

1 ACERCA DE LA FUNCIÓN DEL DISVALOR DE RESULTADO EN DERECHO PENAL

Nicolás Cantard

RESUMEN

En el presente trabajo se aboga por una teoría de la norma desde los puntos de vista social, como expectativa de conducta institucionalizada, e individual, como expresión de un deber. Asimismo, conforme a las teorías sociológicas del funcionalismo, puede sostenerse que la pena cumple una doble función. Por un lado, una función manifiesta que es la consecuencia objetivamente observable y esperada (la privación de la libertad, la imposición de una multa o una inhabilitación) respecto del autor y producto de su conducta contra derecho, es decir disfuncional, y por otro, una función latente, fundada en el restablecimiento de la confianza en la norma transgredida por el sujeto, su confirmación para el mantenimiento del orden social a través del sistema normativo.

Ambas concepciones sustentan la idea de un ilícito penal desprovisto del resultado lesivo. El resultado está abarcado por la norma de sanción, cumpliendo una función político criminal en la categoría de la sancionabilidad.

ABSTRACT

In this article is advocated for a theory of the norm from a social point of view, as expectation of institutionalized conduct, but also from a personal point of view, as expression of a duty. Also, in conformity with the sociological theories of the functionalism it can be supported that penalty fulfills a double function. On the one hand a function demonstrates that it is the objectively and awaited consequence (the privation of the freedom, the imposition of a fine or an incapacitation) respect of the author and product of his conduct against right, that is to say dysfunctional, and for other one a latent function been founded on the reestablishment of the confidence in the norm transgressed by the subject, his confirmation for the maintenance of the social order across the normative system. Both conceptions support the idea of a criminal illicit devoid of harmful result. The result is included by the norm of sanction, fulfilling a function criminal politic in the category of the sanctionability.

PALABRAS CLAVE

funcionalismo; pena; resultado; norma; prevención

KEY WORDS

functionalism; Punishment; Result; Norm; Prevention

1. Introducción

En el presente trabajo se aborda la cuestión relativa a la ubicación del resultado en la teoría del delito, planteando las distintas posturas que se sostuvieron en la evolución dogmática, adelantando *grosso modo* las concepciones que aquí se defienden (2.1), para luego intentar ofrecer una respuesta desde las teorías de las normas (2.2). Luego se desarrolla la temática referida a la función que tiene que tener la pena en un Estado de derecho. Entendiendo que la misma no puede considerarse sin una finalidad preventiva, se pretende dotarla de un contenido distinto al que se lo ha venido haciendo, basándome en los aportes de la sociología del estructural-funcionalismo de Robert K. Merton (2.3). Con ello, entiendo, que se proporciona un argumento más a favor de la exclusión del resultado del ámbito del ilícito, con la principal consecuencia práctica que se deriva de esa concepción (2.3.1), para finalizar con una síntesis de los temas abarcados y los que restan para tratar en posteriores trabajos (2.4).

2. La función del resultado en la teoría del delito

2.1. Estado de la cuestión

Tradicionalmente, desde el naturalismo hasta la actualidad, se ha sostenido que el resultado forma parte del ilícito, algo que es aceptado por la mayoría de la doctrina (Jakobs, 1997:201 y ss.; Roxin, 2006:318 y ss.). Así, se sostiene que junto al disvalor de acción —esto a partir del finalismo—, como expresión de la contrariedad a la norma de determinación, se halla el disvalor de resultado, que refiere a la lesión al bien jurídico protegido. Ello fue la consecuencia del cambio de paradigma que propició en la teoría del delito el traslado del dolo y la imprudencia al ámbito del tipo penal, gracias al trabajo de Hans Welzel¹. Así, ambos aspectos *disvaliosos* forman parte del tipo penal, los que tienen un correlato *valioso*, en el ámbito de la antijuridicidad, si concurre objetivamente una causa de justificación —*valor de resultado*— y además se está al tanto de esa concurrencia —*valor de acción*— (Stratenwerth, 2006:59 y ss.). También en el ámbito de la imputación objetiva se hace referencia, junto a la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, a la *realización del riesgo en el resultado*, ya sea como un segundo nivel de análisis (Bacigalupo, 2009:280

1 Cfr. por todos Jakobs (1997).

y ss.; Jakobs, 1997:273 y ss.; Roxin, 2006:373; Rudolph, 2010:95-96; Stratenwerth, 2005:144-148), o como el único correspondiente a la «imputación objetiva» estrictamente (Frisch, 1995; 2000; 2004), o de la imputación del resultado producido por dolo dentro de las desviaciones del curso causal (Frister, 2011:238-248).

Esto ha sido cuestionado por el finalismo radical —subjetivismo—,² quienes circunscriben el contenido del ilícito al disvalor de acción, entendido como disvalor de intención, con total prescindencia del resultado (Zielinski, 1990:143 y ss.), lo que implica tener como punto final de todo ilícito a la tentativa acabada (Sancinetti, 2004:190), pues «si el autor ha hecho todo lo exigible según su plan, entonces se da ya, y de modo acabado, el disvalor de la acción. El acaecimiento del resultado (disvalor del hecho) no permite añadir nada más» (Kaufmann, 2013:149). Estas conclusiones se basan, si bien sin negar la valoración previa que subyace a toda norma, en una consideración de la misma como pura infracción individual del deber, sin consideraciones sobre el contexto social (Fernández, 2010:128-138; Zielinski, 1990:141.; Sancinetti, 1996:37, 57-59).

Desde perspectivas funcionalistas, Mir Puig, hace ya algunos años, proponía centrar la discusión de la teoría del delito, no ya en lo objetivo y lo subjetivo, sino en tener una visión que distinguiera entre una perspectiva *ex ante* y una perspectiva *ex post*, donde la primera «ha de contribuir a decidir el disvalor de acción, mientras que la efectiva lesividad o virtualidad lesiva comprobada *ex post* ha de integrar el desvalor de resultado» (1988:671 y ss.), entendiendo que la norma sólo puede prohibir conductas que puedan producir un resultado (perspectiva *ex ante*), por lo que éste no forma parte del objeto de la prohibición, sino su objetivo, arrojándolo a la categoría de la punibilidad sin perder su importancia político-criminal. La misma línea ha seguido su discípulo Silva Sánchez, basando su sistema de imputación bajo la teoría de las normas (2010:610 y ss.), donde el injusto —aspecto que denomina «antinormatividad»— queda bajo la órbita de la norma de conducta o primaria, mientras que la culpabilidad y la punibilidad —al que llama «sancionabilidad»— pertenecen al ámbito de la norma de sanción o secundaria (2010:683 y ss.). A este último sector pertenece el resultado lesivo, como un factor de necesidad de pena y no de su merecimiento (2010:675).³ Sin embargo, seguramente Silva no llegaría tan lejos

2 Para un análisis detallado de las distintas posturas dentro del subjetivismo, ver Sancinetti (2004:27 y ss.).

3 También Zielinski incluye el resultado como un criterio para la necesidad de pena (1990:238-240).

en las consecuencias de ese planteo, como tampoco lo hace su maestro,⁴ en el sentido que se indica en las conclusiones de este trabajo.

Aquí se pretende arrimar una posición que prescinda del disvalor de resultado en el injusto, y aún en la culpabilidad *stricto sensu*, como consecuencia de una fundamentación basada en dos pilares fundamentales del Derecho Penal, como son la Norma y la Pena.⁵ Por un lado, partiendo de una concepción bifronte de la norma primaria, entendiéndola desde un punto de vista social, como la expresión institucional de una expectativa de conducta, y también desde un punto de vista individual con el infractor, como directiva de conducta expresada en un *deber ser* (ver infra 2.2). Por otro lado, abonando una concepción de la pena con una finalidad preventiva, se concreta su función también en una visión bifronte, por un lado una función manifiesta de la pena, como consecuencia objetiva, empírica, por la infracción por parte del autor, vinculada a la gravedad del injusto —responsabilidad por el hecho— y, por ende, al merecimiento de pena. Por otro lado una función latente, como consecuencia no esperada ni buscada, ya que se da en el plano de lo social, cuya finalidad es prevención general, atendiendo a las necesidades de pena. Este último es el aspecto más importante de la pena, pues es el que posibilita el mantenimiento de la confianza de la sociedad en la norma. La prevención especial —resocialización del condenado— es una consecuencia deseable, mas no determinante en la finalidad de la pena (ver infra 2.3).

Como consecuencia de ello, el resultado lesivo puede tener, en su caso, una incidencia político criminal en la categoría de la punibilidad, como criterio rector de necesidad de pena, y no de su merecimiento, no aportando absolutamente nada en la gravedad del injusto. Ello implica que la tentativa acabada y la consumación son delitos —ilícito y culpabilidad— idénticos, por lo que deberían estar conminados con la misma escala penal. El resultado podrá adquirir relevancia, en todo caso, al momento de la determinación judicial de la pena (ver infra 2.3.1).

4 Mir Puig, en su *Derecho Penal. Parte general*, si bien de manera algo confusa con relación a la pertenencia del resultado al tipo o al injusto, da una serie de criterios que, a su entender, «podrían llevar a mantener el criterio del Derecho español de imponer una atenuación obligatoria para la tentativa y la frustración» (1995:145).

5 En ambos apartados, como se notará, se sostienen fundamentos absolutamente diferentes —y aun opuestos— de los que partieran las teorías subjetivo-monistas mencionadas.

2.2. La problemática desde la teoría de las normas

Para entrar a analizar la cuestión acerca de la relevancia del resultado en la teoría del delito, es preciso partir de una concepción de norma que le de sustento a la postura que se tome. No es lo mismo para las consecuencias sistemáticas, si se pretende lograr un esquema conceptual coherente, entender la norma como imperativo, como valoración, como una conjunción de ambas, o como expectativa de conducta.

No pretendo aquí exponer el desarrollo histórico que cada concepción tuvo, en sus distintas variantes, ni la discusión que se suscitó en derredor de las mismas, pues ello puede encontrarse explicado, en una forma más acabada, en los manuales de la materia.⁶ Antes bien pretendo poner de resalto que un injusto desprovisto del disvalor de resultado no es incompatible con una teoría de la norma entendida como constructo comunicativo de expectativas de conducta institucionalizadas. De otra manera, que el resultado lesivo se halle fuera del ilícito no significa, indefectiblemente, entender la norma como relación *exclusiva* entre ésta y el sujeto individual (ver Sancinetti, 1996:35 y ss.; Zielinski, 1990:133 y ss.), incompatible con una visión social de la misma.

En términos generales coincido con aquella corriente doctrinaria que ve a la función del Derecho Penal como garantizador de la vigencia de la norma, antes que como protector de bienes jurídicos.⁷ Me es imposible, porque extralimitaría la extensión del texto, adentrarme en un análisis propio de aquella teoría, a cambio de ello pretendo desarrollar cuál es el contenido de esa norma, cuya vigencia se pretende garantizar. Ya es un lugar común en la ciencia jurídico-penal admitir que ley y norma no son la misma cosa, sino que antes bien hay que hablar de dos tipos de normas, una primaria y una secundaria, siendo esta última la que coincide con la ley penal. Así la norma primaria es norma de conducta dirigida a los ciudadanos en general; y la norma secundaria, dirigida a los jueces en particular, es norma de sanción (Silva Sánchez, 2010:612; Fernández, 2010:25). Luego, la discusión sobre el concepto de norma refiere a la norma primaria.

A partir de la concepción de la sociedad como *sistema de procesos de interacción y comunicación*, se fija la estructura *comunicativa* que rela-

6 Para un desarrollo completo sobre la temática, ver Fernández (2010).

7 Fundamentalmente, el artículo de Jakobs «¿Qué protege el Derecho Penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?». Últimamente, de manera contundente, Frisch (2014:7 y ss.). Para la opinión, aún mayoritaria, en contra, cfr. el análisis sobre la evolución de la teoría del bien jurídico hecha por Bustos Ramírez (1994:100 y ss.); Stratenwerth (2005:64 y ss.).

ciona a los distintos *sujetos* presentes en toda norma jurídico-penal. En la proposición jurídico-penal que define el delito se hallan presentes distintos sujetos, y no aisladamente, sino en una específica *conexión* (Calliess, en Mir Puig, 2002:26). Esta *conexión* se caracteriza como sigue: mientras que un sujeto (*ego*) *actúa* —generalmente de forma activa—, en otro sujeto (*alter*) *recae* esa actuación y un tercer sujeto (*tercero*) está llamado a *reaccionar* frente a ella con una pena. Esta conexión entre los sujetos puede describirse como un complejo de *expectativas recíprocas*, como una red comunicativa en la cual cada sujeto *espera* no sólo el comportamiento, sino también las expectativas de los otros.

Así, la norma tiene un carácter comunicativo en la vida social, con ella se expresa cómo deben orientarse las personas en una sociedad dada, para la vida en común. Ese cómo orientarse no es otra cosa que lo que se conoce como *expectativa de conducta*, que consiste en la confianza que los individuos de sociedades complejas tienen para poder ejercer sus libertades sin que otros intervengan de modo potencialmente lesivo. En la concepción de Luhmann, las estructuras sociales no son otra cosa que *estructuras de expectativas* y la expectativa se usa como componente definitorio de la norma (Fernández, 2010:148). Se trata de confianza y no de seguridad, porque las normas jurídicas llevan consigo, en su ADN, la debilidad del incumplimiento, la imposibilidad de asegurar el efectivo seguimiento por parte de los destinatarios. A diferencia de las «normas» de la naturaleza,⁸ que no necesitan de ningún factor externo para su confirmación sino que se aseguran por sí mismas, y sin ningún juicio previo, las normas jurídicas precisan de un factor externo para su confirmación, y ésta es la pena. En éste sentido, las sociales, son normas débiles.

Ahora bien, entender la norma desde este punto de vista social, no implica desconocer que también se manifiesta como «deber ser» dirigida al individuo concreto que pretenda cuestionarla. La norma como *expectativa* de conducta tiene relevancia desde la sociedad que la posee, pero respecto del individuo que la cuestiona no enuncia una expectativa sino un deber consistente en no defraudarla. Para explicar esta doble orientación, Silva Sánchez utiliza un ejemplo por demás esclarecedor (2003:27), en un cruce de calles «con un semáforo de por medio, el que indica verde a un lado y el que indica rojo al otro forman parte de un único sistema sema-

8 En realidad, técnicamente la naturaleza no tiene «normas», pues éstas son construcciones sociales, y la naturaleza no dialoga con la sociedad para su propia configuración sino que impone su condición.

fórico: son una única norma. Lo que ocurre es que esa única norma se muestra para unos como institucionalización de una expectativa (configuración de una expectativa normativa) y para otros, como directiva de conducta». En pocas palabras, para quien tiene «verde» la norma indica «puedes continuar tu marcha con la expectativa de que, por la perpendicular, nadie va a atravesar la calle por la que circulas». Mientras que, para quien tiene «rojo», la norma indica «no debes atravesar la calle».

Hasta aquí ya debe haber quedado claro que, en cuanto norma primaria, la norma es expectativa de conducta desde el punto de vista de la sociedad toda y la víctima en particular, y también es expresión de un deber ser, respecto del infractor. El autor con su infracción defrauda expectativas de terceros, no la suya propia, porque él —a su vez— tiene la expectativa de que otros no infrinjan la misma norma que él está, en ese momento, desobedeciendo. Ejemplo, el ladrón que asalta a un transeúnte despojándolo de su billetera defrauda la expectativa, de la víctima y de la sociedad, institucionalizada en la norma que prohíbe el ataque a la propiedad, pero no defrauda ninguna expectativa propia en ese hecho, sino que su vinculación comunicativa, viene dada por la infracción a una directiva de conducta que debía ser y no fue. No obstante, el autor sí forma parte de la comunicación como expectativa de la norma respecto de posibles ataques de terceros que lo tengan como víctima, confiando en que otros no lo despojarán de sus propias pertenencias.

En definitiva, no hay expectativa institucionalizada sin deber, aunque sí puede haber deber sin expectativa de cumplimiento, como se verá al tratar la problemática de la norma de sanción. La expectativa⁹ existe en tanto y en cuanto haya un deber dirigido al posible defraudador de la norma. Mientras ese deber no exista, la sociedad no tendrá ningún tipo de confianza en el seguimiento de la norma, y sólo habrá un deseo de que se cumpla. Dicho esto a manera de ejemplos, el padre tiene la expectativa de que su hijo cuide de él en sus días de vejez, pero sólo tiene el deseo de que finalice su carrera universitaria. El ciudadano tiene la expectativa de que el Gobierno realice medidas de acción social para terminar con la pobreza, pero sólo tiene el deseo de que organizaciones no gubernamentales se comprometan con la problemática. El trabajador tiene la expectativa de tener depositado su salario a fin de mes, pero sólo tiene el deseo de

9 Está claro que aquí no se usa el término «expectativa» en sentido coloquial, sino con un contenido jurídico. De ahí que se hable de expectativas *institucionalizadas*, esto es, mediante una *norma jurídica*.

ganar la lotería. En este sentido, la defraudación de una expectativa genera conmoción social. Que no ocurra lo deseado generará, a lo sumo, insatisfacción personal.

Por otro lado, la norma secundaria refiere al momento ulterior de la sanción. Este momento adquiere significativa relevancia porque es aquel en el que se impone la pena que restablece la confianza en la norma (primaria) infringida como modelo de orientación social. Vale decir que de la norma de sanción depende la vigencia de la norma en cuanto expectativa de conducta, pues sin la contradicción contrafáctica a través de la pena, la afirmación hecha por el autor, cuestiona la validez de la norma y, con ello, la expectativa misma.¹⁰ Allí, en el ámbito de lo injusto, donde lo que importa es la imputación de la conducta antijurídica conmovedora de la validez normativa, aquí, en la sancionabilidad, se consideran las particularidades que hacen a la culpabilidad del sujeto y a las necesidades preventivas de pena (Silva Sánchez, 2010:656 y ss.). A este ámbito pertenece el resultado lesivo de la conducta.

Está claro que las normas primarias tienen el objetivo de evitar *conductas* que puedan producir resultados lesivos, no el resultado lesivo en sí (Silva Sánchez, 2010:670; Zielinski, 1990: 141-143; Mir Puig, 1988:662). Es decir que la evitación de resultados puede llegar a ser el fin *mediato* de la norma, pero nunca su objetivo primario, de ahí que no pueda ser función del Derecho Penal la protección de bienes jurídicos.¹¹ La producción del resultado no incrementa el injusto, sino, a lo sumo, la necesidad preventiva de pena¹². Silva Sánchez, aun tratando al resultado, como aquí se lo hace, en la categoría de la sancionabilidad, reniega de la idea de considerarlo como factor que *incremente* la necesidad de pena, sino que su ausen-

10 Aparentemente en contra, Muñoz Conde (1985:23) considera que este tipo de normas es contrafáctico, es decir, «su vigencia no se modifica en nada por el hecho de que sean incumplidas». Sin embargo, entiendo que esa afirmación se debe a que no imagina un incumplimiento sin sanción, porque enseguida afirma que «más bien sucede lo contrario: su incumplimiento y su consiguiente sanción confirman su necesidad y su vigencia».

11 De otra opinión, Silva Sánchez, reafirmando su postura en el reciente, y nuevo, aporte en «Introducción 1991-2012» a *El sistema moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales*, compilado por Schünemann.

12 En contra, como la doc. dom., Wolter, «Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*», quien entiende que «el injusto de la conducta, el injusto de la peligrosidad y el injusto del resultado conforma el *contenido total de injusto del hecho*» (2010:126). Pero ello se debe a la preponderancia que le otorga a la norma de valoración dentro del injusto con un contenido *represivo*, desaprobando el hecho al crear «instancias de satisfacción para la *victima*» (2010:124).

cia *disminuye* o excluye la misma¹³. Desde mi punto de vista se trata de una diferencia puramente semántica sin ningún contenido material que justifique tal distinción, de la misma manera que un vaso que se encuentra cargado por la mitad, tiene tanto líquido como ausencia del mismo. Por lo demás, dice el profesor de Barcelona, que

el resultado... genera una decisiva perturbación de la paz jurídica, una mayor sensación de inseguridad, una mayor indignación por la comisión del hecho... la imposición de la pena abstractamente prevista para el hecho penalmente antijurídico no sólo se hace más necesaria en el caso de la producción del resultado; además, adquiere mayor legitimación desde perspectivas preventivas (Silva Sánchez, 2010:676).¹⁴

Si bien esto puede ser cierto, dudo que se presente en todos los casos de manera tan clara. Por otro lado, también hay que tener presente que la necesidad de pena es tan graduable como el merecimiento de la misma¹⁵, pues allí entran en consideración las necesidades de prevención general, y dependiendo del modo en que el conflicto pueda asimilarse se responderá en mayor o menor medida.

Los destinatarios de la norma como expectativa perciben la defraudación concurra o no el resultado, lo que implicaría, también en el segundo caso, la correspondiente sanción con una pena, a menos que necesidades preventivas indiquen la inutilidad a esos fines¹⁶. Pues en caso que no se confirme, mediante una pena, la vigencia de la norma cuestionada, la expectativa que comunica la norma va a ir disminuyendo hasta desaparecer. Ello se ve con toda claridad en el tráfico viario, pongamos como ejemplo una ciudad X en la que sea habitual que los conductores no respeten la semaforización, y dicha circunstancia se encuentra tan arraigada en los habitantes de esa ciudad que incluso las autoridades municipales no apli-

13 Silva Sánchez (2010), en la nota 444 al pie de la pág. 673, dice expresamente: «no en el sentido de que el resultado fundamente la necesidad de pena, sino de que la falta de resultado disminuiría o eliminaría la necesidad de pena»; también en la nota 453 al pie de la pág. 676 dice: «importa subrayar que no se trata de que la producción del resultado suponga un incremento de pena (la pena es la que corresponde al injusto penalmente típico), sino que la no producción del resultado determinaría su disminución o exclusión por falta de necesidad y de legitimación».

14 Con esta afirmación queda claro que, en muchas situaciones, el resultado *incrementa* la necesidad de pena.

15 En contra, Stratenwerth (2006:80).

16 Esto no es una excepción de la tentativa, sino que también puede ocurrir que, en la consumación, no haya necesidades preventivas de pena.

can todos los controles debidos, por lo que la impunidad ante la infracción, es la regla. En una ciudad tal, el conductor que llega a la intersección de dos calles en la que se encuentra un semáforo, disminuirá la velocidad y prestará tanta atención a la calle perpendicular *como si el semáforo no existiera*, sin importar el color que tenga en ese momento, pues si tiene verde observará que no transite nadie por la calle que tiene el rojo porque es habitual que no se respete la señalización, y si tiene rojo deberá observar con el mismo cuidado. Tanta prudencia ponen los conductores en esta ciudad, que el índice de accidentes es —paradójicamente— menor al de la ciudad vecina en la que, generalmente, se respetan las señales. Esto pone de manifiesto cómo la expectativa de conducta que institucionaliza la norma se ve socavada, aún no produciéndose resultado lesivo alguno. En otras palabras, la existencia de un resultado no aporta nada distinto a la infracción de la norma en cuanto norma de conducta, pero tampoco en cuanto defraudación de una expectativa¹⁷. La norma primaria ha sido cuestionada en toda su extensión.

En definitiva aquí falta la cognitividad normativa, consistente en la corroboración fáctica de que la norma sirve como modelo de orientación de conductas es decir que pueda seguir existiendo como expectativa. Jakobs pone el siguiente ejemplo: si debo contar seriamente con la posibilidad de ser lesionado, víctima de un robo o quizás incluso de un homicidio en un determinado parque, la certeza de estar en todo caso en mi derecho no me conducirá a entrar en ese parque sin necesidad. Y concluye diciendo

en el plano teórico puede rechazarse esta corroboración de lo normativo por lo fáctico aduciendo que lo que no debe ser, no debe ser aunque probablemente vaya a ser. Pero las personas no sólo quieren tener derecho, sino también salir adelante con su cuerpo, es decir sobrevivir en cuanto individuos necesitados, y la confianza en lo que no debe ser sólo supone una orientación con la que es posible sobrevivir cuando no es contradicha con demasiada intensidad por el conocimiento de lo que será (200337).

Supongamos que el sujeto tiene el deseo, ya no la expectativa —o bien una que no inspira demasiada confianza—, y cree en su buena estrella, de que no lo asalten, por lo que decide entrar igualmente al parque, y sufre un intento de robo que se ve frustrado por la aparición de un grupo de

17 Coincidentemente, en este punto, Sancinetti (1996:34–35).

transeúntes que, a los gritos, disuadieron al pretense ladrón. Nuevamente, la falta de resultado lesivo, no disminuye la desestabilización normativa.

En ambos supuestos se ve tan cuestionada la vigencia de la norma que garantiza modelos de orientación social, que incluso puede pensarse que haya dejado de existir la expectativa como tal, pese a mantenerse el aspecto del deber de no infringir la norma, al menos desde lo comunicativo. En el primer ejemplo —de la ciudad masivamente infractora— puede no haber pena, en el segundo —del intento de robo— sí, pero ello no lo determinará la defraudación o no de una expectativa, pues en ambos supuestos se defraudan por igual, sino necesidades preventivas de pena que concurren en uno y no, al menos *prima facie*, en el otro. Sin embargo podría discutirse la *legitimidad* de una norma cuya existencia como modelo de orientación social ya ha sido ignorada por la sociedad toda; si, en definitiva, la sociedad ha decidido cambiar su configuración en un sentido distinto al que propone la norma, pues quizás deba iniciarse su trámite derogatorio. Empero, pareciera que estas circunstancias no se deben a cambios sociales en cuanto a su modo configurativo, sino, antes bien, a la enorme garantía de impunidad ofrecida por parte del mismo Estado. Así las cosas, cuando la norma de sanción no se impone allí donde la prevención indica que debe hacerse, pueden generarse situaciones que cuestionen la existencia misma de la norma primaria, y no sólo su vigencia.

2.3. La pena como función manifiesta y latente

En este punto pretendo introducir una variable a la concepción de Jakobs sobre la función de la pena en un Derecho Penal orientado a fines preventivos, que permita superar algunos inconvenientes de su propia concepción. El propio Jakobs, variando su anterior visión de que la pena sólo se movía en el plano comunicativo y no en el empírico (2000:19), ha hablado últimamente de funciones manifiestas y latentes de la pena (2004:40-42), si bien no de manera extensiva, e incluso pareciera que en un sentido opuesto al que aquí se ofrece.¹⁸ Allí dejó entrever que la función manifiesta de la pena es la de confirmar la identidad de la sociedad y la función latente la de dirección de la motivación. Aquí se pretende ahon-

18 Por ejemplo, Silva Sánchez entiende que en Jakobs «la función manifiesta de la pena sería puramente comunicativa, y como tal se dirigiría a "personas en derecho"; sin embargo, habría funciones latentes (preventivas), que se dirigirían a los "individuos" subyacentes, que se mueven en el plano de lo sensible» (cfr. 2006:3).

dar un poco más sobre esa cuestión y, probablemente, no en el mismo sentido, pues la confirmación de la identidad social a través del mantenimiento de la vigencia normativa se da en el aspecto latente de la función.

Se ha dicho que entre los sociólogos, generalmente, existen dos tipos de confusiones a la hora de conceptualizar la «función»: 1) la tendencia a limitar las observaciones sociológicas a las aportaciones *positivas* de una entidad sociológica al sistema social o cultural en que está comprendida; y 2) la tendencia a confundir la categoría subjetiva de *motivo*, o *móvil*, con la categoría objetiva de *función*.

Esta observación se debe al sociólogo norteamericano Robert King Merton (1972:61), quien trató de dar respuesta a la confusión de la siguiente manera: el primer problema exige un concepto de *consecuencias múltiples* y un *saldo líquido de una suma o agregación de consecuencias*. *Funciones* son las consecuencias observadas que favorecen la adaptación o ajuste de un sistema dado, y *disfunciones*, las consecuencias observadas que aminoran la adaptación o ajuste del sistema. El segundo problema (que nace de la confusión entre motivos y funciones) obliga a introducir una distinción conceptual entre los casos en que el propósito subjetivo coincide con la consecuencia objetiva, y los casos en que divergen. En este contexto se denominan *funciones manifiestas* a las consecuencias objetivas que contribuyen al ajuste o adaptación del sistema, y que son buscadas y reconocidas por los participantes en el sistema; y *funciones latentes*, correlativamente, son las no buscadas ni reconocidas.

En un análisis hecho sobre el castigo, Durkheim dice que las funciones sociales de éste se enfocan también sobre sus funciones latentes (consecuencias para la comunidad) y no se limita a funciones manifiestas (consecuencias para el delincuente) (Merton, 1972:72). Entonces, como la finalidad de un sistema conceptual es orientar la observación hacia elementos destacados de una situación y evitar el olvido inadvertido de esos elementos, es necesario distinguir entre funciones manifiestas y funciones latentes, las primeras relativas a las consecuencias objetivas para una unidad especificada (persona, subgrupo, sistema social o cultural) que contribuyen a su ajuste o adaptación y se esperan así, y las segundas relativas a las consecuencias inesperadas y no reconocidas del mismo orden.

En este orden de ideas, la pena no es retribución de un mal con otro mal, como lo entendieron Kant y Hegel. Tampoco es disuasión, ni prevención general negativa, en el sentido de Feuerbach.¹⁹ En cuanto a su función,

19 En favor de una prevención general intimidatoria, aunque con límites claros, se expresa Muñoz

es, *esencialmente*, prevención general positiva, prevención integración, entendida ésta como aquel instrumento que persigue ejercitar el reconocimiento de la norma y la fidelidad frente al derecho por parte de los miembros de la sociedad. Tiende a restablecer la confianza y a consolidar la fidelidad al derecho, primero respecto de terceros (la ciudadanía, en general) y luego, posiblemente también, respecto del autor de la violación a la norma. La prevención especial, la reeducación, no es la función *principal* de la pena; quizás sería uno de sus efectos posibles y esperables. La función de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de dirección para la relación social (Pérez Pinzón, 2003:126). Por eso, la pena reafirma el propósito orientador y de confianza propio de las normas jurídicas. Los límites de la prevención general no están dados tanto por lo que el buen ciudadano crea que el delincuente se ha ganado, sino, más bien, por lo que se crea necesario —en primer lugar— para la conservación de la confianza en la norma, y —en segundo lugar— para su reintegración al sistema social.

Hay que diferenciar la concepción que aquí se hace, de la que realizan Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002:37 y ss.). Los autores argentinos utilizan la distinción en base al plano discursivo que desarrolla el poder estatal en cuanto al funcionamiento y finalidad de sus instituciones. Así, dicen, las funciones manifiestas son aquellas expresas, declaradas y públicas, y las funciones latentes son las que la institución realiza en la sociedad, o sea la función *real*. Y advierten, con razón, de los peligros de tener funciones manifiestas no punitivas y funciones latentes punitivas. Ello, a mi entender, tiene más que ver con la crítica a un Derecho Penal simbólico (Díez Ripollés, 2003), que con lo que aquí se está sosteniendo.

La pena aquí es entendida desde una doble funcionalidad: una función manifiesta que es la consecuencia objetivamente observable y esperada (la privación de la libertad, la imposición de una multa o una inhabilitación) respecto del autor y producto de su conducta contra derecho, es decir *disfuncional*. En esta función, la pena encuentra su fundamento en el ilícito cometido, atendiendo a la medida de la culpabilidad del autor —es decir al merecimiento de pena—, operando como límite la prevención especial, tomando en cuenta sus posibilidades de readaptación al sistema normativo. En este sentido, la pena se mueve en el plano empírico, cognitivo. Pero también, y *principalmente*, tiene una función latente, que es el restablecimiento de la confianza en la norma transgredida por el sujeto, su confirmación para el mantenimiento del orden social a través del sistema

Conde (1985:122 y ss.). Para un análisis sobre las distintas teorías de los fines de la pena, Roxin (2006:81 y ss.).

normativo. Esto es *prevención general*. Ésta es la más importante de sus consecuencias. Aquella, es su límite.

De esta manera se logra superar una de las críticas que se han levantado en contra de la teoría de Jakobs, como es que, por un lado, al no otorgarle ninguna relevancia al sufrimiento de la pena por parte del condenado, se obviaba su principal consecuencia en el plano empírico (Hassemer, s/f:38)²⁰ que es la de infringir dolor al autor del delito, y si ello no está justificado por motivos preventivos estaría atentando contra la dignidad de la persona y, por otro, se pondría en riesgo el principio de culpabilidad, ya que sostener que la pena responde a necesidades de estabilización social implicaría dejar de lado la medida de proporcionalidad que debe tener la misma. Esa superación se lograría, a mi entender, sin atribuir al dolor la característica de ser un constructo comunicativo (Gómez-Jara Díez, 2008), sin sostener una teoría retributiva funcional (Lesch, 1995:27 y ss.), ni adherir a las llamadas teorías de la unión que hacen depender el tipo de prevención de la pena según sea al momento de la conminación, aplicación o ejecución de la misma (Roxin, 2006:95 y ss.).

Son las funciones latentes de una práctica o creencia las que *no* son de conocimiento común, porque son consecuencias sociales y psicológicas inesperadas y por lo general no reconocidas. Por lo tanto, resultados concernientes a funciones latentes representan un aumento mayor de los conocimientos, que resultados concernientes a funciones manifiestas. Enfocarnos en este tipo de funciones es fundamental a la hora de entender el complejo sistema social, pues

las aportaciones intelectuales *distintivas* del sociólogo se encuentran primordialmente en el estudio de las consecuencias inesperadas de prácticas sociales, así como en el estudio de las consecuencias previstas. Pero hay pruebas suficientes de que en el momento en que la atención investigadora de los sociólogos pasó del plano de las funciones manifiestas al plano de las funciones latentes fue cuando hicieron sus aportaciones mayores y *distintivas* (Merton, 1972:76).

2.3.1. La vinculación respecto de la ubicación del resultado

Conforme a lo que se viene sosteniendo, la función de la pena no es una, sino dos. Una función *manifiesta*, de la medida de la culpabilidad,

20 Sin embargo, últimamente el propio Jakobs ha considerado al «dolor» como parte integrante de la pena sirviendo «como salvaguardia *cognitiva* de la vigencia de la norma»; cfr. (2005:47).

con miras al grado de ilícito cometido y su dañosidad social, y una función *latente* de prevención general que, conforme a criterios de necesidad de pena, propicie el mantenimiento de la confianza de la sociedad en el seguimiento de la norma puesta en cuestión. Esta visión es absolutamente compatible con la idea según la cual el delito de consumación y el de la tentativa acabada tengan la misma consecuencia jurídica en abstracto —escala penal—. No sólo el ilícito es idéntico, sino también la culpabilidad, y el resultado forma parte de la punibilidad, como criterio rector de la prevención general.²¹ Culpabilidad y punibilidad son dos subniveles de la sancionabilidad (Silva Sánchez, 2010:684). La dañosidad social del ilícito no proviene de la producción del resultado, sino de la intensidad del cuestionamiento a la norma.²²

21 Así también Zielinski (1990:249–250), aunque no se entiende muy bien como alguien que considera el ilícito como mera infracción de un imperativo, vale decir sin consideraciones normativas de tipo social, puede admitir un criterio de prevención *general* en la pena. En contra, aunque sin dar una solución propia respecto de la ubicación del resultado, Sancinetti (2004:259–261). No obstante, en su «Prefacio del traductor» al libro de Zielinski ya citado, manifestó con todo énfasis: «si no calculo mal, la imposición creciente del principio de culpabilidad... habrá de imponer con el tiempo la expulsión progresiva del mito del resultado, no sólo del ámbito del "concepto" de *ilícito*... sino también de la *punibilidad*», pág. XVI. Esa postura fue confirmada con las siguientes palabras: «estrictamente, el resultado ni siquiera debería incidir en la medición de la pena»; cfr. Sancinetti (2003:51).

22 Sin embargo, cabe hacer una distinción según la idoneidad de la tentativa, aunque más no sea a modo de *obiter dictum*, pues la temática merece un desarrollo más exhaustivo que el que se ofrece, imposible de poder ser abarcado en este trabajo. La solución que aquí se propone, no debe conducir a pensar en que no sería posible distinguir a nivel de ilícito una tentativa idónea de una inidónea. Una opinión contraria sostiene Silva Sánchez (2010:675–676), ya que, según entiende, el injusto en ambas modalidades de tentativa es el mismo, y que la diferencia se halla en la diferente tipicidad *ex post*, en la que —en caso de inidoneidad— «no puede obtenerse una confirmación del riesgo percibido *ex ante*; no se advierte en ella *ex post* un peligro para bienes jurídicos». En definitiva, considera que a la tentativa inidónea «podría faltarle el aspecto de lesividad o, al menos, la medida de lesividad propia de la tentativa y la frustración ordinaria». A mi entender Silva se equivoca —según creo— debido a que, en su idea de mantener un Derecho Penal orientado a la protección de bienes jurídicos (cfr. nota 28), se vio obligado a buscar el fundamento de la tentativa en la peligrosidad sufrida por el bien. Ahora bien, basándose en la teoría de la peligrosidad, no puede ser la falta de peligro *ex post* la que determine la diferencia entre una y otra tentativa (dejando de lado que, como dice Jakobs «toda tentativa es, ya que no llega a la consumación, examinada desde el desenlace (*ex post*), tentativa inidónea» (1997:872), pues en el caso de la inidónea, la peligrosidad está ausente *ex ante*, y ello es lo que la diferencia de su versión idónea. En palabras de Roxin, «una tentativa es peligrosa (y con ello, idónea) cuando un observador promedio razonable, el cual está provisto además con cualquier conocimiento especial del autor, tuvo que haber considerado *ex ante* que el resultado era seriamente posible» (2007:379) —el original sin el resaltado—).

A cambio de ello, puede seguir sosteniéndose una disminución en la escala penal de la tentativa inidónea, con fundamento en un ilícito de menor gravedad. En estos supuestos estamos en

Aquí se propone identidad de escalas penales, lo que no significa identidad de penas —en concreto—, pues el marco penal constituye el medio apropiado para reflejar la capacidad de motivación, pero también para medir el ilícito (Ziffer, 2005:891-892), y si —como aquí se sostiene— el resultado no aporta nada en la medida del ilícito, no hay razones de peso para variar la escala penal. La mayor justicia se desprende, no sólo de la equiparación en sí misma, sino de la posibilidad de que en el caso concreto un delito tentado pueda ser más severamente penado que uno consumado, atendiendo al mayor grado de injusto que puede tener aquel sobre éste.

Es cierto que podría responderse que de *lege lata* también estaría la posibilidad de arribar a la misma consecuencia —ya que entre la escala penal de la tentativa y la escala de la consumación hay un margen común—, pero ello sería equivocado, pues difícilmente podría argumentarse una pena mayor en un ilícito de tentativa, atento al peso valorativo que establece el legislador al tratar con mayor indulgencia al autor de la tentativa o, si se quiere verlo desde la otra óptica, al tratar más severamente a quien logra la consumación. Bien dice Ziffer, siguiendo a Horn, que

la gravedad de una pena no puede ser determinada en abstracto, sino sólo en relación con el mínimo y el máximo del delito de que se trate. Por lo tanto, toda modificación del marco penal produce, automáticamente, una modificación del parámetro utilizado, y debe alterar, necesariamente, el monto de la pena. Sería un error dejar abierta la decisión acerca de cuál es el marco específico del que se parte, argu-

presencia de un autor que actúa bajo un error, ya sea en el objeto, ya sea en el medio empleado (según algunos autores, la inidoneidad en el sujeto también sería un supuesto de este tipo de tentativas. Sin embargo, creo que esos casos son más bien delitos putativos, antes que casos de tentativa inidóneas). Dicho error decanta en un ilícito de menor gravedad que en el de una tentativa idónea, en la que el autor no contiene tal yerro. En otras palabras, el sujeto actúa imprudentemente al configurar su hecho delictivo, y con ello se atenúa el ilícito cometido. Se trata de una imprudencia *invertida* (así, aunque respecto de la tentativa por burda insensatez, Sancinetti (2004:239 y ss.; 1996:29 y ss.), pues en la imprudencia *al derecho*, la deficiente configuración de su organización se carga en la cuenta del autor, al producir un daño como consecuencia de su error (de tipo evitable), en cambio aquí, la deficiente configuración fue la causa de la frustración del plan. Así como en la imprudencia *al derecho* se agravan las consecuencias de una configuración defectuosa, en la imprudencia *invertida* se deben atenuar.

Pero no debe confundirse lo aquí dicho, con la discusión que gira en torno a la tentativa imprudente. Esto último no puede ser objeto de análisis en este trabajo. Lo que se quiere significar es que quien, en el contexto de un hecho *doloso*, realiza su conducta de tal manera que, por un descuido (imprudencia) en la selección de los medios, o en el objeto, torna imposible la consumación, realiza un ilícito *doloso* menor que aquél otro sujeto que lo lleva delante de modo metódico y, por azar, no logra la consumación.

mentando que la pena es correcta siempre que, de todos modos, se halle abarcada por los marcos penales en conflicto. Pues la pena sólo puede ser fijada en forma relativa, teniendo en cuenta cuál es el mínimo y el máximo previsto (2005:41).

Para decirlo con un ejemplo: A y B, sicarios contratados *independientemente* por la misma persona, planean matar a X y Z, respectivamente. Para ello se proveyeron de un arma cada uno y se colocaron equidistantes respecto de sus víctimas, quienes saldrían a caminar juntos, como habitualmente lo hacían por las tardes. Las armas son de idénticas características, la experiencia en el uso de armas es equivalente en ambos tiradores, y el actuar de cada uno estaba desligado del otro. En el momento en el que X y Z pasan por delante de su proyección de tiro, disparan al mismo tiempo, resultando muerto X, pero no así Z, quien —gracias a un movimiento repentino que hizo para rascarse el hombro— termina sólo lesionado en un brazo. Llegado el juicio, tenemos a A imputado por homicidio consumado de X, y a B por el homicidio tentado de Z. Según nuestro CP la escala penal de la tentativa se reduce de un tercio a la mitad, respecto del delito consumado. En el supuesto del homicidio, la pena oscilaría entre un mínimo de 4 y un máximo de 16 años y 8 meses, frente a la escala de 8 a 25 del consumado²³. Es decir que, teniendo en cuenta ambas escalas, con la presente legislación, hay 8 años y 8 meses de ámbito común (8 años a 16 años y 8 meses). Sin embargo, eso no implica que el Juez pueda mantenerse dentro de ese margen, *obviando* las escalas propias que estableció el legislador, pues los marcos penales constituyen la valoración que el mismo determinó para las distintas variantes de ilicitud. En pocas palabras, el Juez no podría, racionalmente, imponer la misma pena a A que a B, por ej. 14 años a ambos, pues aunque nominativamente sea la misma pena, lo que se comunica es que el hecho tentado fue más grave que el consumado —exactamente lo contrario de lo que ha establecido el legislador—, ya que el primero está casi en su máximo, mientras que el segundo estaría más cerca del mínimo que del máximo.

En conclusión, con la solución que se propone, a identidad de escalas penales, la disparidad —si es que en el caso concreto la hay— entre el delito tentado y el consumado se hallará al momento de la determinación judicial de la pena, pues entre aquel delito y éste no existe más diferencia que la producción de un resultado, y ello no varía el contenido del

23 La Cámara Nacional de Casación Penal, por mayoría, en el Plenario «Villarino», entendió que la reducción en la tentativa se da en la mitad del mínimo y un tercio del máximo. Publicado en www.laleyonline.com.ar. Cita online: AR/JUR/4228/1994.

ilícito, ni tampoco de la culpabilidad, sino sólo —y no siempre— la necesidad de pena, atendiendo a las consideraciones de prevención general. Brevemente: la existencia de resultado no incrementa *per se* la necesidad de pena, como tampoco la falta de aquel, la disminuye. Eso dependerá en el caso en concreto. Aquí sólo se dice que el ámbito en el cual *debe* considerarse el resultado, es el de la punibilidad. De esta manera se proporcionan soluciones políticocriminalmente más justas.

3. Resumen

I. Hay que rechazar la idea según la cual el disvalor de resultado forma parte del ilícito jurídico-penal como lo sostiene hasta nuestros días la doctrina mayoritaria. Tampoco hay que fundamentar la exclusión, en la teoría de las normas basada puramente en imperativos. Bien puede sostenerse un ilícito penal desprovisto del resultado lesivo desde una visión funcionalista del derecho penal orientado a fines preventivos.

II. Por consiguiente, la norma debe entenderse como expectativa de conducta institucionalizada, que tiene por función garantizar el contacto social anónimo en sociedades altamente complejas y, a su vez, como directiva de conducta de no defraudarla. El primer aspecto se dirige a la sociedad toda y a la posible víctima en particular, el segundo aspecto se dirige al posible infractor. Las expectativas existen en tanto exista el deber de no defraudarlas, pues sin el deber sólo queda un mero deseo de observar determinado comportamiento. Sin embargo puede existir un deber sin que exista la expectativa de cumplimiento por haberse perdido la correspondiente cognitividad que debe tener toda norma. En ese sentido el resultado nada aporta a la pérdida o no de la expectativa, pero puede determinar la necesidad o no de imposición de pena.

III. La pena tiene una doble función. Por un lado una función manifiesta, que es la consecuencia observable y tangible de la pena, cuya imposición está determinada por el merecimiento de pena según el grado de injusto cometido. Por otro lado una función latente, cuyas consecuencias no son perseguidas por la sociedad pero que inciden en mayor medida a cohesionarla en cuanto modelo de orientación social que pretende estabilizarse con la pena. En esta función la pena está determinada por la necesidad de la misma, prevaleciendo los criterios de prevención general al momento de su imposición. Entender la pena desde esta perspectiva puede proporcionar mejores herramientas a la hora de fundamentar la igualdad de tratamiento en la punibilidad en abstracto del delito tentado

y el consumado, adquiriendo el resultado –aunque no siempre– relevancia políticocriminal al momento de la determinación judicial de la pena.

IV. Quedan para un análisis posterior las consecuencias sistemáticas que acarrearán las propuestas teóricas expuestas. Pues la exclusión del resultado del ilícito debe producir particulares consecuencias en materia de imputación objetiva, imprudencia, omisión, desistimiento en la tentativa, idoneidad o inidoneidad, realidad o irrealidad de la misma, error, justificación, entre otros.

Referencias bibliográficas

- BACIGALUPO, Enrique (2009). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi; 2da. ed., 2da. reimpr.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1994). *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Barcelona: PPU; 4ta. ed. aumentada.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2003). El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena. En Arroyo, Luis y otros (Coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Castilla–La Mancha: Ediciones de la Universidad de Castilla–La Mancha, Colección Estudios.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (2010). *La teoría de las normas en el derecho penal*. Montevideo: FCU.
- FRISCH, Wolfgang (2000). La imputación objetiva: Estado de la cuestión. En *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminaro en la Universitat Pompeu Fabra)*. Madrid: Cuadernos Civitas.
- FRISCH, Wolfgang (1995). *Tipo penal e imputación objetiva*. Madrid: Colex. Trad. de Cancio Meliá y otros.
- FRISCH, Wolfgang (2004). *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Madrid: Marcial Pons. Trad. de Cuello Contreras y González de Murillo.
- FRISCH, Wolfgang (julio de 2014). *Pena, delito y sistema del delito en transformación*. En <http://www.indret.com>, N° 3.
- FRISTER, Helmut (2011). *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi. Trad. de Marcelo Sancinetti, 1ra. ed.
- GÓMEZ–JARA DÍEZ, Carlos (abril de 2008). *La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolo penal como constructo comunicativo?* En <http://www.indret.com>, N° 2.
- HASSEMER, Winfried (s/f). *Perspectivas del Derecho Penal futuro*. En <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/12/12> [consultado el 23/11/13]. Trad. de Enrique Anarte Borrallo.
- JAKOBS, Günther (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons. Trad. de Cuello Contreras y González de Murillo, 2da. edición corregida.
- JAKOBS, Günther (2005). La pena estatal: significado y finalidad. En *El fundamento del sistema jurídico penal*. Perú: ARA. Traducción de Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijoo Sánchez y Javier Sánchez–Vera Gómez–Trelles.

- JAKOBS, Günther (2003). ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? En *El funcionalismo en Derecho Penal, libro homenaje al profesor GÜNTHER JAKOBS*. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Trad. de Manuel Cancio Meliá.
- JAKOBS, Günther (2004). La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente. En *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Thomson-Civitas. Trad. de Teresa Manso Porto, Javier Sánchez Vera, Carlos Pérez del Valle y Pilar González Rivero.
- JAKOBS, Günther (2003). Derecho Penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. En Jakobs, Günther – Cancio Meliá, Manuel, *Derecho Penal del enemigo*. Madrid: Thomson-Civitas. Trad. de Manuel Cancio Meliá.
- JAKOBS, Günther (2000). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*. Madrid: Cuadernos Civitas. Trad. de Cancio Meliá y Feijoo Sánchez, 1ra. ed., 1ra. reimp.
- KAUFMANN, Armin (2013). Sobre el estado de la doctrina del injusto personal. En FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.), *Estudios de Derecho Penal*, colección *Maestros del Derecho Penal*, N° 40, Montevideo–Buenos Aires: BdeF.
- LESCH, Heiko H. (1995). *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Trad. de Javier Sánchez–Vera Gómez–Trelles.
- MERTON, Robert K. (1972). *Teoría y Estructura sociales*. México: Fondo de Cultura Económica. 3ra. reimp. Trad. de Florentino M. Torner.
- MIR PUIG, Santiago (2002). Introducción a las bases del Derecho Penal. En FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.). 2da. ed., Colección *Maestros del Derecho Penal*, N° 5. Montevideo–Buenos Aires: BdeF.
- MIR PUIG, Santiago (septiembre–diciembre de 1988). Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto. En *ADPCP*, T. XLI, Fasc. III.
- MIR PUIG, Santiago (1995). *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona: PPU. Reimp. de la 3ra. edición.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1985). *Derecho Penal y control social*. España: Fundación Universitaria de Jerez.
- PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando (2003). El funcionalismo en la sociología actual. En *El funcionalismo en Derecho Penal, libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Trad. de Manuel Cancio Meliá.
- ROXIN, Claus (2006). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Tomo 1. Madrid: Civitas. 3ra. reimp. Trad. de la 2da. ed. alemana a cargo de Diego–Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal.
- ROXIN, Claus (2007). *La teoría del delito en la discusión actual*. Grijley. Trad. de Manuel Abanto Vázquez.
- RUDOLPHI, Hans Joachim (2010). El fin del Derecho Penal del Estado y las formas de imputación jurídico–penal. En FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.); Schünemann Bernd (Comp.), *El sistema moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales*. 2da. ed. Colección *Maestros del Derecho Penal*, N° 37. Montevideo–Buenos Aires: BdeF.

- SANCINETTI, Marcelo A. (2004). *Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires: Hammurabi, 1ra. ed., 2da. reimp.
- SANCINETTI, Marcelo A. (2004). *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*. Buenos Aires: Hammurabi, 1ra. ed.
- SANCINETTI, Marcelo A. (1996). *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho Penal*. Publicación N° 8, Colección Estudios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SANCINETTI, Marcelo A., «*Dogmática del hecho punible y ley penal*», edición bilingüe, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.
- SANCINETTI, Marcelo A. (1996). ¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados? Publicación N° 9 en *Cuadernos de Conferencias y Artículos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2010). Aproximación al Derecho Penal contemporáneo. En FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.), Schünemann Bernd (Comp.), *El sistema moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales*. Colección *Maestros del Derecho Penal*, N° 31. Montevideo–Buenos Aires: BdeF.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2003). *Normas y acciones en Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1ra. ed.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2010). Introducción 1991–2012. En FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.), Schünemann Bernd (Comp.), *El sistema moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales*. Colección *Maestros del Derecho Penal*, N° 37. Montevideo–Buenos Aires: BdeF. 2da. ed.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (octubre de 2006). Del Derecho abstracto al Derecho «real». En <http://www.indret.com>, N° 4.
- STRATENWERTH, Günter (2006). *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi. Trad. de Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer, 2da. ed.
- STRATENWERTH, Günter (2005). *Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible*. Buenos Aires: Hammurabi. Trad. de Cancio Meliá y Sancinetti, 1ra. ed.
- WOLTER, Jürgen (2010). Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *Aber ratio Ictus*. En FERNÁNDEZ, Gonzalo D. (Dir.), Schünemann Bernd (Comp.), *El sistema moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales*. Colección *Maestros del Derecho Penal*, N° 37. Montevideo–Buenos Aires: BdeF. 2da. ed.
- ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR Alejandro (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: EDIAR, 2da. ed.
- ZIELINSKI, Diethart (1990). *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*. Buenos Aires: Hammurabi. Trad. de Marcelo A. Sancinetti, 1ra. ed.
- ZIFFER, Patricia (2005). *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2da ed., 1ra. reimp.

Nicolás Cantard

Abogado, egresado de la Universidad Nacional del Litoral. Docente por concurso —Res. N° 448-11-CD— en la materia Penal 1 (período 5/11-12/12). Maestrando en la carrera de Derecho Penal en la Universidad Nacional del Litoral.

REGISTRO BIBLIOGRÁFICO

Nicolás Cantard

«ACERCA DE LA FUNCIÓN DEL DISVALOR DE RESULTADO EN DERECHO PENAL», en *Papeles del Centro de Investigaciones*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL, publicación semestral, año 5, número 16, Santa Fe, República Argentina, 2015, pp. 9-30.