

Teoría de la pena, concepto de delito y sistema del delito

Sobre la necesaria revisión de la concepción del delito

Sumario

-
Aunque la teoría de la pena, en particular las ideas sobre la finalidad y la legitimación de la pena, han cambiado considerablemente en los últimos 100 años aproximadamente, el concepto de delito y el sistema de presupuestos del delito han permanecido prácticamente inalterados durante este tiempo. Por lo tanto, la teoría de la pena, el concepto de delito y el sistema de sus presupuestos ya no son compatibles. Los planteamientos de teoría de las normas, que se tienen en cuenta en muchos otros ámbitos del Derecho, tampoco han encontrado prácticamente expresión en el concepto y los presupuestos del delito; lo mismo cabe decir de los cambios en el marco constitucional.

Las siguientes reflexiones intentan señalar y justificar estos déficits y dibujar una nueva imagen del delito y de sus presupuestos; una imagen que armonice con aquella teoría de la pena que aún hoy sigue pareciendo sostenible y que tenga en cuenta los planteamientos más recientes de la teoría de las normas y los principios constitucionales.

Abstract

-
Although the theory of punishment, especially the issues of the goal and justification of punishment, and the legitimacy of punishment have changed considerably over the past 100 years, the concept of criminal offense and the system of criminal offense legal requirements have remained virtually unchanged during this period. Punishment theory, the concept of a criminal offense, and the system of legal requirements for criminal offenses are no longer compatible. Insights from norm theory, which are taken into account in many other areas of law, have found virtually no expression in the concept and requirements of criminal offense; the same is true of changes in the constitutional framework.

The following considerations attempt to point out these deficits, to substantiate them, and to concretize them in order to draw a new picture of the criminal offense and its prerequisites, a picture that harmonizes with the only theory of punishment that still appears to be justifiable today and that takes into account both the insights from norm theory and from constitutional principles.

Zusammenfassung

-
Obwohl die Theorie der Strafe, insbesondere die Vorstellungen zum Zweck und zur Legitimation der Strafe, sich in den letzten gut 100 Jahren erheblich gewandelt haben, sind der Begriff der Straftat und das System der Straftatvoraussetzungen in dieser Zeit nahezu unverändert geblieben. Die Theorie der Strafe, der Begriff der Straftat und das System der Voraussetzungen der Straftat sind damit nicht mehr kompatibel. Auch normentheoretische Einsichten, die in vielen anderen Rechtsbereichen Beachtung finden, haben im Begriff und den Voraussetzungen der Straftat praktisch keinen Niederschlag gefunden; Entsprechendes gilt für die Veränderungen des verfassungsrechtlichen Rahmens.

Die nachfolgenden Gedanken bemühen sich darum, diese Defizite aufzuzeigen und zu konkretisieren sowie ein neues Bild der Straftat und ihrer Voraussetzungen zu zeichnen – ein Bild, das mit jener Theorie der Strafe, die heute allein noch

vertretbar erscheint, harmonisiert sowie neueren normentheoretischen Einsichten und verfassungsrechtlichen Prinzipien Rechnung trägt.

Title: *Punishment Theory, Concept and System of Criminal Offense*

Titel: *Theorie der Strafe, Begriff und System der Straftat*

-

Palabras clave: Teoría de la pena, concepto y teoría del delito, sistema de presupuestos del delito, teoría de las normas, pena (concepto de), presupuestos del delito y Constitución.

Keywords: *Punishment Theory, Concept and Theory of Criminal Offense, System of Criminal Offense Legal Requirements, Norm Theory; Punishment (Concept of), Constitutional Conditions of Criminal Wrong.*

Stichwörter: *Theorie der Strafe, Begriff und Theorie der Straftat, System der Straftatvoraussetzungen, Normentheorie, Strafbegriff, Voraussetzungen der Straftat und Verfassung.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2024.i4.04

-

4.2024

Recepción
10/04/2024

-

Aceptación
29/07/2024

-

Índice

-

- 1. La comprensión tradicional del delito, su fortaleza y problemática**
- 2. Tensiones entre el concepto de delito y la teoría de la pena**
- 3. Déficits en la comprensión tradicional del delito: El tratamiento defectuoso de una lesión de la norma de conducta**
- 4. Sobre la necesidad de un concepto de delito que legitime la pena: el delito como menosprecio del Derecho**
- 5. El delito como menosprecio del Derecho necesitado de refutación**
- 6. Final**
- 7. Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. La comprensión tradicional del delito, su fortaleza y problemática*

Injusto y culpabilidad son los elementos básicos del delito en la teoría del delito alemana y en otras teorías del delito de influencia alemana¹. El injusto se concibe generalmente como el ataque, puesta en peligro o lesión de un bien jurídico, dividido entre un injusto de la acción y un injusto del resultado. En el Código penal el injusto se concreta como tipos de injusto en los correspondientes tipos penales. La realización de un tipo penal implica también el injusto en su totalidad cuando, en el caso concreto, no se encuentra justificada por una norma permisiva. Tal suceso de injusto adquiere la condición de delito cuando el autor obra culpablemente. Dentro de la culpabilidad se comprende de modo predominante la reprochabilidad del suceso injusto. Esta reprochabilidad presupone, según el enfoque tradicional, que el autor tuvo la capacidad de evitar el hecho mediante una orientación a las normas jurídicas o, como suele también expresarse, mediante un obrar conforme a Derecho².

El enfoque bosquejado del injusto y la culpabilidad como los elementos básicos del delito, con sus contenidos igualmente delineados a grandes rasgos, se desarrolló sobre todo en la segunda mitad del siglo XIX y en la transición hacia el siglo XX³. Después de su consolidación en las primeras décadas del siglo XX, la comprensión básica del delito con sus elementos del injusto y la culpabilidad se impuso de forma decisiva. Los intentos de configurar los conceptos de una manera diferente o de ponerlos en tela de juicio como elementos básicos del delito, ciertamente, no han estado ausentes⁴. Particularmente, en lo que atañe a la culpabilidad no han faltado los intentos de dotarla de un contenido distinto como, por ejemplo, a partir de una interpretación

* Título original: «Straftheorie, Straftatbegriff und Straftatsystem. Zur Revisionsbedürftigkeit des Grundverständnisses der Straftat». Una primera versión de este –hasta ahora– inédito trabajo, fue presentado en la Universidad Externado de Bogotá y, posteriormente, en abril de 2018, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, Madrid. Es para mí un motivo de enorme alegría que esta conferencia no publicada hasta el momento ni en español ni en alemán pueda ver finalmente la luz y, en especial, poder dedicársela, junto con mis mejores deseos por su 70 aniversario, a mi respetado colega y querido amigo Prof. Dr. Carlos Lascano (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina). La traducción original del español corrió a cargo del Prof. Dr. José Antonio Caro John (Lima), a quien le doy las gracias por ello. Asimismo, agradezco al Prof. Dr. Bernardo Feijoo Sánchez (Universidad Autónoma de Madrid), al Dr. Ivó Coca Vila (Universidad Pompeu Fabra/Instituto Max Planck para el Estudio del Delito, la Seguridad y el Derecho) y al Prof. Dr. Ricardo Robles Planas (Universidad Pompeu Fabra) su consejo y ayuda en ulteriores modificaciones y actualizaciones del texto.

¹ Un enfoque distinto se ve, por ejemplo, en la teoría del delito del *common law*, construida a partir de los conceptos básicos de *actus reus*, *mens rea* y *defences*; véase al respecto, MANSDÖRFER, *Die allgemeine Straftatlehre des common law*, 2005.

² Cfr. BGHSt 2, pp. 194, 200; exhaustivo al respecto, con amplia documentación, FRISCH, «Zur Zukunft des Schuldstrafrechts. Schuldstrafrecht und Neurowissenschaften», en HEGER/KELKER/SCHRAMM (eds.), *FS Kühl*, 2014, pp. 187 ss.; sobre la comprensión básica ahora mismo esbozada, p. ej., JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, pp. 49 ss., 232 ss., 244 ss., 272 ss., 321 ss., 407 ss.; KÜHL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8ª ed., 2017, pp. 7 ss., 17 ss., 126 ss., 371 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 53ª ed., 2023, nm. 9 s., 180 ss., 183 ss., 395 ss., 622 ss., 639 ss.

³ Cfr. WELZEL, «Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre», *Juristische Schulung*, 1966, pp. 421 ss.; crítico en parte contra él, SCHROEDER, *Beiträge zur Gesetzgebungslehre und zur Strafrechtsdogmatik*, 2001, p. 106, 112 s.; además, ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtsdogmatischen Schuldehre*, 1974, pp. 19 ss.

⁴ Cfr. de lo último, sobre la correlación entre injusto y culpabilidad, JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, p. 43 s.; LESCH, *Der Verbrechensbegriff: Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999, p. 205: «injusto penal es en sí mismo culpabilidad penal»; PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, pp. 87, 88.

orientada a los fines de la pena⁵. Sin embargo, tales intentos de revisión del sistema del delito o de sus elementos básicos hasta el momento no han logrado un éxito visible.

Desde una perspectiva analítica es absolutamente asombrosa la fortaleza de la comprensión tradicional básica del injusto y la culpabilidad y del concepto de delito derivado de la misma. Pues la comprensión es, si se examinan las cosas a fondo, realmente incompatible (o no suficientemente compatible) con las consideraciones centrales de la actual teoría de la pena (*infra* 2). Ella adolece, además, del descuido de un elemento importante del delito, cuya lúcida captación haría posible una mejor conexión de la teoría de la pena con la comprensión del delito (*infra* 3). Que la comprensión tradicional del injusto, la culpabilidad y el delito, a pesar de la problemática mencionada, haya podido conservar su lugar podría deberse, sobre todo –aparte de a ciertas debilidades en los intentos de revisión realizados hasta ahora–, a una circunstancia: haber dejado a un lado las consideraciones de la teoría de la pena en el marco del desarrollo sistemático de las categorías del delito. La teoría de la pena no es vista por regla general como un criterio de comprobación de la adecuación del sistema del delito, sino que se aborda por la comprensión tradicional después que el delito ya esté desarrollado y constatado en el caso concreto⁶. Entonces se trata por lo general sólo de comprobar qué versión de entre las concurrentes sobre el sentido y la finalidad de la pena merece preferencia. Las cosas adquieren otro matiz cuando se reconoce lo inadecuado de dichas perspectivas incomunicadas y se entienden los sistemas particulares de enunciados (sobre la teoría de la pena y el sistema del delito⁷) como partes de un sistema integral que en sí mismo debe ser consistente (*infra* 4).

2. Tensiones entre el concepto de delito y la teoría de la pena

A la luz de semejante consideración sinóptica se torna claro de inmediato que el enfoque tradicional del injusto y la culpabilidad, así como el concepto de delito construido sobre la base de tales presupuestos, no es compatible con la teoría de la pena considerada actualmente como correcta.

En el fondo, la comprensión del delito bosquejada al inicio es plenamente compatible únicamente con la teoría retributiva de la pena⁸. Conforme a esta teoría, el autor es retribuido con una pena por el daño a otro (o a la comunidad) mediante su hecho: el mal del hecho es retribuido mediante la imposición de un mal; quien infligió a otro un dolor, debe sufrir por ello (con la pena). Con semejante concepción de la pena concuerda una comprensión del delito como injusto culpable o lesión evitable de un bien jurídico. La lesión culpable de un bien jurídico es el mal evitable que el autor ha ocasionado a otro, de modo que a causa de ese mal él mismo tiene

⁵ Cfr. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, pp. 8 ss.; ROXIN, «Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht», en KAUFMANN (ed.), *FS Bockelmann*, 1979, pp. 282 ss.

⁶ Característico al respecto es por ejemplo WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, pp. 30 ss., 238 ss. Sobre la problemática e historia dogmática de este punto de vista, véase PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, 2012, pp. 52 ss., con amplias referencias.

⁷ Por último habría que incluir también dentro del sistema integral de los enunciados los correspondientes a la determinación de la pena; más referencias al respecto en FRISCH, «Über das Verhältnis von Straftatsystem und Strafzumessung. Unrecht und Schuld in der Verbrechenlehre und der Strafzumessung», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, (161-9), 2014, pp. 489 ss., y EL MISMO, «Straftheorie, Straftat und Strafzumessung im gesamten Strafrechtssystem. Zur Revisionsbedürftigkeit des Grundverständnisses der Straftat», en FAHL et al. (eds.), *FS Beulke*, 2015, pp. 107 ss.

⁸ Una exposición detallada de esta teoría puede verse en HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. I, 1925, pp. 457 ss., 492 ss.; NAGLER, *Die Strafe: eine juristisch-empirische Untersuchung*, 1918, pp. 120 ss., 580 ss., 586 ss., 721 ss.; SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, 2ª ed., 1971, pp. 21 ss.

que soportar un mal como retribución. Esta concordancia no se produce por casualidad: la teoría de la retribución fue *la* teoría de la pena en cuyo trasfondo se originó – en la segunda mitad del siglo XIX – la actual comprensión del injusto, la culpabilidad y el delito⁹.

Sin embargo, actualmente dicha teoría apenas se defiende en Alemania (ni en muchos otros países)¹⁰. La jurisprudencia alemana y parte de la doctrina confieren a la pena la tarea de una compensación de culpabilidad¹¹: la pena debe compensar la culpabilidad con la que el autor se ha cargado a través de su hecho; la culpabilidad aquí no se entiende en sentido de poder de evitación, sino en el sentido de lo tornado en culpable, esto es, de un injusto evitable. Es fácil de apreciar que el concepto de injusto y la teoría del delito, mejor dicho, la comprensión del injusto como agresión concreta de un bien jurídico y como lesión de un bien jurídico en el pasado no son compatibles con semejante concepción de la pena. La pena como injerencia jurídica que recae sobre la esfera del autor es totalmente inadecuada para compensar el ataque real y reprochable al bien jurídico, así como su lesión evitable. Para la compensación de *dicho* injusto se requieren otras medidas totalmente distintas (reparaciones, resarcimiento, indemnización por los daños y perjuicios, etc.). En sí nada cambia cuando se agrega –como el Tribunal Supremo de Alemania– que la compensación de culpabilidad no se realiza en aras de sí misma, sino por razones de la prevención¹². Con esto se alude ciertamente –a diferencia de la compensación de culpabilidad en aras de sí misma– a una finalidad que recae en el ámbito de funciones del Estado; pero esto tampoco cambia en nada la imposibilidad de compensar con la pena un injusto asentado en el pasado. Incluso si se reemplaza el concepto de la compensación, tan impreciso para expresar lo decisivo, por la idea de que mediante la pena se tenga que hacer frente, contrarrestar o impedir algo determinado, la situación no mejora: tal esfuerzo carece de todo sentido en relación a la lesión efectiva producida al bien jurídico en el pasado, pues *aquella* ya no puede ser contrarrestada o afrontada con la pena.

Sin embargo, la pena puede utilizarse ciertamente para contrarrestar futuros delitos del autor o de terceros. Dicha prevención general, entendida en el sentido de advertencia e intimidación de autores potenciales, así como en el de la confirmación duradera de la conciencia jurídica de la población, constituye la verdadera finalidad de la pena, según una opinión bastante difundida sobre todo en la doctrina¹³. Pero también tomando por base este punto de partida teórico de la pena, la comprensión de la pena no armoniza del todo con la comprensión tradicional del injusto y de la culpabilidad del delito. Esto es perceptible si se repara en que es insuficiente para la legitimación de la pena que ésta sea idónea para alcanzar determinados efectos psíquicos en terceros. Debe también considerarse *justo* pretender o realizar dicho objetivo *a costa del autor*¹⁴.

⁹ Sobre esta evolución, con mayor detalle, ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtsdogmatischen Schuldlehre*, 1974, pp. 19 ss., 27 ss., 34 ss., 42 ss., 49 ss.; como ejemplo de conexión todavía en los tiempos recientes, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 240 s.

¹⁰ Cfr. no obstante, recientemente, HAAS, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, 2008, pp. 262 ss.; WALTER, «Vergeltung als Strafzweck. Prävention und Resozialisierung als Pflichten der Kriminalpolitik», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (7), 2011, pp. 636 ss.; sobre el renacimiento de la teoría de la retribución y de lo que en sí se oculta en parte detrás, PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 1ª ed., 2004, pp. 45 ss.; véase también ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 5ª ed., 2020, § 3 nm. 6-8, 47 s.

¹¹ Cfr. por ejemplo BGHSt 24, pp. 132, 134; 50, pp. 40, 49; de la doctrina, por ejemplo, KÜHL, «Das Profil des Strafrechts», en HASSEMER *et al.* (eds.), *FS Volk*, 2009, p. 279; SATZGER/SCHLUCKEBIER/WERNER/ESCHELBACH, *StGB*, 6ª ed., 2024, § 46 nm. 27 ss.

¹² Así el BGHSt 24, pp. 40, 42 y muchas otras voces en la doctrina.

¹³ Cfr. por ejemplo, JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, pp. 10 ss.; ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, § 3, nm. 26 ss., 59 ss.; STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, 3ª ed., 2012, nm. 24 ss., con más referencias.

¹⁴ En este aspecto rige todavía la constatación de KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, t. II, 1ª ed., 1797, p. 197.

Y de ello sólo será posible hablar cuando en el propio delito se encuentre el *fundamento* legitimador para penalizar al autor con una pena orientada a influir psíquica, intelectualmente, a los demás. Para ello no es suficiente contemplar el delito, como es usual, como injusto y culpabilidad, en el sentido de realización reprochable, es decir evitable, de un menoscabo del bien jurídico. ¿Por qué tendría que justificarse una intromisión sobre los derechos del autor para influir intelectualmente a los demás por la afectación real de un bien ocurrido en el pasado? Para evitar malentendidos: con todo ello no quiero decir que no exista realmente un fundamento legitimador. Se mostrará que tal fundamento existe. Solo que no reside en lo que comúnmente se entiende como injusto y culpabilidad, sino en algo que, por lo general, permanece ignorado o poco tratado, a pesar de que ese algo representa para la reacción penal el aspecto decisivo del injusto y la culpabilidad, así como del delito.

3. Déficits en la comprensión tradicional del delito: El tratamiento defectuoso de una lesión de la norma de conducta

Antes de volver a este aspecto del delito, tan escasamente tratado pero en última instancia decisivo desde el punto de vista de teoría de la pena, conviene abordar otro déficit llamativo en los modelos básicos tradicionales del delito. Si se hubiese visto tal elemento ausente de una forma más clara y se hubiera tomado en serio, quizás se hubiese captado mejor la correcta comprensión básica del delito y no se habría detenido en la caracterización teórica insuficiente del delito como injusto típico culpable (en el sentido de injusto de la acción e injusto del resultado).

El elemento al que me refiero es la necesidad de lesión de una norma de conducta. Cada delito engloba en su núcleo la lesión de una norma de conducta, una lesión que en el tipo del delito respectivo está supuesta implícitamente y (dado el caso, bajo una serie de otros presupuestos) sometida a una pena. Sólo cuando el autor mediante su conducta ha lesionado una norma de conducta (penalmente protegida) tiene sentido y solo entonces es a la vez justo censurarle con una pena por la conducta llevada a cabo. En conexión sobre todo con el pensamiento de BINDING, ya en 1977 destaqué esta cuestión en mi lección inaugural como catedrático de la Universidad de Mannheim sobre un sistema funcional del delito y, posteriormente, la he vuelto a remarcar en diferentes monografías y contribuciones, habiendo alcanzado en la doctrina una importante acogida¹⁵.

La necesidad de una lesión de la norma de conducta para la fundamentación de un reproche o una censura es tan evidente que realmente sólo puede generar asombro que dicha exigencia

¹⁵ Mi lección inaugural en la Universidad de Mannheim está contenida en FRISCH, *Notwendigkeit und Legitimation staatlichen Strafs*, 2021, pp. 357 ss.; cfr. mis trabajos (con un desarrollo más amplio sobre la exigencia de una «conducta típica»), además, por ejemplo, EL MISMO, *Vorsatz und Risiko*, 1982, pp. 59 ss., 76 ss., 118 ss., 349 ss.; EL MISMO, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 71 ss.; EL MISMO, «Erfolgsgeschichte und Kritik der objektiven Zurechnungslehre. Zugleich ein Beitrag zur Revisionsbedürftigkeit des Straftatsystems», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, (165-10), 2018, pp. 561 ss.; EL MISMO, «Zur objektiven Zurechnungslehre: Erfolgsgeschichte und Irrwege», *JuristenZeitung*, (20), 2022, pp. 974 ss., con más referencias; asimismo, FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, pp. 51 ss., 85 ss.; EL MISMO/ROSTALSKI, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 2019, § 1, nm. 46 ss., § 2, nm. 9 ss., 82 ss.; GOECKENJAN, *Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung. Eine Analyse zurechnungsausschließender Topoi beim vorsätzlichen Erfolgsdelikt*, 2017, pp. 234, 270 s., 282, 285, 295 s.; ROBLES PLANAS, «Verhaltensnormen», en BÖSE/SCHUMANN/TOEPEL (eds.), *FS Kindhäuser*, 2019, pp. 393 ss.; EL MISMO, «Normentheorie und Straftatsystem», en AICHELE/RENZIKOWSKI/ROSTALSKI (eds.), *Normentheorie*, 2022, pp. 257 ss.; véase también JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 9 ss.; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 22 ss., 26 ss.

todavía no aparezca de modo expreso en el repertorio de los conceptos clave empleados por la concepción tradicional para la delimitación del concepto de delito. El déficit es todavía más sorprendente cuando una parte del Ordenamiento jurídico, esto es, las normas permisivas o causas de justificación, o sea, lo opuesto a las prohibiciones, se toman en cuenta expresamente en el sistema del delito. Simplemente: antes de plantearse la cuestión acerca de si una determinada conducta (considerada típica) en el caso en particular está quizás permitida, tiene que haberse establecido ante todo si dicha conducta se encuentra en principio prohibida (o, en el caso de una omisión, mandada regularmente) por las normas correspondientes (y respaldadas con pena en el tipo).

En el fondo existe sólo una explicación sobre la razón por la que, a pesar de esa evidente e indiscutible conexión lógica, en el concepto y sistema del delito tradicional la lesión de la norma de conducta no se haya convertido en un concepto clave: el requisito parece considerarse prescindible. Y se considera aparentemente prescindible precisamente porque se cree que quien a través de su actuación realiza un tipo sin la concurrencia de una norma permisiva justificante ya ha infringido con ello también una norma de conducta. Pero esto es un grave error. Si así fuera, por ejemplo, el tipo de los delitos de resultado incluiría, bastando la teoría de la equivalencia como relación (suficiente) entre la acción del autor y el resultado, una retahíla de hechos que nada tienen que ver con la lesión de una norma de conducta. Se puede reducir esta divergencia si se determina el nexo según unos conceptos más restringidos de causalidad. La teoría de la adecuación, la teoría de la relevancia y la teoría de la imputación objetiva constituyen ejemplos de cómo se ha encontrado, mediante el tipo y un concepto estrecho de nexo entre acción y resultado, lo que se habría encontrado de manera mucho más fácil y convincente si se hubiera planteado la pregunta para los casos en cuestión sobre si el autor lesionó una norma de conducta. Entonces habría sido evidente que en muchos casos no podría hablarse de ninguna manera de la lesión de una norma de conducta¹⁶. La fundamentación mediante de la ausencia de imputación o de determinados nexos más estrechos alude en muchos casos a un epifenómeno y oculta en gran medida los elementos decisivos de fundamentación (como la necesidad de mantener la libertad de acción frente a determinados cursos imaginables en la determinación del contenido de las normas de conducta).

Con el reconocimiento de que el delito presupone como núcleo en todo caso la lesión de una norma de conducta (implícita en el tipo), la dogmática del Derecho penal habría podido lograr no solamente un mejor acceso a la solución de muchos problemas que, por la ausencia de dicha categoría, sólo ha conseguido con rodeos¹⁷. El concepto de la lesión de una norma de conducta habría facilitado también la captación de lo que da sentido a la correcta comprensión básica (o esencia) del delito.

¹⁶ Exhaustivo al respecto, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 71 ss., 90 ss., 148 ss., 230 ss., 385 ss.; cfr. igualmente FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 2019, § 2, especialmente nm. 82 ss.; JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 30 ss.

¹⁷ Aquí hay que incluir las doctrinas particulares de la adecuación social y del «riesgo permitido»; al respecto, más detalladamente, FRISCH, *Estudios sobre imputación objetiva*, 2012, pp. 37 ss., y, EL MISMO, «Welzels Verbrechenslehre seit den siebziger Jahren», en EL MISMO/JAKOBS/PAWLIK (eds.), *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*, 2015, pp. 217, 232 ss.

4. Sobre la necesidad de un concepto de delito que legitime la pena: el delito como menosprecio del Derecho

1. Realmente la comprensión básica del delito y la pena configuran una unidad; delito y pena se relacionan mutuamente. Delito y pena se hallan vinculados por el contexto de legitimación. El delito debe contener (presentar) aquello que frente a su existencia justifica reaccionar con una pena. A ello hay que añadir que si la pena ha de ser legítima tiene que cumplir por su parte ciertas condiciones de legitimación ya desde el punto de vista constitucional¹⁸. Su empleo debe servir a un fin admisible y parecer idóneo y necesario para su persecución, pero además debe cumplir con otras exigencias de justicia, en especial la de constituir un medio adecuado para alcanzar el objetivo con respecto a la autonomía y los derechos fundamentales del autor. De allí que injusto y culpabilidad, o de un modo más general: los presupuestos del delito, deben ser configurados en su contenido de tal forma que puedan abarcar estas condiciones de legitimación de la pena correspondiente¹⁹.

Es evidente que el injusto y la culpabilidad en el sentido de la teoría tradicional del delito no están en condiciones de producir esa prestación de legitimación. La frecuentemente aducida compensación del injusto culpable, en el sentido de afectaciones evitables del bien jurídico, representa ciertamente una pretensión y un objetivo legítimo; sin embargo, para la compensación de un injusto culpable así configurado la pena constituye un medio inadecuado²⁰. Para esto se necesita otro medio, como el aportado por el Derecho civil. En la medida en que se conciba la pena como medio para la prevención, ciertamente se persigue también un objetivo correcto; asimismo, de acuerdo al conocimiento general que otorga la experiencia la pena parece idónea y, tras un delito cometido, necesaria para contrarrestar la comisión de futuros hechos²¹. Pero, como quiera que así se pretende influir en la psique de otras personas, queda todavía por responder a la pregunta de qué es lo que justifica recurrir a este medio para garantizar determinados estados psíquicos de los demás a costa del autor. Que él haya afectado culpablemente en el pasado a un bien jurídico no es suficiente para intervenir en sus derechos únicamente para estabilizar la psique de los demás. Para que esto sea admisible sin ser utilizado como un mero medio para los fines de otros, el hecho cometido debe contener algo más, algo más específico, que justifique gravar al autor para la estabilización de la psique de los demás.

2. En esto radica precisamente el quid de la cuestión. El delito con sus elementos del injusto y la culpabilidad como peligro o lesión reprochable o evitable de un bien jurídico ha sido descrito realmente de una manera insuficiente en el contexto del Derecho *penal*. El delito como injusto

¹⁸ Sobre dichos presupuestos de legitimación, en detalle, FRISCH, «Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (5), 2013, pp. 249 ss.; EL MISMO, «Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafens», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (1), 2016, pp. 16 ss., con un exhaustivo análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán y de la doctrina.

¹⁹ Se trata aquí, pues, de compatibilidad, y no tanto de la -una y otra vez discutida- cuestión (al respecto PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 52 ss.) de qué parte (concepto de delito o pena) debería ser la preeminente; sobre esta relación véase también JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 13.

²⁰ Igualmente KINDHÄUSER, «Rechtstreue als Schuld-kategorie», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (107-4), 1995, p. 730; ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, § 3, nm. 8.

²¹ Esto precisa naturalmente de una exposición más amplia que no es posible llevarla a cabo en este lugar; cfr. al respecto, p. ej., FRISCH, «Straftheorie, Verbrechensbegriff und Straftatsystem im Werk von Günther Jakobs», en KINDHÄUSER/KREB/PAWLIK *et al.* (eds.), *Strafrecht und Gesellschaft*, 2019, pp. 647 ss., 668 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, «Positive Generalprävention. Gedanken zur Straftheorie Günther Jakobs'», en PAWLIK (ed.), *FS Jakobs*, 2007, pp. 84 ss.; EL MISMO, «La estabilización normativa como fin de la pena: ¿puro teatro?», en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (eds.), *LH Mir Puig*, 2017, pp. 318 ss.

culpable tiene aún otra dimensión. Esta otra dimensión es mucho más fácil de reconocer a partir del concepto clave de la lesión de una norma de conducta que a partir de los conceptos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. La lesión de la norma de conducta presupuesta en la tipicidad encierra un menosprecio del Derecho; ella cuestiona la vigencia de la norma lesionada²². Dicho cuestionamiento de la vigencia del Derecho constituye para la legitimación de la pena el aspecto realmente decisivo.

En tanto menosprecio del Derecho y el cuestionamiento de la vigencia de determinadas normas el delito no puede quedar sin respuesta. Ello conduciría en el transcurso del tiempo a una erosión de aquella norma cuya lesión sea aceptada simplemente como tal²³. Si se quiere evitar dicha erosión y, a su vez, también mostrar la seriedad de las conminaciones penales que acorazan la norma, entonces el Estado debe reaccionar y hacer realidad lo anunciado. La pena es en este sentido necesaria para hacer frente el cuestionamiento de la vigencia de la norma lesionada, para rechazarlo y así contrarrestar la amenaza (paulatina) de no tomar en serio la norma lesionada y de este modo conservar su fuerza preventiva.

Gravar al autor con una pena como reacción al cuestionamiento realizado contra la vigencia de la norma es en tal sentido no sólo necesario. También es justo. El autor con ello sólo es requerido para impedir ese daño de la vigencia de la norma, que sucedería de acuerdo a la experiencia, si no se reaccionara contra su hecho (y naturalmente contra otros cuestionamientos), esto es, si dichos cuestionamientos no pudieran ser refutados mediante la pena anunciada. Él es así requerido a conjurar lo que parece necesario, el peligro generado por él como persona responsable. Visto de este modo, no se trata –tras semejante menosprecio del Derecho y del cuestionamiento de la vigencia de determinadas normas– tampoco primariamente de influir con la pena sobre la psique de los demás. Se trata del mantenimiento o restablecimiento de la fuerza preventiva del Ordenamiento jurídico respaldado con pena, del que es responsable de acuerdo al principio de justicia compensatoria aquel cuyo hecho (evitable) tendría un debilitamiento de la fuerza preventiva como consecuencia si no se reaccionara con pena²⁴.

3. Lo que hace necesaria y legitima la pena como consecuencia del delito cometido, por tanto, no es el injusto culpable en el sentido de un menoscabo objetivo del bien jurídico evitable por el autor, sino el desprecio o cuestionamiento del Derecho contenido en el hecho cuyos efectos negativos pueden y deben ser evitados. Esta concepción no convierte en superficial los conceptos tradicionales del injusto, en el sentido de la lesión de un bien jurídico abarcado por el tipo, y la culpabilidad entendida como poder de evitación. Ambos conceptos tienen también una función

²² FRISCH, «Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs», en CANARIS/ROXIN/ANDREAS, *et al.* (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, 2000, p. 278 s.; EL MISMO, «Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung», en BRITZ (ed.), *FS Müller-Dietz*, 2001, pp. 253 s.; igualmente BLOY, «Symbolik im Strafrecht», en FREUND *et al.* (eds.), *FS Frisch*, 2013, pp. 59, 71 ss.; FEIJOO SANCHEZ, en PAWLIK (ed.), *FS Jakobs*, 2007, pp. 85 ss.; FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 2019, § 1 nm. 5 ss., 28 ss., 37 ss., 45 ss.; JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, pp. 24 ss.; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 22 s.; HAAS, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, 2008, pp. 263 ss.; KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, 1986, pp. 9, 14 s., 69 ss.; MURMANN, «Strafzumessung und Strafverfahren», en FREUND *et al.* (eds.), *FS Frisch*, 2013, p. 1135; PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, pp. 55 ss., 76 ss.; TIMM, *Gesinnung und Straftat*, 2012, pp. 43 ss., 55 ss.

²³ Igualmente JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 24 ss.; FRISCH, en ASP/ERIK/HOLMQVIST (eds.), *FS Jareborg*, 2002, pp. 224 ss.

²⁴ Ya en este sentido FRISCH, «Vergeltung, Schuldausgleich und Wiederherstellung des Rechts. Zur Idee der Strafe», en KOSLOWSKI (ed.), *Endangst und Erlösung 2. Rechtfertigung, Vergeltung, Vergebung, Erlösung*, 2012, pp. 74 ss.; JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 31 s.; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 5, con amplias referencias.

en el marco normativo determinante del cuestionamiento o menosprecio del Derecho. Pero la función de los conceptos, sobre todo de la culpabilidad, es más diferenciada que en la comprensión tradicional del delito como menoscabo culpable de un bien jurídico. A manera de esbozo:

Aunque el delito se entienda como menosprecio o cuestionamiento del Derecho es necesaria sin lugar a dudas la realización de un tipo penal. Solo la lesión de la norma presupuesta en este constituye un desprecio o cuestionamiento del Derecho penalmente relevante. Por cierto, la realización del tipo por sí sola no encarna aún menosprecio o cuestionamiento alguno del Derecho. Si concurre una causa de justificación, todavía no existe una desviación del Derecho y menos aún entonces un menosprecio (cuestionamiento o lesión) del Derecho. La realización del tipo (en el sentido de desviación que cumple el tipo de la norma de conducta que subyace al tipo) y la ausencia de causas de justificación, son por tanto irrenunciables, también cuando aquello contra lo que se debe y puede reaccionar mediante la pena se basa en el menosprecio o cuestionamiento requerido de refutación de una norma protegida penalmente (y no en el menoscabo culpable del bien jurídico). Pero la culpabilidad es también irrenunciable: condenar y castigar por la desviación de la norma a alguien que no fue capaz de decidirse correctamente conforme a Derecho sería igual de injusto como el castigo por la lesión no evitable de un bien jurídico.

Con todo, la culpabilidad desempeña todavía otra función central cuando se concibe el delito como menosprecio del Derecho o cuestionamiento de la vigencia de determinadas normas: ella es irrenunciable para que pueda hablarse en realidad de un cuestionamiento de la vigencia del Derecho²⁵. La mera realización típica (incluida la desviación con respecto a la norma de conducta subyacente al tipo) no es suficiente para tal cuestionamiento, incluso cuando se produce sin una causa de justificación. Ciertamente, en este caso la conducta es (en general) antijurídica y una desviación del Derecho, pero todavía no es necesariamente un menosprecio, cuestionamiento o lesión del Derecho. En esto último solo se convierte la desviación del Derecho, si esta es la conducta de una persona que era capaz de orientarse conforme a Derecho y en lugar de ello se decidió por la conducta injusta. Si la persona carece de esa capacidad se podrá constatar una conducta que ciertamente no se corresponde con el Derecho, pero no un menosprecio o cuestionamiento de la vigencia del Derecho. Por ejemplo: el enfermo mental incapaz para seguir una norma puede apartarse de las normas jurídicas de valoración; pero no pone en cuestión la vigencia misma del Derecho²⁶.

En referencia a un entendimiento del delito –que justifica únicamente la pena– como menosprecio o cuestionamiento del Derecho, la culpabilidad (en el sentido del poder de evitación del hecho tomando en consideración el Derecho) cumple al fin y al cabo una doble función: la culpabilidad es el componente esencial irrenunciable del menosprecio o cuestionamiento del Derecho, pues sólo ella convierte la desviación del Derecho en una actitud ilícita que lo desprecia²⁷. Pero a la vez, la culpabilidad es también lo que justifica contrarrestar este

²⁵ Cfr. FRISCH, en BRITZ (ed.), *FS Müller-Dietz*, 2001, p. 258; JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, pp. 34, 43 s.; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 22, 59 ss.; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, pp. 203 ss.; PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, p. 87; EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 259 ss., 266 s.

²⁶ JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, pp. 41 ss.; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, p. 212; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 281 ss.

²⁷ Resalta esta determinación también WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 53ª ed., 2023, nm. 29, 640 s.

menosprecio por el Derecho que cuestiona la vigencia de la norma y sus consecuencias para la vigencia del Derecho a costa del autor (responsable de tales efectos) mediante el castigo por ese menosprecio.

4. Al igual que el injusto objetivamente entendido o la culpabilidad a él referida, el delito como cuestionamiento o menosprecio del Derecho es también concebible con una magnitud diferenciada²⁸. El menosprecio de las normas fundamentales –esto es, de aquellas que protegen bienes especialmente valiosos– cuestiona la vigencia del ordenamiento jurídico de una manera más drástica, esto es, en una relación más significativa, que las normas orientadas a proteger bienes o valores de menor importancia. Dentro de las formas de conducta que lesionan el mismo bien jurídico son significativas de cara a la importancia del hecho, sobre todo, la extensión y la intensidad del ataque. El ataque más extenso menosprecia la norma protectora del bien jurídico de una forma más drástica que el ataque menos extenso; el ataque especialmente intenso, brutal o peligroso menosprecia más que el menos intenso o peligroso. Para la medida del menosprecio también importa si la norma desautorizada fue lesionada conscientemente o por descuido. De la misma manera tiene importancia si el poder de evitación del autor estuvo limitado o no por una situación o por circunstancias personales.

El Derecho penal tiene en cuenta desde hace mucho tiempo estas diferencias y otras similares en la definición de los tipos de delitos (por ejemplo, mediante cualificaciones y privilegios) y, en particular, en forma de conminaciones penales graduadas en correspondencia. Las situaciones de hecho y las circunstancias no consideradas ya en ese nivel adquieren relevancia en el ámbito de la medición de la pena. De hecho, el tránsito de la concepción del delito como lesión culpable de un bien jurídico hacia el desprecio y cuestionamiento del Derecho requerido de refutación no implica en este asunto por regla general ningún cambio en los resultados, sino sólo obliga a la reflexión acerca de si determinadas circunstancias, también bajo el aspecto de un mayor o menor menosprecio por el ordenamiento jurídico o de un cuestionamiento de su vigencia tienen o no importancia.

Sin embargo, no se excluye que mediante el tránsito hacia una concepción del delito como menosprecio del Derecho necesitado de refutación se pueda llegar a una transformación en la fundamentación de la relevancia o en la posibilidad de fundamentar la relevancia de circunstancias. Por un lado, a través de dicho tránsito es más fácil de fundamentar, por ejemplo, la relevancia de determinadas actitudes internas; una relevancia que sería dudosa en una concepción del delito como lesión evitable de un bien jurídico²⁹: matar a la víctima por motivos viles expresa un especial menosprecio de la relación jurídica con la víctima y el ordenamiento jurídico, aún cuando el hecho objetivamente no muestre una dimensión distinta al de un homicidio sin tales motivos. Por otro lado, la comprensión del delito como menosprecio y cuestionamiento del ordenamiento jurídico requerido de refutación puede que dificulte la fundamentación acerca de la importancia de determinadas circunstancias. Esto rige, por ejemplo, para el resultado acaecido y su alcance. La relevancia del mismo está garantizada en una concepción del delito como lesión evitable de un bien jurídico, de tal forma que al lado del injusto de la acción también existe un injusto del resultado. De observarse la esencia del delito

²⁸ Más detallado en lo siguiente, FRISCH, en CANARIS/ROXIN/ANDREAS, *et al.* (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof*, 2000, pp. 269, 286 ss., así como en EL MISMO, *GA*, (161-9), 2014, pp. 493 s., 495 ss.

²⁹ Más detallado al respecto, FRISCH, en CANARIS/ROXIN/ANDREAS, *et al.* (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof*, 2000,, pp. 269, 288 ss.; EL MISMO, en BRITZ (ed.), *FS Müller-Dietz*, 2001, pp. 237, 255 ss.; EL MISMO, *GA*, (161-9), 2014, pp. 497 ss. con abundantes referencias.

en el menosprecio por determinadas normas aseguradas penalmente o en el cuestionamiento de su vigencia, tendrá que fundamentarse a partir de allí por qué razón con la producción de un resultado (y según su alcance) el hecho es más grave, lo que genera dificultades³⁰; no obstante, lo último es resoluble³¹ y en todo caso tales dificultades de fundamentación no aportan razón alguna para rechazar la correcta comprensión básica del delito.

5. El delito como menosprecio del Derecho necesitado de refutación

La comprensión del delito como menosprecio por las normas protegidas penalmente o como cuestionamiento de la vigencia del Derecho no sólo garantiza que el elemento nuclear del delito sea compatible con la teoría de la pena. También posibilita una convincente clasificación material de una serie de hechos, con cuya sistematización la concepción tradicional del delito tiene problemas, por no decir que se ve desbordada. Para la elaboración de dicha clasificación aún debe acentuarse con mayor fuerza un aspecto al que se ha aludido previamente. Naturalmente, todo menosprecio o cuestionamiento de la vigencia del Derecho contra el que deba reaccionarse mediante una pena para el mantenimiento de la vigencia de la norma ha de ser tal que todavía parezca necesario ser refutado mediante la condena y castigo del autor³². Aquí radica la clave para la correcta clasificación de una serie de hechos que en el sistema tradicional carecen de encaje o cuya categorización parece forzada.

1. Esto rige ante todo para el desistimiento voluntario de la tentativa. Este no puede cambiar el hecho de la existencia de injusto de la acción³³. Y dado que el autor tuvo la capacidad para evitar dicho injusto, existe también un injusto culpable. De allí que a la doctrina dominante no le queda más remedio que tener al desistimiento voluntario «flotando en el aire» sin ordenación dentro de una categoría material, conformándose con una clasificación formal como una causa de exclusión de la pena. Los autores empeñados en evitar semejante expatriación material del desistimiento intentan clasificarlo con ayuda de consideraciones basadas en los fines de la pena en la culpabilidad como un supuesto de causa de exculpación³⁴. Sin embargo, de este modo sólo consiguen hacer de la culpabilidad, de todos modos ya un nivel heterogéneo, un sustrato aún más policromado³⁵.

Los problemas se quedan en nada si, al describir el delito, no solo se garantiza que su elemento central, el menosprecio de una norma garantizada penalmente (o el cuestionamiento de su vigencia), es compatible con la teoría de la pena, sino también que dicho elemento concuerde además con las otras exigencias de legitimación de la teoría de la pena. Es entonces cuando queda claro que sólo pueden dar lugar a la condena y al castigo del autor aquellos menosprecios del

³⁰ Algunos han agregado al respecto que el resultado acaecido no constituye una circunstancia preponderante para la elevación de la pena, cfr. ARMIN KAUFMANN, «Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht», en STRATENWERTH (ed.), *FS Welzel*, 1974, pp. 403, 411; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 128 ss., 204 ss.

³¹ Cfr., por ejemplo, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 516 ss.; ampliado en EL MISMO, *GA*, (161-9), 2014, pp. 489, 497 ss.; véase también los enfoques de JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 69 s.

³² Esto ya resulta de consideraciones basadas en el Derecho constitucional.

³³ No es convincente, HIPPEL, *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch*, 1966, pp. 58 ss. (refiriéndose a la supresión del injusto).

³⁴ Así, por ejemplo, ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1972, pp. 36 ss.; RUDOLPHI, *SK-StGB*, 8ª ed. (según el estado de la 20ª entrega de 1993), 2011, § 20 nm. 6 s., con más referencias.

³⁵ Con razón crítica también dicho concepto funcional de culpabilidad WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 53ª ed., 2023, nm. 631.

Derecho en los que todavía es necesaria una refutación del cuestionamiento para el mantenimiento de la vigencia de la norma lesionada. Y esto no concurre (desde la perspectiva alemana) en el caso en que el autor ha renunciado voluntariamente a su hecho o ha impedido la producción del resultado. Al apartarse así de su propio cuestionamiento del Derecho y retornar al Derecho, el autor mismo revoca idealmente dicho cuestionamiento y convierte con ello en superflua una expresa refutación estatal mediante la condena (reproche) y la pena⁵⁶. Prescindir aquí de la pena se muestra además apropiado porque dicha renuncia y concesión de un no-castigo resultan en algunos casos favorables a la vigencia de la norma, pues la perspectiva de un no-castigo puede dar un motivo al autor para apartarse del hecho y así que la norma conserve su vigencia⁵⁷.

2. También para la ordenación de las causas de exculpación la comprensión del delito como un cuestionamiento del Derecho necesitado de refutación (mediante la condena y la pena) aporta mejoras en comparación a la comprensión tradicional del delito. La clasificación tradicional de dichas causas en la (ausencia de) culpabilidad tiene ciertamente razón en que el fundamento para prescindir de la condena y la pena se ubique en el ámbito de la culpabilidad (como capacidad de obrar correctamente, de acuerdo a Derecho, o también como actitud interna contraria a Derecho). Pero la cuestión aquí tratada es distinta a los casos en los que el autor ya no es capaz en absoluto de orientarse conforme a Derecho y, por ello, falta toda culpabilidad y no existe cuestionamiento del Derecho alguno. La doctrina dominante reconoce esta misma problemática indirectamente cuando diferencia entre causas de exclusión de la culpabilidad y meras causas de exculpación⁵⁸.

El autor que obra en exceso de una legítima defensa y el autor que para repeler un peligro inminente para su propia integridad corporal somete a otro conscientemente a un peligro mortal, no actúan sin culpabilidad y menosprecian lo que el Ordenamiento jurídico les manda hacer en dicha situación. Pero la medida de culpabilidad y el peso del menosprecio del Derecho es aquí más reducido que en los casos donde tales situaciones excepcionales no se han dado. Y en lo que atañe al significado del cuestionamiento del Derecho para la vigencia de la norma lesionada queda por decir lo siguiente: prescindir de la pena frente a los menosprecios del Derecho en tales casos excepcionales apenas debilita la vigencia del Derecho más allá de estos casos excepcionales, esto es, en los casos donde la vigencia del Derecho debe mantenerse a toda costa. Porque los casos son incomparables: el hecho de que el Estado no castigue en ciertos casos excepcionales por razones comprensibles no priva a la norma de su poder preventivo en los casos en que el castigo debe imponerse y se impone. En resumen: lo que falta en estos casos es un cuestionamiento del Derecho que haga absolutamente necesario reaccionar con la condena y el castigo que refuten el cuestionamiento para preservar la vigencia del Ordenamiento jurídico en general. La situación es similar en una serie de causas de exclusión de la pena (*Strafausschließungsgründen*).

⁵⁶ En esto, acertadamente, ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1972 p. 37.

⁵⁷ Acorde al núcleo del primer pensamiento feuerbachiano del «puente de oro».

⁵⁸ Cfr., por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, pp. 476 s.; KÜHL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8ª ed., 2017, p. 389; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 53ª ed., 2023, nm. 686; más referencias en FRISCH, *Strafrecht*, 2022, § 6 nm. 142 s.

6. Final

Con ello he llegado al final de mis reflexiones sobre la necesidad de una revisión de la comprensión básica del delito. Por razones de tiempo algunos temas quedan apenas bosquejados. No obstante, espero que el bosquejo pueda mostrar claramente *que* la concepción tradicional del delito requiere de una revisión, *por qué* la revisión es necesaria, y *en qué dirección* serían necesarios los cambios.

7. Bibliografía

ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtsdogmatischen Schuldlehre*, Schweitzer, Berlin, 1974.

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

FEIJOO SÁNCHEZ «La estabilización normativa como fin de la pena: ¿puro teatro?», en SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑERA PALOU (eds.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, B de F, Uruguay, 2017, pp. 309 ss.

—————, «Positive Generalprävention. Gedanken zur Straftheorie Günther Jakobs'» en PAWLIK (ed.), *Festschrift für Günther Jakobs: zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Heymann-Köln-Berlin-München, 2007, pp. 75 ss.

FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, Heymann, Köln, 1992.

FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., Springer, Berlin, 2019.

—————, *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, Heymann, Köln, 1992.

FRISCH, *Strafrecht*, Vahlen, München, 2022.

—————, «Zur objektiven Zurechnungslehre: Erfolgsgeschichte und Irrwege», *JuristenZeitung*, (20), 2022, pp. 971-980.

—————, *Notwendigkeit und Legitimation staatlichen Strafens*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2021.

—————, «Straftheorie, Verbrechensbegriff und Straftatsystem im Werk von Günther Jakobs», en KINDHÄUSER/KREß/PAWLIK et al. (eds.), *Strafrecht und Gesellschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019, pp. 647 ss.

—————, «Erfolgsgeschichte und Kritik der objektiven Zurechnungslehre. Zugleich ein Beitrag zur Revisionsbedürftigkeit des Straftatsystems», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (165-10), 2018, pp. 553-572.

—————, «Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafens», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (1), 2016, pp. 16 ss.

—————, «Straftheorie, Straftat und Strafzumessung im gesamten Strafrechtssystem. Zur Revisionsbedürftigkeit des Grundverständnisses der Straftat», en

FAHL/MÜLLER/SATZGER/SWOBODA (eds.), *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 2015, pp. 103 ss.

———, «Welzels Verbrechenslehre seit den siebziger Jahren», en FRISCH/JAKOBS/PAWLIK (eds.), *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, pp. 217.

———, «Zur Zukunft des Schuldstrafrechts. Schuldstrafrecht und Neurowissenschaften», en HEGER/KELKER/SCHRAMM (eds.), *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 2014, pp. 187 ss.

———, «Über das Verhältnis von Straftatsystem und Strafzumessung. Unrecht und Schuld in der Verbrechenslehre und der Strafzumessung», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, (161-9) 2014, pp. 489-503.

———, «Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (5), 2013, pp. 249-256.

———, *Estudios sobre imputación objetiva*, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2012.

———, «Vergeltung, Schuldausgleich und Wiederherstellung des Rechts. Zur Idee der Strafe», en KOSLOWSKI (ed.), *Endangst und Erlösung 2. Rechtfertigung, Vergeltung, Vergebung, Erlösung*, Wilhelm Fink, Paderborn, 2012, pp. 53 ss.

———, «Umstände der Strafzumessung außerhalb der Tat», en ASP/ERIK/HOLMQVIST (eds.), *Flores juris et legum. Festschrift für Nils Jareborg*, Iustus, Gotha, 2002, pp. 207 ss.

———, «Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung», en BRITZ (ed.), *Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 2001, pp. 273 ss.

———, «Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs», en CANARIS/ROXIN/ANDREAS *et al.* (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, t. 4, C. H. Beck, München, 2000, pp. 269 ss.

———, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C. F. Müller, Heidelberg, 1988.

———, *Vorsatz und Risiko*, Heymann-Köln-Berlin-Bonn-München, 1982.

GOECKENJAN, *Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung. Eine Analyse zurechnungsausschließender Topoi beim vorsätzlichen Erfolgsdelikt*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.

HAAS, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.

HIPPEL, *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch*, De Gruyter, Berlin-Boston, 1966.

———, *Deutsches Strafrecht*, t. I, Springer, Berlin, 1925.

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

———, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Schöningh, Paderborn, 2004.

—————, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, C. H. Beck, München, 1992.

—————, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2^a ed, De Gruyter, Berlin-Boston, 1991.

—————, *Schuld und Prävention*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1976.

—————, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, De Gruyter, Berlin-Boston, 1972.

JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5^a ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, t. II, 1^a ed., Friedrich Nicolovius, Königsberg, 1797.

KAUFMANN, «Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht», en STRATENWERTH (ed.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, De Gruyter, Berlin-Boston, 1974, pp. 197 ss.

KINDHÄUSER, «Rechtstreue als Schuldcategory», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (107-4), 1995, pp. 701 ss.

KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, Decker, Heidelberg, 1986.

KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8^a ed., Vahlen, München, 2017.

—————, «Das Profil des Strafrechts», en HASSEMER/KAMPF/MOCCIA/DÖRRÜ, *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 2009, pp. 275 ss.

MANSDÖRFER, *Die allgemeine Straftatlehre des common law*, C. H. Beck, München, 2005.

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

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

PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

—————, *Person, Subjekt, Bürger*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004.

ROBLES PLANAS, «Normentheorie und Straftatsystem», en AICHELE/RENZIKOWSKI/ROSTALSKI (eds.), *Normentheorie. Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin 2022, pp. 257 ss.

—————, «Verhaltensnormen», en BÖSE/SCHUMANN/TOEPEL (eds.), *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 393 ss.

ROXIN, «Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht», en KAUFMANN (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, C. H. Beck, München, 1979, p. 279 ss.

—————, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2^a ed., De Gruyter, Berlin, Boston, 1972.

ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 5^a ed., C. H. Beck, München, 2020.

RUDOLPHI, «§ 20», en HORN/SAMSON/GÜNTHER/HOYER (eds.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8^a ed., Köln, München, 2011.

SATZGER/SCHLUCKEBIER/WERNER, *StGB Kommentar*, 6^aed., Heymanns, Hürth, 2024.

SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, 2^a ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1971.

SCHROEDER, *Beiträge zur Gesetzgebungslehre und zur Strafrechtsdogmatik*, C. H. Beck, München, 2001.

STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, 3^a ed., Kohlhammer, Stuttgart, 2012.

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

WALTER, «Vergeltung als Strafzweck. Prävention und Resozialisierung als Pflichten der Kriminalpolitik», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (7), 2011, pp. 636 ss.

WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11^a ed., De Gruyter, Berlin-Boston, 1969.

———, «Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre», *Juristische Schulung*, 1966, pp. 421 ss.

WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 53^a ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2023.

ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, Duncker & Humblot, Berlin, 1973.