

LA PUNIBILIDAD EN LA TEORÍA DEL DELITO.

Edgar Iván Colina Ramírez
Profesor Contratado Dr. (int.)
Universidad de Sevilla

Fecha de recepción: 20 de mayo de 2021
Fecha de aceptación: 28 de junio de 2021

RESUMEN: Uno de los temas más debatidos en la moderna teoría del delito es el acomodo de la punibilidad en dicho sistema, generalmente se atribuye a los elementos de la teoría del delito como una conducta, típica, antijurídica y culpable, desplazado a la punibilidad a lo sumo como una consecuencia jurídica. En el presente artículo trataremos de demostrar por qué dicha teoría resulta equivocada, por lo que se debe incluir a la punibilidad en la teoría del delito como un elemento más.

ABSTRACT: One of the most debated topics in the modern theory of crime is the accommodation of punishments in said system, it is generally attributed to the elements of the theory of crime such as a typical, unlawful and guilty conduct, displaced at the most as a legal consequence. In this article we will try to demonstrate why this theory is wrong, so punishable must be included in the crime theory as one more element.

PALABRAS CLAVE: Pena, punibilidad, normas, teoría del delito, responsabilidad.

KEYWORDS: Penalty, punishments, norms, theory of crime, responsibility.

SUMARIO: 1. La estructura de la norma jurídico-penal 2. La punibilidad como presupuesto normativo. 3. La inclusión de la punibilidad en la teoría del delito. 4. Tesis restringida del contenido de la punibilidad. 5. Tesis negativas de la inclusión de las condiciones objetivas en la punibilidad. 6. La punibilidad como necesidad de pena. 7. Responsabilidad por el hecho, 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

1. LA ESTRUCTURA DE LA NORMA JURÍDICO-PENAL.

La punibilidad como categoría sistemática en la teoría del delito, guarda una estrecha relación con la configuración de las propias normas jurídicas, por lo que consideramos necesario referirnos en un primer momento a señalar que es lo que se entiende por «norma», así como por «ley penal», pues habitualmente son conceptos que se llegan a confundir, pues se toman como sinónimos. Pues bien, referente a la primera se suele definir como una regla de conducta, que puede hallarse expresada lingüísticamente o inferirse de lo que habitualmente se hace, por ley penal se suele entender como aquél instrumento por el cual las normas se expresan¹.

Si concebimos al Derecho penal como un conjunto de normas², ello nos llevará implícitamente a plantearnos cual es la estructura de la norma penal. Se puede distinguir al menos en el seno de la parte especial del Código penal (CP), dos clases de normas³, por un lado las «normas primarias» y por otro las «normas secundarias», la primera de éstas se caracteriza por prohibir u ordenar a los ciudadanos determinadas conductas, mientras que la segunda va dirigida al enjuiciador para que éste imponga la sanción correspondiente por el delito cometido⁴. Es decir que el Estado a través de la norma jurídico-penal se comunica con el ciudadano para que éste no defraude las expectativas que de él se esperan.

Consideramos que resulta conveniente señalar cual es el contenido de dicha norma. Si concebimos a la sociedad como un sistema organizado, en el que cada uno de sus integrantes desempeña ciertas funciones y en el que los conflictos resultan superados y resueltos en el ámbito del propio sistema, podremos entender que una norma debe de estar dotada de un contenido interactivo, así como de las expectativas recíprocas⁵. Todo este sistema de expectativas se debe de basar a través de la programación sistemática del Derecho en razón del análisis de la función social, que se proyecta en las de expectativas normativas que tanto el ciudadano como el Estado tienen el uno del otro⁶.

Bajo estas premisas es como operan las normas jurídicas, dicho de otra manera, la norma comienza a existir por disposición expresa del legislador⁷, basadas en las expectativas sociales. El dictado de estas normas, debe de contener una declaración programática de orientación de conductas⁸, pues la norma de facto no prohíbe o manda nada, ya que solamente se limita a relacionar de manera imperativa la consecuencia jurídica de la acción descrita en su propio texto⁹.

¹ Vid. VIVES ANTÓN, Tomas S., *Fundamentos del sistema penal*, Tiran lo blanch, Valencia, 1996, pág. 339.

² Vid. Por todos DE TOLEDO Y UBIETO, Octavio, *Sobre el concepto de Derecho penal*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1981, pág. 67.

³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010, págs. 512 y ss.

⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Sistema de Derecho penal Parte General*, Dykinson, Madrid, 2018, pág. 47.

⁵ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *o.u.c.*, pág. 49.

⁶ Vid. ampliamente sobre este tópico JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. Manuel CANCIO MELIÁ / Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Civitas, Madrid, 1996, pág. 25.

⁷ KAUFMANN, Armin, *Teoría de las Normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*. versión castellana de Enrique BACIGALUPO ZAPATER y Ernesto GARZÓN VALDÉS, Editorial Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1977, pág. 15.

⁸ En la actualidad JAKOBS, ha desarrollado ampliamente este tópico en la «teoría de los deberes» en la cual se distinguen los deberes derivados de la responsabilidad por organización que corresponde a todos (deberes negativos, de la responsabilidad institucional que corresponde con un *status* especial (deberes positivos), vid. en POLAINO NAVARRETE Miguel, «Reflexiones sobre la norma jurídico-penal: estructura, naturaleza y funciones», en *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía*, Legis, Colombia, 2005, pág. 511.

⁹ Contrariamente a lo señalado BINDING establece que existen normas de prohibición y normas de mandato, mientras que las primeras son inadmisibles para el Derecho hasta en tanto no sean reconocidos por la norma jurídica (es decir exista alguna causa de justificación o un estado de necesidad), por cuanto hace al contenido del mandato este se justifica porque la realización de la acción ordenada resulta indispensable, su omisión es inadmisibile, Vid, ampliamente en KAUFMANN, Armin *loc. cit.*

Por tanto, es necesario que en un sistema jurídicamente válido la norma asegure las expectativas sociales que de la misma se esperan, bajo una proposición regulada en el tipo legal y una conminación abstracta de pena¹⁰, establecida de modo general¹¹. En este sentido podemos afirmar que la norma es un mensaje prescriptivo emitido por una ley válida en el que se trata de orientar la conducta de un ciudadano, bajo descripciones (tipos penales) que «aparentemente¹²» regulan ordenan o permiten y de manera excepcional autorizan un comportamiento¹³. Esto no significa que se imponga una determinada conducta, sino simplemente la norma sirve como modelo de orientación de las conductas, empero, no solamente la norma se agota bajo esta posibilidad (medio orientador de conductas) sino que también cumple con la función aseguradora de las expectativas sociales¹⁴, esto significa que la norma tiene una orientación de sentido social.

La subordinación de la norma jurídico-penal al Derecho positivo, realiza de facto, uno de los principios penales con mayor trascendencia, esto es el de «seguridad jurídica»; no obstante, para que la norma sea válida, no sólo se requiere que su creación este fundamentada en una la ley de nivel superior, pues antes bien una norma es válida cuando provenga de un concepto normativo con fuerza obligatoria o justificante¹⁵, o cuando cumpla las expectativas que de ésta se esperan.

La validez normativa, o justificabilidad de ésta, no se transmite por el simple hecho de que una norma válida autorice la creación de otra, sino porque es en la propia norma donde se declara su cumplimiento o aplicación, que reviste per se la legislación penal, pues la función de la norma jurídico-penal es la «tutela los valores y principios básicos de la convivencia social». La función de la norma en materia penal; en su aspecto valorativo se plantea en un plano axiológico, mientras que, si observamos a la norma única y exclusivamente en un aspecto conductual, este modelo ofrecerá a la sociedad una valoración de la propia conducta, esto no implica de suyo, que en el ámbito jurídico-penal únicamente importen los elementos normativos, sino que su función es cumplir con las expectativas sociales. En este sentido la norma penal no sólo protege bienes jurídicos, sino que además determina formas de conducta y motiva al gobernado a observar determinado comportamiento, en palabras de Jakobs, «...la prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal confirma, por tanto, la identidad social.»¹⁶.

La norma jurídico-penal se introduce en la sociedad, como medio específico de control social¹⁷, en base a la garantía del mantenimiento de las expectativas normativas, independientemente de la lesión que se vaya a causar con determinada conducta¹⁸, cuyo

¹⁰ Vid. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal PG*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015, págs. 70 y ss, quien señala que: «toda norma jurídica se halla constituida por dos elementos: un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Ésta sería, pues, la estructura de las normas jurídico-penales. Se piensa, respecto a esto último, en las normas que establecen la pena o a medida de seguridad (normas secundarias). En ellas la conducta delictiva constituye, en efecto, el supuesto de hecho y el deber de imponer la pena o las medidas de seguridad es su consecuencia jurídica. Menos evidente es la estructura de las normas primarias. Éstas no suelen formularse hipotéticamente, sino de forma incondicionada».

¹¹ LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, traducción y revisión de Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO, Ariel, 1994, pág.243.

¹² Se dice «aparentemente», ya que la norma no impone nada, pues solamente establece un vínculo de la conducta descrita a la consecuencia legal de esa conducta descrita.

¹³ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*. Trad. del original en alemán de Roberto J. VERNENGO, 12ª ed., Porrúa, México, 2002, pág. 19.

¹⁴ Vid. ampliamente sobre este tópico POLAINO NAVARRETE Miguel, *op. cit.*, 2005, págs. 513 y ss.

¹⁵ NINO, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, pág. 29.

¹⁶ JAKOBS Günter, *Sociedad, norma...*1996, pág. 18.

¹⁷ Vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal, parte general*, 4ª, reimp. Cárdenas editor distribuidor, México 1998, pág. 23, señala que: «El control social se vale, pues de medios más o menos “difusos” y encubiertos hasta medios específicos y explícitos, como es el sistema penal (policía, jueces, personal penitenciario, etc.)» (cursivas añadidas)

¹⁸ POLAINO ORTS, Miguel «Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto», en *El funcionalismo en Derecho penal (Libro homenaje al profesor GÜNTHER JAKOBS)*, Universidad Externado de Colombia Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colombia, 2003, pág. 76.

mandato conlleva a la imposición de ciertos valores ético-sociales, así como a específicas formas de comportamiento so pena de castigo (pena o medida de seguridad)

La norma produce de facto conductas determinantes, lo cual resulta de gran importancia en el ámbito jurídico-penal, pues el aspecto externo de la conducta visto desde una perspectiva del hecho social procura de manera directa el consentimiento tanto externo como interno de su modelo ideal, sin embargo no puede obligar, a la realización del mismo, ya que esta realización contraria a la norma acarrea un juicio de reproche, en el cual en términos generales se le censura al individuo no haberse comportado conforme a derecho, esto es la base intrínseca de la culpabilidad, misma que radica en que el ser humano esta revestido de autodeterminación libre, responsable y es capaz por ello de decidir actuar conforme a derecho o no¹⁹. Sin embargo, cabe añadir que en la actualidad no solo basta con esa base ontologísta, sino antes bien hay que dotar de sentido social la conducta reprochada. La actuación contraria a la norma se deberá entender bajo un contenido meramente objetivo, es decir en cuanto conducta realizada contraria a la norma, que produce un resultado jurídicamente no deseado y no así en puro sentido subjetivo (desobediencia a la norma) o mera actitud personal del ciudadano contraria a derecho.

Bajo esta perspectiva, es como la norma jurídico-penal configura la antijuridicidad como la realización contraria a la norma; no obstante, dicha realización conlleva a diversos matices que seguidamente se analizarán:

En primer término, la realización contraria a la norma conlleva, de manera directa e inmediata, la destrucción o el deterioro del bien jurídico, a través de la vulneración de la norma orientadora de conductas, y en segundo lugar al realizarse una conducta descrita en el tipo jurídico-penal, se altera de manera sustancial el orden social previamente establecido; por tanto, se defraudan las expectativas sociales, esperadas del sujeto.

Lo anterior resulta así, porque en un Estado democrático de Derecho el sistema «funciona», tanto de las expectativas que se esperan del cumplimiento de la norma, que no sólo serán aceptadas por la sociedad porque respetan los equilibrios de intereses establecidos en un momento determinado²⁰, sino porque de igual manera fortalecen la fidelidad que deben de tener los ciudadanos al Derecho.

Estos aspectos de contravención se materializan en un juicio de «desvalor», de ahí que el injusto se fundamente en dicho juicio emitido sobre la orientación diversa que la norma espera de la conducta del ciudadano, dicho injusto está integrado bajo diversos elementos que determinen o fundamenten respecto a las condiciones o diversas modalidades de la antijuridicidad como único momento portador de juicio de reproche objetivo (defraudación de la conducta) de la norma valorativa dirigida a la conducta²¹.

El estado de la cuestión no se detiene en lo antes expuesto, si no antes bien es necesario señalar las diversas teorías acerca de la actual concepción de las funciones que se

¹⁹ Vid. ARISTÓTELES, en *Ética para Nicómaco*, Cumbre, México, 1981, págs. 184 y ss., quien señala que: «...se obra voluntariamente porque el principio del movimiento de los miembros instrumentales en acciones de esa clase está en el mismo que las ejecuta, y si el principio de ellas está en él, también está en su mano el hacerlas o no, pues siempre que esta en nuestro poder el hacer, lo esta también el no hacer, y siempre que está en nuestro poder el no, lo está el sí; de modo que si está en nuestro poder el obrar cuando es bueno, estará también en nuestro poder el obrar cuando es malo. Y si está en nuestro poder hacer lo bueno y lo malo, e igualmente el no hacerlo, y en esto consistía el ser buenos o malos, estará en nuestro poder el ser virtuosos o viciosos...».

²⁰ Vid. POLAINO NAVARRETE Miguel, en *Personalidad y capacidades jurídicas*, 74 contribuciones del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba, Tomo II, Rafael CASADO RAIGÓN Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, coord. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2005, pág. 1131, quien señala que «la dimensión tridimensional del Derecho (sociedad, norma y valor) a la postre no son suficientes para estudiar el fenómeno jurídico en su conjunto, ni para propiciar un conocimiento lo más aproximado posible del Derecho tenido en cuenta. Se requiere, junto a las tres anteriores, una cuarta dimensión, representada por el factor tiempo».

²¹ Vid. al respecto a sobre la antijuridicidad y el contenido material del injusto típico con exhaustivo análisis y amplísima bibliografía a POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Anales de la Universidad Hispalense, serie: Derecho número 19, Editorial Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974, especialmente págs. 72 y ss.

le han asignado a la norma jurídico-penal. Por un lado, tenemos que la norma penal cumple con una función autorreferencial, por lo que confirma su propia vigencia²². En un ámbito meramente funcional²³ se realiza una severa crítica a la afirmación de que «uno de los fines del derecho penal es la protección de bienes jurídicos», pues la lesión que debe de ser digna de tomar en consideración, es la normativamente definida, de ahí que la función del Derecho penal será la confirmación de la vigencia de la norma²⁴, por tanto es la norma en sí misma la que confirma la identidad social²⁵, ello no significa que se determine como única función la confirmación de la vigencia de la norma, pues de igual manera la norma protege bienes jurídicos, ya que tales institutos –vigencia de la norma y protección de bienes jurídicos– no son excluyentes.

2. LA PUNIBILIDAD COMO PRESUPUESTO NORMATIVO

La norma se rige bajo dos presupuestos básicos de temporalidad, así tenemos por una parte un momento normativo²⁶ o de promulgación, el cual tiene como presupuesto esencial la referencia in abstracto del delito, es decir la punibilidad es la formulación de la prescripción, en la que se expresa mediante un sistema de símbolos para que sus destinatarios puedan conocerla. Dicho de una mejor manera, toda norma requiere para efectos de poder asegurar su eficacia de una cimentación cognitiva, para así poder proporcionar de una manera inequívoca una orientación a sus ciudadanos²⁷.

²² Al respecto POLAINO ORTS Miguel, señala que: «Desde el momento en que se tensa en lo forzado o - aún- absurdo que resulta explicar la función del derecho penal diciendo que la misma consiste en la tutela de bienes jurídicos siendo así que los delitos precisamente ponen de manifiesto que un bien jurídico ha resultado ya lesionado o, al menos ha corrido un riesgo jurídico- penalmente desaprobado. Es decir, ¿podría en rigor afirmarse que el derecho penal protege bienes jurídicos cuando ya se ha producido la lesión irreparable de una vida humana? ¿Cómo explicar que la función del derecho penal consiste precisamente en prevenir esas lesiones, siendo así que en- al menos para ese delito concreto ya consumado- tal prevención bien ha sido ineficaz, bien ha llegado, como diría WELZEL, "demasiado tarde ", esto es, en ambos casos, el derecho penal no ha servido para nada? ¿No consiste la posición doctrinal tradicional de defensa de bienes jurídicos en una fictio iuris, en tanto en cuanto la función de protección de bienes jurídicos que se dice que el derecho penal efectivamente cumple no es más que una aspiración, una meta, un ideal, y- por ello- algo ilusorio más no real? ¿Y no es esa manifestación programática de buenos deseos y mejores intenciones (" no se debería lesionar bienes jurídicos", etc.) mucho más una aspiración (o un "fin", una "finalidad ") que una " función "stricto sensu?. Y si ello es cierto ¿no le es también en esa postura tradicional la referencia bien jurídico se hace depender, en el fondo de ciertas eventuales, hipotéticas y probables (esto es, inciertas) consecuencias futuras de psicología individual o social (pues se confían en que el individuo y la sociedad se conciencien de que "no está bien lesionar bienes jurídicos, ni cometer delitos", etc.) ¿No e hay algo más etéreo, más ambiguo, que una descripción como esa? Estos interrogantes demuestran que acaso no están del todo des encaminadas sino francamente ociosas las propuestas doctrinales, de cuño funcional- normativista que tienden a una superación de la manifiesta incoherencia de la postura tradicional que propugna como función del derecho penal la tutela de bienes jurídicos. . »Vid. op. cit. Pág. 77.

²³ Vid. al respecto JAKOBS Günter, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luís SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, 2ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1997, página 55 y ss.

²⁴ Cfr. al respecto a POLAINO ORTS Miguel, o.u.c., página 67, quien al efecto manifiesta: «el concepto de vigencia del derecho es ciertamente multívoco. Se emplea en diversos sentidos y más como un problema filosófico o de teoría general del derecho que como una cuestión de cada sector del ordenamiento jurídico en particular. A lo sumo, cuando se habla de la vigencia de un ámbito jurídico concreto (vigencia del derecho penal, vigencia del derecho civil, etc.) se suele transponer los principios generales del derecho a las especificidades de cada sector determinado. A este respecto, no es infrecuente entre los teóricos generales del derecho el distinguir tres conceptos distintos de validez o vigencia de la norma, a saber: validez jurídica, validez fáctica (sociológica o social) y validez ética (o moral o filosófica)»

²⁵ Opinión contraria es la que profesa Santiago MIR, quien al respecto señala que: «las normas jurídicas no son un fin en sí mismas sino un mal necesario al que sólo es lícito cuando no hay otro remedio, cuando la restricción de la libertad es necesaria, idónea y proporcionada para el mantenimiento de intereses fundamentales de los individuos». Vid. en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>.

²⁶ Vid. ampliamente a COBO DEL ROSAL, Manuel, «La punibilidad en el sistema de la parte general del Derecho penal español», en *EPyC*, No.VI, Universidad de Santiago de Compostela, 1983, págs. 20 y ss.

²⁷ JAKOBS, Günther, *El Derecho penal como disciplina científica*. Trad. Alex VAN WEEZEL, Civitas, Madrid, 2008, pág. 98.

La consecuencia del daño que ha producido el delincuente a esa cimentación cognitiva de la norma consiste en que éste ha de reparar el daño que ha causado; ello a través de su propia libertad u otra sanción impuesta²⁸. Es decir, nos encontramos ante un momento aplicativo de la norma, ya que nos enfrentamos al delito ya realizado, al hecho verificado fácticamente²⁹.

En este sentido podremos señalar que existen delitos sin pena, pero no sin punibilidad, pues la pena puede faltar en el momento aplicativo ya sea por una causa de justificación o de atipicidad³⁰, sin embargo, no se puede decir lo mismo de la punibilidad. La pena constituye un constructo jurídico independiente del delito, en tanto que la penalidad es un elemento esencial del delito, por lo que una acción es delictiva en tanto que es acción punible, pues decir lo contrario sería tanto como considerar al delito de manera paradigmática abstracta y general³¹.

De lo referido anteriormente, podemos señalar válidamente que el presupuesto de punibilidad resulta indispensable en la estructura de la norma jurídico penal, pues si tal presupuesto no existiese no podríamos al menos en un sentido técnico normativo designar tal enunciado como delito.

3. LA INCLUSIÓN DE LA PUNIBILIDAD EN LA TEORÍA DEL DELITO

La inclusión de la punibilidad como elemento del delito, es uno de los institutos más controvertidos en la doctrina jurídico-penal³². Esta controversia, se suscita en la doctrina española a partir de la traducción realizada por Rodríguez Muñoz, de la obra de Mezger³³, en la que se define al delito como un acontecimiento típico, antijurídico y culpable, por lo que rechaza la punibilidad, pues la inclusión de ésta según su punto de vista sería tanto como repetir de modo inadmisibles lo definido en la definición. Ello lo sustenta en que la definición del delito expuesta por Mezger no es una simple definición nominal, pues expresa de manera positiva que el delito es una acción, antijurídica y culpable. Bajo esta concepción, la tipicidad no ocupa una sección propia, independiente de la antijuridicidad, sino antes bien, se entiende a ésta como parte integrante de esta, puesto que para Mezger en esta categoría se estudia en primer lugar como injusto objetivo y después como injusto típico.

Sin embargo y pese a la postura de Rodríguez Muñoz³⁴, cabe decir que la relación entre delito y punibilidad, supone más que una cuestión de la teoría del delito, es de la teoría general del Derecho, como la relación entre precepto y sanción³⁵. Así se han presentado diversos argumentos al respecto. Si se parte de la idea de separar el precepto de la sanción, la consecuencia lógica radica en que la punibilidad es un elemento autónomo de la teoría del delito. No obstante, si tomamos como referencia la insolubilidad entre ambas categorías, es decir la integración de la punibilidad en la teoría del delito, queda claro que la primera no juega una función propia³⁶, por lo que, en el momento en que la norma es formalmente creada

²⁸ JAKOBS, Günther, *loc. cit.*

²⁹ COBO DEL ROSAL, Manuel, *loc. cit.*

³⁰ Vid. ampliamente LUZÓN PEÑA, Diego Manuel / MIR PUIG, Santiago (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en el Derecho penal*, Aranzadi, 1995, passim.

³¹ Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal, PG, T II, 4ª*, ed. corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2021, pág. 216.

³² Respecto a su inclusión en la teoría del delito vid. por todos a POLAINO NAVARRETE, Miguel, «La punibilidad en la encrucijada dogmática jurídico-penal y la política criminal», en *Criminalidad actual y Derecho penal*, Universidad de Córdoba, 1988, págs. 11 y ss. ID. COBO DEL ROSAL, Manuel, «La punibilidad en el sistema...», págs. 9 y ss. En contra vid. por todos ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal, PG, 2ª*, ed. anotada y puesta al día por José Julián HERNÁNDEZ GUIJARRO y Luis BENEYTEZ MERINO, Akal, Madrid, 1986, pág. 261

³³ RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, en MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal*, T.I, trad. y notas de Derecho español por RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1935, pág. 164, nota 5

³⁴ Vid. RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *loc. cit.*

³⁵ COBO DEL ROSAL, Manuel, «La punibilidad en el sistema...», pág. 19

³⁶ COBO DEL ROSAL, Manuel, *loc. cit.*

por el legislador, el precepto y la sanción funcionan conjuntamente como una sola categoría sistemática³⁷. Bajo tal planteamiento la punibilidad constituye el último elemento esencial del concepto unitario de delito³⁸.

La consideración de la punibilidad dentro de la teoría jurídica del delito, responde a la necesidad de delimitación y ponderación del propio delito, que expresa el merecimiento de pena, así como a la necesidad de respuesta penal, que trae como consecuencia³⁹. En este sentido podemos decir que la punibilidad aporta en la teoría jurídica del delito la exigencia de verificación de necesidad de respuesta penal, en razón a la garantía de eficacia y de funcionalidad social de normas penales, así como la ejecución de sanciones penales⁴⁰. Desde la perspectiva de la prevención general, la punibilidad juega el papel de exigencia en la necesidad de la pena⁴¹. Mientras que, en lo referente a la prevención especial, la punibilidad resulta necesaria para la sanción penal, sometiendo de manera directa todos aquellos supuestos de realización del injusto penal⁴². Es por las razones argumentadas, que no se puede, ni es de recibo aceptar la fundamentación de la punibilidad como aplicación de la pena al delito concreto, sino más bien debemos entender a la punibilidad como un elemento de valoración de las exigencias tanto preventivo generales como especiales, ya que estas son codeterminantes.

Bajo la denominación de punibilidad se designa una serie de presupuestos adicionales de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, indispensables para que al hecho se le pueda imponer una pena⁴³. No obstante, con frecuencia se toman como sinónimos al concepto de «pena» y «punibilidad». Si bien, ambos institutos tienen como común denominador que se refieren al castigo, estos presentan de suyo diversas características que infieren de manera sustancial en el estudio de la teoría jurídica del delito. Así en un primer término, podemos entender por pena, a la consecuencia jurídica del delito prevista en la norma incriminadora para el autor culpable del injusto típico⁴⁴. Mientras que la punibilidad como ha quedado precisado afecta de manera sustancial el concepto jurídico del delito – acción, típica, antijurídica, culpable y punible-. Pues la punibilidad indica la susceptibilidad, necesidad y merecimiento de pena que desde la óptica jurídico-penal y político criminal, es acreedora a la realización del injusto típico y culpable⁴⁵.

4. TESIS RESTRINGIDA DEL CONTENIDO DE LA PUNIBILIDAD

La ubicación de la punibilidad dentro de la teoría del delito no responde a una cuestión baladí, sino más bien influye notablemente en figuras tan significativas como las condiciones objetivas de punibilidad o las excusas absolutorias⁴⁶. Sin embargo, aún dentro de la concepción favorable en la inclusión de la punibilidad como integrante en el delito, existen diversas posturas de carácter formal que integran únicamente a las excusas absolutorias como elemento de la punibilidad⁴⁷. Mientras que otro sector de la doctrina, integra tanto a las excusas absolutorias, como a las condiciones objetivas de punibilidad⁴⁸. Respecto al primer

³⁷ COBO DEL ROSAL, Manuel, *loc. cit.*

³⁸ *Vid.* ampliamente POLAINO NAVARRETE, Miguel, «La punibilidad ...», pág. 26.

³⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *o.u.c.*, pág. 28

⁴⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *loc.cit.*

⁴¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *loc.cit.*

⁴² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *loc.cit.*

⁴³ *Cfr.* LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, «La punibilidad» en DÍEZ RIPOLLES, José Luís / ROMEO CASABONA, Carlos María / GRACIA MARTÍN, Luís / HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe (ed.) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al profesor doctor don José CEREZO MIR*, Tecnos, Madrid, 2002, pág.831

⁴⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho...*, *op.cit.*, 2021, pág. 214.

⁴⁵ *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, *loc. cit.*

⁴⁶ GARCÍA PÉREZ, Octavio, *La punibilidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona,1997, pág.71

⁴⁷ *Vid.* RODRÍGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español PG*, 18ª. ed., Dykinson, Madrid, 1995, pág. 419

⁴⁸ *Vid.* por todos ROXIN, Claus, «Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena», trad. POLAINO NAVARRETE, Miguel, en *CPC*, N.º 46, Madrid, 1992, pág. 189

grupo –tesis restringida del contenido de la punibilidad-, estima que las condiciones objetivas de punibilidad no pueden formar parte de la punibilidad en razón de que éstas, se encuentran conectadas al tipo, lo que trae como consecuencia lógica que tal instituto este dotado de las mismas características que cualquier otro elemento del tipo⁴⁹.

5. TESIS NEGATIVAS DE LA INCLUSIÓN DE LAS CONDICIONES OBJETIVAS EN LA PUNIBILIDAD

Para Sax⁵⁰, las condiciones objetivas de punibilidad no podían formar parte de la punibilidad en razón de que precisamente estas condiciones formaban parte del injusto. Cabe precisar que para este autor el tipo se disgregaba en tipo legal, -que consistía en la descripción formulada por la ley- y en tipo de injusto cuyos componentes lo integran tanto el tipo legal como la lesión a un bien jurídico merecedor de pena. Por lo que, si se entiende que las condiciones objetivas de punibilidad son presupuestos objetivos de merecimiento de pena y si los elementos del tipo legal se fijan a partir del dolo y la lesión al bien jurídico pertenece a los elementos subjetivos del tipo, es consecuente señalar que la distinción o particularidad de las condiciones objetivas de punibilidad no radica en ser elementos ajenos al injusto sino más bien en que su no pertenencia al tipo legal radica en que la exigencia del dolo las haría inaplicables⁵¹.

Según Otto⁵², las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias que no abarca el dolo y limitan a la punibilidad. Esta posición distinguía entre el merecimiento de pena y la necesidad de pena, así solo es merecedora de pena aquella conducta que se puede desaprobado desde el ámbito ético social, ya que ésta es adecuada para poner en peligro o lesionar de manera relevante las propias relaciones sociales. Mientras que la necesidad de la aplicación de la pena viene a determinarse tanto por las condiciones objetivas de punibilidad, así como por las causas de exclusión de la propia pena⁵³. Por lo que las condiciones objetivas de punibilidad según este autor, son circunstancias no abarcadas por el dolo y limitadoras de la punibilidad que limitan aquéllos supuestos ilícitos merecedores de pena de los que no lo son⁵⁴.

Entre nosotros, algunos sectores de la doctrina⁵⁵, rechazan la inclusión de las condiciones objetivas de la punibilidad en la propia punibilidad, argumentando que no obstante que éstas en determinados momentos resulten ajenas al dolo e incluso a la conducta, ello no significa que esto sea suficiente para ubicarlas dentro de la punibilidad, por lo que introducirlas bajo una misma categoría resulta artificioso ya que mantiene una visión totalizadora de la estructura del delito⁵⁶. Asimismo, el hecho de justificar la existencia de la punibilidad en la necesidad sistemática de ubicación de elementos ajenos al injusto culpable rompe la concepción unitaria del delito y por consiguiente se harían surgir tantas categorías como matices se introduzcan en cada nuevo elemento morfológico⁵⁷.

⁴⁹ GARCÍA PÉREZ, Octavio, *o.u.c.*, pág.74

⁵⁰ Citado por GARCÍA PÉREZ, Octavio, en *La punibilidad...*, pág. 75

⁵¹ GARCÍA PÉREZ, Octavio, *loc. cit.*

⁵² Citado por GARCÍA PÉREZ, Octavio, *La punibilidad...*, pág. 76

⁵³ GARCÍA PÉREZ, Octavio, *loc. cit.*

⁵⁴ *Vid.* Al respecto a MENDES DE CARVALHO, Érika, *Punibilidad y delito*, Reus, Madrid, 2007, pág. 41

⁵⁵ *Vid.* por todos MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pág 56

⁵⁶ MAPELLI CAFFARENA, Borja, *loc. cit.*

⁵⁷ MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Estudio jurídico...*1990, pág. 53

6. TESIS POSITIVAS DE LA INCLUSIÓN DE LAS CONDICIONES OBJETIVAS EN LA PUNIBILIDAD

La postura que acepta en el ámbito de la punibilidad tanto a las condiciones objetivas de punibilidad, como a las excusas absolutorias, se fundamentan en que la punibilidad constituye una categoría conceptual que integra tanto las circunstancias de necesidad de pena, como aquellas que a pesar de existir tal necesidad, prevalecen diversos intereses procedentes del resto del ordenamiento jurídico⁵⁸. Si la necesidad de la pena se refiere exclusivamente a los fines de esta y tal fundamento se aplica a las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias, ello significa que la aplicación que tiene el Derecho penal en cuanto a los fines de la pena se trata, se encuentra claramente unido a la función de tales institutos en la construcción del sistema⁵⁹. La punibilidad, se compone no solo de aquellas circunstancias configuradoras de la pena, sino además de aquellas circunstancias que dan preferencia a la realización de diversos intereses procedentes del ordenamiento jurídico⁶⁰, por lo que el resultado y determinadas disminuciones de la culpabilidad influyen directamente sobre la necesidad de la pena⁶¹, ello en razón de que el injusto de los delitos dolosos queda ya constituido por el desvalor de la acción, independientemente del desvalor del resultado⁶². Si el injusto se agota en el desvalor de la acción, puesto que la producción del resultado cumple una función de exteriorización, el desvalor de la acción al comprender la capacidad del resultado abarca también de manera implícita el desvalor de la lesión del bien jurídico⁶³.

7. LA PUNIBILIDAD COMO NECESIDAD DE PENA

Por otra parte conviene precisar una tercera postura de ubicación sistemática de la punibilidad en la teoría del delito, es aquella que más halla de su inclusión en el delito o fuera de él, ve en la punibilidad la necesidad de la pena basada en motivos político criminales⁶⁴. En este sentido se propone como presupuesto de la responsabilidad la culpabilidad del autor así como una necesidad preventiva de punición. Si la responsabilidad se presenta como una realización de los fines político criminales de la pena y asimismo como una prescripción dirigida al enjuiciador para imponer una sanción, esta claro entonces que bajo una concepción sustancial de política criminal no se aplica al hecho sino más bien a su autor, en cuanto se propugna por la necesidad individualizar la pena⁶⁵. Así, bajo un concepto meramente político criminal de culpabilidad, ésta expresara de manera inequívoca que la necesidad de punición radica en cuestiones ajenas a las de la teoría de la pena y por tanto se basa en consideraciones situadas fuera del ámbito del Derecho penal. En definitiva, los presupuestos integrantes de la punibilidad son cuerpos extraños en el Derecho penal y señalan diversos intereses que reclaman prioridad ante las finalidades sustanciales del mismo⁶⁶. Una justificación social de la pena da lugar a una valoración específica de una categoría autónoma, que en este caso sería la punibilidad, ya que al ser esta portadora de los presupuestos del delito, ligado a una

⁵⁸ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEINGEND Thomas, *Tratado de Derecho Penal. PG*, 5^{ta.} ed., corregida y ampliada. Trad. OLMEDO CARDENETE, Miguel, Comares, Granada, 2002, pág. 514.

⁵⁹ GARCÍA PÉREZ, Octavio, *La punibilidad...*, pág. 71

⁶⁰ GARCÍA PÉREZ, Octavio, *o.u.c.*, pág. 72

⁶¹ MENDES DE CARVALHO, Érika, *Punibilidad...*2007, pág.35

⁶² MENDES DE CARVALHO, Érika, *loc. cit.*

⁶³ MENDES DE CARVALHO, Érika, *loc. cit.*

⁶⁴ Una importante aportación en este ámbito es la realizada por ROXIN en su obra *Derecho penal PG, T.I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y Javier DE VICENTE REMESAL, Civitas, Reimpresión 1999, Madrid, págs 223 y ss. ID. en «Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena», trad. POLAINO NAVARRETE, Miguel, en *CPC*, N.º 46, Madrid, 1992, *passim*.

⁶⁵ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*1999, págs 223 y ss

⁶⁶ ROXIN, Claus, *loc. cit.*

de las perspectivas desde las que necesariamente debe de tomarse en consideración la función del Derecho penal en su ámbito de control social⁶⁷, hacen incuestionable su categoría autónoma en la teoría del delito.

En cuanto a las teorías que niegan a la punibilidad como categoría ajena al concepto del delito, ponen entre dicho la distinción entre el merecimiento y la necesidad de la pena, puesto que tal distinción pasa por alto que la determinación de todos los presupuestos de la punibilidad únicamente se podrá constatar en razón de la necesidad de solucionar mediante pena un conflicto, ya que antes de la función del tipo penal de contribuir a resolver un conflicto no existe tarea dogmática alguna y por tanto tampoco ninguna posibilidad de determinar lo que hay que castigar en sí, sin consideración a dicha función, puesto que, lo que no tiene que castigarse tampoco es merecedor de pena⁶⁸. No obstante cabe decir que la construcción *jakobsiana* acerca de los presupuestos de punibilidad están vinculados principalmente a los delitos de peligro abstracto, ya que en muchas de las ocasiones el propio legislador observa que con la simple puesta en peligro de un bien jurídico puede dar lugar a una realización del tipo mediante acciones que no se consideran *prima facie* perturbadoras de la vida social, supuestos en lo que si el legislador decidiera agrupar en un tipo de resultado quedarían fuera acciones que a la ley le importaba evitar⁶⁹. Por tanto, se propone la exigencia de la materialización de un resultado que condicione al injusto y que ponga de manifiesto la necesidad de prohibición de la puesta en peligro in abstracto⁷⁰. Las condiciones objetivas de punibilidad desde la sistemática de la teoría del delito, van a representar la contrapartida de los elementos subjetivos del injusto en forma de planes trascendentes, puesto que el trascender de la voluntad en estos planes, corresponderá también en la ejecución de las condiciones exclusivamente objetivas⁷¹. Por lo que se debe distinguir entre aquéllas condiciones del injusto y de la tipicidad, pues mientras que las primeras operan de modo suspensivo y retroactivo que concurren cuando el comportamiento no se puede tratar como injusto sin la materialización del resultado⁷². Mientras que, las condiciones objetivas de punibilidad que condicionan la tipicidad, se encuentran condicionadas de manera suspensiva y retroactiva, pues cuando el comportamiento debe omitirse sin atender a la materialización del resultado, sólo se puede tratar como típica si sobreviene precisamente el resultado. Esto significa que la peligrosidad abstracta debe quedar demostrada para poder ser suficientemente anómala a efectos de una reacción penal⁷³. En definitiva en las condiciones objetivas de punibilidad resulta irrelevante que éstas se encuentren comprendidas por el dolo. Ahora bien, en lo referente a las excusas absolutorias, de igual manera, que en las condiciones objetivas de punibilidad, tampoco se puede fundamentar el merecimiento de pena sin la propia necesidad de esta, de tal manera que no resulta posible caracterizarlas como elementos cuya concurrencia afecta únicamente la necesidad de pena dejando intocado el merecimiento de pena⁷⁴.

8. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO

En la doctrina española, existe un sector que propone la creación de una nueva categoría independiente del injusto y la culpabilidad, la denominada responsabilidad por el hecho⁷⁵, la cual consiste en que junto a las causas de justificación existen otros supuestos en los que el Estado renuncia a la aplicación de una pena por la insuficiencia de la gravedad de la ilicitud para justificar la aplicación de una pena, por lo que se deben de distinguir aquéllos supuestos

⁶⁷ GARCÍA PÉREZ, Octavio, *La punibilidad...*, pág. 385

⁶⁸ Vid. ampliamente JAKOBS, Günther, *Derecho penal...*, *op. cit.*, 1997, págs. 407 y ss.

⁶⁹ JAKOBS, Günther, *o.u.c.*, pág. 404

⁷⁰ JAKOBS, Günther, *loc. cit.*

⁷¹ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, pág. 405

⁷² JAKOBS, Günther, *loc. cit.*

⁷³ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, pág. 406

⁷⁴ JAKOBS, Günther, *ibidem*, pág. 413

⁷⁵ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho penal, PG.*, 4^{ta}- ed., Akal, Madrid, 1997, págs. 278 y ss.

en los que no obstante la norma jurídico penal apruebe la realización de una acción, es decir la justifica de aquellos otros en los que la gravedad de la ilicitud resulta insuficiente para legitimar el ejercicio del *ius puniendi*⁷⁶. Esta teoría se fundamenta principalmente en que la diferencia que existe entre la exclusión de la pena proveniente de la ausencia de antijuridicidad, implica una total falta de desaprobación por el ordenamiento jurídico y la exclusión de la pena que resulta de la falta de desaprobación, que se traduce de manera fáctica en la renuncia del propio Estado a sancionar una acción, típicamente antijurídica, a pesar de haber sido realizada de manera culpable⁷⁷. Por tanto la falta de desaprobación jurídico-penal no depende, de la falta de culpabilidad, por lo que se permite agrupar tanto las llamadas causas de inculpabilidad -el estado de necesidad disculpante, el miedo insuperable y el exceso en los límites de una causa de justificación- como, algunas excusas absolutorias así - las causas que excluyen la punibilidad del aborto y en ciertos conflictos de derechos fundamentales (libertad de expresión y derecho al honor)-. Ni unas ni otras eliminan la antijuridicidad ni la culpabilidad. Por tanto el elemento aglutinante de estas causas en la categoría de la responsabilidad por el hecho reside en la exclusión de la desaprobación jurídico-penal y en su ineficacia para excluir la desaprobación del propio orden jurídico⁷⁸.

El rechazo de la punibilidad como categoría sistemática dentro de la teoría jurídica del delito se basa primordialmente en que incorporar a la teoría del delito el elemento punibilidad supondría tanto como repetir de modo inadmisiblemente lo definido en la propia definición, máxime que la característica principal del injusto punible se basa por su consecuencia jurídica y no así por su tipo⁷⁹. Asimismo, señalan que la punibilidad depende de que sea típico, antijurídico y culpable⁸⁰. De igual manera manifiestan que para definir el delito no se es necesario agregar el elemento punibilidad, ya que este no es constitutivo del delito, más bien es de consideraciones de necesidad de pena o de carácter político-criminal que conducirán a prescindir de ella⁸¹.

No obstante, de las críticas anteriores, conviene poner de manifiesto que la *quid* de la norma penal radica no en un mero plano formal ajeno de valoraciones materiales, sino que más bien se fundamenta tanto en la confirmación de la vigencia de la norma como en la protección de bienes jurídicos, cuya contemplación en la legislación se basa primordialmente en los principios de legalidad, así como en el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas⁸². En este contexto el Derecho penal, solo tendrá justificación en la medida en que se tome en consideración tanto la valoración de reprochabilidad al autor del delito por el injusto cometido, así como por la necesidad político criminal de la imposición de una pena. Por tanto, no es de recibo atender a un concepto de delito incompleto, puesto que, a los elementos de acción típica, antijurídica y culpable, se debe añadir la punibilidad como elemento integrador del delito, ya que éste proporciona junto a los elementos personales de reproche, aquellas expectativas derivadas de la necesidad social de aplicación de la pena⁸³

⁷⁶ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *loc. cit.*

⁷⁷ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de...*1997, pág. 287

⁷⁸ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *loc. cit.*

⁷⁹ RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, en MEZGER, Edmund, *Tratado...*1935, pág. 164, nota 5

⁸⁰ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho...*, *op.cit.*,1998, pág.676

⁸¹ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MARALÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal PG*, Trotta, Madrid, 2006, pág156

⁸² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Criminalidad actual...*, *op.cit.*,1988, pág. 30

⁸³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *op. cit.*, pág. 31.

9. CONCLUSIONES

El Derecho penal está compuesto por un conjunto de normas, en la especie de normas primarias y normas secundarias. La punibilidad va desde la conminación abstracta hasta la imposición o cumplimiento, lo cual radica empíricamente sobre el sistema social.

El sistema de expectativas se debe de regir mediante la programación sistemática del Derecho (penal) en razón de la función ético social. El dictado de las normas debe de contener por tanto una declaración programática de orientación de conductas.

La validez de una norma no sólo se justifica por el simple hecho de que otra norma valida autorice su creación, sino antes bien porque es precisamente en la propia norma donde se debe declarar su cumplimiento o aplicación.

La norma penal no solo protege bienes jurídicos sino antes bien determina las formas de conducta de los ciudadanos y los motiva a observar determinados comportamientos. La norma se rige temporalmente bajo dos supuestos: el momento normativo y el momento aplicativo.

El considerar a la punibilidad como parte integrante de la teoría jurídica del delito, responde a la necesidad de delimitación y ponderación del propio delito, que expresa el merecimiento de pena, así como a la necesidad de respuesta penal, que trae como consecuencia. Bajo la denominación de punibilidad se designan una serie de presupuestos adicionales de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, indispensables para que al hecho se le pueda imponer una pena con frecuencia se toman como sinónimos al concepto de «pena» y «punibilidad». La ubicación de la punibilidad dentro de la teoría del delito no responde a una cuestión baladí, sino más bien influye notablemente en figuras tan significativas como las condiciones objetivas de punibilidad o las excusas absolutorias.

Las tesis negativas de la inclusión de las condiciones objetivas en la punibilidad señalan que dichas condiciones no pueden formar parte de la punibilidad en razón de que precisamente estas forman parte del injusto. Sin embargo las tesis positivas fundamentan la inclusión de las condiciones objetivas en que la punibilidad constituye una categoría conceptual que integra tanto las circunstancias de necesidad de pena, como aquellas que a pesar de existir tal necesidad, prevalecen diversos intereses procedentes del resto del ordenamiento jurídico.

La punibilidad como necesidad de pena se basada en motivos político criminales y propone como presupuesto de la responsabilidad la culpabilidad del autor así como una necesidad preventiva de punición. Diverso sector de la doctrina propone la creación de una nueva categoría independiente del injusto y la culpabilidad, denominada responsabilidad por el hecho en la que junto a las causas de justificación existen otros supuestos en los que el Estado renuncia a la aplicación de una pena por la insuficiencia de la gravedad de la ilicitud para justificar la aplicación de una pena.

10. BIBLIOGRAFÍA

ANTÓN ONECA, José, Derecho penal, PG, 2ª., ed. anotada y puesta al día por José Julián HERNÁNDEZ GUIJARRO y Luis BENEYTEZ MERINO, Akal, Madrid, 1986.

ARISTÓTELES, en *Ética para Nicómaco*, Cumbre, México, 1981.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, Principios de Derecho penal, PG., 4ta. ed., Akal, Madrid, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MARALÉE, Hernán, Lecciones de Derecho penal PG, Trotta, Madrid, 2006.

COBO DEL ROSAL, Manuel, «La punibilidad en el sistema de la parte general del Derecho penal español», en EPyC, No.VI, Universidad de Santiago de Compostela, 1983.

GARCÍA PÉREZ, Octavio, La punibilidad en Derecho penal, Aranzadi, Pamplona, 1997.

JAKOBS, Günther, Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Trad. Manuel CANCIO MELIÁ / Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Civitas, Madrid, 1996.

ID. Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, traducción Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, 2ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1997.

ID., El Derecho penal como disciplina científica. Trad. Alex VAN WEEZEL, Civitas, Madrid, 2008.

JESCHECK, Hans-Heinrich / WEINGEND Thomas, Tratado de Derecho Penal. PG, 5ta. ed., corregida y ampliada. Trad. OLMEDO CARDENETE, Miguel, Comares, Granada, 2002

KAUFMANN, Armin, Teoría de las Normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna. versión castellana de Enrique BACIGALUPO ZAPATER y Ernesto GARZÓN VALDÉS, Editorial Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1977.

KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho. Trad. del original en alemán de Roberto J. VERNENGO, 12ª ed., Porrúa, México, 2002.

LARENZ, Karl, Metodología de la Ciencia del Derecho, traducción y revisión de MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, Ariel, 1994.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel / MIR PUIG, Santiago (coords.), Causas de justificación y de atipicidad en el Derecho penal, Aranzadi, 1995.

ID., «La punibilidad» en DÍEZ RIPOLLES, José Luis / ROMEO CASABONA, Carlos María / GRACIA MARTÍN, Luis / HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe (ed.) La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al profesor doctor don José CERREZO MIR, Tecnos, Madrid, 2002

MAPELLI CAFFARENA, Borja, Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.

MENDES DE CARVALHO, Érika, Punibilidad y delito, Reus, Madrid, 2007.

MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal PG, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, Sistema de Derecho penal Parte General, Dykinson, Madrid, 2018.

NINO, Carlos Santiago, Introducción al análisis del Derecho, Ariel, Barcelona, 1983

ID., La validez del derecho, Astrea, Buenos Aires, 1985.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, El bien jurídico en el Derecho penal, Anales de la Universidad Hispalense, serie: Derecho número 19, Editorial Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974.

ID., «La punibilidad en la encrucijada dogmática jurídico-penal y la política criminal», en Criminalidad actual y Derecho penal, Universidad de Córdoba, 1988.

ID. en Personalidad y capacidades jurídicas, 74 contribuciones del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba, Tomo II, Rafael CASADO RAIGÓN Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, coord. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2005.

ID. «Reflexiones sobre la norma jurídico-penal: estructura, naturaleza y funciones», en Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía, Legis, Colombia, 2005.

ID., Lecciones de Derecho penal, PG, T II, 4ª.,ed. corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2021.

POLAINO ORTS, Miguel «Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto», en El funcionalismo en Derecho penal (Libro homenaje al profesor GÜNTHER JAKOBS), Universidad Externado de Colombia Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colombia, 2003.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso, Derecho penal español PG, 18ª. ed., Dykinson, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, en MEZGER, Edmundo, Tratado de Derecho penal, T.I, trad. y notas de Derecho español por RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, Editorial revista de Derecho privado, Madrid, 1935.

ROXIN, Claus, «Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena», trad. POLAINO NAVARRETE, Miguel, en CPC, No. 46, Madrid, 1992.

ROXIN en su obra Derecho penal PG, T.I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y Javier DE VICENTE REMESAL, Civitas, Reimpresión 1999, Madrid.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, 2ª., ed., ampliada y actualizada, BdeF. Montevideo- Buenos Aires, 2010.

DE TOLEDO Y UBIETO, Octavio, Sobre el concepto de Derecho penal, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1981.

VIVES ANTÓN, Tomas S., Fundamentos del sistema penal, Tiran lo blanch, Valencia, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho penal, parte general, 4ª, reimp. Cárdenas editor distribuidor, México 1998.