

REGLAS DE CONDUCTA Y NORMAS DE TRATAMIENTO

Algunas cuestiones merecedoras de reflexión respecto del papel del destinatario de la norma en Derecho penal*

PROF. DR. DRES. H.C. ALBIN ESER, M.C.J.

Director del Instituto Max Planck
de Derecho penal extranjero e internacional
Freiburg im Breisgau (Alemania)

La piedra de toque: el mensaje perturbador de la regulación de la interrupción del embarazo

Con alguna frecuencia, uno se encuentra con afirmaciones que no acaban de dejar de resultar perturbadoras cuantas veces se reflexiona sobre ellas. Esto es lo que a mí personalmente me sucede con un argumento con base en el cual se ha intentado explicar que para determinar

* El presente trabajo es la traducción española, realizada por *Manuel Cancio Meliá* (Universidad Autónoma de Madrid), del texto —sin modificaciones esenciales— de mi contribución «Verhaltensregeln und Behandlungsnormen. Bedenkliches zur Rolle des Normadressaten im Strafrecht» al libro en homenaje de *Theodor Lenckner*, cuya publicación (C. H. Beck, München, 1998) estuvo a mi cargo junto con *Ulrike SCHITTENHELM* y *Heribert SCHUMANN*. Como se pondrá de manifiesto en el curso del texto, *Theodor Lenckner* es uno de los relativamente pocos autores en materia de Derecho penal que se ha ocupado de modo destacado de la función de las normas. Por ello, se le dedican con ocasión de su 70.º cumpleaños algunas consideraciones al respecto, recordando al mismo tiempo, con gratitud los años pasados juntos en la Facultad de Derecho en Tübingen y el tiempo de trabajo conjunto, aún más largo, en el Comentario «Schönke/Schröder». Agradezco la valiosa colaboración de los señores *stud. iur. Thors-ten Bühl* y *Tobias Frische* en el trabajo bibliográfico y en la concepción de la presente contribución.

la fase inicial del embarazo exenta de punibilidad ya no habría que tomar como punto de referencia los primeros 13 días desde la concepción¹, sino, por el contrario, el hecho de que «el efecto (de la acción) se produzca antes de la anidación del óvulo fecundado en el útero»². Los que participaron en la exposición de motivos del legislador opinaron que el hecho de que esta nueva formulación (de carácter más material) resulte menos plástica para el lego que la limitación temporal anterior (más formal) puede ser asumido, al dirigirse el precepto en lo fundamental a los médicos³, como si la propia embarazada no tuviera derecho a averiguar mediante un sencillo cálculo, sin la consulta a un médico, hasta qué momento de evolución puede tomar lícitamente medidas contra la concepción.

Sin embargo, este tipo de paternalismo oculto en regulaciones específicas parece comparativamente inocuo si se le contrapone la maraña existente de diversas causas de fundamentación, de agravación y de exclusión de la pena, junto con normas complementarias de protección y de control y con plazos temporales divergentes, tal y como aparece ya como conjunto en la regulación de la interrupción del embarazo de 1974. Si esta mezcolanza de normas incluso para juristas resultaba difícilmente comprensible, ello es el caso en mayor medida para legos como las embarazadas, los médicos y los asesores, a los que —como se observa repetidamente en conferencias y cursos de formación— resulta imposible explicar ni los diversos presupuestos ni sus posibles consecuencias jurídicas⁴. Ya con la regulación vigente en aquel momento,

¹ Como se preveía en el § 218, párrafo primero, inciso 1.º StGB (*Strafgesetzbuch*, Código penal alemán, n. del t.), en la redacción dada por la 5.ª Ley de Reforma del Derecho penal, de 18.6.1974 (BGBl. [*Bundesgesetzblatt*, Boletín Federal Legislativo, n. del t.] I 1297).

² Así de acuerdo con el § 219 d StGB —que se corresponde con el actual § 218 párrafo 1.º inciso 2.º— en la redacción dada por la 15.ª Ley de Reforma del Derecho penal, de 21.5.1976 (BGBl. I 1213).

³ Cfr. las actas de la comisión especial del Parlamento federal para la reforma del Derecho penal, VII. Legislatura, 76.ª sesión, págs. 2433 y s., así como H. LAUFHÜTTE/P. WILKITZKI, «Zur Reform der Strafvorschriften über den Schwangerschaftsabbruch», *JZ* 1976, págs. 329-338 (330). Aunque este comentario se refiere más concretamente a médicos que prescriben medicamentos que impiden la anidación, ello no cambia en nada el hecho de que la renuncia a un plazo más formal respecto del único período de tiempo en el que la embarazada, bajo determinadas circunstancias, aún puede impedir la producción de la anidación sin ayuda médica disminuye precisamente para ella, en cuanto afectada principal, la claridad de la norma e incrementa su dependencia del médico. Cfr. sobre esto ya A. ESER, en: A. Schönke/H. Schröder, *StGB*, 19.ª ed., 1978, § 219d n.m. 2.

⁴ Respecto de los intentos de clarificar el conjunto de normas vigentes en aquel momento, *vid.* A. ESER, «Schwangerschaftsabbruch: der rechtliche Rahmen», en: A. ESER/H. A. HIRSCH (ed.), *Sterilisation und Schwangerschaftsabbruch*, 1980, págs. 105 y ss.

sin embargo, resultaba especialmente frustrante el intento de hacer ver al lego interesado en aprehender con claridad la situación jurídica el hecho de que el legislador, por un lado, quería limitar determinadas medidas acompañantes (como la devolución de gastos o la protección frente al despido) a los supuestos de la interrupción del embarazo «no antijurídica», pero, por otro lado, se negaba a poner en claro bajo qué presupuestos podía considerarse que concurría una interrupción del embarazo «no antijurídica», al caracterizar de modo global la interrupción del embarazo indicada conforme al § 218 a como «no punible»⁵.

Esta confusión acerca de qué es lo que una embarazada puede lícitamente hacer o incluso puede esperar o cuándo ella y el médico deben temer qué consecuencias jurídico-penales o desventajas de otra índole se ha potenciado aún más por la segunda sentencia en materia de interrupción del embarazo del Tribunal Constitucional Federal, al afirmarse que una interrupción del embarazo llevada a cabo después del correspondiente asesoramiento, pero sin que entrara dentro de las indicaciones, no es típica, pero sí sigue siendo antijurídica⁶. Pero ni siquiera esta afirmación ha de regir de modo general, ya que en determinados sectores del ordenamiento jurídico debe seguir existiendo la posibilidad de no tratar como injusto la interrupción antijurídica del embarazo⁷. Correspondientemente, se sostiene que queda excluida la legítima defensa⁸ en interés del feto —en contra de lo dispuesto en el § 32 StGB— incluso frente a un aborto antijurídico, del mismo modo que se dice que un contrato médico es válido —en contra de lo dispuesto en los §§ 134, 138 BGB*— a pesar de estar referido a la realización de una interrupción antijurídica del embarazo⁹. Por otro lado, además, el Estado, en contra de lo que cabría esperar para la evitación de hechos injustos, no está obligado a intervenir contra los abortos antijurídicos, sino que, a la inversa, está obligado a procurar la existencia de una oferta suficiente de centros médicos para la realización conforme a la *lex artis* de interrupciones del embarazo¹⁰. Además, deberán otorgarse a las

⁵ Sobre esta cuestión, que quedó sin resolver hasta la reforma de 1992/95 y fue acompañada de intensas discusiones en los tribunales y en la opinión pública, favoreciendo cualquier cosa menos una clara conciencia de la norma, *vid.* el estado de la discusión en ESER, en: *Schönke/Schröder*, 24.^a ed., 1991, § 218 n.m. 5 y ss.

⁶ BVerfGE 88, 203, 273 y ss.

⁷ BVerfGE 88, 203, 280.

⁸ BVerfGE 88, 203, 279.

* Estas disposiciones del Código civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*) se refieren a la nulidad, respectivamente, de contratos contrarios a una prohibición legal y con causa ilícita (n. del t.).

⁹ BVerfGE 88, págs. 203, 295.

¹⁰ BVerfGE 88, págs. 203, 328.

mujeres ayudas sociales incluso en el caso de un aborto antijurídico¹¹, conservándose el derecho al mantenimiento de sueldo¹². Si lo expuesto ya parece suficientemente contradictorio, la nueva regulación adoptada en 1995¹³, que transpone estos presupuestos establecidos por el Tribunal Constitucional Federal, ha aumentado aún más el grado de confusión existente en la regulación jurídica, pues no se ha incorporado a la actual regulación legal¹⁴ la norma contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal, de acuerdo con la cual incluso en el caso de una interrupción médica del embarazo en el plazo de 12 semanas y después de asesoramiento a la embarazada, «queda incólume el principio de la prohibición de la interrupción del embarazo»¹⁵.

Para que no se me malinterprete: en este contexto, no se trata de cuál de estas diversas posiciones es «adecuada» en su contenido de regulación o incluso «justa» o deseable político-criminalmente; por el contrario, de lo único que aquí se trata es de la cuestión de a quién se dirige el mensaje de la Ley en realidad y de si es que puede ser entendida por los destinatarios. ¿Es que se pretende sobre todo motivar a la embarazada y a los médicos a una determinada conducta? ¿Se pretende transmitir al colectivo un mensaje moral? ¿Se pretende que quienes aplican el Derecho tengan normas para el tratamiento de un caso concreto? ¿Se pretende abrir a la doctrina jurídica un campo para nuevas teorías? Sin querer anticiparme a las reflexiones a llevar a cabo más adelante, en todo caso parece claro que en un Estado democrático de Derecho cabrá esperar del legislador que al establecer normas jurídico-penales no sólo quiera otorgar a la clase jurídica un poder de persecución y de sanción, sino que el ciudadano afectado por normas jurídico-penales pueda saber con claridad qué es lo que lícitamente puede hacer y dejar de hacer en esa comunidad y cómo ha de comportarse para saber que actúa conforme al ordenamiento jurídico, sin tener que temer el reproche de haber actuado «de modo antijurídico». También quien aplica el Derecho debería poder extraer de la Ley cómo ha de valorarse la conducta que él debe enjuiciar o dirigir, del mismo modo que debe poder prever las consecuencias de su decisión.

¹¹ BVerfGE 88, págs. 203, 321 y s.

¹² BVerfGE 88, págs. 203, 322 y ss.

¹³ En la redacción dada por la Ley de modificación de las ayudas a embarazadas y a la familia de 21.8.1995 (BGBl. 1, 1050).

¹⁴ Sobre esta cuestión, así como respecto de otros detalles y contradicciones de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal y de la nueva regulación de 1995 *vid.* ESER, en: *Schönke/Schröder*, 25.^a edición, 1997, comentario previo al § 218, n.m. 6 y ss., así como § 218a n.m. 1 y ss., especialmente 17 y s.; además J. WOLTER, «Verfassungsrechtliche Strafrechts-, Unrechts- und Schuldausschließungsgründe», en: *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA) 143 (1996), págs. 207-232 (223 y s.).

¹⁵ Así la instrucción transitoria n.º II.2., inciso 2 BVerfGE 88, págs. 203, 210.

Si se contempla la actual regulación de la interrupción del embarazo desde la perspectiva de los posibles destinatarios de la norma, el mensaje de ésta es cualquier cosa menos claro y sin contradicciones. Articularé sólo algunas de las cuestiones a plantear al legislador en este ámbito de regulación: ¿cómo podrá hacerse entender a la embarazada y al médico que su interrupción sigue siendo «antijurídica» incluso aunque ambos hayan cumplido todos los presupuestos en cuanto a asesoramiento y plazos y hayan respetado, por lo demás, religiosamente todas las demás normas de control? ¿Cómo puede pretenderse que el médico entienda que el legislador le atribuya un papel completamente decisivo a la hora de hacer posible una interrupción impune del embarazo, pero que en el ejercicio de esa misión asignada por el legislador su conducta es, a pesar de ello, antijurídica, si bien se pretende que de ello no derive ninguna desventaja económica, considerándose por ello válido el contrato relativo a la interrupción (antijurídica) del embarazo? ¿Cómo ha de poder comprender un «protector de la vida» convencido, especialmente, cuando es el padre del feto afectado, que no tiene derecho a evitar una interrupción del embarazo considerada antijurídica? ¿Y cómo se pretende que resulten comprensibles todas estas construcciones jurídicas, si difícilmente pueden extraerse de modo directo de la Ley, sino que en el fondo sólo derivan de un «edificio del delito» teórico construido en los distintos planos de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, así como de las diversas causas de exención de pena —debiéndose añadir en el presente contexto, como factor que aún complica más la situación, que a pesar de que concurre un supuesto de exclusión del tipo, que por lo general (desde luego) excluye la antijuridicidad, se pretende que se mantenga la antijuridicidad, sin que este mensaje, esencial para una conducta leal al ordenamiento de la embarazada y del médico, se refleje en ningún sitio?

Sin embargo, tampoco los operadores jurídicos se encuentran en una situación mucho mejor, pues se les exigen decisiones que no parecen compatibles ni con una concepción no contradictoria del Estado ni con un ordenamiento jurídico entendido como unidad: pues si se pretende que, por un lado, las interrupciones del embarazo que se llevan a cabo después de un asesoramiento (pero sin que concurra una indicación) son antijurídicas, pero precisamente para la realización también de estas interrupciones los Estados federados deben prever «una oferta suficiente de instituciones ambulantes y estacionarias»¹⁶, ¿no se convierte el Estado en una especie de «partícipe en el injusto»? También el

¹⁶ § 13, párr. 2.º de la Ley de conflictos del embarazo, en la redacción de la Ley de modificación de las ayudas a embarazadas y a la familia de 21.8.1995 (BGBl. 1, 1050).

hecho de que lo que en un campo es antijurídico sea en otro ajustado a Derecho obliga a una esquizofrenia que difícilmente puede tener efectos estabilizadores para el ordenamiento —y que fácilmente podría haberse evitado si se respetara la diferencia entre la conducta, a someter a una valoración unitaria (como antijurídica o ajustada a Derecho) y las consecuencias jurídicas, posiblemente divergentes¹⁷.

Y si tales contradicciones valorativas ya como tales parecen difícilmente tolerables y en todo caso pueden resultar asumibles como consecuencias secundarias de una bien intencionada protección de la vida, cada vez resulta más difícil no hablar de cinismo en cuanto, en proporción creciente, se persigue conscientemente la inseguridad de las embarazadas acerca de si su interrupción es ajustada a Derecho, o sólo resulta exculpada, o meramente queda impune por alguna otra razón, y ello se persigue porque se tiene la expectativa que tal velo gris de inseguridad habrá de producir un efecto intimidatorio¹⁸. El hecho de que tales opiniones no queden por escrito, sino sólo se manifiesten verbalmente, de modo que aquí no son susceptibles de ser citadas, sino que sólo puedo asegurar haberlas oído, no mejora en nada la situación, pues a la incapacidad legislativa y al temor a la toma de decisiones se le suma un porcentaje considerable de instrumentalización de la impericia de los legos en Derecho que supone un claro desprecio a seres humanos.

Aunque la piedra de toque de estas consideraciones haya sido el Derecho de la interrupción del embarazo, sería equivocado suponer que se trata de un problema aislado que carece de relevancia en otros sectores del Derecho penal. Al contrario, hay que formular el temor de que tanto el Derecho como su interpretación y aprehensión dogmática se ven demasiado desde la perspectiva del aplicador del Derecho, dejando sin considerar la perspectiva de las personas afectadas por las normas. Esto rige en particular respecto de las diversas causas de exclusión de la pena, que no han recibido la necesaria atención respecto de sus diversas funciones y efectos para el destinatario de la norma afectado. Por ello, por un lado, ha de formularse frente al legislador y a la jurisprudencia la cuestión de si configuran y aplican las normas de tal modo

¹⁷ Cfr. al respecto ya A. ESER, *Schwangerschaftsabbruch: Auf dem verfassungsgerichtlichen Prüfstand*, 1994, págs. 95 y ss.; ÍDEM, «Aufbruch zu neuem Weg. Halt auf halber Strecke», *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (KritV) número especial 1/1993, págs. 132 a 139 (págs. 137 y s.). En gran medida en este mismo sentido, en lo que se refiere a esta cuestión R. STÜRMER, *Der straffreie Schwangerschaftsabbruch in der Gesamtrechtsordnung*, 1994, págs. 20 y ss.

¹⁸ Sin pretender ver tal intención en la base de su posición, consideraciones como las que lleva a cabo DAN-COHEN respecto de las «decision rules» (*vid. infra* texto correspondiente a la nota 57, págs. 639 y s., 661 y ss.) al menos pueden ser malinterpretadas en este sentido.

que el ciudadano pueda reconocer cómo puede o debe conducirse; y, por otro lado, tampoco puede ahorrarse a la doctrina jurídica la cuestión acerca de si sus interpretaciones de las Leyes y sus construcciones teóricas son adecuadas para transmitir el mensaje conductor de comportamientos de la Ley y para preparar y acompañar la aplicación de ésta de modo constructivo-crítico —o de si la dogmática jurídica puede agotarse en una autosatisfacción científica que carece de percepción de la (ir)relevancia de sus diferenciaciones y sistematizaciones¹⁹ respecto de las conductas.

Con la cuestión así planteada, la de las funciones y destinatarios de las normas jurídico-penales, se entra en un campo muy amplio. Resulta evidente que éste no ha de transitarse en el presente marco en todos los sentidos. Con la cuestión que con ello se plantea, es decir, la cuestión acerca de las funciones y los destinatarios de las normas jurídico-penales, entramos en un campo de gran amplitud. Queda claro que no lo podremos transitar en el presente marco en toda su extensión. Pero quizás merezca ya un estudio la siguiente cuestión: determinar si, y, en caso afirmativo, en qué medida, las normas deben entenderse —en cuanto a su función social— como reglas de conducta para el ser humano, y ser formuladas en consecuencia. Que esto no resulta sencillo partiendo de la teoría tradicional de las normas se muestra, en primer lugar, en una breve recapitulación. Frente a ello, la contraposición de «*conduct rules*» y «*decision rules*», tal y como se discute en la actualidad sobre todo en el ámbito angloamericano, podrá ser útil también para el Derecho penal por vía de una distinción coherente entre «reglas de conducta» y «normas de tratamiento». Finalmente, la viabilidad de la distinción propuesta será esbozada con ayuda de algunos supuestos de comprobación.

Recapitulación: auto-reflejos internos a las normas

En realidad, debería poder esperarse que las funciones y los destinatarios de las normas sean sometidos a consideración especial preci-

¹⁹ Que no cabe excluir esto último es una sensación que se impone repetidas veces cuando como comentarista del StGB se cumple el deber de intentar tener en cuenta toda la bibliografía que va apareciendo sobre los diversos temas, y al final de un día de lecturas ha de plantearse a veces la cuestión de para qué sirve en última instancia tal distinción o construcción, a menos que se considere que ya un mero *l'art pour l'art* jurídico tiene sentido. A esto mismo se refiere en el fondo la frustración que se percibe en el prólogo —debido en gran medida también a quien aquí es homenajeado— a la 25.ª edición del *Schönke-Schröder* (1997). Vid. también la queja de K. LACKNER, «Notizen eines 'Kurzkommmentators'», en: J. WOLTER, *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1993, págs. 149 a 155, especialmente 151 y s.

samente en las obras generales dedicadas al Derecho penal, si recordamos que el Derecho penal, de modo destacado frente a otras ramas del ordenamiento, trata de la dirección de la conducta a través de normas y del cumplimiento de normas, y de la sanción de su incumplimiento. Sin embargo, sea por las razones que sea, las tomas de posición respecto de esta cuestión son más bien esporádicas. Así, por ejemplo, términos tan relevantes en la materia como normas de valoración y de determinación²⁰ ni siquiera aparecen explícitamente en un tratado tan orientado con base en las funciones como el de Jakobs²¹. Lo mismo rige respecto de obras generales de metodología como la de Larenz/Canaris, en la que el problema de las normas de determinación tan sólo aparece de modo incidental en relación con la teoría de los imperativos²², pero ni siquiera apenas se toma nota de un teórico de las normas como Binding. En este sentido, Lenckner supone una notable excepción, al ocuparse, en comparación, con profundidad de la función y la relación entre norma de valoración, de determinación y de garantía²³.

Para poder comprender mejor el desarrollo y el actual estado de la discusión, en primer lugar parece conveniente llevar a cabo una breve recapitulación de aquellas teorías de la norma en las que se articula el problema del destinatario de la norma²⁴. Uno de los primeros autores que aquí habría que recordar es Thomas Hobbes, en cuya obra ya comienzan a aparecer algunas diferenciaciones que aún hoy —aunque, en parte, con terminología distinta— siguen siendo consideradas de relevancia. Si se deja de lado todo aquello relacionado con la fundamenta-

²⁰ Que, por lo demás, no son siquiera especialmente antiguos en esta vestimenta terminológica, pues estas denominaciones aparecen por primera vez en el estudio de E. MEZGER, *Die subjektiven Unrechtselemente*, en *Der Gerichtssaal* 89 (1924), págs. 207-314 (239 y s.).

²¹ En todo caso, cabe extraer materialmente estos *topoi* de la opinión de JAKOBS según la cual la función del Derecho penal es la estabilización de normas estatales y sociales, dirigiéndose, por tanto, la conducta jurídico-penalmente relevante contra la valoración positiva de un determinado supuesto de hecho: G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 1991, págs. 35 y ss.; Cfr. también IDEM, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, págs. 33 y ss.— É incluso en la medida en que otros autores se manifiestan respecto de la función y la relación de normas de valoración y de determinación (*vid.* las referencias en nota 62), ello, como es claro, ya no sucede con carácter tan fundamental como antes.

²² K. LARENZ/C. P. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.ª ed., 1995, págs. 74 y ss.

²³ LENCKNER, en: *Schönke/Schröder*, 25.ª ed., 1997, n.m. 48 y ss. previos al § 13; cfr. al respecto también las ulteriores referencias en nota 62.

²⁴ En el presente marco, sin embargo, no podrá analizarse el correspondiente trasfondo filosófico, metodológico, político o sociológico de las respectivas teorías a examinar. Cfr. con carácter general sobre esta cuestión, U. KRÜGER, *Der Adressat des Rechtsgesetzes*, 1969; G. TRUTNAU, *Der Adressat von Rechtsnormen*, tesis doctoral, Bochum, 1983.

ción de su teoría del contrato social²⁵, para centrarse en aquello que cabe extraer de su lema, característico de su concepción de la norma, «protego ergo obligo»²⁶, merecen consideración sobre todo dos relaciones: por un lado, la relación de derechos y deberes entre el soberano, que protege, y el ciudadano, a quien por ello incumbe un deber de obediencia, y, por otro, la bipartición de la norma que ello conlleva, en una parte distributiva, en la que se reconoce a todos determinados derechos, que no pueden ser lesionados por los otros, y una parte vindicativa, con la que los órganos del Estado quedan autorizados y obligados a sancionar las infracciones del ordenamiento jurídico²⁷. Aquí cabe percibir ya sin dificultad la relación existente entre normas de valoración, garantía, determinación y sanción, que se dirigen —en parte de modo paralelo, en parte de manera divergente—, creando derechos y obligaciones, al Estado y a los ciudadanos, como también se intuye ya la diferencia entre las reglas de conducta para el ciudadano y las normas de decisión y de tratamiento para los órganos del Estado.

Sin embargo, mientras Hobbes entiende el elemento distributivo y el elemento vindicativo como partes de la misma norma, Jeremy Bentham considera que la «ley simplemente imperativa», que le impone al ciudadano mediante la creación de un tipo delictivo una determinada conducta, y la «ley punitiva», que autoriza y obliga a los órganos del Estado a la sanción, constituyen dos leyes distintas²⁸: a pesar de que ambas contienen un mandato y, en esta medida, tienen carácter imperativo, para Bentham son importantes los dos destinatarios diferentes y el correspondiente contenido autónomo de las instrucciones de comportamiento²⁹.

²⁵ Sigue siendo instructivo a este respecto, G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3.^a ed., 1921 (reimpresión 1960), págs. 207 y ss.; cfr. también K. BERNSMANN, «*Entschuldigung*» durch Notstand, 1989, págs. 269 y ss.

²⁶ Deducido, en lo esencial, de su proposición «oboedientiae finis est protectio»: TH. HOBBS, *Leviathan* (1651), cap. 21, pág. 114 (citado según C. B. MACPHERSON, *Hobbes Leviathan*, 1968, pág. 272); cfr. al respecto también H. WELZEL, *Naturrecht und materielle Gerechtigkeit*, 1960, págs. 118 y s.

²⁷ Cfr. sobre esto especialmente W. MOLESWORTH, *The English Works of Thomas Hobbes*, 1841 (reimpresión 1962), vol. II, *Philosophical Elements of a True Citizen*, cap. XIV, n.º 6,7 (págs. 187 y ss.); vid. sobre ello también J. BINDER, *Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung*, 1927, págs. 4 y s., así como TRUTNAU (nota 24), págs. 52 y ss.

²⁸ Cfr. al respecto J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cap. XVII (*Of the limits of the penal branch of jurisprudence* § 2 n.º 29); cita conforme W. HARRISON (ed.), *A Fragment on Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation by Jeremy Bentham*, 1960, pág. 430.

²⁹ Con más detalle sobre el papel determinante de BENTHAM en esta diferenciación DAN-COHEN (*infra* nota 43), págs. 626 y s.

Si nos atrevemos a dar un salto desde estos orígenes ingleses en los siglos XVII/XVIII a la discusión en materia de teoría de las normas en los siglos XIX/XX, nos encontramos, sobre todo, con diferentes variantes de las teorías de los imperativos.

Si, en un principio, se asume el punto de partida de esta doctrina, de acuerdo con el cual sólo cabe hablar de normas jurídicas cuando éstas contienen un mandato, de modo que todas las proposiciones jurídicas que no establezcan un mandato deben considerarse como meros presupuestos de verdaderas normas jurídicas³⁰, lo siguiente que se plantea es la cuestión del posible destinatario del mandato. Aquellos que toman como punto de referencia el carácter coactivo de las normas jurídicas, ya que éstas, desde este punto de vista, sólo se diferencian de las meras normas sociales por la coacción estatal, consideran que sólo los órganos del Estado son destinatarios de la norma³¹.

En la medida en que se considera que también los ciudadanos son destinatarios del Derecho, argumentando que las normas también se dirigen a ellos³², se plantea la ulterior cuestión acerca de la jerarquía de los respectivos mandatos: mientras que de acuerdo con la opinión de algunos el mandato de conducta al ciudadano debe entenderse como norma primaria y el mandato de decisión a los órganos del Estado como

³⁰ Cfr. al respecto especialmente R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, 2.^a ed., t.I, 1884, págs. 331 y ss.

³¹ En esta línea especialmente v. JHERING (nota 30), págs. 332 y ss. Sin embargo, debe tenerse en cuenta la concepción muy estricta de destinatario adoptada por v. JHERING, concepción que, en última instancia, no excluye al ciudadano por completo, al considerar que al menos pasivamente queda implicado; pues, por un lado, de acuerdo con v. JHERING, la respuestas a la pregunta de a quién se dirigen los imperativos estatales sólo puede ser «a los órganos encargados de manejar la coacción,...— toda proposición jurídica, todo imperativo estatal queda caracterizado por el hecho de que algún titular del poder estatal está encargado de la realización práctica del mismo» (pág. 336); pero en la medida en que el poder coactivo del Estado puede ser ejecutado pasivamente contra el ciudadano individual, los imperativos legales «extienden sus efectos también al ciudadano individual: le atribuyen derechos, y lo obligan o lo vinculan. Teniendo en cuenta el fin de este tipo de normas, cabe decir que se dirigen hacia el individuo»; esto, en su opinión, sin embargo, no cambia en nada el hecho de que en cuanto a su forma se dirigen sólo a los órganos del Estado (pág. 338). En el mismo sentido, entre otros, M. E. MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1993, pág. 4, así como —en parte con modificaciones posteriores— J. BINDER, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, 1912, pág. 23 o en: *Adressat* (nota 27), pág. 1 y ss.

³² En este sentido, especialmente, A. MERKEL, *Elemente der allgemeinen Rechtslehre*, en: F. VON HOLTZENDORFF (ed.), *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 5.^a ed., 1890, pág. 11: «Quien emite mandatos, se dirige a aquellos que deben ejecutar esos mandatos, y quien permite, autoriza, garantiza, a aquellos de cuya libertad y ejercicio de voluntad se trata... Por ello, no hay nadie a quien no se dirija el Derecho en su intención».

norma secundaria, coadyuvante³³, de acuerdo con otra posición el mandato de sanción dirigido al juez es el elemento primario, del que se deriva de modo secundario la prohibición de conducta³⁴.

Más allá de esta discusión acerca del verdadero destinatario de la norma, controversia bastante formalista, corresponde quizás más relevancia a la dimensión del contenido de las normas, tal y como fue analizada sobre todo por Karl Binding³⁵. Aunque de modo paralelo, en lo terminológico, a la subdivisión de la norma en una parte distributiva y vindicativa³⁶, Binding pretende asignarle a la proposición jurídico-penal, con un contenido algo divergente, un elemento de otorgamiento y, derivando de éste, un elemento de obligación: mientras que la proposición jurídica asigna especialmente a los órganos del Estado un derecho subjetivo, la norma jurídica, que debe ser deducida de aquella, contiene un determinado mandato o prohibición de comportamiento. Con ello, se operan valoraciones respecto de situaciones deseadas o no deseadas en la sociedad; y al concebirse ese juicio valorativo como contenido en el sentido de su realización, de la función de valoración también deriva una función de determinación respecto de la correspondiente conducta.

Más allá de lo anterior, habría que aludir, siquiera brevemente —pues que aún hoy en día cuenta con destacados defensores— a otra concepción de la norma, para la cual el destinatario de la norma, lejos de ser problemático, resulta prescindible: la teoría de la proposición jurídica

³³ En este sentido especialmente E.R. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, t. III, 1905, págs. 3 y ss., 346 y ss.

³⁴ En esta línea en particular A. ROSS, *Directives and Norms*, 1968, págs. 90 y ss. En sentido próximo ya MAYER (nota 31), pág. 4; debe tenerse en cuenta, sin embargo, que en su opinión el ciudadano debe entenderse como destinatario de las normas culturales (págs. 16 y ss.); cfr. además posteriormente H. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, pág. 115. Sin embargo, lo decisivo que resulta el punto de vista adoptado en cada caso a la hora de hablar de destinatario primario o secundario queda demostrado en W. PERRON, *Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im System der Strafbarkeitsvoraussetzungen*, en: A. ESER/H. NISHIHARA (ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigung IV*, Freiburg, 1995, págs. 67-92, cuando afirma, por un lado, que el primer paso está en la configuración de normas de conducta para el ciudadano en cuanto destinatario (pág. 75), pero, por otro lado, considera que el punto de partida para su descripción está en las normas de sanción dirigidas a los operadores jurídicos (pág. 76).

³⁵ Fundamental K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo 1: *Normen und Strafgesetze* (1872), 3.^a ed., 1916; tomo 2: *Schuld und Vorsatz* (1877), 2.^a ed., 1916; tomo 3: *Der Irrtum*, 1918; tomo 4: *Die Fahrlässigkeit*, 1919. Respecto del presente contexto, cfr. también, especialmente, A. KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1958, págs. 8 y ss., 67 y ss., 102 y ss., 121 y ss.

³⁶ Cfr. texto *supra* correspondiente a la nota 27.

como juicio hipotético. Kelsen distingue entre normas jurídicas y proposiciones jurídicas. Entiende que las primeras son imperativos que ante todo se dirigen a los órganos del Estado y que son el punto de partida para poder inferir las normas de comportamiento³⁷. Puesto que las normas jurídicas suponen un puro deber-ser, un mandato de vigencia, desde un punto de vista como mero deber-ser no pueden constituir un objeto de investigación idóneo de la teoría del Derecho³⁸. Frente a ello, de acuerdo con esta posición, las proposiciones jurídicas son afirmaciones acerca de ese deber-ser: describen el contenido de las normas jurídicas en forma de un juicio hipotético que expresa que bajo determinadas condiciones deben producirse en un ordenamiento jurídico dado ciertas consecuencias³⁹. En este sentido, se dice que en cuanto juicios lingüísticos acerca de un deber-ser en la forma de la implicación (si..., entonces...) resultan comprensibles para la ciencia del Derecho, pero en lo que se refiere a su estructura lógica no están dirigidos a nadie⁴⁰. En esta medida, para esta concepción de la norma, la cuestión del destinatario ya no se plantea en cuanto problema de relevancia científica⁴¹.

Sin querer anticipar ulteriores reflexiones —como las que habrán de hacerse en el presente contexto, en particular, en cuanto a las causas de exclusión de la pena, que aquí son de especial interés—, cabe efectuar ya un cierto balance provisional respecto de la cuestión de partida, es decir, la cuestión acerca de cómo deben entenderse las normas desde la perspectiva de la persona afectada:

En la medida en que las teorías de la norma se agoten en la explicación de estructuras lógicas y diversas categorías de proposiciones jurídicas, dejan de lado, desde un principio, a la persona. Son juegos de abalorios que se encuentran fuera del ámbito social y que difícilmente pueden aportar algo a la relevancia individual y social del Derecho penal y de la Administración estatal encargada de su ejecución⁴².

³⁷ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., 1960, pág. 73; ídem, *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, págs. 115 y ss.; cfr. respecto de la doctrina de KELSEN también H. KOBIATH, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, 1994, págs. 184 y ss.

³⁸ KELSEN, *Rechtslehre* (nota 37), págs. 76 y ss.; cfr. también TRUTNAU (nota 2), págs. 92 d, 92 g.

³⁹ KELSEN, *Rechtslehre* (nota 37), págs. 73, 81 y s.

⁴⁰ Cfr. respecto de la estructura lógica de la proposición jurídica también LARENZ/CANARIS, *Methodenlehre* (nota 22), págs. 74 y ss., 77.

⁴¹ Cfr. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2.ª ed., 1923, págs. 379 y s., y también su obra *Rechtslehre* (nota 37), pág. 81, en donde reconoce que el deber ser jurídico que se expresa en la implicación puede abarcar en su significado también un mandato, una autorización o una permisón; cfr. también TRUTNAU (nota 24), pág. 92g.

⁴² Tampoco el estudio orientado hacia la historia del desarrollo dogmático —aunque ello no de modo expreso— de J. HRUSCHKA sobre «normas de conducta y nor-

En la medida en que el *status* de destinatarios de la norma es reconocido exclusivamente a los órganos del Estado, resulta difícil no ver en ello una actitud de desvaloración del individuo, de desprecio al ser humano en cuanto verdadero constituyente del Estado.

Ciertamente, aquellas teorías que atribuyen a las normas una función de valoración, garantía y determinación, pueden eludir estas objeciones en la medida en que en todo caso de las valoraciones y garantías de situaciones y derechos pueden derivar mandatos de conducta por medio de los cuales el individuo puede considerarse percibido y tomado en serio como persona. Pero en la medida en que se trata del ámbito jurídico-penal, la perspectiva sigue estando limitada de modo unilateralmente negativo a la función de valoración y determinación en forma de mandatos y prohibiciones, mientras que las funciones, posiblemente diversas, de permisión y otras causas de exención de pena quedan más bien infravaloradas. Volveremos sobre esta cuestión una vez que primero se examinen brevemente ciertas discusiones paralelas llevadas a cabo en el extranjero.

Desde el punto de vista social: «conduct rules» y «decision rules»

En la reciente bibliografía anglo-americana se ha producido —acompañado de un palmario desinterés hacia la discusión europea acerca de la legitimación jurídico-pública de las normas y de sus relaciones internas— un notable cambio de perspectiva hacia la función social de las normas jurídico-penales. Para ello, también se recurre a Bentham, Kelsen, Hart y Ross, pero en lo esencial sólo se retoma la diferenciación entre mandato de comportamiento y mandato de decisión, sin prestar especial atención a la subdivisión en normas primarias y secundarias. Son representantes de esta evolución, especialmente, los trabajos de Meir Dan-Cohen⁴³ y Paul H. Robinson⁴⁴.

mas de imputación» (en: *Rechtstheorie* 22, 1991, págs. 449-460) produce la impresión de que el autor pretenda algo más que un análisis interno a las normas. Y también el análisis en parte semántico-lógico, en parte legitimatorio, de U. KINDHÄUSER sobre el cometido y las relaciones de norma, sanción e imputación (en: *Gefährdung als Straftat*, 1989, especialmente págs. 29 y ss.) evidentemente persigue un interés de conocimiento distinto del que corresponde al presente estudio. Y lo mismo cabe decir, en última instancia, respecto de los trabajos referenciados *infra* en nota 62.

⁴³ M. DAN-COHEN, «Decision Rules and Conduct Rules: An Acoustic Separation in Criminal Law», en: *Harvard Law Review* 97 (1984), págs. 625-677.

⁴⁴ P. H. ROBINSON, «Rules of Conduct and Principles of Adjudication», en: *Chicago Law Review* 57 (1990), págs. 729-771; P. H. ROBINSON/P. D. GREENE/M. R. GOLDSTEIN,

Partiendo de que las normas son tanto «act-specific» como «actor-specific»⁴⁵, se sostiene que deben distinguirse dos «sets of normative messages» de igual relevancia⁴⁶. El primer grupo lo configuran las llamadas *conduct rules*, normas que en cuanto reglas de comportamiento están dirigidas a la generalidad y prescriben al ciudadano *ex ante* qué conducta le está prohibida o, en su caso, es esperada de él⁴⁷. Frente a ello, las *decision rules* (o, en la terminología de Robinson, con el mismo contenido, los *principles of adjudication*) establecen para los operadores jurídicos (fiscales, jueces y jurados) criterios de acuerdo con los cuales un comportamiento individual que infringe las *conduct rules* puede ser enjuiciado *ex post* en relación a la reprochabilidad y al merecimiento de pena⁴⁸.

Mientras que los teóricos del Derecho europeos se obsesionarían, de acuerdo con su tradición, con la cuestión de cómo pueden ser fundamentados los correspondientes grupos de reglas y cuál es la jerarquía que podría establecerse entre ellos, los autores norteamericanos están más bien preocupados por cuáles son las exigencias que deben plantearse desde el punto de vista social para estos dos tipos de norma, teniendo en cuenta los diferentes papeles desempeñados por los respectivos destinatarios:

Si, por un lado, se pretende que las *conduct rules* en cuanto medio de la dirección social cumplan con sus diversos objetivos —a saber, dirigir al ciudadano como reglas objetivas de comportamiento con pretensión de ser cumplidas, servirle de orientación para una conducta

«Making Criminal Codes Functional: A Code of Conduct and a Code of Adjudication», en: *The Journal of Criminal Law and Criminology* 86 (1996), págs. 304-365; cfr. además P. H. ROBINSON, «The Criminal-Civil Distinction and the Utility of Desert», en: *Boston University Law Review* 76 (1996), págs. 201-214; P. H. ROBINSON/J. M. DARLEY, «The Utility of Desert», en: *Northwestern University Law Review* 91 (1997), págs. 458-499; P. H. ROBINSON, *Structure and Function in Criminal Law*, 1997, especialmente págs. 182-239.

⁴⁵ DAN-COHEN (nota 43), pág. 628; en el mismo sentido ya ROSS (nota 34), pág. 107.

⁴⁶ DAN-COHEN (nota 43), pág. 630.

⁴⁷ De modo sintético ROBINSON, *Chicago L. Rev.* (nota 44), págs. 731, 755, debiéndose destacar ya que ROBINSON —de modo más claro que DAN-COHEN— concibe también las *justification defenses* como parte de las *conduct rules* (págs. 749 y ss., 756).

⁴⁸ DAN-COHEN (nota 43), págs. 625, 630, y ROBINSON, *Chicago L. Rev.* (nota 44), págs. 730 y s., 755 y s. Resulta discutible que pueda considerarse sin más paralela la diferenciación entre «conduct rules» y «decision rules» a la distinción entre «regla de comportamiento» y «regla de imputación», como hace HRUSCHKA (nota 42), pág. 450, al menos en lo que se refiere a los *principles of adjudication* de ROBINSON, puesto que entre éstos se incluyen también *defenses* de carácter más bien procesal como la inmunidad diplomática y el principio *ne bis in idem*; cfr. ROBINSON, *Structure* (nota 44), págs. 221, 229 y s.

ajustada a Derecho y ilustrarle, en el sentido de un «fair warning» acerca de las consecuencias jurídicas de un determinado comportamiento⁴⁹—, ello no puede quedar fuera de consideración a la hora de redactar este tipo de normas: en consecuencia, las *conduct rules* deben ser descriptivas y comunicativas, cualquiera debe poder comprenderlas, recordarlas y aplicarlas, en su estructura deben ser escuetas y unívocas, estar basadas en criterios objetivos y generales y, por ello, contener criterios fáciles de transmitir y de comprender⁵⁰.

Por otra parte, al corresponder a las *decision rules* el cometido de ofrecer a quien aplica el Derecho (y especialmente al tribunal) criterios para el enjuiciamiento del caso individual —es decir, especialmente para examinar si la infracción de una regla de conducta resulta individualmente reprochable y también merecedora de pena, si el autor era imputable o debe concederle una exculpación, etc.—, entonces, estas reglas pueden —incluso deben— ser todo lo complejas que sea posible, abrir la puerta para una individualización mediante criterios subjetivos y permitir, mediante el establecimiento de ámbitos de discrecionalidad, que se haga justicia al hecho y a sus especiales circunstancias⁵¹.

La relevancia y seriedad que atribuyen estos autores a la diferente función y estructura de estos dos grupos de reglas puede apreciarse con base en el hecho de que Robinson proponga que sean establecidas en dos códigos diferentes, *Code of Conduct* y *Code of Adjudication*⁵², mientras que Dan-Cohen incluso plantea la posibilidad de sustraer a la población en general el conocimiento de las *decision rules* mediante una «acoustic separation» y utilizar su vaguedad como estrategia consciente de transmisión selectiva⁵³. Incluso en la medida en que ello pudiera

⁴⁹ Cfr. DAN-COHEN (nota 43), págs. 633, 648, 664; ROBINSON, *Chicago L. Rev.* (nota 44), págs. 731, 736 y s., 740. El hecho de que especialmente el segundo de los autores citados quiera definir el concepto de comportamiento en el marco de las *conduct rules* —con la excepción de los delitos de intención— de modo completamente objetivo, es decir, de modo desvinculado de la voluntad de acción y del dolo, se explica con base en el fin de las *conduct rules*, de fijar jurídicamente en atención a una valoración social qué modalidades de conducta son desvaloradas o deseadas *de por sí*. En este sentido, las *conduct rules*, en el marco de la diferenciación al uso alemana de normas de valoración y de determinación, sólo deberían entenderse como pertenecientes a las primeras.

⁵⁰ Cfr. ROBINSON, *Chicago L. Rev.* (nota 44), págs. 759 y ss.

⁵¹ Cfr. DAN-COHEN (nota 43), págs. 633, 648; ROBINSON, *Chicago L. Rev.* (nota 44), págs. 761 y ss., 770.

⁵² ROBINSON, *Structure* (nota 44), págs. 185 y ss.; ROBINSON/GREENE/GOLDSTEIN (nota 44), págs. 334 y ss.

⁵³ DAN-COHEN (nota 43), págs. 630 y ss., 639 y s. Cfr. al respecto últimamente también I. KUGLER, «On the Possibility of an Criminal Law Defence for Conscientious Objection», en: *The Canadian Journal of Law & Jurisprudence* X (1997), págs. 387-439, especialmente págs. 395 y ss.

resultar justificado, para excluir que deriven mensajes de comportamiento no deseados de meras normas de tratamiento⁵⁴, un análisis de las figuras dogmáticas del Derecho penal norteamericano y de la *praxis* jurisprudencial ya ha revelado que en la realidad no siempre puede constatarse la existencia de una separación clara⁵⁵.

Si se intenta obtener también con base en esta concepción de las normas cierto balance provisional respecto de la cuestión de partida, es decir, la cuestión de cómo deben ser entendidas desde la perspectiva de la persona afectada, las siguientes consideraciones aparecen como dignas de alguna reflexión:

Al atribuir a la función social de la norma una relevancia especial y reconocer los respectivos papeles autónomos de los destinatarios de la norma, se previene el riesgo de que las reglas de comportamiento sean consideradas como meras inferencias de las normas de sanción, degradando así al ser humano individual a objeto de los aplicadores del Derecho.

Al pretender que mediante las *conduct rules* se clarifique lo que es socialmente debido o no debido, y que ese mensaje llegue a los ciudadanos, las reglas de comportamiento deberán estar redactadas con la claridad que corresponde a ese objetivo.

En la medida en que se trate de meras normas de aplicación del Derecho, debe evitarse que de ellas emane un mensaje incorrecto al ciudadano.

Los destinatarios: reglas para quien actúa (*Handelnder*) – normas para quien realiza el tratamiento (*Behandelnder*)

En cuanto se quiera que la pena sea algo más que una retribución prácticamente ciega del hecho, en la medida en que la pena se fundamenta en la idea de que el infractor del ordenamiento jurídico se debería haber comportado de otro modo, o en la medida en que contenga una llamada a una conducta leal al ordenamiento jurídico en el futuro, la pena tiene como presupuesto una norma que esté dirigida —aunque sólo sea de modo mediato o por alguna otra vía secundaria— al ciudadano. Con ello, no se pretende catalogar como irrelevantes ni los intentos de legitimación pertenecientes a la teoría del Estado, ni las discus-

⁵⁴ Cfr. al respecto *infra* el texto correspondiente a la nota 86.

⁵⁵ Cfr. respecto de los detalles ROBINSON, *Chicago L. Rev.* (nota 44), págs. 733 y ss.

siones de teoría del Derecho acerca de los destinatarios primarios o secundarios, ni otros esfuerzos de categorización pertenecientes a la teoría de las normas; sin embargo, respecto de la ciencia del Derecho penal en cuanto ciencia de la acción hay que constatar que deja de lado su cometido más importante, si no incluso su verdadera tarea, si pierde de vista al ser humano cuya conducta, en última instancia, es el elemento decisivo. Este peligro puede ser sorteado, sobre todo, si se considera que ninguna construcción teórica puede darse por concluida mientras no se haya enfrentado a la cuestión de qué es lo que significa una determinada manifestación para aquel que debe conducir su comportamiento de acuerdo con ella o enjuiciar la conducta de otros en función de su contenido⁵⁶.

Esta cuestión relativa al mensaje que emana de las normas jurídico-penales para el individuo debería resolverse de manera afirmativa con toda naturalidad en la medida en que se trate de *mandatos y prohibiciones*: con independencia de cómo deban legitimarse éstos y de cómo deban ser sancionados en caso de infracción, se quedarían cortos en un elemento esencial si no pretendieran dirigirse (al menos también) al ciudadano individual. Por ello, deberían rechazarse como incompatibles con una justicia penal «acorde al ser humano» aquellas doctrinas que quisieran entender incluso las normas de mandato y de prohibición meramente como base de sanción para el aplicador del Derecho, al degradar al ser humano a un mero objeto de sanción.

La cuestión no es tan sencilla cuando se trata de normas que *eximen de pena*, puesto que éstas pueden tener diversos fundamentos, y, por lo tanto, contener distintos mensajes. Por ello, las causas de exención de

⁵⁶ Mi propósito inicial de contrastar la bibliografía del tema para comprobar en qué medida las manifestaciones normativas deben orientarse con base en el ciudadano al que en última instancia éstas se dirigen, ha sido lamentablemente víctima de la presión de los plazos que suele presentarse en la elaboración de contribuciones a libros-homenaje. En todo caso, aún después de reflexionar sobre ello, no recuerdo ningún estudio en el que la configuración teórico-dogmática estuviera decididamente construida sobre la base del ciudadano como destinatario de la norma. Este es el caso también —a pesar de su título, que parece ir en esa misma dirección— del trabajo de G. FREUND, «Richtiges Entscheiden – am Beispiel der Verhaltensbewertung aus der Perspektive des Betroffenen, insbesondere im Strafrecht» (= «Decidir correctamente – sobre la base del ejemplo de la valoración de la conducta desde la perspectiva del afectado, especialmente en Derecho penal», n. del t.), en: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 138 (1991), págs. 387-410, ya que en lo esencial sólo se trata el aspecto valorativo y los conocimientos que para ello debe tener el sujeto que actúa. De modo similar, también B. HAFFKE, «Die Bedeutung der Differenz von Verhaltens- und Sanktionsnormen», en: B. SCHÜNEMANN/J. DE FIGUEIREDO DIAS (ed.), *Bausteine des europäischen Strafrechts*, 1995, págs. 89-96, sólo se ocupa de modo incidental (cfr. especialmente pág. 92) del interés de conocimiento que aquí resulta determinante.

la pena merecen una consideración más detallada en atención al correspondiente destinatario de la norma.

Al distinguir en lo que sigue el «sujeto que actúa» (*Handelnder*) y el «sujeto que realiza el tratamiento» (*Behandelnder*), y, correspondientemente, hablar de «reglas de conducta» (*Verhaltensregeln*) y «norma de tratamiento» (*Behandlungsnorm*), ello ocurre evitando conscientemente terminologías encalladas, que en parte remiten a significados divergentes, y que por ello podrían provocar asociaciones que aquí precisamente no se persiguen. Sin que en el presente marco resulte posible enumerar —y mucho menos analizar comparativamente— cuáles son los contenidos que se le han ido asignando a términos como normas de comportamiento y reglas de imputación, normas de valoración y de determinación, normas de decisión, de enjuiciamiento o de sanción, quisiera limitarme a una breve aclaración de por qué y con qué intención se ha optado aquí —reconociendo que a falta de otra posibilidad más adecuada— por la terminología a emplear:

— Con la contraposición entre «*sujeto que actúa*» y «*sujeto que realiza el tratamiento*» se pretende tener en cuenta la idea de que las normas pueden contener en cuanto a su objetivo y a su contenido una manifestación diferente en función de que se trate del comportamiento (esperado *ex ante*) de una persona (o grupo de personas) o de que se trate del *tratamiento* (a llevar a cabo *ex post*) por parte de un tercero que enjuicia (especialmente, la figura del juez en cuanto aplicador del Derecho que en última instancia resulta decisivo), y posiblemente también sanciona, la conducta del sujeto que actúa.

— Al hablar respecto del sujeto que actúa de «*reglas de conducta*», se quiere expresar ya en el plano terminológico que se trata de (la admisión de, o incluso de la instrucción de realizar) un comportamiento que en todo caso es ajustado a las reglas (pero sin que con ello —más allá de la aceptación de la conducta como «ajustada a Derecho»— se produzca una manifestación acerca de un ulterior grado de deseabilidad jurídico-ética)⁵⁷. Y al hablarse por otro lado de «*normas de trata-*

⁵⁷ El hecho de que esta diferenciación entre la legalidad de una conducta y su carácter dudoso desde el punto de vista moral, o su deseabilidad desde el punto de vista social, no siempre pueda mantenerse con nitidez (como sucede, especialmente, en el caso de intervenciones tan discutidas desde el punto de vista ideológico como la interrupción del embarazo) no debe ocultar que las reglas de comportamiento jurídicas muestran posiblemente un alcance ético-social distinto según los casos. Tales diferencias en el grado de aprobación deben tenerse en cuenta también, precisamente, en el campo de la justificación; con más detalle al respecto A. ESER/B. BURKHARDT, *Strafrecht I*, 4.ª ed., 1992, págs. 110 y s., y LENCKNER, en: *Schönke/Schröder* (nota 23), comentario previo n.m. 18 previo al § 13, con ulteriores referencias.

miento» —y no, por ejemplo, de normas de imputación, de decisión o de sanción—, se pretende tener en cuenta la circunstancia de que los operadores jurídicos no sólo tienen el cometido, alternativo, de enjuiciar si se han respetado las reglas de conducta, de llevar a cabo la imputación de comportamientos o resultados o de decidir acerca de la imposición de sanciones, sino que les corresponde en cierto modo el conjunto del «tratamiento» de una infracción de una regla de comportamiento, pudiendo implicar este tratamiento constataciones y consecuencias de características muy diversas, empezando por las penas y medidas de seguridad hasta llegar a supuestos de atenuación o exención de pena de diferente dignidad y alcance. Por otro lado, para hacer notar el carácter más técnico-jurídico de la aplicación del Derecho frente a las «reglas» directoras del comportamiento del ciudadano, se habla en este segundo caso de «normas»⁵⁸.

— Para evitar desde el principio posibles malos entendidos, la contraposición de «reglas de comportamiento» y «normas de tratamiento» no se concibe en absoluto en el sentido de una alternatividad excluyente. Por el contrario, desde luego pueden producirse interdependencias, de modo que con base en normas que en realidad están concebidas de manera exclusivamente retrospectiva para el aplicador del Derecho, pueden desarrollarse de modo prospectivo estrategias de conducta para el individuo, de modo similar a como a la inversa las reglas de comportamiento para el ciudadano pueden servir de base de enjuiciamiento para el aplicador del Derecho. En todo caso, tales interdependencias, así como las consecuencias secundarias no deseadas, no constituyen razón alguna para abandonar la diferenciación fundamental entre «reglas de comportamiento» orientadas al ciudadano y «normas de tratamiento» orientadas a los aplicadores del Derecho.

Transposición a la sistemática del concepto de delito: una comparación

Si realmente se toma en serio la función de las reglas de comportamiento de hacer saber al ciudadano bajo qué condiciones su actuar u omitir es ajustado a Derecho, en realidad debería poder extraer ese

⁵⁸ También ROBINSON parece haber percibido la necesidad de una terminología diferente, al hablar, por un lado —y, en esta medida, de modo paralelo a DAN-COHEN— de «conduct rules» y designando su contraparte —en esta medida, divergiendo de las «decision rules» de DAN-COHEN— como «principles of adjudication» (cfr. *supra* texto correspondiente a la nota 48), remarcando así su carácter de constituir un enjuiciamiento.

mensaje ya del mismo Código penal. Sin embargo, como es sabido, ello sólo es el caso de manera limitada ya en lo que se refiere a los mandatos y prohibiciones generales en forma de los tipos penales, al ser necesaria ya en este plano la concreción interpretativa a través de la *praxis* jurídica, que a su vez se apoya en diversas elaboraciones, previas o posteriores, de la doctrina jurídica. Esta mediación es tanto más importante cuanto deben tenerse en cuenta también exenciones de pena de diversas características, pues en este contexto al ciudadano se le plantea en cada caso la cuestión de si —y en caso afirmativo, en qué medida— puede considerar «ajustado a Derecho» su comportamiento en caso de darse los elementos propios de una causa de exención de pena. Por ello, las causas de exención de pena se convierten en sentido literal en la llave para determinar la concurrencia de una conducta «ajustada a Derecho» o «no ajustada a Derecho», y ello, además, tanto para el ciudadano mismo, quien no tiene que temer, en ningún caso, la aplicación de sanciones en caso de ser el comportamiento ajustado a Derecho, como también para los operadores jurídicos, quienes en todo caso en el supuesto de concurrir una conducta antijurídica pueden estar autorizados o incluso obligados a intervenir⁵⁹.

Si se someten a análisis las correspondientes teorías del delito actuales en Alemania y Norteamérica para determinar en qué medida son capaces de asumir y expresar las diversas funciones de reglas de comportamiento y normas de tratamiento, se obtiene la siguiente imagen, expresada en un esbozo genérico:

En lo que se refiere al *common law*, la diferenciación antes expuesta entre *conduct rules* y *decision rules* podría hacer esperar que ya exista la correspondiente base en la teoría tradicional del delito. Esto, sin embargo, no es el caso; por el contrario, la concepción tradicional del delito como «actus reus nisi mens sit rea», en la que, en el fondo, todos los elementos del delito, incluyendo los elementos relativos a la culpabilidad, se ubican, de modo casi holístico, en un mismo plano⁶⁰, se muestra especialmente resistente frente a posibles escalonamientos valorativos entre reglas de comportamiento orientadas al ciudadano y normas de tratamiento orientadas a los operadores jurídicos. Por ello, precisamente, se comprende el empeño de Robinson de abrir el paso,

⁵⁹ Respecto del diferente alcance de las consecuencias jurídicas que deben derivar de conductas ajustadas y no ajustadas a Derecho, que con lo dicho sólo queda insinuado, cfr. ESER, *Schwangerschaftsabbruch* (nota 17), págs. 88 y ss.

⁶⁰ Cfr. A. ESER, «Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime», en: A. ESER/G. P. FLETCHER (ed.), *Rechtfertigung und Entschuldigung I*, 1987, págs. 17-65, especialmente págs. 21 y ss.

mediante la distinción entre «justification» *defenses* y meras «excuse» *defenses*, a las primeras hacia las *conduct rules*⁶¹.

Frente a ello, tanto el sistema alemán de tres escalones de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (así como posibles posteriores causas de exclusión o levantamiento de la pena) como —incluso en mayor medida— el sistema en dos escalones de injusto y culpabilidad parecen bastante más abiertos para considerar que en los tipos y en las causas de justificación se contienen reglas de conducta y en las causas de exculpación y en otras causas de exclusión de la pena, normas de tratamiento. Si a pesar de ello parece difícil introducir la diferenciación aquí defendida entre reglas de conducta y normas de tratamiento en la sistemática alemana habitual del delito, ello no se debe tanto al escalonamiento (en dos o tres escalones) tradicional de la estructura del delito como, más bien, a que se suele trabajar, partiendo de las antiguas teorías de la norma, con diferenciaciones que —como, especialmente, la distinción entre normas de valoración, de determinación y de garantía— si bien son en cierto modo paralelas a la distinción entre reglas de conducta y normas de tratamiento, no mantienen esa similitud en todos los puntos, y, sobre todo, no funcionan con esa especial y consciente atención bipolar en el ciudadano, por un lado, y los operadores jurídicos, por otro. Puesto que en el presente marco es imposible mostrar las diferencias en el punto de partida sobre la base de toda la extensión de la bibliografía al respecto, permítase aquí una limitación ejemplificativa a la exposición del destinatario del presente homenaje, especialmente teniendo en cuenta que ésta ofrece, en términos comparativos, una concepción completa de las normas⁶², que considerada en sí misma desde luego parece coherente y que, por lo tanto, aquí sólo será cuestionada en la medida en que se trate de una orientación diferenciada hacia el ciudadano o hacia el aplicador del Derecho en cuanto destinatario de la norma.

⁶¹ Con más detalle respecto de esto ROBINSON, *Chicago L. Rev.* (nota 44), págs. 733, 756; ÍDEM, *Structure* (nota 44), especialmente págs. 183 y ss. Sin embargo, DAN-COHEN ni siquiera estaría dispuesto a dar este paso, pues opina, al parecer, por razones de psicología social, que el mensaje general prospectivo y prohibitivo de las *conduct rules* no se debe ver relativizado por los supuestos de justificación, referidos al caso individual; cfr. *Harvard L. Rev.* (nota 43), págs. 648 y ss.

⁶² Cfr. especialmente LENCKNER, en: *Schönke/Schröder* (nota 23), comentario previo al § 13 n.m. 15-22, 433-60, así como comentario previo al § 32 n.m. 4-23. Sin pretensión de exhaustividad, cfr. las referencias a las normas de valoración y de determinación en los siguientes manuales: H..H. JESCHECK/TH. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., 1996, págs. 236 y ss., 322 y ss.; R. MAURACH/H. ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband I*, 8.^a ed., 1992, págs. 336 y ss.; C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 3.^a ed., 1997, págs. 267 y ss.

Si partimos con Lenckner de que en la base de los tipos se hallan normas de prohibición o mandato⁶³ y de que éstas se dirigen, en forma de un imperativo, a influir del modo correspondiente en la voluntad⁶⁴ (refiriéndose esta idea —aunque de modo no expreso— necesariamente al ciudadano), entonces las «normas de determinación» así descritas constituyen por excelencia «reglas de conducta» en el sentido aquí expuesto. Pero si ello es así, resulta sorprendente que, por un lado, no se hable de la función directora del comportamiento de las normas de determinación ya en el capítulo dedicado al tipo, sino sólo en los apartados correspondientes a la antijuridicidad y al injusto⁶⁵, y, por otro lado, que al abordar las «normas de permisión» en cuanto «contranormas» respecto de las prohibiciones generales no se mencione expresamente el carácter director del comportamiento de los tipos de permisión⁶⁶. Esto podría generar la impresión de que en el plano de la antijuridicidad o de la justificación ya ha desaparecido el ciudadano en cuanto destinatario de la norma, tratándose ya sólo de problemas de construcción y encaje en relación con la sistemática del concepto de delito.

Este cambio de perspectiva del ciudadano hacia el aplicador del Derecho, como es natural, resulta menos sorprendente en la medida en que se trata de así llamadas «normas de valoración», pues aquí se halla justificado. Pues con total prescindencia de la debatida cuestión de cuál sea la relación de fundamentación y coincidencia de las normas de valoración y de determinación, la afirmación positiva y negativa atribuida a las normas de valoración acerca del carácter deseable o indeseable de una determinada situación o un determinado suceso⁶⁷ no sólo es relevante para la correspondiente regla de comportamiento, sino, más allá de esto, también para la norma de tratamiento del aplicador del Derecho, pues constituye tanto el criterio para la formulación de su juicio acerca del respeto o de la infracción de la regla de conducta, como, en este último caso, también para determinar cómo debe procederse respecto de la infracción de la regla. Y esto es así tanto en mayor medida en cuanto se conciba —sobre la base de la distinción, también defendida por Lenckner, entre «antijuridicidad» (formal) e «injusto» (material)— la norma de determinación como regla de conducta uniforme para el ordenamiento jurídico en su conjunto, mientras que la consta-

63 Así LENCKNER (nota 23), comentario previo al § 32 n.m. 4.

64 Así LENCKNER (nota 23), comentario previo al § 13, n.m. 49.

65 Cfr. LENCKNER (nota 23), comentario previo al § 13, n.m. 43 y ss. y 48 y ss.; al menos de modo incidental se formulan ciertas consideraciones pertenecientes a la teoría de las normas ya respecto de la relación entre tipicidad y antijuridicidad (comentarios previo al § 13 n.m. 15 y ss.).

66 Cfr. LENCKNER (nota 23), comentario previo al § 32 n.m. 4.

67 Así LENCKNER (nota 23), comentario previo al § 13, n.m. 49.

tación de diversos grados de injusto debe llevarse a cabo de acuerdo con la norma de valoración⁶⁸, correspondiendo esta tarea ya no al ciudadano que actúa, sino a los operadores encargados del tratamiento de la infracción de la regla. Pues mientras que para el ciudadano lo único que debe ser decisivo es conocer —sobre la base de normas de determinación uniformes— cuándo su conducta es «ajustada a Derecho» —de modo que, de hecho, resultaría inadmisibles una antijuridicidad «esquizofrénicamente fraccionada» en función de los distintos campos del Derecho—, para el tratamiento de una infracción del ordenamiento jurídico desde luego que su contenido de injusto (que posiblemente sea diferente) puede resultar relevante. Esto, como es natural, tiene como presupuesto una correspondiente «valoración» del hecho. Pero en cuanto, más allá del pronunciamiento acerca de la culpabilidad, se trate, en el marco de la sanción, de tener en cuenta la personalidad del autor u otras circunstancias del caso concreto, se supera aquello que suele entenderse por «norma de valoración», entrándose en el ámbito de lo que cabe aprehender con el término, al que aquí se ha dado preferencia, de «norma de tratamiento»; pues en él se pueden estimar comprendidas todas las reglas de medición de la pena y demás reglas de sanción.

Parece claro que también las causas de exculpación y las causas de exclusión y levantamiento de la pena que se encuentran fuera de injusto y culpabilidad resultan de difícil colocación en la habitual tríada de normas de valoración, de determinación y de garantía. Ello plantea la cuestión acerca de en qué medida en los supuestos de exoneración cabe avanzar con mayor facilidad haciendo uso de la distinción entre «reglas de comportamiento» y «normas de tratamiento».

¿Qué perspectiva resulta decisiva?: Casos de comprobación

Queda claro que en el presente marco no pueden ser sometidas a análisis desde el punto de vista del destinatario de la norma todas las clases de causas de exclusión de la pena. Por ello, sólo se comprobará sobre la base de algunos supuestos de prueba en qué medida cabe apoyar mejor determinadas posiciones y explicar con mayor facilidad ciertas cuestiones debatidas si se las contempla desde la perspectiva del destinatario de la norma que en última instancia resulta decisivo.

⁶⁸ Cfr. LENCKNER (nota 23), comentario previo al § 13 n.m. 51.

Legítima defensa y estado de necesidad

Puede resultar sorprendente que la legítima defensa y el estado de necesidad siquiera se tomen en consideración en este contexto como posibles casos de comprobación. Pues al menos en relación con la legítima defensa, ¿no se trata de una regla de conducta clara, en el sentido de que se puede lícitamente producir una defensa frente a un ataque antijurídico, incluso lesionado al agresor (o incluso, como se ha sostenido respecto de algunos ordenamientos jurídicos socialistas⁶⁹, que se *debe* proceder a tal defensa)? Sin embargo, como muestra el debate acerca del entendimiento del estado de necesidad como causa de justificación o de exculpación —que dista mucho de haber concluido—, la delimitación no es nada sencilla y ni siquiera resulta evidente respecto de la legítima defensa; así, por ejemplo, en la última reforma del Código penal israelí, ni siquiera respecto de la autodefensa personal ha sido posible hallar un consenso para clasificarla como causa de justificación⁷⁰. Y aún más sorprendente puede parecer el hecho de que incluso Dan-Cohen, como protagonista de la diferenciación entre *conduct rules* y *decision rules*, en el fondo pretenda asignar todas las *defenses* —y dentro de éstas, más allá de los diversos supuestos, discutidos individualmente, de *necessity* y *duress*, también la *self-defense*— al ámbito de las *decision rules*⁷¹. Sin embargo, quizás precisamente con ayuda de este error por exageración quepa encontrar una clave para un mejor entendimiento de las diversas funciones de reglas de conducta y normas de tratamiento: al pretender Dan-Cohen que sólo se conciban como *conduct rules* las prohibiciones y mandatos que se hallan en la base de las «offenses» (en el sentido de nuestros tipos), entonces es evidente que lo que intenta es evitar, en el interés de su «separación acústica», que el reconocimiento de las «defenses» como *conduct rules* haga aparecer las prohibiciones y los mandatos fundamentales como susceptibles de lesión, debilitándose así su posición. Para prevenir ese efecto desmoralizador, se defiende que lo mejor es que el ciudadano no sepa en absoluto que bajo *especiales* circunstancias justificantes existen excepciones a la prohibición *general*; pero puesto que, en última instancia, no resulta

⁶⁹ Cfr. A. SPOTOWSKI, «Über die Rechtfertigungsgründe im polnischen Strafrecht», en ESER/FLETCHER, *Rechtfertigung I* (nota 60), págs. 549-572 (553).

⁷⁰ Respecto de esta cuestión, que surgió repetidamente en el marco del Coloquio binacional Israel-Alemania sobre la reforma del Derecho penal (publicado en: *Israel Law Review* 30 [1996], págs. 1-349) cfr. especialmente A. ENKER, «Duress, Self-Defence and Necessity in Israeli Law», págs. 188-206 (especialmente, págs. 192 y ss.), así como E. GROSS, «Discussion Report», págs. 340-346 (especialmente págs. 343 y s.).

⁷¹ DAN-COHEN (nota 43), especialmente págs. 637 y ss., 648 y ss.

posible penar al ciudadano que lesiona a otro actuando en estado de necesidad o en legítima defensa, se autoriza al juez a excluir la pena en forma de una *decision rule*; Dan-Cohen, sin embargo, quiere que el ciudadano no pueda confiar plenamente en tal posibilidad, para que no se deje desviar del buen camino de la prohibición general. Respecto de esta línea de pensamiento, por un lado, resulta impresionante la seriedad con la que se aborda la función social de las reglas de conducta (pues de lo contrario, no sería necesario negar a las *defenses* el carácter de reglas de conducta); por otro lado, sin embargo, resulta chocante la poca relevancia que se le atribuye al ciudadano en cuanto sujeto responsable; pues como tal tiene la pretensión legítima de saber desde un principio (y no que se le conceda «graciosamente» con posterioridad) cómo puede comportarse legítimamente en ciertas situaciones de ataque y necesidad.

Si, por lo tanto, en la legítima defensa y en el estado de necesidad se abordan problemas repetidamente discutidos como la proporcionalidad o la responsabilidad por conducta previa, el planteamiento de la cuestión debe ser el siguiente: ¿bajo qué condiciones debe poder entender el ciudadano su conducta como «ajustada a Derecho» para orientarse legítimamente con base en ello? o: ¿qué es lo que no debe poder invocar como «ajustado a Derecho», no pudiéndose conducir de ese modo, por lo tanto, y sólo, en todo caso, esperar la benevolencia del tribunal? En qué punto se ubique en esta cuestión el límite entre una regla de conducta orientada hacia el ciudadano y una norma de tratamiento orientada exclusivamente hacia los operadores jurídicos puede diferir de país a país en función de su tradición, desarrollo jurídico y necesidades político-criminales. Sin embargo, lo que resulta decisivo es la orientación hacia el destinatario que se pretenda alcanzar: mientras que en el caso de las reglas de conducta para el ciudadano debe procurarse, sobre todo, transmitir principios sociales de vertebración⁷², de modo que resulta esencial su cognoscibilidad por parte del ciudadano, las normas de tratamiento, desde el punto de vista de su función, ni siquiera tendrían por qué estar fijadas por escrito con antelación, si no fuera porque en última instancia ello es necesario por razones atinentes a las características del Estado de Derecho, para la exclusión de la arbitrariedad y en interés de un trato igual⁷³.

⁷² Cfr. C. ROXIN, «Rechtfertigung und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen», en: ESER/FLETCHER I (nota 60), págs. 229-262 (234). En este sentido entiende también ROBINSON —a diferencia de DAN-COHN— las *justification defenses* acertadamente como *conduct rules*; cfr. *Chicago L. Rev.* (nota 44), pág. 755; ÍDEM, *Structure* (nota 44), págs. 218 y ss.

⁷³ Así también, en última instancia, DAN-COHN (nota 43), pág. 668.

Riesgo permitido

Si también en el ámbito alemán el discurso estuviera menos cautivo de detalles relativos a la sistematización de la dogmática del delito y se tomara más bien como punto de referencia el mensaje que debe ser transmitido a los ciudadanos, quizás se podrían resolver de modo más satisfactorio otros puntos controvertidos, como, por ejemplo, la cuestión que se plantea en la figura del riesgo permitido acerca de cuáles son el momento y la perspectiva de valoración decisivos: ¿*ex ante* la perspectiva de quien actúa o *ex post* la de quien enjuicia?⁷⁴ La respuesta a esta cuestión depende de modo esencial de cuál sea la conducta socialmente deseada: si se quiere que en las situaciones generadoras de riesgo lo primero sea la seguridad, el mensaje de comportamiento debe ser que en caso de duda se opte por «ir sobre seguro» y no se confíe en la propia valoración del riesgo, de modo que debería ser decisiva la valoración *ex post* del juez; si partiendo de ese mensaje el sujeto que actúa ha dado preferencia a su propia valoración, ello constituye siempre una infracción de la regla, infracción que en determinadas circunstancias puede generar punibilidad por tentativa y que sólo a través de una norma de tratamiento podría quedar impune. Si, por el contrario, lo que se pretende es otorgar un espacio a la valentía para correr riesgos, en interés de un posible progreso, el mensaje de comportamiento será que para alcanzar un determinado fin legítimo es lícito actuar cuando un riesgo vinculado a la acción no se realizará de acuerdo con el propio examen conforme a deber de quien actúa; incluso aunque esa expectativa no se vea confirmada después, faltaría ya la concurrencia de una infracción de la regla.

Tal y como queda claro con esta respuesta alternativa —y lo mismo rige, *mutatis mutandis*, respecto de la cuestión de en qué medida es decisiva la consideración *ex ante* de quién actúa o, por el contrario, la perspectiva *ex post* de quien enjuicia, para la determinación de la concurrencia de los presupuestos de la justificación— no son tanto las inferencias de la sistemática de la teoría del delito las que conducen a una u otra posición⁷⁵; por el contrario, es decisiva la decisión, de carácter más bien de política legislativa, acerca de cuál es la conducta que se pretende que lleve a cabo el ciudadano en situa-

⁷⁴ Cfr. las referencias sobre el estado de la cuestión de LENCKNER, en: Schönke/Schröder (nota 23), comentario previo al § 32 n.m. 9 y ss.

⁷⁵ Especialmente en el caso de FREUND (nota 56), pág. 407, resulta difícil deshacerse de esta impresión, al afirmar que «en todo caso es decisiva la perspectiva del sujeto afectado por la valoración del comportamiento».

ciones de incerteza o a la hora de realizar los necesarios pronósticos⁷⁶.

Si se parte del mensaje que debe ser transmitido al ciudadano, también resulta sencillo concebir algunos elementos de carácter procedimental, tal y como pueden ser necesarios, por ejemplo, en forma de un examen conforme a deber, como elemento integrante de las reglas de conducta. Así, por ejemplo, cuando un riesgo sólo puede ser asumido de manera permitida después de llevar a cabo un examen conforme a deber⁷⁷, cuando es lícito perseguir determinados intereses justificados aunque ello implique una lesión del honor de otro, siempre que se haya intentado eludir el riesgo de un juicio equivocado mediante las correspondientes averiguaciones conforme a deber (§ 193 StGB)*⁷⁸, o cuando el Estado pretende obtener la ayuda de sus ciudadanos en la persecución penal permitiéndoles llevar a cabo una detención provisional ya con base en un indicio grave de que el sujeto ha realizado el hecho⁷⁹; en tales «justificaciones procedimentales» se hallan ya reglas de conducta para el ciudadano, y no meras normas de tratamiento para el aplicador del Derecho⁸⁰.

⁷⁶ Aunque ello no se formule de modo tan explícito, parece, sin embargo, que los esfuerzos de diferenciación efectuados por LENCKNER (en: *Schönke/Schröder* [nota 23], comentario previo al § 13 n.m. 9, 70c y comentario previo al § 32, n.m. 9, 11, 107b) están determinados también por consideraciones similares.

⁷⁷ Cfr. sobre esto ya Th. LENCKNER, «Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtmäßiger Prüfung», en: F. GEERDS/W. NAUCKE (ed.), *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für H. Mayer*, 1966, págs. 165-184, especialmente págs. 179 y ss., así como IDEM, en: *Schönke/Schröder* (nota 23), comentario previo al § 32 n.m. 11 y s., 17 y ss.

* El § 193 StGB dispone lo siguiente: «Ejercicio de intereses justificados. Los juicios críticos acerca de producciones científicas, artísticas o económicas, así como las manifestaciones hechas para el ejercicio o la defensa de derechos o para el ejercicio de intereses justificados, así como las críticas y amonestaciones de los superiores hacia sus subordinados, indicaciones o juicios pertenecientes al servicio por parte de un funcionario y otros supuestos similares sólo serán punibles cuando la concurrencia de una injuria derive de la forma de la manifestación o de las circunstancias bajo las cuales fue efectuada» (n. del t.).

⁷⁸ Cfr. LENCKNER, en: *Schönke/Schröder* (nota 23), § 193 n.m. 11 y s.

⁷⁹ En el sentido de la opinión dominante; cfr. K. BOUJONG, en: *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 3.^a ed., 1993, § 127 n.m. 9, con ulteriores referencias.

⁸⁰ Con más detalle acerca de estos elementos de procedimiento, que aún no han recibido, ni con mucho, la atención que se merecen por parte de la teoría de la justificación, W. HASSEMER, «Prozedurale Rechtfertigungen», en: H. DÄUBLER-GMELIN *et al.* (ed.), *Gegenrede. Festschrift für E. G. Mahrenholz*, 1994, págs. 731-751, así como, especialmente respecto de los aspectos de procedimiento en la justificación de la interrupción del embarazo, ESER (nota 17), págs. 100 y ss., 108 y ss.; WOLTER (nota 15), GA 1996, págs. 226 y ss. Cfr. recientemente con carácter general sobre esta cuestión ESER, «Sanktionierung und Rechtfertigung durch Verfahren», in: *KritV Sonderheft Winfried Hassemer zum 60. Geburtstag*, 2000, págs. 43 y ss.

Falta de capacidad de culpabilidad y error

Si hasta el momento se han abordado de modo predominante normas de carácter director del comportamiento, conviene ahora presentar algunos casos contrapuestos que precisamente no derivan del sector de la causas de justificación, sino del ámbito de las causas de exclusión de la culpabilidad y de otras causas de exclusión de la pena.

El hecho de que la exclusión de la culpabilidad por falta de capacidad de culpabilidad (§ 20 StGB)* sólo puede ser una norma de tratamiento se infiere ya de la circunstancia de que esta norma no es susceptible de ser formulada con sentido como regla de conducta. Proclamar frente al ciudadano «puedes lícitamente matar de modo antijurídico en estado de incapacidad de culpabilidad» sería una contradicción en sí y equivaldría a una renuncia a la prohibición de matar. Por ello, para los operadores jurídicos encargados del tratamiento de la infracción del ordenamiento, lo único a tratar es el hecho de que a pesar del carácter no permitido del hecho, puede llegarse a prescindir de un reproche personal.

Lo mismo rige respecto del error de prohibición (§ 17 StGB)*: una regla de conducta que permitiera errar acerca de la existencia o el alcance de mandatos y prohibiciones sería paradójica. Por ello, el sujeto que actúa inmerso en un error de prohibición no puede esperar una aprobación del hecho por él cometido como ajustado a Derecho, sino, en todo caso, un tratamiento clemente de su déficit mental.

La situación no es tan sencilla en lo que se refiere al error sobre el supuesto de hecho de permisión⁸¹, y ello, sobre todo, porque en este ámbito es especialmente elevado el riesgo de que en el fragor de la discusión acerca de la estructura «correcta» del delito se pierda completamente de vista la perspectiva del mensaje de conducta de una determinada construcción. Así, por ejemplo, si en el supuesto de que el sujeto suponga erradamente la existencia de un ataque antijurídico se niega el

* El § 20 StGB dispone lo siguiente: «*Incapacidad de culpabilidad*. Actúa sin culpabilidad quien en el momento de la comisión del hecho es incapaz de comprender lo antijurídico del hecho, o de obrar con base en esa comprensión, por una perturbación patológica de la mente, una perturbación profunda de la conciencia o cualquier otra alteración mental grave» (n. del t.).

* El § 17 StGB dispone lo siguiente: «*Error de prohibición*. Si el autor desconoce en el momento de la comisión del hecho que realiza un comportamiento antijurídico, actúa sin culpabilidad si no podía evitar el error. Si el autor podía evitar el error, la pena puede ser atenuada conforme a lo dispuesto en el § 49, párrafo 1.º» (n. del t.)

⁸¹ Cfr. sobre el estado de la discusión LENCKNER, en: *Schönke/Schröder* (nota 23), comentario previo al § 32 n.m. 21.

dolo, de modo que con ello desaparece también la antijuridicidad, la regla de conducta puede ser la siguiente: «puedes matar cuando creas ser atacado de modo antijurídico». Ahora bien, en contra de esto habría que aducir ya que en caso de que el error sobre la situación se haya generado infringiendo el cuidado necesario, siempre puede existir punibilidad por homicidio imprudente, de manera que la regla de conducta, en todo caso, podría tener el siguiente tenor: «no debes suponer de modo contrario al cuidado debido la concurrencia de una situación de legítima defensa». Sin embargo, lo que resulta poco satisfactorio en esta solución diferenciadora desde la perspectiva de la dirección del comportamiento —aunque pueda resultar una construcción coherente desde el punto de vista de los operadores jurídicos que llevan el tratamiento del caso— son dos aspectos: por un lado, el fraccionamiento en dos «hechos individuales» distintos (es decir, relevantes a efectos de dolo o de imprudencia), y, por otro, el evidente desinterés en el mensaje de comportamiento de la correspondientes construcciones.

La primera objeción podría ser neutralizada, desde un principio, no concibiendo los delitos dolosos e imprudentes como dos tipos de delito completamente distintos⁸², sino estableciendo la regla de comportamiento común más o menos en los siguientes términos: «no debes infringir voluntariamente o de modo descuidado un mandato o una prohibición» o —en lo que se refiere al error— «no debes suponer la concurrencia de una causa de justificación ni de modo consciente ni descuidado». Esta, por lo demás, es una solución que se encuentra en el *common law* —en una regulación sectorial típica de estos ordenamientos— en el sentido de que la legítima defensa putativa en caso de «*reasonable belief*» es equiparada a la legítima defensa⁸³.

El segundo déficit podría enmendarse planteando, por ejemplo, respecto del error sobre el supuesto de hecho justificante, cuál es el mensaje de comportamiento que surge de que cuando exista una suposición errónea de una situación de justificación ya se niegue la concurrencia de cualquier clase de antijuridicidad —diciendo de este modo al ciudadano: «puedes permitirte un error así», o se intente enfrentar al error considerándolo irrelevante para la antijuridicidad del comportamien-

⁸² Que tal superación de la separación del injusto doloso e imprudente no tiene por qué parecer impensable lo muestran las tendencias paralelas que existen respecto del ámbito del injusto, sobre la base de la teoría de la norma de comportamiento, en la teoría del tipo y de la imputación: cfr. sobre todo W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, especialmente págs. 40, 60 y ss.

⁸³ Con más detalle al respecto cfr. J. WATZEK, *Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht*, 1997, págs. 95 y ss.; cfr. también G.P. FLETCHER, «The Right and the Reasonable», en: ESER/FLETCHER I (nota 60), págs. 61, 119 (103 y ss.).

to⁸⁴— concibiendo entonces su modalidad de exención de pena o de sanción (por ejemplo, en forma de una mera remisión en el plano de las consecuencias jurídicas) como una mera norma de tratamiento dirigida a los operadores jurídicos⁸⁵.

Quizás en este punto puede resultar conveniente recordar el fenómeno ya advertido por Dan-Cohen, es decir, que puede suceder que haya *decision rules* que sean malinterpretadas por el ciudadano como *conduct rules*, por ejemplo, deduciendo de un estado de necesidad meramente exculpante una situación de licitud⁸⁶. Pero igual que tales interdependencias no deseadas jamás podrán excluirse por completo, también deberá recordarse constantemente que la exención de pena a través de una norma de tratamiento no debe malinterpretarse por vía de deducción-cortocircuito como regla de conducta; del mismo modo que de la concurrencia de una causa de justificación no puede inferirse sin más la existencia de un derecho subjetivo o, incluso, la deseabilidad ético-social del comportamiento en cuestión⁸⁷.

Desistimiento de la tentativa

Finalmente, y sólo de pasada, puede hacerse referencia al desistimiento de la tentativa como ejemplo de cómo también hay causas de exclusión de la pena situadas fuera de injusto y culpabilidad que quizás quepa aprehender mejor con base en la distinción entre regla de conducta y norma de tratamiento:

si ante todo se pretende motivar al autor de tentativa para que finalmente desista de la consumación del hecho, entonces habrá que ofrecerle, en el sentido de un «puente de plata», en la mayor medida po-

⁸⁴ Sobre las divergentes concepciones jurídico-políticas que se encuentran en cada caso en la base —sea consciente o inconsciente— de estas construcciones, cfr. últimamente P.H. ROBINSON, «Competing Theories of Justification: Deeds v. Reasons», en: A. P. SIMESTER/A. T. H. SMITH (ed.), *Harm and Culpability*, 1996, págs. 45-70, especialmente págs. 64 y ss.

⁸⁵ Al menos menciona tales aspectos relativos al comportamiento F. MUÑOZ CONDE. «Die Putativnotwehr», en: SCHÜNEMANN (nota 56), págs. 213-227 (223).

⁸⁶ DAN-COHEN (nota 43), especialmente págs. 633 y ss.; cfr. también la crítica de ROBINSON, *Chicago L. Rev.* (nota 44), págs. 732, 745 y ss.

⁸⁷ Sobre cortocircuitos de este tipo, como los que ha sufrido probablemente también el Tribunal Constitucional Federal respecto del aborto «no antijurídico» en la concepción de asesoramiento de 1992, así como sobre la distinción entre «conformidad a Derecho» en el sentido de una regla de conducta y las consecuencias jurídicas (posiblemente positivas o negativas, sobre la base de normas de tratamiento en el sentido aquí expuesto), cfr. ESER, *Schwangenschtsabbruch* (nota 17), págs. 88 y ss.

sible impunidad — aunque ello implique el efecto colateral contraproducente de que el autor de tentativa piense poder empezar por introducirse en el ámbito de lo ilegal, siempre que sea capaz de mantener abierta una última escapatoria.

Si, por el contrario, lo que se pretende es combatir ya la tentación de la tentativa, entonces las reglas del desistimiento deberían concebirse más bien, en el sentido de la «teoría de los fines de la pena», como normas de tratamiento, haciendo depender la exención de pena de que el efecto perturbador del ordenamiento jurídico producido por la tentativa sea eliminado de tal modo por el desistimiento que ya sea innecesaria una ulterior sanción⁸⁸.

Epílogo: la relevancia preferente de un mensaje de conducta claro

Queda claro que en este primer intento de destacar al ciudadano como destinatario de las normas jurídico-penales, muchos aspectos presentan lagunas o se limitan a nuevos esbozos⁸⁹. Pero, en todo caso, en este trabajo no se trata tanto de los detalles últimos como de transmitir una preocupación fundamental, de la que quisiera destacar finalmente dos puntos:

— Por un lado, la cuestión, formulada con preocupación frente a la dogmática jurídico-penal alemana, de en qué medida el ciudadano, en cuanto sujeto al que se debe transmitir un mensaje de conducta, juega algún papel en sus teorías y sistematizaciones, o si, por el contrario, sólo se está pensando en reglas de imputación y normas de enjuiciamiento dirigidas a los operadores jurídicos, para cuya diferenciación y sistematización aparentemente no hay necesidad de límite alguno. En cada caso, esto debería intentar evitarse ya mediante la cuestión de control de cuál es el mensaje de conducta que emana para el ciudadano de determinadas construcciones. Este interés, por otro lado, podría verse favorecido por una construcción en dos niveles de la teoría del delito, en el sentido de que por un lado, en un primer nivel, queden abar-

⁸⁸ Con más detalle sobre el actual estado de la cuestión en relación con las distintas «teorías del desistimiento», en las que, como es natural, aún no se ha producido un debate sobre la base de la distinción entre reglas de conducta y normas de tratamiento, cfr. ESER, en: *Schönke/Schröder* (nota 23), § 24 n.m. 2 y ss.

⁸⁹ En este sentido, sobre todo el complejo de reglas de conducta en conflicto, tal y como suele articularse bajo las palabras clave de los derechos de garantía, de intervención y de tolerancia (cfr. por todos especialmente LENCKNER, en *Schönke/Schröder* [nota 23], comentario previo al § 32 n.m. 9 y ss.) necesitan de un análisis específico.

casas las normas típicas de prohibición y de mandato, así como las normas justificantes de permisión, en cuanto reglas de conducta, y, en un segundo nivel, las normas de tratamiento esenciales para el enjuiciamiento por parte de terceros y para la sanción.

— Por otro lado, en lo que se refiere al legislador, se trata de crear regulaciones de las que quepa extraer un mensaje de conducta claro. En este sentido —y con ello queda cerrado el círculo— la regulación de la interrupción del embarazo expuesta al principio sólo puede ser mencionada —puesto que sobre la base de las instrucciones del Tribunal Constitucional difícilmente puede ser superada en lo que se refiere a contradictoriedad jurídico-éticamente contraproducente— como un ejemplo disuasorio de regla de conducta.