecuencia, es eficaz en cuanto expresa un valor. La tradicional divergencia de opiniones entre quienes sostenían *legem esse*

actum intellectum y quienes entendían *legem esse actum voluntatis*, se resuelve o compone actualmente en la concepción unitaria de la norma como juicio de valor que se expresa o manifiesta en un concepto y que posee el contenido de un precepto.

Las concepciones normativas que se contraponen a las demás teorías jurídicas manifiestan en su totalidad un aspecto particular de este modo de entender el ordenamiento jurídico. Conviene efectuar un breve examen de algunas de ellas para captar el significado de la cualificación de normativas.

La teoría que ofrece más claramente la relación entre aspecto descriptivo y aspecto valorativo de la norma es la de los elementos normativos del delito.

Se habla algunas veces de elementos normativos contraponiéndolos a los elementos de valor; en otras ocasiones, comprendiendo a éstos también. En el primer caso, se entiende por elementos normativos aquellos en que existe una remisión a la apreciación realizada por otra norma u otra rama del derecho —por ejemplo, la existencia del matrimonio civil en la bigamia o el adulterio, la ajenidad de la cosa en el hurto, etc—; en tal caso, elementos de valor son aquellos respecto a los cuales existe una remisión, no a una regla jurídica, sino a una regla extrajurídica, es decir, a un valor, como por ejemplo, el pudor, el honor, etcétera.

En el segundo sentido, que es el más usual, se entiende por elementos normativos todos aquellos respecto a los cuales el juez se ve obligado a efectuar una particular valoración en el momento de la aplicación de la norma. Así, cuando el legislador habla de riña, de seducción, de premeditación...

Sustancialmente, existe una dosis de indeterminación en los elementos de valor y en los elementos normativos, que debe ser colmada a través de la apreciación que ha de realizar el juez en el momento de aplicación de la norma. La calificación de normativos les viene dada a dichos elementos por la referencia a dicha valoración. De qué manera pueden insertarse en la estructura de la norma elementos con una dosis de indeterminación, es un punto que presenta grandes dificultades para ser resuelto.

En el delito de actos obscenos del código italiano—el que realice actos obscenos—, el legislador se limita a prohibir una conducta contraria al pudor. Es decir, designa solamente un fin, pero sin describir taxativamente la conducta que prohíbe. La determinación de la conducta obscena no puede hacerse de manera abstracta y general, sino que ha de determinarla el juez en presencia del caso concreto.

Debe observarse que un carácter taxativo no es esencial a la norma jurídica: también es norma el precepto de adecuar la propia conducta a un fin. Al respecto no puede objetarse que

la norma no es suficientemente conocida por el destinatario. La objeción no sería eficaz, porque es suficiente que la norma haya indicado al destinatario el fin a que debe conformarse su comportamiento. Puesto que la conciencia de la antijuridicidad no es un requisito del delito, carece de significación considerar el error del agente sobre la ilicitud de la propia conducta, siendo también válido este principio en los casos en que el error concierne a una apreciación de la conformidad con el fin.

El término elementos normativos no encuentra una contraposición en el término elementos naturalísticos o materiales; no puede existir una contraposición en el sentido mencionado porque el elemento normativo indica siempre un fragmento de naturaleza, de realidad. El elemento normativo es indeterminado, pero no se halla fuera de la realidad.

La discusión puede quizá plantearse denominando a los elementos del delito que no son normativos como elementos descriptivos. No a causa de que en unos exista una referencia a la norma y en los otros no, sino porque en los elementos descriptivos predomina el momento de la descripción y desde ésta se llega a la valoración, mientras que en los elementos normativos la descripción no es taxativa y, por ello, es de por sí insuficiente: predomina el momento de la apreciación de la valoración, mientras que la descripción tiene un carácter indeterminado.

Otra concepción que conviene examinar brevemente es la de los tipos normativos de autor. Se trata de esquemas que tienen su fundamento en valoraciones que en algunos aspectos determina el legislador, pero que en otros permanecen indeterminadas. Respecto a este último sector se requiere una apreciación por parte del juez.

El acercamiento de los dos términos, tipo y normativo, nos hace ver la vinculación entre la función descriptiva y valorativa de la norma. La palabra tipo se refiere, en este caso, a la descripción del autor del delito. Pero la personalidad del hombre no es apta para ser descrita en categorías definidas, como lo es el hecho: existe una tal variedad de personalidades que las categorías, aun con referencia a las valoraciones medias, dejan un amplísimo sector de indeterminación.

Hay que observar, además, que la distinción entre tipos normativos de autor y tipos naturalísticos de delincuente, a los que tan magistrales páginas ha dedicado el profesor Del Rosal en su conocida obra «La personalidad del delincuente en la técnica penal», no es una contraposición; existe una relación entre ambas categorías, puesto que el tipo normativo se construye a través de la apreciación del legislador y a través de la apreciación del juez, pero siempre con referencia a las reglas que la realidad de las cosas, la naturaleza del hombre y, por ello, las disciplinas criminológicas proporcionan.

Para concluir este breve examen, podemos afirmar que el grupo de las concepciones normativas es todo un sector en el que, a través del elemento de la valoración y de la estimación judicial, penetra en el Derecho penal la referencia a las reglas que la realidad de las cosas impone. Se trata de un capítulo que concurre a demostrar el predominio del realismo jurídico.