

LA RELACIÓN DEL MERECIMIENTO DE PENA Y DE LA NECESIDAD DE
PENA CON LA ESTRUCTURA DEL DELITO

Diego Manuel Luzón Peña

ADPCP, T. XLVI, Fasc. I, Enero-Abril 1993

<http://www.cienciaspenales.net>

La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito*

DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Alcalá

I

Sobre el alcance, significado material, función, ubicación sistemática y relación recíproca entre los conceptos de merecimiento de pena y de necesidad de pena (categorías utilizadas sobre todo en la dogmática penal alemana: *Strafwürdigkeit*, merecimiento de pena, y *Strafbedürftigkeit* o *Strafbedürfnis*, necesidad de pena) no existe unanimidad en absoluto (1). Las coincidencias al respecto no van más allá de la mera definición formal, tautológica, consistente en que «merecimiento de pe-

(*) Versión ampliada de la ponencia que bajo el título «*Die Beziehung von Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit zum Verbrechensaufbau*» presenté al «Coloquio Internacional para um sistema de Direito penal europeu» / «Internationales Kolloquium Bausteine eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems», dirigido por los Profs. Schünemann y Figueiredo Días y celebrado en la Universidad de Coimbra del 20 al 22 de mayo de 1991 con motivo de la investidura como Doctor *honoris causa* del Prof. Claus Roxin. En la traducción al español de la versión original alemana ha colaborado sustancialmente mi discípulo José Manuel Paredes Castañón, de la Universidad de León, por lo que debo manifestarle públicamente mi agradecimiento.

(1) Cfr., con ulteriores referencias, las exposiciones, bastante divergentes, de ALWART, *Strafwürdiges Versuchen*, 1982, pp. 21 ss., 50 ss.; BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 30 ss.; VOLK, *Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus*, ZStW 97 1985, pp. 872 ss. Sobre el interesante modo en que se aplican los conceptos de merecimiento de pena y de anti-juridicidad «merecedora de pena» en la doctrina japonesa, cfr. ASADA, *Strafwürdigkeit als strafrechtliche Systemkategorie*, ZStW 97 1985, pp. 465 ss.

na» significa que la conducta del autor merece una pena (por tanto, que la punición es merecida), y que «necesidad de pena» significa que se necesita la pena.

Incluso acerca del origen del concepto existe poca claridad. Así, por ejemplo, *Bloy* (2) retrotrae los primeros casos de aplicación del concepto de merecimiento de pena a *Gallas* (3) y *Sauer* (4), mientras que *Volk* (5) ve el origen del concepto ya en el siglo XIX. En todo caso, la diferenciación consciente entre merecimiento y necesidad de pena ha tenido lugar en las últimas décadas.

Según una opinión muy extendida, el merecimiento de pena expresa un juicio global de desvalor sobre el hecho, en la forma de una desaprobación especialmente intensa por concurrir un injusto culpable especialmente grave (injusto penal) que debe acarrear un castigo, mientras que la necesidad de pena presupone el merecimiento de pena y significa que un hecho en sí merecedor de pena además necesita ser penado, ya que en el caso concreto no existe ningún otro medio disponible que sea eficaz y menos aflictivo. Así p. ej., *Bloy* propone entender el concepto de merecimiento de pena bajo el enfoque del (des)valor ético-social y jurídico y, por el contrario, la necesidad de pena atendiendo al aspecto de la adecuación de la punición desde puntos de vista preventivos (6). O por su parte, *Schünemann* (7) deduce el merecimiento de pena de la existencia de un menoscabo suficientemente importante de un bien jurídico merecedor de protección, pero opina que la necesidad de pena presupone además la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la protección jurídicopenal. Por el contrario, *Günther* toma como punto de partida la necesidad de pena («exigencia de pena»: «Strafbedürfnis») para proponer luego restricciones mediante el merecimiento de pena (= proporcionalidad): por exigencia de pena o exigencia de protección penal entiende, conforme al pensamiento de la subsidiariedad, que una pena es necesaria si no existe ningún otro medio eficaz menos lesivo; sin

(2) Die Beteiligungsform, 1985, pp. 28, 32.

(3) Gründe und Grenzen der Strafbarkeit, en: Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, pp. 1 ss., 16 s., 32-34.

(4) Allgemeine Strafrechtslehre, 3.^a ed. de Grundlagen des Strafrechts, 1955, pp. 19 s.; Derecho penal, PG, trad. de DEL ROSAL y CEREZO, Barcelona, Bosch, 1956, pp. 35 ss., donde sin embargo se traduce merecimiento de pena por «punibilidad»: ver nota * en pp. 36 s. de DEL ROSAL.

(5) ZStW 97 1985, p. 872 n. 2, con referencias a *Mittermaier* y *Jagemann/Brauer*.

(6) Cfr. BLOY, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1976, pp. 227 ss., 243 ss.; y sobre todo: Die Beteiligungsform, 1985, pp. 30 ss.

(7) Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen, ZStW 90 1978, pp. 40 s., 54 ss.; Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts, Festschrift f. Bockelmann, 1979, pp. 129 ss.; Die Zukunft der Viktimo-Dogmatik: die viktimologische Maxime als umfassendes regulatives Prinzip zur Tatbestandseingrenzung im Strafrecht, Festschrift f. H. J. Faller, 1981, pp. 358 ss.

embargo, a pesar de la existencia de necesidad de pena, una conducta puede no ser merecedora de ella cuando —y porque— una pena significaría una reacción desproporcionadamente grave frente a la misma (8). Así pues, de acuerdo con la concepción de *Günther*, el merecimiento de pena supondría un límite adicional a la exigencia o necesidad de pena.

Por otra parte, hay también opiniones según las cuales se compone un concepto amplio de merecimiento de pena a partir del merecimiento de pena en sentido estricto y de la necesidad de pena (por ejemplo, *Sax* (9) o *Schmidhäuser* (10)), y otras, al contrario, como la de *Volk*, según la cual dentro del sistema penal merecimiento de pena y necesidad de pena en definitiva acaban desembocando en lo mismo, puesto que el juicio de desvalor cumple funciones, y, a la inversa, también los fines de la pena están vinculados a valores (11): sin embargo, en todo caso y si hubiera que elegir, *Volk* preferiría englobar más bien ambos aspectos bajo el término necesidad de pena (12).

Por lo que se refiere a la ubicación sistemática de ambos conceptos dentro —o fuera— de la estructura del delito, se defienden igualmente opiniones completamente distintas.

Según una concepción muy probablemente mayoritaria, el merecimiento de pena y/o la necesidad de pena operan como principios materiales generales precisamente dentro de los elementos de la sistemática del delito. Pero a partir de ahí existen enfoques diversos acerca de cuáles son los elementos en cuestión. Para unos, todos los elementos del delito, o sea, injusto típico, culpabilidad, pero también las condiciones de punibilidad, han de ser concebidos desde el punto de vista de los criterios de merecimiento y de necesidad de pena (así, por ejemplo, *Bloy* (13), *Schmidhäuser* (14) o, con una visión distinta, *Jakobs* (15), que relaciona y vincula las distintas condiciones de punibilidad también con el injusto

(8) Cfr. GÜNTHER, Die Genese eines Straftatbestandes. Eine Einführung in Fragen der Strafgesetzgebungslehre, JuS 1978, pp. 12 s.; Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluß, 1983, pp. 193 ss., 236 ss.

(9) Grundsätze der Strafrechtspflege, en: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, Die Grundrechte, III, vol. II, 2.^a ed., 1972, pp. 925 ss.

(10) AT, 2.^a ed., 1975, 2/14 ss. Vid. en el mismo sentido otras referencias de GALLAS, ESER y M.-K MEYER en *Bloy*, Die Beteiligungsform, 1985, pp. 34 s., n. 91-93.

(11) VOLK, ZStW 97 1985, pp. 894 ss. (898 s.).

(12) ZStW 97 1985, p. 899. También LANGE, Literaturbericht: Strafrecht-AT, ZStW 63 1951, pp. 457 s.

(13) Strafaufhebungsgründe, 1976, pp. 242 ss., 158 ss. (criterios de necesidad de pena en el desistimiento de la tentativa; por el contrario -pp. 224, 251-, en otros impedimentos a la punibilidad operan intereses no políticocriminales, sino de política jurídica); Die Beteiligungsform, 1985, pp. 37 ss.: la concepción del delito como conducta merecedora y necesitada de pena ha de plasmarse en todos los elementos del mismo, en sus aspectos valorativos y teleológicos.

(14) AT, 1975, 2/14, 12/2, 13/2-7.

(15) AT, 1983, 10/15 ss., 10/2 ss., 10/18 ss.

y con la culpabilidad). Para otros, por el contrario, el merecimiento de pena y los aspectos de los fines de la pena llegan hasta la culpabilidad inclusive, mientras que las especiales condiciones objetivas y subjetivas de punibilidad no tienen relación alguna con consideraciones político-criminales sobre la pena, sino con intereses de política jurídica general: así p. ej. es la diferenciación que realiza *Roxin* (16). Por lo demás, la concepción de *Roxin* se aproxima a la diferenciación entre merecimiento y necesidad de pena —aunque realmente él no realice nunca dicha diferenciación expresamente— conforme al criterio de que el injusto típico y la culpabilidad con el sentido tradicional dan lugar ya al merecimiento de pena, pero que la necesidad de pena se comprueba únicamente en la categoría de la responsabilidad (17) (o culpabilidad en sentido amplio (18)), compuesta por la culpabilidad en sentido estricto y la responsabilidad de cuño preventivo; pues en efecto, para *Roxin*, la responsabilidad se determina en virtud de las exigencias preventivas derivadas de los fines de la pena (19). Otra variante es la posición de *Jakobs* (20), según la cual los principios de merecimiento y de necesidad de pena se plasman y funden de forma inseparable en cada elemento del delito; ahora bien, según él estos elementos son exclusivamente el tipo, el injusto y la culpabilidad, sin añadir la categoría de la punibilidad, pues las condiciones de punibilidad van ya incluidas en los elementos citados. En contraste con las anteriores posiciones, otros (por ejemplo, *Gallas* (21)) prefieren concentrar las consideraciones acerca del merecimiento de pena (incluyendo, dado el caso, las de necesidad de pena) en un único elemento del delito: en el tipo, el cual, en una concepción revi-

(16) Cfr. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.^a ed., 1973, pp. 15 ss., 36 ss.; *Política criminal y sistema del Derecho penal* (trad. de la 1.^a ed. por MUÑOZ CONDE, 1972, pp. 40 ss., 71 ss.

(17) Así ROXIN, *Kriminalpolitik*, 1973, p. 34 (*Política criminal*, 1972, p. 68); «Schuld» und «Verantwortlichkeit» als strafrechtliche Systemkategorien, *Festschrift f. Henkel*, 1974, pp. 184 ss. («Culpabilidad» y «responsabilidad» como categorías sistemáticas jurídicopenales, en: *Problemas básicos del DP*, trad. de LUZÓN PEÑA, 1976, pp. 212 ss.); *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, *Festschrift f. Bockelmann*, 1979, pp. 284 ss. (Culpabilidad, prevención y responsabilidad en DP, en: *Culpabilidad y prevención en DP*, trad. de MUÑOZ CONDE, 1981, pp. 155 ss.); *Zur Problematik des Schuldstrafrechts*, *ZStW* 96 1984, pp. 642 ss., 656; *Strafrecht AT*, I, 1992, pp. 536 ss.

(18) Cfr. ROXIN, *Kriminalpolitik*, 1973, pp. 15 s., 33 ss. (*Política criminal*, 1972, pp. 40 s., 67 ss.); *Festschrift f. Henkel*, 1971, pp. 181 s. (*Problemas básicos del DP*, 1976, pp. 209 s.); *AT*, I, 1992, p. 537.

(19) *Loc. cit.* en n. 17-18.

(20) *Loc. cit.* en n. 15.

(21) *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, pp. 32 ss., 42; BLOY, *Beteiligungsform*, 1985, p. 33, cita como punto de partida de esta tesis una observación de SCHAFFSTEIN, *Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems*, *ZStW* 57 1938, p. 297.

sada del mismo, de entre el amplio conjunto del injusto culpable selecciona lo que desde un punto de vista penal es más grave.

Más lejos todavía van las propuestas de tratar el merecimiento de pena o la necesidad de pena como categorías autónomas dentro del hecho punible. Así, por ejemplo, *Langer* (22) considera el merecimiento de pena como un elemento adicional del delito, tras el injusto y la culpabilidad, que expresa la inaceptabilidad para la comunidad jurídica del desvalor ético-social que implica el hecho. Y *Schünemann* (23) intenta construir, tras el injusto y la culpabilidad, que determinan el merecimiento de pena del hecho, un ulterior elemento autónomo del delito, la necesidad de pena (que englobaría adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la protección penal). Pero la verdad es que sería incluso concebible un último paso, y llegar a sustituir los elementos habituales de la estructura del delito por las nuevas categorías del merecimiento y de la necesidad de pena.

Finalmente, algunos defienden la posición de que el merecimiento y la necesidad de pena son principios materiales que informan (y en su caso limitan o excluyen) no sólo los elementos del hecho punible, sino también otros requisitos de la pena distintos de aquéllos. Esta es la concepción de *Schmidhäuser* (24) y de *Bloy* (25), pero sobre todo la de *Volk*, que también incluye entre esos otros requisitos de la pena los del proceso penal (26).

II

A mi entender, el merecimiento y la necesidad de pena son principios materiales que operan tanto en la fundamentación como en la limitación y la exclusión de todos los elementos del delito, pero también en la de otros requisitos de la pena no referidos al hecho. No deben entenderse, sin embargo, como categorías sistemáticas autónomas. Se comportan entre sí como círculos secantes, es decir, que ambos tienen puntos comunes con influencia recíproca, pero también es cierto que cada principio expresa criterios diferentes y propios. Por lo demás, estos

(22) *Das Sonderverbrechen*, 1972, pp. 275 ss., 327 ss.

(23) Loc. cit. *supra* en n. 7. En *Festschrift f. Faller*, 1984, pp. 362 ss., SCHÜNEMANN, adhiriéndose a R. HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, 1981, pp. 19 ss., 71 ss., 134 ss., 154 ss., y en polémica con HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, 1981, pp. 160 ss., 205 ss., intenta negar el merecimiento y la necesidad de pena del autor, en aplicación del enfoque víctima-dogmático, cuando falte el merecimiento y la necesidad de protección de la víctima.

(24) AT, 1975, 2/14 ss., 12/1 ss., 13/1-10 ss.

(25) *Die Beteiligungsform*, 1985, pp. 43 s.

(26) ZStW 97 1985, pp. 899 ss., 905 ss.

principios necesitan todavía una concreción mucho mayor de su contenido, si es que se pretende aplicarlos de forma más precisa y clara de como se viene haciendo habitualmente.

La posición de la que se puede partir, tal y como la ha formulado brillantemente *Roxin*, apoyándose y avanzando en el pensamiento valorativo de orientación teleológica, y como hoy se reconoce de forma generalizada, es la de que los principios políticocriminales no operan solamente como criterios valorativos para la crítica del Derecho vigente y la elaboración de propuestas de reforma *de lege ferenda*, sino que pueden y deben utilizarse también como criterios de interpretación y sistematización en la elaboración dogmática del Derecho penal vigente (27). Pues, por una parte, los principios políticocriminales están contenidos ya en las regulaciones legales a través de las decisiones legislativas, pero por otra, el espacio más o menos amplio abierto por el tenor literal de la ley y los ámbitos que no están (o no expresamente) regulados por la propia ley permiten recurrir en la interpretación a los distintos principios políticocriminales para tomar una decisión dentro de ese espacio de juego. Por consiguiente, si el Derecho penal contemporáneo se basa fundamentalmente en el principio de protección de los bienes jurídicos importantes y de la (co-implicada) vigencia del ordenamiento jurídico (28) frente a ataques gravemente reprobables, así como en los principios de subsidiariedad, de necesidad y de efectividad (29), dichos principios han de repercutir también de *lege lata* en las categorías e instituciones que constituyen los requisitos de la pena. Esto significa que las mismas han de ser interpretadas de tal forma que solamente se consideren punibles aquellas acciones de ciertos autores frente a las que, en virtud de su gravedad, de la situación y de las circunstancias concurrentes, una determinada pena aparece, tanto en general como en el caso concreto, como merecida, proporcionada y necesaria.

Los criterios de merecimiento y de necesidad de pena pueden expresar todas estas consideraciones (30), y hasta un cierto grado operando de

(27) Cfr. ROXIN, *Kriminalpolitik*, 1973, pp. 4 ss., 10 ss., *passim*; *Política criminal*, 1972, pp. 19 ss., 33 ss., *passim*.

(28) Subrayan este aspecto, SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, 6/6-12, 9/86, 95 s. (en éstas últimas refiriéndose a la antijuridicidad de la agresión en la legítima defensa); JAKOBS, AT, 1983, 2/1 ss.; LUZÓN PEÑA, Alcance y función del Derecho Penal, ADPCP 1989, p. 32 y n. 91 (tb. en *Estudios penales*, Barcelona, PPU, 1991, p. 44 y n. 91).

(29) Cfr. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe; Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, en: *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, pp. 12 ss., 40 ss. (Sentido y límites de la pena estatal; Franz von Liszt y la concepción políticocriminal del Proyecto Alternativo, en: *Problemas básicos del DP*, trad. LUZÓN PEÑA, 1976, pp. 20 ss., 44 ss.); AT, I, 1992, pp. 7 ss.

(30) Asimismo DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, PPU, 1991, p. 79 n. 155, opina que las exigencias políticocriminales que también hay que aplicar en el trabajo dogmático han de ser deducidas de la idea de merecimiento y de necesidad de pena.

forma conjunta, si bien en algunos aspectos actúan separadamente y partiendo de sus propios puntos de vista. No pueden entenderse como dos categorías completamente independientes, pues, como han destacado *Bloy* o *Díaz y García Conlledo*, valores y fines están estrechamente interrelacionados en muchos aspectos (31). El fin de la norma penal de evitar una conducta mediante su prohibición bajo amenaza de pena presupone precisamente un desvalor, una valoración negativa de esa acción —y el fin de la norma de oponerse al máximo a un hecho con los medios más duros, o por el contrario, no de forma tan perentoria y con medios más suaves, presupone también una valoración negativa de dicho hecho que será mayor o menor en función de la gravedad de su contenido o del peligro de amplia frecuencia en su comisión (32) (norma de valoración como *prius* lógico respecto de la norma de determinación (33)). Y también el desvalor (penal) de una conducta significa que la misma se dirige contra el fin de la norma (piénsese, por ejemplo, en el fin de protección de la norma como requisito de la imputación objetiva del resultado y de la consiguiente valoración del hecho como merecedor de pena o como totalmente merecedor de pena (34)), e implica por lo general la necesidad de punición en atención a las finalidades de la norma penal.

De esta manera, los argumentos del merecimiento y la necesidad de pena pueden reforzarse recíprocamente en muchos aspectos: por ejemplo, el fundamento material de la autoría puede explicarse, al menos parcialmente, por el hecho de que la acción del autor es aquella que la ley penal más primaria y gravemente desvalora y considera por ello merecedora de pena, pero también es al mismo tiempo la que dicha ley

(31) Cfr. BLOY, *Strafaufhebungsgründe*, 1976, p. 246; *Die Beteiligungsform*, 1985, p. 38 («la unidad dialéctica de los momentos valorativo y teleológico»; sin embargo, insiste —pp. 35 ss.— en que ambos juicios suponen criterios diferentes, pues en muchos casos, y a pesar de la valoración negativa, puede faltar la necesidad de pena, con lo que —p. 36— no existirá «congruencia entre necesidad y merecimiento de pena»); *DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO*, *La autoría*, 1991, pp. 82, 611 s.

(32) Sobre ambos fundamentos de la valoración negativa, y del injusto del hecho por lo tanto, *LUZÓN PEÑA*, *Principio de igualdad, DP de hecho y prevención especial: equilibrio y tensiones*, *Estudios penales*, 1991, pp. 307 s.

(33) Cfr. *MEZGER*, *Die subjektiven Unrechtselemente*, GS 89 1924, pp. 240 s.; *Arthur KAUFMANN*, JZ 1956, pp. 355 ss; *HENKEL*, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1964, pp. 61 s.; *LUZÓN PEÑA*, *ADPCP* 1989, pp. 43 s.; *Estudios penales*, 1991, p. 56.

(34) Por falta de imputación objetiva el hecho no es merecedor de pena en absoluto en los casos de imprudencia, pero también en los de «dolo» (dejando ahora a un lado el problema de si hay o no dolo propiamente dicho en estos casos) cuando el autor conoce la situación fáctica —como p. ej. la inadecuación del curso causal—: tentativa absolutamente inidónea o irreal; y en caso de que el autor no conozca la situación fáctica o supuesto de hecho de la falta de imputación objetiva, el hecho, habiendo dolo, no es totalmente merecedor de pena (es atenuadamente punible): según las circunstancias constituirá una tentativa idónea o inidónea.

quiere prohibir de forma más perentoria y prioritaria, y por ello califica como necesitada de pena (35).

Por otra parte, en algunas ocasiones las consideraciones de merecimiento y de necesidad de pena conducen pese a todo a resultados distintos (36), lo que puede ser utilizado para realizar restricciones recíprocas. Puede suceder en unos casos que, siendo el hecho en sí mismo merece-

(35) Así, sobre todo, mi discípulo DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, pp. 78 s., 82 s., 85 ss., 454 ss., 485, 508 ss., 531 s., 638, 704 s., 753 s., *passim*, apoyándose parcialmente en trabajos de BLOY, STEIN y míos. BLOY, *Die Beteiligungsform*, 1985, pp. 314 ss., opina que las formas particulares de intervención o codelinencia de la autoría y de la participación, constitutiva cada una de un tipo de imputación, pueden ser concebidas como modificaciones del merecimiento y de la necesidad de pena, pero que (p. 320) en la autoría lo decisivo es la necesidad de pena, y concretamente la necesidad de prevención del injusto típico, mientras que (p. 321) la necesidad de pena de la participación depende de la existencia de determinadas formas —inducción o complicidad— de ataque al bien jurídico, por lo que en definitiva en la participación es más decisiva que en la autoría la oposición o combate a los desvalores de acción existentes. Críticamente frente a esto DÍAZ, *op. cit.*, pp. 611 s.: la especificidad de la cooperación y complicidad se explica más por ser menor el interés de la ley en la prevención de tales formas de actuación que por su menor desvalor de acción, o sea, por su menor merecimiento de pena; y por lo demás, no puede entenderse el desvalor de la acción —y el merecimiento de pena— de forma totalmente independiente de las consideraciones preventivas (en p. 86 n. 171, expresa DÍAZ otras diferencias frente a BLOY en relación con el menor merecimiento de pena de todas las formas de participación, incluyendo la inducción, frente a la autoría). Por otra parte, STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 50 ss., 221 ss., 238 ss., 262 ss., 283 ss., utiliza como fundamento normativo de las formas de intervención el grado de perentoriedad de la norma de conducta en la prohibición de la misma y la peligrosidad (en el sentido de peligro de infracción de la norma) de la forma de ataque al bien jurídico. DÍAZ, *op. cit.*, pp. 528 n. 351, 700 ss., adopta también este punto de partida, pero (pp. 703 ss., 660 ss.) discrepa significativamente de STEIN en la aplicación de estos criterios a la inducción y a la coautoría. También yo mismo (cfr. LUZÓN PEÑA, *La «determinación objetiva del hecho»*. Observaciones sobre autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado, ADPCP 1989, p. 907, con referencia en n. 38 a la tesis doctoral, entonces aún no publicada, de mi discípulo DÍAZ, 1989; también en mis volúmenes recopilatorios: *Derecho penal de la Circulación —DPCir—*, 2.^a ed., Barcelona, PPU, 1990, p. 126; *Estudios penales*, 1991, p. 218) he aludido a que el fundamento normativo de la autoría puede consistir en que las acciones que determinan autónomamente la producción del resultado son consideradas por las normas penales como las objetivamente más peligrosas para la lesión del bien jurídico y del orden jurídico, las que infringen de modo primario la norma penal y las que ésta quiere evitar más perentoriamente y con el máximo interés. En ese trabajo (ADPCP 1989, pp. 889 ss.; DPCir, 1990, pp. 105 ss.; *Estudios penales*, 1991, pp. 197 ss.) propongo por lo demás la *determinación objetiva del hecho* —o determinación objetiva del curso del hecho—, que constituye el fundamento objetivo de la autoría en el delito doloso, como el criterio de autoría tanto en delitos dolosos como en delitos imprudentes; adhiriéndose a mí, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, pp. 532, 631 ss.

(36) En el mismo sentido, BLOY, *Beteiligungsform*, 1985, pp. 35 ss.: pero en su construcción parece que en principio es únicamente la necesidad de pena la que limita al merecimiento de pena, y no al contrario.

dor de pena, no obstante, en virtud de las circunstancias concretas del autor o posteriores al hecho la pena sea innecesaria o inadecuada: limitación del merecimiento de pena por la necesidad de pena. O, al contrario, que una determinada pena aparezca como totalmente necesaria en atención a la situación del autor, pero que esté vedada debido a su desproporción con la gravedad del hecho: limitación de la necesidad de pena por el merecimiento de pena (así sucede en la ya citada tesis de Günther (37)). Ahora bien, este ejemplo muestra, si se reflexiona sobre sus premisas, que los citados conceptos deben ser delimitados de forma más precisa: pues en este caso se está determinando la necesidad de pena desde puntos de vista de *prevención especial*, y el merecimiento (y la necesidad) de pena se están restringiendo desde la perspectiva de las exigencias de *prevención general* (38) (o, según otra opinión, de la culpabilidad o de la retribución).

En la estructura sistemática del delito, ambos criterios no operan en un único elemento, sino en todos sus elementos, pues todos ellos conjuntamente constituyen los requisitos de aplicación de una pena (39), y por lo tanto deben ser examinados desde la perspectiva de cómo expresan el merecimiento y la necesidad de pena. Pero en todo caso, como ya se ha dicho, se debe determinar más precisamente el contenido de qué significa realmente el merecimiento y la necesidad de pena en cada elemento del delito. En este sentido, se debe aclarar de inmediato, si se rechaza la retribución como sentido de la pena, que *no sólo la necesidad sino que también el merecimiento de pena se basa en consideraciones preventivo-generales y preventivo-especiales* (40).

(37) Loc cit. en n. 8. En este sentido, por tanto, pueden apoyarse sus tesis, por lo demás unilaterales.

(38) En mi opinión, la prevención general intimidatoria, unida a los principios de eficacia y de necesidad, exige ya la proporcionalidad entre gravedad del hecho y pena: cfr. LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979, pp. 24 s., 38 ss.; *Prevención general, sociedad y psicoanálisis*, CPC 1982, p. 96 (tb. en *Estudios penales*, 1991, p. 266 s.) = *Generalprävention, Gesellschaft und Psychoanalyse*, GA 1984, p. 396 (adhiriéndome a GIMBERNAT, *Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?*, ZStW 82 1970, pp. 394 ss.; *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, *Problemas actuales de DP y procesal*, Salamanca, 1971, pp. 98 ss.= *Estudios de DP*, 1976, pp. 70 ss.). Por lo demás, el límite de la proporcionalidad se deriva también de la prevención estabilizadora o integradora, que a mi juicio (al contrario de lo que opina la doctrina dominante) sólo puede aceptarse como una categoría secundaria derivada de la eficacia de la intimidación general, con el fin de limitar los posibles excesos de la prevención de integración mediante el criterio más restrictivo de la estricta necesidad de una pena para la intimidación: cfr. LUZÓN PEÑA, *Medición*, pp. 27, 35 ss., 98 s.; CPC 1982, pp. 97 ss.; GA 1984, pp. 397 ss.; *Estudios penales*, 1991, pp. 267 ss.

(39) Así también BLOY, *Beteiligungsform*, 1985, p. 37.

(40) En el mismo sentido (pero sobre todo en relación con la necesidad de pena), BLOY, *Beteiligungsform*, 1985, pp. 38 s., 42 ss.

El tipo en sentido estricto —dejando ahora a un lado el hecho de que personalmente definiendo una interpretación del tipo en sentido amplio como tipo global de injusto (41)— tiene, además de su función de garantía, la misión de seleccionar y describir aquellas formas de conducta que suponen al menos un indicio de que (y en qué medida) la acción posee un desvalor relevante y por ello está (penalmente) prohibida de forma objetivo-general. Esto quiere decir a su vez que la punición de la acción es por regla general necesaria para los fines preventivo-generales de la pena —la amenaza de pena resulta necesaria para evitar mediante la intimidación general acciones cuya realización se considera altamente indeseable y para lograr con ello el reconocimiento social de las normas jurídicas y la confianza en el ordenamiento jurídico— y también para la prevención especial —pues normalmente existe el peligro de repetición de dicha acción disvaliosa— (42).

Pero, sobre todo, a la inversa significa que, ante una acción que ni siquiera es típica no existen necesidades preventivo-generales ni preventivo-especiales, pues se trata precisamente de una acción no indeseable, o al menos no tan intensamente indeseable, por lo que el Derecho penal no tiene por qué preocuparse por la posible repetición, general o individual, de una acción que no es valorada negativamente o no lo es en tan alto grado. Esto puede suceder no sólo por falta de cualquier elemento típico, sino también al concurrir una causa de exclusión de la tipicidad penal (por insignificancia, tolerancia social, en parte en casos de adecuación social, por inexibilidad penal general, en ciertos casos de consentimiento de *facto* pero inválido jurídicamente, etc. (43)). En estos

(41) Comparto, por tanto, la *teoría de los elementos negativos del tipo*: LUZÓN PEÑA, Aspectos esenciales de la legítima defensa, Barcelona, Bosch, 1978, p. 251 n. 443; El error sobre causas de justificación: algunas precisiones, en Estudios penales, 1991, pp. 72 ss.; Concurrencia aparente o real de error sobre presupuestos o sobre límites de una causa de justificación, Estudios penales, 1991, pp. 97 ss.

(42) La mayor, menor o inexistente necesidad tanto de prevención general como frecuentemente también de prevención especial se refleja ya en el injusto o, en su caso, en su aumento, disminución o exclusión: cfr. LUZÓN PEÑA, Estudios penales, 1991, pp. 302, 307 s., 315 s. Vid. también el texto que sigue a continuación.

(43) ROXIN, JuS 1964, pp. 376 ss.; Kriminalpolitik, 1973, p. 24 y n. 53 (con ulteriores referencias = Política criminal, 1972, p. 53 y n. 53), ha propuesto el principio de insignificancia como restricción del tipo de injusto (en la doc. española, por primera vez, MIR, El delito de coacciones en el CP, ADPCP 1977, pp. 300 s.). La tolerancia social (¡no la administrativa!) de la realización de un hecho bajo ciertas circunstancias es cierto que no lo justifica, pero, en un Estado democrático de Derecho, debe al menos excluir la tipicidad penal de la acción, también en virtud de la insignificancia de la conducta. (Considerando ya el principio de insignificancia y la tolerancia social como causas de atipicidad penal, LUZÓN PEÑA: Refiriéndome sólo al principio de insignificancia, en: Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978, 511 s.; Tráfico y consumo de drogas, en La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales, Madrid, 1982, p. 67 = EPen, 1991, p. 533; Concurrencia aparente o real de error sobre presupuestos o sobre límites

casos —que pueden ser denominados también causas de atipicidad penal o, a la manera de *Günther*, causas de exclusión del injusto penal, pero que de ninguna forma pueden contarse entre las causas de justificación, puesto que no justifican (44)— se suprime el indicio contenido en el tipo legal (positivo) de la existencia de desvalor y de prohibición penal de la acción, pero no por haber una autorización jurídica e incluso valoración positiva del hecho, sino porque el hecho, a pesar de considerarse ilícito en otros sectores del ordenamiento, no es lo suficientemente grave, por lo que la pena, en cuanto *ultima ratio* tampoco es necesaria para el mismo. Y en caso de gravedad relativamente mayor o menor del hecho típico se modifica consiguientemente la intensidad del desvalor y de la prohibición, y con ello también el grado de merecimiento y de necesidad de pena.

En el injusto, o se comprueba el indicio de desvalor y de prohibición proporcionado por el tipo (positivo) —y en tal caso existe una ne-

de una causa de justificación (error sobre la ilegalidad de una detención intimidatoria de autoridad por funcionario), PJ 1990-19, p. 287 =LL 1991-1, p. 355; EPen, 1991, pp. 92 s. Incluyendo el principio de insignificancia y la tolerancia social, en: Protección penal de la intimidad y derecho a la información, ADPCP 1988, p. 62 s.; tb. en EPen, 1991, pp. 447 s.; Delitos contra el honor, desacatos y libertad de expresión en DP español, en: Justicia penal y libertad de prensa I, CCE/ILANUD, San José, Costa Rica, 1992, p. 219). Lo mismo sucede con aquellos casos de adecuación social que pese a todo no se puedan considerar jurídicamente adecuados.

La inexigibilidad, tal y como indicó HENKEL, *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, Festschrift f. Mezger, 1954, pp. 249 ss., 268, 306, puede excluir no sólo la culpabilidad, sino también el injusto, según se trate de inexigibilidad individual o general; en el mismo sentido LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la leg. defensa*, 1978, pp. 22 s. Pero puede haber casos no de inexigibilidad *jurídica* general sino meramente de inexigibilidad *jurídicopenal*, y entonces no se producirá la exclusión de toda la antijuridicidad (general), sino tan sólo del tipo de injusto penal. Por lo que se refiere al consentimiento, no me refiero ahora a los casos de un consentimiento que excluya ya la lesión del bien jurídico y por tanto el tipo positivo indiciario, como, por ejemplo, el consentimiento válido del propietario en el hurto (casos en los que por lo demás desaparece también la antijuridicidad general, y existe, pues, justificación); sino a aquellos casos en los que, por falta de un consentimiento jurídicamente eficaz del titular del bien jurídico, no existe justificación alguna y por tanto subsiste por ejemplo la responsabilidad civil, pero en los que, pese a todo, el asentimiento fáctico de ciertas personas excluye, conforme al sentido de la ley, la tipicidad penal: así v.gr., en el hurto el consentimiento del propietario menor de edad en el apoderamiento de la cosa o, según el art. 490 CP, en el allanamiento de morada el acuerdo con la entrada de un extraño por parte del morador que no sea titular del derecho de admisión en la misma.

En general, sobre causas de exclusión de la tipicidad penal o de la antijuridicidad penal, aparte de GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, C. Heymanns, 1983, LUZÓN PEÑA, *Indicaciones y causas de justificación en el aborto*, CPC 1988, pp. 633 s.; tb. en EPen 1991, pp. 333 s.

(44) Comparto en lo fundamental el punto de partida, pero no todas las consecuencias y aspectos concretos de la tesis de GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, *passim*, sobre lo que aquí no es posible entrar en más detalles.

cesidad general de pena (de conminación y aplicación de la misma) para la prevención general y especial— o, en los casos de justificación, se desvirtúa el indicio por la autorización o incluso por la valoración positiva —lo que significa, naturalmente, que no existe necesidad alguna de pena, ni preventivo-general ni preventivo-especial—, pues no puede haber ningún interés en evitar en el futuro acciones permitidas o incluso positivas. Por lo tanto, no existe ni merecimiento ni necesidad de pena en los supuestos de exclusión del injusto (45).

La culpabilidad del autor por el hecho requiere responsabilidad e imputabilidad individual en atención a la motivabilidad normal por las normas y amenazas penales. Cuando concurre la culpabilidad, se confirma nuevamente para el sujeto en concreto la necesidad preventiva de pena (y el merecimiento de pena, si esto no se vincula a la idea de retribución) que se deriva en general de la acción penalmente típica y antijurídica. En cambio, si no existe culpabilidad o la misma está disminuida, desaparece o se reduce correlativamente la necesidad preventiva de pena (aparte del merecimiento de pena por falta de responsabilidad y por la aplicación de los principios de igualdad y de proporcionalidad). Pero, frente a lo mantenido por *Roxin* o *Gimbernat* (46), no creo que tanto las exigencias preventivo-generales como las preventivo-especiales operen de forma decisiva en la afirmación de la culpabilidad o que ambas falten cuando se produce su exclusión, sino que, a mi juicio, para la afirmación de la culpabilidad lo relevante es únicamente la prevención general (47), y por cierto no entendida, como pretende *Jakobs* (48), tan sólo como prevención positiva o integradora, sino como intimidación general con su consecuencia (y solamente eso) preventivo-integradora (49).

Si el sujeto no actúa culpablemente, la motivación que supone la amenaza penal no puede ser eficaz o al menos resultará perturbada por completo, por lo que la intimidación, aunque en general necesaria y deseable frente a acciones de esa clase, en el caso concreto aparece como inidónea e ineficaz. En tal situación, el sujeto no es una de las personas frente a las que tiene sentido intentar la evitación del delito a través de la amenaza de pena: por ello, no se le considera responsable —en este sentido, no existe, por tanto, merecimiento de pena— y su punición no parece necesaria a efectos de prevención general, pues los sujetos capaces de culpabilidad son conscientes de la diferencia respecto de aquéllos, por lo que no necesitan el castigo de los inculpables ni para su intimidación ni para mantener su confianza en el Derecho. Pero la impu-

(45) Loc. cit. *supra* en n. 42.

(46) Cfr. ROXIN, loc. cit. en n. 17 y 18; GIMBERNAT, El sistema del DP en la actualidad, ACJ 1971-2, pp. 281 ss. (Estudios DP, 1976, pp. 99 ss.); Zur Strafrechtssystematik auf der Grundlage der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit, Festschrift f. Henkel, 1971, pp. 161 ss.

(47) LUZÓN PEÑA, Medición de la pena, 1979, pp. 44 ss., 46 n. 95.

(48) Schuld und Prävention, 1976, pp. 10 ss.; AT, 1983, 17/18 ss.

(49) Cfr. n. 38 *in fine*.

nidad no se basa en absoluto en la falta de necesidad de prevención especial, pues en los supuestos de ausencia de culpabilidad o de exculpación puede perfectamente darse dicha necesidad de prevención especial (justamente mediante la imposición de medidas de seguridad, que no tienen finalidad alguna de prevención general), debido a la peligrosidad del sujeto (50). Así, cuando p.ej. *Roxin* ofrece determinados ejemplos de exclusión de la culpabilidad o de la responsabilidad sin que en ninguno exista necesidad alguna de prevención especial (51), ello se explica en mi opinión porque en realidad se trata de casos de exclusión del injusto o del injusto penal, o de comportamiento postdelictivo positivo del autor (y, por tanto, ajeno al delito en sí mismo).

Para concluir, conviene destacar que puede haber casos en los que, más allá de los tres elementos clásicos del delito, falte el merecimiento o la necesidad de pena. Por una parte, dentro todavía del hecho punible, en algunos casos especiales hay ciertas condiciones objetivas o subjetivas de punibilidad o causas de exclusión de la misma, en virtud de las cuales el comportamiento es considerado no merecedor o no necesitado de pena por causas distintas de los propios intereses preventivos, por ejemplo por intereses político-jurídicos (52). Por otra parte, existen otros requisitos de la pena además y después del hecho —lo que indica que nuestro Derecho penal no es exclusivamente un Derecho penal del hecho, aunque el hecho marque el límite máximo de la responsabilidad penal (53)—: así, en primer lugar, las causas de supresión de la punibilidad, que, como ha puesto de manifiesto mi discípulo *De Vicente* (54), se explican en parte por la ausencia de necesidades preventivo-generales y preventivo-especiales, y en parte en virtud de intereses económicos, políticos o de otro tipo. Finalmente, hay supuestos en el campo de la suspensión y sustitución de la pena (55) y en el proceso penal (56) en los que el merecimiento o la necesidad de pena desaparecen en el caso concreto por razones preventivas o de otra índole.

(50) Cfr. *supra* n. 46-47.

(51) Por ejemplo, en *Festschrift f. HENKEL*, 1974, pp. 183 ss.= Problemas básicos del DP, 1976, pp. 211 s.: estado de necesidad, inexigibilidad, insignificancia en actuaciones imprudentes; y en *Kriminalpolitik*, 1973, pp. 35 ss. (*Política criminal*, 1972, pp. 69 ss.), también el desistimiento en la tentativa.

(52) Esa es la explicación de *ROXIN*: cfr. *supra* n. 16.

(53) Cfr. *LUZÓN PEÑA*, Observaciones sobre la rectificación postdelictiva espontánea; Principio de igualdad, Derecho penal de hecho y prevención especial: equilibrio y tensiones; ambos en: *Estudios penales*, 1991, pp. 258 ss., 315 ss.

(54) El comportamiento postdelictivo, Univ. León, 1985, pp. 323 ss., 347 ss.

(55) Cfr., más extensamente, *LUZÓN PEÑA*, Medición de la pena, 1979, pp. 68 ss., 87 ss.; La aplicación y sustitución de la pena en el futuro CP, *RFDUC monogr.* 6, 1983, pp. 413 ss.; tb. en *EPen*, 1991, pp. 279 ss.; *Die Ersetzungsformen der Freiheits- und anderer Strafen in der spanischen Strafrechtsreform*, en: *Hassemer* (ed.), *Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform*, 1987, pp. 103 s.

(56) Cfr. *VOLK*, *ZStW* 97 1985, pp. 905 ss.

