

ALFREDO ALPACA PÉREZ

TEORÍA DE LAS NORMAS E INJUSTO PENAL

Prólogo de
Miguel Díaz y García Conlledo

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2022

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO , por Miguel Díaz y García Conlledo.....	11
NOTA PRELIMINAR	23
ABREVIATURAS	25
INTRODUCCIÓN	27
1. CURSO DE LA INVESTIGACIÓN	36
2. <i>FORMALIA</i>	39
CAPÍTULO I. TEORÍA DE LA NORMA EN EL DERECHO PENAL..	41
1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	41
2. NOCIONES INTRODUCTORIAS: NORMA Y CONCEPTO DE DELITO	42
2.1. Observaciones generales sobre la relación entre la norma y el concepto de delito	42
2.2. Genealogía de la relación entre los conceptos de norma e imputación	55
2.3. Norma dirigida a resultados o norma dirigida a conductas.....	63
2.4. Aspectos esenciales de una teoría del delito como teoría de la infracción o como teoría de la imputación	67
3. TEORÍAS DE LA NORMA EN EL DERECHO PENAL	69
3.1. Norma de determinación	69
3.2. Norma de valoración	77
3.3. Norma como juicio hipotético	87
3.4. Norma objetiva de conducta	96
3.5. Norma como expectativa institucionalizada.....	111
4. CONCEPCIÓN PERSONAL.....	122

	Pág.
CAPÍTULO II. NORMA PRIMARIA Y NORMA SECUNDARIA. ESTRUCTURA, CONTENIDO, FUNCIONES Y OBJETO DE PROTECCIÓN	133
1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	133
2. LA «NORMA PRIMARIA» Y LA «NORMA SECUNDARIA» FRENTE A LA «NORMA DE CONDUCTA» Y LA «NORMA DE SANCIÓN»	143
3. ASPECTOS GENERALES DE LA NORMA PRIMARIA Y LA NORMA SECUNDARIA.....	146
3.1. Norma primaria.....	150
3.2. Norma secundaria	154
4. FUNCIONES DE LA NORMA PRIMARIA Y DE LA NORMA SECUNDARIA.....	158
5. RELACIÓN ENTRE LA NORMA PRIMARIA Y LA NORMA SECUNDARIA	162
6. LA NORMA PRIMARIA Y LA NORMA SECUNDARIA NO SE INTEGRAN DENTRO DE UNA ÚNICA CATEGORÍA COMO «ASPECTOS» DE ESTA	174
7. RELACIÓN ENTRE EL BINOMIO NORMA PRIMARIA/NORMA SECUNDARIA Y EL PRECEPTO PENAL.....	185
7.1. Precepto penal y norma secundaria.....	185
7.2. Precepto penal y norma primaria.....	188
8. LEGITIMIDAD MATERIAL DE LA NORMA JURÍDICO-PENAL: BIEN JURÍDICO O DERECHO SUBJETIVO	193
8.1. Norma.....	194
8.2. Derecho subjetivo.....	196
8.3. Consideraciones sobre esta orientación.....	201
CAPÍTULO III. ANTINORMATIVIDAD E INJUSTO PENAL	207
1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	207
2. FINALISMO.....	210
2.1. Desarrollo argumental.....	210
2.2. Consideraciones críticas.....	213
2.2.1. Problemas en torno a los alcances de su idea de norma y de la concreción del deber.....	213
2.2.2. Distinción entre capacidad de acción y capacidad de motivación.....	222
2.3. Reflexiones a partir de lo expuesto	226
3. TEORÍA DE LA MOTIVACIÓN.....	229

	Pág.
3.1. Desarrollo argumental.....	229
3.2. Consideraciones críticas.....	232
3.2.1. Imposibilidad de distinguir entre injusto y culpabilidad.....	232
3.2.2. Culpabilidad y prevención.....	240
3.2.3. Inclusión del dolo en el tipo de injusto.....	243
3.3. Reflexiones a partir de lo expuesto.....	247
4. CONCEPCIÓN ANALÍTICA.....	255
4.1. Desarrollo argumental.....	255
4.2. Consideraciones críticas.....	257
4.2.1. Contrariedad a la norma.....	257
4.2.2. Contrariedad al deber.....	261
4.3. Reflexiones a partir de lo expuesto.....	263
5. TOMA DE POSTURA.....	270
5.1. La norma y su destinatario.....	276
5.2. <i>Ultra posse nemo obligatur</i>	286
5.3. Distinción entre injusto y culpabilidad.....	292
5.4. Injusto penal desde la perspectiva de una teoría de la norma...	295
5.4.1. Bases para la comprensión del injusto penal como categoría valorativa.....	301
5.4.2. Injusto penal como lesividad.....	305
5.4.3. Consecuencias de la comprensión del injusto penal como lesividad.....	309
5.4.4. Función distributiva de la norma de determinación en el ámbito del injusto.....	317
CAPÍTULO IV. LA JUSTIFICACIÓN PENAL DESDE UNA TEORÍA DE LA NORMA. ALCANCES SOBRE LA SITUACIÓN DE DEFENSA Y LA SITUACIÓN DE NECESIDAD.....	323
1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA JUSTIFICACIÓN.....	323
2. RELACIÓN ENTRE TIPO Y ANTIJURIDICIDAD.....	326
2.1. Antinomia o determinación del contenido de la norma.....	326
2.2. Hecho atípico y hecho típico pero justificado desde una teoría de la norma.....	338
2.3. Asignación de derechos mediante la norma permisiva.....	345
3. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL INJUSTO (CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN) VISTAS DESDE UNA PERSPECTIVA NORMATIVO-INDIVIDUALISTA.....	364

	Pág.
4. ALGUNAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL INJUSTO EN PARTICULAR.....	369
4.1. Legítima defensa.....	369
4.2. Estado de necesidad justificante	390
4.2.1. Estado de necesidad defensivo	391
4.2.2. Estado de necesidad agresivo.....	405
CONCLUSIONES	437
BIBLIOGRAFÍA	441

PRÓLOGO

Me atrevo a decir que la obra que el lector tiene en sus manos constituye un trabajo poco frecuente entre los penalistas hoy. No abundan, aunque existen, por supuesto, los trabajos amplios y profundos sobre teoría del delito, menos aún si, como este, lo relacionan con la teoría de las normas y todavía menos si abordan una cuestión nuclear con gran madurez, pese a la juventud del autor. Por supuesto, eso no desmerece en absoluto otros trabajos de contenido penal sobre los más diversos temas, pues los hay sobresalientes y en abundancia. Escasean más los de la índole de este. Naturalmente, ello no prejuzga su calidad, porque puede hacerse un trabajo pésimo sobre el tema. El que tengo el gusto de prologar es, además, excelente.

El trabajo tiene su origen en la tesis doctoral «Injusto penal y teoría de las normas. Consideraciones normológicas sobre el delito y la pena», que el autor elaboró bajo mi dirección (aunque él siempre tiene las ideas muy claras y dominó enseguida la metodología, sin necesidad de tutela) y que defendió en la Universidad de León el 25 de noviembre de 2019 ante un Tribunal compuesto por los Profs. Dres. Diego-Manuel Luzón Peña, Enrique Peñaranda Ramos y Luís Greco, obteniendo la calificación máxima de sobresaliente *cum laude* y mención internacional. Las aportaciones de tan prestigioso tribunal hicieron de la defensa, con la intervención del entonces doctorando, un acto académico de extraordinario nivel. Me parece importante señalar que la tesis era bastante más amplia que el libro que prologo. Razones editoriales del todo comprensibles han obligado a esa reducción, que afecta, como es lógico, a todas las partes de la obra.

Por otra parte, debo señalar con mucho agrado que el Dr. Alfredo Alpaca Pérez muestra en esta obra una madurez y una capacidad de crítica y de criterio propio que son fruto de su inteligencia y de su enorme esfuerzo en el estudio y su capacidad de trabajo. No hay cuestión que dé por sentada o en la que sin más siga mis opiniones o las propias de la escuela en que me he formado (cuyas cabezas alemana y española serían Claus Roxin y Diego-Manuel Luzón Peña) y a la que él también pertenece. Ello significa que, aunque estamos de acuerdo en muchas cosas, discrepamos en otras en las que no nos hemos podido convencer, aunque, en lo que a mí respecta, las inteligentes apreciaciones de Alpaca han generado en mí al menos dudas

sobre mis propias posiciones, lo que considero muy positivo. Todo esto me parece una gran virtud, pues sus opiniones siempre están bien fundamentadas y planteadas de forma apta para un debate de altura, que espero que se produzca tras la publicación de esta obra, y que caracteriza o debe caracterizar el avance del pensamiento penal. A ello se añade una gran corrección y claridad en la escritura, que denota claridad de ideas, y un profundo conocimiento de la discusión, como muestran, además de sus exposiciones, la bibliografía manejada y las notas al pie.

Intentar resumir el contenido de la presente obra en las líneas de un prólogo es tarea imposible, que obliga a una pérdida de calidad y matices, y es, además, poco útil, pues el lector va a aprender mucho más de la lectura del texto del propio Alfredo Alpaca. No me resisto, sin embargo, a una mención de los principales aspectos que el lector va a encontrar, con el único ánimo de estimular, si es posible, la lectura a fondo de este libro.

Introduce Alpaca el tema poniendo de relieve algunos aspectos de la concepción mayoritaria de la norma y el injusto penal que resultarían problemáticos y apunta ya una de sus tesis centrales: que, aunque la superación de esos problemas exija que el destinatario de la norma posea capacidad de culpabilidad (la imputabilidad), ello no necesariamente conduce a una contemplación de la culpabilidad como presupuesto del delito y a la inescindibilidad de injusto y culpabilidad que defienden algunos autores. Él va a proponer el mantenimiento de la distinción, entendiendo que la capacidad de culpabilidad es presupuesto indispensable de la imposición de la pena, pero, se dé esta o no, el Derecho penal mantendrá el fin preventivo que pretende, la protección de bienes jurídicos. Anunciada esta combinación de ideas, no tan frecuente y, desde luego, susceptible de discusión, subraya que la norma primaria se dirige no a todos, sino a un sujeto concreto en una situación concreta, sujeto que debe ser capaz de entenderla y seguirla; pero el injusto, que no es antinormatividad, cumpliría la función distributiva de la norma primaria vinculada al derecho subjetivo, como medio que el Derecho otorga a los terceros para que puedan proteger sus bienes jurídicos y el hacer compatibles esferas de libertad. Personalmente dudo (mucho y desde una perspectiva más tradicional y mayoritaria) de la necesidad de la subjetivización o individualización del destinatario de la norma primaria, pero hay que reconocer que la argumentación que desarrolla Alpaca para, concibiéndolo así, no caer en la necesidad de entender la culpabilidad como presupuesto del delito inescindible del injusto, está sólidamente construida. Pero todo ello lo desarrollará el autor a lo largo del trabajo, después de explicarnos su estructura y el sentido de este. Tras repasar con exhaustividad la historia de las relaciones entre norma y concepto de delito, explicar, partiendo de Binding, el objeto de referencia de la norma penal, introducir la comprensión de la teoría del delito bien como teoría de la infracción o bien como teoría de la imputación, y exponer

valorativamente (con detalle y agudeza) las principales concepciones de la norma penal, adopta una posición que comprende la norma jurídico-penal como imperativo o norma de determinación (mandato o prohibición) que se dirige a individuos para regular sus conductas, si bien destacando la importancia de la valoración (a la que no llega a conceder el carácter de norma) como instancia previa a la prescripción o imperativo, algo que compartimos muchos (eso sí, discutiendo si existe o no una *norma* de valoración, aspecto que me parece secundario), vinculándola ya el autor, en mi opinión con acierto, con la (evitación de la) afectación del bien jurídico, comprendido en perspectiva dinámica, e incluyendo en la norma *también* (en una concepción dual que podrá ser objeto de debate, pero que está bien justificada en el trabajo) la generación de expectativas, el carácter de fuente de derechos y también de deber (de actuar o abstenerse de hacerlo de un determinado modo). Esto último resultaría una explicación según el autor, más satisfactoria que la tradicional idea de que «la norma se dirige a todos». Naturalmente el mandato a individuos no incluye la pretensión de que estos compartan la valoración que es su *prius*.

Con esta concepción, Alpaca parte de una perspectiva que combina lo ontológico y lo normativo (huyendo de un normativismo extremo, lo que considero acertado), siendo lo ontológico no solo la base, sino también un límite de lo normativo y entendiendo la persona como concepto óntico-normativo, destacando el valor de la dignidad humana, la autonomía personal y la libertad. Todo ello es consecuencia de su opción por una teoría de la infracción frente a una de la imputación. No obstante, no descarta en esa teoría de la infracción la existencia de juicios de imputación. Sin embargo, Alpaca se desvincula de las concepciones más al uso y cree, como desarrollará en la obra, que la norma no necesariamente ha de analizarse (solo) en el injusto.

Se enfrenta el autor de libro a la discusión sobre el destinatario de la norma, transitando por la evolución histórica de esta cuestión. Pone de relieve la no total coincidencia del binomio norma primaria/norma secundaria y el binomio norma de conducta/norma de sanción, considerando preferible utilizar el primero. Igualmente subraya, con razón, la necesidad de distinguir los preceptos legales de las normas jurídicas. Así, del precepto legal, de la ley penal, se extraerían la norma primaria, dirigida al ciudadano, y la secundaria, dirigida al juez, concepción al uso, pero en la que, según Alpaca, se deslizan a menudo errores. Ambas normas estarían en definitiva encaminadas a la protección de bienes jurídicos, sin que el autor entre en la definición de este, aunque, eso sí, poniendo de relieve, de nuevo con razón, que la idea del bien jurídico explica que las normas no se legitiman por sí mismas ni tienen como fin mantener su propia existencia. Ambas normas, las dos jurídico-penales, tendrían una misma estructura, en cuanto se dirigen a ciertos sujetos (distintos, claro) —y por ello son normas de determinación con el *prius* de

una valoración— y en cuanto que su infracción es sancionada en ambos casos por el Derecho. Todas esas ideas las desarrolla Alpaca, extrayendo ricas consecuencias, a lo largo de bastantes páginas, en que, entre otras cosas, se explica la importancia y alcance del desvalor de resultado, la adopción, en relación con la norma primaria, de una perspectiva *ex ante*, la idea de que la norma secundaria protege bienes jurídicos de forma mediata, a través del aseguramiento de la norma primaria, si bien la infracción de esta no sería el único presupuesto de la aplicación de aquella y la imposición de una pena, que la norma secundaria, aunque se dirige al juez, puede desarrollar efectos pragmáticos sobre el ciudadano, la concreción de las funciones de la norma primaria y la secundaria, destacando la de motivación (que matiza es pretensión de motivación) y su alcance, la relación entre ellas, la decantación del autor por una concepción de la norma primaria independiente de la sanción penal (lo que le va acercando a una concepción preventiva basada más en la convención social que en la intimidación por el castigo —que no descarta que se produzca en ocasiones—, siendo así que yo considero esto último muy relevante, sin descartar lo primero, tal vez porque sustentó una idea del ser humano «menos bondadosa» de la que sirve de base a Alfredo Alpaca, si bien, naturalmente, su razonamiento se apoya en argumentos mucho más sólidos que una mera visión positiva de la persona, que el lector podrá seguir con gran claridad, compartiéndolos todos o no), vinculándose la amenaza de pena con la norma secundaria, como primera manifestación de esta, siendo la imposición de la sanción la segunda etapa, etcétera.

Además, entiende el autor del libro que norma primaria y norma secundaria son, cada una, norma en sí misma y no componente de una supuesta norma compleja superior, y no pueden equipararse respectivamente a supuesto de hecho y consecuencia jurídica, intentando explicar que esa otra común concepción de la estructura lógico-formal de la norma, errónea, se debe seguramente a (esto sí sería correcto) que la norma primaria es supuesto de aplicación de la secundaria, como el supuesto de hecho lo es de la consecuencia jurídica. Fundamental en el desarrollo del tratamiento de la norma primaria y secundaria es la consecuencia defendida por Alpaca (y ya apuntada antes), de que la norma primaria no se dirige a todos (como sostenemos los partidarios de la concepción mayoritaria), sino solo al sujeto que se encuentra en situación de entenderla y seguirla, pues solo a él puede imponerle un deber. La idea de que los inimputables a menudo siguen los mandatos de la norma estaría huérfana de fundamentación suficiente. Pero, además, no basta con un sujeto imputable, sino que este debe encontrarse en una específica situación, conocida por el propio sujeto. Solo con lo anterior se sostendría la vigencia de aforismo *ultra posse nemo obligatur* o formulaciones similares, siendo contradictorio, según él, sostener que la norma se dirige a todos y que a la vez los imperativos y prohibiciones penales pretenden encauzar conductas humanas.

Advierte (aquí de nuevo su planteamiento diferenciado) que ello no significa que un inimputable no pueda realizar un injusto penal (un hecho de relevancia jurídico-penal), pero que no podrá reprochársele. Esto último es algo que podría aceptar la doctrina mayoritaria, pero la peculiaridad de los sostenido por Alpaca es que ese injusto no supondría la infracción de una norma de determinación (y menos de valoración). Mi opinión no es aquí importante y el tema requeriría un debate que aquí no es posible. Sin embargo, sigo pensando que la norma se dirige a todos, con una *pretensión general* de motivación (y expresando además una valoración general); dando la vuelta al argumento, tampoco está suficientemente demostrado que los inimputables (y otros sujetos en situación de inculpabilidad) sean absolutamente inmotivables por la norma, que nunca les pueda alcanzar (aun cuando se trate de una motivabilidad anormal; si hay casos de absoluta inmotivabilidad no será discutido aquí, pero, desde luego no serán todos los de falta de culpabilidad en el sentido clásico, sino más bien —de existir— excepcionales). Y, si así fuera, aún cabría apelar a razones utilitarias, como hace, por ejemplo, Greco: la norma se dirige a todos (aun cuando no pueda —no pudiera, diría yo— motivar a los inimputables) para no fomentar su quebranto por personas que actúen en la esperanza de no ser declaradas culpables (si bien Alpaca se adhiere y amplía las críticas a esta tesis, a la que le reconoce algunos méritos).

Tras interesantes observaciones sobre la relación entre precepto penal y norma (lenguaje, destino o razón del sometimiento al principio de legalidad y mandato de certeza, momento de aparición de la norma primaria, sometimiento a pena y prohibición), se adentra el autor del libro en una cuestión crucial en su investigación, la de la legitimidad material de la norma jurídico-penal. Ya se ha señalado que Alpaca sostiene que las normas se orientan a la protección de bienes jurídicos, pero desarrolla más esta idea para confirmar que es así y que no se trata de la defensa de derechos subjetivos. Después de un repaso y valoración de las principales posiciones al respecto, sobre todo de las que defienden que se trata de derechos subjetivos, Alpaca defiende la autonomía del Derecho penal en la configuración de sus normas, aunque admite alguna de las críticas al concepto de bien jurídico procedente de ese sector, deja ver una cierta simpatía por sus planteamientos y, de nuevo, intentando conciliar lo que parecía difícilmente conciliable, sostiene que la idea del derecho subjetivo no necesariamente excluye la de bien jurídico, sino que puede complementarla y hacerla más fructífera, pues, frente a la insistencia mayoritaria en los deberes, se estaría olvidando que el deber tiene como contrapartida un derecho subjetivo (del sujeto pasivo), conectando esto a la idea de que la imposición de un deber sirve siempre a la garantía jurídica de la libertad de otro, pero (y aquí viene el matiz y la conciliación pretendida por Alpaca) solo si el ejercicio de esa libertad se refiere al bien jurídico que refleja la valoración subyacente

al mensaje prescriptivo de la norma, resultando por tanto que «el bien jurídico, desde una dimensión dinámica, necesita del derecho subjetivo». Este entendimiento tendría importantes repercusiones en otros ámbitos concretos del injusto (imputación objetiva, justificación). El propio Alpaca deja abierto a un futuro análisis más detallado el posible rendimiento de la idea de bien jurídico y la valoración de algunas de las opiniones que lo defienden. Sin duda, su propuesta no es baladí y habrá de debatirse si es posible la conciliación que propone. En todo caso, lo que me sigue pareciendo difícil (y no es la propuesta del autor del libro) es la aceptación de la tesis exclusiva del derecho subjetivo frente a la del bien jurídico, pues, entre otras cosas (yo también necesitaría un estudio más profundo), pese a los esfuerzos, a veces muy valiosos, de sus defensores, me parece que la idea tiene dificultades (o requiere mayores esfuerzos) para explicar lo que protegen tipos como, por ejemplo, la rebelión, la prevaricación judicial o los relativos a personas internacionalmente protegidas, por poner solo algunos ejemplos (de lo que la doctrina mayoritaria llamamos tipos que protegen bienes jurídicos colectivos). En todo caso, la propuesta de Alpaca pretende reforzar la idea de protección de bienes jurídicos, afinando en el futuro el concepto de estos, algo sin duda necesario, y, por tanto, sea acertada o no, debe ser bienvenida para el debate.

En una parte también nuclear de la obra desarrolla el autor su idea, ya apuntada, de que la antinormatividad (contrariedad a la norma) no se corresponde con el injusto y la incapacidad de la doctrina dominante para explicar por qué la mera lesividad puede infringir una norma, por qué el dolo pertenece al injusto, pero la conciencia de la antijuridicidad es un elemento de la culpabilidad, o por qué infringe una norma quien no reúne las circunstancias subjetivo-individuales y situacionales para comprenderla y poder seguir el deber que le impone. Con riqueza de detalle y, como siempre, con una valoración, expone la visión al respecto de las más importantes corrientes penales que se han ocupado de esas cuestiones (incluida aquella a la que me siento más cercano, que denomina «teoría de la motivación», lógicamente con reiteración de críticas anteriores y que volverán a repetirse), nada de lo cual puede resumirse aquí.

Al final de ese recorrido, desarrolla su posición personal, que ya ha ido asentando en fases anteriores de la obra. Para Alpaca, la norma primaria es un instrumento del legislador para modificar o mantener la realidad, desde una pretensión de motivación (como toda pretensión, no siempre exitosa). Su eficacia va a depender de las condiciones individuales del destinatario y, al contrario de lo que sucede en la visión mayoritaria, que se centra en el emisor y señala que la norma se dirige a todos (al «sujeto medio ideal»), sería importante fijarse en el destinatario, que, para que exista una comunicación y no un monólogo, debería ser un interlocutor idóneo: la norma primaria, si se utiliza racionalmente, ha de tener en cuenta al concreto individuo en

su situación específica, cosa que la doctrina dominante solo considera en sede de culpabilidad. Al ciudadano, no obstante, han de dársele medios distintos de la norma primaria también en el caso de intervenciones ilegítimas (Alpaca usa esta palabra, lo que quizá requeriría de ulteriores explicaciones) de inimputables (que no serían, por tanto, destinatarios de la norma), lo que sucedería a través de los derechos de defensa o necesidad. El Estado no puede conformarse con razones preventivas (consecuencialistas) para imponer, dejar de imponer o limitar la imposición de penas, sino que debe justificar frente al individuo (solo después frente a la sociedad) las razones de la imposición de un mal.

El destinatario de la norma no es general (el destino a la generalidad es de la conminación de pena), sino, como tantas veces se ha dicho, un individuo concreto en sus circunstancias concretas. La pretensión de generalidad del destino de la norma (que sostiene la doctrina dominante) es inútil, por meramente declarativa. Por el contrario, la norma dirige su mensaje prescriptivo a un ciudadano y le impone un deber de actuar o abstenerse de hacerlo y, más allá, asigna un derecho correspondiente al ciudadano cuya esfera de libertad ha de mantenerse frente a la conducta del obligado, protegiendo así los bienes jurídicos de un ciudadano frente a la arbitrariedad de otro, a la vez que protege al ciudadano de la arbitrariedad del Estado, que solo puede castigarle si infringe el deber que la norma le impone en la situación concreta. La igualdad y la imparcialidad no implican un destino de la norma a la generalidad, sino que deben adecuarse a las circunstancias específicas (no es igual el inimputable que el imputable, ni el desconocedor de la prohibición que el que la conoce). Personalmente estoy de acuerdo en lo último, pero no acabo de ver la dificultad de apreciar esas diferencias solo en sede de culpabilidad. Por fin, la norma social sería, según Alpaca, un estándar no necesariamente general, en el sentido de inamovible para todos, sino que tiene en cuenta la situación concreta y el individuo concreto en la sociedad, por lo que ni siquiera esa norma social lastra la configuración de la norma jurídica (primaria) como dirigida al individuo concreto en sus específicas circunstancias.

Aunque la norma se dirige solo a quienes pueden motivarse por ella, Alpaca sostiene (pero, naturalmente, desde postulados muy diferentes a los de la doctrina dominante) que puede decirse, sin embargo, que el inimputable (y otros no motivables) comete un hecho antijurídico en cuanto la dimensión externa del hecho es presupuesto para la actuación de otros (los terceros), tanto para no intervenir como para poder defenderse del hecho, es decir, la norma se dirige a los que pueden entenderla para decirles que no cometan delitos, pero también que, si pueden ser afectados por un delito, pueden actuar para proteger sus bienes jurídicos, o que, si otro va a cometer un delito, no intervengan en él. Se confirma entonces la concepción dual que sostiene: la norma es expectativa, fuente de derechos para unos y norma de conducta,

fuente de deberes, para otros. Insiste el autor de la obra en que la norma no puede dirigirse a quien no puede motivarse por ella y este no puede infringir el deber impuesto por la norma (*ultra posse nemo obligatur*). De modo que, aunque la doctrina mayoritaria tendrá (tendremos) en cuenta las condiciones concretas e individuales en la culpabilidad, en todo caso erraría al decir que, por ejemplo, el inimputable incumple un deber, dedicando nuevas páginas a argumentar contra ello.

Llegando ya a la cuestión central de si es posible y cómo distinguir las categorías del injusto y la culpabilidad, realiza un repaso crítico de la doctrina dominante (entendiendo, obviamente, que no fundamenta bien esa distinción), pero también de otras posiciones que trastocan esa distinción a veces con un punto de partida similar al de Alpaca (que solo quien posee las condiciones necesarias para ser destinatario de la norma podrá infringirla). Retoma así, para fundamentar su posición, la distinción entre teoría de la norma y teoría de la pena, que también subrayan otros autores. Él mismo confiesa la dificultad para conciliar el consecuencialismo propio del objeto de protección de la norma primaria (el bien jurídico) y el deontologismo característico del carácter imperativo de la norma, aunque cree que es posible. En el injusto se valorará la lesividad del hecho y en la culpabilidad la infracción del deber impuesto por la norma imperativa. Deja Alpaca para una futura investigación un análisis profundo de la categoría de la culpabilidad.

En cuanto al injusto, tras un repaso a distintos aspectos que considera de interés y a su evolución doctrinal y las dudas y objeciones que para él suscitan, por tener como punto de partida el entendimiento del injusto como contrariedad a la norma, y otras interesantes apreciaciones, confirma su posición de que, siendo el injusto una categoría valorativa (esto no es novedad), se trataría de que el hecho sea objeto de una desvaloración jurídica de cara a terceros. El genuino fundamento del injusto sería la dañosidad o lesividad social (injusto como valoración, pero no como antinormatividad), llegando, tras reafirmar los postulados vistos anteriormente, a la idea de que habría un injusto allí donde la compatibilización de las distintas esferas de libertad no se produce y se usurpa una esfera de libertad ajena. La autonomía tiene a su servicio al bien jurídico, que, a su vez, está protegido por el derecho subjetivo. El injusto fija lo que es objetivamente incorrecto y hace aparecer derechos de defensa (en general) y deberes de impedir la participación en esos hechos.

A partir de ello, el autor realiza consideraciones sobre la necesidad de tener en cuenta el conocimiento por el sujeto de la peligrosidad de la conducta para valorar objetivamente (intersubjetivamente) el hecho, sobre la mayor gravedad del delito doloso frente al imprudente, sobre la diferencia de la imprudencia respecto del dolo, pese a que ambos comparten la misma norma primaria. Y también sobre el desvalor del resultado y el de la acción

como valoraciones propias del injusto. La lesividad, caracterizadora del injusto, es independiente de la imputabilidad o inimputabilidad del autor, lo que es muestra de que injusto y culpabilidad están separados. La norma primaria se despliega a lo largo de las distintas categorías del delito: en el injusto desempeñaría una función distributiva, de compatibilización de esferas de libertad, como ya se he mencionado; habría un injusto, no cuando se infringe la norma, sino cuando se afecta la coexistencia externa entre esferas de libertad de los miembros de la comunidad.

La última parte del libro, aunque es una parte extensa e importante, va a ser mencionada aquí de modo muy breve, entre otras cosas porque ya no debe alargarse más este prólogo. Se dedica a extraer consecuencias y reflejar su concepción en relación con las conductas justificadas, desde la idea de que quien actúa justificadamente no infringe un deber impuesto por la norma primaria. La justificación operaría dentro de la función distributiva: la norma permisiva otorgaría un derecho subjetivo (barrera contra el arbitrio ajeno en la esfera propia de libertad) para restaurar la compatibilización de esferas de libertad, protegiendo así el correspondiente bien jurídico. Alpaca va a aceptar la teoría de los elementos negativos del tipo (que yo también comparto), si bien criticando su configuración tradicional por su falta de base normológica, que él pretende prestarle. A partir de estas ideas, realiza reflexiones sobre dos causas de justificación, la legítima defensa y el estado de necesidad (defensivo y agresivo), que aquí ni siquiera van a resumirse. A menudo llega a posiciones comunes en la doctrina o sectores importantes de ella, pero pretendiendo, una vez más, ofrecer una fundamentación normológica, desde su concepción; así, puede citarse, a modo de ejemplo, su exclusión de los inimputables (y de quienes obran en error de prohibición invencible) del círculo de sujetos que pueden llevar a cabo agresiones repelibles en legítima defensa, dejando las posibilidades de reacción reducidas a las propias del estado de necesidad defensivo.

El enorme esfuerzo que Alpaca realiza para mantener la separación de injusto y culpabilidad es realmente encomiable, pero, seguramente porque me inscribo en la doctrina mayoritaria, me pregunto (dejando abierta la cuestión en todo caso a un debate futuro sobre algo que llevo años planteándome a partir de las consideraciones de mi querido discípulo) si es necesario para acabar no tan lejos (no puedo decir que en el mismo lugar, pues algunas diferencias son notables) de lo que defendemos la doctrina dominante, si bien con una argumentación distinta. Y otras dudas, tal vez debidas a una insuficiente comprensión por mi parte: Alpaca deja claro que la norma primaria opera en los diferentes elementos de la teoría del delito, en el injusto con una función distributiva; pero ¿opera con la misma fuerza de verdad en toda la estructura del delito? Si la imputabilidad (y características cercanas) son presupuesto de la norma, ¿no pasa la culpabilidad al absoluto primer

plano de esa estructura? Estas y otras cuestiones deberán debatirse en el futuro y seguro que Alpaca aportará nuevos argumentos a ese debate.

Tras el anterior resumen incompleto de la obra, mucho más rica de lo que en él puede apreciarse, quiero mostrar también mi agradecimiento a cuantos la han favorecido y han apoyado a su autor. Son muchos en España y en otros países y no los mencionaré por no omitir injustamente algún nombre. También a las distintas instituciones que han acogido su investigación, igualmente en diversos países, destacando, naturalmente, nuestra Universidad de León, con la ayuda de un contrato predoctoral FPI vinculado a uno de los Proyectos de investigación nacionales (AEI) de los que he sido investigador principal, pero, como se verá enseguida, también antes sin contrato. No menos agradecido debo estar a la editorial Marcial Pons y a la colección en que se publica el libro y a quienes la dirigen: ella y ellos son garantía de calidad de las obras que publican.

Me he reservado para el final unas palabras sobre el autor de la obra y mi relación con él. Conocí a Alfredo hace años como alumno peruano (posteriormente ha adquirido también la nacionalidad española) en el Máster en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, a cuyo cuadro de docentes pertenezco desde su implantación y que tantas satisfacciones me ha dado. Alfredo había estudiado Derecho en una de las más prestigiosas universidades del Perú, la Pontificia Universidad Católica de ese país, en Lima (a la que, por cierto, también me siento especialmente vinculado y en la que enseñan varias personas que también fueron alumnos en Salamanca, algunas especialmente brillantes). Sus preguntas en clase eran incisivas, sus intervenciones informadas, su interés máximo. Me pidió, para mi fortuna, que dirigiera su trabajo de fin de máster, que fue excelente y como tal valorado en aquella prestigiosa universidad. Seguimos en contacto y, tras avatares diversos, me pidió que dirigiera su tesis doctoral, en este caso en el Programa de Doctorado de la Universidad de León del que formo parte. No solo eso, sino que, sin ser beneficiario de beca, ayuda o contrato alguno, me pidió trasladarse a León para trabajar a mi lado, con enorme esfuerzo y tirando de ahorros y de ayuda familiar (¡siempre he tenido suerte con mis discípulas y discípulos, pero el caso de Alfredo es singular!). De forma tan callada y modesta que el día que apareció en León, y por no molestar, Alfredo se fue a la biblioteca de la Facultad, de donde tuvimos que «rescatarlo» para que trabajara con nosotros en el seminario del Área de Derecho Penal. Desde entonces, además de trabajar duro en su tesis doctoral y algunas otras investigaciones, se incorporó y participó muy activamente en todas las tareas de nuestro grupo. Un tiempo después, además, consiguió un contrato como investigador predoctoral FPI, vinculado a un proyecto de investigación (AEI) del que yo era investigador principal, formalizándose así su vinculación a la Universidad de León, pudiendo percibir además los ingresos propios de ese contrato. Concluida la

tesis y terminado el contrato, ganó el concurso para una plaza de profesor ayudante doctor en la Universidad de Extremadura, donde actualmente se desempeña. Estoy seguro de que en breve conseguirá otras metas académicas y una vinculación de grado superior a la universidad.

Concluyo ya mostrando mi orgullo por vincular mi nombre a este libro (aunque mi papel no es el destacable, sin duda) y, muy especialmente, a su autor, mi querido discípulo Alfredo Alpaca Pérez. Y ahora, sumérjanse, lectores, en un trabajo de primera calidad. ¡Que lo disfruten!

En León, enero de 2022.

Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO
Catedrático de Derecho penal en la Universidad de León

NOTA PRELIMINAR

La presente obra constituye una versión revisada, actualizada y corregida de la tesis doctoral titulada «Injusto penal y teoría de las normas. Consideraciones normológicas sobre el delito y la pena», defendida el 25 de noviembre de 2019 en la Facultad de Derecho de la Universidad de León (España) y calificada por unanimidad como sobresaliente *cum laude* con mención internacional. El tribunal evaluador de la tesis estuvo presidido por el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña y compuesto por los Profs. Dres. Enrique Peñaranda Ramos y Luís Greco. A ellos les agradezco por haber aceptado formar parte del tribunal, así como por sus comentarios, sugerencias y críticas, que han sido fundamentales para mejorar y enriquecer la investigación. La tesis doctoral fue dirigida por el Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo, a quien agradezco por haberme brindado la oportunidad de realizar mi labor investigadora en el Área de Derecho Penal de la Universidad de León, así como por haberme permitido formar parte de los proyectos de investigación de los que también este trabajo se ha beneficiado. Agradezco también a los compañeros del Área, por su constante apoyo durante los años de realización de la tesis doctoral.

La tesis doctoral fue ampliamente desarrollada en el marco de tres estancias de investigación realizadas en Alemania: en la *Universität Augsburg*, la *Ludwig-Maximilians Universität München* y la *Humboldt Universität zu Berlin*. La primera y última fueron dirigidas por el Prof. Dr. Luís Greco, mientras que la segunda fue dirigida por el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Bernd Schünemann, a quien también agradezco por el tiempo concedido para dialogar sobre los asuntos reunidos en la investigación, así como por los comentarios escritos enviados después de defendida la tesis doctoral, de cara a su mejora. Agradezco también aquí al Prof. Dr. Jürgen Wolter, quien de la manera más amable me transmitió sus opiniones sobre varias ideas de la tesis, las que han sido absolutamente enriquecedoras.

Las formalidades del doctorado exigen que al momento del depósito de la tesis doctoral se incorporen dos informes de profesores evaluadores externos. Esta labor la asumieron gentilmente los Profs. Dres. Geovana Vallejo Jiménez e Iván Meini Méndez, a quienes expreso mi agradecimiento por esa colaboración.

A lo largo de los casi cinco años en los que se realizó la tesis doctoral, hubo la posibilidad de intercambiar ideas con algunos otros especialistas, quienes me brindaron valiosas observaciones y sugerencias que intenté recoger en la investigación. Por ello dirijo también mi gratitud a los Profs. Dres. Juan Antonio García Amado, Pablo Sánchez-Ostiz, Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Paulo de Sousa Mendes, Héctor Hernández Basualto, Mario Amoretti Navarro y Juan Pablo Uribe Barrera.

Después de finalizada la tesis doctoral tuve la oportunidad de incorporarme al Área de Derecho Penal de la Universidad de Extremadura, en la que actualmente desempeño la docencia. Quisiera agradecer aquí a los Profs. Dres. Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo, Emilio Cortés Bechiarelli, Alfonso Cardenal Murillo, Jordi Ortiz García y Giorgio Cerina, así como a los demás compañeros del Área, por recibirme en Cáceres de la manera más gentil, así como por su apoyo permanente.

La tesis doctoral fue realizada en el marco de los Proyectos de Investigación DER2013-47511-R (financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad) y DER2016-76715-R (financiado por la Agencia Estatal de Investigación, Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades), ambos dirigidos por el Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo.

Quisiera dedicar aquí un especial agradecimiento a mi familia: Luz Marina, Jesús Alberto y María del Carmen, por su apoyo incondicional y su comprensión, lo que solo puede tener explicación en el inagotable amor que me tienen. Finalmente, agradezco a Deisy, por ser quien es y por generosamente regalarme los días de su vida para así construir conmigo un «mundo en común».

INTRODUCCIÓN

La ciencia del Derecho penal, siguiendo, posiblemente, las enseñanzas de Feuerbach¹, describe usualmente sus fundamentos desde la perspectiva de la pena. Sin embargo, esta orientación podría no ser suficiente. Así, aunque las más importantes exposiciones del Derecho penal se ocupen de las denominadas «teorías de la pena» (frecuentemente) en sus primeras páginas², no se debe pasar por alto el hecho de que la fundamentación del Derecho penal no se puede limitar a la fundamentación de la pena. M. E. Mayer había señalado correctamente que la fundamentación del Derecho penal únicamente desde la perspectiva de la pena sería una «arrogación injustificada», pues la pena es solamente «una mitad del objeto de la reflexión»³. Esta observación expresaría, en realidad, la exigencia de un cambio de paradigma⁴, pues, según el mencionado autor, el Derecho penal no debía referirse a una teoría de la pena, sino a una teoría de la norma, fundamentada en el Derecho público o en la Filosofía del Derecho⁵. Con este planteamiento, M. E. Mayer pretendía justificar la utilización de una teoría de las normas como base metodológica para una teoría del Derecho penal, que en ese momento, finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, se debatía entre dos orientaciones: la teoría de las normas de Binding, quien, con una posición estrechamente ligada al positivismo jurídico, consideraba que la norma, conceptualmente previa e independiente a la ley penal, era de naturaleza jurídico-pública⁶; y, la teoría de las normas del propio M. E. Mayer, quien, con una postura más filosófica, planteaba que la norma no poseía carácter jurídico, sino que era una norma de cultura⁷. Aunque ninguna de estas orientaciones pudo imponerse totalmente en la ciencia jurídico-penal (la concepción de Binding, quien quería alejarse de las premisas filosóficas⁸, fue demasiado iuspositivista⁹ —o incluso

¹ FEUERBACH, *Revision*, t. I, 1799, 1 ss.

² Por todos, ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5.^a ed., 2020, 3/1 ss. (=ROXIN, *DP. PG.*, t. I, 1997, 3/1 ss.).

³ M. E. MAYER, *AT*, 1915, 417.

⁴ CALLIESS, *Dialogisches Recht*, 2005, 85.

⁵ M. E. MAYER, *AT*, 1915, 418.

⁶ BINDING, *Handbuch*, t. I, 1885, 162.

⁷ M. E. MAYER, *Rechtsnormen*, 1903, 17.

⁸ FUNKE, en KUBICIEL/LÖHNIG/PAWLIK/STUCKENBERG/WOHLERS (eds.), *Normen*, 2020, 11 ss.

⁹ Arthur KAUFMANN, *Unrechtsbewußtsein*, 1949, 43; AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, 1972, 77 ss. Parece relativizar el estricto positivismo de Binding, Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, 1954, 273 ss. (= *Teoría de las normas*, 1977, 365 ss.). Como señala CALLIESS, *Dialogisches Recht*, 2005, 86,

«formalista»¹⁰—, mientras que la comprensión de la norma de M. E. Mayer fue excesivamente metajurídica)¹¹, no puede negarse que la idea de la norma adquirió carta de ciudadanía y se mantiene vigente hasta hoy, principalmente, mediante la separación entre las categorías de la «norma de conducta» y la «norma de sanción», que constituye una distinción absolutamente dominante en la actualidad y que «pertenece desde hace tiempo al patrimonio común de la ciencia jurídico-penal alemana»¹². En virtud de esa separación, se afirma incluso la existencia de una concepción teórico-normativa *dualista* en la ciencia del Derecho penal¹³.

De esta manera, la teoría de las normas señala, básicamente, que existe una distinción conceptual entre una norma de conducta y una norma de sanción (aunque, en esta investigación, por los argumentos que serán ofrecidos más adelante, se prefiera denominarlas «norma primaria» y «norma secundaria», respectivamente). En ese sentido, la comisión de un delito no supone solamente que el correspondiente hecho típicamente antijurídico y culpable se haya realizado, sino principalmente que la norma primaria —esto es, un mandato o una prohibición dirigida al ciudadano—, que subyace al correspondiente precepto penal, se ha *infringido*, y que esta infracción constituye el necesario presupuesto para la aplicación de la norma secundaria, dirigida al juez. Este aparentemente sencillo planteamiento posee, a mi juicio, importantes consecuencias tanto para la teoría del delito como para la teoría de la pena¹⁴. En esta investigación me concentraré únicamente en el primer ámbito, esto es, en la teoría del delito.

Referirse al delito como la infracción de una norma pertenece al lenguaje usual en la ciencia del Derecho penal. Si se parte de la ampliamente difundida y mayoritariamente aceptada distinción conceptual entre injusto y culpabilidad se podrá verificar que la referencia a la norma se concentra en realidad en el ámbito del injusto, siendo el de la culpabilidad el escenario en el que se produce el reproche personal por la (previa) infracción de la norma. Dicho de otra manera: la antinormatividad se vincula a la categoría del injusto, por lo que incluso se equiparan conceptualmente¹⁵. Ahora bien, si se

si la teoría de las normas de Binding no logró imponerse fue porque «era puramente estática y orientada al positivismo». Recientemente, KUBICIEL, en KUBICIEL/LÖHNIG/PAWLIK/STUCKENBERG/WOHLERS (eds.), *Normen*, 2020, 334, señala que Binding «intentó situar el punto de partida de su sistema dentro del Derecho vigente y no en la filosofía».

¹⁰ VON LISZT, *ZStW*, 6 (1886), 663 ss.; MERKEL, *ZStW*, 6 (1886), 512 ss.

¹¹ BINDING, *Normen*, t. II-1, 2.ª ed., 1914, 368 ss., que consideró la posición de M. E. Mayer como una interpretación «sociológica» de la norma.

¹² RENZIKOWSKI, *GA*, 2007, 561.

¹³ RENZIKOWSKI, *ARSP*, 104, 2005, 116.

¹⁴ Vale la pena mencionar aquí que solo la relación entre la teoría del delito y la teoría de la pena constituye un asunto ampliamente debatido. Por todos, LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, 175 ss.; *FS-Jakobs*, 2007, 469 ss., 477 ss.; *Unrecht*, 2012, 52; HRUSCHKA, *Estudios*, 2005, 256 ss.; FRISCH, *GA*, 2015, 81.

¹⁵ Así ya desde von Liszt (mediante el concepto de «antijuridicidad formal»). Al respecto, por todos, ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5.ª ed., 2020, 14/4.