

Pena, delito y sistema del delito en transformación

Wolfgang Frisch

Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

*Abstract**

El delito, la pena, y la teoría de la pena, todos ellos conceptos fundamentales del Derecho penal, se hallan en las últimas décadas –nuevamente– inmersos en un proceso de transformación. Mientras que en el caso del concepto de delito este proceso se plasma en definiciones e intentos de explicación del hecho punible enfrentados entre sí, en el caso de la pena y de las teorías de la pena dicha evolución supone más bien el abandono discreto y silencioso de aquellos postulados básicos sobre los cuales venía debatiéndose de manera enérgica desde hace décadas. El presente trabajo pretende poner de manifiesto que ambos fenómenos y procesos de evolución están interrelacionados. Al mismo tiempo, se debería también aquí lograr poner de relieve que ciertas formas nuevas de comprensión del delito no constituyen tan solo un pasatiempo teórico, sino que abren, a su vez, nuevas y fértiles perspectivas para el sistema del delito.

Die strafrechtlichen Grundbegriffe der Straftat und der Strafe sowie die Straftheorie sind in den letzten Jahrzehnten –wieder– in Bewegung geraten. Während sich dies beim Begriff der Straftat in konkurrierenden Definitionen und Deutungsversuchen niederschlägt, handelt es sich im Bereich der Strafe und der Straftheorien eher um eine stillschweigende Verabschiedung von Positionen, um die noch vor Jahrzehnten heftig gekämpft worden ist. Ich will in meinem Beitrag aufzeigen, dass beide Phänomene und Entwicklungen etwas miteinander zu tun haben. Zugleich soll verdeutlicht werden, dass gewisse neue Verständnisse der Straftat nicht nur eine theoretische Spielerei sind, sondern der Straftatsystematik fruchtbare neue Perspektiven eröffnen.

During the last decades the fundamental criminal concepts of crime and punishment as well as the theory of criminal justice are changing – once again. Whereas in the concept of crime this finds an expression in competing definitions and attempts of interpretation, in the fields of punishment and of the theory of criminal justice this is rather reflected in the implied abandonment of positions around which there have been intense discussions for decades. In my article I want to show that both phenomena and evolutions have something to do with one another. The intention is also to demonstrate that certain new ways of understanding the crime are not merely theoretical pastimes, but that they provide the crime system with new and fruitful perspectives.

Titel: Strafe, Straftat und Straftatsystem im Wandel.

Title: Punishment, crime and crime system in the midst of change.

Palabras clave: pena, delito, sistema del delito, concepto comunicativo o expresivo de delito, requisitos constitucionales en el concepto de delito.

Stichworte: Strafe, Straftat, Straftatsystem, kommunikative oder expressive Straftatsbegriff, verfassungsrechtlichen Anforderungen an dem Straftatbegriff.

Keywords: punishment, crime, crime system, communicative or expressive notion of crime, constitutional requirements regarding the concept of crime.

* Traducción a cargo de Ivó Coca Vila (Universidad Pompeu Fabra/Albert-Ludwigs-Universität Freiburg) de la versión original alemana que aparecerá publicada próximamente en el número 2 de la revista *Goldammer's Archiv für Strafrecht* del año 2015, bajo el título: «Strafe, Straftat und Straftatsystem im Wandel».

Sumario

1. Sobre el concepto de delito – Un breve relato de su transformación
 - 1.1. El concepto tradicional: El delito como “mala acción” (imputable), como menoscabo injusto y culpable de un bien jurídico o como acto disvalioso
 - 1.2. Nuevas concepciones: El delito como expresión de sentido (cuestionamiento de la vigencia de la norma) – El concepto de delito ideal, comunicativo o expresivo
 - 1.3. Lo controvertido del nuevo concepto – Las preguntas que esperan respuesta
2. Sobre el trasfondo de la “nueva concepción” del delito: Un cambio en el ámbito de las teorías de la pena
 - 2.1. El cambio en el ámbito de las teorías de la pena: Las teorías que ya nadie patrocina y aquellas todavía defendibles
 - 2.2. La (nueva) transformación del concepto de delito como adaptación a los efectivos cambios en el ámbito de las teorías de la pena
 - 2.3. Resultado provisional y preguntas abiertas
3. Sobre la cuestión de la legitimación: La pena como la respuesta que confirma la vigencia de la norma frente al cuestionamiento de su validez a través del delito
 - 3.1. ¿La legitimación de la pena por la mera constatación del presupuesto de la amenaza? Presupuestos para la legitimación de la conminación penal
 - 3.2. Sobre el trasfondo de la imposición de la pena: El delito como cuestionamiento de la vigencia de la norma – La pena como confirmación de la vigencia de la norma a costa del autor
 - 3.3. Preguntas abiertas: La concreción del concepto de delito y su relación con el concepto tradicional
4. Hacia la concreción del concepto de delito ideal (comunicativo) y sobre su relación con el concepto tradicional de delito
 - 4.1. Un esbozo del desarrollo del concepto de delito ideal y una comparativa con el concepto tradicional
 - a) Concreción en el marco de la teoría del delito
 - b) Concreción en el marco de la teoría de la medición de la pena
 - 4.2. Las razones básicas que imposibilitan renunciar al cambio
 - a) Teoría de la pena y delito como una unidad: La necesidad de revisión de la comprensión fundamental del delito
 - b) Necesidad de revisión adicional: Requisitos jurídico-constitucionales en la configuración del concepto de delito
 - c) La diversa relevancia de condiciones aparentemente idénticas
 - 4.3. El distinto significado del requisito de la capacidad de culpabilidad en los conceptos de delito tradicional e ideal
 - 4.4. El requisito de la necesidad de refutación del cuestionamiento como exigencia para la legitimación del delito
 - a) Cuestiones fundamentales
 - b) El desistimiento voluntario de la tentativa como ejemplo de la falta de necesidad de refutación
 - c) Las situaciones de exculpación como ejemplo de la falta de necesidad de una refutación expresa
5. Bibliografía

1. Sobre el concepto de delito – Un breve relato de su transformación

La mejor manera posible de mostrar la transformación sufrida por el concepto de delito pasa por comenzar esta exposición con la conocida definición del delito formulada por Hugo Grocio en “Del derecho de la guerra y de la paz”¹ (“*De jure belli ac pacis*”). Pese a estar ésta más bien orientada a caracterizar la esencia y el fundamento de la pena, es perfectamente posible reconocer también en tal definición una forma específica de comprender el delito que durante un largo periodo de tiempo ha gozado de una inquebrantable validez. La pena se define allí como un mal o sufrimiento (*malum passionis*) que se inflige al autor por su “mala acción” (*malum actionis*). Los ejemplos paradigmáticos de estas “malas acciones” serían el homicidio o la lesión de la integridad física de otro, el hurto y el robo, pero también aquellos hechos respecto a los cuales la generalidad tiene un gran interés en que no tengan lugar, como el perjurio, la prevaricación o – durante un largo período de tiempo- la blasfemia.

1.1. El concepto tradicional: El delito como “mala acción” (imputable), como menoscabo injusto y culpable de un bien jurídico o acto disvalioso

Este concepto de delito, en sus orígenes todavía notablemente naturalístico y teñido en parte también de connotaciones religiosas, ha sido domesticado y precisado por juristas y filósofos a lo largo de los siglos.² Precisamente ellos fueron quienes plantearon la específica cuestión de qué es aquello que convierte un suceso indeseado desencadenado o no evitado por una persona (p. ej., la provocación de la muerte o la lesión de otro) en un delito y lo distingue, por ejemplo, de la mera mala suerte. El resultado fue un sistema de imputación que en el siglo XVIII y principios del XIX había logrado encontrar un amplio reconocimiento en prácticamente todos los Estados de Europa. Por entonces, constituía únicamente delito aquello que *de facto* le podía ser imputado al agente como su obra, pues era precisamente en la persona en dónde residía el poder para que aquello que había sucedido no hubiera tenido lugar. Asimismo, se le debía también poder imputar el suceso a la persona en cuestión jurídicamente, esto es, en la medida en que fuera posible esperar jurídicamente que hubiera evitado (o impedido) aquello que había producido (o no impedido).³ El delito se entendía, pues, como aquella “mala acción” imputable tanto fáctica como jurídicamente, un suceso desvalorado (*unwertig*) por el que el autor era responsable tanto desde una perspectiva fáctica como jurídica.

Sin embargo, la comprensión del delito como un suceso indeseado imputable fáctica y jurídicamente a su autor se desmoronó en el siglo XIX de la mano de un por entonces emergente

¹ Al respecto, cfr. Hugo GROTIUS, *De jura belli ac pacis*, 1625, Lib. II Cap. XX (traducción alemana: *Vom Recht des Krieges und des Friedens*, ed. a cargo de W. SCHÄTZEL, 1950, pp. 325 y ss. de la traducción).

² Sobre la formación del Derecho penal, del concepto de pena y del delito, así como sobre sus presupuestos, todo ello desde planteamientos filosóficos, con detalle y referencias adicionales, FRISCH, «Rechtsphilosophie und Strafrecht in Europa», GA, 2007, 250 y ss., 255 y ss.

³ Sobre este sistema, que se remonta en esencia a Hugo GROCIO y en particular a PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, 1672, Lib. I Cap. V §§ 5 y ss. Vid. p. ej., LOENING, *Geschichte der strafrechtlichen Zurechnungslehre*, t. I, 1903, p. XI; vid. también HARDWIG, *Die Zurechnung*, 1957, pp. 35 y ss.; HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, 1976, pp. 2 y ss.; WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, 1958, pp. 84 y ss.; ulteriores referencias en FRISCH, GA, 2007, pp. 250, 255 y ss.; próximamente también, FRISCH, *Philosophische Grundlagen des Strafrechts*, 2015, Cap. III.

naturalismo y del positivismo jurídico de la época.⁴ Ambas nuevas corrientes, desde sus respectivos postulados esenciales, imprimieron asimismo al concepto de delito un nuevo carácter. La vinculación del concepto de delito con el menoscabo (descrito típicamente) de un bien jurídico protegido (recogido en una ley penal) proviene del aparato conceptual del positivismo jurídico.⁵ Y es desde el naturalismo desde donde se importa la comprensión del menoscabo de un bien jurídico como el acontecimiento desencadenado por una persona a través de un movimiento corporal voluntario (*willkürlich*). Asimismo, la teoría del Derecho del siglo XIX proporcionó algunos elementos de determinación adicionales en la configuración de la distinción entre injusto y culpabilidad.⁶ Como resultado de la fusión de todos estos factores se erige en las postrimerías del siglo XIX y comienzos del XX el concepto de delito clásico. El hecho punible se configura como el menoscabo de un bien jurídico descrito típicamente reconducible a un movimiento corporal voluntario y que se presenta como el injusto culpable del autor. En su esencia, se trata éste de un concepto de delito acentuadamente fáctico-objetivo (*gegenständlich*),* en el sentido de algo aprehensible, que se materializa en la naturaleza, como lo habían sido a su vez algunas otras antiguas concepciones del delito. El hecho punible se concibe como un suceso aprehensible, que se inicia con un movimiento voluntario y que concluye con el menoscabo de un determinado bien y, todo ello, al margen de que para que ese suceso pueda ser visto como un delito se deben cumplir asimismo determinados requisitos jurídicos valorativos (el suceso debe estar comprendido en un tipo penal; no deben concurrir causas de justificación; debe afirmarse la culpabilidad, por ejemplo, entendida como la reprochabilidad del suceso).

Esta concepción del hecho punible eminentemente fáctico-objetiva se mantuvo en boga hasta bien entrado el siglo XX. Y lo cierto es que su configuración no se vio alterada por el avance y la posterior marcha triunfal de la así llamada teoría del injusto personal.⁷ Pese a poner ésta –y con razón– de relieve que la esencia del injusto penal no debe ser vista tanto en el menoscabo efectivo del bien jurídico que tiene lugar, esto es, en el desvalor del resultado, como en el desvalor de la

⁴ Al respecto, vid. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 4 y ss., 11 y ss., 29 y ss., 152 y ss.; asimismo, próximamente FRISCH, *Philosophische Grundlagen des Strafrechts*, 2015, Cap. III, B.

⁵ Sobre el significado del concepto de bien jurídico para el desarrollo del Derecho penal en el siglo XIX, véase en especial, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 15 y ss.; vid. también, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 127 y ss.

⁶ Al respecto vid., por ejemplo, H.A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, 1911, pp. 120 y ss.; MEZGER, «Die subjektiven Unrechtselemente», *GS*, (89) 1924, pp. 211 y ss.; WELZEL, «Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre», *JuS*, 1966, pp. 421 y s.; sin embargo parcialmente crítico con el planteamiento de Welzel, vid. F.C. SCHROEDER, «Die Entwicklung der Gliederung der Straftat in Deutschland» en HOYER (ed.), *Friedrich Christian Schroeder. Beiträge zur Gesetzgebungslehre und Strafrechtsdogmatik*, 2011, pp. 106 y s., 112 y s.; y además, ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtsdogmatischen Schuldlehre*, 1974, pp. 19 y ss.

* (N. del T.): En lo que sigue el adjetivo “gegenständlich” se traduce como “fáctico-objetivo”. Debe quedar claro que el concepto fáctico-objetivo de delito al que aquí se hace referencia nada tiene que ver con el concepto prepositivo dogmático de delito (concepto material de delito), sino con una forma de comprensión del injusto eminentemente objetivo-figurativa, en la que el delito es concebido como algo que se materializa en la naturaleza y resulta aprehensible por los sentidos. En este sentido, el delito es aquella modificación del mundo perceptible y jurídicamente (des)valorada.

⁷ Al respecto, fundamental, WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4ª ed., 1961, pp. 29 y s.; EL MISMO, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 62; con información detallada sobre el desarrollo de la teoría del injusto personal LAMPE, *Das personale Unrecht*, 1967, pp. 13 y ss.

acción o del acto,⁸ esto, sin embargo, no logró modificar un ápice el carácter fáctico-objetivo del concepto de delito. Así entendido, el delito se configura como un actuar con una determinada esencia constitutiva (*Seinsbechaffenhait*) que presenta una referencia negativa para con los bienes ajenos, si bien ello solo llega a constituir un hecho punible cuando se llevan a cabo asimismo determinadas valoraciones jurídicas (típico, no justificado, etc.)

1.2. Nuevas concepciones: El delito como expresión de sentido (cuestionamiento de la vigencia de la norma) – El concepto de delito ideal, comunicativo o expresivo

Frente a esta comprensión del delito todavía dominante a día de hoy, viene abriéndose paso desde las dos últimas décadas del siglo XX en adelante una concepción o enfatización del hecho punible distinta. Conforme a ella no se localizaría ya tanto en el epicentro de la definición y de la comprensión del hecho punible el ataque o el menoscabo a un bien jurídico, cuya protección es, conforme a una extendida opinión, el fin o la función del Derecho penal. Más bien, en el foco de la comprensión adecuada del delito se abre sitio ahora una relación distinta y un punto de referencia también distinto: la norma o el ordenamiento de normas que el comportamiento del autor contradice.

Como enunciaciones características de esta manera de entender el delito (de este intento de captar su esencia) cabe aludir a la siguientes formas de representación del hecho punible que, en lo sustancial, resultan ser todas ellas ampliamente coincidentes:⁹ el delito se concibe como un no reconocimiento o un cuestionamiento de la vigencia de la norma (infringida), o bien se comprende como un menosprecio de la norma infringida o del mismo Ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, se le atribuye al delito un determinado contenido de sentido (*Sinngehalt*) en relación con el Derecho, es concebido como una expresión de sentido.¹⁰ En la mayoría de las ocasiones, esta concepción del delito aparece estrechamente vinculada con la fundamentación de

⁸ Vid. por ejemplo, WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4ª ed., 1961, pp. XI y s., y 8 y ss.; EL MISMO, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 62, pero también ya en las pp. 2 y ss. (a propósito de la función del Derecho penal).

⁹ En relación con las formas de representación del hecho punible referidas en el texto, véase, por ejemplo FRISCH, «Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs» en CANARIS et al. (ed.), *50 Jahre Bundesgerichtshof*, 2000, pp. 269, 278 y s.; EL MISMO, «Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung» en BRITZ (ed.), *Grundfragen staatlichen Strafrechts: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, 2001, p. 237, 253 y s.; así también, BLOY, «Symbolik im Strafrecht» en FREUND (ed.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, 2013, pp. 59, 71 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, «Positive Generalprävention. Gedanken zur Straftheorie Günther Jakobs'» en PAWLIK (ed.), *Festschrift für Günther Jakobs: zum 70. Geburtstag*, 2007, pp. 75, 85 y ss.; FREUND, *Strafrecht. AT*, 2ª ed., 2008, § 1 Nm. 8 y ss.; JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, pp. 24 y ss.; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 13 y ss., 22 y s.; HAAS, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, 2008, pp. 263 y ss., 268 y ss.; KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, pp. 9, 14 y s., 69 y ss.; MURMANN, «Strafzumessung und Strafverfahren» en FREUND (ed.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, 2013, p. 1131, 1135; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 55 y ss., 76 y ss.; TIMM, *Gesinnung und Straftat*, 2012, pp. 43 y ss., 55 y ss.; ROBLES PLANAS, «Zur Dogmatik der Kriminalpolitik» en FREUND (ed.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, 2013, pp. 115, 118, 120, 125; EL MISMO, «Zum Strafunrechtsausschluss» en ZÖLLER (ed.) *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension: Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag*, 2013, pp. 493 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, «Rationale Strafzumessung durch Straftatdogmatik» en HERZOG (ed.), *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, 2011, pp. 625 y ss., 633 y s.

¹⁰ Vid., p. ej., JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, pp. 23 y ss., 27 y s., 33 y ss., 36 (aunque en referencia ya a la acción).

la pena, en especial, a partir de las nociones de indicación (*Gebotenheit*) y adecuación (*Angemessenheit*) de la pena: el hecho cometido por el autor debe ser contradicho (mediante la pena), pues implicaría un cuestionamiento de la vigencia de la norma que no podría quedar sin réplica o contra el que el Derecho debería defenderse o mostrarse como inquebrantable. Una puesta en entredicho de la vigencia de la norma de este tipo no solo puede advertirse en el apartamiento consciente respecto de aquella norma que a los ojos del autor se muestra con meridiana claridad, esto es, en el actuar con *dolus malus*. Sin embargo, también cuando el agente no satisface a través de su comportamiento –aunque sin *dolus malus*¹¹ o incluso sin dolo natural-determinadas expectativas jurídicas cabe apreciar un cuestionamiento de la vigencia de aquellas normas que el sujeto, pese a que podía y debía, finalmente no cumple.

La comprensión del delito acabada de esbozar no es completamente nueva, pues lo cierto es que tiene antecesores. Ya HEGEL caracterizó el delito como la negación del Derecho,¹² por cierto, también a propósito de la fundamentación (del carácter necesario) de la pena: la negación del Derecho ínsita al hecho delictivo sencillamente no podría quedar sin respuesta; la negación del Derecho debería ser anulada y con ello restablecida la vigencia del ordenamiento jurídico.¹³ Una multitud de nuevas tomas de postura en torno a la esencia del delito se basan de forma totalmente explícita en esta visión del delito, enfoque que todavía puede encontrarse en la ciencia jurídico-penal de la primera mitad del siglo XIX y que, no obstante, posteriormente, ya en la segunda mitad de ese mismo siglo fue reemplazado por la referida comprensión naturalística del hecho punible.¹⁴

1.3. Lo controvertido del nuevo concepto – Las preguntas que esperan respuesta

Esta “nueva concepción” del delito acabada de esbozar, como no podría ser de otra manera, encontró ya tempranamente oposición. Para algunos, tan solo el paralelismo establecido con el planteamiento de HEGEL, al que todavía muchos consideran hoy defensor de una teoría absoluta de la pena, sería motivo suficiente para rechazar una comprensión del delito como esta. Sin embargo, dejando esto último al margen, lo cierto es que la concepción ideal, comunicativa o expresiva del delito se ha topado igualmente con críticas adicionales: una concepción del delito como la señalada sería excesivamente unidimensional, pues ignoraría aspectos relevantes de la realidad social del delito.¹⁵ Sería verdaderamente grotesco reducir el hecho punible y la pena a

¹¹ Es decir, con dolo únicamente en relación con las circunstancias fácticas del hecho, pero de un modo tan irreflexivo que, en caso de haber reflexionado mínimamente al respecto, el autor se hubiera percatado sin dificultades del carácter injusto del suceso en cuestión.

¹² Cfr. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, Obras, t. 7, §§ 96, 99, 101.

¹³ Cfr. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, Obras, t. 7, §§ 99–101.

¹⁴ Como ejemplo de una apelación a Hegel como la referida, por ejemplo, JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, p. 41; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, en repetidas ocasiones, p. ej., pp. 186, 190; sobre las opiniones correspondientes en la doctrina del siglo XIX, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 288 y ss., *loc. cit.*, pp. 291 y ss.; y en LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, pp. 175 y ss.; abordando igualmente el reemplazo de esta perspectiva por una comprensión naturalística en el decurso del siglo XIX.

¹⁵ Cfr. por ejemplo WALTHER, *Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt*, *passim*, en especial, pp. 207 y ss.; recientemente, enérgico en su toma de postura crítica frente al concepto comunicativo de la acción, ESER, tras la ponencia de Frisch y la toma de postura de Jakobs el 12 de abril de 2014 en el marco del Simposio “*Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels: Philosophische Grundlagen, dogmatische Durchführung und Wirkungsgeschichte des*

un proceso comunicativo entre el autor del delito y el Estado que responde frente a aquél y, por ejemplo, ocultar por completo los menoscabos y el sufrimiento de la víctima ínsitos al delito. El concepto de delito debería ser capaz de incorporar (y reproducir) también este último aspecto, dado que, y esto no resulta en absoluto baladí, sería relevante para la medición de la pena y para el otorgamiento de derechos en el marco del proceso a la víctima.

Las objeciones acabadas de referir son lo suficientemente importantes como para que no puedan ser aquí pasadas por alto; más adelante deberemos retomarlas y valorar qué implicaciones traen aquéllas consigo para una comprensión adecuada del delito. Antes de esto, sin embargo, resulta razonable afrontar en primer lugar una cuestión distinta: a saber, la pregunta acerca de qué es realmente lo que subyace al avance de esta concepción ideal del delito que viene advirtiéndose desde hace ya algo más de tres décadas. Es precisamente el conocer este trasfondo lo que permite encontrar también respuestas a las cuestiones materiales que ahora nos ocupan, a saber, la cuestión de si la enfatización de la cara ideal del delito merece ser auspiciada, qué aporta una comprensión del delito de este tipo y si y en qué medida precisa ser completada a partir de la concepción del delito tradicional (y de sus categorías).

2. Sobre el trasfondo de la “nueva concepción” del delito: Un cambio en el ámbito de las teorías de la pena

El avance de la concepción ideal, comunicativa o expresiva del delito bosquejada no es fruto del mero azar. Más bien encuentra en buena medida su explicación en algunos cambios profundos que se han ido sucediendo en el ámbito de las teorías de la pena. Aunque no siempre se formula de manera explícita, en las últimas décadas ha tenido lugar (en muchos países) en este ámbito un abandono perceptible e irreversible de una multitud de teorías de la pena que, precisamente, guardan relación con aquellos aspectos del delito que son especialmente enfatizados por las concepciones fáctico-objetivas del hecho punible, y que, en esa medida, garantizaban la correspondencia recíproca entre los conceptos de delito y teoría de la pena. Como envés de este proceso se advierte una reducción de las teorías de la pena que todavía se defienden de manera seria a un limitado círculo de teorías de la pena. En este exiguo círculo, en aras de garantizar la correspondencia recíproca entre la teoría de la pena y el delito, se aboga –como mínimo también– por formular y recalcar la perspectiva (cara) ideal del hecho punible con toda claridad.

2.1 El cambio en el ámbito de las teorías de la pena: Las teorías que ya nadie patrocina y aquellas todavía defendibles

Echando un vistazo a la manualística puede parecer atrevido afirmar que en las últimas décadas se habrían producido cambios profundos e irreversibles en el ámbito de las teorías de la pena. En los manuales, ahora igual que antes, se sigue encontrando en la mayoría de las ocasiones esa mezcla sobradamente conocida entre las teorías absolutas y diversas teorías relativas de la

Strafrechtlichen Finalismus” realizado en el *Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht, Abt. 1*, de la *Albert-Ludwigs-Universität Freiburg* y celebrado los días 10, 11 y 12 de abril de 2014.

pena que vienen dominando desde hace siglos la filosofía y la ciencia jurídico-penal.¹⁶ La presentación de teorías y ejemplos, así como la discusión entre objeciones y contra-objeciones se efectúan de un modo tal que resulta perfectamente posible transmitir al lector la sensación de estar enfrentándose a una multitud de teorías de la pena de entre las cuales, la mayoría de ellas, entrarían todavía hoy seriamente en consideración como candidatas a la teoría de la pena correcta. Con ello, se ofrece a través de una especie de discurso *filosófico* una imagen irreal de las teorías *jurídicas* de la pena y, digo irreal, porque un gran número de estas teorías de la pena repetidas hasta la saciedad no son compatibles desde hace tiempo con aquellos postulados jurídicos reales respecto de los cuales ya nadie está dispuesto seriamente a apartarse a día de hoy.

El círculo de las teorías “muertas” se inicia con la teoría de la retribución,¹⁷ entendida como aquella en virtud de la cual a quien ha menoscabado los bienes de otro, para compensar, se le debe en todo caso infligir un sufrimiento, de manera que el autor padezca también el mal que le ha producido a su víctima. Sin embargo, en un Estado que reconoce al individuo, -también al autor del hecho punible- como portador de derechos fundamentales en los que solo puede injerirse cuando ello resulte indispensable para el mantenimiento de las funciones estatales, no queda ya espacio alguno para una teoría de la pena como ésta. Infligir a una persona sufrimiento única y exclusivamente para que con ello sufra queda extramuros de las funciones estatales legítimas. Y esto último no se ve alterado en modo alguno cuando se afirma que el infligir un sufrimiento como el descrito constituiría una exigencia de la justicia en atención al hecho cometido.¹⁸ El que el Estado tenga que actuar en el cumplimiento de las funciones que le han sido encomendadas de manera justa no significa que forme parte de las funciones estatales legítimas el considerar o tener en cuenta como tales las representaciones de justicia de determinados miembros de la comunidad.¹⁹ Precisamente es este también en Alemania desde hace tiempo el sentir de la jurisprudencia. De hecho, ya nadie sostiene de forma seria que la pena tenga como fin infligir dolor al autor para que de este modo el autor sufra. Únicamente cuando la imposición del sufrimiento se muestra como indefectible por otras razones susceptibles de legitimación entra en

¹⁶ Merece todavía hoy ser leída la completa exposición sobre esta discusión en NAGLER, *Die Strafe*, 1918, *passim*; en los últimos tiempos, por ejemplo, HASSEMER, *Warum Strafe sein muss*, 2009; HÖRNLE, *Straftheorien*, 2012; JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004; KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986; PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004; SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, 2ª ed., 1971; sobre mi propio punto de vista vid., FRISCH, «Vergeltung, Schuldausgleich und Wiederherstellung des Rechts. Zur Idee der Strafe» en KOSLOWSKI (ed.), *Endangst und Erlösung 2*, 2012, pp. 53 y ss.

¹⁷ No obstante, recientemente, vid. WALTER, «Vergeltung als Strafzweck. Prävention und Resozialisierung als Pflichten der Kriminalpolitik», *ZIS*, 2011, pp. 636 y ss., quien aboga aunque (“con mala conciencia”!) por la teoría de la retribución (p. 644); en el sentido de la pena como satisfacción (*Genugtuung*), también en los últimos tiempos, HAAS, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, 2008, pp. 262 y ss. – en ocasiones se consideran asimismo (en consonancia con la “anulación del delito” hegeliana a través de la pena como “sanción equivalente”, HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, Obras, t. 7, § 101) teorías retributivas ciertas teorías que, en realidad, guardan relación con la idea de la confirmación de la vigencia de la norma o el restablecimiento del Derecho. Al respecto, con detalle, vid. FRISCH en KOSLOWSKI (ed.), *Endangst und Erlösung 2*, 2012, pp. 70 y ss.

¹⁸ En este sentido, como es sabido, KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, II Parte, 1 Párrafo, Comentario general, letra E (*vom Straf- und Begnadigungsrecht*), 1ª ed., p. 197, 200 y 2ª ed. p. 227, 230 (p. 453 y 455 respectivamente, en *Kant-Studienausgabe der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft*, v. 4, 1956). Al respecto, crítico y como arriba en el texto, vid. NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, 1962, pp. 6 y ss.

¹⁹ De forma acertada, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 240 [quien no obstante al anar una teoría retributiva con la teoría de la necesaria confirmación de la vigencia de la norma (*loc cit.*) acaba por defender una teoría de la retribución “relativa”, *loc cit.* pp. 239, 240 y s].

consideración la posibilidad de legitimar la pena. Sin embargo, concebida así la pena, ya nada tiene que ver ésta con la teoría de la retribución en sentido estricto antes referida.

Entretanto, se ha tornado asimismo problemática aquella concepción en virtud de la cual la pena serviría a la compensación de la culpabilidad, defendida en la jurisprudencia desde que fuera abandonada la teoría de la retribución.²⁰ Lo problemático de esta concepción queda ya patente en las propias formulaciones que ha efectuado la jurisprudencia al respecto. A éstas pertenece la afirmación de que la compensación de la culpabilidad, entendida como compensación por la mera y única razón de compensar la culpabilidad, sería inadmisibile; única y exclusivamente cuando la compensación de la culpabilidad fuera indispensable para los fines de la prevención, sería aquélla -conforme a la jurisprudencia- susceptible de legitimación.²¹ Con ello la jurisprudencia no solo pone de manifiesto que el fin de la pena no reside tan solo en la compensación de la culpabilidad *per se*, sino que se trata a la vez de prevenir (contando para tal fin con la compensación de la culpabilidad como instrumento). Al mismo tiempo descuida aquélla ofrecer una solución a dos cuestiones que, en tanto sigan huérfanas de una respuesta convincentes, degradan a la teoría de la compensación de la culpabilidad al nivel de las meras aseveraciones. Por responder queda no solo la exacta relación que media entre la compensación de la culpabilidad y la prevención, esto es, la cuestión de por qué razón precisamente la compensación de la culpabilidad debería ser idónea y necesaria para la prevención.²² Abierta resta todavía una cuestión de mayor calado, a saber, cómo puede y debe la pena compensar la culpa (en sentido amplio) del autor, entendida ésta como el injusto provocado sobre los bienes ajenos de manera culpable.²³ Una compensación de este tipo la puede llevar a cabo perfectamente el Derecho civil o cualquier otro derecho reparatorio, de modo que, así las cosas, el reproche al autor y la injerencia en sus derechos ínsita a la pena se tornarían absolutamente inapropiados. Es de suponer que con la compensación de la culpabilidad se pretende aludir a algo absolutamente distinto, algo que en el concepto referido no se logra poner de manifiesto de forma apropiada.²⁴ Sea como fuere, lo cierto es que en última instancia se acaba abogando por reducir el círculo de

²⁰ Al respecto, cfr., por ejemplo, BGHSt 24, 132, 134; 50, 40, pero también BGHSt 24, 40, 42; en detalle HAAS, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, 2008, pp. 261 y s., con ulteriores referencias; KÜHL, «Das Profil des Strafrechts» en HASSEMER et al. (eds.), *In dubio pro libertate: Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, 2009, pp. 275 y 279.

²¹ Así, BGHSt 24, 40, 42 y muchas voces en la literatura científica; véase también *Erster Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, Deutscher Bundestag, Drucksache V/4094*, p. 11.

²² Curiosamente no responden a esta pregunta los partidarios de la teoría de la compensación de la culpabilidad, sino aquellos autores que asumen -desde una perspectiva teórico-penal- la así llamada teoría de la prevención general positiva y que, al abordar la cuestión de cómo debe plasmarse en la praxis dicha teoría, afirman que es precisamente una pena adecuada a la culpabilidad (*Schuldstrafe*) la que garantizaría la mejor prevención general posible, pues aquélla se correspondería precisamente con la pena que podría ser esperada y percibida como justa, cfr., p. ej., ROXIN, «Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht» en ARTHUR KAUFMANN (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, 1979, p. 279, 305; con exhaustivas referencias adicionales, FRISCH, «Defizite empirischen Wissens und ihre Bewältigung im Strafrecht» en BLOY et al. (eds.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, 2010, pp. 239, 248 y s. (en n. 42).

²³ En este sentido, crítico y con razón, ROXIN, «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», *JuS*, 1966, pp. 377, y s.: "... solo se puede hacer plausible mediante un acto de fe", vid. también LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, p. 181, 190 y s., con ulteriores referencias.

²⁴ Se haría aquí referencia a una compensación del daño a la vigencia de la norma que traería consigo el hecho delictivo en caso de que no tuviera lugar frente al mismo reacción alguna (o la evitación del daño a la vigencia de la norma que cabría esperar en caso de no tener lugar reacción alguna); al respecto, todavía *infra* 3.

las teorías que todavía son defendidas seriamente a aquellas teorías que guardan alguna relación con la idea de la prevención.

Sin embargo, también en este ámbito se topa uno rápidamente con teorías que no pueden explicar por sí solas el fenómeno de la pena en toda su dimensión y, por lo tanto, no pueden ser tomadas seriamente en consideración como teorías con una pretensión global de legitimación de la pena. Ello resulta ser válido de forma especialmente evidente para la teoría de la prevención especial. Si la pena dependiera de ésta, en ausencia de necesidades preventivo-especiales en atención al autor, tendría que renunciarse a la misma, como por ejemplo sucede cuando el autor no puede cometer de nuevo el hecho delictivo realizado o cuando el hecho se produce en el marco de una situación única no susceptible de volver a repetirse. Es evidente que este resultado no se acepta en ningún Estado del mundo, en especial, en aquellos supuestos en los que se trata de hechos especialmente graves. Es más, este resultado tampoco debe ser aceptado.²⁵ Dado que también en un caso como el referido el autor ha puesto a través de su hecho en cuestión la vigencia del orden de conductas, si no se quiere que ello acabe conduciendo a una erosión de la norma de comportamiento infringida, su hecho no puede tolerarse sin reacción.²⁶ Esto significa a su vez que la presencia o ausencia de necesidades preventivo-especiales carece de trascendencia para la configuración del concepto de delito.

Hoy por hoy, tampoco se acepta ya en muchos Estados la idea de que la pena persigue intimidar a la generalidad para que se aparte de la comisión de hechos equiparables al que se castiga. Esto rige de manera especial cuando la pena está orientada incluso en su misma medida a lo que los terceros (o una generalidad difusa) parecen precisar para poder ser intimidados de manera bastante. Frente a una fundamentación y orientación de la pena como esta, ya KANT objetó con razón que la pena, así entendida, trataría al autor como un objeto al servicio de los fines de terceros, concretamente, como un medio para conseguir un determinado estado psíquico en dichos terceros.²⁷ Proceder de este modo implicaría tratar al hombre, más concretamente, a la persona de Derecho (*Rechtsperson*), como si de una mera cosa se tratara y lesionaría con ello su dignidad en tanto que portador de libertades fundamentales y derechos humanos. En el marco de un Estado que está obligado constitucionalmente a respetar en el ejercicio del poder estatal la dignidad del hombre, esta forma argumental trasciende ya el mero razonamiento filosófico que se opone a una determinada teoría de la pena. Significa al mismo tiempo que una teoría como la descrita, que aboga por castigar al autor por su hecho delictivo para poder así satisfacer la necesidad de intimidar a terceros, ya no es a día de hoy tampoco sostenible por razones jurídico-constitucionales. Pues bien, lo cierto es que entre tanto, la doctrina jurídico-penal ha alcanzado

²⁵ Acertadamente, ROXIN, *JuS*, 1966, pp. 377, 379; sobre esta problemática, en profundidad, también SCHÜNEMANN, «Ungelöste Rechtsprobleme bei der Bestrafung nationalsozialistischer Gewalttaten» en FRISCH (ed.), *Festschrift fuer Hans-Juergen Bruns zum 70. Geburtstag*, 1978, pp. 223, 236 y ss.

²⁶ Al respecto, véase todavía *infra* 3.

²⁷ Vgl. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, II Parte, 1 Párrafo, Comentario general, letra E (*vom Straf- und Begnadigungsrecht*), 1ª ed., p. 197, 200 y 2ª ed. p. 227, 230 (p. 453 y 455 respectivamente, en *Kant-Studienausgabe der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft*, v. 4, 1956); aunque lo cierto es que la argumentación en Kant está básicamente orientada a refutar las teorías de la prevención especial.

un amplio consenso en este sentido²⁸ y, sea como fuere, en la jurisprudencia de los tribunales superiores no cabe hallar desde hace ya bastante tiempo ningún posicionamiento expreso en un sentido opuesto al aquí referido.²⁹ En todo caso, adviértase que el hecho de que bajo ciertas circunstancias una intimidación general medida de forma adecuada (p. ej., en atención a la gravedad del hecho y no en atención a las necesidades empíricas para la intimidación de terceros) no pueda en última instancia encontrarse necesariamente muy lejos de aquella pena que en el caso concreto pueda mostrarse como legítima, no altera en nada lo dicho anteriormente, pues la legitimación de la pena no depende en exclusiva del resultado al que se llega, sino también de la fundamentación que sustenta el resultado alcanzado.

Sentado lo anterior, es momento ahora de llevar a cabo un breve balance intermedio: la visión de conjunto ofrecida permite concluir que la mayoría de las teorías de la pena –que contienen y vienen arrastrando desde antaño los manuales–, y sobre las que se había discutido antiguamente de manera enérgica, son a día de hoy teorías “muertas”, como mínimo, en aquellos Estados que asumen determinados valores fundamentales y que rechazan al mismo tiempo la construcción de la teoría de la pena desde una metafísica del castigo. ¿Qué queda realmente entonces después de que se hayan rechazado aquí *de facto* todas las teorías de la pena a las que hasta ahora se ha hecho referencia?

Queda un grupo de teorías que, del mismo modo que rechazan el culto al sufrimiento de la antigua teoría de la retribución, se oponen de forma escéptica a la metafísica de la compensación de la culpabilidad (en el sentido del injusto culpable). La pena es para estas teorías una necesidad emplazada terrenalmente, una institución irrenunciable en el marco de una comunidad estatal.³⁰ Con ello no se apunta a la necesidad de proteger a futuro a la comunidad frente al autor de un hecho punible, ni tampoco a la necesidad de que potenciales autores resulten intimidados con motivo del delito cometido por el autor, de modo que así desistan de futuros hechos delictivos. La necesidad guarda aquí relación con el mismo Derecho o con la misma norma de comportamiento que infringe el autor. Se concibe como la necesidad de pena en aras de garantizar un determinado estado del derecho (*Zustand des Rechts*), su vigencia y su carácter inquebrantable. Es concebida en este sentido como la defensa (de la inquebrantabilidad) del Ordenamiento jurídico; la realización de la conminación penal a través de la imposición de la pena es, pues, el medio para una confirmación de la norma así entendida y pone a las claras que tanto la norma como la conminación penal son efectivamente tomadas en serio. Como no podía ser de otro modo, existen en el seno de estas distintas formulaciones diferencias de matiz,³¹ en

²⁸ Fundamental KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, pp. 69 y ss.; vid. también ROXIN, *JuS*, 1966, pp. 377, 380; además, en detalle, FRISCH en CANARIS et al. (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof*, 2000, pp. 269, 277 y s., 305 y s.; EL MISMO en KOSLOWSKI (ed.), *Endangst und Erlösung 2*, 2012, pp. 53, 67, 78.

²⁹ Sobre la jurisprudencia del BGH en lo que a la prevención general se refiere, con detalle, FRISCH en CANARIS et al. (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof*, 2000, pp. 269, 302, y ss., 305 y s.

³⁰ Especialmente característica en este sentido es la toma de postura del proyecto alternativo de los profesores de Derecho penal del año 1966 (2ª ed., 1969), cfr., en especial, el modo en el que se fundamentan en este proyecto los §§ 2 y 59, pp. 29, 115; ya antes, NOLL, *Die ethische Rechtfertigung der Strafe*, 1962, pp. 17, 20 y s.

³¹ Con detalle sobre las distintas variantes de las teorías referidas en el texto, la mayoría de las ocasiones encasilladas entre las así llamadas teorías de la “prevención general positiva”, vid. KALOUS, *Positive Generalprävention durch Vergeltung*, 2000; de manera detallada, con una descripción más amplia y ulteriores

especial, cuando se alude al trasfondo que subyace a la idea de la confirmación de la vigencia de la norma a partir de desiderátums como el “ejercicio de la fidelidad en el Derecho” o el “reforzamiento de la conciencia jurídica de la generalidad”.³² Sin embargo, este aspecto puede quedar por el momento al margen, como también puede quedar de momento abierta la cuestión acerca de si y en qué medida estas formulaciones expresan el fundamento y el fin de la pena de un modo plausible. Por el momento, lo único que nos interesa aquí es que la teoría de la pena, mientras se van abandonando de forma sigilosa otra serie de teorías distintas, se ha ido desplazando en los últimos decenios de forma decisiva en la dirección acabada de referir.³³ Es precisamente este el hecho que explica por qué razón se ha desarrollado también el concepto de delito en las últimas décadas en la dirección expuesta al comienzo.

2.2. La (nueva) transformación del concepto de delito como adaptación a los efectivos cambios en el ámbito de las teorías de la pena

En este contexto ha tenido posiblemente una importancia marginal el hecho de que actualmente ya no puede ser defendida la imposición de la pena a partir de una teoría de la pena preventivo-especial, así como la circunstancia de que las conminaciones penales que solo sirven a la intimidación general no pueden ser susceptibles de legitimación. No obstante, pese a que la expulsión de ambas teorías del dominio de las teorías susceptibles de legitimar la pena ha aportado claridad en lo que a la teoría de la pena respecta, ésta no ha tenido incidencia alguna sobre el concepto de delito y sus elementos, puesto que este concepto y sus contornos esenciales han sido desarrollados³⁴ completamente al margen de dichas teorías, las cuales, en especial, no han logrado nunca encontrar acogida en forma de unos elementos propios que les fueran tributarios en el concepto de delito.

Por el contrario, algo completamente distinto cabe afirmar en relación con la teoría que durante mucho tiempo fue la dominante, la de la retribución. Ésta estuvo ligada en lo más profundo con el concepto de delito y sus elementos. Es más, el concepto de delito tradicional dominante hasta el final del siglo XX, junto con las nociones de menoscabo típico de un bien jurídico (o posteriormente, como un desvalor de la acción correspondiente), de injusto y de culpabilidad, se consolida, esencialmente, sobre la base y en atención al trasfondo de la teoría de la retribución. El delito (*Übeltat*), que podría ser caracterizado como el menoscabo injusto y culpable de un bien jurídico, era aquello que permitía considerar adecuada la reacción al hecho como mal y además la hacía (por razones de justicia) necesaria. Pena y delito estaban en este sentido relacionados entre

referencias, vid. también HAAS, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, 2008, pp. 268 y ss. y BLOY en FREUND (ed.), *FS-Frisch*, 2013, pp. 59, 68 y ss.

³² Cfr. sobre estas fórmulas p. ej., JAKOBS, *Strafrecht. PG*, 2ª ed. 1991, 1. Apartado, nm. 10, 11 y en especial 15, con referencias adicionales; ROXIN, *Strafrecht AT I*, 4ª ed. 2006, § 3, nm. 26 y ss.; EL MISMO en Arthur KAUFMANN (ed.), *FS-Bockelmann*, 1979, pp. 279, 305 y s.; vid. también PERALTA, «Positive Generalprävention als Achtung der Rechtsordnung Zugleich eine analytische Unterscheidung möglicher Interpretationen des Begriffs der „positiven Generalprävention“», *ZIS*, 2008, pp. 506 y ss.

³³ Cfr. por último, por ejemplo, la detallada y clarificante exposición de BLOY en FREUND (ed.), *FS-Frisch*, 2013, pp. 59, 68 y ss., con ulteriores referencias.

³⁴ Esto es claramente perceptible en el caso del representante alemán más importante de la teoría de la pena preventivo-especial, *Franz von Liszt*, quien desarrolla en su tratado desde el comienzo y sin atender a la teoría del delito preventivo-especial el concepto de delito y sus condiciones y, solo una vez configurado éste, procede a *continuación* a vincularlo con la teoría de la pena preventivo-especial.

sí: el hecho contenía aquellas circunstancias que requerían la retribución y la retribución demandaba aquello que, en atención a las concretas circunstancias, se mostraba conforme a un patrón de justicia como adecuado y necesario, de modo que constituía en este sentido el fundamento de la pena. Así las cosas, con el abandono de la teoría de la retribución se acabó por sumir a la teoría del delito tradicional en un *vacuum* de fundamentación. Los requisitos del concepto de injusto penal fáctico-objetivo tradicional (menoscabo de un bien jurídico, injusto, culpabilidad) no podían seguir siendo fundamentados como hasta el momento venía haciéndose, esto es, como si se trataran de requisitos irrenunciables (exigidos) en aras de una retribución justa.

Las reacciones frente a este derrumbe de la teoría de la retribución fueron desiguales. Los autores que creían poder fraguar un concepto de delito al margen de la teoría de la pena,³⁵ no advirtieron en el desvanecimiento de la teoría retributiva problema alguno, se mantuvieron aferrados por completo al concepto fáctico-objetivo tradicional del delito y lo vincularon con alguna de las teorías que todavía resultaban por entonces defendibles.³⁶ Asimismo, otros autores que efectivamente sí reconocieron o entrevieron la relación existente entre la teoría de la pena y el concepto de delito optaron por proceder ante tal escenario de un modo bastante obvio: decidieron reemplazar la teoría de la retribución por la teoría de la compensación de la culpabilidad (*Schuldausgleichstheorie*).³⁷ El proceder así tenía la ventaja de que podían mantenerse los conceptos ya conocidos por la teoría de la retribución, esto es, los conceptos de menoscabo de un bien jurídico, de injusto y de culpabilidad. Sin embargo, al operar de esta forma, lo que se hizo fue vincular el delito, concebido de un modo fáctico-objetivo, con una teoría de la pena cuya plausibilidad, conforme a lo señalado arriba, apenas resultaba ser superior a la de la propia teoría de la retribución. Así pues, no fueron pocos los que igualmente se esforzaron (e incluso de forma preferente) en abordar la cuestión de cómo podía precisarse una teoría de la pena que fuera susceptible de satisfacer las pretensiones actuales. Ello llevó a la mayoría de los autores que se plantearon el problema en estos términos a los conceptos de pena ya anteriormente referidos, es decir, a la concepción de la pena como confirmación de la (vigencia) de la norma o como defensa del carácter inquebrantable del Ordenamiento jurídico, o como reafirmación de la vigencia del Ordenamiento jurídico y la seriedad de la conminación penal, entendiéndose aquí incluidos los distintos conceptos con frecuencia excesivamente “opulentos” de la prevención general positiva.³⁸ Sin embargo, estas distintas concepciones de teoría de la pena hacían a partir de entonces inexcusable definir el delito como algo susceptible de encaje en estas nuevas teorías de la pena y que, por lo tanto, resultara ser a su vez extraordinariamente próximo (accesible) a las mismas.

³⁵ Para una panorámica general de estas concepciones, vid. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 52 y ss.

³⁶ En esta medida, absolutamente paradigmático, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, quien en primer lugar (y como en ediciones anteriores) desarrolla el concepto de delito y en el posterior desarrollo de la teoría de la pena –a propósito de la problemática de la teoría de la retribución que él mismo acertó a ver– toma de nuevo en consideración las reflexiones efectuadas sobre el concepto y las condiciones del delito para vincularlas con una mezcla entre teorías de la confirmación de la norma y de la retribución justa (pp. 31 y ss., 238 y ss.)

³⁷ Así, en especial, la jurisprudencia del Tribunal Federal Supremo (*Bundesgerichtshofs*), pero también con representantes en la literatura científica, así, p. ej., *supra* n. 20 con referencias adicionales.

³⁸ Con ulteriores referencias detalladas al respecto, vid. BLOY en FREUND (ed.), *FS-Frisch*, 2013, pp. 59, 68 y ss., 76 y ss.; HAAS, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, 2008, pp. 268 y ss.; KALOUS, *Positive Generalprävention*, 2000, *passim*.

En concreto: si se ve el fin de la pena en la confirmación de la vigencia de la norma (infringida), esto implica presuponer que se advierte en el delito –con independencia de lo que se vislumbre desde una óptica naturalista- también un cuestionamiento de la vigencia de la norma en el caso concreto. Lo mismo cabe afirmar en relación con la confirmación de la vigencia de la norma que se observa con frecuencia en el veredicto de culpabilidad y en la misma pena. Si se advierte el fin de la pena –formulado de modo algo distinto- en la defensa del Ordenamiento jurídico o en la defensa de su carácter inquebrantable,³⁹ esto implica asumir previamente que se divisa en el delito no solo un injusto fáctico-objetivo culpable frente a quien es considerado portador de un bien jurídico, sino también un ataque al Ordenamiento jurídico mismo o a la norma en cuestión, un menosprecio o desacato (*Missachtung*) de la norma infringida. Con ello se torna evidente cuál es el pensamiento que se encuentra en la base de todas las concepciones comunicativas o expresivas del delito ya referidas, a saber: las nuevas teorías de la pena que recurren al individuo para eliminar o impedir un daño a la vigencia de la norma. Éstas requieren asimismo de una correspondencia en el plano del concepto de delito que garantice la capacidad de adaptación del hecho punible a la teoría de la pena. Los representantes de esta teoría lograrían alcanzar esta correspondencia al poner de relieve como esencia del hecho punible el cuestionamiento de la vigencia de la norma o la agresión al Ordenamiento jurídico, esto es, una cara del delito que se encuentra en la misma (abstracta) altura conceptual que la misma teoría de la pena.

2.3. Resultado provisional y preguntas abiertas

La exposición llevada a cabo hasta el momento se ha limitado a presentar los desarrollos que se han producido en el ámbito del concepto de delito y de la teoría de la pena, así como a evidenciar como ambos están vinculados entre sí, qué y por qué razón a través de transformaciones que desde hacía tiempo eran necesarias en el ámbito de la teoría de la pena se han acabado produciendo también importantes modificaciones en el ámbito del concepto del delito. En el lugar que hasta ahora ocupaba un concepto puramente fáctico-objetivo del delito (como lesión injusta y culpable de un bien ajeno) se ha situado una característica ideal, básicamente, en forma de un cuestionamiento del Derecho y de su vigencia inherentes al hecho delictivo.

Ni que decir tiene que con el análisis de estos desarrollos y sus conexiones internas nada se ha decidido todavía en lo que a la cuestión de su corrección se refiere. Si el responder con una pena al menosprecio de determinadas normas jurídico-penalmente garantizadas para su confirmación es o no correcto y susceptible de legitimación debe ser todavía examinado, así como la pregunta de si en aquello a lo que llamamos delito puede efectivamente verse un cuestionamiento de la vigencia de una norma. En caso de que ambas cuestiones deban ser respondidas afirmativamente, quedaría todavía entonces por plantear cuál es la relación que media entre el concepto de delito comunicativo –en esencia, acertado- y el concepto fáctico-objetivo de delito, así como la pregunta acerca de qué es aquello que el concepto comunicativo puede ofrecer en mejores condiciones que aquellas en las que lo hace el concepto fáctico-objetivo de delito.

³⁹ Con frecuencia en este sentido las nuevas exposiciones de motivos, por ejemplo, en relación con la decisión entre la pena privativa de libertad y la pena de multa, pero también con la (negación de) suspensión de la ejecución de la pena, cfr. por ejemplo, *Erster Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, Deutscher Bundestag, Drucksache V/4094*, pp. 6, 11.

3. Sobre la cuestión de la legitimación: La pena como la respuesta que confirma la vigencia de la norma frente al cuestionamiento de su validez a través del delito

3.1. ¿La legitimación de la pena por la mera constatación del presupuesto de la amenaza? Presupuestos para la legitimación de la conminación penal

La primera pregunta, esto es, la cuestión acerca de la posibilidad de legitimar la pena frente a la infracción por parte del autor de una norma penal, parece poder responderse en un primer momento sin demasiadas dificultades: ¿no obliga ya el hecho de que esté predispuesta la pena como la consecuencia que sigue a la comisión de determinados delitos para que a la comisión del hecho en cuestión le deba seguir la imposición de la pena? De hecho, este fue precisamente el planteamiento de FEUERBACH: la ejecución de la pena tras la comisión del hecho debería servir para mostrar la seriedad de la amenaza, pues, en caso contrario se la “vaciaría” de todo contenido.⁴⁰

El modo en el que argumenta FEUERBACH podría parecer a primera vista irrefutable. Sin embargo, analizado en detalle, se muestra excesivamente escueto e incompleto. Si a FEUERBACH le asistiera la razón, es decir, si la imposición de la pena fuera legítima tan solo porque en caso de no ser impuesta la amenaza se vaciaría de contenido, el legislador podría limitarse a prever una norma con una determinada conminación penal, de modo que, en caso de infringirse aquella, debería sin más (¡y conforme a FEUERBACH, sería entonces ya legítimo!) imponerse la pena, pues, en caso contrario, la conminación penal se revelaría “como vacía”.

Ahora bien, lo cierto es la propia conminación con pena es solo legítima bajo una doble condición.⁴¹ Esta, en primer lugar, exige que se trate de la protección de bienes de una importancia tal que, el recurso a la pena, en tanto que grave injerencia jurídica que se lleva a cabo tras el hecho delictivo, se muestre adecuado (*angemessen*) para poner en evidencia la importancia de las normas que protegen dichos bienes; esto es, la pena no puede justificarse como un medio para evitar menoscabos en bienes o intereses de menor relevancia. En segundo lugar, para que la amenaza penal pueda ser admitida, la conminación de la pena (y la posterior imposición) debe ser siempre necesaria (*erforderlich*) para garantizar la observancia de la norma. Si resulta que la garantía de la observancia de la norma es también posible de manera igualmente efectiva mediante el recurso a sanciones jurídico-civiles, medidas jurídico-administrativas o sanciones por debajo del umbral de la pena, en principio, no cabe legitimar el recurso a la pena. Pese a la falta

⁴⁰ Cfr. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, 1801, § 18; vid. también SCHÜNEMANN, «Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie» en SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (eds.), *Positive Generalprävention: kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, 1998, pp. 109, 117.

⁴¹ Las condiciones que a continuación se recogen en el texto suelen ser derivadas generalmente del principio de proporcionalidad, del que por su parte se deduce que el Estado en el marco de un Estado constitucional que reconoce los derechos fundamentales únicamente puede injerirse en éstos en la medida en que resulte necesario (*erforderlich*) y adecuado (*angemessen*) conforme a valores; al respecto, en detalle y con ulteriores referencias, vid. FRISCH, «Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», *NStZ*, 2013, pp. 249 y ss. Sobre los presupuestos de legitimación de la conminación penal, recientemente, en detalle, ROBLES PLANAS en FREUND (ed.), *FS-Frisch*, 2013, pp. 115 y s., y en especial, p. 124.

de investigaciones empíricas que lo corroboren, se cree no obstante posible partir aquí con carácter general de que la conminación de determinadas formas de comportamiento con pena, en contraposición con normas no sancionadas, desplegaría una fuerza preventiva superior, de modo que ante normas para cuya imposición difícilmente entran en consideración las medidas jurídico-administrativas y civiles, el recurso a la pena sería admisible, siempre y cuando se tratara de la protección de bienes importantes frente a menoscabos notables a través de la imposición de la vigencia de las correspondientes normas protectoras.⁴²

3.2. Sobre el trasfondo de la imposición de la pena: El delito como cuestionamiento de la vigencia de la norma – La pena como confirmación de la vigencia de la norma a costa del autor

No obstante, bajo el mandato de la necesidad no solo se encuentra la conminación de pena. También la imposición de la pena tras el hecho cometido es únicamente susceptible de legitimación en la medida en que se muestre necesaria para el mantenimiento de la vigencia de las normas infringidas que protegen los bienes jurídicos. La afirmación de que la conminación si no va seguida de su realización “sería en balde”, resulta por lo tanto aquí demasiado inexacta y no acierta a dar en el blanco. Lo determinante es más bien si la no reacción en los supuestos de pena conminada privaría –aunque también solo fuera de forma lenta y gradual - a la norma penal de su fuerza preventiva incrementada a través del refuerzo penal. No obstante, esto último apenas puede ser puesto en duda: la divergencia respecto a la norma de comportamiento penal prevista en el tipo penal representa, salvo que concurren ciertos supuestos excepcionales, un menoscabo del orden jurídico (penalmente garantizado); éste, pese a no escenificarse de forma verbal, supone sin embargo en el caso concreto poner en duda la vigencia de la norma, en la medida en que aquélla resulta ignorada.⁴³ La comunidad estatal no puede sencillamente asumir sin pronunciarse en sentido alguno un menoscabo como este o un cuestionamiento de la vigencia del Ordenamiento jurídico penalmente garantizado, por lo menos, no con carácter general. En caso de proceder así, no solo entraría en contradicción con la propia conminación penal. Se despojaría esencialmente a la norma penalmente garantizada de su especial fuerza preventiva: la norma garantizada penalmente se retrotraería así al nivel de prevención propio de una norma no garantizada mediante pena, a cuya infracción no le seguirían medidas realmente consistentes. Con el trascurso del tiempo, esto conduciría –conforme a toda experiencia- a una erosión de la norma de comportamiento.⁴⁴ Y de este modo, los bienes protegidos a través de la norma de comportamiento infringida quedarían despojados de la protección que se les debería (conforme al orden jurídico-constitucional) legítimamente dispensar frente a los potenciales

⁴² Acerca de la exigüidad de las pruebas empíricas, cfr. p. ej., KAISER, *Kriminologie*, 3ª ed., 1996, § 31, nm. 29 y ss.; EL MISMO, *Verkehrsdelinquenz und Generalprävention*, 1970, pp. 351 y ss.; STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, 3ª ed., 2012, nm. 59 y ss., 65.

⁴³ Cfr. FRISCH en CANARIS (ed.), *50 Jahre Bundesgerichtshof*, 2000, pp. 269, 278 y s.; EL MISMO en BRITZ (ed.), *FS-Müller-Dietz*, 2001, pp. 237, 253 y s.; ulteriores referencias *supra* n. 9.

⁴⁴ Acertadamente JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, pp. 24 y ss.; vid., completando, FRISCH, «Umstände der Strafzumessung außerhalb der Tat. Rechtsvergleichende und straftheoretische Überlegungen zur Strafzumessung» en ASP (ed.), *Flores juris et legum: festschrift till Nils Jareborg*, 2002, pp. 207, 224 y ss.

autores, asumiendo, claro está, que tal protección está correctamente expresada en la conminación penal.⁴⁵

La imposición de la pena se muestra en este sentido no solo como la confirmación de aquello con lo que (de manera materialmente justificada) se amenaza. Esta es –visto en profundidad– también la reacción que es necesaria para contradecir de manera eficaz el hecho del autor (más allá de una mera reprimenda), esto es, para contrarrestar la debilitación de la fuerza preventiva de la conminación penal (su derogación) que, en caso contrario, amenazaría con producirse y seguir garantizando así el carácter vinculante de la norma de comportamiento infringida. Asimismo, la pena se muestra como justa frente al autor y susceptible de legitimación, pues éste solo acaba por recibir aquello que le había sido anunciado y aquello que puede asumir de manera justa (“a modo de compensación”) conforme a principios jurídicos generales como la medida para conjurar el peligro que él mismo ha provocado de manera responsable (a saber, de erosión de la norma por la reacción que no surte efecto).⁴⁶ Con otras palabras, el castigo se muestra entonces como legítimo porque se recurre al autor únicamente para conjurar el peligro de erosión de la norma que precisamente él provoca a través de su cuestionamiento de la vigencia del Derecho, que aparece como necesario y adecuado y le había sido previamente anunciado.

3.3. Preguntas abiertas: La concreción del concepto de delito y su relación con el concepto tradicional

Las conclusiones a las que se ha llegado arriba contienen el principio básico. Ni que decir tiene que el concepto de delito que en ellas se identifica como adecuado, llámesele comunicativo, expresivo o ideal, precisa de una ulterior concreción para poder ser también operativo en la praxis. Esta concreción no puede llevarse a cabo sencillamente a través de una conexión cumulativa del concepto de delito comunicativo con los elementos del concepto de delito tradicional; antes bien, se precisa de un desarrollo independiente del concepto fundamental mismo. Solo un desarrollo del concepto de delito como este puede asimismo ofrecer información acerca de si es realmente cierto aquello que más de un detractor del concepto de delito comunicativo sostiene, esto es, que dicha comprensión del hecho punible sería exangüe y, en contraposición con el concepto de delito tradicional, no contendría aquello que el delito desde una perspectiva social, en especial, también desde la perspectiva de la víctima, representa y que resulta ser de gran importancia para la medición de la pena. Si esta afirmación resultara ser incierta porque aquello que algunos echan en falta en el concepto comunicativo de delito se encontrara ya en aquél presente de una manera análoga a como aparece en el concepto de delito tradicional, debería entonces ofrecerse una respuesta precisamente a la cuestión inversa: cabría

⁴⁵ Esto implica asumir que al Estado, como consecuencia de su función estatal básica y en atención a los derechos fundamentales que debe garantizar, le incumbe a su vez un deber de proteger a sus ciudadanos también frente a las amenazas que provienen del resto de sus conciudadanos; sobre esta cuestión, en detalle, ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, 1983; ROBBERS, *Sicherheit als Menschenrecht*, 1987; en detalle y con ulteriores referencias, KAISER, *Kriminologie*, 3ª ed., 1996, § 100 Nm. 40 y ss.; de entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgerichts*), p. ej., BVerfGE 39, 1, 42 y ss.; 88, 203, 251, 257 y s.; 128, 326, 373, 377.

⁴⁶ Cfr. al respecto, completando, FRISCH en KOSLOWSKI (ed.), *Endangst und Erlösung 2*, 2012, pp. 53, 74 y ss.; JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, pp. 31 y s.; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 15, ambos con ulteriores referencias.

entonces preguntarse si ante este escenario resulta realmente necesario sustituir el concepto tradicional de delito por una nueva concepción del delito como la comunicativa. Las reflexiones que ahora siguen en torno a estas dos cuestiones mostrarán que, tanto por razones de fundamento, como en atención a las diferencias entre conceptos y las manifiestas ventajas del concepto de delito ideal (comunicativo), no hay otra alternativa que el cambio.

4. Hacia la concreción del concepto de delito ideal (comunicativo) y sobre su relación con el concepto tradicional de delito

4.1. Un esbozo del desarrollo del concepto de delito ideal y una comparativa con el concepto tradicional

Ocupémonos ahora en el sentido acabado de referir en primer lugar del desarrollo de aquel concepto de delito que, desde los fundamentos, en especial, desde una perspectiva de teoría de la pena (a la que anteriormente se ha hecho referencia 3.), se ha mostrado como el adecuado. Esto, que solo puede llevarse aquí a cabo a modo de bosquejo, servirá asimismo para poder posteriormente proceder con la comparación antes anunciada.

a) Concreción en el marco de la teoría del delito

En un concepto de delito que concibe el hecho punible esencialmente (aunque no todavía plenamente) como un cuestionamiento de la vigencia de una norma (penalmente garantizada), se presenta de manera evidente como punto de partida del desarrollo conceptual lo siguiente: una divergencia entre el comportamiento del autor y la norma de comportamiento de aquel tipo penal a partir del cual debe ser castigado el autor. En la medida en que ya el mismo tipo exige para el castigo el cumplimiento de determinadas condiciones adicionales especiales, también estas deben naturalmente cumplirse, tal y como sucede en el marco del concepto de delito tradicional.⁴⁷ Asimismo, es igualmente necesario que esta divergencia no esté (excepcionalmente) justificada por una proposición permisiva. Para que se dé una infracción de la norma de comportamiento que ponga en cuestión la vigencia de aquella, el autor debe además haber estado en situación de comprender la norma y de poder cumplirla, esto es, en la terminología tradicional: el autor debe haber sido capaz de culpabilidad y no ser víctima de ningún error de prohibición no culpablemente provocado. Si le falta al autor –como por ejemplo le sucede al enfermo mental (o al agente que actúa bajo un error de prohibición no culpable)– la capacidad de reconocer lo correcto y actuar conforme a tal comprensión, su divergencia respecto al orden de comportamiento no puede ser vista tampoco como un cuestionamiento de la vigencia de esa norma de comportamiento de la que el autor se ha separado.⁴⁸ Finalmente, tampoco deben concurrir ciertas circunstancias que se oponen a la necesidad de castigo o que lleven a negar la

⁴⁷ Ejemplos: junto con el comportamiento típicamente prohibido en sentido estricto, la exigencia de la producción de un resultado (además de una determinada conexión entre el comportamiento y el resultado), el carácter doloso del actuar, el actuar ocupando una determinada posición (p. ej., tribunal, autoridad) etc.

⁴⁸ Cfr. ya FRISCH en BRITZ (ed.), *FS- Müller-Dietz*, 2001, p. 237, 258, n. 60; JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, pp. 34, 43 y s.; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 22, 59 y ss.; LESCH, *Verbrechensbegriff*, 1999, pp. 203 y ss., 212; PAWLK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, p. 87; EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 259 y ss., 266 y ss., 281 y ss.

suficiente gravedad del cuestionamiento de la vigencia de la norma, como sucede en el caso de determinadas causas personales de exclusión de la pena (*Strafaufhebungsgründen*) y causas de exculpación (*Entschuldigungsgründen*).⁴⁹

No es necesario aquí proseguir con los pormenores. Las consideraciones efectuadas ya ponen de relieve que las condiciones del cuestionamiento de la vigencia de una determinada norma de comportamiento presupuesta en un tipo penal resultan ser en su mayor parte idénticas con las condiciones del delito en el sentido tradicional. Las palabras claves y las cuestiones centrales del concepto de delito tradicional afloran igualmente en el concepto delito comunicativo. Las diferencias a la hora de estructurar la materia responden en esencia a los distintos puntos de partida básicos de cada una de estas concepciones: en un caso, se pregunta acerca de los requisitos del cuestionamiento de la vigencia de la norma, en el otro, acerca de los requisitos del injusto y la culpabilidad. Sea como fuere, en última instancia, no se trata en ningún caso de un empobrecimiento del concepto de delito o, como mínimo, no en el plano del “si” concurre o no el delito. En verdad, la pregunta que se nos plantea ahora es precisamente si las diferencias (en este plano) son realmente tan importantes como para que resulte justificada la sustitución del concepto de delito tradicional por un nuevo concepto del hecho punible.

b) Concreción en el marco de la teoría de la medición de la pena

De un modo no demasiado distinto se muestran las cosas en el plano de la medición de la pena, para la que un concepto de delito comunicativo debería ser -conforme a la opinión de algunos de los críticos de esta concepción- en todo caso notablemente menos idóneo que el concepto de delito tradicional conformado de manera fáctico-objetiva. La pregunta de partida, en esta medida, esencial para el concepto comunicativo de delito puede formularse de manera simple: se trata de comprender la mayor o menor dimensión del cuestionamiento de la norma de comportamiento típica infringida que se expresa en el hecho y asignarle a éste una de las penas correspondientes. Las circunstancias que son determinantes para la respuesta a esta pregunta no difieren por completo de aquellas que eran tenidas en cuenta para la medición de la pena sobre la base del concepto tradicional de delito. Por otro lado, partiendo desde donde ahora se propone, tampoco se suprimen por completo apartados importantes o centrales de la medición de pena tradicional (simplificándose de este modo de manera inadecuada la medición de la pena).⁵⁰ Es más, lo cierto es que las circunstancias que hasta aquí han sido consideradas relevantes para la medición de la pena permanecen en lo esencial también cuando se toma como base una comprensión del delito comunicativa (ideal): empezando por la peligrosidad o la intensidad de la injerencia sobre la dimensión de la infracción de deber y la mayor o menor posibilidad de evitar el hecho y decidirse de manera correcta, hasta el comportamiento del autor frente a la víctima (¡lo que en aquellos tipos que protegen a la víctima es naturalmente un punto de vista central en la determinación de la dimensión del cuestionamiento de la norma de comportamiento típica! [que

⁴⁹ Al respecto, vid. todavía *infra* 4.

⁵⁰ Acerca de las circunstancias que desde la perspectiva de la teoría de la medición de la pena tradicional serían en esta medida esenciales, con detalle y múltiples referencias, vid. FRISCH en CANARIS et al. (ed.), *50 Jahre Bundesgerichtshof*, 2000, pp. 269 y ss., 286 y ss.

protege a la víctima]) y que en opinión de los críticos de un concepto comunicativo del hecho punible no sería suficientemente tomado en consideración.

A decir verdad, lo único cierto es que tales circunstancias aparecen aquí enmarcadas en un contexto de fundamentación algo distinto. La pregunta elemental ya no es si aquellas son relevantes o no para la dimensión del injusto y la culpabilidad. Lo decisivo ahora es más bien su significado a la luz de un mayor o menor cuestionamiento de la norma de comportamiento típica que el autor ha infringido. Este modo distinto de plantear el problema puede en algunas circunstancias facilitar la fundamentación de la relevancia penal del hecho –esto vale por ejemplo para una multitud de actitudes internas, la reincidencia (comisión renovada del hecho pese a las advertencias previas realizadas) o formas de comportamiento post-delictivo que evidencian la vuelta del autor al Derecho.⁵¹ La necesidad de atribuir relevancia a determinadas circunstancias para dimensionar el cuestionamiento de la vigencia de la norma puede no obstante también conducir al mismo tiempo a mayores dificultades para fundamentar la trascendencia de ciertas circunstancias en la medición de la pena. Así, la relevancia del resultado acaecido y su dimensión para la medición de la pena es, a la luz de la relevancia para la dimensión del cuestionamiento de la vigencia de la norma de comportamiento, evidentemente más difícil de fundamentar que desde la base de un concepto de delito que ve en el injusto y la culpabilidad los elementos cardinales de un hecho punible y con ello reconoce como parte del injusto de forma expresa el injusto de resultado.⁵² Sin embargo, esta redefinición necesaria en nada modifica el hecho de que aquellas circunstancias que en atención al concepto tradicional de delito son reconocidas como relevantes para la medición de la pena también lo serán con carácter general para la medición de la pena a partir de un concepto de delito comunicativo. En esta medida, esta necesaria redefinición no conduce en absoluto desde un principio a alteraciones respecto a la comprensión del hecho punible tradicional.

Ahora bien, es precisamente esta confirmación, por un lado, muy tranquilizadora, la que sin embargo nos plantea a su vez por el otro lado, como ya antes en el plano de los elementos del delito, una cuestión radicalmente distinta: a saber, la pregunta de si, en atención a la evidente amplia concordancia desde una perspectiva práctica entre los resultados de ambos conceptos de delito, sería realmente oportuno renunciar al concepto de delito tradicional en favor de un concepto distinto.

La pregunta debe ser respondida con énfasis de manera afirmativa, y ello por múltiples razones.

⁵¹ Al respecto vid. en detalle FRISCH, *50 Jahre Bundesgerichtshof*, n.9, pp. 269, 288 y ss.; EL MISMO en BRITZ (ed.), *FS-Müller-Dietz*, pp. 237, 255 y ss.; y próximamente, EL MISMO, «Über das Verhältnis von Straftatsystem und Strafzumessung. Unrecht und Schuld in der Verbrechenslehre und in der Strafzumessung», *GA*, (9), 2014, (V.), con referencias adicionales.; véase también, SILVA SÁNCHEZ en HERZOG (ed.), *FS-Hassemer*, 2010, pp. 625 y ss., 633.

⁵² Las dificultades señaladas en el texto han llevado a más de un autor a considerar los resultados *producidos* como una circunstancia irrelevante para la medida de la pena, vid. p. ej., Armin KAUFMANN, «Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht» en STRATENWERTH (ed.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, 1974, pp. 403, 411; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 128 y ss., 204 y ss.; por el contrario, afirmando de manera acertada la relevancia para la medición de la pena del resultado, STRATENWERTH, «Zur Relevanz des Erfolgswertes im Strafrecht» en GRÜNWALD (ed.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein: zum 70. Geburtstag*, 1975, pp. 177 y ss.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 516 y ss.; así como en FRISCH, *GA*, (9), 2014, (V.); los principios también en JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 69 y ss.

4.2. Las razones básicas que imposibilitan renunciar al cambio

a) Teoría de la pena y delito como una unidad: La necesidad de revisión de la comprensión fundamental del delito

En primer lugar, es un postulado irrenunciable de una teoría del delito científica el que éste sea compatible con una teoría de la pena susceptible de legitimación. La teoría de la pena y el concepto de delito constituyen una unidad: el concepto de delito y sus presupuestos conceptuales deben estar configurados de un modo tal que aquellos legitimen la imposición de la pena. Esto únicamente es posible cuando tales presupuestos conceptuales del delito están configurados en atención al concepto de pena, esto es, cuando el principio rector de la imposición de la pena está también detrás del diseño de los presupuestos del delito.⁵³ Por el contrario, no es adecuado extraer los requisitos del hecho punible de una fuente distinta al principio del que se sigue la imposición de la pena.

Sin embargo, precisamente este es el estado actual de la teoría del delito, en la medida en que ésta, pese a la transición a las teorías de la confirmación de la vigencia de la norma, todavía se sigue aferrando al concepto tradicional, estado que se perpetuaría si se siguiera asiendo de forma amplia a esta concepción del delito, por ejemplo, por “razones pragmáticas”. La teoría del delito tradicional ha sido esencialmente desarrollada sobre el fundamento de la teoría de una justa retribución a través de la pena; los requisitos del delito reproducen, pues, las condiciones de una retribución justa: el injusto y la culpabilidad del autor en ese injusto. Tras el desmoronamiento de la teoría de la retribución el pensamiento teórico penal de la compensación de la culpabilidad pasó a desempeñar el papel de dicha teoría. La primera teoría, la de la retribución, con miras al objetivo que se propone, resulta ser altamente problemática;⁵⁴ la segunda, la teoría de la compensación de la culpabilidad, adolece, básicamente, de no lograr explicar cómo el injusto culpable en el sentido de un menoscabo del bien jurídico acontecido en el pasado debería poder ser “compensado” a través de la pena.⁵⁵ Por eso mismo, han sido con razón ambas concepciones reemplazadas por teorías provenientes de la órbita de la confirmación de la vigencia de la norma a través de la pena. Sin embargo, a diferencia de lo que en gran medida ha sucedido, no es suficiente ahora con vincular simplemente esta (acertada) teoría de la pena con el concepto de delito clásico. A la teoría de la pena que en lo sucesivo se estima como acertada le corresponde su propia y autónoma concepción del delito. Si la pena tiene como fin confirmar tras el hecho cometido la vigencia de la norma infringida y hacer visible su carácter inquebrantable, únicamente tiene sentido la imposición de la pena y por lo tanto solo está entonces justificada aquélla cuando se advierte en el delito lo siguiente: un cuestionamiento o menosprecio de la vigencia de la norma de la que el autor se ha apartado a través de la comisión de un hecho punible; cuestionamiento que es contradicho con el especial énfasis que caracteriza a la pena a

⁵³ Sobre esta relación también JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 13; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, pp. 52 y ss.; quien asimismo discute acerca del problema vinculado con el postulado de la compatibilidad de cuál debería ser el vector rector (el concepto de delito o la pena) en el marco de una relación de coordinación como la señalada.

⁵⁴ Vid. al respecto *supra* 2.2.

⁵⁵ Vid. al respecto *supra* 2.2.; en esta medida, idéntico, KINDHÄUSER, «Rechtstreue als Schuld-kategorie», *ZStW*, (107), 1995, p. 730; ROXIN, *Strafrecht AT*, I, § 3, nm. 6.

través de su imposición, de manera que se eviten con ello en la mayor medida posible los daños a la norma subsistentes.⁵⁶ Una comprensión del delito, también entendida así (en vez del mero menoscabo culpable del bien jurídico por parte del autor⁵⁷) es por lo tanto en cierta medida, cuanto menos (=la mínima) revisión necesaria del concepto de delito.

b) Necesidad de revisión adicional: Requisitos jurídico-constitucionales en la configuración del concepto de delito

Aun así, con modificar o revisar aquello que en cierta medida puede ser calificado como el perfil básico o la formulación clave del hecho punible no es suficiente. Otros aspectos precisan asimismo de revisión. En un Estado constitucional en el que también la realización de fines estatales importantes –como el mantenimiento de la vigencia de las normas trascendentales (y la fuerza preventiva de la conminación penal)- solo legitima injerencias en los derechos de la persona cuando estas injerencias son necesarias para la consecución de tales fines, el recurso a la pena en aras de confirmar la vigencia de la norma [y el mantenimiento de la fuerza vinculante (*Geltungskraft*) de la norma] está también sujeto a la reserva de la necesidad (*Erforderlichkeit*).⁵⁸ Esto tiene repercusiones también sobre el concepto de delito: este debe, en cierta medida, contener una “punto de advertencia” (*Merkposten*) o una categoría que garantice la selección de todos aquellos supuestos del concepto de delito frente a las que una confirmación expresa de la vigencia de la norma a través de la pena o incluso solo a través de una declaración de culpabilidad ya no se muestre en absoluto necesaria. Aquí, esto es, en el ámbito de una teoría de la pena que tiene por objetivo la confirmación de la vigencia de la norma, la necesidad de una categoría específica y la demanda de esta categoría se torna mucho más palpable que en el marco de la extremadamente simple teoría de la pena retributiva como realización de la justicia y de la teoría de la pena de la compensación de la culpabilidad. Sobre este punto volveremos de nuevo.⁵⁹

c) La diversa relevancia de condiciones aparentemente idénticas

No obstante, acto seguido es también necesario un desarrollo de la comprensión fundamental del delito como cuestionamiento de la vigencia de la norma en aras de determinar los requisitos que deben cumplirse para que pueda hablarse de un cuestionamiento de este tipo. Así las cosas, aparecen nuevamente aquí –como ya se ha mencionado-⁶⁰ algunas de las palabras clave del repertorio de requisitos propios del concepto de delito tradicional ya por todos conocidas. Las coincidencias existen, básicamente, en lo que a la exigencia de una divergencia no justificada de la norma de comportamiento presupuesta en el tipo delictivo se refiere, así como en los ulteriores requisitos ya presupuestos típicamente. Éstos, tradicionalmente englobados en la mayoría de las ocasiones bajo el *topos* de los presupuestos (típicos) del injusto, son igualmente válidos para el

⁵⁶ Vid. al respecto nuevamente *supra* 2.2.

⁵⁷ El que esto es así tanto desde una perspectiva fenomenológica como desde una perspectiva jurídica general no admite discusión, pero no es esta precisamente la cara del delito que determina la reacción jurídico-penal.

⁵⁸ Al respecto, en detalle, FRISCH, *NStZ*, 2013, pp. 249 y ss., con exhaustivas referencias de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) y de la literatura científica. Vid. también ROBLES PLANAS en FREUND (ed.), *FS-Frisch*, 2013, pp. 115, 162 y s.

⁵⁹ Sobre el desarrollo de esta categoría, en detalle, *infra* 4.4.

⁶⁰ *Supra* 4.1. a)

cuestionamiento de la vigencia de una norma de comportamiento típica determinada y que se comprende como un hecho punible. Sin embargo, existen también evidentes diferencias. En comparación con los distintos conceptos de delito, esas diferencias son, en esencia, más importantes que aquellas características comunes, que, por otro lado, son las únicas que con frecuencia parecen advertirse.

4.3. El distinto significado del requisito de la capacidad de culpabilidad en los conceptos de delito tradicional e ideal

Existen diferencias –al margen de la ya citada categoría de la (falta) de necesidad de una especial confirmación de la vigencia de la norma⁶¹- sobre todo en el modo en el que la concepción tradicional del delito entiende y comprende la “culpabilidad”. Es cierto que la concepción del delito como cuestionamiento de la vigencia de la norma presupone que el autor es capaz de reconocer el carácter injusto de su comportamiento y que a partir de esta comprensión puede dejarse guiar en el sentido de un comportamiento correcto.⁶² Sin embargo, esta capacidad tiene una función distinta a la que desempeña en el concepto tradicional de delito: allí constituye el fundamento por el que el autor es hecho responsable por su menoscabo del bien jurídico y por el que puede ser gravado con una pena para su retribución o compensación de la, en esta medida, subsistente culpabilidad. En un concepto de hecho punible que advierte la esencia del delito –en atención a la legitimación y a la posibilidad limitada de recurrir a la pena⁶³- en el cuestionamiento de la vigencia del Derecho por parte del autor, a la capacidad de culpabilidad del autor le corresponde una función distinta.

En el mejor de los casos, existe aquí todavía un paralelismo en la medida en que, siendo la capacidad de culpabilidad del autor irrenunciable, está también permitido hacerle responsable a él por las consecuencias ideales de su comportamiento en consideración a la vigencia de la norma y oponerse a su costa a los daños sobre la validez de la norma que amenazan mediante las medidas que se le imponen. En concreto: reforzar a través de la imposición de la pena conminada la vigencia de la norma y evitar la pérdida de toda fuerza preventiva de la conminación penal que de otro modo amenazaría con producirse.⁶⁴ Con todo, el requisito de la capacidad de culpabilidad tiene en la comprensión del delito como cuestionamiento de la vigencia de la norma (penalmente garantizada) todavía una función más elemental. Solo cuando el autor es capaz de culpabilidad, esto es, cuando puede comprender lo prohibido de su comportamiento y motivarse correctamente conforme a esta comprensión, tiene entonces su comportamiento divergente también el significado (expresivo) de un cuestionamiento de la vigencia de aquella norma respecto a la cual él (sin mediar causa de justificación) se ha apartado. Si le falta al autor –como por ejemplo sucede con los enfermos mentales- la capacidad de reconocer lo correcto y de comportarse conforme a esa comprensión, su apartamiento del orden de conductas no puede ser

⁶¹ *Supra* 4.2. b) y –en el sentido de un desarrollo- *infra* 4.4.

⁶² Vid. también ya *supra* 4.1. a)

⁶³ Estas son tratadas sobre todo *supra* 2.2.

⁶⁴ Al respecto, vid. ya *supra* 3.2.

visto entonces como un cuestionamiento de su vigencia, de modo que en ese caso falta ya un delito en el sentido de un acto expresivo que niega la norma.⁶⁵

4.4. El requisito de la necesidad de refutación del cuestionamiento como exigencia para la legitimación del delito

Pero no solo es necesario que la divergencia –no justificada– del autor respecto de la norma de comportamiento presupuesta en el tipo (bajo inclusión también de ulteriores requisitos típicos) represente un cuestionamiento de la vigencia de la norma (cosa que presupone necesariamente la culpabilidad del autor en su comportamiento discrepante de la norma). El cuestionamiento de la norma de comportamiento típica debe ser asimismo de un modo tal que precise –todavía– ser refutado a través de la pena.

a) Cuestiones fundamentales

De aquí se deriva ya fundamentalmente que la confirmación de la vigencia de la norma y el mantenimiento de la fuerza preventiva de la norma penalmente garantizada perseguida a través de la pena constituyen una actividad estatal orientada a un fin (*zweckgerichtete Staatstätigkeit*), que, en tanto injerencia en los derechos de un ciudadano, debe tomar en consideración en un Estado constitucional –que reconoce derechos fundamentales– el principio de necesidad (*Erforderlichkeit*).⁶⁶ Por consiguiente, las conductas que se muestran como un cuestionamiento de la norma de comportamiento garantizada mediante la pena no constituyen sin embargo delito (en el sentido de un comportamiento que precisa y legitima la pena), cuando aquellos comportamientos en consideración al mantenimiento de la vigencia de la norma infringida no hacen (ya) por motivos reconocibles necesario ningún castigo.

Es en este punto en donde reside una diferencia esencial entre, por un lado, una comprensión del hecho punible vinculada al recurso a la pena como actividad final estatal y ligada de manera explícita al principio de necesidad y, por el otro, el concepto tradicional de delito. Las categorías del hecho punible tradicional, pese a haberse concentrado en la formulación de las condiciones de la retribución justa (más tarde de la justa compensación de la culpabilidad), no han tomado sin embargo apenas en consideración ni de forma expresa ni en forma de categorías sistemáticas el problema de la (bajo ciertas circunstancias falta de) necesidad de pena. Todo ello conduce a dificultades cuando están previstas ya legalmente causas de exclusión de la punibilidad (*Strafausschlüsse*) o cuando como mínimo se plantea su concurrencia (causas supraleales de exclusión de la punibilidad), que precisamente están inspiradas en este mismo razonamiento. Estas causas de exclusión de la punibilidad le generan a la dogmática del delito tradicional las más grandes dificultades y la exponen a una notable incerteza, mientras que el concepto de delito aquí desarrollado puede (en mejores condiciones que el concepto de delito comunicativo al uso) dar cuenta de tales circunstancias de manera sencilla y convincente.

⁶⁵ Vid. al respecto ya *supra* 4.1. a)

⁶⁶ Vid. *supra* 4.1. b)

b) El desistimiento voluntario de la tentativa como ejemplo de la falta de necesidad de refutación

Un ejemplo importante en relación con lo que se acaba de afirmar puede verse en el desistimiento voluntario de la tentativa. El injusto de la acción ya existente no puede desaparecer.⁶⁷ Dado que el autor era capaz de evitar ese injusto, no resulta tampoco posible negar el carácter culpable del mismo. Así las cosas, no le queda otra salida a la doctrina dominante que trasladar el desistimiento voluntario extramuros de las categorías materiales del injusto y de la culpabilidad, sin otra categorización material que la de mera causa personal de exclusión de la pena (*Strafaufhebungsgrund*). Los autores que tratan de evitar esto último, intentan encasillar el desistimiento en la culpabilidad como si de un tipo de causa de exclusión de la culpabilidad (*Entschuldigungsgrund*) se tratara.⁶⁸ No obstante, con ello, el ya de por sí heterogéneo nivel sistemático de la culpabilidad se convierte en un sustrato todavía si cabe más abigarrado.⁶⁹

Todos estos problemas se resuelven tan pronto como se tiene en cuenta que –ya en forma de una especial categoría material del delito- solo pueden conducir a la condena y al castigo del autor aquel tipo de menosprecios del Derecho cuya contradicción es todavía necesaria para el mantenimiento de la fuerza vinculante (*Geltungskraft*) de la norma infringida. Y precisamente, esto es lo que falta (desde la óptica del Derecho alemán) en el supuesto en el que el autor abandona voluntariamente su hecho o ha impedido la producción del resultado que amenazaba. Quien se aparta así de su propio cuestionamiento del Derecho y regresa a la senda del mismo, revoca con ello idealmente ese cuestionamiento y convierte en superfluo un rechazo expreso estatal a través de la condena reprobadora y la pena.⁷⁰

c) Las situaciones de exculpación como ejemplo de la falta de necesidad de una refutación expresa

La comprensión aquí desarrollada del hecho punible ofrece también para la clasificación de las causas de exculpación (*Entschuldigungsgründe*) una solución notablemente más satisfactoria que la ofrecida por el concepto de delito tradicional. Conforme a esta última concepción, las causas de exculpación quedan ancladas sistemáticamente en atención a la (falta de) culpabilidad, lo que implica considerar que el fundamento para la renuncia a la condena y a la pena se encuentra asimismo en el ámbito de la culpabilidad. Sin embargo, lo cierto es que en tales supuestos sucede algo distinto a lo que acontece en aquellos casos en los que el autor no era en absoluto capaz de orientarse conforme a Derecho y en los que falta por lo tanto toda culpabilidad y cuestionamiento del Derecho:⁷¹ el autor que se excede en su defensa y el autor que para conjurar peligros que se

⁶⁷ No resulta convincente VON HIPPEL, *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch*, 1966, pp. 58 y ss. (revocación del injusto).

⁶⁸ Así p. ej. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed. 1972, pp. 36 y ss.; RUDOLPHI, *SK-StGB*, 8ª ed. (n. 20. ent. 1993), § 20, nm. 6 y s. con ulteriores referencias.

⁶⁹ Crítico y con razón con un concepto funcional de la culpabilidad como este, también WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, 43ª ed., 2013, nm. 408a.

⁷⁰ En esta medida, acertadamente, ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed. 1972, p. 37.

⁷¹ La misma doctrina dominante reconoce esto mismo, aunque de forma indirecta, en la medida en que distinguen entre las causas de exclusión de la culpabilidad y las meras causas de exculpación, vid. por todos, WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht AT*, 43ª ed., 2013, nm. 432 con referencias adicionales.

ciernen sobre su propia integridad física acaba sometiendo otro a una situación de peligro para su propia vida no actúan sin culpabilidad y desacatan igualmente de forma plena aquello que el ordenamiento jurídico les requería en tales situaciones. Lo que sucede realmente en estos supuestos es que la medida del menosprecio del Derecho es -ante tales situaciones excepcionales- claramente inferior a la que se da en el resto de supuestos y el cuestionamiento de la vigencia de la norma en este tipo de escenarios excepcionales, dada la disímil y comprensible situación motivacional, apenas debilita de forma relevante la vigencia del Derecho: lo que falta en estos supuestos es un cuestionamiento del Derecho que haga a toda costa necesario reaccionar para el mantenimiento de la vigencia del ordenamiento jurídico *en general* con una respuesta formal a modo de condena y castigo.⁷² Lo mismo cabe afirmar en relación con una retahíla de causas de exclusión de la punibilidad (*Strafausschließungsgründen*) presentes en la parte especial del Código penal alemán.

5. Bibliografía

ACHENBACH (1974), *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Schweitzer, Berlin.

AMELUNG (1972), *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum, Frankfurt.

BLOY (2013), «Symbolik im Strafrecht» en FREUND (ed.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems : Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 59 y ss.

GROTIUS (1625), *De jura belli ac pacis*, Lib. II, Cap. XX, (traducción alemana: *Vom Recht des Krieges und des Friedens*, ed. a cargo de W. Schätzel, Mohr, Tübingen, 1950.)

FEIJOO SÁNCHEZ (2007), «Positive Generalprävention. Gedanken zur Straftheorie Günther Jakobs¹» en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs: zum 70. Geburtstag*, Heymann, Köln, pp. 75 y ss.

FEUERBACH (1801), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Heyer, Gießen.

FREUND (2008), *Strafrecht. AT*, 2ª ed., Springer, Berlin, Heidelberg.

H.A. FISCHER (1911), *Die Rechtswidrigkeit: mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, Sauer & Auvermann, Frankfurt/Main.

FRISCH (2015), *Philosophische Grundlagen des Strafrechts*, Cap. 3, en prensa.

⁷² Esto es, en aquellos -más allá de los supuestos excepcionales- estados de cosas “normales” en los que la validez de la norma debe ser mantenida a toda costa.

- EL MISMO (2014), «Über das Verhältnis von Straftatsystem und Strafzumessung. Unrecht und Schuld in der Verbrechenslehre und in der Strafzumessung», *GA*, (9), pp.
 - EL MISMO (2013), «Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», *NStZ*, pp. 249 y ss.
 - EL MISMO (2012), «Vergeltung, Schuldausgleich und Wiederherstellung des Rechts. Zur Idee der Strafe» en KOSLOWSKI (ed.), *Endangst und Erlösung 2*, Fink, Paderborn, München, pp. 53 y ss.
 - EL MISMO (2010), «Defizite empirischen Wissens und ihre Bewältigung im Strafrecht» en BLOY et al. (eds.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 239 y ss.
 - EL MISMO (2007), «Rechtsphilosophie und Strafrecht in Europa», *GA*, pp. 250 y ss.
 - EL MISMO (2002), «Umstände der Strafzumessung außerhalb der Tat. Rechtsvergleichende und straftheoretische Überlegungen zur Strafzumessung» en ASP (ed.), *Flores juris et legum: festskrift till Nils Jareborg*, Iustus, Uppsala, pp. 207 y ss.
 - EL MISMO (2001), «Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung» en BRITZ (ed.), *Grundfragen staatlichen Strafens: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, Beck, München, pp. 237 y ss.
 - EL MISMO (2000), «Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs» en CANARIS et al. (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof*, Beck, München, pp. 269 y ss.
 - EL MISMO (1988), *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Müller, Heidelberg.
- HAAS (2008), *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur: zur Ausübung hoheitlicher Gewalt durch Staatsanwaltschaft und erkennendes Gericht im deutschen Strafverfahren*, Mohr-Siebeck, Tübingen.
- HARDWIG (1957), *Die Zurechnung: ein Zentralproblem des Strafrechts*, de Gruyter, Hamburg.
- HASSEMER (2009), *Warum Strafe sein muss: ein Plädoyer*, Ullstein, Berlin.
- HEGEL (1986), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Obras, t. 7, Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- R. VON HIPPEL (1966), *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch*, de Gruyter, Berlin.
- HRUSCHKA (1976), *Strukturen der Zurechnung*, de Gruyter, Berlin, New York.

HÖRNLE (2012), *Straftheorien*, Mohr Siebeck, Tübingen.

ISENSEE (1983), *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, de Gruyter, Berlin.

JAKOBS (2012), *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Klostermann, Frankfurt am Main.

- EL MISMO (2004), *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn, München.

- JAKOBS (1992), *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, Beck, München.

- EL MISMO (1991), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2^a ed., de Gruyter, Berlin.

KAISER (1996), *Kriminologie*, 3^a ed., Müller, Heidelberg.

- EL MISMO (1970), *Verkehrsdelinquenz und Generalprävention*, Mohr, Tübingen.

KALOUS (2000), *Positive Generalprävention durch Vergeltung*, Roderer, Regensburg.

KANT (1797), *Die Metaphysik der Sitten*, II Parte, 1 Párrafo, Comentario general, letra E (vom Straf- und Begnadigungsrecht). Citado a partir de: *Kant-Studienausgabe der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft*, v. 4, 1956).

Armin KAUFMANN (1974), «Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht» en STRATENWERTH (ed.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin, pp. 403 y ss.

KINDHÄUSER (1995), «Rechtstreue als Schuld-kategorie», *ZStW*, (107), pp. 701 y ss.

KÖHLER (1986), *Der Begriff der Strafe*, v. Decker, Heidelberg.

KÜHL (2009), «Das Profil des Strafrechts» en HASSEMER et al. (eds.), *In dubio pro libertate: Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, pp. 275 y ss.

LAMPE (1967), *Das personale Unrecht*, Ducker Humblot, Berlin.

LESCH (1999), *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*, Heymann, Köln.

LOENING (1903), *Geschichte der strafrechtlichen Zurechnungslehre*, t. I, Fischer, Jena.

MEZGER (1924), «Die subjektiven Unrechtselemente», *Gerichtssaal*, (89), pp. 207 y ss.

MURMANN (2013), «Strafzumessung und Strafverfahren» en FREUND et al. (eds.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 1131 y ss.

NAGLER (1918), *Die Strafe : eine juristisch-empirische Untersuchung*, Meiner, Leipzig.

NOLL (1962), *Die ethische Begründung der Strafe*, Mohr, Tübingen.

PAWLIK (2012), *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübingen.

- (2004), *Person, Subjekt, Bürger*, Duncker & Humblot, Berlin.

PERALTA (2008), «Positive Generalprävention als Achtung der Rechtsordnung», *ZIS*, (10), pp. 506 y ss.

PUFENDORF (1672), *De jure naturae et gentium*, Lib. I, Cap. V, Citando la edición de Clarendon Press, Oxford, 1924.

ROBBERS (1987), *Sicherheit als Menschenrecht: Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion*, Nomos, Baden-Baden.

ROBLES PLANAS (2013), «Zum Strafunrechtsausschluss» en ZÖLLER (ed.) *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension: Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 439 y ss.

- EL MISMO (2013), «Zur Dogmatik der Kriminalpolitik» en FREUND (ed.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 115 y ss.

ROXIN (2006), *Strafrecht, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, v. I, 4ª ed., Beck, München.

- EL MISMO (1979), «Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht» en ARTHUR KAUFMANN (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, Beck, München, pp. 279 y ss.

- EL MISMO (1973), *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., de Gruyter, Berlin.

- EL MISMO (1969), «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», *JuS*, pp. 377 y ss.

RUDOLPHI (1993), «§ 20», en RUDOLPHI (coord.), *SK-StGB*, 8ª ed. (n. 20. ent. 1993), Carl Heymanns Verlag, München.

SCHMIDHÄUSER (1971), *Vom Sinn der Strafe*, 2ª ed., Logos Berlin, Berlin.

F.C SCHROEDER (2001), «Die Entwicklung der Gliederung der Straftat in Deutschland» en HOYER (ed.), *Friedrich Christian Schroeder. Beiträge zur Gesetzgebungslehre und Strafrechtsdogmatik*, Müller, Heidelberg, pp. 106 y ss.

SCHÜNEMANN (1978), «Ungelöste Rechtsprobleme bei der Bestrafung nationalsozialistischer Gewalttaten» en FRISCH (ed.), *Festschrift fuer Hans-Juergen Bruns zum 70. Geburtstag*, pp. 223 y ss.

SCHÜNEMANN (1998), «Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie» en SCHÜNEMANN/VON HIRSCH/JAREBORG (eds.), *Positive Generalprävention: kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog*, Müller, Heidelberg, pp. 109 y ss.

SILVA SÁNCHEZ (2010), «Rationale Strafzumessung durch Straftatdogmatik» en HERZOG (ed.), *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, Müller, Heidelberg, pp. 625 y ss.

STRATENWERTH (1975), «Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht» en GRÜNWARD (ed.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein: zum 70. Geburtstag*, Schwartz, Göttingen, pp. 177 y ss.

STRENG (2012), *Strafrechtliche Sanktionen: die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, 3^a ed., Kohlhammer, Stuttgart.

TIMM (2012), *Gesinnung und Straftat*, Duncker & Humblot, Berlin.

WALTER (2011), «Vergeltung als Strafzweck. Prävention und Resozialisierung als Pflichten der Kriminalpolitik», *ZIS*, (7), pp. 636 y ss.

WELZEL (1958), *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, de Gruyter, Berlin.

WELZEL (1969), *Das deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung*, 11^a ed., de Gruyter, Berlin.

- EL MISMO (1966), «Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre», *JuS*, pp. 421 y ss.

- EL MISMO (1961), *Das Neue Bild des Strafrechtssystems: eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 4^a ed., Schwartz, Goettingen.

WESSELS/BEULKE/SATZGER (2013), *Strafrecht, allgemeiner Teil: die Straftat und ihr Aufbau*, 43^a ed., Müller, Heidelberg.

ZIELINSKI (1973), *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Duncker & Humblot, Berlin.