

INJUSTO Y CULPABILIDAD EN DERECHO PENAL *

HEIKO HARTMUT LESCH

Privatdozent
(Universidad de Bonn)

1. Estado de la cuestión: crítica

a) *La separación entre injusto y culpabilidad*

La partición del concepto de delito en las categorías sistemáticas *injusto* y *culpabilidad* —valorada por Welzel como «el avance dogmático más importante en las dos o tres últimas generaciones»¹ y calificada por ROXIN como «una de las perspectivas más notables que haya alcanzado nuestra Ciencia penal en los últimos cien años»²— suele ser vista hoy en día, en palabras de Rödиг, como un «fenómeno natural sistemático»³. En su origen esta separación se basa en la división categorial entre el *hecho* y su *autor*, es decir, entre un *suceso* perturbador «desaprobado jurídicamente» o «valorado negativamente» y el *sujeto respon-*

* Con el añadido de las notas a pie de página, el texto de este trabajo se corresponde con la ponencia presentada por el autor el día 2 de diciembre de 1999 en el marco del Seminario Hispano-alemán «Cuestiones fundamentales del Derecho penal actual» celebrado en la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Traducción española a cargo de Ramon Ragués (Universitat Pompeu Fabra).

Abreviaturas empleadas: §: parágrafo; AT: Allgemeiner Teil (parte general); FS: Festschrift (Libro homenaje); GS: Der Gerichtssaal; JGG: Jugendgerichtsgesetz (Ley de los tribunales de menores alemana); JuS: Juristische Schulung; JZ: Juristenzeitung; ÖZStR: Österreichische Zeitschrift für Strafrecht; StGB: Strafgesetzbuch (Código penal alemán); ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

¹ WELZEL, *JuS*, 1966, pág. 421.

² ROXIN, *FS Henkel*, pág. 171.

³ RÖDIG, *FS Lange*, pág. 41, nota 3, *in fine*.

sable de semejante hecho⁴. Hasta el día de hoy, el suceso perturbador se ha definido mayoritariamente como una *modificación* empírica y real del *mundo exterior*, es decir, como una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico o de su objeto⁵. Sin embargo, dado que semejantes modificaciones también se producen en el mundo exterior *independientemente de la persona del autor*, antes de constatar definitivamente la existencia de un delito —esto es, de un hecho punible— es necesaria una *segunda* operación, consistente en establecer una vinculación entre el hecho y el autor que debe ser castigado: la *imputación*.

b) *Imputación objetiva y subjetiva*

En lo que respecta por lo menos a los delitos de comisión, se entiende que el contenido mínimo de la imputación es la *relación causal* entre el suceso perturbador y un acto libre del autor. A esta relación causal debe añadirse además una *relación de culpabilidad*, es decir, una relación entre el suceso perturbador y la *voluntad* del autor, pues desde Klein y Feuerbach la responsabilidad penal debe basarse sin excepción en la *culpabilidad por la voluntad*⁶. Las características de esta relación —o la decisión sobre si debe tomarse como base un concepto *psicológico* o *jurídico* de voluntad— dependen de la naturaleza del sujeto que delinque, es decir, de si éste es la «unidad zoológico-psicológica hombre», entendida como un ser empírico que se mueve por instinto, un *sistema psico-físico*, o si es, en cambio, una *persona*, esto es, una «construcción concebida de forma específicamente *normativa*»⁷. Si se entiende, como Feuerbach, que lo decisivo es el sujeto como sistema psico-físico, la imputación se limitará a un juicio psicológico, es decir, a la constatación de un «hecho en el ámbito de lo anímico y espiritual»⁸ o, dicho de forma más precisa, de una relación psíquica y real de la voluntad con el hecho⁹. En otras palabras, se trata sólo de una imputación *subjetiva* para cuya consecución la dogmática penal, desde Feuerbach¹⁰ hasta Köh-

⁴ Al respecto, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, 1999, págs. 1 y ss., con referencias adicionales.

⁵ Cfr. por ejemplo MIR PUIG, *ZStW*, 108 (1996), pág. 762, pág. 764, pág. 766.

⁶ KLEIN, *Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts*, Halle, 1796, § 120; GRÜNHUT, *Anselm von Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung*, Hamburgo, 1922, pág. 102.

⁷ Cfr. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1911, págs. 142 y s.

⁸ Cfr. NOWAKOWSKI, *Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen*, Graz/Viena/Colonia, 1955, pág. 64.

⁹ Es decir, del dolo incluida la conciencia del injusto.

¹⁰ *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 2.^a parte, Chemnitz, 1800, pág. 57, pág. 61.

ler¹¹ y Struensee¹², se ha visto una y otra vez obligada a «cazar el dolo en la imprudencia»¹³. Si, por contra, —como en el caso de HEGEL— se considera que lo relevante es el autor en tanto que *persona*, lo que interesa *per se* ya no son hechos psíquicos, sino la relación *normativa* de la voluntad con el hecho, es decir, el incumplimiento de un deber o una lesión del deber, es decir, no una imputación *subjetiva*, sino una imputación *objetiva*¹⁴.

Inicialmente, en el sistema de Liszt, Beling y Radbruch, el hecho, en tanto que suceso perturbador, y la relación causal entre hecho y acto libre fueron abarcados por un *concepto objetivo de injusto*; por su parte, la relación subjetivo-espiritual del autor con el hecho objetivamente antijurídico fue abarcada (a primera vista y de modo aún muy superficial) por un *concepto psicológico de culpabilidad*. En la transición hacia el sistema actualmente dominante, basado en la llamada «teoría del injusto personal», se mantiene la separación naturalista entre el *hecho* en tanto que suceso perturbador, o los denominados «desvalor de hecho» y «desvalor de resultado», por un lado, y el *sujeto* responsable del hecho en cuestión, por otro. A partir de este fundamento, la incorporación parcial en el injusto del hecho psicológico de la culpabilidad en forma de los denominados «desvalor de acto», «desvalor de acción» o «desvalor de intención»¹⁵ se ve compensada con la distinción correlativa entre *tipo objetivo* y *subjetivo*. El hecho sigue estando constituido por la lesión «externa» de un bien jurídico o de su objeto y esta lesión es *independiente de la persona del autor*. A éste sólo se le imputa el hecho en un *momento posterior*. En concreto, los finalistas —de acuerdo con la teoría de la equivalencia— limitan la imputación *objetiva* a la constatación de una relación de causalidad entre el suceso perturbador y la conducta del autor y, por su parte, la imputación *subjetiva* —de acuerdo con el concepto psicológico de culpabilidad— se limita a la constatación de un «hecho en la esfera de lo anímico y espiritual», es decir, a una relación psíquica y real de la voluntad con el hecho¹⁶.

¹¹ *Strafrecht AT*, Berlín/Heidelberg/Nueva York, 1997, págs. 177 y s., págs. 200 y s.

¹² *JZ*, 1987, pág. 57 y ss.

¹³ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. 4, Leipzig, 1919, pág. 328.

¹⁴ LESCH, *Verbrechensbegriff*, págs. 99 y ss.

¹⁵ Cfr. HIRSCH, *FS Köln*, pág. 400: «actualmente el dolo típico no se concibe sólo como una forma o elemento de la culpabilidad, sino como un requisito subjetivo del tipo de injusto del delito doloso».

¹⁶ ARMIN KAUFMANN, *FS Jescheck*, pág. 254 y ss.; HIRSCH, *FS Köln*, págs. 403 y ss.; KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlín, 1990, págs. 83 y ss.

c) *Confusiones dogmáticas en el ámbito del injusto*

Sin embargo, lo dicho rige para el delito *doloso*, pero no para el *imprudente*. Desde principios de este siglo hasta que la retomaran Köhler y Struensee, se consideró que la «caza del dolo en la imprudencia» había fracasado por la imposibilidad de constatar un «proceso interno» o un «acto en la interioridad del hombre»¹⁷. Por este motivo, los finalistas no pudieron mantener su concepto psicológico de culpabilidad en el delito imprudente, como ya antes, por cierto, había sucedido a Liszt, Radbruch y Beling. En la imprudencia, la imputación *subjetiva* exigida se sustituye sin más por una imputación *objetiva*¹⁸, de tal modo que la responsabilidad del autor deja de estar constituida por una relación *psíquica y real* de la voluntad con el hecho y pasa a estarlo por una relación *normativa*, basada en el incumplimiento de un deber; en la lesión de un deber o en la «infracción del cuidado»¹⁹.

Lo anterior provoca una confusión acerca del sujeto que se considera decisivo para la imputación, pues parece recurrirse a un *sistema psico-físico* en el caso del delito doloso y, en cambio, a una *persona* en el caso del delito imprudente. Esta confusión se agrava con la moderna «teoría de la imputación objetiva», pues con ella se amplía el tipo objetivo del delito *doloso* en torno al requisito de la lesión del deber —o al criterio de la «creación de un riesgo jurídicamente desaprobado»— y con esta ampliación se lastra al concepto de injusto con una acumulación de elementos sin relación entre sí tomados tanto del concepto *psicológico* de culpabilidad como del *normativo*²⁰. En otras palabras, de acuerdo con la subjetivista teoría del injusto «personal», por ejemplo, en la variante defendida por Armin Kaufmann, la norma de conducta relevante para la constitución del injusto («de acción») debe dirigirse «al poder; a la ‘capacidad’ del hombre». «Sin embargo, esta capacidad no sólo se basa en las fuerzas físicas potenciales del hombre, pues éste es una ‘unidad psico-física’ y la expectativa y la pretensión de la norma

¹⁷ Kelsen, *Hauptprobleme*, pág. 135: la imprudencia «se caracteriza precisamente ... por la absoluta *falta* de un acto psíquico de la voluntad o de la representación (en relación con el resultado socialmente dañoso). Se comporta imprudentemente aquél que no ha querido ni previsto nada en concreto».

¹⁸ Cfr: al respecto STRUENSEE, *JZ*, 1987, pág. 55 y ss., con referencias adicionales.

¹⁹ Cfr: por ejemplo MIR PUIG, *FS Jescheck*, pág. 347: «lo que importa no es que el autor pudiera advertir el peligro —una cuestión indemostrable— sino que *ex ante* lo habría advertido un hombre medio situado en el lugar del autor. Si se responde afirmativamente a esta cuestión no existe *ex ante* fundamento alguno para no imponer al individuo el deber de examen previo». Cfr: igualmente EL MISMO, *ZStW*, 108 (1996), pág. 772 y s., con la inconsecuente exigencia de que se tengan también en cuenta los conocimientos y las capacidades especiales e individuales del autor.

²⁰ Precisamente con el dolo y con la lesión (objetiva) del deber.

sólo se vinculan a esta unidad»²¹. Por contra, para fundamentar la teoría de la imputación objetiva también desde la teoría de las normas, un autor como RUDOLPHI expone que «el destinatario de la norma penal de conducta» no es «el hombre ... en su respectiva individualidad, sino el hombre de acuerdo con su naturaleza genérica en tanto que ser racional capaz de autodeterminarse y de dominar cursos causales», es decir, «no el hombre concreto y específico, sino el concepto abstracto de hombre con capacidades normales o, dicho de forma más exacta, el hombre concreto considerado de acuerdo con su naturaleza genérica, concebido como persona en tanto que ser racional»²². A la vista de estas palabras hay que preguntarse por qué para fundamentar un injusto *basado en la antinormatividad* hace falta, además de una imputación objetiva a la *persona* como construcción normativa, una imputación adicional, a saber, una imputación subjetiva referida al concreto *sistema psico-físico* «hombre» —que RUDOLPHI, a diferencia de Armin Kaufmann, no menciona como destinatario de la norma—, es decir, conviene preguntarse por qué hay que tener en cuenta el dolo, pese a que sólo es un *factum* interno. En esta contradicción nomológica podría encontrar su origen la cada vez más debatida «confusión entre lo objetivo y lo subjetivo»²³.

d) *Confusiones dogmáticas en el ámbito de la culpabilidad*

Pese a las confusiones dogmáticas expuestas, la actual sistemática dominante del delito, basada en la denominada teoría de injusto «personal», sigue manteniendo el esqueleto básico y originario del sistema naturalista de Liszt, Beling y Radbruch y, en especial, la antigua distinción entre las dos «categorías valorativas» injusto y culpabilidad. Desde la irrupción de la denominada «teoría normativa de la culpabilidad» esta distinción suele vincularse, respectivamente, a la *valoración* negativa del *hecho* y del *autor*²⁴. Sin embargo, de este modo se agrava en el ámbito de la *culpabilidad* la confusión general ya existente a nivel de injusto sobre el sujeto a tener en cuenta para la imputación. En los años

²¹ ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1954, pág. 106.

²² RUDOLPHI en SCHÜNEMANN, *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlín/Nueva York, 1984, pág. 76; cfr. igualmente, MIR PUIG, *ZStW*, 108 (1996), págs. 766 y s.

²³ BURKHARDT en WOLTER/FREUND, *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, 1996, págs. 99 y ss.

²⁴ VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21.ª/22.ª ed., Berlín/Leipzig, 1919, pág. 151; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlín, 1969, pág. 51, pág. 138 y s.; SCHÜNEMANN, en *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlín/Nueva York, 1984, pág. 56.

de predominio del naturalismo siempre se definió la culpabilidad o la «responsabilidad individual del autor por el hecho»²⁵ de forma psicologizante. En el caso de Feuerbach, por ejemplo, a través de la intimidación mediante amenaza de una pena (*lex perfecta*)²⁶ y, según la concepción hoy dominante, —que a grandes rasgos sostiene lo mismo— a través de la motivabilidad mediante el imperativo dirigido a la conducta (*lex imperfecta*)²⁷, esto es, mediante la capacidad de observar el deber o de responder a la norma, es decir, en todo caso a través del «poder actuar de otro modo». Como sujeto de esta culpabilidad definida de forma psicologizante —es decir, como destinatario de la norma— sólo puede interesar el hombre empírico como sistema psico-físico, no el hombre como construcción específicamente normativa o como persona racional. Sin embargo, como sucedía con el injusto del delito imprudente, la disposición interna del autor entendida en sentido fáctico no es siempre relevante en el ámbito de la culpabilidad, por ejemplo, ante cuestiones como la ausencia evitable de conciencia de la antijuricidad (§ 17), ante los autores por convicción, por predisposición o inmersos en estados pasionales, o ante las situaciones exigibles de estado de necesidad (§ 35.1.2 StGB). En estos casos el criterio decisivo no es nunca el *poder* actuar de otro modo en sentido empírico y real, sino el *deber* actuar de otro modo esperado por la norma.

Prescindiendo de lo anterior, hoy en día se considera mayoritariamente que «la culpabilidad entendida como poder individual de actuar de otro modo no es susceptible de ser constatada en el momento de realización del hecho». En palabras de ROXIN, «en Alemania existe unanimidad sobre que ningún perito psicólogo o psiquiatra puede probar con medios empíricos la capacidad del autor concreto de poder obrar de una manera distinta a cómo lo hizo en el momento del hecho. Sin embargo, si se entiende que la culpabilidad depende de un dato empírico que no puede llegar a ser constatado, el principio ‘in dubio pro reo’ debería llevar a la absolución»²⁸. Como es sabido, la doctrina dominante ha resuelto este problema colocando *en el lugar* del autor²⁹ —entendido éste como criterio para el juicio de culpabilidad— la capacidad de una «persona media», «de un hombre medio, adulto y sano psíquicamente», de una «personalidad ajustada a las medidas prescritas», o la capacidad del «hombre prototípico abstracto»³⁰ ya conocido gracias al ámbito del

²⁵ SCHÜNEMANN, *Grundfragen*, pág. 56.

²⁶ Al respecto LESCH, *Verbrechensbegriff*, pág. 57 y ss.

²⁷ Cfr. por ejemplo MIR PUIG, *FS Jescheck*, pág. 338 y s., pág. 342 y s.; EL MISMO, *ZStW*, 108 (1996), pág. 761.

²⁸ ROXIN, *ZStW*, 96 (1984), pág. 643.

²⁹ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5.ª ed., Berlín, 1996, § 37.I.2, § 39.III.

³⁰ Cfr. por ejemplo MIR PUIG, *ZStW*, 108 (1996), pág. 766 y s.

injusto. El auténtico reproche de culpabilidad se basa en la idea de que el autor *defrauda las expectativas* que el Derecho alberga con respecto a los «*ciudadanos normales*»³¹. Por ello, lo decisivo para la imputación en el ámbito de la culpabilidad es sólo el incumplimiento de una «pauta establecida por el Derecho»³², el *incumplimiento de un deber (lesión de deber)*, es decir, una imputación totalmente *objetiva*. Sin embargo, esto pocas veces se reconoce abiertamente y suele encubrirse afirmando que la culpabilidad penal sólo se «*aproxima*» más o menos a la «*verdadera*» culpabilidad y que entre ambas sólo puede darse una «relación de *analogía*»³³. De este modo, tan sólo es posible concebir la libertad del sujeto como una «ficción necesaria para el Estado», o como el resultado de una «atribución» o de una «asignación normativa». Así, cuando SCHÜNEMANN, partidario de un concepto de culpabilidad pretendidamente «*individual*» —esto es, subjetivista—, insiste en que la libertad de voluntad sólo es una «construcción social de la realidad»³⁴, está demostrando, en el fondo, que las diferencias con la fundamentación «*social*» (y con la «*funcional*») de la culpabilidad, tan vehemente reivindicadas por este autor, son un puro fraude de etiquetas. Ello se debe a que si es posible concebir el «poder actuar de otro modo individual» como el mero producto de una *atribución social*, es decir, como un dato *elaborado* sólo *socialmente*, y no como un dato *psíquico y real*, entonces la culpabilidad no se encuentra —quod erat demonstrandum— «en la cabeza del autor», sino sólo en «la cabeza de los demás», es decir, en la de aquéllos que *atribuyen* la libertad de voluntad. Del mismo modo, el sujeto de la culpabilidad no se define en su concreta individualidad, es decir, como la «unidad zoológico-psicológica hombre», sino simplemente como *persona*, esto es, como «una construcción elaborada desde una óptica específicamente *normativa*».

En conclusión —siguiendo las acertadas palabras de Jakobs— «en el Derecho la persona se determina de forma normativa y generalizante. Por tanto, no es cierto que la autovinculación de esta persona a la legalidad se espere en un sentido psicologizante, pues cómo se las arregla con su rol es, en principio, un asunto del sujeto psico-físico. A tal sujeto se le va a tratar —en principio— como a un sujeto que se ha definido como ciuda-

³¹ KOHLRAUSCH, *Güterbock Festgabe*, pág. 24 y ss.; ver igualmente MIR PUIG, ZStW, 108 (1996), pág. 783, quien no se centra en la «posibilidad *personal* de ser motivado por la norma» sino en la «motivabilidad *normal*». De este modo MIR PUIG está negando de nuevo la efectiva función de dirección de conductas de los imperativos, pues esta función *per se* sólo alcanza a aquél que además es motivable *personalmente*.

³² NOWAKOWSKI, *FS Rittler*, pág. 70.

³³ STRATENWERTH, *Strafrecht AT*, 3.^a ed., Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, 1981, n.º marg. 194.

³⁴ SCHÜNEMANN, *FS R. Schmitt*, pág. 134.

dano»³⁵. En consecuencia, si lo que en realidad interesa en el ámbito de la culpabilidad —a pesar de las primeras apariencias y de las afirmaciones en contra— «no es el individuo en su esencia, sino una persona social», resulta ineludible preguntarse por qué han de cambiar las cosas en el injusto del delito doloso y por qué, de la misma manera, en este ámbito no puede bastar la imputación *objetiva*. Es evidente que el dolo, con independencia de que se ubique en la culpabilidad o en el injusto, es una reliquia del antiguo concepto psicológico de culpabilidad y, en tal medida, un cuerpo extraño en una teoría de la imputación que, por lo demás, es puramente normativa. Dicho en otras palabras, si a quien se tiene en cuenta como destinatario que debe responder a la norma (o motivarse de acuerdo con ella), o como sujeto de la imputación, no es «al hombre específico y concreto», sino al «concepto abstracto de hombre con capacidades normales o, incluso, al hombre concreto concebido como persona en tanto que ser racional», entonces lo decisivo para la imputación tampoco es el autor entendido como sistema psico-físico, ni en la imputación de la *culpabilidad* ni en la del *injusto*. Por este motivo, no puede considerarse que lo determinante *per se* sea su disposición interna en sentido empírico y *real*, ni en el «impulso de la acción» ni en la «dirección de ésta», ni en la «formación de la voluntad» ni tampoco en su «ejecución».

e) *Resumen*

A modo de conclusión: el sistema penal dominante en la actualidad, que tiene sus orígenes en Liszt, Beling y Radbruch, no es propiamente un *sistema*, sino una mera mezcolanza de elementos totalmente heterogéneos que no pueden reconducirse a un denominador común y que, por diversos motivos, se han ido cambiando de lugar y/o añadiendo. Estamos acostumbrados a puntear estos elementos uno tras otro en un determinado orden y a definir como «delito» el resultado positivo de este proceso de adición sin cuestionar en absoluto el conjunto partiendo de una *legitimación funcional*. Una operación como ésta lleva al absoluto «derrumbamiento» del «sistema» convencional a causa de su origen naturalista. En las tres últimas décadas la perspectiva funcional —en especial de la mano de los trabajos de Roxin y Jakobs— ha ido ganando cada vez más peso, pero la revisión a nivel de fundamentos del concepto de delito desde esta nueva óptica se ha ido aplazando. Para esta tarea es posible seguir, a primera vista, dos caminos distintos que, respectivamente, están representados de una manera especialmente significativa y consecuente por los sistemas de Feuerbach y Hegel.

³⁵ JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, Opladen, 1993, pág. 29.

2. Redefinición funcional

a) *El sistema de Feuerbach*

Cuando en 1799 Feuerbach publicó su «Revisión de los principios y conceptos fundamentales del Derecho penal» pretendía «reducir las usurpaciones metafísicas de la filosofía en el Derecho penal» para construir un sistema *funcional* basado en la «teoría de la coacción psicológica»³⁶. El naturalista Feuerbach definía la perturbación que interesa al Derecho penal no como algo *ideal* sino *material*, es decir, como una «ofensa» o como una lesión del Derecho, como una perturbación de la esfera externa de libertad de otra persona o, expresado en la terminología hoy habitual, como la lesión externa y causal de un bien jurídico o de su objeto. Sin embargo, semejante perturbación *material* sólo puede eliminarse o compensarse con reacciones propias del Derecho de policía o del Derecho civil, no con la pena y, por ello, es imposible alcanzar una interrelación no simplemente externa, sino *funcional*, entre el *hecho* y la pena.

En consecuencia, Feuerbach entiende que no tendría sentido y que sería inhumano castigar al autor simplemente por el *hecho* acontecido —es decir, *quia peccatum est*— pasando así —en clara oposición a Kant— del principio de retribución de la culpabilidad al principio de prevención general, es decir, del principio de eliminación de la perturbación provocada por el hecho *acontecido*, al principio de evitación de hechos *futuros*: punitur ne peccetur. La pena se impone —cito literalmente— «para dar eficacia a la amenaza»³⁷, no frente *al propio autor*, pues para ello es siempre demasiado tarde, sino para intimidar a *otros* potenciales infractores. Este principio está muy extendido en la actual Ciencia del Derecho penal³⁸, aunque las *leges perfectae* de Feuerbach, rectoras de la conducta, hayan sido remplazadas por las *leges imperfectae* de la teoría de los imperativos, del mismo modo que las referencias al término «intimidación», cargadas de connotaciones negativas, se han sustituido por una terminología que aparentemente suena más positiva, como la del reforzamiento de los valores de la acción de actitud jurídica, o del ejercicio de la confianza en el Derecho, etc³⁹. En este contexto el sustrato de la imputación —esto es, *la culpabilidad*— sólo puede inferirse a partir del subjetivo, individual y psíquico horizonte *ex ante*

³⁶ Al respecto con más detalles LESCH, *Verbrechensbegriff*, págs. 44 y ss.

³⁷ FEUERBACH, *Anti-Hobbes*, Gießen, 1797, pág. 226.

³⁸ Cfr. por ejemplo MIR PUIG, *FS Jescheck*, págs. 338 y ss. y *passim*.

³⁹ Sobre la teoría de la «prevención general positiva», LESCH, *La función de la pena*, trad. J. Sánchez-Vera, Madrid, 1999, págs. 28 y ss., con referencias adicionales.

de una norma que concibe la voluntad como, por ejemplo, «voluntad consciente infractora del deber» o «decisión consciente de la voluntad contra la prohibición». Sin embargo, *esta* culpabilidad es sólo algo estático que no resulta accesible por sí solo y, en especial, que ya no puede ser eliminado con la pena. Por ello, este concepto de culpabilidad no puede *per se* vincularse a una compensación de la culpabilidad que no sea la mera secuencia de dos males sin sentido, es decir, no puede vincularse a una función social. Dicho brevemente, *esta* culpabilidad es algo arbitrario *per se* y no encaja con el principio de culpabilidad.

Resumiendo: la separación naturalista entre el hecho como *algo externo* y la culpabilidad del autor como *factum psíquico* puede ya apreciarse en el sistema de Feuerbach. Sin embargo, con este sistema —como con todo sistema preventivo-general— no se puede fundamentar una relación *funcional*, ni entre el *hecho* y la pena, ni entre ésta y la *culpabilidad*.

b) *El sistema de Hegel*

Distinto es el caso del sistema penal de Hegel⁴⁰. Si la pena retrospectiva tiene que ser «*justa en sí y para sí*», es decir, algo más que una primitiva venganza o un simple mal infligido «porque ya existe otro mal», entonces debe corresponderle una función restitutiva en relación con el injusto acontecido⁴¹. En este sentido, Hegel diferencia entre la *existencia* y el *concepto* del delito, además de su supresión. El delito se dirige ante todo contra una existencia jurídica externa, es decir, contra una «plasmación de mi libertad en un objeto exterior», por ejemplo, contra «la propiedad plasmada en objetos individuales y contra el cuerpo, partes del mismo, la vida» y también contra las «más altas concreciones» de la libertad, como el «honor», la «moral familiar» o el «Estado». «Sin embargo, lo sustancial en estas formas es lo general» y, por tanto, el delito es «la lesión de la voluntad en sí que recae en un objeto», es decir, «un injusto ... con el que se lesiona el objeto tanto en su vertiente individual y externa como en su existencia en sí».

No obstante, la pena siempre llega demasiado tarde para la evitación *preventiva* de la «lesión a modo de existencia externa o posesión», o a modo de «*daño* de alguna forma de propiedad o patrimonio», es de-

⁴⁰ Más detalles sobre este punto en LESCH, *La función*, pág. 11 y ss.; EL MISMO, *Verbrechensbegriff*, pág. 75 y ss., con referencias adicionales.

⁴¹ HEGEL, *Theorie Weksausgabe*, vol. 7, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Francfort, §§ 90 y ss.

cir, llega tarde para «preservar esta existencia ante la violencia»⁴² y «la revocación de la lesión como daño» es simplemente «la reparación *civil* como *indemnización* siempre que sea posible». Así, cuando «se *destruye* algo externo» es tarea del *Derecho privado* «destruir de nuevo esta destrucción», «para que así yo vuelva a mi estado originario de propiedad», pero esto es algo que el *Derecho penal per se* no puede conseguir de ningún modo: la pena no puede producir el efecto de compensar el daño, entre otras cosas porque muchas infracciones normativas —por ejemplo, la tentativa— ya están completas antes de que se produzca un daño externo y en muchos delitos —por ejemplo, contra la Administración de Justicia o contra la fe documental o el tráfico monetario— no procede *per se* una compensación civil.

Así pues, la función restitutiva de la pena sólo puede describirse en relación con el *concepto* de delito, es decir, con la idea «de que el delito debe ser superado, no como creación de un *mal externo*, sino como lesión del Derecho en tanto que Derecho»⁴³. Por consiguiente, HEGEL aprecia el injusto genuinamente penal en la «lesión del Derecho en tanto que Derecho» y, por ello, en la «voluntad particular del delincuente» «que afirma el injusto»: «todo delito consiste en imponer la voluntad particular frente a la general en forma de pretensión de vigencia de tal particularidad. La «mera acción que es individual e irracional» *de acuerdo con su contenido*, en tanto que acción de un ser racional, aparenta ser una conformación racional de la realidad y es, por tanto, por lo menos «atendiendo a su *forma*», «algo *racional* y general», «un principio o una *ley*» según la cual «está permitido lesionar a otro». Por ejemplo, cuando el delincuente mata «está manifestando como general que matar está permitido»⁴⁴.

Esta ley, que es particular y racional en su *forma* externa, pero no en su *contenido*, es decir, esta ley simplemente formal que sólo cuenta con el reconocimiento del propio autor, contiene un doble significado. Por un lado, representa la «vertiente positiva» de la restitución, de la justificación *subjetiva* o de la *legitimación* de la pena *frente al propio delincuente* y se basa en el principio del consentimiento. La pena no sólo se corresponde con la voluntad abstracta y general del delincuente como persona genéricamente racional, es decir, con su voluntad como «parte integrante de la voluntad racional objetiva», sino también con su voluntad concreta y particular expresada en el delito. Recurriendo a un ejemplo tomado de un manuscrito de Hotho, «quien actúa como asesino

⁴² MIR PUIG, *FS Jescheck*, pág. 345.

⁴³ HEGEL, *Grundlinien*, § 99 (nota).

⁴⁴ ILTING, *G.W.F. Hegel, Die Philosophie des Rechts*, Stuttgart, 1983, pág. 70 (transcripción de WANNENMANN).

no estatuye como ley que la vida no es digna de respeto y expresa en su hecho lo general. Sin embargo, cuando actúa así está declarando él mismo su condena de muerte»⁴⁵.

La conducta del delincuente contiene, por tanto, una «racionalidad *formal*»⁴⁶, la «*voluntad del individuo*», una voluntad determinada objetiva y normativamente —debe recalcarse, ni subjetiva ni psicologizante⁴⁷— y, por ello, una voluntad *formalmente racional*. Por este motivo puede afirmar *Hegel* con toda razón «que la pena ... se concibe (en el comportamiento) como algo que contiene *su* propio Derecho y en ella se *honra* al delincuente como ser racional». «Cuando se le ... devuelve la lesión, se le está reconociendo como (algo) racional y se reconoce su voluntad como ley». «Los animales como tales producen solamente lo particular. En cambio, el hombre puede hacer lo que quiere y, por tanto, produce lo general». «El restablecimiento se basa en la naturaleza racional del que actúa injustamente». Dicho en otras palabras, «en la medida ... en que el que actúa es un ser racional, su acción está expresando que es algo general. Si robas a otro te estás robando a ti mismo, si matas a otro estás matando a todos los demás y te estás matando a ti mismo. La acción es una ley que tú promulgas y que, precisamente gracias a tu acción, reconoces en sí y para sí. Por este motivo puede subsumirse al que actúa bajo la misma clase de conducta que ha estado, restaurándose así la igualdad que ha lesionado: *ius talionis*»⁴⁸.

Por consiguiente, y a diferencia de lo que sucede con las concepciones general-preventivas, el autor no es degradado a la categoría de simple ser empírico que se mueve por instinto, a la condición de animal o de pura naturaleza, sino que se le toma realmente en serio y al pie de la letra como ser racional⁴⁹. Así, quien reivindica una esfera de organización para autoadministrarse asume a la vez la responsabilidad por las consecuencias de una administración deficiente, es decir, existe un sinalagma entre autoadministración y autorresponsabilidad, entre libertad y culpabilidad penal, pues la libertad sin responsabilidad no es una libertad *personal* verdadera, sino pura arbitrariedad *subjetiva*. Quien cuestiona este sinalagma se comporta de forma autocontradictoria y no de manera racional.

⁴⁵ ILTING, G.W.F. *Hegel, Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, vol. 3, Stuttgart/Bad-Cannstatt, 1974, págs. 318 y s. (anotaciones de HOTHO).

⁴⁶ JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, Berlín, 1997, pág. 99, habla al respecto de una «conducta formalmente personal».

⁴⁷ JAKOBS, *Norm*, pág. 103.

⁴⁸ HEGEL, *Theorie Werkausgabe*, vol. 4, *Nürnberger und Heidelberger Schriften*, Francfort, pág. 244.

⁴⁹ Cfr. asimismo JAKOBS, *Norm*, págs. 100 y ss.

Sin embargo, de este modo sólo se legitima la pena de una forma *subjetiva* y *formal*, es decir, *frente al propio delincuente*, pero no se justifica aún como algo *objetivo* y *racional*, es decir, como algo «justo en sí mismo» y que comparte estas características con «la voluntad en sí» del delincuente. Junto con el aspecto «positivo» antes esbozado, a *Hegel* le interesa también el «aspecto negativo» de la restitución, es decir, la justificación *objetiva* de la pena, la «negación de la negación», la «lesión de la lesión» en sentido conceptual, la «superación del delito», es decir, la plasmación de la nulidad interna del delito en su existencia externa y positiva. En sí misma, en su mera existencia externa como simple coacción limitadora de la libertad, la pena, al igual que el delito, es sólo un mal. Sólo estableciendo también entre el delito y la pena una relación *conceptual* y concibiéndolos como si de una «pregunta y respuesta» se tratara, relacionándolos así de forma interna y funcional, puede hablarse de la *auténtica* pena justa en sí misma y por sí misma, es decir, de la pena idéntica al Derecho en tanto que racionalidad objetiva. Como hemos visto, todo delito supone la «imposición de la voluntad particular frente a la general y dicha imposición se plasma en forma de pretensión de vigencia de dicha particularidad». «Su lesión en tanto que voluntad existente supone», en cambio, «la superación del delito, que de lo contrario adquiriría vigencia (es decir, tendría una existencia general, pues el ser *individual* es aquí general, para todos), y comporta la restauración del Derecho»⁵⁰.

Por consiguiente, en *Hegel* —a diferencia de *Feuerbach*— la pena se define como una *reacción frente a lo acontecido*, como la eliminación de la perturbación generada por el hecho entendida como confirmación simbólica del ordenamiento. Esta confirmación del ordenamiento tiene tanto una dimensión *histórica* y *dialéctica* como *social* y *funcional*. En tal medida, *Hegel* diferencia entre una «necesidad interna» de pena y una «necesidad externa». En el caso de la «necesidad interna», para *HEGEL* se trata de plasmar el delito y su superación en el seno del Derecho abstracto como una «consecuencia de la autoevolución del concepto de Derecho, de tal modo que el injusto sólo constituya una «fase evolutiva» histórica, o sólo suponga un mero «momento del Derecho». Por contra, en el caso de la «necesidad externa» de pena lo que interesa es el mantenimiento de la identidad social⁵¹. En efecto, la ley formal y particular objetivada en el delito despliega también un efecto social dañoso en sentido empírico y real que se sitúa en el ámbito de las condiciones comunicativas de vigencia del Derecho. Con el delito se presenta «la vertiente real de la idea como válida en la *reali-*

⁵⁰ *HEGEL*, *Grundlinien*, § 99 con apéndice manuscrito.

⁵¹ Ver asimismo *JAKOBS*, *Norm*, pág. 100, págs. 103 y s.

dad y, «si esto sucede, la considerarán permitida todos aquellos que sólo atienden a lo vigente en sí mismo, a lo que está vigente empíricamente», pues «lo que rige en el mundo es Derecho, *para nosotros* es Derecho lo que rige para los demás». Si dicho delito permaneciera impune «se echaría a perder la sociedad». Por ello, debe constatarse que la existencia del delito es sólo aparente, «pues de lo contrario éste permanecería vigente», es decir, «debe demostrarse de forma expresiva que el delito no rige» y que, por tanto, la norma general lesionada sigue existiendo como algo racional, que dicha norma reivindica vigencia real, que se tiene razón cuando se acoge dicha norma como pauta de orientación de la propia conducta⁵².

Sin embargo, podría preguntarse por qué este efecto simbólico y demostrativo se plasma precisamente en una restricción de los derechos del autor (*de lege lata* en la lesión de su libertad o de su patrimonio). HEGEL lo fundamenta correctamente en la *ley del talión*, pues del mismo modo que la *lesión* del Derecho por parte del autor no surge de forma abstracta y conceptual, sino de un modo totalmente concreto en forma de existencia externa, la *confirmación* del Derecho no puede producirse sólo de un modo abstracto y conceptual, sino que debe producirse de una forma totalmente concreta, como sucede, precisamente, con la lesión de la existencia externa del autor⁵³. Tanto la *existencia positiva* del delito como su *superación* se plasman, por tanto, en la «esfera de lo externo». En palabras de Hegel, «la superación del delito supone una *restauración* en la medida en que, de acuerdo con su concepto, es la lesión de la lesión y, de acuerdo con su existencia, el delito tiene una determinada proporción cualitativa y cuantitativa que también posee su negación en tanto que entidad real. Sin embargo, esta

⁵² En tal medida podría atribuirse también a la pena un *efecto de dirección de conductas*, en el sentido, por ejemplo, del «ejercicio en la fidelidad al Derecho» y/o en «la confianza en la norma». Sin embargo, la pena también estará cumpliendo su función de confirmar la norma cuando *faltan* semejantes efectos psicológico-sociales, por ejemplo, en el caso de los hurtos masivos de bicicletas o cometidos en comercios, o de la defraudación tributaria. A fin de cuentas la *legitimación de la pena* siempre depende de la *legitimación de la norma* para cuyo mantenimiento se castiga. De acuerdo con la doctrina dominante, este problema debe resolverse recurriendo al *concepto de bien jurídico*. Pero especialmente AMELUNG (*Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Francfort, 1972) ha puesto de manifiesto que un concepto como éste, tan ambiguo, cambiante y extremadamente expuesto a las transformaciones, no tiene un contenido liberal resistente a los excesos de un Derecho penal totalitario. Así, según cuál sea la situación y la constitución normativa de una sociedad es posible sin más calificar de bien jurídico el «pudor sexual», la «pureza biológica de la raza» o «el orden ético nacional». También crítico con el dogma de los bienes jurídicos MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Francfort/Berna/Nueva York/París, 1994.

⁵³ Ver asimismo JAKOBS, *Norm*, pág. 105 y s.

identidad basada en el concepto no es la *igualdad* en la naturaleza específica de la lesión, sino en la naturaleza de la lesión en sí misma, de acuerdo con su *valor*»⁵⁴.

c) *Injusto y culpabilidad*

En conclusión: en un sistema jurídico dividido en diversos sectores es posible distinguir materialmente entre distintas formas de injusto en función de cuál sea el contexto de regulación o la relación funcional con la reacción jurídica correspondiente y, sobre todo, entre un injusto penal y un injusto civil distintos el uno del otro. En siglos pasados esta perspectiva fue durante mucho tiempo algo evidente no sólo en los ambientes hegelianos. Sin embargo, más adelante fue erradicada hasta el día de hoy por la desafortunada retórica —que puede retrotraerse en sus inicios a Adolf Merkel— de la «unidad del ordenamiento jurídico»⁵⁵. Desde un punto de vista material —y, por tanto, de acuerdo con su concepto— el *injusto penal* no supone «una contradicción» con la conducta cuyo *contenido* se establece en el deber normativo, sino un ataque al *deber mismo*, una contradicción con la obligatoriedad de la regla simbolizada en el deber; una demostración de la falta de consenso sobre la vigencia de la norma para la situación de hecho. La «naturaleza del injusto delictivo» radica exclusivamente —siguiendo las acertadas palabras de Hälschner— «en que al hecho delictivo individual subyace algo general, una máxima, una norma que surge de la arbitrariedad del delincuente y que contradice el Derecho, una norma que el delincuente en cuestión, al ejecutar el hecho, ha estatuido como reguladora y dominadora de su conducta y radica también en que, de este modo, el delincuente pretende quebrar el dominio del Derecho para colocar en su lugar, como vigente y dominante, su arbitrariedad»⁵⁶.

De este modo se demuestra que la distinción convencional entre injusto y culpabilidad resulta insostenible. Como hemos visto, esta distinción se vincula en su origen a la separación entre el *hecho* y su *autor*, es decir, entre un suceso perturbador y desaprobado jurídicamente *per se*, o «valorado negativamente», y el sujeto responsable de tal hecho. Hasta el día de hoy el acontecimiento perturbador se define de forma mayoritaria como modificación empírica y real del mundo exterior; o como lesión externa y causal de un bien jurídico o de su objeto, una lesión que siempre puede ser constatada con independencia de la persona del au-

⁵⁴ HEGEL, *Grundlinien*, § 101.

⁵⁵ Al respecto LESCH, *Verbrechensbegriff*, págs. 195 y ss.

⁵⁶ HÄLSCHNER, *GS*, 21 (1869), pág. 94.

tor. Por contra, en una definición funcional del injusto penal éste no se define como una modificación empírica y real del mundo exterior, sino como *comunicación*, como *expresión de sentido* de una persona formalmente racional y el sentido expresado no puede averiguarse sin tener en cuenta a esta persona. Dicho brevemente: el *hecho* no puede separarse del *autor* y la imputación penal no sirve para construir una vinculación entre hecho y autor, sino para establecer *qué es en realidad un hecho*.

La *culpabilidad* penal no significa otra cosa que el *propio injusto penal*, si se la define en el sentido del principio de culpabilidad por el hecho como una *perturbación social* que debe ser compensada con la pena. Otra definición no sería de recibo, pues la retribución de la culpabilidad no puede legitimarse *per se* al margen de toda función social. Pretender calificar como «culpabilidad» la entidad rudimentaria que la dogmática predominante diferencia del injusto en forma de escalón independiente del delito y que considera un fundamento independiente de la punibilidad y un objeto de la retribución penal, que sirve para desvalorar al autor, pero, por lo demás, carece de todo fin y función, supone simplemente una venganza primitiva, es decir, la pura secuencia de dos males criticada por HEGEL. Sin embargo, si la pena se define de acuerdo con la tradición hegeliana como *compensación funcional de la culpabilidad*, lo que importa entonces es la exclusiva negación del *hecho* y no la desvaloración del *autor*⁵⁷. En consecuencia, la *culpabilidad* siempre es culpabilidad por el *hecho* y no culpabilidad del *autor*, es decir, no importa una *formación* errónea de la voluntad, ni un erróneo «control de los impulsos internos», ni un proceso de motivación defectuoso, ni una actitud o postura subjetiva del autor hacia el Derecho digna de desvaloración, es decir, no interesa un déficit de actitud jurídica o de fidelidad al Derecho⁵⁸, sino una *realización* errónea de la voluntad. Se trata, pues, de *la perturbación social misma*, es decir, de

⁵⁷ JAKOBS, *Norm*, pág. 104.

⁵⁸ Conviene recordar que el concepto de culpabilidad actualmente mayoritario es una figura relativamente reciente que no procede precisamente de la tradición liberal. La evolución de la «culpabilidad por el hecho» a «la culpabilidad de autor» (ver al respecto con más detalles LESCH, *Verbrechensbegriff*, págs. 153 y ss., con referencias adicionales) fue propiciada en Alemania por VON LISZT y en la década de 1930 vivió su momento de apogeo con el cambio hacia el «personalismo» o el «subjetivismo» de influencia nacionalsocialista. De acuerdo con la teoría de la prevención especial difundida por VON LISZT, la pena deja de imponerse porque el *hecho* sea un fenómeno perturbador y tal fenómeno pasa a ser el propio *autor*. La pena debe reformar a los autores necesitados de mejora, intimidar a los que no necesitan mejorar e inocular a los incapaces de ser reformados (cfr. LESCH, *La función*, págs. 31 y ss.). Por ello, el juicio de culpabilidad debe contener un *juicio de valor acerca del autor* que se vincula a su «*actitud antisocial*» delictiva. El denominado «nuevo Derecho penal de autor», o bien «moderno Derecho penal de la actitud» (*Bockelmann*), encauzado por VON LISZT y la

la contradicción de la norma, de la voluntad particular, de la ley individual del autor que en la situación fáctica desplaza a la expectativa de vigencia no satisfecha⁵⁹. Por este motivo debe revisarse y ampliarse hasta la afirmación del injusto por parte del autor y, por tanto, hasta el hecho punible mismo —hasta el propio delito— el concepto de culpabilidad que tras la decadencia de la dogmática penal *hegeliana* pasó a ser un concepto sistemático independiente, pero siendo progresivamente vaciado si se lo compara con el anterior concepto de delito cargado con el programa normativo completo de la retribución funcional de la culpabilidad por el hecho. Un concepto que se transformaría considerablemente bajo la influencia de la denominada «teoría normativa de la culpabilidad» (pasando de ser *fundamento* del reproche por el *hecho* a un independiente «reproche de culpabilidad»). Dicho brevemente, en un sistema penal *funcional*, la culpabilidad penal, el injusto penal y el delito sólo pueden ser reformulados adecuadamente como sinónimos.

Esta revisión funcional del concepto de culpabilidad, que va de la «culpabilidad del autor» a la «del *hecho*» (y de la compensación de la

próxima «moderna teoría de la culpabilidad de autor que realiza un reproche penal al autor por su forma de ser» (*Welzel*), recibieron un notable impulso bajo la bandera de las tendencias renovadoras del nacionalsocialismo. La «concepción objetivista del hecho como único fundamento de la pena», presente en la concepción *hegeliana*, fue tildada de «liberal» y remplazada por la exigencia de «aplicar el principio del castigo de la personalidad en el lugar del castigo del hecho» (*Freisler*): «la idea de la retribución del hecho está anticuada. Lo decisivo no es la compensación del hecho y de la lesión de una norma estatal, sino el juicio de valor sobre el autor» (*Dahm*): «en la nueva idea de comunidad, que sólo reconoce personalidad jurídica al individuo en tanto que miembro de dicha comunidad, y que sólo mide su valor de acuerdo con el grado de su disponibilidad y de cumplimiento del deber, la imagen del delincuente debe obtenerse a partir de la negación de estas demandas ético-sociales: la actitud antisocial y la deslealtad a la comunidad en su forma más grave determinan el juicio de desvalor acerca de la persona del autor (*Gallas*). Esta evolución hacia la actitud del autor ha caracterizado hasta hoy el concepto dominante de culpabilidad. En palabras de BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht*, 2.^a parte, Berlín, 1940, pág. 127: las «teorías del nuevo Derecho penal de la actitud» tienen «el mérito general de haber vuelto a hacer accesible a la valoración jurídica las particularidades humanas del autor. La nueva doctrina ha destruido las barreras que contribuían a proteger el valor o desvalor de la personalidad del individuo de la concepción liberal del Estado y del Derecho frente a la intervención del juez penal, la limitación de la responsabilidad jurídica a lo externo y objetivo y a las consecuencias y resultados. Esta doctrina ha demostrado que el autor no puede desaparecer detrás del hecho, que su voluntad se encuentra en su obra y que se le juzga de acuerdo con ella, por la que tiene que responder. De este modo se ha recuperado el Derecho para los hombres. Éste es el éxito principal de la idea del Derecho penal de la voluntad y del pensamiento orientado al principio de comunidad». A la vista de semejantes palabras debe recalarse una vez más: sólo el *objetivismo* —el «Derecho penal del hecho»— tiene una tradición liberal, una tradición de la que carece el *subjektivismo* (o «personalismo»), es decir, el «Derecho penal de autor».

⁵⁹ LESCH, *Verbrechensbegriff*, págs. 205 y ss.

culpabilidad del autor a la «retribución del hecho») ⁶⁰, no comporta mermas sustanciales. Ello se debe a que el recurso a la *efectiva conducta de motivación*, es decir, *al proceso interno de formación de la voluntad* del autor, que fue introducido en el concepto de delito por la denominada «teoría normativa de la culpabilidad» y que sólo resulta plausible en referencia a la función *preventivo-rectora de conductas* del Derecho (especialmente a la estructura imperativista de las normas y al reforzamiento de los valores de la acción de actitud jurídica o al ejercicio de la fidelidad al Derecho como fin de la pena) fue, ante todo y desde su origen, un vehículo para abarcar las causas de exculpación (es decir, de exclusión de la culpabilidad por falta de exigibilidad) ⁶¹, para el que el estrecho esquema del sistema naturalista de los «simples enunciados» ⁶² de Liszt, Beling y Radbruch no había previsto espacio con su concepto de culpabilidad pseudo-psicológico. Que con el paso del tiempo y, sobre todo, con la decisiva influencia de Welzel ⁶³, este vehículo se independizara cada vez más y acabara adquiriendo una vida propia extraordinariamente resistente no se opone a que la exclusión de la imputación en el denominado estado de necesidad «exculpante» (§ 35 StGB) y en el exceso defensivo (§ 33 StGB) pueda explicarse de manera distinta al sistema de imputación en el que operan las categorías del injusto y la culpabilidad. Además, es obvio que en una dogmática penal *racional* está fuera de lugar la desvaloración etizante del autor por parte del concepto mayoritario de culpabilidad como «perversus» o «malignus homo», esto es, como «persona inculpada moralmente» o «éticamente mala», pues carece de sentido o función en referencia a la pena ⁶⁴. Así, toda distinción entre injusto y culpabilidad como dos escalones valorativos que se vincule a la valoración negativa del *hecho* y del *autor*, respectivamente, resulta obsoleta.

d) *Panorámica: los tres elementos de un concepto funcional de delito*

A modo de conclusión quisiera esbozar muy esquemáticamente los tres elementos que deben caracterizar un concepto *funcional* de deli-

⁶⁰ Cfr. al respecto LESCH, *Verbrechensbegriff*, págs. 153 y ss.

⁶¹ FRANK, *Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, pág. 6; GOLDSCHMIDT, *ÖZStR IV*, 1913, pág. 162; ZU DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.^a ed., Bonn, 1950, pág. 39.

⁶² H. MAYER, *Das Strafrecht des Deutschen Volkes*, Stuttgart, 1936, pág. 179.

⁶³ WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4.^a ed., Göttingen, 1961, págs. 39 y ss.; EL MISMO, *Um die finale Handlungslehre*, Tübingen, 1949, págs. 22 y ss.

⁶⁴ Además se evidencia que impregnar la pena de moral con un juicio de desvalor acerca del autor es contraproducente para la misión resocializadora de la ejecución penal.

to⁶⁵. Estos tres elementos son, en primer lugar, *la capacidad de imputación* del autor; en segundo lugar, la exteriorización *de una voluntad particular* y, por último, el tratamiento penal de esta declaración. En el elemento de la *capacidad de imputación* se trata la cuestión de si el autor es competente para expresar un sentido penalmente relevante. Esta competencia no es un *factum* interno, sino el resultado de una atribución que abarca (de lege lata) el carácter del sujeto de la imputación como persona natural, así como su capacidad intelectual y física para cumplir la norma, esto es, el libre albedrío o la capacidad abstracta de acción, la capacidad de culpabilidad en el sentido de los §§ 19 y 20 del StGB y 3 de la JGG⁶⁶, así como la cognoscibilidad de la pretensión de vigencia de la norma general en la concreta situación fáctica. En cambio, el sentido penalmente relevante es de nuevo la voluntad particular del sujeto capaz de culpabilidad cuya objetivación contiene el elemento *material* del concepto de delito y no designa ningún dato psíquico-subjetivo, es decir, no designa el dolo en el sentido del § 16 StGB, sino la ley individual del autor que reemplaza a la norma general en la situación fáctica, es decir, la lesión objetiva del deber o el *riesgo no permitido* genuinamente penal. Sin embargo, no toda desautorización de una norma tiene como consecuencia *per se* un tratamiento y una respuesta *por parte del Derecho penal*, sino que *este* nivel sólo se alcanza con el elemento *formal* del concepto de delito, es decir, con la vinculación de la voluntad particular a una forma externa muy concreta que se determina mediante un *tipo penal específico*. Por descontado la propia definición del riesgo no permitido es una cuestión de la construcción del tipo, de tal modo que el elemento formal y el elemento material del concepto de delito se confunden en este mismo nivel y se compenetran recíprocamente. Sin embargo el tratamiento penal puede ir más allá de la fundamentación de un riesgo no permitido, pudiendo depender de *ulteriores* presupuestos típicos, por ejemplo, de formas concretas de comportamiento, de un determinado resultado (junto a su posibilidad de imputación), del dolo (§ 15 StGB) o de las concretas intenciones del autor. Por ello, la imputación objetiva sólo acaba cuando se determinan todos los elementos de un tipo penal.

⁶⁵ Más detalles en LESCH, *Verbrechensbegriff*, págs. 210 y ss.

⁶⁶ Para evitar malentendidos: tanto los niños como los enfermos mentales son sujetos de Derecho y como tales están en condiciones de expresar un sentido jurídicamente relevante. Sin embargo, todo sistema jurídico — ya sea el Derecho civil, el Derecho de policía, el Derecho de asistencia a la juventud, el Derecho penal, etc.— opera con conceptos propios. Por ejemplo, penalmente es irrelevante que un niño de diez años asesine a su maestro, pues se trata de mera naturaleza. Sin embargo, semejante hecho tiene una gran importancia para el Derecho de policía o de asistencia a la juventud y en tal medida tiene también poder de comunicación.