

Claus Roxin

COLECCIÓN
VANGUARDIA EN CIENCIAS PENALES

Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania

Traducción: Miguel Ontiveros Alonso

Comentan: Moisés Moreno Hernández
Verónica Román Quiroz
Miguel Ontiveros Alonso

2
3e

13224



INSTITUTO DE FORMACIÓN PROFESIONAL



Claus Roxin

Es profesor emérito de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Universidad Ludwig Maximilian's de Múnich, Alemania y Director del *Institut für die gesamte Strafrechtswissenschaften*. De su amplia producción científica destacan sus obras: Política criminal y sistema del Derecho Penal, Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal y su Manual de Derecho Procesal Penal, todas, traducidas al español. Su texto, Derecho Penal, Parte General, ha sido igualmente traducido al japonés y al portugués. Su obra está compuesta, básicamente, por 30 libros y más de 150 artículos sobre diversos temas vinculados a las ciencias penales.

La influencia del pensamiento del Maestro Roxin ha quedado patente en diversas escuelas del pensamiento penal contemporáneo. Así lo demuestra que haya sido investido

Claus Roxin
Derecho Penal y Moderno
Curso del Delito

CLAUS ROXIN

Evolución y Modernas Tendencias
de la Teoría del Delito en Alemania

CLAUUS ROXIN
PROFESOR EMÉRITO DE LA UNIVERSIDAD LUDWIG MAXIMILIAN'S
DE MÚNICH, ALEMANIA
DIRECTOR DEL INSTITUT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFTEN

✓ Evolución y Modernas Tendencias
de la Teoría del Delito en Alemania



1.- DELITO - TEORÍA
2.- DERECHO PENAL

CLASIFICACION 343.2
CUTTER R663e
EJEMPLAR 1
No. DE ADQ. 13224
FECHA 27-Sep-10

© Claus Roxin

© UBIJUS Editorial

Av. Jardín N° 592, Col. Euzkadi, C.P. 02660
Del. Azcapotzalco, México D.F.
ubijus@gmail.com
(0155) 55564511
(0155) 53566888

Instituto de Formación Profesional

4ª y 5ª Cerrada de Av. Jardín sin número, Col. Ampliación
Cosmopolita, Del. Azcapotzalco, México D.F.
www.pgjdf.gob.mx
ifp@pgjdf.gob.mx
(0155) 5345-5900

Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal
Calle General Gabriel Hernández N° 56, Col. Doctores,
Del. Cuauhtémoc, C.P. 06720, México, D.F.

ISBN: 978-970-95113-6-9

Dirección de Arte y Diseño:
ROLANDO L. BARTOLO MESÍAS

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Índi

- I. Introducción
- II. Las tres categorías centrales
Penal
- III. El sistema clásico del delito..
- IV. El sistema finalista.....
- V. Mi concepción personal: un
(funcional) del delito con fun
cional
- 1. El fundamento del injusti
tiva basada en el fin del D
- 2. La imputación objetiva e
a. La disminución del ri
b. La falta de realización
c. Riesgo permitido y no
d. El fin de protección de
prohibición de elevaci
e. La participación en un
de la víctima

Índice

I. Introducción.....	9
II. Las tres categorías centrales del sistema del Derecho Penal	10
III. El sistema clásico del delito.....	13
IV. El sistema finalista.....	15
V. Mi concepción personal: un sistema racional-final (funcional) del delito con fundamento político-criminal	18
1. El fundamento del injusto y la imputación objetiva basada en el fin del Derecho Penal	19
2. La imputación objetiva en particular.....	23
a. La disminución del riesgo	24
b. La falta de realización del riesgo.....	24
c. Riesgo permitido y no permitido	25
d. El fin de protección de la norma relativo a la prohibición de elevación del riesgo.....	25
e. La participación en una autolesión consciente de la víctima	27

3. La ampliación de la culpabilidad a la responsabilidad y su fundamento en la teoría de los fines de la pena.....	27
VI. Resumen y perspectivas	35
Comentarios a la conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin.....	37
<i>Moisés Moreno Hernández</i>	
I. Comentarios generales.....	37
1. Sobre el desarrollo de la dogmática penal en Alemania.....	37
2. Sobre las bases de la concepción de Roxin.....	39
II. Comentarios sobre aspectos concretos	43
1. Con relación a las críticas de Roxin al finalismo....	43
2. Sobre otras críticas al finalismo.....	46
3. Sobre la concepción del Prof. Roxin	48
Comentarios a la conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin.....	57
<i>Verónica Román Quiroz</i>	
I. Sistema clásico del delito.....	58
II. Sistema neoclásico del delito	59
III. Teoría de la acción final.....	60
IV. Normativismo teleológico roxiniano (moderado) y normativismo libre de empirismo jakobsiano (radical)	61
V. Críticas hechas a Jakobs	64
1. Derecho penal del enemigo.....	65
1.1 Desarrollos posteriores del Derecho penal del riesgo en el nuevo siglo	68
VI. Soluciones a casos prácticos conforme al normativismo moderado y radical	69

Comentarios a la conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin.....	
<i>Miguel Ontiveros Alarcón</i>	
I. Apunte preliminar.....	
II. ¿Estado de necesidad o legítima defensa? Las situaciones gemelas de la teoría del delito.....	
a. ¿Es la seguridad jurídica una exigencia de relevancia para la configuración del delito.....	
b. ¿Ponderación de intereses.....	
III. Nota sobre los principios de la teoría del delito del enemigo en el Derecho penal.....	
IV. Acerca de teorías de la responsabilidad.....	
V. Términos y conceptos.....	
VI. Notas sobre la teoría del delito.....	
a. El principio de la culpabilidad.....	
b. Acerca del principio de la responsabilidad.....	
VII. Conclusión	

	Comentarios a la conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c.	
	mult. Claus Roxin.....	73
	<i>Miguel Ontiveros Alonso</i>	
	I. Apunte preliminar.....	74
	II. ¿Estado de necesidad justificante en el caso de las to-	
	rres gemelas de Nueva York?	74
	a. ¿Es la seguridad nacional un bien jurídico de mayor	
	relevancia que la vida?	75
	b. ¿Ponderación de bienes o ponderación de intereses?	77
	III. Nota sobre los postulados especiales del derecho penal	
	del enemigo en Jakobs	79
	IV. Acerca de teorías complicadas y de ciertos dogmá-	
	ticos	81
	V. Términos y contenidos en la teoría del delito	83
	VI. Notas sobre la concepción funcionalista de Claus Roxin	85
	a. El principio de disminución del riesgo.....	86
	b. Acerca del riesgo permitido	87
	VII. Conclusión	89

Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania*

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin

I. INTRODUCCIÓN

El derecho penal alemán es un derecho penal sistemático, que se distingue de otros ordenamientos jurídicos que están orientados predominantemente a juicios previamente resueltos en los Tribunales, es decir, a resoluciones recaídas respecto de casos reales. Por lo que respecta a los fundamentos del derecho penal, esta diferencia no debe ser sobrevalorada, pero tampoco minimizada. Así, por un lado, la evolución del derecho penal alemán es esencialmente impulsada por la legislación y por la ciencia, pero también por la jurisprudencia.

* Traducción de Miguel Ontiveros Alonso, Director General del Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Agradezco al Prof. Dr. h.c. Francisco Muñoz Conde, Catedrático de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, la gentileza que ha tenido conmigo al revisar y corregir atinadamente esta traducción.

Abreviaturas utilizadas: StGB (Código Penal Alemán); StPO (Código Procesal Penal Alemán); § (Parágrafo).

cia: las “Resoluciones del Tribunal Supremo Alemán en Materia Penal”, una colección que hasta el día de hoy integra 50 volúmenes, es utilizada regularmente por penalistas y estudiantes. Por otro lado, las sentencias de nuestros Tribunales se ubican también en este universo jurídico, pues se orientan según el texto de la ley y los principios de la teoría general del delito, todo lo cual se enmarca en el denominado sistema del derecho penal.

Tal y como lo dijera nuestro gran filósofo Kant, un sistema es un “todo del conocimiento ordenado por principios”¹. Un sistema de la teoría general del delito pretende generar un orden lógico que abarque a todas las categorías del delito relacionadas con el comportamiento punible. La ciencia que se ocupa de la sistematización de la ley y del conocimiento generado por la ciencia y la jurisprudencia es la dogmática jurídico penal, la cual tiene una larga tradición en Alemania². La ventaja de la sistematización de los presupuestos generales del delito se puede apreciar, particularmente, cuando los fundamentos en que se basa una sentencia se observan claramente, siendo expuestos y relacionados de forma racional y llena de sentido. De este modo se logra un orden muy firme para comprobar los presupuestos de la responsabilidad en un caso concreto. De esta forma se asegura un tratamiento equilibrado de los casos, pudiéndose observar claramente los puntos más importantes del asunto objeto de análisis.

II. LAS TRES CATEGORÍAS CENTRALES DEL SISTEMA DEL DERECHO PENAL

Desde hace aproximadamente cien años se ha construido en Alemania, y en diversas partes del mundo, –salvo en el ámbito jurídico

1 *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft*, Tomo. 5 der von Weischedel herausgegebenen Werkausgabe, Página. 11.

2 Una exposición más detallada de “Strafrechtsdogmatik und Strafrechtssystem” se puede ver en ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Tomo. 1, § 7 (en idioma alemán, 4ª edición, 2006; traducida al español, 2ª edición, 1994).

angloamericano– un sistema de categorías estrechamente vinculadas y culpabilidad³. Mediante el principio de culpabilidad se aplica a cada una de las descripciones especiales del código penal⁴; por ejemplo, homicidio, robo o fraude. Así, se demuestra que el comportamiento descrito en la descripción del delito contemplado en el código penal no habrá sanción para el autor. Si el comportamiento es reprochable o perjudicial, se aplicará un principio fundamental del código penal no sólo en el código penal (§ 103, párrafo 2): para los presupuestos de tipo correspondiente se requiere realizar mayores indagaciones.

En el caso de que el autor se defienda, habrá que analizar, en segundo lugar, si el comportamiento también es antijurídico. Esto se puede hacer en aquellos casos concretos en los que se alega una causa de justificación. La causa de justificación es reconocida universalmente en el código penal: quien golpea a su agresor, pero está justificado por otras causas de justificación en el ordenamiento jurídico. En el caso de que, por ejemplo, el derecho a la detención procesal penal): quien después de haber sido sentenciado a un delincuente que pretendiera darse a la fuga, debe

3 Una mayor aproximación puede verse en el pie de página 2, §§ 10, 11.

4 A partir de ahora y de forma abreviada

angloamericano— un sistema del derecho penal sustentado en tres categorías estrechamente vinculadas entre sí: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad³. Mediante el concepto de “*tipo*” se hace referencia a cada una de las descripciones delictivas ubicadas en la parte especial del código penal⁴; por ejemplo: lesiones, daño en propiedad ajena, robo o fraude. Así, resulta necesario que en cada caso se demuestre que el comportamiento del autor se corresponde con la descripción del delito contemplada en el código penal. De no ser así, no habrá sanción para el autor. Lo mismo sucederá si su comportamiento es reprochable o perjudicial. Es en este punto donde destaca un principio fundamental del derecho penal alemán contemplado no sólo en el código penal (§ 1), sino también en nuestra Constitución (Artículo 103, párrafo 2): ¡no hay pena sin ley! Si no se realizan los presupuestos de tipo correspondiente, entonces ya no será necesario realizar mayores indagaciones en torno a la responsabilidad.

En el caso de que el autor se haya conducido de forma típica, habrá que analizar, en segundo lugar, si su comportamiento también es antijurídico. Esto se podrá afirmar regularmente, salvo en aquellos casos concretos en los que la antijuridicidad es excluida por una causa de justificación. La causa de justificación más importante y reconocida universalmente es la legítima defensa (§32 del Código penal): quien golpea a su agresor realiza el tipo de un delito de lesiones, pero está justificado por la defensa legítima. Existen muchas otras causas de justificación ubicadas en diferentes niveles del ordenamiento jurídico. En el derecho procesal penal se encuentra, por ejemplo, el derecho a la detención provisional: (§127 del código procesal penal): quien después de cometer un delito detenga provisionalmente a un delincuente cuya identidad era desconocida y que pretendiera darse a la fuga, deberá ponerlo a disposición inmediata

3 Una mayor aproximación puede apreciarse en, ROXIN, así como en la obra señalada en el pie de página 2, §§ 10, 14, 19.

4 A partir de ahora y de forma abreviada: StGB.

de la policía. Este comportamiento se corresponde con el tipo penal de privación ilegal de la libertad (§239 StGB), pero está justificado por la figura de detención provisional.

Tipicidad y antijuridicidad se engloban en el concepto jurídico penal de *injusto*. Quien incurre en una acción típica sin estar amparado por una causa de justificación se ha comportado de forma ilegal. Por el contrario, el comportamiento típico amparado por una causa de justificación es legal.

Como tercer nivel de la estructura del delito se ha impuesto en Alemania la categoría de culpabilidad. Un comportamiento típico y antijurídico (= injusto jurídico penal) solamente puede ser sancionado cuando el autor se ha comportado culpablemente. Esto falta, por ejemplo, según el §20 del StGB, cuando el autor padece una enfermedad mental. Según el texto de la ley, el autor incurrirá también en un comportamiento no culpable cuando se encuentre en un error invencible respecto de la antijuridicidad del hecho (§17 del StGB) o también cuando se conduzca de forma típica y antijurídica con el objeto de salvarse a sí mismo o a un tercero de un peligro para la vida (§35 StGB).

La distinción entre injusto y culpabilidad, que en realidad aún no ha sido aclarada en el ámbito anglosajón, tiene el objetivo de diferenciar claramente dos conceptos diversos. De tal manera que es muy diferente que una persona se haya conducido lícitamente, a que aún y cuando se haya comportado antijurídicamente no sea sancionada. Esta distinción tiene igualmente un importante significado en la práctica. De tal forma que una persona puede ejercer la legítima defensa en contra de quien se conduce antijurídicamente, aunque su comportamiento no sea culpable, por ejemplo, en contra de una persona con una enfermedad mental, pero no se puede hacer lo mismo en contra de una detención provisional justificada. Así mismo, es posible que una conducta ilícita no culpable quede sin pena alguna, como puede suceder que a ese mismo comportamiento le corres-

ponda una de las de caso del internamiento (§63 StGB). Por el injusto perpetrado para el futuro.

En torno a los f existe todo un desarrollo otros niveles de y se verifican también. Las diferentes concepciones a continuación, se han mún. Todas las nuevas constituyen sólo un desarrollo permanente.

Las diferencias se ubican en las categorías de culpabilidad), sino en perspectiva sencilla y de medias, a los dos sistemas clásico (III) y el sistema de forma más detallada.

III. EL SISTEMA

Aproximadamente concepción, conociendo los aspectos naturales del sistema del derecho en su calidad de ciencias y relativos a la causa

5 JAKOBS y sus seguidores bien jurídico, sino conocer la distinción en toda una conferencia.

ponda una de las denominadas medidas de seguridad, como sería el caso del internamiento del enfermo mental en un hospital psiquiátrico (§63 StGB). Por supuesto, tales medidas se aplican con base en el injusto perpetrado por el agente y en su grado de peligrosidad de cara al futuro.

En torno a los fundamentos sistemáticos referidos hasta ahora existe todo un desarrollo continuo, tanto en Alemania como en muchos otros niveles de la dogmática internacional del derecho penal, y se verifican también propuestas recientes no exentas de debate⁵. Las diferentes concepciones sistemáticas, de las cuales me ocuparé a continuación, se han desarrollado con base en un fundamento común. Todas las nuevas elaboraciones dentro de la teoría del delito constituyen sólo diferentes niveles de evolución en el ámbito de un desarrollo permanente.

Las diferencias entre cada una de las distintas concepciones no se ubican en las categorías fundamentales (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad), sino en su contenido. Abordaré aquí, desde una perspectiva sencilla y dejando a un lado las diversas concepciones intermedias, a los dos sistemas más importantes del pasado: el sistema clásico (III) y el sistema finalista (IV), para posteriormente exponer, de forma más detallada, mi propia concepción (V).

III. EL SISTEMA CLÁSICO DEL DELITO

Aproximadamente entre 1880 y 1930 se elaboró en Alemania una concepción, conocida hoy como "clásica", en la que predominaban los aspectos naturalísticos. Esta concepción buscaba construir un sistema del derecho penal con base en las ciencias de la naturaleza, en su calidad de ciencias exactas, implementando factores psíquicos y relativos a la causalidad. Así, por injusto se entendía la causación

5 JAKOBS y sus seguidores, quienes no ven al hecho punible como la lesión de un bien jurídico, sino como una afectación a la validez de la norma, tienden a fortalecer la distinción entre injusto y culpabilidad. Discutir acerca de ello requeriría toda una conferencia.

de un resultado prohibido. Binding, uno de los dogmáticos más significativos de ese tiempo, entre 1880 y 1920, englobó en unas cuantas palabras el significado de esta teoría: "las prohibiciones mandan no causar; en cambio, los mandatos ordenan lo contrario: que se cause". El injusto se mantuvo limitado al marco de los factores externos del hecho. Por el contrario, la culpabilidad se edificó con base en todos los elementos subjetivos que vinculaban al autor con el hecho punible. La imputabilidad era el presupuesto de la culpabilidad, del mismo modo que el dolo y la culpa eran concebidos como formas de culpabilidad. Este es el conocido como "concepto psicológico de la culpabilidad".

La división de los elementos del delito entre objetivos y subjetivos se considera superada en Alemania, aunque en otros países es conservada parcialmente, aún y cuando las debilidades de esta concepción son fáciles de identificar.

En primer lugar, resulta que en múltiples ocasiones no se puede separar la parte objetiva y subjetiva de la acción delictiva. De tal forma que no hay un robo "objetivo" (§242 StGB) que se pudiera calificar como injusto penal. Un simple apoderamiento que no vaya acompañado del dato subjetivo del dolo es una simple sustracción irrelevante desde la perspectiva jurídico-penal y no constituye un injusto. Una coacción de tipo sexual (§178 StGB) carente de la motivación sexual del autor no puede ser concebida como un "delito sexual" desde un punto de vista puramente objetivo. Tampoco el injusto en la tentativa puede ser valorado sin que se determine aquello que desde el punto de vista subjetivo pretendía el autor.

En segundo lugar, el sustento del injusto en la causalidad abrió un campo muy amplio a la atribución de responsabilidad. Así, al cometerse un homicidio y según las ciencias de la naturaleza, también el padre y el abuelo del homicida serían causa de ese homicidio. Pero

6 *Die Normen und ihre Übertretung*, Tomo. 1, 4ª edición, 1922, p. 123.

obviamente es absurdo atribuir al vendedor de autos es causados por el comprador. El simple sustento del sentido de culpabilidad alguna respecto de los hechos, siempre que el auto haya

En tercer lugar, y contrariamente al momento, la culpabilidad es exclusivamente subjetiva. A ello, por ejemplo, en el caso de que un conductor de un auto se desvíe de la carretera y se ocasiona un accidente, no se puede acreditar una culpabilidad del auto si el conductor no tiene la capacidad de ser objetivo y si el accidente sucede en los casos de estado de necesidad basan en datos objetivos. Las causas de fuerza mayor no pueden exculparlo sin un error que, por ejemplo, no resulta su culpabilidad si se supone de éste referente a un estado de necesidad, cuando la situación no existió. Ésta debe ser un error sobre la existencia de un estado de necesidad, como en el caso de que sea inventado.

IV. EL SISTEMA FINALIS

El conocido como sistema de *Finalis* de Welzel (1904-1979)⁷ dominó la doctrina del hecho penal en Alemania entre 1950 y 1970, y tuvo una gran resonancia en el extranjero. Es un sistema que se centra en la causalidad, sino en el

7 La última exposición completa de *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*.

obviamente es absurdo atribuirles el injusto de homicidio. También el vendedor de autos es causal respecto de todos los accidentes ocasionados por el comprador. No obstante, se podría afirmar con el simple sustento del sentido común, que el fabricante no tiene responsabilidad alguna respecto de las lesiones u homicidios cometidos, siempre que el auto haya sido fabricado sin defectos.

En tercer lugar, y contrario a lo que se pudiese pensar en un primer momento, la culpabilidad no puede ser entendida como algo exclusivamente subjetivo. A escala de la imprudencia inconsciente—por ejemplo, en el caso de que un trabajador olvide colocar una señal en la carretera y se ocasione entonces la muerte de varias personas—no se puede acreditar un elemento subjetivo. Tampoco la capacidad de culpabilidad del autor es una cuestión subjetiva, pues dicha capacidad debe ser objetiva y científicamente acreditada. Lo mismo sucede en los casos de estado de necesidad exculpante, los cuales se basan en datos objetivos. Las representaciones subjetivas del autor no pueden exculparlo sin un fundamento objetivo. De tal manera que, por ejemplo, no resulta suficiente para exculpar al autor la mera suposición de éste referente a que se encontraba en una situación de estado de necesidad, cuando desde el punto de vista objetivo dicha situación no existió. Ésta debe existir realmente. De tal forma que el error sobre la existencia de un estado de necesidad sólo puede exculpar en el caso de que sea invencible (§35, párrafo 2 StGB).

IV. EL SISTEMA FINALISTA

El conocido como sistema de la acción finalista fundado por Hans Welzel (1904-1979)⁷ dominó la discusión sobre el sistema del derecho penal en Alemania entre 1930 y 1970 y generó también una gran resonancia en el extranjero. Este sistema no fundamenta el injusto penal en la causalidad, sino en la acción final del ser humano. El

⁷ La última exposición completa de su concepción se encuentra en Hans WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*; 11ª edición, 1969.

del acontecer causal, entonces comete un aborto doloso (§218 StGB) quien voluntariamente mata al embrión. Pero si debido a lo complicado de las reglas jurídicas relativas al aborto en Alemania, el autor ejecutó el hecho –como es absolutamente posible– considerándolo sin más como permitido, eso no cambia nada el contenido del dolo según la doctrina finalista, sino que es un problema relativo a la culpabilidad. La reprochabilidad faltaría únicamente en caso de que el error fuese invencible, de tal manera que conforme a derecho, a pesar del error en el que se encuentra, el autor puede ser sancionado por un aborto doloso.

Por el contrario, los clásicos, conforme a su concepción causal-psicológica, consideraban al conocimiento de la antijuridicidad como un componente del dolo (como elemento subjetivo de la culpabilidad), de tal manera que llegaban a una solución diferente, a la absolución. La jurisprudencia alemana y más tarde también el legislador (en el §17 StGB), siguieron en este punto a la teoría finalista, lo que de ninguna manera se tradujo en la solución de todos los problemas relacionados con la reprochabilidad.

La teoría finalista significó un progreso esencial y significativo respecto del sistema clásico del delito, pues eliminó estos problemas. Esta teoría dio a conocer que lo injusto del hecho no depende solamente de elementos objetivos, sino también de la predisposición de un fin (el dolo) del autor. También puso un límite a la expansión del injusto que hasta ese momento se reducía a la causalidad: conforme a esto, el padre del asesino y el fabricante de autos que expuse en mis ejemplos no cometen el injusto de homicidio, toda vez que su dolo no estaba dirigido a ese fin. Así mismo, reconoció que la culpabilidad no se puede fundamentar en la relación psicológica entre el hecho y su autor.

Por otro lado, el sistema finalista tiene también debilidades de consideración, de entre las cuales solamente puedo destacar aquí las

más importantes⁹. Así, todos los intentos realizados por el finalismo para aclarar la punibilidad de la acción imprudente han fracasado. El autor imprudente no dirige directamente el curso causal hacia el resultado obtenido y sin embargo es sancionado. Tampoco el injusto de los delitos de omisión puede entenderse como una acción final. Así, el autor de un delito de omisión no dirige el curso causal hacia el resultado producido, sino que simplemente no interviene en el desarrollo de un acontecimiento causal que es independiente de él.

Incluso en la comisión de delitos dolosos puede el finalismo tener problemas: en el caso de que el fabricante de autos advierta o incluso quiera que uno de sus autos, fabricado conforme a la normativa prescrita en ese ámbito, sea utilizado para cometer un homicidio durante un accidente, dicho fabricante no colma el tipo penal de homicidio a pesar de esas consecuencias. Incluso el contenido de la culpabilidad –por llamarle aquí de alguna forma– sería también insuficiente utilizando el criterio de “poder conducirse de otra forma”, tal y como lo mostraré más adelante. De ahí que la teoría finalista tan solo tenga hoy, en Alemania, a unos cuantos seguidores a pesar del reconocimiento de algunos de los resultados a los que llega, y que se hable más de esta teoría en el sentido de que forma parte de una época histórica de la dogmática penal y no de su presente y futuro.

V. MI CONCEPCIÓN PERSONAL: UN SISTEMA RACIONAL-FINAL (FUNCIONAL) DEL DELITO CON FUNDAMENTO POLÍTICO-CRIMINAL.

Causalismo y finalismo coinciden, a pesar de todas sus diferencias, en construir el sistema con base en datos derivados del *Ser* (la

⁹ Para información más detallada al respecto, me remito a mis dos trabajos, con los que inicié y concluí definitivamente mis análisis sobre el finalismo: “Zur Kritik der finalen Handlungslehre”, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Tomo. 74, 1962, p. 515 y ss., así como: “Vorzüge und Defizite des Finalismus. Eine Bilanz”, en: *Festschrift für Androulakis*, Athen, 2003, p. 573 y ss.

causalidad o la conditio delicti desarrollado y fundamenta en la función penal y de la pena, y valores valorativas y políticas. Para referirnos a ella usaremos el término racional-final o función del injusto de la pena encomendada el delito, la cual denomino “razón de la pena. Esto requiere:

1. El fundamento de la pena en el fin del delito

Cuando uno se pregunta si el tipo penal es posible encontrar una justificación es que el derecho penal no es una minada religión o institución que nos una vida en comunidad, sino que garantiza la libertad individual. El derecho penal tiene su origen en la ilustración europea y la moderna teoría del Estado. De la globalización, la libertad son problemas.

Los elementos del delito pueden tener una vida propia por el derecho penal. Los tipos jurídicos son, por ejemplo, el tipo sexual, la libertad de expresión, la libertad de prensa, entre otros. De los bienes jurídicos la

causalidad o la conducción de la acción). El sistema de la teoría del delito desarrollado por mí transita por una vía muy diferente: se fundamenta en la función social, en el fin (la misión) del derecho penal y de la pena, y construye el sistema basándolo en las decisiones valorativas y político-criminales que se ubican detrás de estos fines. Para referirnos a ella, podemos llamarla una construcción sistemática racional-final o funcional. Su idea fundamental es que la estructura del injusto se construye de acuerdo con la función que tiene encomendada el derecho penal; por el contrario, la culpabilidad (a la cual denomino "responsabilidad"), se edifica con base en el fin de la pena. Esto requiere ser aclarado mediante ejemplos.

1. El fundamento del injusto y la imputación objetiva basada en el fin del Derecho penal.

Cuando uno se pregunta acerca de la función social del derecho penal es posible encontrar una diversidad de respuestas. Mi respuesta es que el derecho penal no tiene como tarea imponer una determinada religión o ideología, sino que debe asegurar a los ciudadanos una vida en común que sea segura y pacífica, y más aun, debe garantizar la libertad personal. La consideración de esta función del derecho penal tiene una larga tradición. Deriva de la época de la ilustración europea en el siglo XVIII, que sentó las bases de la moderna teoría del Estado en occidente. Ésta es reconocida, en la época de la globalización, en gran parte del mundo, porque la seguridad y la libertad son problemas centrales de las sociedades modernas.

Los elementos que son indispensables para que el ser humano pueda tener una vida en común segura y pacífica son denominados por el derecho penal alemán como "bienes jurídicos". Estos bienes jurídicos son, por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, la libertad de movimiento, la propiedad o el derecho de familia, entre otros. De tal manera que sin la seguridad en torno a estos bienes jurídicos la vida en común no es posible. Junto a los bienes

jurídicos individuales, de entre los cuales he mencionado algunos, se encuentran los bienes jurídicos de la sociedad, como la moneda o el derecho a la justicia. Estos bienes permiten una coexistencia pacífica y libre entre los ciudadanos. Esta coexistencia no sería posible si se pagara con moneda falsa o a través de declaraciones falsas ante los tribunales, o si las sentencias fueran dictadas por jueces corruptos.

La función del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, en tanto éstos no puedan ser salvaguardados mediante medios menos gravosos (como el derecho civil o a través de medidas político-sociales). Los medios menos gravosos deben preceder al derecho penal, porque limitan menos la libertad del ciudadano en comparación con la pena, que muchas veces puede poner en peligro la propia existencia.

La idea básica que he elegido para fundamentar, desde una perspectiva político-criminal, al injusto, es que el derecho penal no tiene como finalidad la protección de todo bien jurídico. Dicho en pocas palabras: "el derecho penal sirve para la protección subsidiaria de bienes jurídicos"¹⁰. Cuando uno se pregunta cómo es que se puede lograr la protección de bienes jurídicos a través del derecho penal, la respuesta resulta lógica y evidente: si se prohíbe superar los límites del riesgo tolerado para proteger los bienes jurídicos y alguien supera mediante su actuar los límites permitidos del riesgo y éste se realiza en el resultado, entonces se es autor de un hecho prohibido.

Con esto he referido el pensamiento básico de la teoría de la imputación objetiva desarrollada por mí: un sujeto es autor de un injusto penal cuando, sin estar amparado por una causa de justificación,

10 Con mayor profundidad; ROXIN, "Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?", en: *Hefendehl (Herausgeber), Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, 2005, p. 135 y ss. Así mismo, la 4ª edición de mi manual *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2006, contiene en el párrafo § 2 una exposición básica de mi teoría del bien jurídico.

ha creado un riesgo protegido y este riesgo

Esto se puede a...
 ductor supera clara...
 denamiento jurídi...
 debido a que por l...
 superado el límite...
 go no permitido p...
 se ha realizado en...
 es, entonces, respon...
 Por el contrario, si...
 ordenamiento jurí...
 pierde la vida un s...
 del Código Penal...
 menta en la creació...
 homicidio imprude...
 de velocidad perm...
 en caso de haber r...
 ejemplo, el peatón...
 tal forma que tampo...
 do por el ordenamie...
 cierto que en un cas...
 pero este riesgo no s...
 aquí simplemente a...

Mientras se entie...
 dico generada medi...
 igualmente se podrá...
 giro de lo óptico a lo...
 de las cosas hacia el...
 y finalidad son categ...
 teorías elaboradas co...
 homicidio, un daño

ha creado un riesgo no permitido para un bien jurídico penalmente protegido y este riesgo se ha realizado en un resultado prohibido.

Esto se puede aclarar a través de sencillos ejemplos. Si un conductor supera claramente el límite de velocidad permitido por el ordenamiento jurídico y atropella a un peatón causándole la muerte debido a que por la velocidad no pudo frenar, entonces, por haber superado el límite de velocidad permitido, es que ha creado un riesgo no permitido para el bien jurídico vida, y este riesgo también se ha realizado en el resultado de muerte del peatón. El conductor es, entonces, responsable de un homicidio imprudente (§222 StGB). Por el contrario, si a pesar de que su conducción es respetuosa del ordenamiento jurídico, se ve inmiscuido en un accidente en el que pierde la vida un ser humano, no le será aplicable el parágrafo 222 del Código Penal Alemán, toda vez que el resultado no se fundamenta en la creación de un riesgo no permitido. Tampoco habrá un homicidio imprudente cuando el conductor haya superado el límite de velocidad permitido y el resultado también se hubiese producido en caso de haber respetado el ordenamiento jurídico, porque, por ejemplo, el peatón se colocó intempestivamente frente al auto, de tal forma que tampoco un auto conducido conforme a lo establecido por el ordenamiento jurídico hubiera podido frenar a tiempo. Es cierto que en un caso como este se ha creado un riesgo no permitido, pero este riesgo no se ha realizado en el resultado. Nos encontramos aquí simplemente ante un exceso de velocidad prohibido por la ley.

Mientras se entienda al injusto como la lesión de un bien jurídico generada mediante la realización de un riesgo no permitido, igualmente se podrá apreciar el cambio de perspectiva, es decir, un giro de lo óntico a lo normativo, un cambio que va de la naturaleza de las cosas hacia el establecimiento de fines valorativos. Causalidad y finalidad son categorías del Ser, que desde el punto de vista de las teorías elaboradas con base en estos conceptos, deciden lo que es un homicidio, un daño en propiedad ajena o unas lesiones. Por el con-

trario, si se parte de la concepción aquí desarrollada, un homicidio presupone –y sólo pondré este ejemplo– ciertamente un sustrato empírico (un hombre muerto). Pero el hecho de que la causación de una muerte pueda ser considerada un homicidio, será una decisión normativa (=valorativa), dependiendo de si se respetó o se superó el riesgo permitido y si éste se realizó en el resultado.

El ejemplo que he elegido del tráfico automovilístico puede mostrar aún más cosas: que el concepto de la imputación objetiva que integra a la ponderación de una dualidad de intereses: seguridad y libertad, ponderación que se encuentra también en el concepto de protección subsidiaria de bienes jurídicos, nos puede llevar a otro punto de partida y a niveles superiores de validez. Si se tratara de proteger solamente al bien jurídico seguridad, entonces se tendría que prohibir la conducción automovilística. De esta forma se salvarían, con certeza estadística, miles de vidas humanas cada año. Pero eso significaría, al mismo tiempo, una pérdida de libertad insoportable para los ciudadanos en particular. La posibilidad de que el hombre se pueda mover cada vez con mayor facilidad y de lograr una vida independiente se vería afectada, al mismo tiempo que la necesidad de transportar bienes y productos necesarios para tener una vida digna se vería limitada. El resultado de una ponderación establece que el tráfico automovilístico puede ser permitido, siempre que se establezcan reglas claras de tránsito para mantener el riesgo en el ámbito de lo permitido; de tal forma que quien en el tráfico automovilístico supere el límite máximo de riesgo tolerado y produzca un resultado lesivo, le será imputado el resultado de homicidio o lesiones según corresponda.

En suma: en la categoría del injusto se plasma el fin político-criminal del derecho penal que se traduce en la protección subsidiaria de bienes jurídicos. De la concepción que sostiene la protección de bienes jurídicos se deriva la teoría de la imputación objetiva, a través de la cual sólo se prohíbe crear riesgos no permitidos para bienes jurídico-penalmente protegidos, y conforme a la cual, procede imputar al

autor el daño causado al bien ju de la creación previa de un riesgo del riesgo no permitido, resulta ción de intereses respecto de ca do, en la cual juegan un papel fu y la libertad. Todas estas tesis se co-criminal y tienen un sustent del derecho penal. De ahí que sistema por mi propuesto y otro en el pasado, basados en los ha

2. La imputación objetiv

La teoría de la imputación de 1970¹¹ se encuentra en el ce penal alemana y ha generado jero. Mi colega, el Profesor Fri burg)¹², escribió en el año 200 teoría final de la acción, no sólo tos, sino también por la atenci el Profesor Hendrik Schneider generado un cambio de parao Quiero referirme de forma má creo haberlo ya demostrado, e tante– de una relación sistemá

11 "Gedanken zur Problematik de Richard M. Honig, 1970, p. 133 y leme, 1973, p. 123 ff.).

12 "Die Genesis der Lehre von der droulakis, 2003, pp. 651 y ss. (66

13 "Kann die Einübung in Norman p. 271.

autor el daño causado al bien jurídico, siempre que éste sea el reflejo de la creación previa de un riesgo no permitido. En torno al principio del riesgo no permitido, resulta indispensable realizar una ponderación de intereses respecto de cada bien jurídico penalmente protegido, en la cual juegan un papel fundamental los intereses de seguridad y la libertad. Todas estas tesis se fundamentan en una premisa político-criminal y tienen un sustento en consideraciones orientadas al fin del derecho penal. De ahí que desde los fundamentos, se distinga el sistema por mí propuesto y otros esfuerzos de sistematización hechos en el pasado, basados en los hallazgos objetivos y subjetivos del Ser.

2. La imputación objetiva en particular

La teoría de la imputación objetiva desarrollada por mí a partir de 1970¹¹ se encuentra en el centro de la discusión de la dogmática penal alemana y ha generado también un gran interés en el extranjero. Mi colega, el Profesor Friedrich-Christian Schroeder (Regensburg)¹², escribió en el año 2003: “esta teoría ocupará el lugar de la teoría final de la acción, no sólo por lo destacado de sus fundamentos, sino también por la atención que ha causado en el extranjero”, y el Profesor Hendrik Schneider (Leipzig)¹³ señaló al respecto: “que ha generado un cambio de paradigma en la literatura jurídico-penal”. Quiero referirme de forma más concreta a esta teoría, aunque como creo haberlo ya demostrado, es tan sólo un fragmento –muy importante– de una relación sistemática de mayor envergadura.

11 “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht”, en: *Festschrift für Richard M. Honig*, 1970, p. 133 y ss. (también en: *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 123 ff.).

12 “Die Genesis der Lehre von der objektiven Zurechnung”, en: *Festschrift für Androulakis*, 2003, pp. 651 y ss. (668).

13 “Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?”, 2004, p. 271.

Una exposición más detallada se justifica, toda vez que los conceptos relativamente sencillos de esta teoría, y a los cuales ya he hecho referencia, posibilitan la solución plena de casos concretos, de entre los cuales sólo puedo esbozar aquí algunos de ellos de forma muy breve, pero que sustentan el sentido práctico de esta teoría así como la resonancia que ésta ha causado.

a) *La disminución del riesgo*

La imputación no es procedente cuando el autor no crea un riesgo para el bien jurídico, sino que únicamente disminuye un riesgo previamente creado. Así, por ejemplo, no se realiza el tipo penal de lesiones, cuando alguien desvía el cuchillo del agresor que iba dirigido hacia el pecho de la víctima impactando entonces en el brazo. No hay participación jurídico-penalmente relevante en un robo o fraude, cuando alguien no puede evitar que el autor omita su actuar delictivo, pero sí lo motiva para que se de por satisfecho con un botín significativamente menor. En casos como éste, el tercero no ha aumentado la situación de riesgo para el bien jurídico, sino que en realidad la ha mejorado.

b) *La falta de realización del riesgo*

Cuando alguien es invitado a dictar una conferencia, o a pasar unas vacaciones en el extranjero, y en ese lugar se verifica una catástrofe natural o al invitado le sucede un accidente, la persona que le ha invitado no comete el tipo penal de homicidio, aunque él sea causal del acontecimiento. Esto se debe a que tales sucesos pertenecen al denominado "riesgo general de vida", el cual es jurídicamente irrelevante. Aquí lo que falta es la realización de un riesgo imputable a la persona. Lo anterior vale también para el caso en que el anfitrión haya tenido la intención de que tal accidente mortal sucediera. Esto es así toda vez que las malas intenciones por sí solas no son punibles, de tal manera

que en nada cambian el camente relevante para puede ampliar a todos los excluyendo así, desde el pero no puede lograrse respecta al finalismo, pu forma muy limitada y co

c) *Riesgo permitido*

Tan comunes como l riesgo, son aquellos en crea un riesgo estadístic debido a los intereses s permitido siempre que dos. La imputación del r fundamente en la creaci

Esto ya fue ejemplif válido también para los respetan todas las medi un resultado lesivo, no s o el homicidio causado. de seguridad y se crea resultado, nos encontra ante un tipo doloso, sie biera sido considerado

d) *El fin de protecc elevación del ries*

La imputación objet do los límites del riesg resultado, en aquellos ducido no sea abarcado

que en nada cambian el que no se haya realizado un riesgo jurídicamente relevante para el bien jurídico protegido. Este principio se puede ampliar a todos los daños producidos con base en la casualidad, excluyendo así, desde el inicio, el tipo. Esto suena sencillo y evidente, pero no puede lograrse con base en el concepto causal. Por lo que respecta al finalismo, puede llegarse a una conclusión similar, pero de forma muy limitada y con un fundamento deficiente.

c) Riesgo permitido y no permitido.

Tan comunes como los casos en los que falta la realización de un riesgo, son aquellos en los que a través de un comportamiento se crea un riesgo estadísticamente relevante para el bien jurídico, y que debido a los intereses superiores de la sociedad, dicho riesgo será permitido siempre que se mantenga dentro de los límites establecidos. La imputación del resultado es entonces posible, siempre que se fundamente en la creación de un riesgo no permitido.

Esto ya fue ejemplificado mediante el caso del tráfico vial y es válido también para los casos de las instalaciones industriales. Si se respetan todas las medidas de seguridad y sin embargo se produce un resultado lesivo, no se podrán imputar al empresario las lesiones o el homicidio causado. Por el contrario, si se infringen las medidas de seguridad y se crea así un riesgo no permitido seguido de un resultado, nos encontraremos ante una acción imprudente, o quizás ante un tipo doloso, siempre que el daño causado al trabajador hubiera sido considerado previamente.

d) El fin de protección de la norma relativo a la prohibición de elevación del riesgo.

La imputación objetiva no se verificará a pesar de haber superado los límites del riesgo permitido y con ello haberse realizado un resultado, en aquellos casos en los que el resultado específico producido no sea abarcado por el fin de protección de la norma. Si, por

ejemplo, alguien rebasa de forma prohibida a otro vehículo y debido al susto el conductor del auto rebasado sufre un infarto al corazón, este acontecimiento no le podrá ser imputado en calidad de lesiones al conductor del auto que lo rebasó. Es cierto que la violación del riesgo permitido causó el infarto del corazón, pero resulta que el fin de protección de la norma que prohíbe rebasar, pretende evitar accidentes y choques entre los autos, y no pretende evitar la posibilidad de un infarto al corazón.

Un ejemplo más: un médico opera a una mujer con anestesia completa aún y cuando ella le ha confiado que padece problemas del corazón. El médico omite consultar a un especialista en la materia, tal y como debió hacerlo, y después de esto fallece la mujer en la operación por un paro cardíaco. De la necropsia realizada se deriva que mediante el análisis médico omitido no se hubiera podido advertir el fallo cardíaco acaecido. De cualquier forma, la mujer hubiese vivido tan solo un día más de haber sido operada, debido al retraso de la supuesta operación que se hubiera derivado del análisis omitido. ¿Ha cometido el médico un homicidio imprudente? La respuesta es negativa, aun y cuando el médico infringió el riesgo permitido y adelantó la muerte de la mujer. El fin que persigue el deber de consultar a un especialista en medicina del corazón, no es retrasar la muerte de un paciente realizándole exámenes médicos, sino evitar definitivamente el fallecimiento. Si esto no era posible, entonces el comportamiento incorrecto del médico que operó no se realizó en el resultado.

Mis dos ejemplos anteriores, que proceden de la jurisprudencia, han sido tomados de una amplia constelación de casos parecidos. Éstos deben mostrar que la teoría de la imputación objetiva es sin duda sencilla en sus principios, pero requiere de complicadas deliberaciones para su aplicación concreta. Por ello es que dicha teoría cuenta con fundamentos llenos de contenido, de forma que se puedan distinguir correctamente los resultados a los que se llega.

e) La p

Conform
cipación er
rresponsabi
-consciente
mortales, el
bución del j
Así lo resol
ha asumido
la exclusión
sustenta sol
no en impe

A través
nos ámbitos
ción objetiv
problemátic
conferencia
Sin embargo
campo enor
del derecho

3. La a fund

Con la afi
traria a dere
responsabili
sancionado.
tica penal al

14 Una expos
ver en el p
Derecho pe

e) *La participación en una autolesión consciente de la víctima*

Conforme a la imputación objetiva se excluye también la participación en una autolesión o autopuesta en peligro dolosa y auto-responsable de la víctima. Si alguien le entrega heroína a otro y éste -consciente del riesgo- se inyecta la droga produciendo así efectos mortales, el proveedor de la droga podrá ser responsable de la distribución del producto, pero no de un homicidio imprudente o doloso. Así lo resolvió la jurisprudencia alemana en 1984, que en este punto ha asumido la teoría de la imputación objetiva. El fundamento de la exclusión de la imputación es que la función del derecho penal se sustenta solamente en evitar riesgos para bienes jurídicos ajenos y no en impedir autolesiones.

A través de lo expuesto hasta ahora, he mostrado tan sólo algunos ámbitos del gran campo de aplicación de la teoría de la imputación objetiva, algunos de ellos son sencillos, pero también hay otros problemáticos que no he mencionado. Y es que en el marco de una conferencia no se puede exponer una visión exhaustiva al respecto¹⁴. Sin embargo, espero haber mostrado claramente que aquí hay un campo enorme para trabajar en el desarrollo futuro de la dogmática del derecho penal.

3. La ampliación de la culpabilidad a la responsabilidad y su fundamento en la teoría de los fines de la pena

Con la afirmación de que el autor se ha conducido de forma contraria a derecho no se ha resuelto todavía la pregunta acerca de su responsabilidad, es decir, queda pendiente la cuestión de si debe ser sancionado. Conforme a la construcción tradicional de la sistemática penal alemana que expuse anteriormente, se debe comprobar,

¹⁴ Una exposición más detallada de la teoría de la imputación objetiva, se puede ver en el parágrafo § 11 de las ediciones española y alemana de mi *Manual de Derecho penal* señalado en el pie de página número 2.

después del injusto, que el autor se condujo culpablemente. Durante mucho tiempo se debatió acerca de si dicha culpabilidad se basaba en factores subjetivos o si mas bien tenía un sustento en la "reprochabilidad" de la acción contraria a derecho.

Mi posición personal es que la categoría de "culpabilidad" debe cambiarse por una teoría de la "responsabilidad" y que ésta debe basarse en la función de la pena, y no como sucede en el injusto, en la función del derecho penal. La función del derecho penal y la función de la pena individualmente impuesta no son, de manera alguna, lo mismo. Esto se debe a que el derecho penal está dirigido, independientemente de la comisión de un delito en concreto, a todos los integrantes de la sociedad y pretende evitar la comisión de delitos mediante la prohibición de comportamientos peligrosos que pongan en peligro bienes jurídicos, así como también salvaguardar dichos bienes antes de ser lesionados. Por el contrario, la pena se aplica individualmente al infractor una vez que éste ha cometido el delito, lo que para la sociedad tiene un significado de menor envergadura. Entonces ¿cuál es el fin de la pena?

Al respecto se ha discutido más de 2000 años. En la tradición europea se discute acerca de tres concepciones fundamentales, las cuales se subdividen en diversas combinaciones. Conforme a la primera, que hasta hoy mantiene ante todo una importante influencia de la filosofía del idealismo alemán, la pena no está al servicio de los fines de la sociedad, sino al de la realización de la justicia a través de la retribución al autor según su culpabilidad. Conforme a la segunda, la teoría de la prevención especial (esto es: preventivo-individual), la pena tiene como único fin influir sobre el autor. La sociedad debe ser protegida de él y él debe, a través de la pena, abstenerse de cometer más delitos, y en la medida de lo posible ser corregido (resocializado). Conforme a la tercera, la concepción preventivo general (esto es: prevención dirigida a toda la comunidad), el fin de la pena es influir en toda la sociedad, la cual a través de la pena impuesta al de-

lincuente, deberá evitar incurrir en la comisión de delitos y reforzar el respeto al derecho en la vida diaria. La mayoría de los autores, y también la jurisprudencia alemana, reúnen estos fines en una "teoría de la unión".

Mi concepción personal¹⁵ es que la función del derecho penal es tan solo preventiva, es decir, que debe ser edificada sobre la base de inhibir futuros hechos delictivos. Toda vez que el derecho penal es un instrumento de dirección y control de la sociedad, entonces solamente debe aspirar a fines de tipo social. Una reacción punitiva que no se sustenta en las necesidades de la sociedad carece de legitimación. Por otra parte, la pena debe tener también fines preventivos especiales y generales. Debe servir de ejemplo, de tal forma que la persona sancionada no incurra nuevamente en un delito, lo que se puede lograr a través de la ejecución de la pena, la cual se ocupa de reintegrar al autor a la sociedad, es decir, de su resocialización. Al mismo tiempo, la pena debe tener influencia en la sociedad para que el derecho sea reconocido por los ciudadanos y que éstos tengan presentes las consecuencias de cometer acciones punibles.

Este concepto de la pena, orientado hacia una doble función preventiva, tiene un límite claramente establecido. Según mi concepción, y la de toda la doctrina dominante, la pena tiene su límite en el grado de culpabilidad del autor: a ninguna persona le puede ser impuesta una pena si actuó sin culpabilidad (como, por ejemplo, un enajenado mental); así como tampoco la pena puede superar el grado de culpabilidad del autor. La pena de cadena perpetua se puede imponer por haber perpetrado un asesinato, pero no por haber cometido un robo.

El principio de culpabilidad antes señalado constituye uno de los fundamentos del derecho penal alemán y ha sido retomado por nues-

15 Una exposición más detallada de mi concepción acerca de la función del derecho penal, se encuentra en el parágrafo (§ 3) de mi *Manual de Derecho penal. Parte General*, referido en el pie de página número 2.

tra jurisprudencia a partir de la garantía de la dignidad de la persona humana contemplada en la Constitución alemana (Artículo 1 de la Constitución). Conforme a lo anterior, el principio de culpabilidad lleva al cabo aquello que en la categoría del injusto realiza la teoría de la protección de bienes jurídicos y de la imputación objetiva: establece un límite a la facultad punitiva del Estado y dota al ciudadano de un razonable ámbito de libertad personal en contraposición a los intereses de seguridad estatales. El ciudadano puede estar seguro de que no será sancionado si no es culpable, pero que tampoco será sancionado más allá de su grado de culpabilidad.

Si la pena depende solamente de las necesidades preventivas y se limita al marco de dichas necesidades, entonces, conforme a mi concepción, el autor culpable debe ser sancionado tan solo en la medida en que esto sea indispensable desde el punto de vista social. Si conforme al grado de culpabilidad de un sujeto se justifica imponerle una pena de cinco años de prisión, el Tribunal deberá condenarlo a una pena menor, siempre que ello resulte mejor para la reintegración del autor a la sociedad. Así, conforme a mi teoría de los fines de la pena, culpabilidad y prevención se limitan recíprocamente: una pena nunca podrá imponerse sin culpabilidad y no podrá ser superior al grado de culpabilidad. La pena impuesta debe basarse en la culpabilidad y será impuesta en tanto sea indispensable desde el punto de vista preventivo.

La concepción de los fines de la pena expuesta hasta ahora es de corte político criminal, con ella se realiza, en el ámbito de la pena, una ponderación entre los intereses de seguridad y libertad y se pretende de esta forma que tenga una base social.

Antes de ejemplificar, un poco más adelante, cómo es que se aplica esta teoría en el marco del sistema del hecho punible, quiero adelantar que he llegado a la conclusión de que la categoría del delito que se ubica después del injusto y que por regla general decide la pena a imponer, debiera denominarse *responsabilidad*. Entiendo por responsabilidad

al concepto superior de la prevención que conju

La punibilidad del a a derecho no procederá culpabilidad esto se tra no pueda comprender prohibitiva, es decir, qu el caso de una persona c estado de ebriedad, de la norma o que ya no p minar si efectivamente principio, una investig manera que mi concep disputa acerca del libre

La culpabilidad se e invencible, es decir, cua es antijurídico. Esto pu posición normativa pu normal no pueda com El autor podría, igualn un abogado, o quizás p jurisprudencia, que pa hecho cometido. En toc de formarse un concep el mensaje normativo, y decisiones más import periodo posterior a la g de prohibición como c

16 El apartado 5, párrafo el pie de página 2, cont título: "culpabilidad y re

17 *Entscheidungen des Bun*

al concepto superior de *necesidad de pena* basado en la culpabilidad y la prevención que conjuntamente determinan la punibilidad¹⁶.

La punibilidad del autor que se ha conducido de forma contraria a derecho no procederá cuando no sea culpable. Según entiendo la culpabilidad esto se traduce en lo siguiente: no será culpable quien no pueda comprender o no pueda ser influenciado por la norma prohibitiva, es decir, quien no es "motivable por la norma". Este sería el caso de una persona demente o de quien se encuentra en completo estado de ebriedad, de tal forma que no comprenden el sentido de la norma o que ya no pueden dirigir su forma de actuar. Para determinar si efectivamente se trata de un caso así, puede realizarse, en principio, una investigación con la ayuda de un psiquiatra, de tal manera que mi concepto de culpabilidad no depende de la eterna disputa acerca del libre albedrío del ser humano.

La culpabilidad se excluye también por un error de prohibición invencible, es decir, cuando el autor no sabe que su comportamiento es antijurídico. Esto puede suceder por diferentes razones. La disposición normativa puede ser tan complicada, que el ciudadano normal no pueda comprenderla sin una formación especializada. El autor podría, igualmente, ser aconsejado de forma errónea por un abogado, o quizás pudo haber confiado en el sentido de alguna jurisprudencia, que para su desgracia, fue modificada después del hecho cometido. En todos estos casos, el autor no tuvo la posibilidad de formarse un concepto correcto de la norma jurídica. No recibió el mensaje normativo, y por tanto actuó sin culpabilidad. Una de las decisiones más importantes del Tribunal Supremo Alemán¹⁷ en el periodo posterior a la guerra, fue reconocer por primera vez al error de prohibición como causa excluyente de la culpabilidad. El legisla-

16 El apartado 5, parágrafos §§ 19-22, de mi *Manual de Derecho penal* señalado en el pie de página 2, contiene una descripción detallada de mi concepción bajo el título: "culpabilidad y responsabilidad".

17 *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, Tomo. 2, 1952, p. 194 y ss.

dor alemán retomó con posterioridad este hecho y lo plasmó en el Código Penal Alemán (§17 StGB).

Según el derecho penal alemán la renuncia a la pena procederá en aquellos casos –y aquí está lo nuevo de mi teoría por lo que se refiere a este tema– cuando el autor se haya conducido incluso con un grado disminuido de culpabilidad, pero según los criterios preventivos no es realmente indispensable imponerle una pena. Si por ejemplo, ante el hundimiento de un barco, y para salvar la vida de su hijo, el padre arroja al mar a un hombre que ya se encontraba dentro de la lancha salvavidas que a su vez ya estaba totalmente llena, y de esta forma lo mata; en este caso, nos encontramos ante un homicidio doloso, aún y cuando esa fuera la única forma de salvar a su hijo. Pues salvo los casos en los que sea necesario defenderse de una agresión, un hombre no puede privar de la vida a otro. Luego, el hecho cometido por el padre es también culpable, pues éste conoce la prohibición de matar y la capacidad del ser humano para conducir su acción se mantiene vigente aún en situaciones de peligro. No obstante, el legislador alemán consideró que debía de perdonar, y para casos como éste creo la institución de la “renuncia a la pena” (§35 StGB).

Conforme a lo dicho hasta ahora, el autor no requiere de efectos preventivo especiales, pues se trata de un hombre que se ha conducido en su vida conforme a derecho, pero que se enfrentó a una situación extraordinaria, que quizás nunca más le volverá a suceder, lo que lo impulsó a cometer ese hecho. Y tampoco se requiere generar efectos preventivo generales dirigidos a la sociedad, pues tales situaciones extremas son muy escasas, y porque el comportamiento del ser humano, ante peligros como el señalado, difícilmente puede ser influenciado por la amenaza de una pena.

En este caso, la responsabilidad del autor no se excluye por falta de culpabilidad, sino porque no hay necesidad de pena. El problema de la “responsabilidad” jurídico penal es, por consiguiente, que califica de igual manera a ambas figuras. Que el supuesto de hecho plasmado en

nuestro ej
vez que el
dicha agre

Otro s
la necesid
en legítim
dará impu
los límites
fuerza de
comportar
ilegítimas,
marco de
culpable, p
bién sus lí
tos, de lo
tendrían s

Si a pes
ausencia d
ha causado
de mucha
de la preve
autor regre
jurídico. Pe
pectiva pre
una person
que renunci
jurídico po
derará com
efectos de u
por el dere
penal no re

nuestro ejemplo constituye un injusto es algo que salta a la vista, toda vez que el pasajero agredido por el padre no está obligado a asumir dicha agresión, sino que puede repelerla en legítima defensa.

Otro supuesto en el que se excluye la responsabilidad por faltar la necesidad de pena desde el punto de vista preventivo es el exceso en legítima defensa (§33 StGB). Conforme al derecho alemán quedará impune quien "por trastorno mental, temor o miedo", supere los límites de la legítima defensa y por ello haya golpeado con mayor fuerza de la que hubiese sido necesaria para repeler la agresión. Un comportamiento como el descrito es constitutivo de unas lesiones ilegítimas, toda vez que la acción defensiva debe mantenerse en el marco de lo necesario. El exceso en la legítima defensa es también culpable, pues el autor conoce el derecho de legítima defensa y también sus límites, y normalmente se podrá comportar conforme a éstos, de lo contrario, los límites al derecho de legítima defensa no tendrían sentido alguno.

Si a pesar de ello el legislador renuncia a la pena, esto se debe a la ausencia de necesidades preventivas. Y es que el autor efectivamente ha causado lesiones a la víctima, pero esto sucedió en una situación de mucha presión para él. Es por ello que, desde el punto de vista de la prevención especial, no se requiere sanción alguna para que el autor regrese al camino del derecho y respete así el ordenamiento jurídico. Pero tampoco resulta necesaria pena alguna desde la perspectiva preventivo general. Esto es así pues se advierte que se trata de una persona que fue víctima de una agresión ilegítima, de tal forma que renunciar a la pena en nada afecta al reconocimiento del orden jurídico por parte de la sociedad. Así mismo, la sociedad no considerará como un ejemplo a seguir, el caso de un hombre que bajo los efectos de una presión extrema, se excede en los límites establecidos por el derecho, de tal manera que reprenderlo mediante el derecho penal no resulta necesario.

De mi concepción de la responsabilidad inspirada en la teoría de los fines de la pena se pueden extraer también, en casos extremos, causas "supralegales" de exclusión de la pena. Al respecto, quiero poner solamente un ejemplo muy conocido para todos nosotros: el ataque del 11 de septiembre de 2001 a las torres gemelas de Nueva York¹⁸. ¿Hubiera sido lícito derribar los aviones cuando se dirigían a las torres causando así la muerte de los pasajeros, pero salvando a las personas que se encontraban en el *World Trade Center*? Con base en estos hechos, el Parlamento alemán decretó en 2004 la denominada "*ley para la seguridad aérea*", la cual establece que en un caso como el referido se podría disparar a los aviones, siempre que así lo ordenará el Secretario de la Defensa. Con toda razón, nuestro Tribunal Constitucional desechó esta ley en el mes de febrero de 2006, por considerar que infringía la garantía de dignidad de la persona humana contemplada en nuestra Constitución. Y esto es así, porque en ningún caso puede justificarse que el Estado prive de la vida a seres humanos que se han comportado conforme a derecho.

Que el homicidio de los pasajeros se ejecutó culpablemente, no tiene discusión alguna. ¿Pero, debe sancionarse al piloto de la fuerza aérea que disparó en contra de los aviones dirigidos por terroristas? Su objetivo es salvar al mayor número de seres humanos posible. Resulta también que en el caso de que los aviones se impacten en contra de las torres gemelas, las vidas de los pasajeros que viajan en la aeronave se perderán sin duda, de tal forma que disparar en contra del avión disminuirá el número de personas fallecidas. En un caso así no se puede ir más allá del cálculo de probabilidades, pues no se puede estar seguro de lo que harán los secuestradores: no se puede saber si a éstos se les puede hacer desistir del secuestro, pero tampoco puede determinarse si un avión al que se le ha disparado para ser derribado puede causar también grandes daños. Uno puede afirmar aquí que

18 Para mayor información véase la 4ª edición de mi *Manual de Derecho penal. Parte General*, 2006, § 22 Rn. 149 y ss.

la autoridad
ésta, no se
tomar una
la necesida
cionado p
solución a
de impone
a la socie
una perso
descrita. A
hecho deb
en un caso
de la resp
sea consid
que tambí

VI. RI

Con es
tendido n
mania y l
Si yo pud
concepció
que mi si
(causalida
(es decir,
esta pers
imputació
rio de nec
la respon
una simp
también s
y eso es l

la autoridad Estatal que se enfrenta a una agresión terrorista como ésta, no se encuentra precisamente en una situación ante la cual pueda tomar una decisión pacífica. El piloto de la fuerza aérea que se ve en la necesidad de disparar en contra del avión secuestrado no será sancionado por el hecho cometido, debido a que no podía encontrar otra solución a la situación ante la cual se encontraba. No hay necesidad de imponerle una pena. Tampoco resulta necesario enviar un mensaje a la sociedad a través de la imposición de la pena a este autor, pues una persona común jamás se encontrará ante una situación como la descrita. Así mismo, la conciencia jurídica de la sociedad aprobará el hecho debido a lo trágico de los acontecimientos, de tal manera que en un caso como éste lo que procede es la renuncia a la pena. La teoría de la responsabilidad posibilita que la sanción impuesta al autor no sea considerada sólo como una cuestión relativa a la culpabilidad, sino que también sea vista desde la perspectiva de la necesidad de pena.

VI. RESUMEN Y PERSPECTIVAS

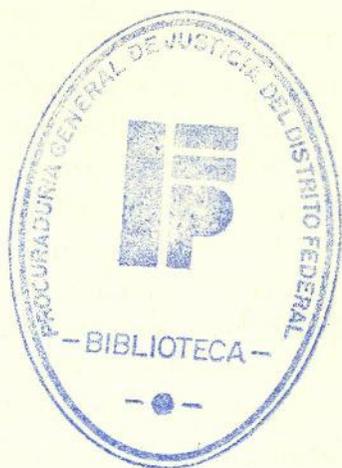
Con esto llego al final de mi breve exposición con la que he pretendido mostrar la evolución de la teoría general del delito en Alemania y los fundamentos de mi propio sistema del hecho punible. Si yo pudiera resumir en una sola frase cuál es la diferencia entre mi concepción y la evolución sistemática de las épocas pasadas, diría que mi sistematización no se fundamenta en criterios ontológicos (causalidad o finalidad), sino en las funciones político-criminales (es decir, en el fin del derecho penal y de la pena), y que conforme a esta perspectiva, el injusto tiende a ampliarse debido a la teoría de la imputación objetiva, y la culpabilidad, con la introducción del criterio de necesidad de pena, se extienden hasta constituir una teoría de la responsabilidad. Por encima de todo debo decir, que no se trata de una simple construcción teórico-abstracta, sino que a través de ella también se pueden resolver un gran número de problemas jurídicos y eso es lo que he querido mostrar a través de algunos ejemplos.

La concepción del sistema que he expuesto, se ubica en la tendencia de todo el desarrollo dogmático verificado en Alemania, aunque todavía mucho de ello está sujeto a debate y el desarrollo continúa. En mi opinión, un retorno a los sistemas clásico o finalista del delito no es posible. Pero el modelo de sistematización funcional y orientado a los fines elaborado por mí, puede ser desarrollado en diversas direcciones. Lo que he expuesto ante ustedes como una teoría de mi propia creación, es un sistema "personalista-funcional", en el que el Estado existe para servir al ciudadano y en el que el ciudadano no debe servir en primer lugar al Estado. Esta es una construcción liberal que, como ya lo he señalado, tiene sus orígenes en la ilustración europea. La limitación de la intervención del Estado juega aquí un rol equivalente al de la salvaguarda de la seguridad.

Por el contrario, Jakobs, mi colega de Bonn, ha llamado la atención a escala internacional al proponer una teoría "sistémico-funcional" del delito, que considera, en primer lugar, a la protección del sistema social como el fin del derecho penal sin vinculación a fines político-criminales, por lo que su contenido es muy diferente al mío¹⁹. Una exposición más detallada de esta teoría rebasaría los límites en los que se enmarca mi ponencia.

El futuro inmediato de la dogmática penal en Alemania será probablemente el debate entre diferentes corrientes del pensamiento racional-final. En esta discusión participan no sólo penalistas en Europa, sino de otras partes del mundo. Especial atención merece el trabajo conjunto entre los penalistas de México y Alemania. Con la exposición de mi propia concepción sistemática espero poder contribuir, aunque sea modestamente, al diálogo entre todos nosotros, el cual deseo que continúe en el futuro.

19 Una discusión entre las sistemáticas del derecho penal, personalista-funcional y sistémico-funcional, se puede ver en el libro de H. SCHNEIDER referido en la nota al pie de página número 2.



Comentarios a la conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin

“Evolución y modernas tendencias de la teoría
del delito en Alemania”

Moisés Moreno Hernández

I.- COMENTARIOS GENERALES

1. Sobre el desarrollo de la dogmática penal en Alemania

a) Como es sabido, fue en Alemania donde se inició el desarrollo de la moderna dogmática penal en torno al delito, principalmente con la obra de Franz von LISZT allá en la segunda mitad del siglo XIX. La conferencia del Prof. ROXIN nos ofrece un breve panorama de esa evolución que en Alemania ha tenido la teoría del delito durante alrededor de 125 años, en la que destacan los sistemas de análisis conocidos como *Causalismo*, *Finalismo* y *Funcionalismo*, siendo dentro de este último donde ubica su pensamiento el Prof. ROXIN.

Muchos de ustedes conocen las intensas discusiones dogmáticas que se dieron entre *causalismo* y *finalismo*, a partir de la segunda mitad de la década de los treinta del siglo XX en Alemania, y mu-

chos observan ahora la polémica entre el *finalismo* y el *funcionalismo*, o entre *ontologismo* y *normativismo*, iniciada por ROXIN y seguida por JAKOBS, entre otros, sin que pueda decirse que pronto habrá algún momento de paz en torno a estas cuestiones. En todo ese desarrollo de la dogmática penal se han originado elaboraciones teóricas muy complicadas que no siempre encuentran conexión con la realidad, mucho menos con la realidad latinoamericana, pero que con frecuencia hemos hecho nuestras. Es decir, las construcciones dogmáticas y político-criminales que se desarrollan en atención a otras realidades son luego trasplantadas o imitadas en las realidades nuestras, sin tomar en cuenta la situación política, económica, social y cultural, del lugar y momento en que son planteadas, provocando problemas de comprensión y de adaptación. Es incuestionable que la dogmática penal en México se ha visto fuertemente influenciada por la dogmática penal alemana, ya sea directamente o a través de la dogmática penal española o italiana.

b) Pero, como lo destacó NOVOA MONREAL hace ya algunas décadas, refiriéndose a estos impactos, muchas veces la dogmática penal se ha visto distorsionada por ciertos dogmáticos, quienes han originado "*una disciplina pretenciosa y abstrusa, de menor substancia de la que se le atribuye, apta para ser recorrida solamente por iniciados que poseen sus claves lingüísticas y que creen, debido a su propio aislamiento, formar parte de una supuesta elite científica*". Esos dogmáticos, decía, son "verdaderos gimnastas intelectuales que ejercen en el vacío, que se caracterizan por sumergirse en una progresiva complicación de sus elaboraciones abstractas, en la agudización de discusiones tan inútiles como extravagantes y en una ciega y gradual desconexión con la realidad, con deplorables consecuencias por lo que se refiere a alcanzar el verdadero y único fin de un derecho penal". Situación que es realmente grave, cuando estas construcciones dogmáticas son llevadas precisamente a otras realidades como las nuestras.

2. Sobre las

a) Por razón atribuirle al pr expone su pen dad de *vincula* la teoría con la minales del de Porque, en los rrollarse sólo c prácticas, sino en la solución ciones sistemá clara en el año dio monográfic al español por CONDE (1972) tegorías susten minales. Esas i teriores trabaj *kriminalpolitisi* otros. En efect *problemas polít* la teoría gener de la estructur

- 1 1ª ed., 1971, Muñoz Conde Bosch, Casa I
- 2 Traducido al *cho Penal Pa* Ed. Civitas, N
- 3 Cuya traducc *Dogmática Pe*

2. Sobre las bases de la concepción de ROXIN

a) Por razón de lo anterior, una de las tantas cosas que habrá que atribuirle al profesor ROXIN es, por una parte, la claridad con que expone su pensamiento y, por otra, la de haber resaltado la necesidad de vincular la dogmática penal con la política criminal, es decir, la teoría con la realidad, así como de vincular los fines político-criminales del derecho penal con las exigencias del Estado de derecho. Porque, en los tiempos actuales, la dogmática penal no debe desarrollarse sólo como *l'art pour l'art*, sin importar sus implicaciones prácticas, sino que debe buscar conectarse con la realidad e incidir en la solución de los problemas concretos a través de sus aportaciones sistemáticas, como lo expuso por primera vez y de manera clara en el año de 1970 nuestro conferencista en su conocido estudio monográfico *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*¹, traducido al español por el también conferencista, Prof. Francisco MUÑOZ CONDE (1972), donde planteó la necesidad de reestructurar las categorías sustentadoras del Derecho penal bajo aspectos político-criminales. Esas ideas las fue consolidando con el tiempo en sus posteriores trabajos, hasta llegar a su "Strafrecht AT"² y su artículo "Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems" (1998)³, entre otros. En efecto, desde su trabajo de 1970 Roxin estableció que: "Los problemas político-criminales forman parte del contenido propio de la teoría general del delito". Por lo que, las tradicionales categorías de la estructura del delito -tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad-

1 1ª ed., 1971, Walter de Gruyter, Berlin-New York; la traducción al español de Muñoz Conde en 1972, se llama *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1972.

2 Traducido al español por Diego-Manuel Luzón Peña y otros bajo el rubro *Derecho Penal Parte General*, t. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

3 Cuya traducción al español por Manuel A. Abanto Vázquez aparece en el libro *Dogmática Penal y Política Criminal*, Idemsa, Lima, Perú, 1998, pp. 23 y ss.

“deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político-criminal”.

b) Pero, con la afirmación anterior surge la interrogante de si la dogmática *preroxiniana* prescindió totalmente de las consideraciones político-criminales, o bien si los planteamientos de que partió no han sido lo suficientemente adecuados como para hacer realidad los fines político-criminales que se le atribuyen al Derecho penal. El propio MUÑOZ CONDE, después de destacar las virtudes del sistema de ROXIN, se cuestionaba en 1972: “¿debe considerarse papel mojado todo lo que ha hecho la dogmática jurídicopenal alemana en los últimos 70 años?; ¿es que no han sido sus cultivadores lo suficientemente perspicaces para darse cuenta de lo que ahora con tanta claridad expone Roxin?”⁴. En otros términos, ¿quiere esto decir que a ninguno de ellos se le ocurrió que las construcciones sistemáticas deberían cumplir una determinada función para los efectos político-criminales, dados los fines que se le atribuyen al Derecho penal como objeto central de estudio de la dogmática jurídico-penal?. O es que los métodos seguidos por ellos de ninguna manera han sido los idóneos para cumplir esa función?; entre otras cuestiones.

La respuesta resultaría injusta si se afirmara de manera categórica que las elaboraciones sistemáticas de LISZT, BINDING, MEZGER o WELZEL fueron ajenas a las consideraciones político-criminales o que las relaciones sugeridas por ellos hayan sido sin más desacertadas e infuncionales. Por el contrario, creo que ellos dedicaron gran parte de sus afanes científicos a que sus construcciones teóricas pudieran incidir en la realidad, en la solución de problemas concretos⁵, aunque desde sus propias perspectivas, que pueden ser compartidas o no. Recordemos que el propio LISZT no sólo estableció las bases

4 Véase la *Introducción* al libro de Roxin *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1972, p. 9.

5 O, como dice Muñoz Conde, “a tareas de una eficacia práctica”; *cfr.* MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 9.

de la mo
lítica cri
la idea
crimina
la infran
penal es
ladamen
Derecho
político
aprecia
y expon
el diseñ
desaten
muy cl
relación
Derecho
ministr
de las r
del aca

6 Véa
ss.,
7 Co
tru
Del
pol
ma
cic
tan
tier
8 St
9 RC
10 D
11 W

de la moderna dogmática penal, sino también las de la moderna política criminal, hablando desde su famoso Programa de Marburgo de la idea de fin en Derecho penal⁶, fin que no es otro que el político-criminal; por ello, las frases de LISZT, de que "el Derecho penal es la infranqueable barrera de la Política criminal"⁷ o de que "el Código penal es la carta magna del delincuente"⁸, no deben ser tomadas aisladamente ni atribuirle que "la misión del trabajo sistemático del Derecho penal debe ser ajena e incluso contraria a toda finalidad político-criminal"⁹, independientemente de lo acertado o no de sus apreciaciones. Y lo mismo puede afirmarse de WELZEL¹⁰, creador y exponente del finalismo, quien, a pesar de haberse centrado en el diseño y desarrollo de un nuevo sistema del Derecho penal, no desatendió los aspectos político-criminales; por el contrario, él tuvo muy claro cuál era la función de la dogmática jurídico penal con relación a los fines político-criminales, al afirmar que la ciencia del Derecho penal, "como ciencia sistemática da la base para una administración de justicia uniforme y justa, pues sólo el conocimiento de las relaciones internas del Derecho eleva su aplicación por encima del acaso y la arbitrariedad"¹¹. Cosa que el propio ROXIN reconoció

6 Véase LISZT, Franz von, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, ZStW, 3, 1882, pp. 1 y ss., y en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. I, 1905, pp. 126 y ss.

7 Contrario a lo cual Roxin afirma que "la política criminal es la fuente de la construcción penal conceptual y sistemática"; cfr. *Política Criminal y Estructura del Delito*, p. 46. Ciertamente, el Derecho penal es expresión o manifestación de la política criminal, pero, sin duda, lo dicho por Liszt podría entenderse de otra manera, en el sentido que, ante el frecuente desbordamiento del poder en el ejercicio de la política criminal, debe encontrar su límite en el Derecho penal, en tanto que en éste se consagran principios y criterios -político-criminales- que tienen esa función de delimitar el poder.

8 *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. II, 1905, p. 80.

9 ROXIN, Claus, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, p.

10 De cuyo pensamiento haré aquí algunas defensas.

11 WELZEL, H., *Das deutsche Strafrecht*, 11ª. Ed., 1969, p. 1.

desde su trabajo de 1970, si bien pronto dio cuenta críticamente de dichos puntos de vista al desarrollar su propia concepción.

Yo he afirmado que las ideas, conceptos o categorías, a los que se asigna un carácter *prejurídico*, de ninguna manera carecen de fecundidad para la dogmática penal y para la política criminal, pues tales ideas o categorías procuran, precisamente, lograr bases firmes para garantizar la *seguridad jurídica* y una más racional interpretación y aplicación de la ley penal. Es decir, habrá que admitir y creer más en los resultados que se deducen de los conceptos sistemáticos superiores y confiar más en la utilidad práctica de tales categorías, pues sólo así pueden superarse las construcciones dogmáticas y alcanzar mayores rendimientos prácticos.

Pero, lo cierto es que habrá que reconocer que fue el profesor ROXIN, así como LISZT lo fue respecto del Derecho penal, el primero que *sistematizó a la política criminal* al establecer esa vinculación entre ésta y la dogmática penal, en otras palabras, al afirmar que "*los problemas político-criminales forman parte del contenido propio de la teoría general del delito*". La cuestión que en todo caso habría que precisar cuando se habla de esa vinculación es: ¿de qué *tipo de política criminal* estamos hablando?; porque, sin duda, los hay que responden a exigencias *democráticas* y los que se ajustan a exigencias *autoritarias*, de la misma manera que también se pueden encontrar tipos de dogmática penal con características análogas. Y, por supuesto, yo me inclino porque la política criminal que habrá de vincularse con la dogmática penal deberá ser aquella que responda a exigencias de Estados democráticos de Derecho; y, a partir de ello, habrá igualmente que determinar qué tipo de construcción dogmática resulta compatible con aquella.

II.- COM

1. Con re

a) Sobre l

pales crítico:
ha sido ROX
Derecho per
las leyes de l
das estructu
en caso contr
que las estru
vinculan al l
lógico-objeto
de regulació
sistema del l
ción de WEL

12 WELZEL,
ed., 1962,
1953, pp. 1
ral y posit
co, Univer
Bleibende
traducción
sitorio en
No. 1, ene
José, "La
Nr. 2, B. A
dica", en l
pp. 49 y ss
celona, 19
poráneo, l
además d
'Natur de
cosas, Ma
für Eb. Sc
terlassugn
finalen H

II.- COMENTARIOS SOBRE ASPECTOS CONCRETOS

1. Con relación a las críticas de ROXIN al finalismo

a) *Sobre la base metodológica*: No hay duda que uno de los principales críticos del finalismo desde principios de la década de los 70's ha sido ROXIN. Mientras que WELZEL estableció en el ámbito del Derecho penal la tesis de que: "El legislador está vinculado no sólo a las leyes de la naturaleza física, sino que debe atender a determinadas estructuras lógico-objetivas de la materia de su regulación, pues en caso contrario su regulación será necesariamente falsa"¹²; y afirmo que las estructuras lógico-objetivas "son verdades inmutables que vinculan al legislador y al intérprete"; siendo una de esas estructuras lógico-objetivas el *concepto final de acción*, como principal objeto de regulación de las normas penales, a partir de la cual se elabora el sistema del Derecho penal; ROXIN rechazó, en principio, esa posición de WELZEL, afirmando que "el legislador es totalmente libre en

12 WELZEL, Hans, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 2ª ed., 1955, p. 197; 4ª ed., 1962, pp. 243 y s.; *Naturrecht und Rechtspositivismus*, Fest. für Niedermayer, 1953, pp. 290 y s. (hay traducción al español de E. Garzón Valdés, "Derecho natural y positivismo jurídico", en *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1962, p. 38 y s.); además, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft*, 1972 (existe traducción al español de Moisés Moreno, con el título "Lo permanente y lo transitorio en la ciencia del derecho penal", en *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, No. 1, enero-junio, México, 1978, pp. 203 y ss. Véase sobre esto, CEREZO MIR, José, "La Polémica en torno a la doctrina de la acción finalista", en NPP, Año 1, Nr. 2, B. Aires, 1972; del mismo, "La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica", en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, ed. Tecnos, Madrid, 1982, pp. 49 y ss.; MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1982; SILVA SÁNCHEZ, J. Ma., *Aproximaciones al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992. Se han ocupado de este problema en Alemania, además de Welzel: STRATENWERTH, G., "Das rechtstheoretische Problem der 'Natur der Sache'", Mohr, Tübingen, 1957 (*El problema de la naturaleza de las cosas*, Madrid, 1964); ENGISCH, Karl (*Zur Natur der Sache im Strafrecht*, Fest. für Eb. Schmidt, 1961, p. 99 y ss.); KAUFMANN, Armin (*Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, pp. 16 y ss.); ROXIN, Claus (*Zur Kritik der finalen Handlungslehre*), entre muchos otros.

*sus elaboraciones conceptuales y regulaciones*¹³ y, por tanto, negó que pueda existir alguna “estructura final previamente dada”¹⁴. Además, ROXIN arremetió también contra el *finalismo* de WELZEL, por considerar que el sistema finalista “no concede un espacio independiente a las finalidades políticocriminales en la dogmática”. Sobre este último punto ya he dicho algunas palabras anteriormente.

Por lo que hace a la cuestión metodológica, ROXIN planteo la necesidad de abandonar el *método ontológico* <lógico deductivo> del finalismo, para “pasar a configurar el sistema del delito desde perspectivas *funcionales o teleológicas*”¹⁵. La *solución teleológica*, dice ROXIN, implica la introducción de elementos valorativos-políticocriminales en la jerarquía del delito –es decir, la penetración de finalidades político-criminales en el trabajo dogmático-, que permite encontrar soluciones menos equívocas e intolerables. Por ello, ROXIN considera que, si se hubiesen elegido las directrices políticocriminales como criterio al que referir todos los fenómenos dogmáticos, “la metodología referida a los valores del neokantismo, que en los años veinte se hizo predominante, hubiera podido conducir desde el punto de vista normativo a una ‘imagen completamente nueva del sistema jurídicopenal’”. No obstante, ROXIN no optó ni ha optado por el abandono del sistema, por considerar que las objeciones que se le hacen a este no son atribuibles al pensamiento sistemático como tal, sino “al equivocado planteamiento de su desarrollo dogmático”¹⁶. Por el contrario, le da mayor sentido.

Pero, cuando se habla de *política criminal* se habla de la política del Estado frente al crimen, que para mí no es sino expresión del poder estatal; por lo que, si hablamos de su vinculación con la dog-

13 Esta y las posteriores cursivas son mías.

14 Roxin, Claus, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, ZStW 74 (1962), pp. 515 y ss.

15 Cfr. Schünemann, B., *op. cit.*, p. 23.

16 *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, pp. 24 y s.

mática penal estaríamos l...
nales; claro...
política crim...
la política cr...
por tanto, es...
portancia de...
como punto...
políticas crim...

b) Ahora...
lo comparar...
aproximació...
LZEL, pued...
En efecto, aú...
tológica de...
como produ...
no hay duda...
lógicas, sino...
que su dista...
porque ROX...
las considera...
la Jornada In...
octubre de 2...
lo empírico e...

17 Cfr. ROXIN...
y ss.

18 Véase, p. e...
lo propio p...
curre a dic...
culpabilida...
pp. 25, 156...
dogmática...
cfr. Persona...

mática penal, ello quiere decir que en las construcciones dogmáticas estaríamos llevando la consideración de decisiones político-criminales; claro que también podríamos hablar sólo de la *teoría* de la política criminal, pero creo que no es el caso para ROXIN, sino de la política criminal que está reflejada en los Códigos Penales y que, por tanto, es expresión del ejercicio del poder estatal. De ahí la importancia de precisar el tipo de política criminal que habrá de tomar como punto de referencia, sobre todo si admitimos que también hay políticas criminales de corte autoritario.

b) Ahora bien, toda vez que el *funcionalismo* de ROXIN, si lo comparamos con el de JAKOBS, observa grados diferentes de aproximación o de alejamiento con relación al *ontologismo* de WELZEL, puedo afirmar que no se trata de posiciones *irreconciliables*. En efecto, aún cuando ROXIN rechazó desde 1963 la posición ontológica de WELZEL, haciendo depender sólo del orden jurídico, como producto y creación del legislador, la fijación de objetivos¹⁷, no hay duda que en el fondo no rechaza las consideraciones ontológicas, sino la *función* que a estas se les da. Por eso, puede decirse que su distanciamiento del ontologismo de WELZEL es *relativo*¹⁸, porque ROXIN, ya sea expresa o tácitamente, se mantiene cerca de las consideraciones ontológicas. Así, en su ponencia presentada en la Jornada Internacional de Derecho Penal, realizada a principios de octubre de 2002 en México, postuló "una incorporación amplia de lo empírico en la sistemática y dogmática de las teorías generales del

17 Cfr. ROXIN, C., *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, ZStW 74 (1962), pp. 515 y ss.

18 Véase, p. ej., ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, ..., pp. 257 y 319. Pero lo propio puede observarse en SCHÜNEMANN, que en los últimos tiempos recurre a dichas estructuras lógico-objetivas, al señalar en torno al problema de la culpabilidad que "no es posible operar sin un sustrato ontológico". Cfr., *op. cit.*, pp. 25, 156 y s.; véase, también, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Política criminal en la dogmática*, pp. 107 y ss., 111 y ss. cfr. Lo propio puede decirse de HASSEMER, *cfr. Persona, mundo y responsabilidad*, p. 158.

Derecho penal”, si bien manteniendo su distancia de la forma en que lo hace el finalismo, al afirmar que él se sitúa “entre los frentes de un normativismo libre de lo empírico y un ontologismo que quiere dictar al legislador, de manera vinculante, soluciones determinadas por leyes del ser”¹⁹, considerando la postura intermedia como correcta y fructífera. Pero, además, a diferencia de JAKOBS, ROXIN considera motivo central de su concepción sistemática la relación que debe existir entre *poder estatal y libertad individual*; con lo que, puedo concluir que él vincula los fines político-criminales con las exigencias del *Estado de derecho*.

2. Sobre otras críticas al finalismo

El tiempo es el principal problema para ocuparse de cosas importantes; por ello, sólo brevemente abordaré, en el poco tiempo que tengo para estos comentarios, algunos aspectos concretos que tienen que ver con esas *críticas al finalismo*, que el Prof. ROXIN destaca en su conferencia y que, según afirma, en virtud de ello el finalismo sólo tiene en Alemania unos cuantos seguidores.

a) *Se señala que el finalismo ha fracasado ante el problema de los delitos imprudentes o culposos para explicar su punibilidad:*

Esta crítica, por supuesto, no es atribuida a ROXIN sino que fue formulada desde los primeros tiempos de desarrollo del finalismo y que a principios de la década de los 50's del siglo XX fue retomada en España por RODRÍGUEZ MUÑOZ, pero de alguna manera se sigue repitiendo hasta nuestros días. Cuando WELZEL formuló las bases de su nuevo sistema, allá en la década de los 30's, estableció,

19 ROXIN, C., “Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal”, en MORENO HERNÁNDEZ, M. (coord.), *Problemas Capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI*, Ed. Jus Poenale, CEPOLCRIM, México, 2003, pp. 23 y ss.

por una
explicar
tos de a
entonce
lación a
decir, él
que “sólo
primera
riores de
Por lo
aportaci
SE (y B
puede se
la impru
en la rea
“fin”, a n
producció
dirigir el
entonces
so si se e
el resulta
ción de t
duce un
la condu
otros tér
hay siem
una final
b) Se
ex
Otra c
cepto fin

por una parte, que el concepto *final de acción* serviría de base para explicar tanto los delitos *dolosos* como los *culposos*, tanto los delitos de acción como los de omisión; pero, por otra, reconoció desde entonces que seguramente su teoría encontraría problemas con relación a los delitos culposos o imprudentes y a los de omisión. Es decir, él mismo aceptaba que “ninguna teoría podía nacer perfecta”, que “sólo Atenea salió acorazada de la cabeza de Zeus”; por lo que, su primera concepción tenía que ser objeto de correcciones y de posteriores desarrollos, como realmente sucedió.

Por lo que hace a los *delitos culposos*, habrá que considerar las aportaciones posteriores de discípulos de WELZEL, como W. NIESE (y BOLDT), quien explicó cómo el concepto final de acción sí puede servir de base para explicar los delitos culposos. En tanto que la imprudencia o la “violación a un deber de cuidado” siempre se da en la realización de una acción en sentido final, cualquiera que sea el “fin”, a nadie se le podía ocurrir exigir que, con relación al resultado producido en los delitos culposos, el autor imprudente tuviera que dirigir el curso causal directamente hacia dicho resultado, porque entonces ¿cómo podría diferenciarse un delito culposo de uno doloso si se exigiera que en ambos casos se tiene que “querer” o “aceptar” el resultado?. Pero lo que no puede negarse es que, es en la consecución de un fin determinado, sea penalmente relevante o no, se produce un resultado de manera imprudente, precisamente porque en la conducción del proceso causal se viola un deber de cuidado. O, en otros términos, en la producción imprudente de un resultado típico hay siempre de por medio una conducta final; y no es que se trate de una *finalidad potencial* sino de una *finalidad real*.

b) Se señala también que el concepto final de acción no puede explicar el injusto de los delitos de omisión:

Otra crítica que trae a colación el Prof. ROXIN es la de que el concepto final de acción no puede explicar los *delitos de omisión*. Con

relación a esta cuestión, igualmente la teoría ha evolucionado, primero con las aportaciones de Armin KAUFMANN y más adelante con otros seguidores de WELZEL, como STRUENSEE y SCHÖNE, o incluso de ROXIN, como SCHÜNEMANN. WELZEL toma más adelante las aportaciones de su discípulo A. KAUFMANN, quien siguiendo lo que RADBRUCH había planteado 55 años antes, establece que la acción en sentido estricto y la omisión tienen estructuras distintas, pero que en todo caso existe un elemento común entre ellas, que es la *capacidad para realizar acciones*, acciones finales, hablándose incluso de una “finalidad hipotética”. Sin embargo, puede decirse que en torno a los delitos de omisión no existe comunidad de opiniones incluso entre los propios finalistas.

3. Sobre la concepción del Prof. ROXIN

Pero, la idea no es argumentar a favor del finalismo, que creo se defiende solo, sino comentar algunos aspectos del pensamiento del profesor ROXIN. Por lo que, brevemente quisiera ocuparme de algunos de ellos.

a) Como se ha dicho, ROXIN, al *orientar la dogmática a la política criminal*, acoge las finalidades político-criminales de un modo más *amplio*, ya que orienta su sistema a los *finés del Derecho penal* y no sólo a los *finés de la pena*, dándole particular atención a la función *preventivo especial* de la pena, con lo que se diferencia de JAKOBS, quien, al partir de la necesidad de *renormativizar* los conceptos, acoge sin mayores limitaciones la *función de prevención general* que atribuye a la pena²⁰. Otra diferencia más con el pensamiento de JAKOBS, es que la construcción de ROXIN admite ciertos *límites externos*, que tienen que ver con los contenidos de carácter *material*; de ahí que, al sistema de JAKOBS se le caracterice como de *extre-*

20 *Op. cit., loc. cit.* Véase, también, JAKOBS, G., *Schuld und Prävention*, 1976; HIRSCH, H. J., “El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel”, en *Derecho Penal. Obras completas*, T. I, B. Aires, 2000, pp. 13 y ss., 28 y s.

mo normativismo, que las distintas categorías “probablemente difieren”, que, ateniéndose a las cosas, se refieren a conceptos absolutos. En el pensamiento de ROXIN se le ve como un sistema que, por la admisión de ciertos dogmas en torno a la pena, como un “sistema rac-

b) Ahora bien, como se ve en la concepción del Prof. ROXIN en *La dogmática penal y de la pena*, basándose en los principios criminales que se ubican en algunas interrogantes, como “finés sociales del derecho”, las “decisiones valoradas en esos finés”, que se expresan en los *principios jurídicos* que, según ROXIN, para que el ser humano sea “pacífico”, y que sus principios no pueden ser sino *positivos*²². Pero, la cuestión es la concepción de ROXIN para determinar cuáles son los contenidos del *injusto* y d-

21 *Op. cit.*, p. 40 y s. Advierte con el “debilitamiento del control social por el acrecentamiento de...”

22 Para ROXIN “los límites que limitan menos los delitos, muchas veces pueden...”

mo *normativismo*, que lleva a alterar radicalmente los contenidos de las distintas categorías del delito que, como previene ZAFFARONI, “probablemente dificulte a corto plazo el diálogo entre especialistas que, ateniéndose a las denominaciones, será inevitable que se refieran a conceptos absolutamente diferentes”²¹; mientras que al sistema de ROXIN se le ve como un *normativismo moderado*, precisamente por la admisión de ciertos contenidos materiales en las categorías dogmáticas en torno al delito; de ahí que él mismo a su concepción como un “*sistema racional-final (funcional) del delito*”.

b) Ahora bien, como lo ha señalado en su conferencia, la concepción del Prof. ROXIN se fundamenta en la *función social del derecho penal y de la pena*, basándose en las decisiones valorativas y político-criminales que se ubican detrás de esos fines. Lo anterior plantea algunas interrogantes, que tienen que ver con la determinación de los “fines sociales del derecho penal y de la pena” y con la cuestión sobre las “decisiones valorativas y político-criminales que están detrás de esos fines”, que se explican a través de la consideración de los *bienes jurídicos* que, según ROXIN, son aquellos “elementos indispensables para que el ser humano pueda tener una vida en común segura y pacífica”, y que su protección corresponde al derecho penal en tanto ellos no pueden ser salvaguardados mediante medios menos gravosos²². Pero, la cuestión que mayormente me planteo con relación a la concepción de ROXIN, es: ¿cómo es que el fin de la pena puede determinar cuáles son los *presupuestos* de ésta y, sobre todo, el contenido del *injusto* y de la *culpabilidad*?

21 *Op. cit.*, p. 40 y s. Además, añade ZAFFARONI, la teorización de JAKOBS coincide con el “debilitamiento del estado bienestar y el consiguiente reforzamiento del control social punitivo interno como consecuencia del deterioro social y del acrecentamiento de riesgos preventivos de la revolución tecnológica.

22 Para ROXIN “los medios menos gravosos deben preceder al derecho penal, porque limitan menos la libertad del ciudadano en comparación con la pena, que muchas veces puede poner en peligro la propia existencia” (Conferencia)

1) Por lo que hace al *injusto penal*, en cuyo ámbito ROXIN desarrolló la *teoría de la imputación objetiva*, dicho injusto se caracteriza por la “creación de un riesgo no permitido para un bien jurídico penalmente protegido”. Si hablar de “creación de un *riesgo no permitido*” es hablar del fundamento del injusto, ese debe serlo ya se trate de un injusto doloso o culposo, de un injusto de acción o de omisión, así como de un delito consumado o de uno tentado, aún si “ese riesgo no se ha realizado en el resultado”; pues el autor entiende al injusto como “la lesión de un bien jurídico generada mediante la realización de un riesgo no permitido”. Pero, por otra parte, todo parece indicar que sólo se podrá hablar de “riesgo no permitido” cuando en el caso concreto “no” opera una causa de justificación, sobre todo si se entiende que el “injusto” es la suma de dos categorías sustantivas: *tipicidad* y *antijuridicidad*, de las que ROXIN no ha renunciado hablar.

Ahora bien, ¿por qué a eso se le llama “*imputación objetiva*”, cuando se trata de una expresión muy ambigua, que ha provocado diversos alcances o contenidos?; por qué no se optó por una expresión en donde resalte la consideración del “*riesgo creado*”?; o alguna otra que tome en consideración la existencia de elementos *subjetivos*, que sin duda los hay y, además, se admiten a nivel del injusto?

Como se ha destacado por la doctrina penal, la expresión “*imputación objetiva*” surgió originalmente como una alternativa teórica para explicar problemas de *causalidad* y, sobre todo, en el ámbito de los *delitos culposos*. Con el tiempo se la ha ido extendiendo, al punto de que hablar ahora de “*teoría de la imputación*” es hablar de “*teoría del delito*” y no sólo de “*teoría del injusto*”; por lo que, ya no se limita a lo meramente “*objetivo*”. Sin embargo, darle ese alcance a la teoría de la imputación “*objetiva*”, parece rebasar el contenido de la expresión, a menos que en ella se encuentren las bases para toda la imputación, así como con relación al papel que se le ha atribuido al *concepto final de acción*, de donde se han derivado consecuencias

importantes
tes implicac

Ahora bi
mática pena
de aportar l
criminales -
jurídico- pu
que cuestio
aras del pri
cho- que en
tualmente s
como la bas
diciendo po
resulte la m
duda, es pe
afirma el gi
siempre hab
se quiera co
que quien t
una cosa di

Por ello,
de protecció
te normativ
que evident

23 Así, por e
final de a
por supu

24 Véase, SF
cia, Dyki

25 Dificulta
de un del
sólo se re

importantes para toda la estructura del delito²³, así como importantes implicaciones político-criminales²⁴.

Ahora bien, si al establecer la relación que debe existir entre dogmática penal y política criminal, se atribuye a la primera la función de aportar los criterios teóricos para que ciertos principios político-criminales –como el de legalidad, el de acto o el de la lesión del bien jurídico– puedan alcanzar sus objetivos de manera amplia, habría que cuestionarse si la dogmática podría sugerirle al legislador –en aras del principio de legalidad en un Estado democrático de derecho– que en el diseño de los tipos penales, a diferencia de lo que actualmente sucede, destacara como eje central de los mismos, es decir, como la base de la imputación, la “creación del riesgo no permitido”, diciendo por ejemplo: “al que cree un riesgo no permitido, del que resulte la muerte de una persona, responderá de homicidio...”. Sin duda, es perceptible la dificultad²⁵; pero, en todo caso, cuando se afirma el giro de lo *óntico* a lo *normativo*, habrá que admitir que siempre habrá una decisión normativa o valorativa detrás de lo que se quiera considerar como penalmente relevante; y eso no excluye que quien tome esa decisión no tenga como objeto de valoración una cosa diferente, incluso categorías del *ser*.

Por ello, cuando ROXIN acota a la imputación atendiendo al “*fin de protección de la norma*”, estamos ante una cuestión ciertamente normativa, que nos vincula con la consideración de dicho “*fin*”, que evidentemente no será otro que el fin mismo del derecho penal.

23 Así, por ejemplo, WEZEL extrajo como determinante consecuencia del concepto final de acción, que “*el dolo no pertenece a la culpabilidad sino a la acción*”; que, por supuesto, ROXIN no acepta.

24 Véase, SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Ensayo sobre el Derecho penal como ciencia*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 172 y ss.

25 Dificultad que parece ser mayor si se cuestiona: ¿cómo se fundamenta el injusto de un *delito tentado* si la creación de riesgos no permitidos para bienes jurídicos sólo se realiza en el resultado producido?

Pero, con ese otro punto de referencia para establecer la imputación, pareciera –aunque suene falto de seriedad– que sólo se hace un traslado de la cuestión relativa a la “finalidad”; pues, mientras que el sistema finalista –sin desconocer los fines u objetivos de la norma penal– ubica la consideración de la *finalidad*, como un criterio determinante para la imputación, dentro de la estructura de la acción²⁶, es decir, como parte integrante de la acción humana, la teoría de la imputación la ubica en la “norma”; por ello, para los efectos de la imputación, ahora habrá que preguntar siempre, en cada caso concreto, “cuál es la finalidad que persigue la norma” y no ya “cuál es la finalidad que persigue el sujeto que la infringe. Ciertamente, hasta ahora casi no se ha cuestionado que la norma penal –como todo el derecho penal– cumple una función, es decir, persigue un determinado fin, y que esa función o finalidad es la *protección de bienes jurídicos*; por ello, en cada uno de los tipos penales debe haber la consideración de un determinado bien jurídico, que será el que en el caso concreto se vea afectado. La protección de ese concreto bien será, entonces, el fin de la norma que se encuentra subyacente a todo tipo penal; de ahí que, al parecer, no había causado mayor discusión.

2) Con relación al problema de la *culpabilidad*, que desde la perspectiva político-criminal ha sido expuesto como principio fundamental del derecho penal liberal y, luego, en la segunda mitad del siglo XIX cuestionado porque desde el ángulo de los métodos de las ciencias naturales es científicamente indemostrable y, por ello, rechazado del sistema penal y sustituido por el llamado principio de *peligrosidad*, ha encontrado también en el campo de la dogmática penal importantes cuestionamientos, al punto que hay quienes se han pronunciado por su total prescindencia, como lo han expuesto ELLSCHEID-HASSEMER y GIMBERNAT ORDEIG, entre otros, siguiendo el mismo argumento de los positivistas italianos, de que la

26 Como *contenido de la voluntad*, que es lo que le da sentido a la acción.

libertad e
obstante
por razo
Prof. RO
edifica p

Ciert
taciones
lación p
16 y 19
es muy
después
dida co
la culpa
punibil
fundam
le pued
pena n

Mie
mativa
una co
las exig
adquie
requis
b) la c

27 Cj
de
m
S.
28 V
ci
29 C
30 E

libertad en que se basa es científicamente indemostrable²⁷. Otros, no obstante aceptar la indemostrabilidad, han optado por mantenerlo por razones político-criminales; entre ellos, sin duda, se encuentra el Prof. ROXIN; sin embargo, él prefiere hablar de *responsabilidad*, que edifica precisamente con base en la función o "*fin de la pena*"²⁸.

Ciertamente, el vocablo "responsabilidad" tiene diversas connotaciones y alcances si lo analizamos desde la perspectiva de la legislación penal y procesal penal mexicana, incluso desde los artículos 16 y 19 de la Constitución, y la que le asigna nuestro conferencista es muy distinta a ellas. Para el Prof. ROXIN la categoría que se ubica después del injusto es denominada *responsabilidad*, la que es entendida como el concepto superior de "necesidad de pena basado en la culpabilidad y la prevención, que conjuntamente determinan la punibilidad"; pero reconoce que la *culpabilidad* puede fungir como fundamento y límite de la pena, en tanto que "a ninguna persona le puede ser impuesta una pena si actuó sin culpabilidad" y que "la pena no puede superar el grado de culpabilidad del autor".

Mientras que para el finalismo la *culpabilidad* –entendida "normativamente", como un *juicio de reproche* que se le hace al autor de una conducta antijurídica, en virtud de haber actuado en contra de las exigencias de la norma pudiendo haberlo hecho de otra manera²⁹– adquiere una estructura esencial³⁰, compuesta ahora de los siguientes requisitos necesarios para el juicio de reproche: a) la *imputabilidad*, b) la *conciencia* (o cognoscibilidad) *de la antijuridicidad* y c) la *exi-*

27 Cfr. ELLSCHEID-HASSEMER, "Strafe ohne Vorwurf", en *Seminar Abweichendes Verhalten*, II, 1, p.267; GIMBERNAT ORDEIG, E., "Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", en G. ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1967, pp. 57 y ss., 78.

28 Véase ya desde los trabajos publicados en ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Reus, S.A., Madrid, 1981.

29 Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, pp. 197 y ss.

30 Entre cuyos componentes ya no se encuentran el dolo y la culpa.

gibilidad de otra conducta ajustada a derecho³¹, el Prof. ROXIN establece que para que haya culpabilidad son necesarios los siguientes requisitos: *a)* que el sujeto tenga la capacidad de *comprensión* de la norma y la capacidad de *motivación* por la norma (imputabilidad), y *b)* que el sujeto tenga conocimiento de que su comportamiento es antijurídico, que implica la posibilidad del autor de formarse un concepto correcto de la norma jurídica; exigencia esta de la cual se deriva la base para el tratamiento del *error de prohibición*, que si es invencible excluye la culpabilidad. A diferencia de la concepción anterior, ROXIN no habla expresamente en su conferencia del tema de la *exigibilidad de otra conducta*, en virtud de que para él el problema del *libre albedrío* no tiene importancia. Sin embargo, habría que plantearse la siguiente interrogante; ¿qué caso tendría exigir la “capacidad del ser humano para conducir su acción”, si en el caso concreto –por efectos de una “presión extrema”– el sujeto no pudiera hacer uso de ella³², es decir, que no tenga la “posibilidad” de ajustar su conducta a las exigencias de la norma?”. En este caso, para hacer valer el “estado de necesidad inculpante” habrá que contar con una base, de la misma manera que la “renuncia a la pena” o la “falta de necesidad de pena” debe tener un sustento, que no puede estar sino en el ámbito de ese presupuesto de la pena que es la culpabilidad³³,

31 Cfr. WELZEL, *op. cit.*, p. 201, 214 y ss; STRATENWERTH, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 1976, pp. 157 y ss.; existe trad. al español de G. ROMERO, *Derecho penal. Parte general I*, Madrid, 1982, pp. 165 y ss. KAUFMANN, ARMIN, *Die Dogmatik der Untelassungsdelikte*, 1959, pp. 138 y ss.

32 Por ello, en otros términos ROXIN hace referencia a lo mismo.

33 Para ROXIN, en cambio, depende de criterios de *prevención*. Pero, si la pena –como dice ROXIN– depende “solamente de las necesidades preventivas y se limita al marco de dichas necesidades”, ¿quién determina esas necesidades preventivas y cómo lo hace?, sobre todo si para ello hay que tomar en cuenta el “punto de vista social”; y, ¿qué sucede cuando hay conflictos entre las necesidades preventivo-generales y las necesidades preventivo-especiales?

cuya exigencia es fundamental.

c) Finalmente, como se sabe, el derecho penal moderno conoce que el desarrollo contempóreo del derecho penal clásico o finalista no puede ser un poco de lo que se dice, diciendo que las construcciones jurídicas no se hacen a la recer aún no se ha hecho un estudio y su fundamento de ROXIN. Las teorías elaboradas por él que la dogmática jurídica sustantiva se sustentan con ciertas visiones de lo que, no por el hecho de estar presente en de aquellas construcciones latinoamericanas evolucionadas, no se aplican los criterios

No se puede decir que ni debe permitirse avanzar, solamente se es necesario de esas teorías de los principios en Alemania impulsado en los países, parte De ahí que,

cuya exigencia puede igualmente obedecer a razones político-criminales.

c) Finalmente, el profesor ROXIN -al concluir su exposición- reconoce que mucho de su concepción todavía está a debate y el desarrollo continúa; no obstante, opina que "*un retorno a los sistemas clásico o finalista del delito no es posible*". Yo quisiera permitirme diferir un poco de esta afirmación del destacado profesor de Munich, diciendo que hasta ahora la dogmática penal no ha abandonado ni las construcciones básicas del *causalismo* ni las del *finalismo*; y al parecer aún no lo podrá hacer, salvo que abandone su propio objeto de estudio y su función, siendo muestra de ello la propia construcción de ROXIN. Es decir, aún se encuentran vigentes aportaciones elaboradas por Franz von LISZT y, sobre todo, por WELZEL, máxime que la dogmática penal actual sigue basándose en las antiguas categorías sustantivas (*tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad*), si bien con ciertas variantes respecto de su contenido y de su función. Por lo que, no puede aceptarse hablar de "retorno" de aquello que aún está presente en las actuales construcciones sistemáticas, sobre todo de aquellas que se sostienen en gran parte de la dogmática penal latinoamericana, pero incluso en la de los países cuya labor teórica ha evolucionado más, como los países europeos, en donde muchos de los criterios básicos todavía se mantienen firmes.

No se puede negar, por supuesto, que la dogmática penal no puede ni debe permanecer estática, sino que tiene que transformarse y avanzar, sobre todo si su propio objeto de consideración constantemente se está transformando; además, no sólo debe estar a expensas de esa transformación del derecho penal, sino que debe ser uno de los principales motores de ese cambio; y, nadie puede negar que en Alemania la dogmática penal sí ha evolucionado y, además, ha impulsado el desarrollo de las construcciones sistemáticas en otros países, particularmente a través de las ideas del profesor ROXIN. De ahí que, resulta difícil admitir, como sucedió en cada uno de los

momentos de desarrollo de la dogmática penal, que una construcción teórica, que invirtió alrededor de 100 años, de pronto se venga abajo totalmente, porque surge una construcción nueva que pretende no dejar siquiera escombros alguno de la anterior. Además, habrá que admitir que con frecuencia construcciones teóricas que se han considerado superadas, o incluso abandonadas, han sido retomadas nuevamente y han adquirido nuevo impulso; de ahí que resulta recurrente que el pensamiento de antiguos filósofos o juristas vuelvan a adquirir actualidad; tal es el caso, por ejemplo, del pensamiento de Kant o de Hegel en la dogmática penal; pero eso mismo se puede decir con relación al llamado *sistema neoclásico* o *teleológico* de las primeras décadas del siglo XX que, después de haber sido fuertemente cuestionado por el finalismo de WELZEL, resurge nuevamente en el pensamiento del *sistema funcionalista* o *normativista*.

De ahí que, en todo caso, lo que más importa para los efectos político-criminales en el marco del sistema penal de un Estado democrático de derecho, es ver cuál de las diferentes construcciones sistemáticas está en mejores condiciones de ofrecer criterios para contener el poder penal y ofrecer seguridad jurídica para los individuos, así como para posibilitar que el derecho penal cumpla de mejor manera su misión de proteger bienes jurídicos.

C

del Pr

“Evo

Mi agrade
nas; al Direc
tación a part
cional de Pol
Profesor Dr.

Como pri
tre las divers
rentemente
en su conter
que en el de
diversas pro

a construc-
to se venga
que preten-
más, habrá
que se han
retomadas
resulta re-
as vuelvan
amiento de
puede de-
de las pri-
ertemente
nente en el

os efectos
Estado de-
rucciones
erios para
los indi-
umpla de

Comentarios a la conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin

“Evolución y modernas tendencias de la teoría
del delito en Alemania”

Verónica Román Quiroz

Mi agradecimiento al Procurador, Maestro Rodolfo Félix Cárdenas; al Director del Instituto de Formación Profesional por la invitación a participar en este evento de Clausura del Coloquio Internacional de Política Criminal y Derecho Penal; mi admiración para el Profesor Dr. Claus Roxin y mi respeto para Frau Roxin.

Como primer punto deseo precisar que los puntos de debate entre las diversas sistemáticas del delito no debe radicar en lo que aparentemente se vislumbra como diferentes categorías del delito, sino en su contenido (por sus implicaciones o ubicación) pues ello hace que en el desarrollo continuo de la Dogmática internacional, existan diversas propuestas.

I. SISTEMA CLÁSICO DEL DELITO

Así, en el sistema clásico¹ del delito se parte del naturalismo² como base histórico-intelectual y filosófica para definir que todos los elementos objetivos del delito pertenecían a la categoría del injusto; y todos los subjetivos a la culpabilidad. A la culpabilidad por tanto correspondía la determinación de la presencia del dolo o de la culpa (como sus dos únicas formas) y como su presupuesto a la imputabilidad³. De ahí, que la teoría psicológica de la culpabilidad⁴

- 1 A partir de las ideas propuestas inicialmente por Carrara en Italia y, posteriormente con la separación iniciada por Rudolph von IHERING en 1867 de la contrariedad de la acción con las normas jurídicas y una censura a la disposición anímica del sujeto, utilizando algunos postulados de BECHMER; nace la concepción clásica del delito. WELZEL, Hans. Derecho penal alemán, traduc. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Ed. Jurídica de Chile, 11ª ed., Chile 1976, pp. 60, 73.
- 2 El pensamiento naturalístico de fines del siglo XIX intentó reconducir todos los conceptos jurídicos a datos científicos naturalistas aprehensibles empíricamente. ROXIN, Claus. Política Criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la Política Criminal, traduc. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, Ed. PPU, Barcelona, 1992, p. 115.
Acorde con SCHÜNEMANN, el naturalismo es la primera fase de elaboración del sistema de Derecho penal, que llegó a su apogeo con el sistema de BELING y von LISZT. Así la determinación de la producción de un delito era idéntica al juicio existencial relativo a la concurrencia de éstos o aquellos hechos perceptibles por los sentidos y descriptibles en un sistema de conceptos físicos o biológicos. Véase SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales, estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario; traduc. Jesús María Silva Sánchez, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 43, 44.
- 3 Esta precisión resulta importante dado que de la imputabilidad se han pronunciado seguidores de cinco ubicaciones sistemáticas. Le han señalado como: a) presupuesto del delito, b) elemento del delito, c) presupuesto de la culpabilidad, d) elemento de la culpabilidad, e) atributo o característica del sujeto activo. Posturas que en obvio de razones traen consigo diversas consecuencias jurídicas.
- 4 La culpabilidad era concebida como una relación cuasi-causal entre el hecho objetivo y la mente del autor, afirma MIR PUIG, Santiago. "Sobre el principio de la culpabilidad como límite de la pena", en El poder penal del Estado, Homenaje a Hilde Kaufmann, directores y compiladores: Roberto Bergalli y Juan Bustos, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 367.

requiere
resultado
una con
fue prev
produci
das (ello

II.
De e
para su
del neol
se empi
tos subj
(como
una no
los eler
y exigil

5 No
jo
de
da
pe
19
6 Co
la
di
al
pe
a
te
ec
7 C
d
q
k

requiriera tan sólo de la identidad entre lo querido por el autor y el resultado producido (culpabilidad dolosa) o de la determinación de una conexión imperfecta entre el resultado producido y lo que no fue previsto por el autor o que siendo previsto confió en que no se produciría, argumento que les llevó al fracaso por sus bases definidas (ello, a fin de acreditar una culpabilidad culposa).⁵

II. SISTEMA NEOCLÁSICO DEL DELITO

De este modo, fue el sistema neoclásico del delito el que surge para superar las deficiencias del anterior. Sus postulantes partieron del neokantismo para referirse a un Derecho Penal de fines y valores, se empieza a subjetivizar el injusto⁶ por la incorporación de elementos subjetivos específicos o también denominados diversos del dolo (como el ánimo exigible en el delito de robo), y se habla además de una normativización de la culpabilidad, a la cual se conformó con los elementos de imputabilidad, dolo o culpa⁷ (que permanecieron) y exigibilidad de otra conducta (o normalidad de las circunstancias

5 Nótese que la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) no pertenece al reflejo subjetivo del hecho, por lo que no puede ser etiquetada como componente de la culpabilidad, sino sólo como "presupuesto" de la misma; y que la exigibilidad aún no aparece como su elemento. STRATENWERTH, Günther. Derecho penal, parte general, T. I, traduc. Gladys Romero, Ed. Edersa, s.n.ed., Madrid, 1982, p. 163.

6 Con el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto resultó imposible la delimitación de la antijuridicidad y de la culpabilidad, conforme al criterio tradicional que adscribe a la primera al aspecto objetivo de la acción y la segunda al subjetivo. Pero se descubrió en la reprochabilidad un elemento normativo que permitió diferenciar desde entonces, también desde el punto de vista material, a la culpabilidad del injusto (lesión de un bien jurídico). GALLAS, Wilhelm. La teoría del delito en su momento actual, trad. Juan Córdoba Roda, Bosch casa editorial, Barcelona, 1959, p. 9.

7 Como tercera forma se dio cabida a la preterintención, que fue explicada a través de tres distintas posiciones: los que asimilan la acción y el resultado al dolo; los que contemplan a la acción como dolosa y al resultado como culposo; y los que la entienden como un delito calificado por el resultado.

bajo las cuales obró el autor)⁸. Por lo que para afirmar la culpabilidad dolosa debíase no sólo determinar que había identidad entre lo querido por el autor y el resultado producido, sino que además debía revisarse si el orden jurídico podía exigirle una conducta diversa de la realizada al sujeto capaz que obró con dolo. Y para hacerlo en relación a la culpabilidad culposa pese a resultar una conexión imperfecta con lo que “no había sido querido” por el autor pero en todo caso previsto confiando en que no se produciría o no previsto siendo previsible, también se debía determinar si el orden jurídico podía exigirle una conducta diversa a la realizada al sujeto capaz que obró con culpa. La culpabilidad como se nota tenía un contenido psicológico y normativo.

III. TEORÍA DE LA ACCIÓN FINAL

Es la Teoría de la Acción Final⁹ la que partió de las estructuras lógico-objetivas como constantes antropológicas, dadas de manera previa al legislador para definir a las acciones relevantes en materia penal. De modo que explicó la relación entre las estructuras ontológicas y el mundo normativo desde el punto de vista que las normas no pueden ordenar o prohibir meros procesos causales, sino sólo actos dirigidos finalmente o la omisión de tales actos. El injusto contiene elementos objetivos y subjetivos, mientras que la culpabilidad¹⁰

8 GOLDSCHMIDT, James. La concepción normativa de la culpabilidad, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1943, pp. 3 y ss.

9 La oposición al finalismo y a su metodología ha experimentado en los últimos años dos vías al menos distintas: la encabezada por ROXIN quien objeta y se separa del método deductivo-axiomático del finalismo por su análisis de los problemas jurídicos como cuestiones básicamente lógico-abstractas, y la seguida principalmente por JAKOBS quien centra su censura al finalismo en el método ontológico, porque éste vincula al legislador, así como a la propia Ciencia del Derecho penal a las estructuras lógico-objetivas.

10 El objeto del juicio de reproche de la culpabilidad es la resolución de voluntad antijurídica; ésta le es reprochada al autor en la medida en que podía tener con-

alcanzó su normativización pura. La imputabilidad, la conciencia del injusto y la exigibilidad de otra conducta se constituyeron en sus elementos. Reubicándose sistemáticamente al dolo y a la culpa a nivel del tipo como sus elementos subjetivos, esto es, reduciéndolos a componentes de la dirección final.

IV. NORMATIVISMO TELEOLÓGICO ROXINIANO (MODERADO) Y NORMATIVISMO LIBRE DE EMPIRISMO JAKOBSIANO (RADICAL)

Respecto del normativismo moderado y radical, cuyos máximos exponentes reconocemos en ROXIN y JAKOBS, respectivamente; cabe señalarse que para el primero la acción es la manifestación de la personalidad del sujeto, se trata de una conducta sometida al control del yo, y por ello puede ser atribuida al hombre como centro anímico-espiritual de la acción. Y para el segundo, la acción es un comportamiento exterior evitable. El comportamiento en cuanto suceso psico-físico debe ser objetivamente imputable, evitable y culpable.

Tanto para ROXIN como para JAKOBS hay que concebir a la tipicidad como elemento del delito. Es en este nivel en que ambos realizan una clara contribución a la doctrina. ROXIN diseña en su modelo la imputación al tipo objetivo (imputación del resultado), mediante la figura de la creación de un riesgo no permitido excluye la imputación en caso de la disminución o falta de creación del mismo, delinea la creación del peligro y de sus cursos causales hipotéticos, así como la exclusión de la imputación en caso de un riesgo permitido, o por ejemplo su exclusión en caso de presentarse resultados no cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado. A diferencia de él, JAKOBS prevé la imputación al comportamiento y al

ciencia de la antijuridicidad de su acción y en que tal conciencia podía convertirse en un contramotivo determinante del sentido. WELZEL, Hans. El nuevo sistema del Derecho penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista, traduc. José Cerezo Mir, Ed. Ariel, Barcelona, 1961, pp. 112 y ss.

resultado; en el primer nivel conforma cuatro categorías: a) el riesgo permitido, pues no forma parte del rol de cualquier ciudadano eliminar todo riesgo de lesión de otro; b) el principio de confianza, dado que el comportamiento de los seres humanos se entrelaza, no forma parte del rol del ciudadano controlar de manera permanente a todos los demás; de otro modo no sería posible hacer una división del trabajo. No todo es asunto de todos; c) la prohibición de regreso, ya que un comportamiento que de modo estereotipado resulta inocuo, no constituye participación punible en una organización no permitida; d) competencia de la víctima, en atención a que el propio comportamiento de la víctima fundamenta que se le impute la consecuencia lesiva o que se encuentre en desgraciada situación de hallarse en esa posición por obra del destino, por infortunio. Las infracciones a los deberes de autoprotección y la voluntad se agrupan bajo el rótulo de "acción a propio riesgo". La afectación a los bienes jurídicos no siempre proviene del sujeto activo.

En cuanto a la antijuridicidad, ambos la prevén como elemento del delito, y dentro de su aspecto negativo ROXIN contempla a las figuras de la defensa legítima, el estado de necesidad justificante, al ejercicio del cargo y derechos de coacción y como causas de justificación por el riesgo permitido: al consentimiento presunto, a la salvaguarda de intereses legítimos; JAKOBS por su parte, considera como causas de justificación a la defensa legítima, al estado de necesidad justificante, al consentimiento, al conflicto de deberes, a la actuación en interés del lesionado con su consentimiento presunto; al ejercicio de cargo, a la actuación bajo mandato, al ejercicio de potestad delegada; a la salvaguardia de intereses legítimos.

En lo tocante al siguiente nivel del delito, la responsabilidad jurídico-penal¹¹ es integrado por ROXIN, a su vez, por la culpabilidad y

11 ROXIN, Claus. "Acerca de la consolidación político-criminal del Sistema del Derecho penal", en: *Dogmática penal y Política Criminal*, trad. Manuel Abanto Vásquez, Ed. Idemsa, Lima-Perú, 1998, p. 32. Del mismo: *La evolución de la Política*

por la ne
en él, no
sibilidad
preventi
de incul
sidad ex
denomir
temente
doctrina
constitu
preventi
miento,
de incul

Crim
María
2000,
12 ROX
pena
XXI,
13 Si bie
ambo
ellos,
les qu
ROX
lítico
del D
limita
a la p
conce
norm
exter
meto
ciona
ción.
com
la Do
64, 65

por la necesidad de pena¹². La exclusión de la culpabilidad entonces en él, no responde a los planteamientos tradicionales de la imposibilidad de actuar de otro modo, sino a la ausencia de necesidad preventivo-general o preventivo-especial de la pena¹³. Como causas de inculpabilidad refiere al error de prohibición, al estado de necesidad excluyente de la responsabilidad. JAKOBS, en cambio, sigue denominando a este nivel como culpabilidad y rechaza terminantemente la capacidad de actuar de otro modo (considerada por la doctrina tradicional como el fundamento ontológico) toda vez que constituye un estado inconstatable. Además hace radicar su efecto preventivo-general en la estabilización de la confianza en el ordenamiento, perturbada por el comportamiento delictivo. Como causas de inculpabilidad señala a los casos de inimputabilidad, al error de

Criminal, el Derecho penal y el proceso penal, trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Ed. Tirant lo Blanch alternativa, Valencia, 2000, pp. 145 y ss.

12 ROXIN, Claus. "Normativismo, Política Criminal y empirismo en la Dogmática penal", en: Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI, Ed. CEPOLCRIM, México, 2003, p. 32.

13 Si bien pueden afirmarse coincidencias básicas o elementos aglutinantes entre ambos pensamientos también se destacan algunas diferencias importantes entre ellos, radicadas no tanto en el método como sí en las premisas político-criminales que se toman como referencia.

ROXIN al orientar la Dogmática a la Política Criminal acoge las finalidades político-criminales de un modo más amplio, ya que orienta su sistema a los fines del Derecho penal y no de una renormativización conceptual, acoge sin mayores limitaciones o contrapesos la función de la prevención-integración (que atribuye a la pena) como base de la refundamentación normativa de las categorías y los conceptos. Otra diferencia podría encontrarse en el hecho de que la construcción normativista de ROXIN, a diferencia de la de JAKOBS, admite ciertos límites externos, como son los contenidos de carácter material; sin negar la diferencia metodológica que ha permitido caracterizar al sistema de JAKOBS como "funcionalismo sistémico", por la clara influencia de LUHMANN en su construcción. Cita en: MORENO HERNÁNDEZ, Moisés. "Ontologismo o normativismo como base de la Dogmática penal y de la Política Criminal"; en Fundamentos de la Dogmática penal y de la Política Criminal, Ed. Juspoenale, México, 2002, pp. 64, 65.

prohibición, al estado de necesidad exculpante, a la inexigibilidad de otra conducta.

V. CRÍTICAS HECHAS A JAKOBS

Una vez resumidos y expuestos los contenidos del delito de manera sistemática, cabe aclarar las críticas hechas a la teoría de Günther JAKOBS.

Entre los puntos debatidos cuenta el hecho de que JAKOBS:

- a) En contraposición a su maestro Hans WELZEL, rechaza los presupuestos ontológicos (con base en los cuales WELZEL parte de las estructuras lógico-objetivas para concebir al concepto de la acción final. De ahí que se hablara de la "omnipotencia jurídica del legislador, del peligro de un Estado autoritario, de tener un sistema utilitario, anulador de garantías. Pues lo justo es lo útil al pueblo").
- b) Afirma que lo empírico sí lo necesitamos, se trata de lo contingente de lo que acontece; pero lo ontológico, esto es, la sustancia del ser no sirve sin la metafísica (ejemplificando, mirar, hablar, no tendrían más implicación que el contenido que se le dé a esas acciones: mirar lascivamente o hablar con falsedades).
- c) Desarrolla la teoría de la imputación exclusivamente normativa. Haciendo residir su fundamento teórico en la Teoría del sistema social.¹⁴
- d) Prevé principios de prevención general orientados al mantenimiento del sistema social. La eficacia del Derecho Penal acorde con JAKOBS se perdería en la protección de los bienes jurídicos, pues su intervención es tardía. Por ello, debe basarla en la fidelidad a la norma.

14 Mientras las elaboraciones penales de ROXIN se vinculan más estrechamente con la Sociología funcionalista de Robert MERTON y de Talcott PARSONS, con particular preocupación por la función preventivo-especial de la pena; las de JAKOBS se vinculan más a las de Niklas LUHMANN, a los componentes hegelianos y -según ZAFFARONI- a "la exaltación sociologizada del funcionalismo ético welzeliano". Con él se da una vuelta radical al normativismo "acompañada de un sinceramiento de precedentes de la función del poder punitivo que bordea por momentos los límites de lo éticamente tolerable". Su objetivo es fortalecer la confianza en el sistema (prevención general positiva) mediante la ratificación simbólica de la vigencia de la norma". Consúltese ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Política y Dogmática jurídico-penal*, Ed. INACIPE, México, 2002, pp. 37 y ss.

e) No ve al hecho de la violación de la validez de la norma como un injusto en sí mismo, sino como un injusto en relación con el injusto que se pretende evitar.

1. Derecho

Según ROXIN, los elementos esenciales del delito son los elementos de culpabilidad y garantías del delito.

Pero lo cierto es que el Derecho Penal especial da lugar a la que se ha considerado restringir las garantías de conductas con el pretendido punto se hace en la teoría de JAKOBS, ar

En 1985, en Frankfurt am Main, el Tribunal del enemigo

15 La misión del Derecho Penal es asegurar la seguridad jurídica, el Derecho Penal es un instrumento de un bien jurídico. A su vez, el Derecho Penal es una norma. A su vez, el Derecho Penal es una norma, sino un instrumento. Referencia a la función penal post-final. Véase ZAFFARONI, Raúl Eugenio, 2006, p. 108.

16 En la evolución del Derecho Penal, sostuvieron que el Derecho Penal es un instrumento de la sociedad. Véase KANT, Immanuel, 1797, *Lecciones de metafísica*, seguridad jurídica, no es un instrumento hostilmente

e) No ve al hecho punible como la lesión del bien jurídico, sino como la afectación de la validez de la norma. Con ello, JAKOBS tiende a fortalecer la diferencia entre el injusto y la culpabilidad.¹⁵

1. Derecho penal del enemigo

Según ROXIN, en la construcción de JAKOBS: están ausentes los elementos esenciales de la Política Criminal de prevención especial y garantías del acusado.

Pero lo cierto es que se olvida de que JAKOBS tiene postulados especiales dada su concepción del Derecho Penal del Enemigo (a la que se ha criticado sin razón: aplicar penas draconianas, abolir y restringir las garantías o dar intervención al Derecho Penal respecto de conductas que no representan delitos, rompiendo con lo último con el pretendido Derecho Penal de mínima intervención. En este punto se hace necesario conocer en su exacta medida los postulados de JAKOBS, antes de realizar pronunciamientos semejantes).

En 1985, en las Jornadas de penalistas alemanes, celebradas en Frankfurt am Main, introdujo JAKOBS el concepto de Derecho penal del enemigo, al debate científico en el ámbito penal.¹⁶

15 La misión de la pena es la garantía de la identidad normativa de la Sociedad, o sea, el aseguramiento de la vigencia de la norma. La pena no repara bienes. Por ello, el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto a lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. A su vez, tal quebrantamiento no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas. Referencia en: POLAINO NAVARRETE, Miguel. "Evolución de la Dogmática penal post-finalista", en *Función de la pena estatal y evolución de la Dogmática post-finalista (Estudios de Derecho penal funcionalista)*, Ed. Porrúa, México, 2006, p. 108.

16 En la evolución histórico-filosófica, pensadores como ROUSSEAU y FICHTE sostuvieron que todo delincuente ha de ser considerado como un enemigo de la sociedad. Para HOBBS, "sólo, o al menos, es enemigo el reo de alta traición". KANT califica de enemigo al sujeto que se halla en estado natural y no brinda la seguridad necesaria para la sociedad, e incluso considera que es factible actuar hostilmente contra dicho sujeto, precisamente por significar un peligro que ame-

JAKOBS en su trabajo sobre "Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico", llamaba la atención sobre la técnica legislativa y la Política Criminal, presente en algunos ordenamientos por adelantar las barreras de protección, reduciendo o limitando el ámbito privado del sujeto por su enemistad frente al bien jurídico y frente a las normas que apuntalan la constitución de la Sociedad (denominadas por JAKOBS "normas de flaqueo") que posibilitan la criminalización de la acción desde los más tempranos signos de peligro para el bien jurídico. Con ello se optimizaba la protección del bien jurídico y se reducía el ámbito de libertad del sujeto, adelantando la barrera de protección a un estadio anterior, con el fin de neutralizar el peligro sin esperar a que el bien jurídico principal fuera efectivamente lesionado.

Con dicha técnica legislativa¹⁷, de conformidad con JAKOBS, se trata al autor como enemigo del bien jurídico, y dichas normas pertenecen a lo que él llama "Derecho penal del enemigo" que se contrapone al "Derecho penal del ciudadano"¹⁸. En este último la criminalización de la puesta en peligro del bien jurídico se hace

naza permanentemente a la colectividad. Cfr. KAUFMANN, Matthias. ¿Derecho sin reglas? Los principios filosóficos de la teoría del Estado y del Derecho de Karl Schmitt, traduc. Jorge Seña, Ed. Alfa, Estudios alemanes, Barcelona, Caracas, 1989, pp. 26 y ss.

- 17 La anticipación de las barreras punitivas de protección que, por obra del legislador, opera en determinados tipos delictivos podría justificarse, en el caso concreto, por la especial peligrosidad de la conducta que compromete bienes jurídicos como la paz pública, la seguridad jurídica.
- 18 En 2003 se esfuerza JAKOBS en contraponer el Derecho penal del enemigo (que se centra en el sujeto como fuente de peligros) y el Derecho penal del ciudadano (donde se trata al autor como "persona en Derecho"), aunque afirma desde el principio que no se manifiestan como figuras puras en la realidad, sino que antes bien, el Derecho penal del ciudadano también contiene en sí mismo la defensa, siquiera leve, frente a riesgos futuros (lo que es propio del Derecho penal del enemigo), y en el del enemigo se contienen, asimismo, rasgos característicos del Derecho penal del ciudadano, como es el tratamiento no sólo formal del sujeto como persona en Derecho, por ejemplo, el reconocimiento de sus derechos du-

en un estac
el ámbito in
puestos de
a dicha lesi

El Derec
jurídicos, n
esferas de li

La técni
la aplicaba
ligrosidad c
meter bien
vulneración

rante el p
enemigo.

No obsta
uno y otr
Derecho
simbólic
persona
sigue sie
enemigo
futuro, d
a la evita
se ha de
a infligir
concreta
impide q

19 JAKOBS
jurídico",
co, 2000,
dano y I
JAKOBS
Madrid,

20 JAKOBS,
Manso P
ther Jako

en un estadio más cercano a la efectiva lesión del mismo, en que el ámbito interno de actuación del sujeto es mayor que en los supuestos de adelantamiento de la criminalización al estadio previo a dicha lesión.

El Derecho penal del enemigo optimiza la protección de bienes jurídicos, mientras que el Derecho penal del ciudadano optimiza las esferas de libertad.¹⁹

La técnica de la consumación anticipada existía desde antiguo²⁰, la aplicaba el legislador y se justificaba en función de la especial peligrosidad de las conductas realizadas, que no sólo podían comprometer bienes jurídicos esenciales, sino que de *facto* constituían una vulneración de las normas de flaqueo.

rante el proceso penal. *Vid.* Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo.

No obstante su confusión práctica, JAKOBS considera que entre las normas de uno y otro existen diferencias en cuanto a su finalidad: mientras que la pena en el Derecho penal del ciudadano cumple una función esencialmente comunicativa o simbólica (pone de manifiesto, mediante un tratamiento racional del autor como persona en Derecho, que el hecho realizado no tiene vigencia y que la norma sigue siendo parte integrante de la constitución social), en el Derecho penal del enemigo la pena contiene un rasgo más enérgico o coactivo de aseguramiento futuro, de manera que el enfoque es más prospectivo que retrospectivo: se dirige a la evitación de peligros futuros. Y precisamente porque el peligro es superior, se ha de reaccionar de manera proporcionalmente más intensa, esto es, tiende a infligir un impedimento o sufrimiento físico de carácter asegurativo, que se concreta en el hecho de que, en la medida que el sujeto se halla en la cárcel se le impide que pueda cometer delitos fuera de la prisión, por ejemplo.

- 19 JAKOBS, Günther. "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en *Moderna Dogmática penal, estudios compilados*, Ed. Porrúa, México, 2000, pp. 391-430. Véase además del mismo autor: *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, traduc. Manuel Cancio Meliá, en Günther JAKOBS/Manuel CANCIO, *Derecho penal del enemigo*, Thomson, Ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 19 y ss.
- 20 JAKOBS, Günther. "Personalidad y exclusión en Derecho penal", traduc. Teresa Manso Porto, en *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al Prof. Günther Jakobs*, T. II, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 87.

Cuando el Estado se inmiscuye en el ámbito privado, termina la privacidad y con ella, la posición del ciudadano como sujeto; sin su ámbito privado el ciudadano no existe.

La norma deviene eficaz si aseguran las expectativas sociales, de manera que su definición no sólo depende de los autores potenciales de delitos, sino también de los sujetos potencialmente afectados. Sólo si se tienen en cuenta ambos aspectos (autores y víctimas) puede enjuiciarse de manera correcta la legitimidad de las normas de flaqueo. Y la consideración del aspecto relativo a las potenciales víctimas no puede sólo definirse de manera negativa por lo realizado por el autor, sino que tiene –según JAKOBS– un contenido positivo: concretamente el de la vigencia de la norma. En suma, parte integrante de las expectativas sociales normativamente garantizadas no son únicamente los quebrantamientos de la norma, esto es, la perspectiva del autor, sino también el menoscabo en la confianza de los afectados.

1.1 *Desarrollos posteriores del Derecho penal del riesgo en el nuevo siglo*

En 1985, JAKOBS dio a conocer el estudio de: “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”; en 1997, el libro: “Norma, persona, sociedad”; en 1998, el trabajo “El estado actual de la teoría de la pena”; en 1999, su conferencia en España sobre la Ciencia jurídico-penal ante los retos de la actualidad; en 2001, su conferencia inédita escrita tras los atentados del 11 de septiembre contra el Pentágono y las Torres Gemelas de Nueva York; en el mismo año, el artículo “Personalidad y exclusión en Derecho penal”; en 2003, la obra sobre “La pena estatal: significado y finalidad”.²¹

21 La pena estatal: significado y finalidad, traduc. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, en RPDJP, núm. 5, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, Lima, 2004, pp. 171 y ss.

JAKOBS, c
recho penal, c
concreto de la
tado de sinteti
cidental y la a
existe:

- a) Una progr
ficulta determ
bra claramen
(contra el me
- b) Una creció
JAKOBS refi
arrojar un cig
aisladas no se
ciente frecue
rización con
- c) Una corre
el actual pro

El fenóme
entonces, la c
tra acorde a
JAKOBS “De
“policía”.

VI. SOLU NOR

No se pue
teligentes y
soluciones s
el empleo de
lidad, según

22 JAKOBS,
en Moder

JAKOBS, como uno de los más finos analistas del moderno Derecho penal, de sus características ante las exigencias actuales, y en concreto de la problemática del Derecho penal del enemigo; ha tratado de sintetizar los rasgos principales de la moderna sociedad occidental y la actitud del Derecho penal ante la misma. A su juicio existe:

- a) Una progresiva anonimidad de los contactos sociales, de manera que se dificulta determinar el grado de responsabilidad de cada uno: ello se vislumbra claramente, por ejemplo, en el aumento de los delitos de peligro abstracto (contra el medio ambiente).
- b) Una creciente uniformidad de comportamientos en masa. En este sentido, JAKOBS refiere que si el hecho de conducir en estado de alcoholemia o de arrojar un cigarrillo encendido a un contenedor de basuras fueran conductas aisladas no se pensaría en su punición, pero como suceden a diario, o con suficiente frecuencia, se aumenta el peligro colectivo, lo que conlleva una familiarización con el riesgo²², esto es, la ubicuidad del riesgo y la adición de daños.
- c) Una correlativa uniformidad del sistema punitivo, singularmente visible en el actual proceso de internacionalización que experimenta el Derecho penal.

El fenómeno más característico de las modernas sociedades es, entonces, la conciencia del riesgo, fenómeno creciente que se muestra acorde a un Derecho penal de la "seguridad", denominado por JAKOBS "Derecho penal del enemigo", una especie de Derecho de "policía".

VI. SOLUCIONES A CASOS PRÁCTICOS CONFORME AL NORMATIVISMO MODERADO Y RADICAL

No se puede negar que JAKOBS tiene propuestas originales, inteligentes y fructíferas. Que tanto JAKOBS como ROXIN llegan a soluciones semejantes con la teoría de la imputación objetiva y con el empleo de las causas de exclusión de la responsabilidad o culpabilidad, según el caso.

22 JAKOBS, Günther. La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente, en *Moderna Dogmática Penal*, *op. cit.*, pp. 717-737.

Si bien ROXIN resuelve el homicidio de los pasajeros del caso del once de septiembre de las torres gemelas como ejecutado culpablemente, también lo es que subraya la renuncia de la pena en relación a la posibilidad estatal de disparar en contra del avión secuestrado hecho por algún piloto aéreo (pues ello traería la reducción del número de personas que morirían, tratando de evitarse, por ejemplo, las muertes de quienes se encontraban dentro de las torres gemelas). JAKOBS, en todo caso, aplicaría el estado de necesidad justificante por aquello de salvaguardar bienes jurídicos de mayor relevancia (seguridad nacional) y destruir los de menor relevancia (vida); o bien la inexigibilidad de otra conducta como género de exclusión de la culpabilidad (colisión de deberes o estado de necesidad exculpante, como especies según procediere), en tratándose de bienes jurídicos de la misma jerarquía (vidas. Sin que ello implique tinte alguno de protección de los centros de equilibrio económico o político de un país). De cualquier modo resulta criticable bajo esta hipótesis adelantarse a los resultados, como si pudiésemos determinar con certeza que el avión secuestrado sería estrellado en las torres gemelas y que éstas colapsarían en consecuencia, máxime si se toma en cuenta que se trataba de una primera experiencia, en este ámbito.

ROXIN sin exponer todas las implicaciones resultantes de decidir bajo el supuesto de disminución del riesgo, expuesto con el ejemplo de desviar la mano del sujeto que empuña un cuchillo dirigida al pecho y que se impacta en el brazo, olvida señalar que podría también tratarse de una variación del riesgo (de una muerte súbita, por una posterior a consecuencia de tales lesiones) y que es abordada por JAKOBS en su Tratado.

Y finalmente deseo referirme a lo interesante que resulta la forma de resolver el exceso en la defensa legítima por el Derecho Penal alemán, citado por ROXIN en razón de que pese a ser culpable no existe necesidad de prevención de pena especial ni general (la víctima sufre las lesiones por la presión que sufrió el autor, *exempli gratia*).

En contraposición a ello, el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 83, último párrafo prevé que al que incurra en un exceso en la defensa legítima, en el estado de necesidad justificante, en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, se le impondrá la cuarta parte de las penas o medidas de seguridad correspondientes al delito de que se trate, siempre y cuando con relación al exceso, no exista otra causa de exclusión del delito.



Comentarios a la conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin

“Evolución y modernas tendencias de la teoría
del delito en Alemania”

Miguel Ontiveros Alonso

I. APUNTE PRELIMINAR.

El 25 de octubre de 2007, al concluir la conferencia del Profesor Claus Roxin, los doctores Moisés Moreno Hernández y Verónica Román Quiroz formularon sus comentarios a la ponencia presentada por el Profesor de Múnich. Finalmente, me correspondió, también, realizar algunas reflexiones que aparecen aquí publicadas. Había poco que agregar. Quizás solamente señalar que los postulados de la concepción sistemática roxiniana adquieren mayor reconocimiento con el paso del tiempo y que los criterios por él aportados, tanto a escala del injusto como de la responsabilidad, se aplican cada vez más en nuestros Tribunales.

Durante la exposición de los comentaristas hubo dos afirmaciones que llamaron mi atención aquél día y que se confirman con sus destacados comentarios que aparecen ahora publicados. Toda vez que me resultan particularmente interesantes, hago referencia a éstos

de forma inmediata para concluir con algunas reflexiones respecto de lo expuesto, aquella tarde, por el Profesor Roxin en el Instituto de Formación Profesional.

II. ¿ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE EN EL CASO DE LAS TORRES GEMELAS DE NUEVA YORK?

Verónica Román afirma que, contrario a lo expuesto por Roxin, habría que decantarse por alguna de las soluciones que aplicaría Jakobs en un caso como el descrito por el Profesor de Múnich: "*Jakobs, en todo caso, aplicaría el estado de necesidad justificante por aquello de salvaguardar bienes jurídicos de mayor relevancia (seguridad nacional) y destruir los de menor relevancia (vida)*".¹ Hay dos cosas que no puedo compartir respecto de esta afirmación. La primera, es que la seguridad nacional sea un bien jurídico de mayor relevancia que la vida. La segunda, que el estado de necesidad se rija por una ponderación de *bienes (Güterabwägung)* y no, como creo que es, por una ponderación de *intereses (Gesamtinteressenabwägung)*.²

1 Mi colega Román sostiene también que podría aplicarse, en el mismo caso, "*la inexigibilidad de otra conducta como género de exclusión de la culpabilidad (colisión de deberes o estado de necesidad exculpante, como especies según procediere), en tratándose de bienes jurídicos de la misma jerarquía (vidas. Sin que ello implique tinte alguno de protección de los centros de equilibrio económico o político de un país)*". Véase el desarrollo del punto número 6 de la Dra. Román.

2 En torno a esta distinción puede verse; Pawlik, Michael; "*Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem Strafrechtlicher Solidaritätspflichten*"; Walter de Gruyter, Berlin, 2002, p. 129. Muy claro, también, Albin Eser; "Con independencia de cuál de las interpretaciones respecto a esta cláusula sea la correcta, el texto del párrafo § 34 no deja lugar a dudas que la justificación requiere más que un simple balance entre los bienes en conflicto, como sería la comparación entre la vida del feto y la de la madre ("*Güterabwägung*"). Lo que se requiere es una evaluación integral de todos los factores relevantes, tales como el grado de peligro o lesión, el origen del peligro o el deber jurídico de asumir el riesgo (conocida como "*Gesamtinteressenabwägung*"). Si después de realizar un balance integral de todos los factores en juego se llega a la consideración de que la acción sirvió a aquél que resulte, claramente, el interés superior, entonces el

a) ¿Es la
vanci

La respue
pues no bast
levancia para
así, pues, con
bienes jurídi
de los interes
un estado de
da considero
Constitucio
independien
como un bie

Basta con
Humanos o
para dar una
nacionales, l
supremos cu
Nación. Este
vida se busq

Que esta
quirido valio
entorno, res
ordenamien
dacciones tí
contrario de
ubicar al fin
función sist
valor, el Esta

hecho pu
and Excu

a) **¿Es la seguridad nacional un bien jurídico de mayor relevancia que la vida?**

La respuesta a esta cuestión no resuelve el problema de fondo, pues no basta con identificar cuál es el bien jurídico de mayor relevancia para sustentar un estado de necesidad justificante. Esto es así, pues, como se verá en el siguiente apartado, la relevancia de los bienes jurídicos es un dato más, muy importante por cierto, dentro de los *intereses* que resuelven de forma definitiva la procedencia de un estado de necesidad en su calidad de eximente. Pero ya de entrada considero insostenible que, conforme a los principios del Estado Constitucional de Derecho, se considere a la seguridad nacional - independientemente de lo que cada quien pueda entender por eso - como un bien jurídico de mayor relevancia que la vida.

Basta con acudir a la Declaración Universal de los Derechos Humanos o al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para dar una respuesta clara. Conforme a estos instrumentos internacionales, la vida y la dignidad de la persona humana son valores supremos cuya protección debe maximizarse por todos los Estados Nación. Esto adquiere mayor relevancia cuando por encima de la vida se busque anteponer a la seguridad nacional

Que esta concepción garantista y respetuosa de los valores ha adquirido validez en Alemania, Europa, México y los países de nuestro entorno, resulta sencillo de confirmar, pues cada vez son más los ordenamientos punitivos que, en su parte especial, inician las redacciones típicas con los delitos que protegen la vida humana. Al contrario de como era en el pasado, los delitos contra el Estado se ubican al final de nuestros códigos, mostrando así, conforme a la función sistemática del bien jurídico, que antes de cualquier otro valor, el Estado y sus instituciones han decidido salvaguardar la vida

hecho puede calificarse de justificado"; "Why the Distinction Between Justification and Excuse is a Key Issue", en, *Justification and Excuse*, p. 56.

de toda persona –incluida la vida y dignidad de quienes atentan en contra del propio Estado- antes que el patrimonio o la seguridad nacional.

No obstante, habrá que aceptar que existen todavía Estados que se oponen a una visión respetuosa de la vida y la dignidad de la persona humana, anteponiendo así la seguridad nacional como bandera de una política criminal discriminatoria. Tal es el caso de la *Patriot Act* norteamericana o la imposición de la pena de muerte que todavía se ejecuta en el país vecino. Con palabras de Muñoz Conde:

“El primer paso de esta política fue la *exclusión jurídica* de los que en terminología de Schmitt se llamaban “enemigos”, es decir, los que no pertenecían a la Comunidad del Pueblo y debían, por tanto, ser excluidos de la misma como ciudadanos de pleno derecho. Las Leyes de Nuremberg de 1935 son un característico ejemplo de lo que supuso esta exclusión jurídica. Pero tampoco faltan ejemplos de este tipo en las actuales propuestas como, por ejemplo, la llamada enmienda “Ashcroft” en la tramitación de la “Patriot Act en USA tras el atentado del 11 de septiembre, en la que se solicitaba se privase de la nacionalidad americana a los ciudadanos americanos vinculados con acciones terroristas”³.

Pero aquella argumentación irrespetuosa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no tiene validez alguna conforme a nuestra concepción y resulta insostenible en Alemania o México. Piénsese simplemente en que dicha pena de muerte ha sido abolida en nuestro país, lo que confirma la visión garantista del sustento constitucional de nuestro derecho penal.

Incluso, tengo muchas dudas acerca de que el propio Jakobs resuelva un caso como éste a través del estado de necesidad, pues como se desprende de su propia concepción, que en este ámbito considero brillante, en la justificación por estado de necesidad “sólo queda la directriz de que, con arreglo a todo el ordenamiento jurídico, son absolutamente primordiales los elementos que constituyen la *per-*

3 ¿Es el Derecho Penal Internacional un “Derecho Penal del Enemigo”?; Muñoz Conde, Francisco; en, *Sistema Penal. Revista de Ciencias Penales*; Instituto de Formación Profesional; 2008-1, p. 52.

sona, así co
creo tambié
un régimen
tará de acu
un error, so
abrogación.

Por eso
sostenido R
sulta sistem
perspectiva
ción de Ro
más de que
tiguio defier

b) ¿Po

Decidir
llos que se
de necesid
configurar
de una por
los bienes
en una “po
ejemplo, c
razones de
mo a la ví
defensivo,
calidad de
no peligro

4 Las cu
mentos
Luis G
505.

sona, así como las condiciones básicas del Estado de Derecho"⁴. Y creo también que a pesar de su concepción tan criticada respecto de un régimen de excepción para el enemigo, el profesor de Bonn estará de acuerdo en que la Ley para la Seguridad Aérea Alemana fue un error, solventado después, como ha expuesto Roxin, mediante su abrogación.

Por eso creo que el homicidio de los pasajeros, tal y como lo ha sostenido Roxin en su ponencia, es antijurídico y culpable. Pero resulta sistemáticamente acertado renunciar a la pena, pues desde la perspectiva político-criminal aquella no resulta necesaria. La solución de Roxin es congruente con su concepción racional-final además de que no trastoca, a conveniencia, los principios que desde antiguo defiende.

b) ¿Ponderación de *bienes* o ponderación de *intereses*?

Decidir qué bien jurídico tiene mayor relevancia dentro de aquellos que se encuentran en juego no decide la justificación por estado de necesidad. Es un dato muy importante, pero no suficiente para configurar la eximente. Resulta que el estado de necesidad requiere de una ponderación de todas las circunstancias en juego y no sólo de los bienes expuestos a un peligro. La fórmula, entonces, se sustenta en una "ponderación de *intereses*", que evalúa, pondera y decide, por ejemplo, con base en los bienes, las circunstancias de la víctima y las razones de la generación del peligro (como la imputación del mismo a la víctima de la injerencia en el caso del estado de necesidad defensivo), de tal manera que la solución se sustenta no sólo en la calidad del bien jurídico, sino de todas las circunstancias del entorno peligroso para el mismo, tal y como lo afirma el propio Jakobs al

4 Las cursivas son mías. Jakobs, Günther; *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo; 2ª edición, corregida. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 505.

distinguir entre las diversas teorías creadas respecto del estado de necesidad:

“La unilateralidad de estas llamadas *teorías unitarias*, que sólo atienden a la exculpación o la justificación, condujo a la elaboración de la hoy casi indiscutida teoría de la diferenciación, según la cual el estado de necesidad, dependiendo del saldo de *intereses*, tiene efecto justificante o exculpante⁵”.

Desde la dimensión político-criminal resultaría cuestionable poner en una balanza dos bienes jurídicos, y sin mayor análisis de las circunstancias que giran en torno al hecho, decidirse por la justificación o punición de la acción. De ahí que antes de optar por cualquiera de éstas, habrá que analizar minuciosamente los factores en juego. Que esta es la opinión rectora del estado de necesidad, no sólo en México, sino también en Alemania, lo deja claro Walter Perron al abordar la construcción del estado de necesidad:

“De todos modos, existe acuerdo respecto a que esto no puede hacerse depender exclusivamente del predominio calculado del bien amenazado frente al bien objeto de injerencia. El legislador lo ha tenido en cuenta en el § 34 del StGB puesto que, por un lado, no exige una ponderación de bienes sino de <<intereses>>, aunque mencione concretamente como fundamento de la ponderación de intereses <<los bienes afectados>> y <<los peligros que los amenazan⁶>>”.

Lo anterior me lleva a rechazar la propuesta de mi colega Román expuesta en sus comentarios, así como aquella que pretende justificar la tortura, ya sea a través de la legítima defensa o el estado de necesidad, bajo cualquier argumento –incluso en protección de la

5 Idem; p. 493.

6 “Justificación y exculpación en Derecho Penal Alemán en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (*legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes*)”, en; Justificación y Exculpación en Derecho Penal” (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal); Madrid, 1995, p. 87. También, entre otros, Luzón Peña, Diego-Manuel; *Curso de Derecho Penal. Parte General I*; Editorial Universitas, Madrid, 1996, p. 630; “También es inessential, por no ser base de todos los demás, el requisito de proporcionalidad entre los intereses en conflicto, no simplemente entre los bienes jurídicos...”

libertad o la vida-, lo que deja claro que aún ante peligros dolosos dirigidos a la lesión del bien más protegido como lo es la vida o la dignidad de la persona humana no procede la justificación de un caso de tortura (ni legítima defensa ni estado de necesidad)⁷, pues una política criminal que se tome en serio el carácter democrático del Estado la rechazaría de plano. No creo que sea necesario abundar más en torno a este asunto.

III. NOTA SOBRE LOS POSTULADOS ESPECIALES DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN JAKOBS

Otra afirmación que ha llamado mi atención es la siguiente: “según Roxin, en la construcción de Jakobs están ausentes los elementos esenciales de la política criminal de prevención especial y garantías del acusado. Pero lo cierto es que se olvida de que Jakobs tiene postulados especiales dada su concepción del derecho penal del enemigo”⁸. Mi colega Román ha acertado: después de desarrollar una concepción muy destacada de la teoría general del delito, Günther Jakobs decidió sostener su propia concepción en “postulados especiales”, que al configurar un retorno al derecho penal del enemigo, hacen que su propuesta resulte inaceptable a la luz del Estado Constitucional de Derecho.

No creo que a Roxin se le olvide que Jakobs sostiene esos postulados especiales y tampoco que desconozca la concepción del enemigo en Jakobs. Mas bien, resulta que merced a esa concepción el profesor de Múnich afirma, con razón, que debido a la tendencia radical de su posición, la propuesta jakobsiana se encuentra muy lejana de los

7 La mejor exposición que se puede encontrar para comprender que ante la tortura no procede ninguna causa de justificación, puede verse –con la solución de un caso práctico sucedido en Alemania– en Roxin, Claus; *¿Puede llegar a justificarse la tortura?*; Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005.

8 Léase el apartado 5.1 de la exposición de Verónica Román Quiroz

postulados político-criminales del derecho penal moderno y de la salvaguarda de las garantías del ciudadano. Como sostiene Muñoz Conde refiriéndose a la propuesta jakobsiana:

Con este tipo de derecho penal, “el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas, recortando las garantías procesales, y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico”⁹.

Es cierto que “en la evolución histórico-filosófica, pensadores como Rousseau y Fichte sostuvieron que todo delincuente ha de ser considerado como un enemigo de la sociedad. Para Hobbes, sólo, o al menos, es enemigo el reo de alta traición”¹⁰ (en esta lista habría que agregar, y poner en primer lugar, a Carl Schmitt). También es cierto que a lo largo de la historia, y hasta nuestros días, hay quienes defienden la imposición de la cadena perpetua o de muerte. Pero ello, lejos de justificar dichas posturas, confirma la necesidad de repetir una y otra vez que el derecho penal está ahí para servir al hombre y no para servirse de él como un objeto:

Concebir a la seguridad como el fin primordial del Estado es lo que genera posicionamientos radicales en materia penal, pero como sostiene Isensee, “si bien la seguridad es uno de los fines del Estado Constitucional, ésta debe ceder ante la creación de libertad a favor del ciudadano en aras de la armonía y la tolerancia”¹¹.

9 *El nuevo Derecho Penal autoritario: consideraciones sobre el llamado “derecho penal enemigo”*; en, *La Influencia de la Ciencia Penal Alemana en Iberoamérica. Libro en Homenaje a Claus Roxin*, Tomo I; Miguel Ontiveros Alonso/Mercedes Peláez Ferrusca (coordinadores); Instituto Nacional de Ciencias Penales, México; 2003, p. 119.

10 Ver pie de página 16 de los comentarios de Verónica Román Quiroz.

11 Isensee, Josef; “*Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*”; Tomo III, “*Das Handeln des Staates*”; C.F. Müller, Heidelberg, 1996, p. 22.

Disti
que resu
penal de
tado det
dogmáti
dignidad
reconoc
titucion

IV.

En e
Moreno
Aleman
han orig
encuent
tinoamu
cir, las c
llan en
en las r
económ
das, pro
Disc
sido el
ras pro
a ser u
mundi
penal,
a su es
habrá

Distinguir entre personas y enemigos es muestra de lo peligroso que resulta el derecho penal en nuestros días. Retomar un derecho penal de excepción, escaso de garantías y ponerlo al servicio del Estado debiera ser objeto del más enérgico rechazo. Justificar posturas dogmáticas con un sustento como el aquí referido muestra que a la dignidad de la *persona* humana le falta mucho por recorrer para ser reconocida como un pilar del derecho penal digno del Estado Constitucional. Hay que seguir insistiendo en ello.

IV. ACERCA DE TEORÍAS COMPLICADAS Y DE CIERTOS DOGMÁTICOS

En el primer apartado de sus destacados comentarios, Moisés Moreno Hernández aborda el desarrollo de la dogmática penal en Alemania y afirma: *"En todo ese desarrollo de la dogmática penal se han originado elaboraciones teóricas muy complicadas que no siempre encuentran conexión con la realidad, mucho menos con la realidad latinoamericana, pero que con frecuencia hemos hecho nuestras. Es decir, las construcciones dogmáticas y político-criminales que se desarrollan en atención a otras realidades son luego trasplantadas o imitadas en las realidades nuestras, sin tomar en cuenta la situación política, económica, social y cultural, del lugar y momento en que son planteadas, provocando problemas de comprensión y de adaptación"*¹².

Discípulo de Welzel y formado en Alemania, Moisés Moreno ha sido el principal impulsor de la implantación en nuestro país de figuras provenientes de la dogmática penal alemana, lo que le ha llevado a ser uno de los penalistas más reconocidos de nuestro país a escala mundial. Él ha sido testigo de reformas a nuestro sistema de justicia penal, por él impulsadas, y que después de un tiempo han regresado a su estado original por los problemas que éstas han generado. Pero habrá que preguntarse si esos problemas se deben a una falla "de

12 Léase el apartado I.1. a) de los comentarios de Moisés Moreno Hernández.

origen" en la construcción de las figuras y conceptos retomados de otras latitudes, o si ha sido la falta de interés de los operadores jurídicos en formarse con estándares más dignos, aunque también más complejos, en materia del derecho penal. Creo que se trata de este último aspecto y no de aquél.

Retomando el pensamiento de Novoa Monreal, Moreno Hernández afirma también que "*muchas veces la dogmática penal se ha visto distorsionada por ciertos dogmáticos, quienes han originado "una disciplina pretenciosa y abstrusa, de menor substancia de la que se le atribuye, apta para ser recorrida solamente por iniciados que poseen sus claves lingüísticas y que creen, debido a su propio aislamiento, formar parte de una supuesta elite científica. Esos dogmáticos, decía, son verdaderos gimnastas intelectuales que ejercen en el vacío, que se caracterizan por sumergirse en una progresiva complicación de sus elaboraciones abstractas, en la agudización de discusiones tan inútiles como extravagantes y en una ciega y gradual desconexión con la realidad, con deplorables consecuencias por lo que se refiere a alcanzar el verdadero y único fin de un derecho penal"*¹³.

No sé quienes sean los dogmáticos a los que se refirió Novoa Monreal. Hubiese sido mejor nombrarlos expresamente. Al no hacerlo, se incurre en un proceso de *auto inmunización*¹⁴: se acusa y se descalfica. Pero no se sabe qué ni a quién. De lo que sí estoy seguro, es que profundizar en el conocimiento de la teoría de la acción finalista en Welzel, o en los principios que configuran a la victimodogmática en Schönemann, no resulta precisamente inútil o extravagante. Tampoco creo que la teoría de la adecuación social de quien reformó la estructura del concepto de delito, o que la teoría del dominio del hecho de Roxin, resulten ciegas y desconectadas de la realidad, pues

13 Léanse los comentarios generales de la aportación de Moisés Moreno Hernández

14 Acerca de los procesos de inmunización en la teoría del derecho; Rùthers, Bernd; *Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*; C.H. Beck, Múnich, 1999; pp. 12-13.

como afirma
atribuirle al
expone su pe
de vincular
teoría con la

Con lo se
que lo alemá
do hace déca
nal en Méxi
asumiendo
de omisión
ffaroni. Qui
Novoa Mon
creerá forma

V. TÉR TEC

Más adel
no se pregu
objetiva, cu
vocado dive
como señal
meramente

Imputac
tienen de p
mismo suce

15 Léase el a

16 "No cabe
bitio de la
criterios
cuando
del mito"

como afirma Moisés Moreno, "*una de las tantas cosas que habrá que atribuirle al profesor Roxin es, por una parte, la claridad con la que expone su pensamiento y, por otra, la de haber resaltado la necesidad de vincular la dogmática penal con la política criminal, es decir, la teoría con la realidad*"¹⁵.

Con lo señalado hasta ahora quiero insistir en que el mito¹⁶ de que lo alemán –lo extranjero– nos es extraño o ajeno, fue derrumbado hace décadas. No alcanzo a imaginar un debate sobre derecho penal en México o Latinoamérica en que no se haga referencia –ya sea asumiendo o criticando–, al pensamiento de Ferrajoli, al concepto de omisión en Silva Sánchez o a las recientes posturas críticas de Zaffaroni. Quien se limite a la obra doméstica hará suya la opinión de Novoa Monreal, en el sentido de que debido a su propio aislamiento, creará formar parte de una supuesta elite científica.

V. TÉRMINOS Y CONTENIDOS EN LA TEORÍA DEL DELITO

Más adelante, al abordar la concepción de Roxin, Moisés Moreno se pregunta, y con razón, "*¿Por qué a eso se le llama imputación objetiva, cuando se trata de una expresión muy ambigua, que ha provocado diversos alcances o contenidos?*" ¿Por qué se le domina así, si como señala Moreno Hernández, dicha teoría "*ya no se limita a lo meramente objetivo*"?

Imputación objetiva es uno de los muchos términos que nada tienen de pacíficos en el sistema moderno del derecho penal. Lo mismo sucede con injusto o ilícito, culpa o imprudencia y culpabi-

15 Léase el apartado 1. a) de los comentarios de Moisés Moreno Hernández.

16 "No cabe convencer para el mito. La actividad de convencer pertenece a otro ámbito de la comunicación interpersonal, precisamente al ámbito donde rigen los criterios de resistencia tecnológica de los juicios". "El mito comenzó a degenerar cuando fue transformado en una doctrina"; Kolakowski, Leszek; "*La presencia del mito*"; Traducción de Diego Lara, Cátedra, Madrid, 1999, pp 15-18.

lidad o responsabilidad. Incluso la palabra "derecho" ha generado disputas que han durado décadas (piénsese en los debates entre formalistas y realistas). Es claro que los términos en materia penal no alcanzan a englobar lo que sin duda resulta, también, muy relevante: el contenido¹⁷. La preocupación en torno a la denominación de las categorías penales es importante, pues redundante en la armonía y el entendimiento entre las teorías. Pero quisiera fijar mi atención en el contenido:

"Las palabras no tienen otro significado que el que se les da (por quien las usa, o por las convenciones lingüísticas de la comunidad). No hay, por lo tanto, significados "intrínsecos", "verdaderos" o "reales", al margen de toda estipulación expresa o uso lingüístico aceptado"¹⁸.

Desde mi particular concepción, a las categorías y figuras doctrinales puede denominárseles como el autor lo decida. Pero lo que no se puede hacer es dejar de identificar y explicar cómo es que se construye *eso* que ha calificado con uno u otro vocablo. Quizás sea mejor denominarle "teoría de la imputación al tipo objetivo" o "teoría de la atribución objetiva" o simplemente "teoría de la imputación"¹⁹. Pero al dar vuelta a la página, el autor debe dejar claro cuáles son los elementos que le dan forma. Debe asumir una posición acerca de si en esa teoría se incluyen los conocimientos especiales del autor o prefiere que éstos se analicen en sede de culpabilidad. Deberá determinar cuáles son las fuentes para delinear la permisibilidad o no de

17 Acerca de lo complejo y contradictorio de los conceptos y definiciones en el derecho; Rüthers, Bernd; *Rechtstheorie...*; ob.cit. p. 113.

18 Carrió, Genaro; *Notas sobre Derecho y Lenguaje*; 4ª edición, corregida y aumentada, Abeledo-Perot, Buenos Aires, 1998, p. 94.

19 Debatir acerca de términos en el Derecho penal es seductor, pero poco productivo, como lo es también intentar encontrar la *naturaleza jurídica* de una institución, pues como sostiene el mismo Carrió; "Las afanosas pesquisas de los juristas por "descubrir" la naturaleza jurídica de tal o cual institución o relación están de antemano y en forma irremisible destinadas al fracaso. Entre otras razones, porque lo que se busca, tal como se lo busca, no existe"; Idem, p. 101.

un riesgo. Todo esto, con independencia de la palabra que se utilice para identificar una u otra figura. Tal y como sucede con el sistema, también el lenguaje debe ser abierto, enriquecido y moldeado por la realidad a la que se enfrenta. Retomando una crítica de Carrió:

“El conocimiento dogmático no toma en cuenta el principio de la infinitud de lo real. Por eso se diferencia netamente del conocimiento predicativo. Este último será siempre mudable, creciente, perfectible, revisable, objetivo, teórico. El conocimiento dogmático, en cambio, que contempla a su objeto desde adentro y está sometido al mismo movimiento que el objeto, ve a éste como algo quieto, invariable, intemporal”²⁰.

En suma: con independencia de la denominación, habrá que dejar claro cómo es que se construye eso que se ha denominado de una u otra forma, por ejemplo, teoría de la imputación objetiva. De alguno de estos rubros, en relación con la exposición del Maestro Roxin, me ocupó a continuación.

VI. NOTAS SOBRE LA CONCEPCIÓN FUNCIONALISTA DE CLAUS ROXIN

Al desarrollar un sistema racional-final (funcional), Roxin parte de la introducción de criterios político-criminales en la teoría del delito. Entre otras, la función que éstos cumplen es la de solventar el distanciamiento de las concepciones teoréticas con la realidad (un problema que siempre se le ha atribuido a las diversas corrientes del pensamiento penal y que continúa hasta nuestros días). A diferencia del causalismo y el finalismo, el profesor de Múnich construyó un sistema basado en pilares valorativos, muy lejanos a la dimensión del *ser*, implementada por el causalismo y el finalismo, y enriquecido con herramientas político-criminales: como se desprende de su ponencia, lo que importa en la concepción roxiniana es la función

20 Idem, p. 146.

del derecho penal y de la pena. Esto da sustento al injusto y la responsabilidad.

Con la brevedad que estos comentarios merecen, resulta hasta cierto punto sencillo identificar las bondades de la evolución sistemática creada e impulsada por Roxin: el *sistema*, que antes fue el eje rector, cede terreno ante el problema. Siempre ha resultado muy difícil sostener una construcción intrasistemáticamente ideal, al mismo tiempo que desconectada de la realidad. El sistema funcionalista de Roxin resulta permeable ante los problemas cotidianos y tiene capacidad de adaptación. Se trata de un sistema abierto, maleable, y como el mismo profesor señala, "en constante evolución". La solución que el Maestro de Múnich brinda al problema de los ataques del 11 de septiembre en Nueva York es una buena muestra: si para salvaguardar la congruencia de un sistema cerrado tendríamos que llegar a punir la acción del piloto, la valoración político criminal dice lo contrario ¿por qué sancionar en aras del sistema si dicha sanción no resulta necesaria?

a) El principio de disminución del riesgo.

"La imputación no es procedente cuando el autor no crea un riesgo para el bien jurídico, sino que únicamente disminuye un riesgo previamente creado"²¹. Si para Roxin sólo puede imputarse objetivamente el resultado al autor de un riesgo no permitido, en los dos ejemplos que menciona en su conferencia (agresión con un cuchillo o comisión de un robo o fraude) faltará dicha imputación. Al contrario, quien asuma una concepción tradicional, tendrá que atribuir el resultado a la conducta y excluir la responsabilidad en sede de antijuridicidad por legítima defensa.

Es cierto que en ambas modalidades de solución se excluye el injusto. Pero ¿resulta congruente imputar –objetiva y subjetivamen-

21 Véase el inciso a) de su punto V.2

te- el
antiju
cipio c
abona
exclui
rar a c
la legi
de jus
exister
subjeti
A la
de nue
exclui
traduc
cometi
los Tri
punitiv

b)
Leja
la teor
bien fi
ellos -l
permit
el riesg
pasado
sadas e
nes de
quiene
Unc
praxis
desarro

te- el resultado a quien desvió el cuchillo para después excluir la antijuridicidad a través de una eximente? Esto muestra que el principio del riesgo no sólo es operativo en la *praxis*, sino que además abona a la seguridad jurídica del ciudadano, pues no es lo mismo excluir de inmediato la persecución por falta de tipicidad, que esperar a demostrar todos y cada uno de los elementos que configuran la legítima defensa. Al contrario de lo que parece, ésta es la causa de justificación de más compleja demostración de entre todas las existentes (claro está, siempre que se asuma la dualidad objetivo-subjetiva de su construcción).

A las complicaciones anteriores habría que agregar que algunos de nuestros códigos procesales no facultan al órgano persecutor para excluir la persecución por la actualización de una eximente, lo que se traduce en proceder contra el sujeto –de quien ya se sabe que no ha cometido delito alguno- y esperar a que el problema se resuelva en los Tribunales: la teoría de la imputación roxiniana limita el poder punitivo del Estado y esto no es fácil de encontrar en nuestros días.

b) Acerca del riesgo permitido.

Lejana al método axiomático-deductivo de anclaje ontológico, la teoría de la imputación de corte roxiniano encontró un sustento bien firme en la normativización de sus puntos de partida. Uno de ellos –base de la imputación al tipo objetivo- es el principio de riesgo permitido. En su calidad de basamento de la teoría de la imputación, el riesgo permitido ha logrado superar los problemas creados en el pasado por las teorías de la causalidad. De sustrato naturalista y basadas en el dogma causal, éstas permitían una escalada de atribuciones de resultados y, por lo tanto, decisiones injustas en agravio de quienes hoy no resultarían responsables desde un inicio.

Uno de los interrogantes que presenta el riesgo permitido en la *praxis* judicial es el relativo a su fundamento. Como no se puede desarrollar aquí el estado del debate en torno a esta cuestión, pues

ese no es el objetivo de estos comentarios²², me limito a señalar que la concepción en la que Roxin sustenta el principio del riesgo permitido, y con base en la cual ha desarrollado su ponencia, está muy lejana a la concepción de Jakobs, que se decanta por un sustrato histórico del riesgo permitido, concluyendo que su basamento se encuentra en una “ponderación omitida”²³: lo permitido jurídicamente es un reflejo de lo aceptado socialmente.

Por el contrario, Roxin y con él la doctrina dominante, asume que el basamento para la determinación del riesgo permitido está en una ponderación a la que subyace la fórmula coste-beneficio. Esto se traduce en que lo permitido no está previamente determinado por la sociedad, sino que es producto de una valoración que puede ejecutarse, cuando menos, por tres actores: el legislador, el generador del peligro o el juez. Y aquí resulta importante destacar las bondades de esta perspectiva. El fundamento del riesgo permitido en Roxin está abierto a las decisiones político-criminales de los interesados en la solución del conflicto y no predeterminado históricamente, pues como destaca Shürer-Mohr:

“No existe un derecho fundamental a una vida libre de peligro. El legislador está imposibilitado para generar una regulación, que con absoluta seguridad, elimine cualquier peligro futuro”²⁴. De esto

22 Una introducción a esta temática puede verse en el texto de mi autoría; *“Legítima defensa e imputación objetiva (especial referencia a los mecanismos predispuestos de autoprotección)”*; Colección Investigación, número 1, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2006, pp. 148 y ss.

23 Contrario a Roxin, Jakobs rechaza realizar una ponderación para determinar los límites de lo permitido y se limita a señalar que es la propia evolución de la sociedad la que perfila ese límite, aunque posteriormente acepta la necesidad de efectuar alguna ponderación similar a la que se desarrolla en el estado de necesidad; véase el excelente exposición que al respecto desarrollan Peñaranda Ramos, Enrique; Suárez González, Carlos y Cancio Meliá, Manuel; *“Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva de Günther Jakobs”*; Estudios Penales, p. 58.

24 Shürer-Mohr, Wiebke; *“Erlaubte Risiken. Grundfragen des erlaubten Risikos im Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik”*; Peter Lang, Frankfurt, 1998, p. 66.

se desprende, nuevamente, la necesidad de dejar abierta la posibilidad para tomar decisiones con base en un diseño de caso por caso de cara al futuro sin limitarse a una argumentación históricamente pre-determinada,

El fundamento de corte roxiniano permite enfrentar los retos que representa, por ejemplo, el constante desarrollo de las nuevas tecnologías en las sociedades de riesgo, en las que constantemente se crean nuevas fuentes de peligro para bienes jurídicos –desconocidas hasta entonces- y que impactan en el sistema de justicia penal.

El fundamento del riesgo permitido en Roxin reconoce que la primera ponderación la ha hecho el legislador, pero asume esta tarea como limitada, pues no toda conducta riesgosa puede ser reglada y tampoco se pueden prever los riesgos que podrán crearse en el futuro. Por eso acepta que también las organizaciones generadoras de riesgos no reglados pueden formular ponderaciones y establecer límites a los mismos que sirvan al operador jurídico para tomar una decisión. Roxin acepta también que sea el propio Juez quien, ante la falta de ponderaciones previas, pueda decidir mediante la implementación de una valoración con el sustrato de la fórmula coste-beneficio y que ésta pueda sentar un precedente para una futura regulación de acciones riesgosas. Resulta muy claro que la concepción funcional del profesor de Múnich está diseñada para enfrentar y resolver problemas, acorde a los fines del derecho penal y de la pena que él ha asumido desde un principio.

VII. CONCLUSIÓN.

Con estas breves reflexiones he querido contribuir un poco al debate y al intercambio de ideas entre algunas posturas que pueden ser divergentes o no, dependiendo de la temática que se aborde. Pero en lo que quizás habrá un acuerdo unánime, es que la presencia de Claus Roxin en el Instituto de Formación Profesional ha sido motivo para que nos acompañen penalistas, investigadores, especialistas y

profesores de diversas tendencias durante estos días, lo que sin duda enriquece la formación de los estudiantes y de los servidores públicos de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Hay mucho por debatir todavía. La propia concepción roxiniana está, como ha señalado el Maestro, en constante evolución. Pero por encima de su desarrollo sistemático, habrá que destacar la profunda convicción humanista que nuestro profesor de Múnich refleja no sólo en su obra académica, sino también en el trato cordial y de gran sencillez que nos dispensa. También en este rubro se puede aprender mucho de Claus Roxin. Haber compartido esta mesa con Moisés Moreno Hernández, Verónica Román Quiroz y Rodolfo Félix Cárdenas es motivo de mi más profundo agradecimiento.

Este libro se terminó de imprimir
en el mes de abril de 2008

UBIJUS Editorial

México, D.F.

La edición consta de 1000 ejemplares
y sobrantes para reposición

Derechos reservados



INSTITUTO DE FORMACIÓN
 TARJETA DE PR
PGJ BIBLIOTECA
 PROCURADURÍA GENERAL "ANTONIO MARTÍNEZ"
 DE JUSTICIA DEL DF

AUTOR		
TÍTULO	343.2 R663e Ej. 1	Evolución de la teo Ontivero

FECHA DE VENCIMIENTO	NO
----------------------	----

343.2
R663e
Ej. 1

Evolución y m
de la teoría de
Ontiveros Alo

Doctor *honoris causa* por más de una docena de universidades e instituciones europeas, asiáticas y latinoamericanas, entre las que se encuentran la Universidad de Hanyang de Korea; las Universidades de Urbino y Milán en Italia; las Universidades de Coimbra y Lusiada en Portugal; las Universidades Complutense de Madrid, Central de Barcelona y Granada en España; las Universidades de Komotini y Atenas en Grecia; el Instituto Nacional de Ciencias Penales y la Universidad de Tabasco en México; la Universidad Nacional de Córdoba en Argentina; la Universidad del Norte en Paraguay y la Universidad de Santa María en Venezuela.

Las aportaciones científicas de Claus Roxin han revolucionado a la ciencia penal a escala universal. Difícilmente puede concebirse, hoy día, participar en un debate en torno al Derecho penal o la política criminal sin hacer referencia a la obra del Maestro de Múnich, quien sin duda alguna, es el penalista más destacado de los últimos tiempos.

70 
Vanguardia en
Ciencias Penales
Aniversario 1938 - 2008

No existe mejor forma de iniciar una colección editorial vinculada a las ciencias penales, que publicando una conferencia dictada por el penalista más reconocido a escala mundial. El jueves 25 de octubre de 2007, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, visitó el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, para clausurar el primer coloquio internacional de política criminal y derecho penal organizado por este Instituto. Al concluir su conferencia magistral, la Dra. Verónica Román Quiroz y los doctores Moisés Moreno Hernández y Miguel Ontiveros Alonso formularon sus comentarios a la conferencia del Maestro Roxin. El contenido de la disertación del Profesor de Múnich y las reflexiones de los comentaristas se han publicado íntegramente en este primer número. En torno a lo expuesto por el Catedrático alemán en este texto, bastaría señalar que mediante su brillante exposición, Roxin dejó claro cuál ha sido la evolución que ha sufrido la teoría del delito –en la que sus aportaciones han marcado el nuevo rumbo del debate y la construcción científica-, así como las tendencias que se observan en el debate actual. Se trata de un texto inédito hasta hoy y que sin duda contribuirá al análisis de las ciencias penales desde una perspectiva tan seria como humanista.


PGJ
PROCURADURÍA GENERAL
DE JUSTICIA DEL DF

ISBN 978-970-95113-6-9

9789709511369