

TEORÍA DE LA PENA, CONCEPTO DE DELITO Y SISTEMA DEL DELITO. SOBRE LA NECESIDAD DE REVISIÓN DE LA COMPRENSIÓN BÁSICA DEL DELITO

Wolfgang Frisch¹

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 alemana.² El injusto es concebido generalmente como el ataque a un bien jurídico, como la puesta en peligro de un bien jurídico, o como la 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 abarca también el injusto en su totalidad cuando, en el caso concreto, la misma 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 de injusto. Esta reprochabilidad presupone, acorde al enfoque tradicional, que el autor estuvo en la capacidad de evitar el hecho mediante una orientación en las normas del Derecho, o,

¹ Catedrático (em.) de Derecho penal de la Universidad de Freiburg, Alemania.

² Un enfoque distinto se ve, por ejemplo, en la teoría del delito del commonlaw, construida a partir de los conceptos básicos de *actus reus*, *mens rea* y *defensas* (defences); véase al respecto, Mansdörfer (ed.), *Die allgemeine Straftatlehre des commonlaw*, 2005.

como suele también decirse con frecuencia de otra manera, mediante un obrar conforme a Derecho.³

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 XX.⁴ 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 una forma categóricamente 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 ausentes.⁵ Particularmente, en lo que atañe a la culpabilidad no han faltado los intentos de dotarla de un contenido distinto como, por ejemplo, de una interpretación orientada a los fines de la pena.⁶ Sin embargo, tales intentos de una revisión del sistema del delito, o de sus elementos básicos, hasta el momento no han logrado un resultado arrollador.

Desde una perspectiva analítica es absolutamente asombrosa la fuerza vital de la comprensión tradicional básica del injusto y la culpabilidad, y del concepto de delito derivado del mismo. Pues la comprensión es, si se examina las cosas a fondo, realmente incompatible (o no suficientemente compatible) con las consideraciones centrales de la actual teoría de la pena (*infra* II). Ella padece 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* III). Que la comprensión tradicional del injusto, la culpabilidad y el delito, a pesar de la problemática mencionada, haya podido

³ Cfr. BGHSt 2, pp. 194, 200; exhaustivo al respecto, con amplia documentación, Frisch *FS Kühl*, 2014, pp. 187 ss.; sobre la comprensión básica esbozada, Wessels/Beulke/Satzger *Strafrecht AT*, 43ª ed., 2013, n° marg. 6 s., 115, 118 ss., 268 ss., 394 ss., 400 ss.

⁴ Cfr. Welzel *JuS* 1966, 421 ss.; crítico en parte contra él, Schroeder, en Hoyer (ed.), *Friedrich-Christian Schroeder, Beiträge zur Gesetzgebungslehre und zur Strafrechtsdogmatik*, 2001, p. 106, 112 s.; además, Achenbach, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtsdogmatischen Schuldlehre*, 1974, pp. 19 ss.

⁵ Cfr. de lo último, sobre la correlación entre injusto y culpabilidad, Jakobs, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, p. 43 s.; Lesch *Der Verbrechensbegriff*, 1999, p. 205: "injusto penal es en sí mismo culpabilidad penal"; Pawlik, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, p. 87, 88 (nota 49).

⁶ Cfr. Jakobs, *Schuld und Prävention*, 1976, pp. 8 ss.; Roxin, *FS Bockelmann*, 1979, pp. 279, 282 ss.

conservar su lugar podría deberse sobre todo -prescindiendo de algunos defectos en el intento de revisión hasta ahora mostrado- a una circunstancia: al haber hecho a un lado a 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 regularmente como un criterio de probanza de la adecuación del sistema del delito, sino es tratada por la comprensión tradicional después que el delito ya está desarrollado y constatado en el caso concreto.⁷ Entonces se trata por lo general sólo de comprobar qué enunciado concurrente sobre el sentido y la finalidad de la pena merece preferencia. Las cosas adquieren otro matiz cuando se reconoce lo inadecuado de dichas consideraciones separadoras y se entiende los sistemas individuales de enunciados (sobre la teoría de la pena y el sistema del delito)⁸ como partes de un sistema integral que en sí mismo debe ser consistente (*infra* IV).

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

A la luz de una 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 actual teoría de la pena considerada correcta.

La comprensión del delito bosquejada al inicio es absolutamente compatible en el fondo únicamente con la teoría retributiva de la pena.⁹ 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 eso una pena. Con una

⁷ Característico al respecto es por ejemplo Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. 1969, pp. 30 ss., 238 ss. Sobre la problemática e historia dogmática de este punto de vista, véase Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 52 ff., con amplias referencias.

⁸ Por último habría que incluir también dentro del sistema integral de los enunciados a los enunciados de la determinación de la pena; más referencias al respecto en Frisch GA 2014, pp. 489 ss., y Frisch, *FS Beulke*, 2015.

⁹ Una exposición detallada de esta teoría puede verse en von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, Tomo 1, 1930, pp. 257 ss.; Nagler, *Die Strafe*, 1918, pp. 120 ss., 580 ss., 5865 ss., 721 ss.; Schmidhäuser, *Vom Sinn der Strafe*, 2a. ed., 1971, pp. 21 ss.

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 que soportar un mal como retribución. La concordancia no llegó 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 delito.¹⁰

Sin embargo, actualmente dicha teoría es apenas defendida en Alemania (y en muchos otros países).¹¹ La jurisprudencia alemana y parte de la doctrina confieren a la pena la tarea de una compensación de culpabilidad:¹² La pena debe compensar la culpabilidad por lo que el autor se ha adjudicado mediante su hecho; la culpabilidad aquí no es entendida 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, 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 a su lesión evitable. Para la compensación de *dicho* injusto se requiere por completo de otras medidas (reparaciones, resarcimiento, indemnización por los daños y perjuicios, etc.). En sí nada cambia cuando se agrega que la compensación de culpabilidad no resulta de sí misma, sino de los fundamentos de la prevención.¹³ Con esto se alude ciertamente -diferente a la compensación de culpabilidad en sí misma- a la finalidad recayente en el ámbito de funciones del Estado; aunque esto tampoco cambia en nada la imposibilidad de

¹⁰ Sobre esta evolución, con mayor minuciosidad Achenbach (nota 3), pp. 19 ss., 27 ss., 34 ss., 42 ss., 49 ss.; como ejemplo de conexión todavía en los tiempos recientes, Welzel, *Strafrecht* (nota 6), p. 240 s.

¹¹ Cfr. no obstante, recientemente V. Haas, *Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur*, 2008, pp. 262 ss.; T. Walter *ZIS* 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 (nota 4), pp. 45 ss.; véase también Roxin, *Strafrecht AT I*, 4ª. ed., 2006, § 3 n° marg. 6-8, 47 s.

¹² Cfr. por ejemplo BGHSt 24, pp. 132, 134; 50, 40, 49; de la doctrina, por ejemplo, Kühl/*FS Volk*, 2009, pp. 275, 279; Satzger/Schmitt/Widmaier-Eschelbach *StGB*, 2009, § 46 n° marg. 20.

¹³ Así el BGHSt 24, pp. 40, 42 y muchas otras voces en la doctrina.

compensar con la pena un injusto asentado en el pasado. Aun cuando el propio concepto de la compensación se deje de lado por resultar probablemente impreciso para explicar que mediante la pena se tenga que hacer frente, contrarrestar o impedir algo determinado, tal esfuerzo carece de todo sentido en relación a la lesión efectiva producida al bien jurídico: *aquella* no puede más ser contrarrestada con la pena o contradicha con pleno sentido.

Desde luego, la pena contrarresta por completo futuros delitos del autor o de terceros. Dicha prevención general, entendida en el sentido de advertencia e intimidación de un autor potencial como la confirmación duradera de la conciencia jurídica de la población, constituye la verdadera finalidad de la pena, sobre todo para un sector bastante difundido en la doctrina.¹⁴ Pero el punto de partida teórico que fundamenta esta concepción de la pena no se armoniza con la comprensión tradicional del injusto, la pena y el delito. Esto es perceptible cuando se considera adecuado alcanzar determinados efectos psíquicos en terceros que resultan insuficientes para la legitimación de la pena. En este caso también debe considerarse *justo* pretender alcanzar o bien realizar dicho objetivo *a costa del autor*.¹⁵ No obstante, sólo será posible hablar de ello cuando en el propio delito se encuentre el *fundamento* legitimador para penalizar al autor con una pena orientada a influenciar psíquica e 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 influenciar intelectualmente a los demás en 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. El mismo no radica únicamente en lo que comúnmente se entiende como injusto y culpabilidad, sino en algo que, por lo general, permanece ignorado o poco tratado, a pesar que ese algo representa para la reacción penal el aspecto decisivo del injusto y la culpabilidad, así como del delito.

¹⁴ Cfr. porejemplo, Jakobs, *Strafrecht AT*, 2ª ed. 1991, 1/4 ss.; 10 ss.; Roxin, *Strafrecht AT* I (nota 10), § 3 n° marg. 26 ss., 59 ss.; Streng, *Strafrechtliche Sanktionen*, 3ª ed., 2012, n° marg. 24 ss., con más referencias.

¹⁵ En este aspecto rige todavía la constatación de Kant, en *Die Metaphysik der Sitten, Rechtslehre*, II. Parte 1, sección E (1ª ed., 1797, p. 197; 2ª ed., 1798, p. 227).

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

Antes que volvamos a este aspecto del delito, actualmente poco tratado, pero teóricamente decisivo, se asoma a la vista, por cierto con pleno sentido, otro déficit en el esquema básico tradicional del delito. Si en esto se hubiese visto y tomado en serio el elemento faltante de una forma más clara, 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 sentido 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 supuesto implícitamente, y, dado el caso, bajo una serie de presupuestos, sometido a una pena. Sólo cuando el autor mediante su conducta ha lesionado una norma de conducta (penalmente protegida) adquiere pleno sentido, sólo entonces también resulta justo reprimirle con una pena por la conducta llevada a cabo. En conexión sobre todo con el pensamiento de Binding, ya en 1977 destacué esta cuestión en mi lección inaugural como catedrático de la Universidad de Mannheim, acorde a un sistema funcional del delito, y posteriormente lo he vuelto a remarcar en diferentes monografías y contribuciones, habiendo alcanzado en la doctrina una importante acogida.¹⁶

La necesidad de una lesión de la norma de conducta para la fundamentación de un reproche o una represión es tan evidente que realmente sólo asombra que dicha exigencia todavía no aparezca de modo expreso en el repertorio de los conceptos claves empleados por la concepción tradicional para la delimitación del concepto de delito. El déficit es tan asombroso que una parte del ordenamiento de la conducta, esto es, las normas permisivas o los fundamentos de justificación, o sea, lo opuesto a las prohibiciones, encuentran en el sistema del delito de todas formas una consideración expresa. Pero, antes de plantearse la cuestión acerca de si una determinada conducta (considerada típica) en el caso en particular no

¹⁶ Cfr. de mis trabajos (con un desarrollo más amplio sobre la exigencia de una "conducta típica"), por ejemplo, Frisch, *Vorsatz und Risiko*, 1982, pp. 59 ff., 76 ss., 118 ss., 349 ss.; Idem, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 71 ff.; asimismo, Freund *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1982, pp. 51 ss., 85 ss.; Idem, *Strafrecht AT*, 2ª ed., 2008, § 1, n° marg. 9 ss., § 2, n° marg. 8 ss.; véase también Jakobs, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 9 ss.; Idem, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 22 ss., 26 ss.

está a lo mejor permitida, debe establecerse ante todo si dicha conducta se encuentra principalmente prohibida por la norma y contradicha con una pena en el tipo penal, o en el caso de una omisión mandada regularmente.

En el fondo existe sólo una explicación al respecto, que a pesar de esa evidente e indiscutible conexión lógica, en el concepto y sistema del delito no se ha avanzado a un concepto clave. Parece que esta exigencia es tenida por prescindible. Y se tiene por prescindible claramente porque se cree que lo que realiza el tipo sin haber mediado una permisión justificante, ya con ello también ha infringido una norma de conducta. Pero esto es un grave error. Pues, por ejemplo, la tipicidad de los delitos de resultado incluiría, si bastara 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 la relación de acuerdo a unos conceptos restringidos de causalidad. La teoría de la adecuación, la teoría de la relevancia, y la teoría de la imputación objetiva constituyen ejemplos de haberse encontrado finalmente un concepto restringente de la relación entre acción y resultado en el campo de la tipicidad; sin embargo, tal hallazgo hubiese sido más fácil, y mucho más convincente, si en los casos problemáticos de inmediato se hubiese planteado la pregunta acerca si el autor lesionó una norma de conducta. Entonces habría sido más evidente que en muchos casos no podría hablarse de ninguna manera de la lesión de una norma de conducta.¹⁷ La fundamentación de una imputabilidad defectuosa o de determinadas relaciones estrechas alude en muchos casos únicamente a una epifenomenología y oculta en parte los elementos decisivos de fundamentación (como la necesidad de mantener abierta la libertad de acción frente a determinados cursos imaginables en la determinación del contenido de las normas de conducta).

Con el reconocimiento que el delito presupone como núcleo de todos modos la lesión de una norma de conducta (co-imaginada en el tipo), la dogmática del Derecho penal habría podido lograr no solamente una mejor entrada a la solución de muchos problemas que, por la ausencia de dichos conceptos, sólo lo

¹⁷ Exhaustivo al respecto, Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (nota 15), pp. 71 ss., 90 ss., 148 ss., 230 ss., 385 ss.; cfr. igualmente Freund, *Strafrecht AT*, § 2, especialmente el n.º marg. 72 ss.; Jakobs, *Zurechnung* (nota 15), pp. 30 ss.

ha conseguido con rodeos.¹⁸ 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.

4. Sobre la necesidad de un concepto de delito legitimador de 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 están en una relación de legitimación. El delito debe contener y exponer aquello que frente a su realización justifica reaccionar con una pena. En esto se debe tener presente que si se quiere legitimar la pena, por su parte deben satisfacerse -en concordancia con el Derecho constitucional- ciertas condiciones de legitimación.¹⁹ Su aplicación debe servir a un objetivo tolerable y su persecución mostrarse adecuada y necesaria, pero además debe cumplir con otras exigencias de justicia, en especial con la de constituir un medio adecuado para alcanzar el objetivo trazado de cara a la autonomía y 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 las condiciones de legitimación de la pena correspondiente.²⁰

Es evidente que el injusto y la culpabilidad en el sentido de la teoría tradicional del delito no están en condiciones de producir esa potencia de legitimación. La frecuentemente aducida compensación del injusto culpable, en el sentido de afectaciones evitables del bien jurídico, representa ciertamente una pre-

¹⁸ Aquí también hay que considerar algunas teorías independientes de la adecuación social y del “riesgo permitido”; al respecto, más detalladamente, Frisch, *Estudios sobre imputación objetiva*, 2012, pp. 37 ss., y próximamente, Frisch, en Pawlik (ed.), *Lebendigesund Totes in der Verbrechenlehre Hans Welzels*, 2014/2015.

¹⁹ Sobre dichos presupuestos de legitimación, en detalle Frisch *NStZ* 2013, pp. 249 ss., con un exhaustivo análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la doctrina.

²⁰ Esto tiene que ver con la cuestión no menos siempre discutida acerca de la compatibilidad de qué aspecto del concepto del delito o de la pena tienen que ser traídos a colación, véase al respecto Pawlik (nota 6), pp. 52 ss.; acerca de esta relación, también Jakobs, *Zurechnung* (nota 15), p. 13.

tensión y objetivo fundados, sin embargo, para la compensación de un injusto culpable así configurado, la pena constituye un medio inadecuado;²¹ para esto se necesita de otro medio, como el aportado por el Derecho civil. En cuanto se conciba que la pena es un medio para la prevención, se perseguirá con seguridad de la misma manera un objetivo correcto; también de acuerdo al conocimiento general de la experiencia la pena se manifiesta adecuada, y, de cara al delito cometido, la misma se muestra necesaria para contrarrestar la comisión de futuros hechos delictivos.²² Como quiera que por esta vía se influye en la psique de otras personas, queda todavía por responder, ¿qué es lo que justifica recurrir a estos medios para garantizar determinados estados psíquicos de los demás a costa del autor? Que él haya afectado culpablemente en el pasado un bien jurídico no es suficiente para intervenir en sus derechos únicamente para estabilizar la psique de los demás. Lo que sí puede ser aceptado, sin necesidad de utilizar al autor como mero medio para los fines de los demás, es que el hecho realizado contenga algo diferente, 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 culpable tiene aún otra dimensión. Esta otra dimensión es mucho más fácil de reconocer como concepto clave de la lesión de una norma de conducta que los conceptos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. La lesión de la norma de conducta presupuesta en la tipicidad encierra un menosprecio del Derecho; ella pone en cuestionamiento la vigencia de la norma lesionada.²³ Dicho cuestionamiento de la vigencia del Derecho constituye

²¹ Igualmente Kindhäuser, *ZStW*107 (1995), p. 730; Roxin, *Strafrecht AT I* (nota 10), § 3, n° marg. 8.

²² Esto precisa naturalmente de una exposición más amplia que no es posible llevarla a cabo en este lugar.

²³ Frisch, en Canaris, et al. (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof*, 2000, p. 269, 278 s.; Idem, *FS Müller-Dietz* 2001, p. 237, 253 s.; igualmente Bloy, *FS Frisch*, 2013, pp. 59, 71 ss.; FeijooSánchez, *FS Jakobs*, 2007, pp. 75, 85 ss.; Freund, *Strafrecht AT*, 2a ed. 2008, § 1 n° marg. 8 ss.; Jakobs, *Staatliche Strafe*, 2004, pp. 24 ss.; Idem, *Zurechnung* (nota 15), p. 22 s.; Haas (nota 10), pp. 263 ss.; Köhler, *Der Begriff der Strafe*, 1986, pp. 9, 14 s., 69 ss.; Murmann, *FS Frisch*, p. 1131, 1135; Pawlik (nota 4), pp. 55 ss., 76 ss.; Timm, *Gesinnung und Straftat*, 2012, pp. 43 ss., 55 ss.

para la legitimación de la pena realmente el aspecto decisivo.

El menosprecio del Derecho y el cuestionamiento de la vigencia de determinadas normas no pueden ser admitidos sencillamente como tales sin decirse nada al respecto. Ello conllevaría en el transcurso del tiempo a una erosión de la misma norma en caso que su lesión sea aceptada simplemente como tal.²⁴ 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 rechazar y así contrarrestar la amenaza paulatina de no tomar en serio la norma lesionada, y de este modo conservar su poder de prevención.

Gravar al autor con una pena como reacción al cuestionamiento realizado contra la vigencia de la norma es en tal sentido no sólo necesaria. También es justa. El autor con ello sólo es requerido para impedir cada daño de la vigencia de la norma, tarea que cumpliría de acuerdo a la experiencia; si no se reaccionara contra su hecho (y naturalmente contra otros tipos de cuestionamientos), dichos cuestionamientos no podrían ser refutados mediante la pena anunciada. Él es así requerido a conjurar, lo que parece necesario, el peligro procurado por él como persona responsable. Visto de este modo, después de semejante menosprecio del Derecho y del cuestionamiento de la vigencia de determinadas normas, no es un asunto primario de la pena influenciar sobre la psique de los demás. Se trata del mantenimiento o restablecimiento del poder de prevención del ordenamiento jurídico (revestido por la pena), por el cual, de acuerdo al principio de justicia compensatoria, es responsable aquél cuyo hecho evitable tenga por consecuencia un debilitamiento del poder de prevención si contra el mismo no se reaccionara con una pena.²⁵

3. Lo que legitima y hace necesaria la pena como consecuencia del delito perpetrado en sí no es el injusto culpable en el sentido de una lesión concreta del bien jurídico evitable para el autor, sino el cuestionamiento y menosprecio del Derecho contenido en el hecho, cuyos efectos deben y pueden ser evitados. Esta concepción no convierte en superficial los conceptos tradicionales del in-

²⁴ Igualmente Jakobs (nota 15), pp. 24 ss.; Frisch, *FS Jareborg*, 2002, pp. 207, 224 ss.

²⁵ Ya en este sentido Frisch, *Zur Idee der Strafe*, in Koslowski (ed.), *Endangst und Erlösung* 2, 2012, pp. 53, 74 ss.; Jakobs, *Staatliche Strafe* (nota 22), p. 31 s.; Idem, *Zurechnung* (nota 15), p. 5, con amplias referencias.

justo, en el sentido de lesión de un bien jurídico abarcado por el tipo y la culpabilidad entendida como poder de evitación. Ambos conceptos tienen también una función en el marco normativo determinante del cuestionamiento o menosprecio del Derecho. Pero la función de los conceptos, sobre todo de la culpabilidad, es más diferenciado que en la comprensión tradicional del delito como lesión culpable de un bien jurídico. A manera de esbozo:

Si también el delito se entiende como menosprecio o cuestionamiento del Derecho es necesario desde luego la realización de un tipo penal. Además únicamente la lesión de la norma que está presupuesta en un tipo constituye un menosprecio o cuestionamiento del Derecho penalmente relevante. La realización del tipo por sí sola no corporiza aún ningún menosprecio o cuestionamiento alguno del Derecho. Puede que concurra una causa de justificación. En este supuesto todavía no existe un apartamiento del Derecho y tampoco un menosprecio (cuestionamiento o lesión) del Derecho. La realización del tipo (en el sentido de un apartamiento realizador típico de la norma de conducta contenida en el tipo) y la ausencia de causas de justificación, son de todas formas irrenunciables, incluso cuando aquello contra lo que se debe y puede reaccionar mediante la pena se base en el menosprecio o cuestionamiento requerido de refutación de una norma protegida penalmente (no en el menoscabo culpable del bien jurídico). Pero la culpabilidad es también irrenunciable: penar a alguien por su apartamiento de la norma, a pesar que no fue capaz de decidirse correctamente conforme a Derecho, sería igual de injusto como la punición por la lesión no evitable de un bien jurídico.

Desde luego, 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, precisamente por ello es posible hablar en realidad de un cuestionamiento de la vigencia del Derecho.²⁶ La mera realización típica (incluido el apartamiento de la norma de conducta subyacente al tipo) no es suficiente cuando se produce sin una causa de justificación. Puede que la conducta sea ciertamente antijurídica (regularmente) y un apartamiento del Derecho, pero todavía no es necesariamente un menosprecio, cuestionamiento o lesión del Derecho. El apartamiento del Derecho

²⁶ Cfr. Frisch, *FS Müller-Dietz*, p. 237, 258 (nota 60); Jakobs (nota 4), p. 34, 43 s.; Idem, *Zurechnung* (nota 15), pp. 22, 59 ss.; Lesch (nota 4), pp. 203 ss.; Pawlik (nota 4), p. 87; Idem, (nota 6), pp. 259 ss., 266 s.

se produce cuando la conducta de una persona, que fue capaz de orientarse conforme a Derecho, en vez de ello se decidió por un comportamiento injusto. Si la persona carece de esa capacidad no se podrá constatar una conducta acorde a Derecho, menos 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 él mismo no pone en cuestión la vigencia del Derecho.²⁷

Relacionado con una comprensión del delito -justificante de la pena- como manifiesto menosprecio o cuestionamiento del Derecho, la culpabilidad (en el sentido del poder de evitación del hecho tomando en consideración el Derecho) cumple con toda una doble función: la culpabilidad es el componente esencial irrenunciable del menosprecio o cuestionamiento del Derecho -hace de la desviación del Derecho en una actitud interna antijurídica desaprobable-.²⁸ A su vez, la culpabilidad justifica contrarrestar el cuestionamiento de la vigencia de la norma y el menosprecio por el Derecho y sus consecuencias para la vigencia del Derecho a costa del autor (responsable de dichas consecuencias) con el castigo por ese menosprecio.

4. Al igual que el injusto es comprensible figurativamente o la culpabilidad en lo que se refiere a lo mismo, el delito es también imaginable por completo con distintos pesos.²⁹ 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, precisamente por su posición de mayor significancia, que las normas orientadas a proteger bienes o valores de menor valor. Dentro de las formas de conducta que lesionan el mismo bien jurídico son significativos de cara a la envergadura 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 juega un rol si la norma desautorizada fue lesionada dolosamente, o mediante un descuido. De la misma manera tiene importancia si el poder de

²⁷ Jakobs (nota 4), pp. 41 ss.; Lesch (nota 4), p. 212; Pawlik (nota 6), pp. 281 ss.

²⁸ Resalta esta determinación también Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht AT*, n° marg. 15, 400.

²⁹ Más detallado en lo siguiente, Frisch, (nota 22), pp. 269, 286 ss., así como en Frisch, *GA* 2014, pp. 493 s., 495 ss.

evitación del autor estuvo limitado o no por una circunstancia personal.

El Derecho penal toma en cuenta tales situaciones desde mucho antes, desde la delimitación de los tipos de delitos (por medio de agravaciones y atenuaciones, entre otros), y, en especial, en la estructura de la respectiva graduación de la conminación penal. Las situaciones de hecho y las circunstancias no consideradas en ese nivel adquieren relevancia en el ámbito de la medición de la pena. El tránsito de la concepción del delito como lesión culpable de un bien jurídico hacia el cuestionamiento del Derecho requirente de refutación no aporta en este asunto por regla general ningún cambio en las consecuencias, 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.

Por cierto, 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 las circunstancias. Por un lado, a través de dicho cambio es más fácil de fundamentar, por ejemplo, la relevancia de determinadas actitudes internas, mientras que dicha relevancia sería puesta en duda con una concepción del delito como lesión evitable de un bien jurídico.³⁰ El homicidio de una persona por motivos viles expresa un especial menosprecio de la relación jurídica para con la víctima y el ordenamiento jurídico, aun cuando el hecho objetivamente no muestre una dimensión distinta al de un homicidio sin tales motivos. De otra parte la comprensión del delito como menosprecio y cuestionamiento del ordenamiento jurídico requirente de refutación puede que ponga en aprieto la fundamentación acerca de la significancia de determinadas circunstancias. Esto se ve de alguna forma en el resultado acaecido y su significado. La relevancia del mismo está garantizada por 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 fijarse la esencia del delito en el menosprecio por determinadas normas aseguradas penalmente, mejor dicho, en el cuestionamiento de su vigencia, tendrá que fundamentarse a partir de allí porqué razón con la producción de un resultado (y según su extensión) el hecho

³⁰ Más detallado al respecto, Frisch (nota 22), pp. 269, 288 ss.; Idem, *FS Müller-Dietz*, pp. 237, 255 ss.; Idem, *GA 2014*, Cuadernillo 9 (parte V.), con abundantes referencias.

reúne mayor peso, lo que genera dificultades;³¹ no obstante, lo último es resoluble³² y en todo caso no aporta razón alguna para rechazar la correcta comprensión básica del delito sólo por presentarse algunas dificultades de fundamentación de la relevancia del resultado acaecido.

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, garantiza desde luego no solamente que el elemento nuclear del delito sea compatible con la teoría de la pena. El mismo posibilita a su vez una convincente clasificación material de una serie de hechos, con cuya sistematización la concepción tradicional del delito tiene problemas, por no decir que está sobrecargada. Para la elaboración de dicha clasificación sólo debe acentuarse fuertemente un aspecto del que se ha aludido previamente. Naturalmente, todo menosprecio o cuestionamiento de la vigencia del Derecho contra lo que se reacciona mediante una pena para el mantenimiento de la vigencia de la norma debe mostrar de modo natural la necesidad de ser refutado mediante el juzgamiento y punición del autor.³³ En esto radica la clave para la correcta clasificación de una serie de hechos que en el sistema tradicional no tiene arraigo o su clasificación opera forzosamente.

1. Esto rige ante todo en el desistimiento voluntario de la tentativa. Como dato fáctico de un existente injusto penal no tiene porqué estremecer.³⁴ En la medida 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 que

³¹ Algunos han agregado al respecto que el resultado acaecido no constituye una circunstancia preponderante para la elevación de la pena, cfr. Armin Kaufmann, *FS Welzel*, 1974, pp. 403, 411; Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 128 ss., 204 ss.

³² Cfr. por ejemplo, Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 516 ss.; ampliado en Frisch, *GA* 2014, Cuadernillo 9 (Parte V.); también los enfoques de Jakobs, *Zurechnung* (nota 15), p. 69 s.

³³ Esto resulta de consideraciones basadas en el Derecho constitucional.

³⁴ No es convincente, R. von Hippel, *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch*, 1966, pp. 58 ss. (refiriéndose a la supresión del injusto).

tener al desistimiento voluntario “flotando en el aire” sin una ordenación, 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 consideraciones basadas en los fines de la pena, en la culpabilidad como un supuesto de causa de exculpación.³⁵ Sin embargo, de este modo sólo consiguen hacer de la culpabilidad un nivel, de todos modos ya heterogéneo, en un sustrato aún más policromado.³⁶

En nada se resuelven los problemas si en la determinación del delito no sólo se cuida que su elemento nuclear, el menosprecio de una norma garantizada penalmente (o el cuestionamiento de su vigencia), sea compatible con la teoría de la pena, sino también que dicho elemento concuerde además con las exigencias de legitimación de la teoría de la pena. Queda claro que sólo aquellos menosprecios del Derecho en los que todavía es necesaria una respuesta por cuestionar el mantenimiento del poder de vigencia de la norma lesionada pueden conducir al juzgamiento y condena del autor. Y a esto falta que (desde la perspectiva alemana) el autor haya renunciado voluntariamente al hecho o haya impedido la amenazante producción del resultado. Mientras el autor se aparte de su propio cuestionamiento del Derecho y retorne al Derecho, él mismo revoca idealmente dicho cuestionamiento y convierte con ello en superflua una expresa refutación estatal mediante el juzgamiento (represión) y la pena.³⁷ 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 mirada en un no-castigo puede dar un motivo al autor para apartarse del hecho y así la norma conserve su vigencia.³⁸

2. También para la ordenación de las causas de exculpación la comprensión del delito como un cuestionamiento del Derecho necesitado de refutación (mediante el juzgamiento y la pena) aporta una mejor ordenación a la clasificación de las causas de exculpación, en comparación a la comprensión tradicional básica del delito. La

³⁵ Así, por ejemplo, Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1972, pp. 36 ss.; SK-StGB/Rudolph, 8ª ed. (según el estado de la 20ª entrega de 1993), § 20 n° marg. 6 s., con más referencias.

³⁶ Con razón crítica también dicho concepto funcional de culpabilidad Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht AT*, n° marg. 408a.

³⁷ En esto, acertadamente, Roxin (nota 33), p. 37.

³⁸ Conforme al núcleo del primer pensamiento de Feuerbach sobre el “puente de oro”.

clasificación última de las causas de exculpación edificada en la culpabilidad (faltante) tiene ciertamente razón en que el fundamento para prescindir del juzgamiento 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 de orientarse conforme a Derecho, razón por la cual en la culpabilidad no se da en lo absoluto un cuestionamiento del Derecho. La doctrina dominante reconoce esta misma problemática indirectamente cuando diferencia entre causas de exclusión de la culpabilidad y meras causas de exculpación.³⁹

El autor que obra en el exceso de una legítima defensa y el autor que para repeler el peligro inminente para su propia integridad corporal somete a otro a quien tiene a la vista a un peligro mortal para su vida, no actúan sin culpabilidad y menosprecian por completo 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 al menosprecio del Derecho en los casos de excepción debilita apenas la vigencia del Derecho más allá de aquellos casos donde la vigencia del Derecho debe mantenerse firme por completo. Puesto que los casos son incomparables – que el Estado en determinados casos excepcionales no penaliza en virtud de razones comprensibles– la norma no pierde su poder de prevención en los casos donde se debe penar y se pena. Resumido: lo que a estos casos les hace falta es un cuestionamiento del Derecho que, para el mantenimiento del poder de vigencia del ordenamiento jurídico en general, haga forzosamente necesario reaccionar con el juzgamiento y punición desaprobatorios del cuestionamiento. La situación es similar en una serie de causas de exclusión de la pena.

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

³⁹ Cfr. por ejemplo, Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht AT*, n° marg. 432.

temas quedan apenas bosquejados. No obstante, espero que el bosquejo pueda mostrar claramente *que* la concepción tradicional del delito requiere de una revisión, y *porqué* la revisión es necesaria, y *en qué orientación* los cambios serían necesarios.