

STJ00096782

FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ

Profesor de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

ANTI JURIDICIDAD PENAL
Y
SISTEMA DEL DELITO



2001

JOSE MARIA BOSCH EDITOR — BARCELONA

© 2001 Fernando Molina Fernández

Para la presente edición:

© 2001 José M.^a Bosch, editor – Librería Bosch, S.L.
Ronda Universidad, 11
08007 BARCELONA

© Diseño de cubierta:

Luz Bosch

<http://www.libreriabosch.es/jmb>

e-mail: jmb@libreriabosch.es

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien intencionadamente reproduciera, plagiar, distribuyere o comunicase públicamente, en todo o en parte una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

I.S.B.N.: 84-7698-611-4

Depósito Legal: Z. 12-2001

Printed in Spain – Impreso en España

COMETA, S.A. — Carretera Castellón, Km. 3,400 — Zaragoza 2001

983244

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| ABREVIATURAS | 9 |
| PRÓLOGO | 11 |
| NOTA PRELIMINAR | 15 |
| INTRODUCCIÓN | 17 |
| I. Antijuridicidad y sistema de la Teoría del Delito | 17 |
| II. Precisiones terminológicas | 28 |

PARTE PRIMERA

EL CONCEPTO DE ANTIJURIDICIDAD Y SU DISTINCIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LA EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO

SECCIÓN PRIMERA

Presupuestos teóricos: El modelo de la antijuridicidad no culpable

| | |
|--|----|
| I. Introducción | 41 |
| II. Antijuridicidad formal v. antijuridicidad material | 45 |
| III. Presupuestos para una antijuridicidad no culpable | 59 |
| A. Desde la perspectiva de la norma | 59 |
| B. Desde una perspectiva material | 65 |
| C. Desde una perspectiva práctica | 81 |

SECCIÓN SEGUNDA

La evolución histórica hacia la antijuridicidad no culpable

| | |
|---|----|
| CAPÍTULO 1: LOS PRIMEROS ANTECEDENTES | 87 |
| I. La incipiente elaboración de «Partes generales» en la época del humanismo | 88 |

| | | |
|--|---|------------|
| II. | El concepto de <i>corpus delicti</i> en el procedimiento inquisitorial | 91 |
| III. | La teoría de la imputación: <i>imputatio physica</i> v. <i>imputatio moralis</i> ; <i>imputatio facti</i> v. <i>imputatio iuris</i> | 96 |
| CAPÍTULO 2: EL SISTEMA DEL DELITO EN LA GESTACIÓN DEL DERECHO PENAL MODERNO | | 117 |
| I. | Introducción | 117 |
| II. | La 'ilegalidad objetiva' en Grolman | 119 |
| III. | La distinción entre fundamentos objetivos (tipo) y subjetivos (culpabilidad) de la punibilidad en Feuerbach | 127 |
| IV. | Tipo e imputación en Stübel | 140 |
| V. | La distinción entre causas de justificación y de inimputabilidad en Wächter | 161 |
| VI. | El sistema tripartito del delito de Luden | 164 |
| VII. | El quebrantamiento de un deber como núcleo del delito en Pacheco | 173 |
| CAPÍTULO 3: EL INJUSTO OBJETIVO CIVIL Y LA DISTINCIÓN DE CLASES DE INJUSTO | | 185 |
| I. | Introducción | 185 |
| II. | El 'injusto no malicioso': Hegel y su escuela | 191 |
| III. | El 'injusto objetivo' en Jhering | 209 |
| IV. | El 'injusto no culpable' en Hälschner | 221 |
| V. | La 'perturbación civil' en Silvela y su escuela | 231 |
| VI. | Injusto civil y tipo objetivo en la obra de Binding | 245 |
| | 1) La renuncia al principio de unidad del injusto y el injusto civil objetivo | 248 |
| | 2) El tipo objetivo y la antijuridicidad penal | 251 |
| CAPÍTULO 4: LA INICIAL CONCEPCIÓN OBJETIVA DE LA ANTIJURIDICIDAD EN DERECHO PENAL | | 259 |
| I. | El injusto puramente objetivo | 259 |
| II. | Antijuridicidad objetiva y contrariedad a la norma | 265 |
| | A. Injusto objetivo y teoría imperativa «impropiamente» | 265 |
| | B. La teoría de la doble naturaleza de la norma | 271 |
| | C. Nuevas manifestaciones de la teoría imperativa impropia: la distinción entre imperativo de derecho y de deber | 273 |

SECCIÓN TERCERA

*La inclusión de la culpabilidad en la antijuridicidad:
el injusto culpable*

| | |
|---|-----|
| INTRODUCCIÓN | 283 |
| CAPÍTULO 5: LOS ORÍGENES DEL INJUSTO CULPABLE EN LA DOCTRINA ALEMANA | 289 |
| I. Introducción | 289 |
| II. El injusto culpable en Merkel | 290 |
| III. La posición inicial de Binding | 301 |
| IV. La norma subjetivizada en Höpfner | 312 |
| 1. Norma subjetiva y concepción imperativa de la norma: la desaparición de la culpabilidad de los elementos del delito ... | 316 |
| 2. Norma subjetiva y tentativa | 324 |
| V. La concepción imperativa de Hold von Ferneck | 328 |
| CAPÍTULO 6: LA CONCEPCIÓN IMPERATIVA EN ITALIA | 343 |
| I. Introducción | 343 |
| II. La antijuridicidad en Petrocelli | 346 |
| III. La teoría imperativa en Cian | 354 |
| Conclusión crítica | 364 |

SECCIÓN CUARTA

*La progresiva destrucción del modelo de la distinción:
protagonismo del desvalor de acción y de la
teoría imperativa de la norma*

| | |
|---|-----|
| INTRODUCCIÓN: Desvalor de resultado v. desvalor de acción objetivo o subjetivo | 369 |
| CAPÍTULO 7: LA VALORACIÓN (OBJETIVA) EX ANTE DEL HECHO: IRRUPCIÓN DEL DESVALOR OBJETI- VO DE LA ACCIÓN | 373 |
| I. Introducción: antijuridicidad y valoración <i>ex ante</i> | 373 |
| II. Restricciones a la causalidad en la imputación de resultados y desplazamiento de la infracción del deber de cuidado al tipo en el delito imprudente | 376 |
| III. La perspectiva <i>ex ante</i> en las causas de justificación | 386 |
| IV. Implicaciones de la adopción de un punto de vista objetivo <i>ex ante</i> en el modelo del injusto no culpable | 413 |

| | | |
|--|---|-----|
| CAPÍTULO 8: LA INTRODUCCIÓN DE ELEMENTOS SUBJETIVOS EN LA ANTIJURIDICIDAD: EL DESVALOR SUBJETIVO DE LA ACCIÓN | | 419 |
| I. | Introducción | 419 |
| II. | La exigencia de una acción voluntaria | 420 |
| | A) Acción, desvalor del resultado y causalidad | 421 |
| | B) Acción y culpabilidad | 425 |
| III. | El reconocimiento de los elementos subjetivos del injusto | 433 |
| IV. | La nueva estructura del tipo doloso: el desplazamiento del dolo natural al tipo | 457 |
| V. | La subjetivización del deber en la omisión | 465 |
| VI. | La subjetivización del deber en el delito imprudente | 471 |
| VII. | El conocimiento de la prohibición como elemento del injusto ... | 478 |
| VIII. | Conclusiones | 483 |

PARTE SEGUNDA

PRESUPUESTOS DE UN SISTEMA ALTERNATIVO

| | |
|--|-----|
| INTRODUCCIÓN | 489 |
| El sentido histórico de la categoría 'antijuridicidad' | 491 |

CAPÍTULO 9: LA NORMA COMO DIRECTIVO DE CONDUCTA 497

| | | |
|----|---|-----|
| I. | Presupuestos de efectividad del lenguaje directivo | 513 |
| 1. | Determinación del <i>contenido</i> del directivo por su emisor | 514 |
| a) | Determinación de los estados de cosas que quieren evitarse o alcanzarse | 515 |
| b) | Determinación de las acciones y omisiones relacionadas con la producción de dichos estados de cosas | 516 |
| c) | Selección de comportamientos, situaciones de cumplimiento y destinatarios | 518 |
| 2. | Indicación del <i>carácter directivo</i> de la expresión | 519 |
| 3. | <i>Comunicación</i> entre emisor y destinatario | 519 |
| a) | Existencia de un lenguaje común | 519 |
| b) | Expresión correcta del contenido y del carácter directivo | 521 |
| c) | Comprensión correcta por el destinatario | 521 |
| 4. | Identificación de las <i>circunstancias</i> para el cumplimiento del directivo | 523 |
| a) | Identificación correcta de la situación | 523 |
| b) | Conexión entre el directivo y la situación | 523 |
| 5. | <i>Capacidad</i> para cumplir lo prescrito | 524 |
| a) | Posibilidad de realizar el hecho | 524 |
| b) | Habilidad para realizarlo correctamente | 530 |

| | |
|--|------------|
| 6. <i>Voluntad</i> de cumplimiento | 530 |
| II. La norma como directivo de conducta | 536 |
| 1. Peculiaridades respecto al emisor | 537 |
| 2. Peculiaridades respecto al contenido | 543 |
| a) Generalidad respecto a los destinatarios | 544 |
| b) Generalidad respecto a la ocasión (abstracción) | 547 |
| 3. Peculiaridades respecto al indicador prescriptivo | 551 |
| CAPÍTULO 10: EXISTENCIA E INFRACCIÓN DE LA NORMA .. | 553 |
| I. Norma y deber | 553 |
| II. La existencia de la norma y el nacimiento del deber jurídico | 564 |
| A. Introducción | 564 |
| B. Los diferentes niveles de existencia de una norma | 568 |
| a) La existencia de las órdenes o mandatos directos | 573 |
| b) La existencia de las normas jurídicas | 583 |
| 1. La norma promulgada se concibe como expresión de la valoración jurídica del hecho | 584 |
| 2. La asimetría en la relación imperativa: <i>imperator v. súbdito</i> | 585 |
| 3. La irrelevancia del error sobre la norma (<i>error iuris nocet</i>) | 586 |
| 4. La supuesta imposibilidad lógica de que la existencia de la norma quede condicionada a su conocimiento | 590 |
| 5. La poco atractiva visión de una norma de existencia intermitente | 590 |
| 6. La existencia de leyes retroactivas | 591 |
| 7. Confusión de norma y texto mediante el que se expresa una norma | 596 |
| III. Recapitulación: los distintos niveles de existencia de una norma | 596 |
| IV. ¿Infracción no culpable de un deber jurídico personal? Crítica a la tesis de Armin Kaufmann | 601 |
| CAPÍTULO 11: VALORACIÓN JURÍDICA DEL HECHO Y CONTENIDO DE LA NORMA DE CONDUCTA | 605 |
| I. Introducción: norma objetiva y terceros | 605 |
| II. La protección de bienes jurídicos mediante un sistema estructurado de normas de conducta | 612 |
| A. Normas primarias y secundarias (normas de conducta y normas de sanción) | 614 |
| a) Son normas distintas pero no distintos tipos de normas ... | 616 |
| b) No son partes de una única norma compleja | 624 |
| c) Media entre ellas una relación lógica y teleológica | 632 |
| B. Otras normas cuya condición de aplicación es un comportamiento ajeno jurídicamente desvalorado | 639 |

| | | |
|------|--|-----|
| a) | Normas que regulan la aplicación de <i>consecuencias jurídicas</i> perjudiciales por hechos lesivos | 640 |
| b) | Normas que tienen como finalidad dificultar o impedir la actividad lesiva ajena | 642 |
| 1. | Normas que tienen por objeto favorecer el cumplimiento de las normas directivas de conducta primarias (normas de sanción) | 643 |
| 2. | Normas que tratan de evitar o dificultar la lesión de bienes jurídicos por terceras personas | 645 |
| III. | Lesividad del hecho y contenido de la norma | 647 |
| A. | Introducción | 647 |
| B. | Determinación de los estados de cosas que se quieren promover o evitar. El desvalor de resultado | 659 |
| C. | Determinación de las acciones humanas relacionadas con la producción de estados de cosas disvaliosas: la fijación del contenido objetivo de la norma | 671 |
| 1. | Normas de contenido objetivamente delimitado: disparidad entre el contenido objetivo de la norma y la representación del autor | 672 |
| a. | Error sobre elementos del contenido de la norma y error sobre la norma | 676 |
| b. | Tentativa de infracción de la norma e infracción putativa de una norma inexistente | 680 |
| 2. | La gestación de normas en situaciones de incertidumbre relativa | 684 |
| A. | Juicio de peligro y conocimientos | 692 |
| B. | La creación de normas atendiendo al grado de peligro: dolo, imprudencia y hecho fortuito | 708 |
| 1. | Todos los delitos comparten una misma estructura | 712 |
| 2. | No hay diferencia cualitativa entre dolo eventual e imprudencia | 721 |
| 3. | El problema de la imprudencia inconsciente | 724 |
| D. | El papel de los elementos subjetivos en la lesividad del hecho | 733 |
| 1. | Elementos de la actitud interna | 733 |
| 2. | Elementos subjetivos de tendencia interna trascendente, actos preparatorios punibles y tentativa inacabada | 741 |
| 3. | La subjetivización de la norma en la tentativa | 753 |
| I. | La prohibición de actos no lesivos como hecho antijurídico | 754 |
| A. | La renuncia a la correspondencia entre delito y pena | 755 |
| 1. | A partir de teorías de la pena | 756 |

| | |
|--|-----|
| 2. La tentativa como hecho culpable no antijurídico | 760 |
| B. La búsqueda de la lesividad en la tentativa y los delitos de peligro | 767 |
| 1. A través del peligro objetivo para el bien jurídico | 768 |
| 2. A través de la lesión de otros bienes jurídicos | 770 |
| C. Prohibición de hechos no lesivos y desvalor de acción | 772 |
| 1. Desvalor de la acción causal | 773 |
| 2. Desvalor objetivo de la peligrosidad <i>ex ante</i> | 773 |
| 3. Desvalor subjetivo de la acción | 778 |
| II. Tentativa y norma de conducta | 780 |
| A. Tentativa y error | 786 |
| B. La supuesta imposibilidad de prohibir resultados ... | 794 |
| III. Fundamento y límites del castigo de actos peligrosos no lesivos | 810 |
| A. Fundamento | 810 |
| B. Límites | 814 |
| 1. Tentativa irreal y antijuridicidad | 816 |
| a. ¿Deben distinguirse en sus efectos los errores nomológicos y ontológicos? | 816 |
| 1. La solución de Struensee | 819 |
| 2. La tesis de Sancinetti | 823 |
| b. La exclusión de la punibilidad de la tentativa irreal | 825 |
| 2. Delito putativo y antijuridicidad | 833 |
| Consideraciones finales | 837 |
| BIBLIOGRAFÍA | 845 |