

bernd schönemann

**el sistema  
moderno  
del derecho  
penal:  
cuestiones  
fundamentales**

n.E

*tecno*  
s



**El sistema moderno del Derecho penal:  
cuestiones fundamentales**



BERND SCHÜNEMANN  
*(Compilador)*

# El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales

ESTUDIOS EN HONOR DE CLAUS ROXIN  
EN SU 50.º ANIVERSARIO

Introducción, traducción y notas de  
JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ  
*Catedrático de Derecho Penal en la Universidad del País Vasco*

  
tecnos

Diseño de cubierta: J. M. Domínguez y J. Sánchez Cuenca

Impresión de cubierta: Gráficas Molina

TÍTULO ORIGINAL:

*Grundfragen des modernen Strafrechtssystem*, herausgegeben von Bernd Schunemann. Mit Beiträgen von Hans Achenbach, Knut Amelung, Bernhard Haffke, Hans-Joachim Rudolphi, Bernd Schunemann, Jürgen Wolter

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

© WALTER DE GRUYTER & Co., Berlin, 1984

© Introducción y notas, JESUS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, 1991

© EDITORIAL TECNOS, S.A., 1991

Telémaco, 43 - 28027 Madrid

ISBN: 84-309-1978-3

Depósito Legal: M-6064-1991

---

*Printed in Spain.* Impreso en España por Cofás, Ctra. Móstoles a Fuenlabrada, km. 1,800.  
Fuenlabrada (Madrid)

*A Claus Roxin, de sus discípulos*



## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN, por Jesús-María Silva Sánchez .....	Pág. 11
PRÓLOGO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA, por Bernd Schünemann .....	23
PRÓLOGO A LA EDICIÓN ALEMANA, por Bernd Schünemann .....	28
PRINCIPALES ABREVIATURAS UTILIZADAS .....	30
<b>INTRODUCCIÓN AL RAZONAMIENTO SISTEMÁTICO EN DERECHO PENAL, por Bernd Schünemann .....</b>	<b>31</b>
I. VALOR Y NECESIDAD DE UNA CONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA EN DERECHO PENAL .....	31
II. POSIBILIDADES, ALCANCE Y LÍMITES DE LA CONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA JURÍDICA .....	34
III. FASES DE LA ELABORACIÓN DEL SISTEMA DEL DERECHO PENAL .....	43
1. El naturalismo .....	43
2. La sistemática del Derecho penal bajo el influjo del neokantismo .....	47
3. La perspectiva totalizadora .....	53
4. El finalismo .....	54
5. La «teleología» y el futuro del sistema del Derecho penal .....	63
IV. VALOR Y OBJETIVOS DE LOS SIGUIENTES TRABAJOS .....	77
<b>EL FIN DEL DERECHO PENAL DEL ESTADO Y LAS FORMAS DE IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL, por Hans-Joachim Rudolphi .....</b>	<b>81</b>
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	81
II. EL FIN DEL DERECHO PENAL COMO BASE DE LA IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL .....	82
III. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DE LA CONDUCTA .....	86
IV. LA IMPUTACIÓN PERSONAL .....	89
V. LOS CONCRETOS NIVELES DE IMPUTACIÓN .....	90
1. La imputación personal del comportamiento externo .....	90
2. La imputación objetiva del comportamiento antinormativo .....	90
3. La imputación objetiva de los resultados del hecho injusto .....	92
4. La imputación individual del comportamiento antinormativo .....	92
5. La necesidad de pena .....	92
VI. RESUMEN .....	93
<b>CONTRIBUCIÓN A LA CRÍTICA DEL SISTEMA JURÍDICO-PENAL DE ORIENTACIÓN POLÍTICO-CRIMINAL DE ROXIN, por Knut Amelung .....</b>	<b>94</b>
I. DISPOSICIÓN Y CONTENIDO DEL SISTEMA DESDE UN PUNTO DE VISTA HISTÓRICO-DOG MÁTICO .....	94
II. SOBRE LA FUNCIÓN DEL TIPO PENAL .....	96
III. SOBRE LA FUNCIÓN DEL ANÁLISIS DE LA ANTIJURIDICIDAD .....	99
IV. SOBRE LA FUNCIÓN DEL TERCER NIVEL DEL DELITO .....	104
<b>IMPUTACIÓN OBJETIVA Y PERSONAL A TÍTULO DE INJUSTO. A LA VEZ, UNA CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DE LA <i>ABERRATIO ICTUS</i>, por Jürgen Wolter .....</b>	<b>108</b>
I. LOS ELEMENTOS DE LA IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL .....	108

II.	INJUSTO DE LA ACCIÓN (INJUSTO DE LA CONDUCTA Y DE LA PELIGROSIDAD) E INJUSTO DEL RESULTADO; NORMA DE CONDUCTA Y NORMA DE VALORACIÓN .....	109
III.	EL VALOR DE LA ACCIÓN Y EL VALOR DEL RESULTADO DE SALVACIÓN EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN .....	112
IV.	IMPUTACIÓN PERSONAL E INDIVIDUAL DEL RIESGO, E IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO .....	113
V.	IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RIESGO (E IMPUTACIÓN DEL RESULTADO) EN LAS DESVIACIONES CAUSALES .....	116
VI.	IMPUTACIÓN PERSONAL E INDIVIDUAL DEL RIESGO EN LOS SUPUESTOS DE «INCREMENTO DEL RIESGO» Y «FIN DE PROTECCIÓN DE LA NORMA»; «ESFERA DE RIESGO DE LO PUNIBLE» Y TIPIFICACIÓN DEL INJUSTO .....	119
VII.	LA IMPUTACIÓN EN LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD .....	121
VIII.	«PERSONALIZACIÓN» DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y OBJETIVIZACIÓN DE LA IMPUTACIÓN PERSONAL .....	122
IX.	IMPUTACIÓN ESTRICTAMENTE OBJETIVA A TÍTULO DE INJUSTO .....	123
X.	IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RIESGO E IMPUTACIÓN DEL RESULTADO EN LA <i>ABERRATIO ICTUS</i> .....	124
XI.	IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA TENTATIVA INIDÓNEA Y EN LA DETERMINACIÓN ALTERNATIVA .....	132
XII.	PERSPECTIVAS .....	132
<b>IMPUTACIÓN INDIVIDUAL, RESPONSABILIDAD, CULPABILIDAD, por Hans Achenbach .....</b>		<b>134</b>
I.	OBSERVACIONES TERMINOLÓGICAS PRELIMINARES .....	134
II.	EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN .....	137
III.	LA PREVENCIÓN DE INTEGRACIÓN COMO FUNDAMENTO DE LA IMPUTACIÓN INDIVIDUAL .....	138
IV.	RESPONSABILIDAD Y PODER ACTUAR DE OTRO MODO .....	144
V.	CONCLUSIÓN .....	146
<b>LA FUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO PENAL PREVENTIVO, por Bernd Schünemann .....</b>		<b>147</b>
I.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	147
II.	LA CULPABILIDAD, ¿UNA FICCIÓN EN FAVOR DEL AUTOR? .....	152
III.	¿SUSTITUCIÓN DE LA CATEGORÍA DE LA CULPABILIDAD POR LA PREVENCIÓN GENERAL? .....	158
IV.	LA FUNCIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LA MEDICIÓN DE LA PENA .....	172
V.	RESUMEN .....	178
<b>REINCIDENCIA Y MEDICIÓN DE LA PENA, por Bernhard Haffke .....</b>		<b>179</b>
I.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA A LA LUZ DE LA TEORÍA DE LA CIENCIA .....	179
II.	LA FUNCIÓN DOGMÁTICA DE LA «FÓRMULA DE LA ADVERTENCIA» .....	182
III.	LA PSEUDODESCRIPTIVIDAD DEL PROGRAMA FORMAL Y SU SUPERACIÓN .....	184
<b>ANEXO: TEXTO ESPAÑOL DE LOS PRECEPTOS MÁS REITERADAMENTE CITADOS .....</b>		<b>196</b>

# Introducción

## I

Los trabajos que siguen responden a algunas de las preocupaciones científicas del sector probablemente más dinámico de la doctrina penal de lengua alemana: lo que ya hoy puede denominarse «escuela de Roxin». En efecto, los problemas de la «reconstrucción del sistema» en clave político-criminal, de la «imputación de las diferentes categorías» y, muy concretamente, el debate sobre la redefinición del concepto de culpabilidad no se entienden actualmente en aquel ámbito cultural y, por añadidura, en todo nuestro mundo científico, sin las aportaciones de autores que aplican, en todo caso, el método y siguen buena parte de los contenidos doctrinales que han hecho de ROXIN un punto de referencia fundamental de los dos últimos decenios de ciencia penal alemana<sup>1</sup>. Desde luego, hoy ya nadie discute el papel central que en el debate científico alemán desempeña la dirección que orienta la dogmática a la política criminal. Sin embargo, también es evidente que la misma no constituye todavía la doctrina dominante en aquel país. Por ello, me ha parecido interesante ofrecer, a título introductorio, una exposición elemental sobre el estado actual de la dogmática alemana, que sirva de pequeño contrapunto a las afirmaciones que al respecto se sientan en los diversos trabajos contenidos en esta colectánea. Al hacerlo, soy consciente de que muchos de los enunciados que siguen son de dominio público, debido al estrecho contacto de nuestra ciencia con la alemana y a la cierta «familiaridad» con que asistimos a sus convergencias y divergencias, que pronto asumimos como propias. No obstante, también estimo que a muchos lectores españoles o iberoamericanos no tiene por qué exigiérseles la posesión de una información previa sobre el estado actual de la dogmática germana. Por ello —y pese a que los artículos no sólo se entienden por sí mismos, sino que van encabezados por una prolija exposición introductoria

---

<sup>1</sup> ROXIN es el penalista alemán que mayor número de obras ofrece al lector en lengua española. Prescindiendo de los numerosísimos artículos, pueden citarse los siguientes libros en nuestra lengua: *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, trad. Muñoz Conde, Barcelona, 1972; *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Luzón Peña, Madrid, 1976; *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, trad. Bacigalupo, Buenos Aires, 1979; *Iniciación al Derecho penal de hoy*, trad. Luzón Peña y Muñoz Conde, Sevilla, 1981; *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, trad. Muñoz Conde, Madrid, 1981.

de SCHÜNEMANN— he resuelto acometer esta presentación, que espero acreciente en algo el valor informativo del libro.

## II

1. Es afirmación de un conspicuo finalista, Hans Joachim HIRSCH, la de que, al morir WELZEL en 1977, se ha impuesto ya en la dogmática alemana su sistemática basada en la teoría de lo injusto personal<sup>2</sup>. Tal aseveración, que es sustancialmente correcta, pretende poner de relieve el carácter abrumadoramente dominante en aquel país de la doctrina que incluye el dolo, en el sentido de «conocer y querer la realización típica», y la imprudencia (como infracción de un deber objetivo-general de cuidado) en el tipo de injusto. Ciertamente, basta una contemplación superficial del panorama científico alemán para obtener sin dificultad la impresión de una plena superación de la sistemática neoclásica. Sin embargo, ello no ha tenido lugar mediante una adhesión acrítica al finalismo. Así, hay que señalar que ni los presupuestos metodológicos de esta corriente (v.gr., la vinculación del legislador a las estructuras lógico-objetivas) ni la tesis de fondo de la misma (concepto final de acción, teoría estricta de la culpabilidad, etc.) han sido aceptadas por un número relevante de autores<sup>3</sup>. La doctrina dominante ha seguido, pues, otras vías, aunque, al final, haya resuelto aquella cuestión sistemática en la línea de lo propuesto por el finalismo. A continuación se tratará de exponer cuáles son los rasgos esenciales de tal doctrina dominante, en lo que hace a su análisis de las «cuestiones fundamentales del sistema del Derecho penal».

2. La dogmática penal alemana se encuentra hoy considerablemente alejada de la «lucha de escuelas» entre causalistas y finalistas que, durante decenios, personificaron los debates entre MEZGER y WELZEL en torno, fundamentalmente, al concepto jurídico-penal de acción<sup>4</sup>. Más bien, el producto de aquella etapa ha sido la configuración de una doctrina dominante bastante asentada y caracterizada básicamente por su eclecticismo. Esto significa, en primer lugar, que puede calificarse de heredera directa, sin cesuras, de la sistemática de VON LISZT, BELING y RADBRUCH<sup>5</sup>, así como de las modificaciones de con-

<sup>2</sup> Cfr., en el texto más reciente, HIRSCH, «Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel», en *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, Köln, 1988, pp. 399-427, p. 400; ya antes, HIRSCH, «Der Streit um Handlungs und Unrechtslehre insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1, *ZStW*, 93 (1981), pp. 831-863, p. 833. Del primero de los textos citados existe versión española, algo más corta, debida a Mariano Bacigalupo y publicada en POLAINO (comp.), *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*, Córdoba, 1987, pp. 19-45, bajo el título de «El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel».

<sup>3</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. I. Teil. Tatbestands- und Unrechtslehre», *GA*, 1985, pp. 341-380, p. 344.

<sup>4</sup> Cfr. TIEDEMANN, «Stand und Tendenzen von Strafrechtswissenschaft und Kriminologie in der Bundesrepublik Deutschland», *JZ*, 1980, pp. 489-495, p. 490.

<sup>5</sup> Cfr. sobre este reconocimiento, WELZEL, «Zur Dogmatik im Strafrecht», en *Festschrift für R. Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, pp. 3-8, p. 3; HÜNERFELD, «Zum Stand der

tenido que introdujo el neokantismo en las diversas categorías del sistema<sup>6</sup>. Más difícil es, en cambio, estimarla sucesora directa del finalismo, por mucho que, como se ha dicho, haya incorporado el rasgo sistemático esencial de tal doctrina, con el enorme número de repercusiones que ello tiene en materia de error, participación, etc. A la vista del amplio rechazo sufrido por las premisas del razonamiento welzeliano, parece posible concluir que, si la doctrina dominante ha llegado a esa solución sistemática, ha sido por vías diferentes de las finalistas: no ontológicas (si la acción es final, dado que la acción constituye el núcleo del tipo, el dolo ha de integrarse en éste)<sup>7</sup>, sino normativas. Quizás no esté de más, a este respecto, atribuir su justo valor, como hitos de esta tradición científica, a las obras de autores como Graf ZU DOHNA y VON WEBER, por un lado, y ENGISCH, por el otro<sup>8</sup>.

3. Lo cierto es, en todo caso, que la sistemática asentada sobre las categorías de la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, presentes desde el momento en que se logra un sistema completo (el sistema clásico) alternativo a las «teorías de la imputación» dominantes hasta la mitad del siglo XIX<sup>9</sup>, no se ha visto afectada en lo fundamental<sup>10</sup>. El único intento serio de introducir una modificación, aunque de carácter limitado, en tal esquema: la tesis de MAURACH que proponía la inserción de una nueva categoría —la atribuibilidad— integrada por la «responsabilidad por el hecho» (*Tatverantwortung*) y la culpabilidad, apenas ha logrado una mínima aceptación fuera del círculo de discípulos de aquel autor<sup>11</sup>. La doctrina dominante, pues, asu-

deutschen Verbrechenslehre aus der Sicht einer gemeinrechtlichen Tradition in Europa», *ZStW*, 93 (1981), pp. 979-1004, p. 982.

<sup>6</sup> Cfr. HÜNERFELD, *ZStW*, 93 (1981), p. 983.

<sup>7</sup> Aunque también es cierto que señalar que el método del finalismo es ontológico supone simplificar en exceso: cfr. HIRSCH, *Rechtswissenschaftliche Fakultät-F*, p. 415, apuntando cómo en el origen de la elaboración del sistema por Welzel se hallan consideraciones de teoría de las normas y concluyendo que lo que diferencia esencialmente a Welzel de sus contradictores es la exigencia de no elaborar normativamente los objetos de regulación, sino de tomarlos de la realidad. Cfr. asimismo SILVA SANCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, pp. 15-16, donde se pone de manifiesto este extremo.

<sup>8</sup> Cfr. ZU DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2.ª ed., 1942; VON WEBER, *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, 1935. Sobre éstas y otras obras anteriores de los mismos autores en las que desarrollan su punto de vista, BUSCH, *Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre*, Tübingen, 1949 (colección «Recht und Staat», 137), pp. 7, 8 y 9. Vid. también ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930.

<sup>9</sup> Cfr. sobre esto, WELZEL, «Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre», *JuS*, 1966, pp. 421-425, p. 422.

<sup>10</sup> Aunque se han dado intentos, como el muy interesante del malogrado teórico del Derecho y lógico Jürgen Rödig, que toma como punto de partida la dicotomía norma primaria/norma secundaria. Cfr. RÖDIG, «Zur Problematik des Verbauchensaufbaus», en *Festschrift für R. Lange zum 70. Geburtstag*, Berlin 1976, pp. 39-64.

<sup>11</sup> Cfr. sobre tal doctrina MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, II, trad. Córdoba Roda, Barcelona 1962, pp. 37 ss. En principio cabe estimar que dicha doctrina sólo ha recibido aceptación por parte de Armin Kaufmann, Arthur Kaufmann, Jiménez de Asúa y pocos autores más; naturalmente, dejando aparte los propios discípulos directos de Maurach: cfr. MAURACH/ZIPF, *Strafrecht AT*, Teilband 1, 7.ª ed., Heidelberg, 1987, pp. 423 y 425 ss; en España, se ha mostrado últimamente a favor BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal español*, II, *El hecho punible*, Ma-

me la estructura del sistema clásico<sup>12</sup>, caracterizándose por una peculiar atribución de contenido a sus categorías. Ello, desde postulados declaradamente eclécticos, como los que se hacen presentes en la obra de GALLAS, cuya influencia en la configuración de la actual doctrina dominante alemana es aceptada de modo general<sup>13</sup>. GALLAS entiende que «[...]en contra de ciertas tendencias de la teoría final de la acción en su versión más reciente, [...] la peculiar pretensión de la actual situación de la dogmática reside en el hallazgo de una síntesis entre los nuevos impulsos que debemos al finalismo, y ciertas irrenunciabiles conclusiones del anterior lapso de desarrollo de nuestra ciencia, determinado por un pensamiento valorativo y teleológico»<sup>14</sup>. Para la consecución de tal objetivo, la doctrina dominante alemana acoge un «doble eclecticismo metodológico»: por un lado, su método no es ni plenamente sistemático ni, por supuesto, tópico, sino que mezcla consideraciones deductivas e inductivas<sup>15</sup>; por otro lado, integra tanto consideraciones ontológicas como normativas<sup>16</sup>. A partir de ahí, y de una toma de postura consecuentemente crítica frente a la doctrina final de la acción<sup>17</sup>, tal doctrina dominante ha ido acogiendo, como ya antes se ha señalado, múltiples conclusiones de la orientación finalista: la integración del dolo en el tipo<sup>18</sup>; la equiparación de desvalor de la acción y desvalor del resultado en el injusto<sup>19</sup>; la distinción entre error de tipo y error de prohibición; la reordenación de la teoría de las formas de intervención en el delito sobre la base de la doctrina del dominio del hecho; la (así llamada) plena normativización de la culpabilidad; etc.<sup>20</sup>. Lo que ocurre, según se ha apuntado ya, es que tales conclusiones se fundamentan de modo diferente de como lo hacía el finalismo. Así, por ejemplo, la inclusión del dolo en el tipo de injusto se argumenta con razones no ontológicas, sino básicamente

---

drid, 1985, pp. 89 ss. Por lo demás, sobre esta teoría puede consultarse JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, 3.ª ed, trad. Mir Puig/Muñoz Conde, Barcelona, 1981, pp. 591-592. A propósito de la trascendencia de la misma, es llamativo que el mismo JESCHECK, en su *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 4.ª ed., Berlin, 1988, p. 387, remita, para el estudio de la misma, a la edición anterior, sin incluirla ya en su exposición.

<sup>12</sup> Así, claramente, JESCHECK, *Lehrbuch*, 4.ª ed. p. 178.

<sup>13</sup> Cfr. JESCHECK, «Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», *ZStW*, 93 (1981), pp. 3-67, p. 21: «Die Lehre von Gallas wird man heute als die in Deutschland überwiegende Auffassung ansehen dürfen» («puede estimarse que, en la actualidad, la doctrina de Gallas constituye la concepción dominante en Alemania»).

<sup>14</sup> GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual*, trad. Córdoba Roda, Barcelona, 1959, p. 64.

<sup>15</sup> Vgl. BERNANN, *JZ*, 1980, p. 490; JESCHECK, *Lehrbuch*, 4.ª ed., pp. 175-176, sobre la integración de lo abstracto y lo concreto.

<sup>16</sup> Cfr. GALLAS, *La teoría*, pp. 5 y 25; sobre esta cuestión, por lo demás, vid. las referencias de autores como Roxin o Schönemann a un «método de síntesis» en SILVA SANCHEZ, *El delito*, pp. 15-16 y nota 91. Según HIRSCH, *Rechtswissenschaftliche Fakultät-F*, p. 403, en la doctrina dominante prevalecen las consideraciones normativas.

<sup>17</sup> Cfr. entre otros muchos autores, GALLAS, *La teoría*, pp. 13 ss.

<sup>18</sup> Cfr. GALLAS, *La teoría*, pp. 46 ss.

<sup>19</sup> GALLAS, *La teoría*, p. 54.

<sup>20</sup> Sobre todo ello, JESCHECK, *ZStW*, 93 (1981), p. 17.

valorativas: el sentido de los tipos, el carácter imperativo de las normas, la mayor peligrosidad que la presencia de dolo confiere a la conducta, etc.<sup>21</sup> En un resumen quizá excesivamente esquemático pueden referirse los siguientes rasgos sistemáticos fundamentales de la doctrina dominante: En primer lugar, el concepto de acción tiende a desdibujarse en favor del concepto de «realización típica», ya sea de modo expreso, ya sea en virtud de la adopción de concepciones sociales sobre la naturaleza de aquella<sup>22</sup>. En segundo lugar, el tipo se entiende fundamentalmente como expresión del contenido de injusto (material) específico de una figura de delito<sup>23</sup>. En tercer lugar, en lo que hace al injusto, se acoge, como se ha dicho, la doctrina de lo injusto personal, integrándose desvalor de la acción y desvalor de resultado<sup>24</sup>. Sin embargo, se introduce el importante matiz de la «doble posición del dolo», doctrina asimismo fundada por GALLAS<sup>25</sup> y que, según entiendo, debido a su importante difusión, puede ya estimarse dominante en Alemania. Según esta doctrina, el dolo es elemento del tipo de injusto, pero asimismo de la culpabilidad, como expresión de una actitud defectuosa del autor. Sobre la base de la misma, se trata de fundamentar, en la actualidad, la solución dominante en cuanto al error sobre los presupuestos de hecho de las causas de justificación<sup>26</sup>, la delimitación entre dolo eventual y la culpa consciente, así como el tratamiento del error de prohibición en el *Nebenstrafrecht* y el *Ordnungswidrigkeitenrecht*. Con todo, la doctrina de la doble posición del dolo no es plenamente unitaria, pudiéndose distinguir una concepción «formal» y otra «material» de la misma. La primera entiende que «todo» el dolo se ubica tanto en el injusto como en la culpabilidad, contemplándose en una y otra categoría desde perspectivas diferentes; la segunda, en cambio, sostiene que unos elementos del dolo (básicamente los cognoscitivos y volitivos; para algunos, sólo cognoscitivos) se ubican en el injusto, mientras que otros (los llamados emocionales) se sitúan en la culpabilidad<sup>27</sup>. Esta última parece ser la más útil en orden a la consecución de los fines pretendidos por los defensores de la doctrina de la «doble posi-

<sup>21</sup> Cfr. GALLAS, *La teoría*, pp. 46 ss; JESCHECK; *ZStW*, 93 (1981), p. 20.

<sup>22</sup> Cfr. JESCHECK, *ZStW*, 93, (1981), p. 19.

<sup>23</sup> Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch*, 4.ª ed., p. 221.

<sup>24</sup> Y valor de la acción y valor del resultado en las causas de justificación: se exige, pues, para la plena apreciación de la justificación, el conocimiento de la situación justificante. Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch*, 4.ª ed., p. 294.

<sup>25</sup> GALLAS, *La teoría*, p. 59; sobre ello, HÜNERFELD, *ZStW*, 93 (1981), p. 1000.

<sup>26</sup> En estos casos, se entiende que el error excluye el dolo, pero no el dolo típico, sino de culpabilidad dolosa. Ello permite afirmar a HIRSCH, *Rechtswissenschaftliche Fakultät-F*, p. 421, que, en el fondo, se ha acabado dando la razón al finalismo, al ponerse de relieve que estos casos de error no constituyen un problema de tipo de injusto, sino la culpabilidad. Pero lo cierto es que el finalismo habla aquí, concretamente, de error de prohibición, lo que la doctrina dominante rechaza de modo categórico.

<sup>27</sup> Sobre la doble posición del dolo, cfr. JESCHECK, *ZStW*, 93 (1981), p. 20, y *Lehrbuch*, 4.ª ed., pp. VI y 218. Críticamente HIRSCH, «Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, II», *ZStW*, 94 (1982), pp. 239-278, pp. 257 y 262. Cfr., por lo demás, una aplicación práctica de la misma por Schünemann, en SILVA SANCHEZ, *ADPCP*, 1987, pp. 544-545.

ción». De modo paralelo a la doble posición del dolo, también en materia de imprudencia adopta la doctrina dominante un doble baremo: así, se acoge un punto de vista puramente general en el injusto, dejándose el análisis de los poderes individuales del autor para la culpabilidad<sup>28</sup>. En cuarto lugar, en materia de error se asume, desde luego, la teoría de la culpabilidad, pero en su versión restringida, estimándose, por tanto, que el error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación no debe ser sometido al régimen legal del error de prohibición, sino al del error de tipo<sup>29</sup>. Así pues, se rechazan tanto la teoría estricta de la culpabilidad como la teoría de los elementos negativos del tipo. Finalmente, y por no hacer esta enumeración excesivamente enojosa, la culpabilidad, si bien se entiende a partir de las concepciones tradicionales sobre el «poder actuar de otro modo», va experimentando paulatinamente un distanciamiento de las tesis liberearbitristas, siendo sometida a baremos sociales y crecientemente normativos; ello por mucho que las tomas de posición más recientes estén marcadas por el rechazo del concepto funcional de JAKOBS<sup>30</sup>.

4. Al margen de la doctrina dominante, se sitúan todavía hoy, en el panorama científico alemán, cuatro corrientes, como mínimo. De una de ellas, la constituida por las sistemáticas funcionalistas, habrá ocasión de ocuparse más adelante. Ahora conviene, en cambio, caracterizar sucintamente a las otras tres: el causalismo, el finalismo ortodoxo y el finalismo radical. El causalismo aparece representado esencialmente por el *Tratado* de BAUMANN y WEBER<sup>31</sup>; estos autores, en efecto, se adscriben a la sistemática neoclásica<sup>32</sup> (causalista-valorativa), incluyendo dolo e imprudencia en la culpabilidad<sup>33</sup> y rechazando, por tanto, todas las innovaciones introducidas por influencia del finalismo<sup>34</sup>. Un finalismo que, tras la muerte de WELZEL, ha hallado en HIRSCH a

<sup>28</sup> Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch*, 4.ª ed., p. 538.

<sup>29</sup> Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch*, 4.ª ed., pp. 415 ss. Algunos autores, como el propio Jescheck, fundamentan esta solución de forma algo distinta (la llamada «teoría de la culpabilidad que remite a la consecuencia jurídica»).

<sup>30</sup> Sobre la situación de la doctrina dominante en materia de culpabilidad, cfr. SCHÜNEMANN, «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. II. Schuld und Kriminalpolitik», GA, 1986, pp. 293-352, pp. 294-295.

<sup>31</sup> BAUMANN/WEBER, *Strafrecht AT*, 9.ª ed., Bielefeld, 1985.

<sup>32</sup> Cfr. BAUMANN/WEBER, *AT*, 9.ª ed., pp. 173 ss., 180: entienden que esta sistemática sigue siendo defendible en el seno de la nueva Parte General del StGB de 1975 y que, además, la jurisprudencia no se ha distanciado de la misma.

<sup>33</sup> Cfr. BAUMANN/WEBER, *AT*, 9.ª ed., p. 175.

<sup>34</sup> De todos modos, es preciso poner de relieve algunos matices que permiten diferenciar lo sostenido por Baumann/Weber del tradicional esquema neoclásico. Así, por ejemplo, estos autores acogen el requisito de los elementos subjetivos de justificación, proponiendo la solución de la sanción por tentativa para quien obra en situación objetivamente justificante careciendo, en cambio, del correspondiente elemento subjetivo (hasta la 8.ª ed. se había sostenido incluso la solución de la consumación para tales casos) (cfr. pp. 284-285). Asimismo, en el *Tratado* de Baumann/Weber (p. 425) se acoge la teoría de la culpabilidad (y no la del dolo) en materia de error de prohibición, por entender que ello es obligado tras la introducción del nuevo § 17 StGB, salvo para el caso de los delitos imprudentes.

su valedor fundamental. En efecto, sus críticas a la teoría de la imputación objetiva, al concepto social de acción y, de modo especial, a las sistemáticas funcionalistas, por un lado, y a las tesis subjetivistas que pretenden centrar el injusto exclusivamente en el desvalor de la intención, así como a aquellas que introducen en el injusto imprudente la consideración de las capacidades individuales del autor, por otro, ponen de relieve su carácter de defensor a ultranza del método welzeliano y su configuración del contenido de las categorías<sup>35</sup>. Otros discípulos de WELZEL, en cambio, se han separado, en mayor o menor medida, de las doctrinas de éste, optando por tesis normativistas (funcionalistas), como es el caso de JAKOBS, o bien radicalizando el finalismo en sentido «subjetivista», según se suele señalar. Esta segunda vía fue, en su momento, la seguida por Armin KAUFMANN y, con él, por otros autores, como HORN o ZIELINSKI<sup>36</sup>, y muy resumidamente, pretende poner de relieve que el injusto se agota en el desvalor de la acción<sup>37</sup>, pasando el resultado a constituir una condición objetiva de la punibilidad del delito consumado, a lo sumo<sup>38</sup>. Esta tesis, sin embargo, no sólo no ha encontrado una acogida significativa en el seno de la doctrina alemana, sino que en ésta, y sobre todo en el extranjero (v.gr., Italia y España), se ha convertido en el prototipo de lo inaceptable; ello con críticas no siempre acertadas ni documentadas<sup>39</sup>.

5. La coexistencia en el panorama científico alemán de una pluralidad de corrientes, incluida una doctrina dominante que no es monolítica, ni mucho menos, ha determinado la aparición de numerosas cuestiones debatidas, cuya sola enumeración y planteamiento desbordaría los límites que nos hemos fijado en esta presentación. Sin embargo, la omisión de toda referencia a las mismas traicionaría la finalidad perseguida, de ofrecer una visión sucinta, pero lo más exacta posible, del estado de la dogmática alemana. Por todo ello, procederemos a seleccionar algunos temas especialmente significativos por su trascendencia sistemática. En primer lugar, se halla la cuestión de la inclusión o

<sup>35</sup> Su más reciente declaración de principios se halla en el trabajo citado de la *Rechtswissenschaftliche Fakultät-F*, pp. 399 ss., *pássim*.

<sup>36</sup> La obra de este último, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlin, 1973, constituye el paradigma de esta posición. Sobre otros autores que comparten, en mayor o menor medida, este punto de vista, cfr. HIRSCH, *ZStW*, 94 (1982), p. 240.

<sup>37</sup> Desvalor de la acción que, para estos autores, es «desvalor de la intención». Es, por tanto, precipitado y, en fin, incorrecto asimilar al planteamiento de Zielinski otros surgidos tanto en Alemania como, asimismo, en España y que entienden el llamado «desvalor de la acción» en forma sustancialmente diferente, si bien pueden coincidir en una exclusión del resultado del ámbito de lo injusto. A este respecto, conviene tener en cuenta que las dicotomías objetivo/subjetivo y *ex ante/ex post*, en lo que a las concepciones de lo injusto se refiere, no se superponen necesariamente.

<sup>38</sup> Cfr. críticamente sobre esta corriente HIRSCH, *Rechtswissenschaftliche Fakultät-F*, p. 409.

<sup>39</sup> Pueden incluirse entre éstas las de quienes objetan a la teoría expuesta que ignora el principio político-criminal de lesividad. Pues, en efecto, es perfectamente posible sostener que el resultado no es elemento de lo injusto y, sin embargo, exigir la producción de un resultado para la sanción por delito consumado, o requerir del legislador que, en su tarea legiferante, se sirva de tipos de lesión y no de tipos de peligro. Cfr. la réplica de Maiwald, quien, no obstante, no participa de las tesis de Zielinski, a Mazzacuva, cuando éste se sirve de tales críticas: MAI WALD, «Buchbesprechung: Mazzacuva, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano 1983», en *ZStW*, 101 (1989), pp. 229-232.

no del desvalor del resultado en el injusto<sup>40</sup>, un tema que, si bien resuelto en sentido afirmativo por la doctrina dominante, no está en absoluto cerrado, como se desprende del examen de la bibliografía sobre el mismo<sup>41</sup>. También continúa mereciendo una intensa discusión el tema de si las capacidades o conocimientos individuales concurrentes en el autor de un delito imprudente (y superiores o inferiores a los del hombre medio) deben tenerse en cuenta ya en el análisis del injusto típico o sólo más tarde, en la culpabilidad. La doctrina dominante, como antes se apuntó, sostiene esto último<sup>42</sup>; sin embargo, la tesis minoritaria, sostenida inicialmente por WELZEL, cuenta hoy en su favor con nombres tan importantes como los de JAKOBS, STRATENWERTH, OTTO o SAMSON, cuyos argumentos no han sido aún rebatidos, según entiendo, de modo plenamente convincente<sup>43</sup>. Otras cuestiones importantes en la discusión alemana contemporánea son: 1) la relativa a la posibilidad de introducir, en el juicio de imputación objetiva del resultado, el principio de incremento del riesgo<sup>44</sup> e incluso de llegar a fundamentar en él la imputación, prescindiendo de la relación de causalidad; 2) la propia necesidad y corrección de la elaboración de una doctrina de la imputación objetiva, sobre todo en el delito doloso<sup>45</sup>; 3) el error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación y su resolución dogmática<sup>46</sup>; 4) la distinción entre dolo eventual y culpa consciente<sup>47</sup>; 5) el error de prohibición<sup>48</sup>; entre otras muchas cuestiones<sup>49</sup>.

<sup>40</sup> Resulta, a este respecto, llamativo que lo que durante más de medio siglo fue considerado única esencia de lo injusto esté ahora sometido a discusión, mientras que el desvalor de la acción se ha asentado firmemente en aquella categoría.

<sup>41</sup> Una de las últimas aportaciones sobre el tema, desde perspectivas pretendidamente funcionalistas, es la de MAIWALD, «Die Bedeutung des Erfolgsunwertes im Unrecht -Der Einfluss der Verletztenposition auf eine dogmatische Kategorie», en Schöch (Hrsg.), *Wiedergutmachung und Strafrecht. Symposium aus Anlass des 80. Geburtstag von Friedrich Schaffstein*, München, 1987, pp. 64-73, así como la discusión subsiguiente, recogida por Bloy en pp. 74-80. Sobre los autores partidarios de estimar que el resultado constituye tan sólo una condición objetiva de punibilidad, cfr. HIRSCH, *ZStW*, 94 (1982), p. 240 y nota 98.

<sup>42</sup> Por ella, HIRSCH, *ZStW*, 94 (1982), pp. 266 ss. El propio HIRSCH, *Rechtswissenschaftliche Fakultät-F*, pp. 410-411.

<sup>43</sup> También se han adherido a este punto de vista Gössel, Kindhäuser, Cramer y, últimamente, Struensee. Cfr. un resumen de este punto de vista en OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 3.ª ed., Berlin, 1988, pp. 206-207.

<sup>44</sup> Cfr. OTTO, *Grundkurs*, pp. 65 ss. Crítico HIRSCH, *Rechtswissenschaftliche Fakultät-F*, p. 422.

<sup>45</sup> Cfr., sobre todo, ARMIN KAUFMANN, «¿Atribución objetiva en el delito doloso?», trad. Cuello Contreras, *ADPCP*, 1985, pp. 807-826. Asimismo, HIRSCH, *Rechtswissenschaftliche Fakultät-F*, pp. 403-407.

<sup>46</sup> Sobre todo a partir de su puesta en relación con la teoría de la doble posición del dolo. Cfr., por ejemplo, HIRSCH, *ZStW*, 94 (1982), p. 262.

<sup>47</sup> En la que se hallan implicadas tanto la teoría de la doble posición del dolo como la nueva discusión entre los partidarios de las concepciones cognoscitivistas y voluntaristas del dolo. Sobre todo ello, básicamente, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Köln, 1983.

<sup>48</sup> En general, se halla asentada la teoría de la culpabilidad y la ubicación del conocimiento de la antijuridicidad en tal categoría. Sin embargo, OTTO, *Grundkurs*, pp. 101 ss., sostiene la inclusión del conocimiento de la antijuridicidad, entendido en sentido material, en el tipo de injusto.

<sup>49</sup> Como puntos todavía oscuros y necesitados de aclaración, cita JESCHECK, *Lehrbuch*, 4.ª

6. Todo lo anterior configura el marco en el que aparecen las sistemáticas funcionalistas, un marco a cuya propia conformación han contribuido ellas mismas en no poca medida. Esta observación debe tenerse bien presente para deshacer el malentendido de que el funcionalismo en la dogmática penal constituye un fenómeno «de moda», algo de los últimos años. Muy al contrario, un intento de construir las categorías del sistema orientándolas a los fines del Derecho penal se da en la sistemática teleológica del neokantismo<sup>50</sup>, si bien las circunstancias históricas de aquel período impidieron que fraguara todo su potencial; además, en la doctrina dominante de los últimos decenios, de signo ecléctico, siempre han desempeñado un papel importante las consideraciones normativas, de orientación generalmente teleológica. Por si lo anterior no fuera suficiente, la sistemática propugnada por SCHMIDHÄUSER, desde hace ya varios lustros, es expresamente calificada de teleológica<sup>51</sup>. Con todo, es cierto que las concepciones funcionalistas han experimentado un significativo auge en los últimos tiempos, por oposición al finalismo y a su metodología. Esto ha tenido lugar, a mi juicio, por dos vías distintas, aunque complementarias en no poca medida. Así, unos autores (paradigmáticamente, ROXIN) sintieron la necesidad de orientar el Derecho penal a la política criminal, separándose abiertamente del método deductivo-axiomático del finalismo, al que se objetaba su análisis de los problemas jurídicos como cuestiones básicamente lógico-abstractas<sup>52</sup>. Otros autores, en cambio, centran su censura al finalismo en el método ontológico, de vinculación del legislador y la ciencia a las estructuras lógico-objetivas, que se estima agotado; por oposición a él, se propone una «refundamentación» normativa de la teoría jurídica del delito. En este sentido, señala JAKOBS que asistimos al declive de la dogmática de base ontológico y que «[...] no sólo los conceptos de culpabilidad y acción (y muchos otros en un nivel inferior de abstracción), a los que la dogmática jurídico-penal ha atribuido de modo continuado una esencia o —más vagamente— una estructura prejurídica, lógico-objetiva, se convierten en conceptos de los que no pueden decirse nada sin atender a la misión del Derecho penal, sino que incluso el propio concepto del sujeto al que se imputa se muestra como un concepto

---

ed., pp. 194-195, los de la concreción de los deberes de garantía y los criterios de equiparación de la omisión con la comisión activa, la delimitación de autoría y participación, los criterios de evitabilidad del error de prohibición, los baremos de la infracción del deber de cuidado en la imprudencia, etc. Alude a otros temas discutidos: concepto final o social de acción, supresión de la acción como categoría autónoma, automatismos, etc., HIRSCH, *ZStW*, 93 (1981), p. 844.

<sup>50</sup> Como pone de relieve JESCHECK, *Lehrbuch*, 4.ª ed., p. 184, en ese período se trató de superar el formalismo de un pensamiento jurídico encerrado en sí mismo, elaborando el concepto de delito a partir de los fines perseguidos por el Derecho penal y de las representaciones valorativas subyacentes a él.

<sup>51</sup> Cfr. por ejemplo, SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. AT Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, Capítulo 4, n.ºs marginales 3 ss. Por lo demás, es característico de la doctrina de Schmidhäuser la partición del dolo, cuyos elementos cognoscitivos se integran en la culpabilidad como «dolosidad», mientras que los volitivos forman parte de lo injusto: cfr. Capítulo 7, n.ºs marginales 35 ss.

<sup>52</sup> Cfr. ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. Muñoz Conde, Barcelona, 1972, pp. 18 ss.

funcional»<sup>53</sup>. Pues bien, como se ha dicho, a pesar de su origen relativamente diverso, ambas corrientes resultan complementarias, lo que ha provocado su encuentro y su inclusión bajo la común denominación del funcionalismo. Realmente, y sin desconocer las importantes discrepancias que separan a las dos posturas, no estimo incorrecta su calificación como «próximas». En efecto, como NEUMANN ha puesto de manifiesto, la orientación a fines político-criminales de la dogmática jurídico-penal exige que el jurista pueda disponer de conceptos flexibles, conceptos que sólo pueden ser normativos, pues los ontológicos se caracterizan precisamente por la sumisión que exigen por parte del dogmático. Recíprocamente, sin embargo, la normativización de los conceptos exige un punto de referencia para la atribución a los mismos de un contenido; algo que, en principio, corre el peligro de convertirse en un procedimiento tautológico si no se atiende a los fines del Derecho Penal<sup>54</sup>. Expresado lo anterior de otro modo: un entendimiento normativo de los conceptos jurídico-penales es presupuesto de toda sistemática teleológica, que pretenda orientar la dogmática a la función social del Derecho penal; pero, a la vez, resulta difícil imaginar una normativización de los conceptos que no haya de recurrir a las finalidades político-criminales<sup>55</sup>. Así las cosas, las diferencias entre unos autores (o grupos de autores) y otros residirán, fundamentalmente, no tanto en el método en sí, sino en las premisas político-criminales que se tomen como referencia. La diferencia entre los planteamientos de ROXIN y JAKOBS, por ejemplo, podría radicar, pues, en que el primero, que parte de la necesidad de orientar la dogmática a la política criminal, acoge las finalidades político-criminales de un modo más global, comprendiendo que las diversas finalidades se limitan entre sí: muy significativo es que ROXIN no oriente su sistema a los fines de la pena, sino a los fines del Derecho penal, que, para él, son algo más que lo anterior. En cambio, JAKOBS, que parte de la necesidad de una renormativización, quizá acoja en forma demasiado categórica —esto es, sin limitaciones o contrapesos— la función de prevención —integración (que atribuye a la pena) como base de la refundamentación normativa de las categorías y los conceptos; ello con independencia de que, ya en el plano de la teoría de los fines de la pena —es decir, en el nivel previo a la configuración de las categorías sistemáticas—, su concepción de la prevención general positiva sea criticable en sí misma. En todo caso, resulte correcta o no la interpretación anterior, sí es cierto que en el ámbito de las teorías funcionalistas empieza

<sup>53</sup> JAKOBS, *Strafrecht AT*, Berlin, 1983, Prólogo, p. V.

<sup>54</sup> Cfr. NEUMANN, «Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit», *ZStW*, 99 (1987), pp. 567-594, pp. 568, 570 y 572-573.

<sup>55</sup> Sin embargo, en la sistemática de Hruschka, en la que el concepto central es el de «imputación», se renuncia expresamente a toda referencia a las consecuencias jurídicas. Cfr. HRUSCHKA, «Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?», *JZ*, 1985, pp. 1-10, pp. 2-3. Una crítica a ello se contiene en KÜPER, «Recensión a Hruschka, *Strukturen der Zurechnung*», *GA*, 1977, pp. 158-160, p. 160.

a ser común distinguir un sector «radical», personificado en JAKOBS, y otro más matizado, representado por ROXIN y sus discípulos<sup>56</sup>.

7. Las corrientes funcionalistas no pretenden, en principio, una modificación del sistema de la teoría del delito. Más bien se hallan empeñadas en la atribución de nuevos contenidos a las categorías, con el fin de ampliar su capacidad explicativa de soluciones y su aplicabilidad a la realidad. Se trata de orientar dichas categorías a «la función del Derecho penal en la sociedad moderna»<sup>57</sup>. Un ejemplo paradigmático de ello viene dado por las nuevas propuestas en materia de culpabilidad o atribución subjetiva del hecho del autor. Con todo, no me parece posible descartar completamente que el funcionalismo lleve a cabo una modificación sistemática: de hecho, los conceptos de anti-juridicidad penal (GÜNTHER) o de «responsabilidad» (ROXIN), por ejemplo, sí encierran el germen de alguna posible modificación sistemática. Una modificación a la que algún autor, como es el caso de FRISCH, alude de modo expreso, al proponer la reconstrucción del sistema sobre las dos categorías fundamentales de la teoría de las normas (norma de conducta y norma de sanción) y la orientación de los presupuestos de la punibilidad al concepto y legitimación de la pena estatal<sup>58</sup>. En todo caso, lo cierto es que, en el momento actual, existen ya teorías funcionalistas de la tipicidad (imputación típica, en general, y del resultado, en particular)<sup>59</sup>, del tipo subjetivo doloso<sup>60</sup>, de la justificación<sup>61</sup> y, por supuesto, de la culpabilidad<sup>62</sup>. Aunque no se les reconozca otro valor, es, pues, preciso concluir que las tesis funcionalistas han traído consigo una considerable ampliación de las posibilidades de argumentación de la dogmática jurídico-penal, si bien en ocasiones ello puede tener lugar a costa de una pérdida de fijeza o de la asunción de soluciones más flexibles. Esto último es lo que precisamente ha servido para las críticas que, de modo genérico<sup>63</sup>, se le han dirigido. Así, se ha señalado que el sistema propugnado por los funcionalistas adolece de una menor cientificidad, de inseguridades y de un carácter «nacional» (por su vinculación a un ordenamiento constitucional), que se oponen radicalmente a las pretensiones científicas y transnacionales de la dogmática<sup>64</sup>; en definitiva, que conduce a la arbitrariedad. En otro orden de cosas, se ha observado que su «reconstrucción» normativa conduce a la con-

<sup>56</sup> Aunque alguno, como Achenbach, sostenga tesis que, según se verá, resultan muy próximas a las de Jakobs.

<sup>57</sup> WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin, 1981, p. 21.

<sup>58</sup> FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Köln, 1983, p. 505.

<sup>59</sup> Así, en la obra de Wolter citada en nota 57, y en FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges*, Heidelberg, 1988.

<sup>60</sup> En la obra citada en nota 58.

<sup>61</sup> En la obra de GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, Köln, 1983.

<sup>62</sup> En múltiples trabajos de Roxin y en el *Tratado* de Jakobs, fundamentalmente; también en trabajos menores de los discípulos de Roxin.

<sup>63</sup> Obviamente, aquí no corresponde hacer referencia a críticas de soluciones concretas, como las que han surgido en materia de culpabilidad.

<sup>64</sup> Así, HIRSCH, *Rechtswissenschaftliche Fakultät-F*, p. 416.

fusión de las categorías, retrotrayendo a la dogmática al estadio previo al naturalismo, esto es, a las viejas teorías de la imputación<sup>65</sup>. Por último, se alude también a que, políticamente, las teorías funcionalistas se prestan a ser utilizadas en sentido autoritario y contrario a las garantías del Estado liberal de Derecho<sup>66</sup>. Sería largo exponer las réplicas y dúplicas que se han dado sobre la base de éstas y otras objeciones. Los trabajos que siguen desarrollan buen número de tesis funcionalistas, de modo que el lector tendrá ocasión de valorar si tales críticas son atinadas o no. Como invitación a la reflexión, permítaseme, sin embargo, transcribir la siguiente frase de NEUMANN: «Es precisamente una sociedad que reconoce que imputa responsabilidad y que no declara una culpabilidad ya existente, de uno u otro modo, la que está obligada a retraer su imputación jurídico-penal tanto como sea posible»<sup>67</sup>.

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

---

<sup>65</sup> Sobre las manifestaciones de Hirsch en este sentido, cfr. PERRON, «Tagungsbericht. Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrrtagung 1987 in Salzburg», *ZStW*, 99 (1987), pp. 637-663, pp. 638-639. Replicándole, SCHÜNEMANN, *GA*, 1986, pp. 302 y 305; NEUMANN, en *ZStW*, 99 (1987), p. 647.

<sup>66</sup> Sobre las manifestaciones de Krauss en esta línea, cfr. PERRON, *ZStW*, 99 (1987), p. 642.

<sup>67</sup> Sobre estas y otras palabras de Neumann, cfr. PERRON, *ZStW*, 99 (1987), pp. 646-647.

## Prólogo a la edición española

I. Han transcurrido seis años desde la publicación en Alemania de las *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. En éstos, si bien se han producido buen número de investigaciones dogmáticas puntuales, no ha tenido lugar el anuncio del surgimiento de una nueva fase de desarrollo de la dogmática jurídico-penal. Por tanto, la imagen que se transmite en esta obra no ha perdido en nada su actualidad: Todavía hoy la cuestión es construir y culminar el sistema teleológico (funcional) del Derecho penal, para el que continúa siendo válido lo que se pone de relieve en la p. 77 del texto, es decir, conservar, depurar y perfeccionar a la luz del nuevo principio metodológico y sistemático los conocimientos adquiridos por la ciencia del Derecho penal durante los últimos cien años. En la recensión publicada en el *Goldammer's Archiv für Strafrecht* de 1985 (pp. 341-380) y de 1986 (pp. 293-352) traté de mostrar como ha de tener lugar este proceso en capítulos escogidos de la Parte General. En primer lugar, el sistema teleológico del Derecho penal se mantiene dentro del marco general de la doctrina del injusto personal (que debemos al finalismo), aunque sin incurrir por ello en el subjetivismo (ni volver tampoco a un objetivismo reaccionario). En segundo lugar, dicho sistema evita la falacia naturalista que amenaza por doquier en la concepción de WELZEL, pero asimismo ha de preservarse de la falacia normativista consistente en rechazar por completo la existencia de estructuras objetivas antepuestas al Derecho e indispensables para concretar los juicios de valor que éste formula de modo abstracto (una falacia que se encuentra en todos los defensores de la teoría de los sistemas, como JAKOBS o AMELUNG, por ejemplo). Y, en tercer lugar, nuestro sistema rechaza el eclecticismo que se halla con más frecuencia en tratados y comentarios, y que adopta para cada caso, prescindiendo de toda atención a la coherencia deductiva, los argumentos y soluciones que parecen más adecuados a la vista de los efectos que producen.

1. La necesidad de mantener la doctrina del injusto personal y de rechazar toda expresión unilateral de subjetivismo u objetivismo se ha manifestado de nuevo últimamente con gran claridad en el Simposio germano-japonés de Derecho penal celebrado en Colonia en 1988, pudiendo confrontarse en la colectánea compilada por HIRSCH y WEIGEND con ocasión del mismo (*Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989). Desde el punto de vista japonés (expuesto por HIRANO, *loc. cit.*, pp. 81 ss.) el sistema jurídico-penal del finalismo posee una afinidad con el subjetivismo, que resulta absolutamente

deficiente desde la perspectiva de un Estado liberal de Derecho. Un subjetivismo al que también HIRSCH ha dirigido un claro rechazo (*loc.cit.*, pp. 65, 70-71 = *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, 1988, pp. 399, 409 ss.) refiriéndose a dos repercusiones especialmente acentuadas: la identificación del injusto jurídico-penal con el de la tentativa acabada (Escuela de Armin KAUFMANN) y la orientación del injusto imprudente a la infracción del deber individual de cuidado (JAKOBS y STRATENWERTH). Por otro lado, no obstante, en el sistema teleológico del Derecho penal queda excluido por completo el retorno a un objetivismo estricto, dado que el principio funcional —protección de bienes jurídicos mediante mandatos y prohibiciones— toma como punto de partida sistemático el comportamiento humano motivable por normas y, con ello, la norma de determinación. Más bien, en el sistema funcional del Derecho penal se relativiza la rígida separación sistemática, que se remonta al naturalismo, entre presupuestos objetivos (pertenecientes al mundo exterior) y subjetivos (pertenecientes al interior de la psique humana) de la punibilidad, puesto que la imputación objetiva depende también de los conocimientos e intenciones del autor y el dolo típico, por su parte, de la situación objetiva de peligro. Así, ROXIN y MIR PUIG —en el *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann* (1989)— acaban de poner de relieve, polemizando con la crítica finalista a la categoría de la imputación objetiva, que el conocimiento del autor es relevante ya para la imputación objetiva del resultado [pp. 237, 250-251, 253, 270; cfr. también SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN y PFEIFFER (comps.), *Die Rechtsprobleme von AIDS*, 1988, p. 488, nota 262; en el sentido tradicional, por el contrario, BUSTOS RAMÍREZ, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, pp. 213, 230 ss.]. Por otro lado, la elaboración por FRISCH, en términos abiertos aunque no totalmente consecuentes, de un concepto de dolo puramente intelectual en el sentido de «conocimiento del riesgo típico» (cfr. las pp. 68-69 del texto, así como SCHÜNEMANN, *GA*, 1985, p. 363, sobre su inconsecuente apelación a la línea psicológica de separación consistente en el mero «desear y esperar un desenlace positivo») ha sido culminada por HERZBERG mediante un explícito desplazamiento de la delimitación entre dolo eventual y culpa consciente al tipo objetivo, al calificarse al «conocimiento de un peligro no cubierto (*unabgeschirmt*) para el bien jurídico» como criterio decisivo del dolo desde la perspectiva del fin de la norma [HERZBERG, *JuS*, 1986, pp. 249 ss.; 1987, pp. 777 ss; *AIFO*, 1987, pp. 52 ss; *NJW*, 1987, pp. 1461 ss., 2283 ss.; *JZ*, 1988, pp. 573 ss., 635 ss.; 1989, pp. 470 ss.; en el mismo sentido BOTTKE, en SCHÜNEMANN y PFEIFFER (comps.), *Die Rechtsprobleme von AIDS*, 1987, pp. 187 ss.; SCHLEHOFER, *NJW*, 1989, pp. 2017 ss.; críticamente, BRAMMSEN, *JZ*, 1989, pp. 71, 72 ss.; KÜPPER, *ZStW*, 100 (1988), pp. 758, 781 ss.; JAKOBS, *ZStW*, 101 (1989), pp. 516, 530-531].

2. La delimitación de dolo eventual y culpa consciente muestra también de modo claro e instructivo cuáles son los estrechos límites de una perspectiva puramente ontológica, como la que propaga el finalismo con su pretendida «estructura de la acción humana», a la que pertenecería «la voluntad conduc-

tora del proceso causal» (así HIRSCH, *Festschrift zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, pp. 415-416): Prescindiendo por completo del hecho de que, incluso aunque existiera dicha estructura, continuaría incurriendo en una falacia naturalista el que pretendiera extraer exclusivamente de ella una determinada regulación normativa, resulta que en el dolo eventual, tal como lo concibe la tradicional fórmula mixta cognitivo-emocional del «tomar como viene» (*Inkaufnehmen*) o del «conformarse con», no existe ninguna estructura psíquica claramente determinable en la realidad. De lo que se trata, más bien, es de una reconstrucción que, mediante el método fenomenológico, expresa en términos de lenguaje ordinario un estado de cosas perteneciente al «lenguaje privado», que, por convenciones lingüísticas específicas de un determinado individuo y de una determinada cultura, resulta de difícil generalización. Asimismo, no es claramente determinable en la concreta situación fáctica, dado que la conciencia del autor, por regla general, oscilará entre las formas de expresión emocional de la confianza firme y absoluta y la esperanza dubitativa en un desenlace positivo (cfr. SCHÜNEMANN, *GA*, 1985, p. 363).

Por tanto, se cuenta entre los más trascendentes errores del finalismo la afirmación de que la finalidad sólo existe en los delitos de intención —relativamente raros—, mientras que en todo el campo del dolo eventual, que constituye un importante ámbito de la criminalidad dolosa, si no el más importante, ni siquiera se puede advertir la estructura óptica final afirmada por WELZEL; todo ello prescindiendo de su inidoneidad para la creación del baremo normativo adecuado para su propio enjuiciamiento jurídico. Con todo, por otro lado, también debe prestarse especial atención para no caer en el extremo opuesto, consistente en ignorar la referencia semántica de las decisiones valorativas legales a datos prejurídicos y ver en la determinación de los presupuestos de la punibilidad meros «juicios adscriptivos», que no hallan un objeto previamente conformado, sino que lo construyen por sí mismos. Así pues, en el dolo no se trata de una imputación arbitraria, sino de la determinación del real estado de cosas que puede calificarse como «decisión contra el bien jurídico», y con ello, desde una perspectiva funcional, como desencadenante de la penalidad del delito doloso, más rigurosa; éste requiere, como mínimo, la conciencia de la posibilidad de la realización del tipo [correctamente JAKOBS, *ZStW*, 101 (1989), pp. 529-530; HASSEMER, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, pp. 289, 284 ss., mientras que el abandono de la base ontológica en HRUSCHKA, *Festschrift für Kleinknecht*, 1985, pp. 191, 200 ss., sobrepasa la meta perseguida]. Asimismo, en la culpabilidad, no es posible operar sin un sustrato ontológico, como he tratado de demostrar en esta obra mediante mi crítica a la concepción de la culpabilidad de JAKOBS (vid. *infra*, pp. 158 y ss). Culpabilidad significa reprochabilidad, reprochabilidad presupone poder actuar de otro modo, y este poder actuar de otro modo, contra lo que opina JAKOBS, no es una cuestión de la teoría sociológica de los sistemas, sino una cuestión en principio ontológica, pues «el que no puede hacer algo, tampoco lo puede hacer en sentido jurídico» (HIRSCH, *Festschrift zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, p. 416). Que ni siquiera la doctrina dominante se ve libre de tales falacias normativistas lo muestra el *concepto social de culpabilidad*, que pretende resolver

la cuestión central de legitimación del Derecho penal mediante una argumentación circular. La crítica que le dirijo en las páginas 152 y ss. del texto la he proseguido después en el Simposio de Colonia (en HIRSCH y WEIGEND, *loc. cit.*, pp. 147, 148 ss.), de modo que en este lugar sólo desearía completarla mediante una *reductio ad absurdum*: El concepto social de culpabilidad, dominante en la manualística actual de modo incontrovertido, parte, como es sabido, de que el poder actuar de otro modo no se puede probar en el caso concreto, y de que, no obstante, el reproche jurídico-penal de culpabilidad puede derivarse del hecho de que el sujeto quedara por debajo del comportamiento de un hombre medio. Ahora bien, si la libertad de actuar de otro modo no fuera determinable en ninguna situación concreta, entonces tampoco actuaría libremente el hombre medio tomado como baremo, sino que lo haría movido por una fuerza irresistible (ejercida sobre él por las normas jurídicas), siendo entonces inconcebible cómo atribuir reproche y mérito en el contexto de una fuerza irresistible universal. En el caso de que el reproche jurídico-penal de culpabilidad carezca de todo sustrato ontológico (concretamente, del libre albedrío), habrá que prescindir de él, y el concepto social de culpabilidad acaba por caer en un malentendido fundamental del principio de que una valoración no puede tener lugar cuando no existe la realidad presupuesta en ella.

3. Por todo ello, el que los tratados y comentarios convencionales, con los que usualmente se asocia en Alemania a la doctrina dominante, defiendan sin excepción el concepto social de culpabilidad o incluso caractericen al concepto de culpabilidad como una cuestión exclusivamente normativa (cfr. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4.<sup>a</sup> ed., 1988, pp. 368-369; SCHÖNKE, SCHRÖDER y LENCKNER, *Strafgesetzbuch*, 23.<sup>a</sup> ed., 1988., n.º marginal 110 previo al § 13; LACKNER, *Strafgesetzbuch*, 18.<sup>a</sup> ed., 1989, nota III.4 a la previa al § 13) constituye expresión de un eclecticismo metodológico, que, si bien es inaceptable desde perspectivas científicas, resulta evidentemente muy atractivo para el nivel de decisión, más bien carente de aspiraciones en el plano metodológico, de la formación de juristas y de la práctica de los tribunales. Al respecto puede citarse, como un nuevo ejemplo típico, el tratamiento del error de tipo permisivo mediante la teoría de la remisión a la consecuencia jurídica, que ha obtenido carta de naturaleza en las referidas obras convencionales (JESCHECK, *loc. cit.*, p. 418; LACKNER, *loc. cit.*, § 17, nota 5.b; WESSELS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 19.<sup>a</sup> ed. 1989, pp. 134 ss.). En ellas continuamos todavía leyendo que el error de tipo permisivo excluye sólo la culpabilidad dolosa, de modo que sólo queda la posibilidad de una sanción por la comisión imprudente del hecho, mediante la aplicación analógica del § 16, párrafo 1, enunciado 2, StGB. Ello, pese a que la evidente discrepancia de esta afirmación con el concepto de culpabilidad (¡que también en el delito doloso se limita a requerir la mera inevitabilidad!) y la vulneración del principio de *nullum crimen sine lege* por la vía de una aplicación analógica del § 16, párrafo 1, enunciado 2, en términos fundamentadores de la pena, fueron demostradas, hace ya seis años, precisamente en esta obra (cfr. ahora, con idéntico resultado crítico frente a la doctrina dominante, también HERZBERG, *JA*, 1989, pp. 243,

294, 299-300). Las concepciones que «dominan» en este punto en la bibliografía convencional constituyen evidentemente meras hipótesis *ad hoc*, que ni siquiera se toman el trabajo de respetar el mandato de consecuencia intrasistémica. Debe pues subrayarse, en fin, con especial intensidad que el sistema teleológico del Derecho penal no tiene nada en común con tal «casuística» de problemas concretos.

III. En conclusión, la finalidad que en el prólogo a la edición alemana asignaba a esta colectánea, a saber, la intensificación del efecto configurador del sistema del Derecho penal sobre el estudio y la práctica, continúa siendo una tarea por realizar. Si el sistema resulta imprescindible, ello se debe a que sólo él proporciona el baremo para descubrir y corregir la plural casuística de los problemas concretos. Que también la edición española de las *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems* pueda contribuir a ello es el deseo común del compilador, de los autores y de su mentor, Claus ROXIN, a cuya iniciativa se deben muchas de las ideas aquí recogidas.

BERND SCHÜNEMANN

*Friburgo de Brisgovia, marzo de 1990*

## Prólogo a la edición alemana

Los trabajos recopilados en el presente volumen se remontan a un simposio organizado en Stockdorf, cerca de Munich, por los discípulos de Claus ROXIN con ocasión del quincuagésimo cumpleaños de éste. El hilo conductor de las ponencias y de las observaciones efectuadas en la discusión del mencionado simposio estuvo constituido por la meta de la superación de las barreras existentes entre *Política criminal y sistema del Derecho penal*, objeto ya del estudio programático de idéntico nombre escrito por Claus ROXIN en 1970: ello sugirió también la idea de la publicación conjunta que ahora tiene lugar. En efecto, con independencia de todas las controversias suscitadas en torno a la búsqueda, desencadenada por el estímulo inicial de ROXIN, de un sistema penal «funcional» o «teleológico» —controversias permanentes y que se advierten de nuevo en esta colectánea—, me parece posible, a la vista de las publicaciones aparecidas en los últimos años, aventurar el juicio de que con ello se ha iniciado una nueva era en la dogmática jurídico-penal. Una nueva era, cuya relación con el finalismo (dominante ideológicamente hasta ahora, pese a haberse extendido la crítica a WELZEL desde postulados eclécticos) puede compararse con la sustitución del naturalismo por el pensamiento jurídico-penal del neokantismo. Así, el valor y la actualidad de la temática tratada en los trabajos publicados aquí no ha hecho sino aumentar en los últimos tiempos.

Los referidos trabajos no sólo han sido parcialmente retocados y completados para la publicación; además, se les ha añadido una «introducción al razonamiento sistemático jurídico-penal», relativamente extensa, escrita por mí. Después de que la sistemática jurídico-penal alemana ha venido elaborando durante años una materia casi esotérica, cuyas categorías eran ignoradas con demasiada frecuencia por la práctica, estimo de la máxima importancia que el razonamiento sistemático, al acoger las finalidades político-criminales y ser, consiguientemente, más «próximo a la realidad», se mantenga abierto desde el principio a la recepción por la praxis. Ello requeriría que el futuro práctico, ya de estudiante, no aprendiera los problemas y resultados de la reflexión sistemática jurídico-penal como una incómoda terminología que olvidar en la primera ocasión, sino que los entendiera de verdad. A esta finalidad didáctica se orienta la «Introducción». En ella me he esforzado por describir las cuestiones del fin, alcance y contenido del sistema del Derecho penal, así como las concretas fases de su evolución histórica, centrándome en los aspectos más relevantes para el estudio y la práctica. Para ello me he regido por una doble constatación, obtenida en la docencia y en los exámenes. Por un lado, que,

debido a la estrecha relación existente entre cuestiones sistemáticas y de contenido, no puede hablarse de que se domine la dogmática jurídico-penal si no hay conocimientos sistemáticos suficientes. Por el otro, que son precisamente los jóvenes juristas quienes tienden a exagerar el valor de los operadores del sistema del Derecho penal, en especial de las clasificaciones técnico-estructurales, y a incurrir, a consecuencia de ello, en una abierta jurisprudencia de conceptos. La irrenunciable inteligibilidad del texto, exigida por el mencionado fin didáctico, ha hecho necesarias ciertas simplificaciones; a la vez, en el aparato bibliográfico adjuntado se ha primado el valor ejemplificativo sobre la exhaustividad. De todos modos, la posibilidad de una simplificación demasiado amplia se vio limitada por el hecho de que algunos conocimientos sistemáticos no son susceptibles de formulación sin una adecuada diferenciación de contenidos; debido a lo cual aparecerían falseados en el caso de que se practicara una excesiva reducción de la complejidad del razonamiento. Es ello mismo lo que ha determinado que no haya eludido acentuar algunos puntos de modo distinto de como suele hacerse en la actualidad, en forma que estimo globalizadora en exceso.

En definitiva, la introducción y los diversos artículos de esta colectánea pretenden contribuir a liberar al sistema del Derecho penal de su tradicional existencia esotérica en un doble modo: mediante el enriquecimiento de su contenido con la reflexión político-criminal y mediante la intensificación de su efecto de «imprimir carácter» al estudio y la práctica. La meta elegida es quizás excesivamente pretenciosa y su consecución está absolutamente excluida en el presente marco. Sin embargo, en vista de la actual crisis de legitimación del Derecho penal, cualquier paso en la referida dirección, incluso uno así de modesto, resulta tan provechoso como urgente.

BERND SCHÜNEMANN

*Mannheim, abril de 1984*

## Principales abreviaturas utilizadas

<b>ADPCP</b>	<i>Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.</i>
<b>ARSP</b>	<i>Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie.</i>
<b>AT</b>	<i>Allgemeiner Teil.</i>
<b>BGBI</b>	<i>Bundesgesetzblatt.</i>
<b>BGHSt</b>	Sentencia penal del Tribunal Supremo alemán.
<b>BVerfGE</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional alemán.
<b>DRiZ</b>	<i>Deutsche Richterzeitung.</i>
<b>EGStGB</b>	Ley introductoria al Código penal alemán.
<b>FS</b>	<i>Libro homenaje (Festschrift für).</i>
<b>GA</b>	<i>Goldammer's Archiv für Strafrecht.</i>
<b>GG</b>	<i>Grundgesetz (Ley Fundamental de Bonn).</i>
<b>GS</b>	<i>Der Gerichtssaal.</i>
<b>JA</b>	<i>Juristische Arbeitsblätter.</i>
<b>JBl</b>	<i>Juristische Blätter.</i>
<b>JR</b>	<i>Juristische Rundschau.</i>
<b>JuS</b>	<i>Juristische Schulung.</i>
<b>JZ</b>	<i>Juristenzeitung.</i>
<b>KrimJ</b>	<i>Kriminologisches Journal.</i>
<b>M SchrKrim</b>	<i>Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform.</i>
<b>NJW</b>	<i>Neue Juristische Wochenschrift.</i>
<b>NStZ</b>	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht.</i>
<b>OLG</b>	<i>Oberlandesgericht (Tribunal Superior de un Land federal).</i>
<b>RStGB</b>	Código penal imperial de 1871.
<b>SchwZStR</b>	<i>Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht.</i>
<b>SJZ</b>	<i>Süddeutsche Juristenzeitung.</i>
<b>StGB</b>	Código penal alemán.
<b>StrV</b>	<i>Strafverteidiger.</i>
<b>ZfRvgl</b>	<i>Zeitschrift für Rechtsvergleichung.</i>
<b>ZRP</b>	<i>Zeitschrift für Rechtspolitik.</i>
<b>ZStW</b>	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.</i>

# Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal

por BERND SCHÜNEMANN

## I. VALOR Y NECESIDAD DE UNA CONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA EN DERECHO PENAL

Las construcciones sistemáticas de la ciencia penal alemana le resultan al profano, aunque sea culto, a menudo extrañas; al estudiante, ininteligibles, y al práctico, superfluas. Sin embargo, constituyen actualmente una de las más importantes «exportaciones» de la ciencia jurídica alemana y la obra que verdaderamente le ha dado renombre internacional. Esto, que a primera vista parece paradójico, se hace perfectamente comprensible en cuanto se contemplan con más detenimiento la necesidad general de construcción científica del sistema y las especiales condiciones históricas del desarrollo del sistema del Derecho Penal en Alemania.

1. Si por *sistema* científico (sin entrar ahora en detalle en la múltiple diversidad de conceptos de sistema)<sup>1</sup> se entiende simplemente una *ordenación lógica* de los *conocimientos particulares* alcanzados en la ciencia de que se trate, salta inmediatamente a la vista que la renuncia a toda construcción sistemática equivale a un permanente estado embrionario de la referida ciencia. En efecto, sólo poniendo en relación lógica tales conocimientos (o aquello que el científico considera conocimiento particular y no es sino una hipótesis inco-

---

<sup>1</sup> Sobre los conceptos de sistema relevantes para la ciencia del Derecho, cfr., más detalladamente, FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, IV, 1977, pp. 84 ss., 97 ss.; J. SCHMIDT, en JAHR/MAIHOFFER (comps.), *Rechtstheorie*, 1971, pp. 384 ss.; CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 1969, pássim; LARENZ, *Methodenlehre der Strafrechtswissenschaft*, 5.ª ed., 1983, pp. 160 ss.; ENGISCH, *Studium Generale*, 1957, pp. 173 ss.; RADBRUCH, *Festgabe f. Frank I*, 1930, pp. 158 ss.; SCHREIBER, en ALBERT/LUHMANN/MAIHOFFER/WEINBERGER (comps.), *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, II, 1972, pp. 289 y ss.; KRAWIETZ, en *Rechtstheorie Beiheft*, 2 (1981), pp. 299-300; PEINE, *Das Recht als System*, 1983; VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 5.ª ed., 1974, pp. 81 ss. Además, en general sobre el concepto de sistema y la elaboración de la teoría, cfr. VON KUTSCHERA, *Wissenschaftstheorie*, I, 1972, pp. 252 ss.; KLAUS/BUHR (comps.), *Philosophisches Wörterbuch*, 12.ª ed., 1976, pp. 1199 ss.

recta) mediante el orden sistemático puede llegarse a saber si son lógicamente compatibles entre sí o se contradicen.

Así, por ejemplo, si de numerosos hallazgos en el subsuelo del África oriental se deriva la hipótesis de que la especie del *homo habilis* apareció hace unos dos millones de años en la zona del actual lago Turkana, en Kenia, tal hipótesis de la Paleobiología —obtenida inductivamente de múltiples conocimientos particulares sobre fósiles prehumanos y de los hombres primitivos— se vería refutada por el hallazgo de un cráneo mostrando los rasgos específicos del *homo habilis* en un estrato de tres millones y medio de años de antigüedad en la isla de Java. Si, por el contrario, la Paleobiología se encontrara en el momento del nuevo descubrimiento todavía en un estadio embrionario y no poseyera un enunciado global integrador de los diversos hallazgos en el subsuelo, el nuevo descubrimiento simplemente se registraría y, por lo demás, quedaría sin efectos.

El ejemplo elegido muestra que, en un sistema que conste de enunciados científicos, el *contenido de los enunciados* determina, a la vez, de modo inmediato, la *relación sistemática* de unos con otros: la integración sistemática de los diversos descubrimientos conduce, por la vía de un razonamiento inductivo, al enunciado (más abstracto en comparación con los diversos actos de observación y, por ello, supraordenado sistemáticamente) relativo al momento y lugar de aparición del *homo habilis*. Esta evidente unidad de contenido y sistema se pierde, sin embargo, cuando (con una enorme elevación del grado de abstracción) pasan a utilizarse, como piezas del sistema, no proposiciones, sino conceptos, algo que se ha hecho usual en la ciencia del Derecho. Los elementos, ya usuales, del sistema del Derecho penal —tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad— quedan tal vez ocultos a la comprensión del profano por su carácter inexpresivamente abstracto. A la vez, y dado que detrás de cada uno de estos conceptos existe una complicada teoría, cuyo conocimiento resulta imprescindible para su correcta aplicación, al principio el estudiante no advierte tras estos términos más que palabras vacías y únicamente mediante un difícil proceso de aprendizaje puede llegar poco a poco a cerciorarse de su significado. Ciertamente, sería posible nadar contra la corriente de la tradición científica y volver a descomponer la pirámide conceptual de la dogmática jurídico-penal en un sistema de enunciados, mucho más concretos y con más contenido, a modo de como también sucede regularmente en los tratados y cursos de la Parte General del Derecho penal, por razones didácticas. Sin embargo, las funciones pragmáticas de todo sistema —ofrecer una panorámica lo más rápida y completa posible sobre el conjunto de enunciados particulares y su orden, así como garantizar un acceso rápido, sin comprobaciones superfluas, a la parte del sistema relevante para el problema concreto— se consiguen de modo más completo mediante un sistema conceptual en forma de pirámide. Ello explica su popularidad y garantiza la persistencia del mismo en la ciencia.

2. Ordenación y regulación del saber existente, averiguación de las contradicciones que se den y disponibilidad permanente de dicho saber en forma orientada al problema prueban, por tanto, el valor de la construcción sistemática, ineludible en cualquier ciencia desarrollada. Además, cabe incluso apuntar que un razonamiento completamente asistemático, «caótico», ni siquiera es posible en la Ciencia del Derecho, porque su objeto —las relaciones sociales

de los hombres— de antemano sólo puede ser aprehendido y descrito mediante el «lenguaje ordinario». Así, resulta que la enorme fuerza ordenadora y sistematizadora generada por el lenguaje ordinario se utiliza tan pronto como se desarrolla el primer razonamiento jurídico. En suma, la renuncia a cualquier sistema específico de la ciencia jurídica no implicaría que se argumentara de modo completamente asistemático, sino que más bien conduciría a la asunción por la Ciencia del Derecho, sin modificación alguna, de la visión y ordenación del mundo contenida en el lenguaje ordinario.

Por regla general, no somos conscientes del enorme efecto de ordenación y sistematización inherente al lenguaje ordinario. Ello se debe a que nos hallamos siempre «en su seno» y, por tanto, lo tenemos como algo obvio. Sin embargo, la denominación con un mismo término de objetos que percibimos separadamente implica la decisión, adoptada según criterios de relevancia y funcionalidad, de que la similitud de los diversos objetos es lo suficientemente grande como para que quepa recogerlos, al modo de una familia, bajo el mismo nombre<sup>2</sup>. Esta ordenación y sistematización que el lenguaje común practica con los resultados de la experiencia del mundo puede tener lugar de modos completamente diferentes, según enseña la lingüística comparada. Así, por ejemplo, en algunas lenguas indias se alude a los objetos verdes y azules con una misma denominación de color, y ciertos dialectos sudaneses permiten sutiles diferenciaciones en cuanto a las posturas y movimientos corporales. En cambio, las coordenadas en que se mueve la lengua alemana ordinaria, en lo que hace a este ámbito de la vida social, son bastante cuadriculadas<sup>3</sup>. Pues bien, dado que el ojo y el nervio óptico de los indios, así como la musculatura de los sudaneses, no difieren sustancialmente de los propios de los habitantes de la Europa occidental, es obvio que la diversa sistematización, expresada en las diferencias lingüísticas, no hace sino reflejar valoraciones de la respectiva sociedad. Y otro tanto se expresa en la importancia, difícilmente repetible, que algunas tribus del África oriental atribuyen a las perfecciones corporales.

3. Así pues, una renuncia a toda construcción jurídica sistemática significaría que la solución de los conflictos sociales permanecería en el ámbito del obrar cotidiano y en el marco sistemático del lenguaje ordinario que lo expresa y conforma; por tanto, tendría lugar mediante la pluralidad de opiniones y puntos de vista, de argumentos y reflexiones, de conceptos y de resultados que pueden encontrarse aquí.

Para demostrar esto, baste el sencillo ejemplo de la sustracción nocturna del arado que un campesino se ha dejado en sus tierras. La cuestión de si cabe calificar esta acción de «apoderamiento» de una cosa mueble ajena en el sentido del § 242 StGB no se decidiría de modo arbitrario en absoluto en el marco de una discusión de lenguaje ordinario (un «juego lingüístico» del lenguaje ordinario), pues la expresión «apoderamiento» tiene, en su aplicación cotidiana, un núcleo completa-

<sup>2</sup> Cfr., al respecto, WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, en *Schriften*, I, 1969, pp. 324-325; VON KUTSCHERA, *Sprachphilosophie*, 2.ª ed., 1975, pp. 190 ss.

<sup>3</sup> Cfr. al respecto VON KUTSCHERA, *op. cit.* (nota 2), pp. 304-305, así como, sobre la hipótesis subyacente, que se remonta a Humboldt y Sapir/Wohrf, de que la visión del mundo depende del lenguaje y su estructura, WHORF, *Sprache -Denken- Wirklichkeit*, 1963; HENLE (comp.), *Sprache, Denken, Kultur*, 1969, pp. y ss.; HOIJER (comp.), *Language in Culture*, Chicago/Londres, 1954, pp. 92 ss. y pássim; vid. también la popular descripción en RIEFENSTAHL, *Die Nuba von Kau*, 1976, p. 209. Según McDougall, en *Brockhaus Völkerkunde*, t. 2, 1974, p. 44, al valor de la riqueza en el mundo occidental le corresponde entre los nuba la valoración de los músculos y la agilidad.

mente sólido (en el que cabe, por ejemplo, la sustracción de carteras por carteristas). De este modo, la propia ordenación de la realidad a través del lenguaje ordinario impide un uso completamente «caótico» de tal término. Sin embargo, cualquier discusión del lenguaje ordinario, hasta la más celosa, habría de acabar en «tablas» (en un *non liquet*), dado que la sustracción nocturna de un arado cae, sin duda, en el amplio «campo de significación» del concepto de apoderamiento en el lenguaje ordinario. En éste, la aplicación o no de la expresión aludida al caso concreto es cuestión del uso del lenguaje específico de cada estrato o personalidad y, por ello, no puede ser juzgada en términos de «correcto» o «erróneo». Por el contrario, una discusión jurídico-dogmática del mismo tema se caracteriza por la mayor precisión del esquema clasificatorio empleado, por la más estricta comprobación de la admisibilidad de los argumentos empleados y, en consecuencia, por la reducción drástica del número de soluciones defendibles. Por un lado, en el decurso de la evolución científica se han construido definiciones y subdefiniciones, a través de las que se ha conformado y precisado el uso del lenguaje propio de los juristas; así, en el ejemplo, la definición de «apoderamiento» como «ruptura de la posesión ajena y creación de una nueva», en donde la «posesión» aparece subdefinida como «dominio efectivo sobre la cosa que juzgar según las reglas de la vida social y apoyado en una voluntad de dominio»<sup>4</sup>. Por otro lado, al concepto de apoderamiento con ánimo de apropiación como acción típica del hurto (§ 242 StGB) se opone, en el mismo plano sistemático, «la apropiación de una cosa que se encuentra en posesión del autor», como acción típica de la apropiación indebida (§ 246 StGB), de modo que pueden describirse de modo exacto las consecuencias de no emplear la calificación «apoderamiento» para el caso de la sustracción nocturna de un arado del campo. En tercer lugar, la dogmática jurídica posee, para el último plano sistemático, es decir, «por debajo» de la subdefinición del concepto de posesión, «prototipos», que en el caso concreto pueden servir de punto de partida para establecer una relación de analogía (para el ejemplo elegido resulta pertinente la forma de dominio caracterizada por ejercerse sobre la cosa a través de un espacio dominado de modo general, como en el caso de la carta que se encuentra en el buzón del propietario de la casa)<sup>5</sup>. A partir de esta elaboración de los puntos de vista relevantes para su caracterización como apoderamiento («para la subsunción bajo el concepto de apoderamiento»), una discusión jurídica del «caso del arado» llegará muy pronto al momento decisivo. Éste es el de si cabe afirmar también la existencia de un poderío de hecho a través de un espacio generalmente dominado según las reglas de la vida social, cuando tal dominio general no está asegurado físicamente mediante cercas u otros dispositivos análogos, sino que en la base responde sólo a una «ordenación social» por usos y costumbres. Así pues, y con independencia de cómo se resuelva la cuestión decisiva, el valor de la sistemática jurídico-penal (que aparece en un nivel medio de abstracción en el caso del concepto de apoderamiento) radica en que conduce, sin rodeos, a un correcto planteamiento de la cuestión, muestra las consecuencias de las soluciones pertinentes y garantiza, así, una ordenación, precisión y canalización de los argumentos y posibilidades de solución relevantes. Algo que no sería posible con la descripción y análisis de los conflictos sociales que proporciona el lenguaje ordinario.

## II. POSIBILIDADES, ALCANCE Y LÍMITES DE LA CONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA JURÍDICA

1. En suma, mientras que no puede dudarse del valor y necesidad de una construcción sistemática jurídica, debe advertirse encarecidamente, por otro

<sup>4</sup> Cfr. *BGHSt*, 16, 271, 273; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 21.ª ed., 1982, § 242, n.ºs marginales 14 ss.; MAURACH/SCHROEDER, *Strafrecht Besonderer Teil*, t. 1, 6.ª ed., 1977, p. 279; SAMSON, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK)*, t. 2, *Besonderer Teil*, 3.ª ed., 1982, ss., § 242, n.ºs marginales 18 ss.; WESSELS, *Strafrecht Besonderer Teil*, 2, 6.ª ed., 1983, p. 12.

<sup>5</sup> Cfr. DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 41.ª ed., 1983, § 242, n.º marginal 11; MAURACH/SCHROEDER, *op. cit.* (nota 4), p. 281; SAMSON, en *SK*, cit. (nota 4), § 242, n.ºs marginales 24, 34; LACKNER, *Strafgesetzbuch*, 15.ª ed., 1983, § 242, nota 3.a.cc.

lado, contra la falsa conclusión relativa a que esta construcción sistemática pudiera o debiera orientarse de alguna manera al modelo, realizado en las matemáticas, de un *sistema axiomático*. Según este modelo, que a menudo se ha considerado como el ideal de todo sistema, la totalidad del conocimiento científico se retrotrae a un número limitado de fórmulas fundamentales (axiomas), de las que pueden derivarse todos los restantes enunciados por los medios de la lógica deductiva y que deben cumplir las tres exigencias básicas de *ausencia de contradicción* (ningún axioma puede contradecir a otro), *independencia* (ningún axioma puede ser derivable de otro) y *plenitud* (todo el saber necesario para la derivación de los enunciados particulares debe hallarse contenido en los axiomas)<sup>6</sup>. Hoy se reconoce de modo general que estas condiciones no han sido cumplidas hasta ahora por la ciencia jurídica y que ni siquiera pueden ser cumplidas<sup>7</sup>; además, sin embargo, puede afirmarse incluso que tal axiomatización de la Ciencia del Derecho tampoco sería deseable. El fundamento de ello radica en la inabarcable complejidad y continua variación de la vida social y de los puntos de vista valorativos que sirven para su ordenación. En efecto, es evidente que todo el conjunto de conocimientos de una ciencia sólo puede aparecer comprendido, al menos de modo implícito, en un número relativamente corto de axiomas en el caso de que el objeto de dicha ciencia muestre una reducida complejidad y no se halle sometido a variaciones históricas; así sucede con la geometría y su sustrato (que sólo consta de puntos, líneas, círculos, etc.). Dada la complejidad infinitamente superior de la sociedad humana, que hasta ahora ni siquiera ha podido ser sondeada empíricamente por las ciencias sociales, debe estimarse prácticamente imposible una axiomatización de su sistema de control «Derecho». Más aún: incluso puede probarse en el plano teórico que tal propósito carece de toda perspectiva de éxito. En efecto, dada la elevada interdependencia de todos los datos socioeconómicos y de los juicios de valor relativos a aquéllos, por un lado, y considerando, por otro, el desarrollo constante, incluso impetuoso a partir del comienzo de la era técnica, de la base socioeconómica y de la superestructura normativa, cualquier sistema axiomático se quedaría anticuado sin remedio ya al tiempo de su establecimiento. Por eso mismo, en el caso de que se pretendiera imponerlo por la fuerza, acabaría en una fosilización reaccionaria de un orden social ya superado, lo que en ningún modo podría ser deseable.

2. En lugar de un sistema axiomático, ni realizable ni deseable, en la Ciencia del Derecho debe darse, por tanto, un «*sistema abierto*», de modo que el sistema no obstaculice el desarrollo social y jurídico, sino que lo favorezca o, al menos, se adapte a él; de modo que no prejuzgue las cuestiones jurídicas aún no resueltas, sino que las canalice para que se planteen en los términos

<sup>6</sup> Cfr. HILBERT/ACKERMANN, *Grundzüge der theoretischen Logik*, 6.ª ed., 1972, pp. 24 ss., 111 ss.; ENGISCH, *op. cit.* (nota 1), pp. 173-174; WEINBERGER/WEINBERGER, *Logik, Semantik, Hermeneutik*, 1979, pp. 192 ss.

<sup>7</sup> Cfr. simplemente LARENZ y ENGISCH, *op. cit.* (nota 1), así como ZIPPELIUS, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, 3.ª ed., 1980, p. 100.

correctos; de modo que, en todo caso, garantice orden y ausencia de contradicciones en el conjunto de problemas jurídicos que están resueltos, cada vez para más largos períodos de tiempo. Para poder construir un «sistema elástico» tal que ni cumpla demasiadas funciones ni demasiado pocas, se precisa de materiales elásticos, naturalmente, de manera que puedan adaptarse a la evolución social y jurídica sin vaciarse de contenido y convertirse, por ello, en inservibles. Pues bien, lo cierto es que la ciencia jurídica, y en especial la ciencia jurídico-penal, ha sido capaz de llevar a término esta tarea, al menos en buena parte, con brillante intuición; y todo ello sin que se hubiese elaborado una «teoría científica del sistema abierto». Para conseguirlo se ha establecido un sistema conceptual cuyos materiales integrantes vienen dados, en parte, por términos jurídicos definidos de modo exacto, en parte por descripciones tomadas del lenguaje ordinario y precisadas parcialmente en sentido jurídico y en parte por predicados puramente valorativos completamente indeterminados en cuanto al contenido. La *indeterminación* del lenguaje ordinario (que resulta de su idoneidad para asimilar futuras evoluciones —la llamada *porosidad*— y de su relativa indeterminación en el campo conceptual —la llamada *vaguedad*—)<sup>8</sup>, que comúnmente se ha interpretado como un inconveniente desde la perspectiva jurídica, podía, de ese modo, ser aprovechada a fin de garantizar la necesaria apertura del sistema, mientras que, por otro lado, los elementos del sistema precisados en sentido jurídico se cuidaban de la ordenación y canalización de los puntos de vista valorativos admitidos y del mantenimiento de un conocimiento jurídico asentado.

Como paradigma puede servir la sistematización del *derecho de defensa legítima*, que ha sido en parte establecida por el legislador y en parte elaborada por la doctrina. El concepto de «legítima defensa» se halla dispuesto en el tercer nivel de abstracción (únicamente se encuentra en un nivel más elevado el concepto de antijuridicidad o de su exclusión por una causa de justificación, que, según la doctrina dominante en la actualidad, integra, junto con los conceptos de acción, tipicidad, culpabilidad y las condiciones objetivas de punibilidad, los presupuestos de la acción punible, concepto sistemático fundamental del Derecho penal)<sup>9</sup>. En el § 32, párrafo 2.º del StGB se define la legítima defensa, de modo verdaderamente ejemplar en lo que hace a la determinación, como la defensa necesaria para repeler una agresión actual antijurídica; una definición en la que, mediante las subdefiniciones de estos elementos conceptuales de la legítima defensa (asentados en el cuarto nivel de abstracción) se alcanza un grado óptimo de precisión. Así, el entendimiento de la «defensa necesaria» como aquella medida defensiva que, a la vista de los datos físicos, permite presumir una rápida finalización de la agresión<sup>10</sup>, facilita una subsunción del caso concreto en este elemento de la legítima defensa en función únicamente de juicios empíricos. Por otro lado, mediante la interpretación de la «agresión antijurídica» como «un ataque que no tiene

<sup>8</sup> Cfr. al respecto HERBERGEN/KOCH, *JuS*, 1978, pp. 812 ss.; KOCH/RÜSSMANN, *Juristische Begründungslehre*, 1982, pp. 191 ss.; 194 ss.; HERBERGEN/SIMON, *Wissenschaftstheorie für Juristen*, 1980, pp. 285 ss.

<sup>9</sup> Cfr. JESCHECK, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., 1978, pp. 158-159; MAURACH/ZIPP, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. 1, 6.ª ed., 1983, pp. 170 ss.; BLEI, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 18.ª ed., 1983, pp. 57 ss.

<sup>10</sup> Cfr. LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (nota 4), § 32, n.º marginal 36; DREHEN/TRÖNDLE (nota 5), § 32, n.º marginal 16; WESSELS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 13.ª ed., 1983, p. 82, *BGHSt*, 27, 337.

por qué ser soportado desde la óptica del Derecho»<sup>11</sup>, la legítima defensa y, con ello, el Derecho penal, soportado a través de una remisión jurídica en sí misma exacta, se sincronizan con el ordenamiento jurídico en su conjunto, que delimita los derechos y deberes de unos y otros ciudadanos. Como «principios originarios» de estas reglas concretas operan las nociones fundamentales del derecho de defensa legítima elaboradas por la doctrina, a saber, el principio de autoprotección, y el principio de salvaguarda del Derecho («El Derecho no tiene por qué ceder a lo injusto») <sup>12</sup>. Con el transcurso del tiempo, sin embargo, se ha puesto de relieve que la total renuncia al principio de proporcionalidad que se expresa en el § 32, párrafo 2, del StGB no convence en situaciones extremas. En efecto, aunque en una comunidad radicalmente liberal sí lo fuera, en un Estado social basado en la solidaridad de los conciudadanos no es tolerable que se impida la lesión de un bien jurídico insignificante mediante la muerte de un agresor inculpaible (que sería lo único que serviría, según los datos físicos, a una defensa eficaz). No obstante, como, por otro lado, sería incompatible con el principio de salvaguarda del Derecho, que sigue siendo obvio, hacer depender de modo general la admisibilidad de la defensa de la proporcionalidad entre el bien jurídico atacado y el lesionado por la acción defensiva, el legislador ha optado por una solución notable desde el punto de vista sistemático. Así, se ha mantenido la definición de legítima defensa (ya usual antes de la reforma penal) en el § 32, párrafo 2, del StGB, pero haciendo depender la justificación, de modo complementario (y según dispone el § 32, párrafo 1), de que la acción defensiva viniera realmente «impuesta», con lo que, según la voluntad manifestada por el legislador, se crea una válvula de escape para aquellos casos en los que, a causa de la extrema desproporción de los bienes en conflicto, de una provocación abusiva del ataque por el defensor, o de la inculpaibilidad del agresor unida a la facilidad de esquivar el ataque por el defensor, el ejercicio del enérgico derecho de la defensa legítima aparecería como un abuso de derecho <sup>13</sup>. Si bien desde una perspectiva técnico-jurídica era posible una fijación definitiva del concepto de legítima defensa en el § 32, párrafo 2, del StGB, el legislador, atendiendo al punto de vista valorativo de la proporcionalidad, irrelevante en los casos normales de legítima defensa, pero decisivo en los casos límite, se ha visto obligado a introducir un predicado valorativo indeterminado. Éste opera a modo de «válvula» para todos aquellos casos cuyo tratamiento no está completamente claro en la situación actual de la discusión doctrinal y ético-social y para cuya solución, que se obtendrá únicamente en un momento futuro, debe mantenerse abierto el sistema jurídico. En este punto es de nuevo característico del razonamiento propio de la ciencia jurídica cómo este flanco abierto del derecho de legítima defensa va siendo cerrado poco a poco por la doctrina y la jurisprudencia: no se argumenta de modo meramente «caótico», sino que se recurre a las ideas rectoras fundamentales de la defensa legítima (principios de autoprotección y salvaguarda del Derecho), negándose, por ejemplo — en el caso de una situación de defensa provocada —, la legitimación del provocador para aparecer como defensor del ordenamiento jurídico y haciéndose depender su derecho a defenderse exclusivamente de la necesidad de autoprotección. Así, en general se establece para el provocador un deber de esquivar el ataque y, en todo caso, por lo menos, el deber de limitarse a una «defensa» meramente pasiva <sup>14</sup>.

3. Así pues, la opción por un «sistema abierto del Derecho penal» implica, por un lado, que el conocimiento existente se dispone en un orden removible en cualquier momento; y, por el otro, que los casos y problemas todavía no advertidos no se juzgarán sin reparos por el mismo rasero, sino que siempre habrá ocasión para modificar el sistema dado. Un buen ejemplo, a este

<sup>11</sup> Cfr. SPENDEL, en JESCHECK/RUSS/WILLMS (comps.), *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar (LK)*, 10.ª ed., 1978 ss., § 54 ss., en especial n.º 57.

<sup>12</sup> Cfr. simplemente ROXIN, *ZStW*, 75 (1963), pp. 541, 566; id., *ZStW*, 93 (1981), pp. 68, 70; SCHÜNEMANN, *JuS*, 1979, pp. 275, 278.

<sup>13</sup> Así expresamente *BT-Dricks*, V 4095, p. 14.

<sup>14</sup> Básico *BGHSt*, 24, 356 ss.; 26, 143 ss., 256 ss.; er. la doctrina, cfr. simplemente LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (nota 4), § 32, n.º marginal 58; JESCHECK, *op. cit.* (nota 9), pp. 278-279.

respecto, viene dado por el tratamiento de las diversas formas de aparición del error. En los años cincuenta de este siglo, en especial, se creyó con frecuencia que el tratamiento jurídico del error podía derivarse en forma puramente deductiva de la posición sistemática del dolo<sup>15</sup>; ello incluso en el caso especial del error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación, que ni siquiera se había considerado al principio en la discusión relativa a la posición del dolo en el sistema del Derecho penal. Como se expondrá más adelante (*infra*, III.3), en este extremo se sobrevaloró el alcance de una deducción puramente inmanente al sistema, pues, desde luego, cualquier posición sistemática del dolo está también completamente «abierta» en relación con el posible tratamiento de estos errores. De todos modos, sería ir demasiado lejos concluir, a partir del resultado de esta discusión, en la que los críticos del sistema han obtenido la victoria frente a sus apologetas<sup>16</sup>, la inutilidad del mismo para la resolución de cualquier cuestión que no hubiera sido considerada y discutida al construir dicho sistema. En efecto, el *alcance* del sistema, al que aquí nos referimos, depende únicamente de sus cualidades en cuanto al contenido, esto es, de cuántos puntos de vista valorativos hayan sido tenidos en cuenta a la hora de su construcción y de cuándo un nuevo estado de cosas muestre también nuevos aspectos de valoración. Para poner de relieve este extremo, valga aludir a dos casos de error que el legislador, en el marco de la reforma penal, en parte no ha resuelto y en parte lo ha hecho de modo contrario al sistema. Me refiero al error sobre la cualidad de pariente en el § 258, párrafo 6, del StGB y al error sobre la legitimidad del desempeño de las funciones en el § 113, párrafo 4, del StGB.

a) El precepto del § 258, párrafo 6, del StGB, que declara exento de pena el favorecimiento personal de *parientes*, constituye, según doctrina dominante, una «causa personal de exclusión de la pena»<sup>17</sup>, que, desde un punto de vista sistemático, se dispone usualmente «tras» la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, en el plano específico de los «presupuestos de la punibilidad al margen del injusto y de la culpabilidad»<sup>18</sup>. Si se contemplara el sistema ac-

<sup>15</sup> Cfr. simplemente WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4.ª ed., 1961, pp. 70-71, así como *id.*, *Das deutsche Strafrecht*, 7.ª ed., 1960, pp. 152-153, con más amplias referencias sobre la teoría estricta de la culpabilidad; SCHRÖDER, *ZStW*, 65 (1953), pp. 178 ss.; MEZGER, en JAGUSCH y otros (comp.), *Leipziger Kommentar (LK) zum StGB*, 8.ª ed., 1958, § 59, nota II, 17, I y II, sobre la teoría del dolo; asimismo, Arthur KAUFMANN, *JZ*, 1954, pp. 653 ss., sobre la teoría de los elementos negativos del tipo. [De la obra de Welzel citada al inicio existe traducción española con notas, debida a CEREZO MIR, bajo el título de *El nuevo sistema del Derecho penal*, Barcelona, 1964 (N. del T.)].

<sup>16</sup> Concluyente desde muchas perspectivas, ROXIN, *ZStW*, 74 (1962), pp. 515 ss., y *ZStW*, 76 (1964), pp. 582 ss.

<sup>17</sup> Cfr. al respecto, por todos, STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (nota 4), § 258, n.º marginal 39; y RUSS, en *LK*, *cit.*, (nota 11), § 258, n.º marginal 37.

<sup>18</sup> BAUMANN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8.ª ed., 1977, pp. 486-487; BLEI, *op. cit.* (nota 9), p. 409; JESCHECK, *op. cit.*, (nota 9), pp. 446-447; MAURACH/ZIPF, *op. cit.*, (nota 9), pp. 449-450; WESSELS, *op. cit.*, (nota 10), pp. 120-121.

tual del Derecho penal como una formación, por así decirlo, cerrada en el espacio («topográfica»), no habría más remedio que estimar que la suposición errónea del autor de que la persona favorecida por él es un pariente, constituye un mero error sobre la punibilidad, penalmente irrelevante. En efecto, dicho autor actúa conociendo la tipicidad y antijuridicidad de su conducta y tampoco supone erróneamente la concurrencia de los presupuestos de una causa de exclusión de la culpabilidad, de modo que no son aplicables los §§ 16 y 17 del StGB y también está fuera de lugar una analogía con la regulación del error sobre los presupuestos del estado de necesidad exculpante en el § 35, párrafo 2, del StGB. Por contra, desde la óptica de un razonamiento «tópico», meramente orientado al problema, cabría argumentar que, en el § 258, párrafo 6, del StGB, el legislador renuncia a la pena por indulgencia frente al autor que obra bajo una presión fuera de lo común. Consiguientemente, dado que dicha presión, en rigor, no se deriva de la situación objetiva, sino de las representaciones que sobre la misma se dan en el autor, es obligado reaccionar con idéntica indulgencia frente al autor que ha supuesto erróneamente la cualidad de pariente en la persona favorecida por él. Así pues, habría que hacer depender la impunidad exclusivamente de la representación subjetiva del autor y, por tanto, estimar punible —contra el tenor literal del § 258, párrafo 6, del StGB— el favorecimiento de un pariente desconociendo el vínculo parental.

La cuestión de si este punto de vista, en cuanto que acaba por conducir a una extensión de la punibilidad en los casos de desconocimiento de la cualidad parental, es compatible con el principio del *nullum crimen* (art. 103, párr. 2, de la Ley Fundamental), depende naturalmente de la posibilidad de una interpretación meramente subjetiva del elemento «en favor de», sobre lo que en este contexto no podemos detenernos.

En un examen crítico de ambos puntos de vista extremos, se pone de manifiesto que ni uno ni otro pueden ser correctos. En la argumentación a partir de un «sistema cerrado» se pasa por alto el alcance limitado de tal construcción sistemática, en la que las «causas personales de exclusión de la pena» constituyen una mera categoría de recogida, cuya «estructura profunda» no se refleja en el sistema. Pues bien, dado que el tratamiento del error sobre una circunstancia eximente en sentido amplio depende claramente de la cuestión de *por qué* la concurrencia objetiva de tal circunstancia exime de pena, un criterio meramente negativo de sistematización («causas personales de exclusión de la pena son aquellas que no excluyen ni la tipicidad, ni la antijuridicidad, ni la culpabilidad, pero sí la punibilidad») no puede prejuzgar el tratamiento de los errores producidos en este nivel. Sin embargo, por otro lado, la advertencia de lo limitado del alcance del sistema eximente no puede conducir a la adopción definitiva de un «espacio libre de sistema», en el que la última palabra le corresponda a la confrontación de los argumentos relativos al problema concreto (los *topoi*). Más bien, el principio de ausencia de contradicción requiere que la conclusión obtenida por vía problemática se confronte con el sistema dado. Así, o bien se cederá a la superioridad de los juicios de valor contenidos en él (con lo que a la vez se ampliaría el alcance material del sistema), o bien se forzará una modificación del sistema, dadas las mayores razones en favor

de ello. En el ejemplo del § 258, párrafo 6, del StGB esto podría suceder mediante la sustitución de la definición tradicional de la categoría sistemática de la «culpabilidad» como «posibilidad de actuar de otro modo»<sup>19</sup>, por una nueva definición como «exigibilidad —razonable desde la perspectiva político-criminal— de un actuar distinto». De este modo, el concepto de culpabilidad experimentaría un desarrollo progresivo y, a la vez, sería posible concebir el § 258, párrafo 6, del StGB como una causa de exclusión de la culpabilidad; con ello, en fin, cabría, sin problema sistemático alguno, tender un puente para la aplicación analógica del § 35, párrafo 2 del StGB en los casos de error.

Si esta solución es convincente también *en el plano material*<sup>20</sup>, es algo que no tiene por qué seguir discutiéndose aquí. Aquí sólo se trata de probar que el Derecho penal no puede ordenarse en un sistema cerrado ni tampoco dejarse a merced de un pensamiento tópico, que opere completamente al margen del sistema, sino que, en lugar de todo ello, es obligada la construcción de un sistema abierto, en el que cada nuevo problema se discuta con conocimiento del sistema disponible y se resuelva de un modo que pueda integrarse en dicho sistema o fuerce a su modificación.

b) A diferencia de lo que ocurre con el encubrimiento por favorecimiento personal, en la resistencia frente a funcionarios de ejecución (§ 113) el *error sobre la antijuridicidad del acto de ejecución* (que, según el § 113, párrafo 3, que deja abierta la cuestión sistemática, excluye la punibilidad de la resistencia) se regula expresamente en el § 113, párrafo 4. Así, y en contra de lo que ocurre con el § 258, párrafo 6, sólo resulta problemática la posición sistemática y no, en cambio, la consecuencia jurídica del error. A un pensamiento puramente tópico le sería propio «añadir» el precepto relativo al error del § 113, párrafo 4, como una regulación excepcional y renunciar por completo a su ordenación sistemática. Sin embargo, en cuanto se pasa revista a las diversas posibilidades de ordenación sistemática, se advierte claramente que una ciencia penal así entendida no iría demasiado lejos. En efecto, mediante el referido repaso (¡y sólo mediante el mismo!) salen a la luz ocultas contradicciones de la decisión del legislador:

<sup>19</sup> BAUMANN, *op. cit.* (nota 18), p. 377; BLEI, *op. cit.* (nota 9), pp. 176-177; DREHEN/TRÖNDLE, *op. cit.* (nota 4), n.º marginal 30 previo al § 1; JESCHECK, *op. cit.* (nota 9), p. 328; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *op. cit.* (nota 4), n.º marginal 18 previo al § 13 ss.; MAURACH/ZIPF, *op. cit.* (nota 9), p. 392; RUDOLPHI, en *Systematischer Kommentazum Strafgesetzbuch (SK)*, t. 1, *Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., 1982 ss., n.º marginal 1 previo al § 19.

<sup>20</sup> Sobre la cuestión de la nueva determinación del concepto de culpabilidad en detalle, cfr. los trabajos de Achenbach y Stünemann, *infra*; sobre las diversas soluciones del problema del error en el § 258, párrafo 6, StGB, cfr. DREHER/TRÖNDLE, *op. cit.* (nota 5), § 258, n.º marginal 16, y LACKNER, *op. cit.* (nota 5), § 258, nota 8, que se refieren únicamente a la situación objetiva; además SAMSON, en SK (nota 4), § 258, n.º marginal 55, y STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (nota 4), § 258, n.º marginal 39, que estiman determinante únicamente la representación del autor; finalmente, MAURACH/SCHROEDER, *Strafrecht Besonderer Teil*, t. 2, 6.ª ed. 1981, p. 326, y PREISENDANZ, *Strafgesetzbuch Lehrkommentar*, 30.ª ed., 1978, § 258, nota VIII.3, que inquieren sobre la evitabilidad del error de modo conforme al § 35, párrafo 2, StGB.

aa) Si la legitimidad del acto de ejecución se califica conforme a la más reciente concepción, como un elemento típico integrante de lo injusto<sup>21</sup>, cabría entender la punibilidad del autor que yerra culpablemente sobre dicha legitimidad (§ 113, párrafo 4, apartado 1) como una sanción por imprudencia formulada de modo heterodoxo. Sin embargo, entonces no puede aceptarse la punibilidad de quien yerra inculpablemente y opta por la resistencia activa en lugar de acudir a un recurso jurídico que le sería exigible (§ 113, párrafo 4, apartado 2). En efecto, si el injusto merecedor de pena tipificado en los párrafos 1 y 3 del § 113 sólo se da cuando el ciudadano se resiste a un acto legítimo de ejecución, de modo que en el tipo objetivo no desempeña ningún papel la exigibilidad o no de la interposición de un recurso jurídico como alternativa a la resistencia, entonces se sigue del principio de culpabilidad, consagrado constitucionalmente<sup>22</sup>, que el error no culpable sobre la realización del tipo no puede tratarse de modo diferente que la exclusión del tipo objetivo.

bb) Las cosas no son diferentes si la legitimidad del ejercicio del cargo se entiende como una causa de justificación<sup>23</sup>. Ciertamente cabe, por otra parte, concebir el § 113, párrafo 4, apartado 1, como una ley especial frente a los § 16 y 17, que toma en consideración la teoría estricta de la culpabilidad<sup>24</sup>, según la cual los errores sobre la antijuridicidad (se deban al desconocimiento de los presupuestos de hecho de una causa de justificación o a una valoración errónea en el plano puramente normativo) sólo eximen de pena en caso de invencibilidad. Sin embargo, la sanción penal según el § 113, párrafo 4, apartado 2, aparece, también en este marco sistemático, como una vulneración del principio de culpabilidad, porque el sujeto que yerra de modo invencible sobre la antijuridicidad de su resistencia no se encuentra en una situación que le sea reproachable como para renunciar a tal resistencia y contentarse con un recurso jurídico exigible.

cc) Por todo ello, la única forma de integrar al § 113, párrafo 4, apartado 2, con las demás reglas del StGB en un sistema global libre de contradicciones es leer en conjunto los párrafos 1, 3 y 4 del § 113 y reformular la materia de prohibición del siguiente modo: se prohíbe toda resistencia frente a actos estatales de ejecución, siempre que —primero— el acto de ejecución no sea antijurídico y que —segundo (¡cumulativamente!)— sea inexigible la resistencia por la vía de la mera interposición de un recurso; sin embargo, en el caso de un acto antijurídico de ejecución se prescinde de sancionar la resistencia (incluso aquella que, por ser exigible la interposición de un recurso, resulta antijurídica) para, mediante esta «laguna» en la protección jurídico-penal, exhortar a los funcionarios de ejecución a una cuidadosa comprobación de sus facultades de intervención.

Con todo, esta «sincronización» del § 113 con el sistema del Derecho penal pone de manifiesto, inmediatamente, una contradicción con el conjunto del ordenamiento jurídico, porque, ciertamente, un tipo de resistencia frente a funcionarios de ejecución así entendido vulnera el principio de unidad del ordenamiento jurídico. En realidad, es el Derecho público (por ejemplo, a través de la regulación de la ejecución forzosa de la ZPO —Ley de enjuiciamiento civil— o a través de

<sup>21</sup> Así, RUDOLPHI, en *SK* (nota 4), § 136, n.º marginal 30; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (nota 4), § 113, n.º marginal 20; HIRSCH, *ZStW*, 84 (1973), 380, 388 ss., en especial 391-392; NAUCKE, en *FS f. Dreher*, 1977, p. 459; SAX, *JZ*, 1976, p. 9, 16 y 429, 431; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, pp. 162 ss., 177.

<sup>22</sup> BVerfGE 20, 323 (331); 36, 193 (200); 45, 187 (228).

<sup>23</sup> Así, von BUBNOFF, en *LK*, cit. (nota 11), § 113, n.º marginal 23; DREHER, *NJW*, 1970, 1153, 1158; id., en *Gedschr. f. Schröder*, 1978, pp. 359, 376 ss.; DREHEN/TRÖNDLE (nota 5), § 113, n.º marginal 10; NIEMEYER, *JZ*, 1976, pp. 314-315; PAEFFGEN, *JZ*, 1979, pp. 516, 521.

<sup>24</sup> Cfr. WELZEL, *ZStW*, 67 (1955), pp. 208 ss.; id., *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, pp. 164 ss.; HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, pp. 314 ss.; ARMIN KAUFMANN, *JZ*, 1955, p. 37; NIESE, *DRiZ*, 1953, p. 20; además el intento de HIRSCH de interpretar el 113.IV completamente en el sentido de la teoría estricta de la culpabilidad (en el *FS f. Klug*, 1983, pp. 215 y ss.).

las leyes de ejecución administrativa en relación con el conjunto del Derecho administrativo) el que determina qué deberes de soportar los actos estatales de ejecución les corresponden a los ciudadanos. Si no se dan los requisitos mencionados en él, por ejemplo, si se practica un acto de ejecución de noche y sin autorización judicial (cfr. § 761 ZPO), el ciudadano no está obligado a soportarlo y puede hacer uso de la legítima defensa contra todas las intromisiones en su esfera jurídica. Pues bien, de este modo queda claro que el principio de Estado de Derecho, el reconocimiento por la Ley Fundamental de los derechos fundamentales y los marcos establecidos en el Derecho público garantizan constitucionalmente una limitación de los deberes del ciudadano de soportar intromisiones en su esfera jurídica fundamental. Con ello, incluso la única interpretación posible del § 113 en el seno del sistema del Derecho penal, según la cual la resistencia contra actos antijurídicos de ejecución sigue estando prohibida siempre que sea exigible interponer un recurso jurídico en lugar de acudir a aquélla, resulta inaceptable en el marco del conjunto del ordenamiento jurídico<sup>25</sup>.

Por tanto, todas las sistematizaciones imaginables del § 113 conducen a contradicciones irresolubles, sea en el marco del sistema del Derecho penal, sea en el seno del sistema del ordenamiento jurídico en su conjunto. Por ello mismo, la regulación del error en el § 113, párrafo 4, apartado 2, no puede, mediante ninguna concepción imaginable, hacer frente al mandato de ausencia de contradicción, algo de lo que, a la vez, resulta su inconstitucionalidad por vulneración del *principio de igualdad* (art. 3 de la Ley Fundamental). Contemplar, por contra, el § 113, párrafo 4, apartado 2, simplemente en una «tensión interna con las reglas generales» y atribuir al legislador «la facultad de establecer una regulación de excepción adecuada a esta situación»<sup>26</sup> implica desconocer la función insustituible desempeñada por la construcción de un sistema y el propio pensamiento sistemático, consistente en comprobar la compatibilidad recíproca de los numerosos juicios valorativos concretos y en determinar la existencia de contradicciones valorativas.

Dado que el sistema no permanece aislado de los diversos contenidos de los juicios de valoración jurídica, sino que les proporciona una ordenación lógica, cualquier contradicción que no pueda resolverse mediante la reforma y modificación del sistema acaba por provocar una aporía valorativa, inadmisibles en un ordenamiento jurídico orientado en el sentido del artículo 3 de la Ley Fundamental.

4. Así pues, en resumen, puede asegurarse: 1) que el razonamiento sistemático y la elaboración de un sistema son irrenunciables para una cultura jurídica desarrollada y racional; 2) que soluciones contrarias al sistema que no pueden «integrarse» en éste ni siquiera mediante una reforma del mismo ponen de manifiesto *eo ipso* deficiencias materiales del ordenamiento jurídico; 3) que, por otro lado, jamás debe sobrevalorarse el alcance del sistema obtenido, de modo que la aparición de nuevos problemas debe provocar el sometimiento a prueba de la sistematización existente. En resumidas cuentas, el ideal de la elabora-

---

<sup>25</sup> La fricción sistemática del Derecho penal con la regulación jurídico-pública pone de relieve aquí una contradicción material con el principio constitucional fundamental de la reserva de ley. Cfr. críticamente ya SCHÜNEMANN, *JA*, 1972, pp. 703 ss.; así como ROXIN/SCHÜNEMANN/HAFFKE, *Strafrechtliche Klausurenlehre*, 4.ª ed., 1982, p. 358.

<sup>26</sup> Así, sin embargo, LACKNER, (nota 5), § 113, nota 7 a *bb*).

ción sistemática en Derecho penal (como en la ciencia jurídica, en general) viene representado por un «sistema abierto» que ordene y conserve los conocimientos alcanzados de modo seguro tras el debate científico, pero que, por otro lado, no esté inmunizado frente a su modificación, o incluso subversión, provocada por la aparición de nuevas soluciones a los problemas o de nuevos conocimientos materiales.

### III. FASES DE ELABORACIÓN DEL SISTEMA DEL DERECHO PENAL

Si se intenta clasificar los numerosos principios sistemáticos y proyectos de sistematización del moderno Derecho penal, plasmado en el Código penal imperial de 1871, asumiendo la natural vaguedad en cuanto a los detalles, en grandes grupos configurados a partir de los fundamentos filosóficos y las concepciones sistemáticas que los sustentan, cabe distinguir *cinco épocas* en la elaboración del sistema del Derecho penal. Éstas son: el naturalismo, que llega a su apogeo con el sistema de BELING y VON LISZT; el neokantismo, que conduce a una renormativización; el «punto de vista de la totalidad» (*ganzheitliche Betrachtungsweise*), que lleva a un irracionalismo; el finalismo, que culmina en el sistema de WELZEL; y los intentos más modernos de vincular de nuevo los elementos del sistema del Derecho penal con sus fines («funcionalismo»-*Zweckrationalismus*). Una separación temporal clara de estas épocas apenas es posible, salvo que se recurra a simplificaciones importantes, debido, en no poca medida, a la existencia de numerosas contracorrientes. A lo sumo, puede aventurarse la apreciación de que el naturalismo domina hasta el año 1900; el neokantismo, hasta 1930; el irracionalismo, hasta 1945; el finalismo, hasta 1960; y el funcionalismo, que ahora está a punto de lograr un desarrollo impetuoso, quizá en 1990.

#### 1. EL NATURALISMO

a) La ciencia penal del naturalismo, como producto del positivismo, que dominó el pensamiento científico de finales del siglo XIX y rechazaba toda especulación trascendental<sup>27</sup>, emprendió el intento de reproducir en el sistema del Derecho penal los elementos «naturales» del delito. Así, la determinación de la producción de un delito era idéntica al juicio existencial relativo a la concurrencia de estos o aquellos hechos perceptibles por los sentidos y describi-

<sup>27</sup> Sobre la «visión del mundo» del positivismo, en la que echa sus raíces el sistema jurídico-penal de von Liszt, cfr. la instructiva descripción de WELZEL en *Naturalismus und Wertphilosophie*, 1935, citado aquí por la reimpresión en *Abhandlungen zum Strafrecht und Rechtsphilosophie*, 1975, pp. 29 ss. (con numerosas referencias a los escritos fundamentales del llamado positivismo clásico); sobre la caracterización de von Liszt por esta visión del mundo, cfr. WELZEL, *ibídem*, pp. 51 ss.

bles en un sistema de conceptos físicos o biológicos. El delito fue definido como acción (= comportamiento dominado por la voluntad) típica, antijurídica y culpable<sup>28</sup>, mostrándose el contenido naturalístico del sistema de BELING y VON LISZT, únicamente en la subdefinición de tales elementos (que aún hoy constituyen las bases del Derecho penal). En efecto, en el sistema de BELING y VON LISZT, a la «tipicidad» de una acción pertenecía exclusivamente el suceso externo (describible físicamente) relatado por el legislador en los concretos tipos delictivos de la Parte Especial, que se concebían descriptivamente (y que, por ello, no requerían ninguna valoración más)<sup>29</sup>. Este aspecto objetivo del hecho, comprendido en el tipo, se completaba con el aspecto subjetivo caracterizado como «culpabilidad», que consistía en la relación psíquica del autor con su hecho y aparecía en las dos formas de culpabilidad, dolo e imprudencia<sup>30</sup>. La acción, como comportamiento dominado por la voluntad<sup>31</sup>, la tipicidad, como acontecimiento exterior descrito típicamente por el legislador, y la culpabilidad, como relación psicológica del autor con su hecho, al ser «objetos materiales del mundo real», habrían de poder ser constatados por el juez sin necesidad de incorporar juicios valorativos. Únicamente la «antijuridicidad» constituía un cuerpo extraño de naturaleza normativa en el seno del sistema naturalista. Que esta quiebra no se manifestara de modo demasiado perturbador en el sistema de VON LISZT y BELING, íntimamente ligado al positivismo científico, se debe, sin embargo, al positivismo jurídico, que identificaba el Derecho con el conjunto de leyes promulgadas por el legislador y (como «jurisprudencia de conceptos») creía en la posibilidad de obtener el sentido de la ley mediante una interpretación que tuviera lugar sin necesidad de valoraciones propias por parte del juez<sup>32</sup>. La antijuridicidad de una acción típica, por tanto, no significaba otra cosa que su incompatibilidad con el Derecho positivo<sup>33</sup>, cuya determinación en el caso concreto se simplificaba desde el

<sup>28</sup> Cfr. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 14/15.ª ed., 1905, p. 117; BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, p. 7 (con la cuarta categoría, que aquí todavía no interesa, relativa a la realización de las condiciones objetivas de punibilidad).

<sup>29</sup> Cfr. BELING, *op. cit.* (nota 28), pp. 147, 178-179; id., *Grundzüge des Strafrechts*, 11.ª ed., 1930, p. 31; VON LISZT, *op. cit.* (nota 28), p. 140.

<sup>30</sup> Cfr. BELING, *op. cit.* (nota 28), p. 180, etc.; VON LISZT, *Lehrbuch*, 1.ª ed., 1881, pp. 105-106 (mientras que, a partir de la 14/15.ª ed., 1905, von Liszt interpreta esto como «culpabilidad en sentido material», a la que opone, como «culpabilidad formal», la responsabilidad por la acción antijurídica cometida —*op. cit.* p. 157—, todo ello bajo la influencia del concepto normativo de culpabilidad, que comenzaba a surgir).

<sup>31</sup> Cfr. BELING, *op. cit.* (nota 28), pp. 9 ss.; VON LISZT, *Lehrbuch*, 14/15.ª ed., p. 122.

<sup>32</sup> Sobre el positivismo legal, cfr., desde la perspectiva actual, las exposiciones de LARENZ, *op. cit.* (nota 1), pp. 36 ss.; HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2.ª ed., 1977, pp. 486 ss.; RYFEL, *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie*, 1969, pp. 216 ss.; OTT, *Der Rechtspositivismus*, 1976; WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.ª ed., 1967, pp. 430 ss., todos con ulteriores referencias.

<sup>33</sup> Así todavía VON LISZT, expresamente en la 14/15.ª ed. de su *Tratado* (cit. —nota 28—, p. 140), a pesar de que en ese momento ya había adoptado —al igual que en el caso del concepto de culpabilidad— el concepto de antijuridicidad material, procedente del pensamiento penal neokantiano, que se conformó con el cambio de siglo; cfr. *op. cit.*, p. 139.

punto de vista pragmático por el hecho de que la antijuridicidad era la regla general para las acciones típicas y sólo para la comprobación de la concurrencia de un caso excepcional habría que pasar revista a las causas de justificación reguladas en el Derecho positivo<sup>34</sup>.

b) Si la definición naturalista de delito como acción típica, antijurídica y culpable se ha mantenido hasta hoy en forma tan trascendente, si las consecuencias materiales del pensamiento naturalístico han sido asimismo tan profundas y duraderas, ello se ha debido precisamente a la disposición del *concepto de causalidad* como eje del tipo (del «acontecimiento exterior»). En efecto, con el triunfo de la teoría de la equivalencia, que caracterizaba a todas las condiciones del resultado como causales en idéntica medida y rechazaba, por no científica, la idea de sopesar normativamente las diversas aportaciones causales<sup>35</sup>, se sofocaron todos los intentos de la dogmática de la Parte General de derivar de la diversa intensidad o peligrosidad de la posición social, o de la forma de cooperación de los intervinientes en el hecho, una valoración jurídica también diversa. El «*monismo causalista*» del naturalismo impidió así un desarrollo de la categoría de la «tipicidad», que quedó reducida a la mera «causación de la lesión de un bien jurídico» y, por ello, ya no estaba en condiciones de dar entrada a las discrepancias de valoración establecidas en la pluralidad de situaciones sociales de conflicto y de asimilarlas a través de una completa diferenciación conceptual.

Algunos ejemplos sobre el particular: En la *dogmática de la imprudencia* el empecinamiento en el concepto de causalidad ha impedido durante mucho tiempo el desarrollo de una doctrina normativa de la imputación, que no se ha emprendido hasta los últimos años en forma de teorías del incremento del riesgo y del fin de protección de la norma<sup>36</sup>. Por otro lado, la cuestión de la

<sup>34</sup> Cfr. BELING, *op. cit.* (nota 28), pp. 163-164; *id.*, *Grundzüge des Strafrechts*, cit. (nota 29), p. 14.

<sup>35</sup> Básico y de gran trascendencia, VON BURI, *Über Causalität und deren Verantwortung*, 1873, pp. 2-3 y pássim; cfr. además *id.*, *Abhandlungen aus dem Strafrecht*, 1878, pp. 92 ss.; ya antes, en relación con Köstlin, Berner y Hälschner, en *Zur Lehre von der Theilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*, 1860, pp. 1 ss., 15 y pássim; además, en relación con la punibilidad de las omisiones, *id.*, en *GS*, 21 (1869), pp. 199-200; 27 (1875), pp. 25 ss.; 56 (1904), p. 445 ss.; *ZStW*, 1 (1881), pp. 400 ss. La consecuencia normativa que se sigue de ello, esto es, que todas las condiciones del resultado son equivalentes, constituyó en la época posterior el enunciado básico del naturalismo jurídico, hallándose también en VON LISZT (*Lehrbuch*, 14/15.ª ed., p. 126), que asimismo estableció la línea directa de vinculación con la filosofía positivista (en p. 130, nota 8, remitiéndose al concepto de causa de Mill).

<sup>36</sup> Básico, al respecto, ROXIN, *ZStW*, 84 (1962), pp. 411 ss.; *id.*, en *FS f. Honig*, 1970, pp. 133 ss.; RUDOLPHI, *JuS*, 1969, pp. 549 ss.; cfr. además, sobre la evolución posterior y la polémica con la crítica, SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, pp. 435 ss., 511 ss., 575 ss., 647 ss., 715 ss. En cambio, la doctrina jurídico-penal de la imputación en el ámbito de los delitos imprudentes no se había liberado del naturalismo ni siquiera en los años cincuenta. Ello lo prueban las resoluciones del BGH en el caso del ciclista y en el del médico y la viruela (BGHSt 11, 1 ss.; 17, 359 y ss.), en las que los problemas de la imputación se intentan resolver de modo inútil, aunque ciertamente ajustado a la situación dogmática del momento (cfr. MEZGER, *Strafrecht*, 3.ª ed., 1949, pp. 109

sanción penal de la *tentativa inidónea* (que quedaba completamente abierta en el Código penal de 1871) se resolvió, bajo el influjo de la teoría de la equivalencia, primero por la jurisprudencia (dominada por VON BURI, consejero del Tribunal Supremo Imperial)<sup>37</sup>, acto seguido también en la doctrina<sup>38</sup> y, finalmente, por el legislador de la Parte General de 1975<sup>39</sup> en el sentido de una extensión radical de la punibilidad. Ello porque, en un primer momento, se supuso erróneamente que, debido a la equivalencia de todas las condiciones del fracaso de la tentativa, no era posible distinguir entre tentativas peligrosas y no peligrosas<sup>40</sup>, y, con posterioridad, la sugestión a que de este modo se vio sometido el sentimiento jurídico fue tan intensa que ni siquiera en el marco de la reforma penal se advirtió la traición al Derecho penal del hecho que llevaba en sí la teoría subjetiva de la tentativa. Las consecuencias del pensamiento naturalista resultaron ser mucho más profundas en la *doctrina de la participación*. Aquí, el pensamiento monista del causalismo parecía hacer imposible una distinción en el plano objetivo entre autoría y participación (debido a la equivalencia de la causalidad del autor y la del partícipe a la luz de las ciencias naturales). Por ello, la jurisprudencia, de nuevo bajo la influencia de VON BURI, elaboró una teoría subjetiva para la delimitación<sup>41</sup>, la cual, pese a su petrificación dogmática, es seguida por el Tribunal Supremo Federal, incluso tras la reforma penal y el inequívoco rechazo de una teoría puramente subjetiva de la participación expresado en el § 25, párrafo 1, apartado 1<sup>42</sup>. Finalmente, y como un fruto especialmente dudoso del pensamiento monista del causalismo, debe mencionarse también la *posición de garante de la injerencia* en los delitos de comisión por omisión. El criterio de equivalencia en ésta —la mera conexión causal— constituye, en efecto, un cuerpo completamente extraño en la moderna teoría de las posiciones de garantía y, sin embargo, por razones

ss., en especial pp. 126-127, 361-362; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 7.ª ed., 1954, p. 59, nota VIII), mediante consideraciones sobre la causalidad y sobre el momento del consentimiento.

<sup>37</sup> VON BURI, *GS*, 19 (1867), p. 60, 71; 32 (1880), pp. 321 ss.; 40 (1888), pp. 503 ss.; id., *ZStW*, 1 (1881), pp. 185 ss.; RGSt 1, 439, 441; 8, 198, 203; 34, 15, 21; 72, 66; 77, 1.

<sup>38</sup> Cfr. MEZGER, *Deutsches Strafrecht*, 1938, pp. 107-108; WELZEL, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, 1940, p. 97; VON OLSHAUSEN, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 12.ª ed., 1942, nota 3 previa al § 43; WEGNER, *Strafrechts Allgemeiner Teil*, 1951, p. 225; MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1954, p. 430; KOHLRAUSCH/LANGE, *Strafgesetzbuch*, 3.ª ed., 1954, notas III y IV previas al § 43; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 8.ª ed., 1957, § 43, nota II.1.

<sup>39</sup> Mediante los §§ 22 y 23 del Código penal alemán (StGB).

<sup>40</sup> Cfr. VON BURI, *ZStW*, 1 (1881), pp. 185, 198-199, 205 ss.; *GS*, 40 (1888), pp. 503 ss.; en cambio, absolutamente en lo cierto en este punto, VON LISZT, *Lehrbuch*, 14/15.ª ed., pp. 209-210.

<sup>41</sup> Cfr. VON BURI, *Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, 1885, p. 41; id., *Zur Lehre von der Teilnahme*, 1860, pp. 1 ss.; id., *GA*, 1869, pp. 233 ss., 305 ss.; es básica en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Imperial la RGSt 3, 181 ss.

<sup>42</sup> Cfr. BGHSt 28, 346 ss.; BGH NJW, 1979, p. 1259; StrV, 1981, pp. 275-276; NStZ, 1981, p. 394; StrV, 1982, p. 17; NStZ, 1982, p. 243; cfr. también la detallada exposición y discusión en la obra de ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 4.ª ed., 1984, pp. 558 ss., cuyo resumen en la p. 589, en el sentido de que la evolución lleva paulatinamente lejos de la teoría subjetiva, parece demasiado optimista. Por lo demás, para una refutación de la teoría subjetiva, cfr., simplemente, ROXIN, *op. cit.*, pp. 54 ss., 591 ss.

de tradicionalismo, tanto la jurisprudencia como la doctrina dominante<sup>43</sup> siguen acogiendo dicha fuente, aunque sea en términos de limitación.

c) Estos pocos ejemplos deberían haber probado ya suficientemente que, en Derecho penal, el naturalismo no sólo ha creado los niveles sistemáticos de la «acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad», sino que además es el responsable de muchos contenidos de la dogmática penal que se siguen manteniendo de modo contumaz, pese a su reiterada refutación científica y a las transformaciones que las bases político-criminales e ideológicas del Derecho penal han sufrido desde entonces. En ello cabe advertir de nuevo la estrecha vinculación existente entre los planteamientos sistemáticos y de contenido. Asimismo, cabe apreciar el potencial crítico que se encierra en una determinada concepción sistemática: en efecto, la mera prueba de que se originaron en un causalismo ya hace tiempo superado muestra tan claramente el carácter atávico de las teorías subjetivas antes mencionadas, que éstas quedan irremisiblemente desacreditadas a los ojos de la ciencia del Derecho penal. Y ello por mucho que la jurisprudencia, debido a su tradicionalismo, en principio comprensible, y a una comodidad que, por lo visto, le resulta fascinante, se mantenga todavía fiel a ellas.

## 2. LA SISTEMÁTICA DEL DERECHO PENAL BAJO EL INFLUJO DEL NEOKANTISMO

a) Mientras que el naturalismo dominó en Derecho penal a partir de la aparición de la primera edición del *Tratado* de VON LISZT en 1881 durante dos decenios aproximadamente, poco después del cambio de siglo se abrió ya una nueva fase del pensamiento jurídico-penal, a lo largo de la cual se puso al descubierto la ingenuidad teórica del naturalismo y se sentaron las bases para su superación. El empuje necesario para ello se obtuvo por el influjo de la *filosofía neokantiana* (en especial, en la concepción de la escuela sudoccidental alemana)<sup>44</sup>, mediante la cual se dio nuevo impulso a la vieja noción de que del ser no se deriva ningún deber-ser (o, en otras palabras, de que jamás pueden hallarse baremos normativos para la valoración de la realidad por medio de un análisis empírico de la misma). A tal «*falacia naturalista*» en la resolución de problemas de contenido<sup>45</sup>, clara desde un punto de vista neokantiano (por

<sup>43</sup> Cfr., al respecto, así como sobre el origen de la posición de garante de la injerencia en el pensamiento causalista monista, SCHÜNEMANN, *ZStW*, 96 (1984), pp. 289 ss., 308-309.

<sup>44</sup> Cfr., al respecto, la exposición (demasiado crítica) de WELZEL en *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, citado aquí de las *Abhandlungen*, cit. (nota 27), pp. 70-71; MITTASCH, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, 1939 (Abhandlungen des kriminalistischen Institutes an der Universität Berlin IV), pp. 236 ss.

<sup>45</sup> Cfr. al respecto RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 6.ª ed., 1963, pp. 97 ss.; Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., 1960, pp. 5 ss., 215 ss., 409 ss., 429 ss.; para la crítica filosófica de la falacia naturalista (descubierta desde Hume y Kant), cfr. MOORE, *Principia Ethica*, Cambridge, 1968 (en

ejemplo, del hecho de la causalidad no cabe derivar el juicio de valor relativo a la imputación jurídico-penal del resultado), le correspondía, en el plano sistemático, el error consistente en construir el sistema predominantemente a base de conceptos empíricos, en lugar de hacerlo sobre los valores esenciales para el Derecho penal <sup>46</sup>.

Sin duda, esta crítica al naturalismo en Derecho penal (aquí simplemente esbozada en sus trazos fundamentales) se impone en sus consecuencias, pero desde el punto de vista actual precisa de algunas matizaciones. En efecto, la concepción jurídico-penal de VON LISZT no se basaba meramente en una burda falacia naturalista <sup>47</sup>, sino que lo que sucedía simplemente es que, para la superación del «foso existente entre el ser y el deber-ser», se sirvió de un instrumento deficiente, a saber, el *positivismo legal*.

En sí, la función de la ciencia del Derecho, como la de cualquier otra ciencia, consiste también en definir en términos operativos las elaboraciones teóricas de que se sirve en los más elevados niveles de abstracción del sistema; lo que implica recurrir a un lenguaje de observación («naturalístico»), y, de este modo, «desnormativizar» <sup>48</sup>. Por tanto, donde radicó de verdad el error de la concepción de VON LISZT fue en creer que los problemas valorativos ya estaban resueltos en el Código penal y no advertir que, por ejemplo, en lo que hace a la Parte General, la inmensa mayoría de los problemas normativos ni siquiera había sido percibida por el legislador y la ciencia penal del siglo XIX,

---

alemán, 1970), Cap. 10, pp. 24-25; FRANKENA, *Analytische Ethik*, 1972, pp. 117 ss.; KAULBACH, *Ethik und Metaethik*, 1974, pp. 73 ss.; HÖLLE, *Naturrecht ohne naturalistischen Fehlschluss*, 1980, pp. 9 ss.

<sup>46</sup> La idea de que la elaboración de los conceptos en Derecho penal tiene que tener lugar por referencia a valores se remonta a la filosofía de RICKERT (cfr. éste, en *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 6/7.ª ed., 1926, pp. 24, 50, 107 ss.; *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, 2.ª ed., 1913, pp. 318 ss., 325 ss.) fue trasladada por LASK a la filosofía del Derecho (en *Gesammelte Schriften*, t. I, 1923, pp. 290 ss., 307 ss.) y halló a comienzos de siglo una rápida acogida en la ciencia del Derecho penal, en la que el influjo de Rickert vino a unirse a otras corrientes paralelas, que en parte se remontaban al filósofo del Derecho Stammler, próximo al neokantismo de la escuela de Marburgo, y en parte —como «ciencia teleológica del Derecho»— procedían de Rudolf von Ihering (cfr. M. E. MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1903, p. 2, nota 1, y pássim; Graf ZU DOHNA, *Die Rechtswidrigkeit*, 1905, pp. 46 ss.; RADBRUCH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1.ª ed., 1914, pp. 1 ss., 190 ss.; HEGLER, *ZStW*, 36 —1915—, pp. 20 ss.; M. E. MAYER, *Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, pp. 38 ss.; GRÜNHUT, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1926, pp. 15 ss.; E. WOLF, *Strafrechtliche Schuldlehre*, 1.ª parte, 1928, p. 73 ss.; SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, 1930, pp. 4 ss.; RADBRUCH, *Festgabe f. Frank*, 1, pp. 158 ss.; HEGLER, *Festgabe f. Frank*, 1, pp. 270 ss.; todos con ulteriores referencias).

<sup>47</sup> Esto se muestra, por ejemplo, en el hecho de que VON LISZT conociera perfectamente un pensamiento teleológico y que lo favoreciera asimismo en el ámbito de la política criminal (*Lehrbuch*, 14/15.ª ed., pp. 64 ss.), creyéndolo sin embargo limitado por la ley penal como *Magna Carta* del delincuente (*op. cit.*, p. 79, así como ya en *ZStW*, 13 —1983—, p. 325 = *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. 2, 1905, p. 25).

<sup>48</sup> Cfr., en general, sobre el método de la definición operacional de las construcciones teóricas, SEIFFERT, *Einführung in die Wissenschaftstheorie*, 1, 3.ª ed., 1971, pp. 190 ss.; ATTESLANDER, *Methoden der empirischen Sozialforschung*, 4.ª ed., 1975, pp. 32 ss.

con lo que menos aún podía haberse resuelto<sup>49</sup>. Así las cosas, y dado que la ley no contenía en absoluto las necesarias decisiones valorativas, el sistema del Derecho penal se vio de improviso lastrado por las mismas, mientras que, sin embargo, y debido a su construcción a base de conceptos empíricos, sólo podía hacerles frente mediante una ilícita deducción del deber-ser a partir del ser.

Para aclarar estos razonamientos de teoría de la ciencia permítaseme recurrir a un ejemplo concreto: si el estado de necesidad del § 35 del StGB de 1975 (§§ 52, 54 RStGB de 1871) excluye la antijuridicidad o meramente la culpabilidad, es una cuestión relevante para la punibilidad y, por tanto, con un contenido material; por ejemplo, de ella depende la posibilidad de que la persona agredida en estado de necesidad disponga o no de legítima defensa. Sin embargo, es evidente que el juicio de valoración jurídica necesario para resolverla sólo puede formularse razonablemente cuando ambas alternativas (esto es, justificación y exclusión de la culpabilidad) están *referidas a valores* (aunque, claro está, en términos diferentes). Pues bien, en el sistema de VON LISZT y BELING ello, ya de antemano, no es cierto para el caso del concepto de culpabilidad. En efecto, la «relación psíquica del autor con el hecho» había de ser, desde luego en la forma de culpabilidad dolosa, una circunstancia determinable empíricamente, desde la cual no resulta posible tender un puente hacia la inexigibilidad de un comportamiento adecuado a la norma por la intensidad de la presión motivatoria (que es lo que subyace a las situaciones de estado de necesidad). Así pues, en el sistema naturalista no se daba más posibilidad que clasificar a dicho estado de necesidad entre las causas de justificación (alimentadas con valoraciones completamente diferentes) (así VON LISZT)<sup>50</sup> o desterrarlo, bajo la denominación de «causa de exclusión de la pena», al trastero desordenado de la dogmática del Derecho penal (BELING)<sup>51</sup>. Otro ejemplo: antes del triunfo del naturalismo se daban los esperanzadores comienzos de una concepción normativa de la imputación del resultado, que se basaba en la distinción sistemática entre la «causa» del resultado (jurídicamente relevante) y la mera «condición» (jurídicamente irrelevante)<sup>52</sup>. Sin embargo, debido a la falacia típicamente naturalística de que «no es posible analizar una relación causal desde el punto de vista jurídico» y de que «cuando un fenómeno debe su aparición a la eficacia de fuerzas diversas, ninguna de ellas puede degradarse a condición, por comparación con las demás», sino que «más bien deben contemplarse todas ellas como equivalentes»<sup>53</sup>, quedaron sofocadas, ya en su origen, las bases de una teoría normativa de la imputación del resultado, sustituidas prácticamente durante un siglo por la contemplación de la causalidad propia de las ciencias naturales como categoría absoluta («monismo causalista»).

b) Mediante el influjo del neokantismo se recuperó para la dogmática y la sistemática penal la dimensión de la decisión específicamente jurídica, esto es, aquella que tiene lugar según criterios de valor. Así, la «carga normativa» de los conceptos sistemáticos fundamentales de «antijuridicidad» y «culpabilidad», situados en el segundo nivel de abstracción de la pirámide conceptual, se hizo fructífera hasta el extremo de la resolución de casos concretos.

aa) En el sistema de BELING y VON LISZT la *antijuridicidad* era origina-

<sup>49</sup> Típica, por ejemplo, la sobrevaloración del alcance de la decisión del legislador en el *Lehrbuch*, 14/15.ª ed., p. 140.

<sup>50</sup> Cfr. *Lehrbuch*, 14/15.ª ed., pp. 150-151.

<sup>51</sup> *Op. cit.* (nota 28), p. 53.

<sup>52</sup> Cfr. simplemente VON BAR, *Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht, besonders im Strafrecht*, 1871, pp. 4 ss.; ORTMANN, *GA*, 1876, pp. 99 ss.; VON BIRKMEYER, *GS*, 37 (1885), pp. 272 ss., y KOHLER, *Studien aus dem Strafrecht*, t. I, 1890, pp. 83 ss.

<sup>53</sup> Así, literalmente, VON BURI, *Über Causalität und deren Verantwortung*, pp. 2-3.

riamente una categoría meramente formal, a la que sólo las decisiones soberanas del legislador conferían un contenido. Pues bien, en este punto se produjo un cambio completo mediante la doctrina de la «antijuridicidad material». En efecto, al definir el hecho materialmente antijurídico como «comportamiento socialmente dañoso» y desarrollar para la exclusión de la antijuridicidad las fórmulas regulativas del «medio adecuado para un fin justo» o del «principio de más provecho que daño»<sup>54</sup>, pudo ponerse en práctica por primera vez una solución elaborada sistemáticamente de los numerosos problemas de antijuridicidad no advertidos o dejados pendientes por el legislador. Así, mediante el definitivo reconocimiento de la causa de justificación de la ponderación de bienes o deberes en la famosa sentencia del Tribunal Supremo Imperial de 11 de marzo de 1927<sup>55</sup> sobre la interrupción del embarazo a fin de salvar a la embarazada, se acentuó también en la jurisprudencia el abandono de la concepción positivista-naturalista de la antijuridicidad. En fin, la distinción sistemática entre el estado de necesidad justificante (actualmente, § 34) y el exculpante (actualmente, § 35)<sup>56</sup> prueba de modo paradigmático hasta qué punto es posible en un sistema desarrollado hallar con facilidad distinciones materiales adecuadas, que en un sistema subdesarrollado ni siquiera aparecen a la vista.

*bb)* De todos modos, esta resolución del «nudo gordiano del estado de necesidad» sólo se hizo posible porque, además de la antijuridicidad, también el nivel sistemático de la culpabilidad había experimentado una nueva interpretación, concretamente en forma de sustitución del concepto psicológico de culpabilidad por el *concepto normativo de culpabilidad*. Como ya antes se puso de relieve, el entendimiento de la culpabilidad como relación psíquica del autor con su hecho no había podido dar acogida sistemática a las causas de exculpación, era incapaz de hacer comprensible el carácter culpable de la imprudencia inconsciente (en la que precisamente falta una relación psíquica del autor con el resultado) y, por lo demás, hacía que se sintiera la falta de la referencia a valor, indispensable desde la perspectiva neokantiana. Por todo ello, la propuesta de FRANK de acoger la «*reprochabilidad*» como esencia de la culpabilidad, presentada en un principio de forma incidental<sup>57</sup>, se impuso en bre-

<sup>54</sup> Son básicos los principios (ciertamente, basados no en Rickert, sino en el filósofo del Derecho Stammler) sentados por Graf ZU DOHNA, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen*, 1905, pp. 28, 54, etc., y por M. E. MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1903, p. 88. Cfr. además HEGLER, *ZStW*, 36 (1915), pp. 27 ss.; SAUER, *Grundlagen des Strafrechts*, 1921, p. 391; ZIMMERL, *Aufbau des Strafrechtssystems*, 1930, p. 41, etc.; VON LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, t. I, *Einleitung und Allgemeiner Teil*, 26.ª ed., 1932, pp. 187-188.

<sup>55</sup> *RGSSt*, 61, 242, 253 ss.

<sup>56</sup> Básico, GOLDSCHMIDT, en *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht* 1913, pp. 162 ss.; cfr., además, *id.*, *Festgabe f. Frank*, I, 1930, pp. 452-453; VON WEBER, *Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925*, 1925, p. 16; HENKEL, *Der Notstand nach gegenwärtigem und zukünftigem Recht*, 1932, pp. 16 ss.; MARCETUS, *Der Gedanke der Zumutbarkeit*, 1928, p. 68.

<sup>57</sup> En *FS f. die juristische Fakultät in Giessen*, 1907, p. 529.

vísimo tiempo<sup>58</sup>, estableciendo una sede sistemática común para las figuras, hasta entonces más bien dispares, de la imputabilidad, el dolo, la imprudencia, y las causas de exclusión de la culpabilidad, antes erróneamente entendidas, por lo general, como causas de justificación o de exclusión de la pena. El descubrimiento de una idéntica referencia a valor y, con ello, de la *proximidad axiológica* de circunstancias completamente diversas en el plano ontológico fue, pues, la innovación decisiva del concepto normativo de culpabilidad, mediante el cual se extendió la mirada a relaciones que hasta entonces habían pasado desapercibidas. En medio de un empuje claramente antipositivista se desarrolló la concepción de una causa supralegal de exclusión de la culpabilidad asentada sobre la noción de inexigibilidad<sup>59</sup> y, bajo el criterio rector de la «reprochabilidad», se planteó abiertamente la cuestión, antes ampliamente ignorada, de la relevancia del *error de prohibición*, lo que habría de ser mucho más rico en consecuencias para el futuro<sup>60</sup>.

c) En el ámbito del *tipo*, la influencia del neokantismo condujo a la superación de la jurisprudencia de conceptos mediante la introducción de una *elaboración teleológica de los conceptos*. Ésta tenía su origen inmediato en la concepción de RICKERT y LASK, según la cual la ciencia del Derecho, como «ciencia de cultura», no tenía que ver ni con la realidad avalorativa de lo perceptible por los sentidos, ni con el «semiproducto» de los conceptos del lenguaje común, sino únicamente con conceptos de nuevo cuño, específicos de las ciencias de cultura, esto es, obtenidos en el marco de un proceso referido a valor<sup>61</sup>. Como «valor rector» en el ámbito de la tipicidad se propuso, fundamentalmente por SCHWINGE, el bien jurídico protegido en el tipo respectivo, de lo que resultó la «interpretación a partir del bien jurídico protegido», dominante todavía hoy en la doctrina y la jurisprudencia<sup>62</sup>.

Para aclarar esta concepción, permítaseme recurrir a un ejemplo: el elemento típico «arma» de los §§ 244, párrafo 1, y 250, párrafo 1, número 2, no puede ser entendido mediante una mera

<sup>58</sup> Respecto a las cuestiones de detalle, cfr. la exposición de dogmática histórica en ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1974, pp. 105 ss. Aunque Frank no había asentado el «concepto normativo de culpabilidad» en la filosofía del neokantismo, sus contemporáneos estimaron que su propuesta marcaba rumbos absolutamente nuevos; cfr. GOLDSCHMIDT, en *Festgabe f. Frank*, p. 428; MARCETUS, *op. cit.* (nota 56), pp. 7 ss.; SCHUMACHER, *Um das Wesen der Strafrechtsschuld*, 1927, pp. 1 ss.

<sup>59</sup> Cfr. FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, 1922, pp. 25 ss.; GOLDSCHMIDT, *Festgabe f. Frank*, I, pp. 448 ss.; VON LISZT/SCHMIDT, *op. cit.* (nota 54), pp. 225-226, 283-284; HENKEL, *op. cit.* (nota 56), p. 62; MARCETUS, *op. cit.* (nota 56), pp. 57-58.

<sup>60</sup> Cfr. al respecto, en detalle, ACHENBACH, *op. cit.* (nota 58), pp. 171 ss., con numerosas referencias.

<sup>61</sup> Cfr. al respecto, *supra*, las referencias en nota 46.

<sup>62</sup> Cfr. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, 1930, pp. 21 ss.; sobre la persistente resonancia todavía en la actualidad, JESCHECK, *op. cit.* (nota 9), pp. 124-125; BAUMANN, *op. cit.* (nota 18), p. 150; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (nota 4), § 1, n.º marginal 59. No obstante, cfr. también, en sentido crítico, SCHAFFSTEIN, ya en el *Leipziger Festgabe f. Richard Schmidt*, 1936, pp. 47 ss. (también reproducido en ELLScheid/HASSEMER, *Interessenjurisprudenz*, 1974, pp. 380 ss.), así como SCHÜNEMANN, en *FS f. Bockelmann*, 1979, pp. 128 ss.

percepción sensorial de la realidad precultural, avalorativa, «física», porque el desvalor específico inherente al porte de armas —el efecto coactivo especialmente intenso sobre la voluntad de la víctima— sólo puede manifestarse en un ámbito cultural muy concreto, en el que la libertad del individuo goce de una estimación. Así, un sacerdote azteca, criado en una tradición de muertes rituales deseadas por la víctima, carecería de antemano de las condiciones necesarias para entender el sentido de este elemento típico. Por otro lado, tampoco el conocimiento del lenguaje ordinario y de la ordenación que el mismo establece, dotándola de sentido y refiriéndola a un fin, puede proporcionar de modo definitivo el concepto de arma pretendido por el legislador (y en la suposición implícita en sentido contrario radica uno de los errores de la jurisprudencia de conceptos). Ello es debido a que la cuestión de si debe ser calificado como arma a los efectos de la ley sólo el instrumento apto para ser utilizado o también las imitaciones (la apariencia de arma) depende exclusivamente de criterios valorativos y de funcionalidad jurídica. Únicamente el recurso a la función de protección de la ley, que tiene lugar mediante la interpretación teleológica, permite, pues, establecer una construcción conceptual diferenciada: dado que el § 244 pretende sancionar de modo agravado al ladrón dispuesto para el robo, y para el robo basta con la mera intimidación y, por tanto, con la apariencia de arma, aquí se impone una interpretación amplia del concepto de arma. En cambio, en el § 250 se trata de una sanción especialmente grave para un delincuente capital, esto es, para el ladrón especialmente peligroso para la vida e integridad física de la víctima, de modo que aquí está indicada la interpretación estricta y la exclusión de las meras apariencias de arma <sup>63</sup>.

d) Así pues, y a pesar de que el pensamiento neokantiano, por comparación con el naturalismo, supuso una verdadera revolución en el sistema y el método de la ciencia del Derecho penal, sus consecuencias en cuanto a la clasificación y sucesión de los cuatro niveles fundamentales del sistema del Derecho penal fueron sorprendentemente limitadas. La acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, así como el grupo, significativamente reducido, de las condiciones objetivas de punibilidad y las causas personales de exclusión de la pena, se mantuvieron como elementos básicos del sistema y, además, en el mismo orden. Incluso en su delimitación recíproca se produjeron pocas variaciones, si prescindimos de los referidos desplazamientos puntuales entre antijuridicidad, culpabilidad y condiciones objetivas de punibilidad <sup>64</sup>. Desde luego, el viejo criterio naturalista de división, consistente en asociar el lado objetivo del hecho al tipo y el subjetivo a la culpabilidad, hubo de soportar algún menoscabo. Así, por ejemplo, cuando HEGLER y MEZGER probaron la existencia de elementos subjetivos (como el ánimo de apropiación, en el hurto) de los que dependía la propia antijuridicidad del hecho (los llamados *elementos subjetivos del injusto*) <sup>65</sup>; o cuando —en cierto modo, en contraposición a lo anterior—, a partir de la nueva determinación por FRANK del concepto de culpabilidad, se reconoció la existencia de *elementos de la culpabilidad configurados objetivamente* (como la maternidad extramatrimonial en el § 217), en los que el legislador estimaría suficiente la concurrencia objetiva

<sup>63</sup> A propósito de esta «solución intermedia», con fundamentación político-criminal, entre las posiciones extremas de la jurisprudencia, por un lado, y de la doctrina dominante, por el otro, cfr. SCHÜNEMANN, *JA*, 1980, p. 355 (con referencias a las posiciones opuestas).

<sup>64</sup> Cfr., por ejemplo, M. E. MAYER, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, 2.ª ed., 1923, pp. 9 ss., 13, 238; VON LISZT/SCHMIDT, *op. cit.* (nota 54), pp. 143 ss.

<sup>65</sup> Cfr. HEGLER, *ZStW*, 36 (1915), pp. 31 ss.; id., *Festgabe f. Frank*, I, 1930, pp. 251 ss.; MEZGER, *GS*, 89 (1924), pp. 207 ss.

de la situación, como tal, para excluir o atenuar la reprochabilidad<sup>66</sup>. Sin embargo, prescindiendo de esto, la delimitación de los elementos básicos del sistema practicada por el naturalismo se mantuvo intacta. En especial, el dolo y la imprudencia continuaron incluyéndose en el plano sistemático de la culpabilidad, como «formas» o «elementos» de la misma<sup>67</sup>. Y, por otro lado, quedaron sin respuesta cuestiones básicas de la teoría del sistema, como la de cuáles, en un sistema orientado a valores, el valor de referencia característico del nivel sistemático de la tipicidad, y la de cuál es la función que, en ese mismo sistema, le corresponde al concepto avalorativo de acción como movimiento corporal voluntario<sup>68</sup>.

### 3. LA PERSPECTIVA TOTALIZADORA

Hasta 1930 la ciencia penal neokantiana había sido capaz de imponerse frente a sus críticos, ciertamente no escasos, pero aun así esporádicamente articulados<sup>69</sup>. Sin embargo, en los años treinta se produjo un movimiento masivo de signo contrario que, tras la toma del poder por el nacionalsocialismo, había conquistado casi por completo el escenario de la dogmática jurídico-penal. Por un lado, se atacaron la debilidad e incompleción del razonamiento sistemático neokantiano: así, cuando SCHAFFSTEIN censuraba la parcialidad de una construcción teleológica de los conceptos reducida al criterio del bien jurídico pro-

<sup>66</sup> También con este punto de vista, básico, HEGLER (*ZStW*, 36 —1915—, p. 34; *Festgabe der juristischen Fakultäten für das Reichsgericht*, 1929, t. V, p. 314; *Festgabe f. Frank*, I, pp. 253 ss.); cfr., además, THIERFELDER, *Objektiv gefasste Schuldmerkmale*, 1932, pp. 44 ss.

<sup>67</sup> Cfr. las referencias *supra*, en nota 64, así como FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 17.ª ed., 1926, pp. 132-133, con más pruebas.

<sup>68</sup> Contra la opinión de JESCHECK, *op. cit.* (nota 9), p. 165, el descubrimiento de los «elementos normativos del tipo», en los cuales la subsunción presupone un acto de valoración del juez (cfr. M. E. MAYER, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, pp. 182 ss.; GRÜNHUT, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1926, *pássim*; HEGLER, en *Festgabe f. Frank*, I, 1930, pp. 274-275, con ulteriores referencias), careció de consecuencias para el concepto de delito, dado que no se halló ningún valor de referencia que fuera idéntico para todos los elementos típicos, esto es, específico del tipo. El valor de referencia de la dañosidad social se asoció únicamente a la antijuridicidad material (cfr., p. ej., HEGLER, *Festgabe f. Frank*, I, 1930, pp. 270-271), por lo cual HEGLER, por ejemplo, rechazó consecuentemente la parificación de tipicidad y antijuridicidad practicada por Beling, entendiendo que el tipo era un mero instrumento para la caracterización de la dañosidad social (*ZStW*, 36 —1915—, 35). Mucho menos puede hablarse de que en el marco del concepto de acción tuviera lugar un desarrollo ulterior del sistema del naturalismo (en contra, JESCHECK, *op. cit.*, p. 164). Dicho concepto, en parte, se estimó perfectamente prescindible (cfr. RADBRUCH, *Festgabe f. Frank*, I, 1930, p. 162), y, en parte, fue vaciado de sentido, en términos totalmente opuestos al naturalismo (así HEGLER, *ZStW*, 36 —1915—, pp. 23-24, que prescindió de la exigencia de la voluntariedad, requiriendo simplemente una «acción externa» o un «comportamiento externo»).

<sup>69</sup> Prescindiendo de la obra de Erich KAUFMANN *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie* (1921), se trató, en general, de consecuencias puntuales del principio neokantiano; así, de la antijuridicidad material, controvertida hasta el final (cfr., por ejemplo, NAGLER, en *Festgabe f. Frank*, I, 1930, p. 346, con ulteriores referencias) o de la inexigibilidad como causa general de exclusión de la culpabilidad (referencias en VON LISZT/SCHMIDT, *op. cit.* —nota 54—, p. 225, nota 5).

tegido, la cual hacía que salieran perdiendo los intereses en limitar la punibilidad<sup>70</sup>; o cuando WELZEL atacaba la tesis de LASK, dudosa desde el punto de vista epistemológico, de que los fenómenos jurídicos en sí mismos (!) constituían meros productos de la elaboración conceptual de las ciencias de la cultura<sup>71</sup>. Con todo, la crítica se alimentó en su mayor parte de fuentes políticas e ideológicas. Así, se rechazó la «agudeza separadora» del sistema neokantiano como producto de un pensamiento penal liberal, pretendidamente erróneo y superado, a la vez que se tildaba a la construcción de las causas de exculpación de «debilitamiento socialista del esqueleto del Derecho penal»<sup>72</sup>. En lugar de todo ello, se propagó una «perspectiva totalizadora», que, consecuentemente, habría acabado por llevar al irracionalismo y al decisionismo y, con ello, a la autosupresión de la ciencia del Derecho penal<sup>73</sup>.

#### 4. EL FINALISMO

Tras el derrumbamiento de la dominación nacionalsocialista, la discusión sistemática jurídico-penal se mantuvo a lo largo de dos decenios bajo el signo del sistema finalista concebido por WELZEL, que caracteriza de modo esencial a la estructura del delito dominante en la actualidad, aceptada también por no finalistas.

a) El punto de partida teórico del finalismo se halla en la crítica de WELZEL al relativismo valorativo y al normativismo del pensamiento penal neokantiano. De ella surgió el intento de probar que en las «estructuras lógico-objetivas del mundo marcado por la convivencia humana y dotado así de sentido» se da una mezcla de percepciones ontológicas y axiológicas (de realidad y de valor). Ello sin caer en la falacia naturalística, que se introdujo en el naturalismo jurídico-penal al limitar la contemplación de la realidad con una forma de razonamiento científico-natural y avalorativa. Según esta concepción (sostenida por WELZEL también en el plano iusfilosófico como un compromiso entre el Derecho natural y el relativismo valorativo), en las *estructuras lógico-objetivas* se trata de constantes antropológicas, que existen de modo previo al Derecho, sin poder ser modificadas por éste, y que, por ello, deben ser necesariamente observadas también por el legislador; así, constituyen los materia-

<sup>70</sup> Cfr. la referencia *supra*, en nota 62.

<sup>71</sup> En *Abhandlungen*, *op. cit.* (nota 27), pp. 77 ss.

<sup>72</sup> Cfr. DAHM/SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, 1933, pp. 29 ss.; SCHAFFSTEIN, *Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldausschliessungsgrund*, 1933, pp. 62 ss.; *id.*, *ZStW*, 57 (1938), pp. 295 ss.; *ZStW*, 53 (1934), p. 613; GÜNTHER, en GÜNTHER (comp.), *Was wir vom Nationalsozialismus erwarten*, 1932, pp. 101 ss.; *cfr.*, además, con numerosas referencias ulteriores, MARXEN, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, 1975, pp. 87 ss., 214 ss.

<sup>73</sup> Cfr., simplemente, MARXEN, *op. cit.* (nota 72), pp. 203 ss., 214 ss., con otras numerosas referencias.

les naturales de un sistema del Derecho penal previo a la propia regulación jurídica<sup>74</sup>.

WELZEL fijó como *estructura lógico-objetiva absolutamente fundamental para el Derecho penal* a la acción humana, distinguiendo en ella la característica decisiva de la *estructura final*, esto es, la capacidad específica del ser humano de «prever en determinación la medida, y sobre la base de su saber causal, las posibles consecuencias de su actividad, de marcarse, por ello, objetivos diversos y de dirigir aquella actividad con arreglo a un plan hacia la obtención de dichos fines»<sup>75</sup>. El hecho de que esta estructura prejurídica (es decir, previamente dada en la realidad) de la acción humana como ejercicio de actividad final constituyera una estructura lógico-objetiva esencial para el Derecho penal resultaba para WELZEL de un análisis de las funciones e instrumentos de la legislación penal. Dado que el fin del Derecho penal de protección de bienes jurídicos ha de alcanzarse a través de prohibiciones y mandatos acompañados de las respectivas sanciones, la capacidad del ser humano de causar o evitar resultados por medio de una actividad final, expresada en la estructura final de la acción, se convierte en sustrato directo del Derecho penal y, con ello, la finalidad en su estructura lógico-objetiva fundamental<sup>76</sup>.

b) De este principio básico se derivaban buen número de consecuencias, hoy ya patrimonio común de la ciencia del Derecho penal. El tipo, que configuraba la materia de prohibición, no podía permanecer por más tiempo reducido a la descripción de un proceso objetivo (del mundo exterior), sino que había que aprehender también la estructura final de la acción humana, elemento específico de la tipicidad. Así se produjo el reconocimiento de la existencia de un «*tipo subjetivo*», que aparecía junto al tipo objetivo. De ello resultaba, por otra parte, que los delitos dolosos y los imprudentes se distinguían ya en el plano de la tipicidad y que, en los delitos dolosos, el *dolo típico* pasaba a constituir el elemento central del tipo subjetivo, completado, en determinadas clases de delitos, por los elementos subjetivos del injusto, como, por ejemplo, el ánimo de apropiación en el hurto (unos elementos que, en el sistema neokantiano, operaban todavía como un cuerpo extraño). Al completarse de este modo el tipo, se produjo a la vez una depuración del concepto normativo de culpabilidad de los elementos del concepto psicológico, lo que por su parte hizo posible establecer los presupuestos de la reprochabilidad de modo mucho más claro que antes. En efecto, la disposición del dolo como forma de culpabilidad hacía que pareciera consecuente incluir en el mismo, además de la vo-

<sup>74</sup> Cfr. WELZEL, *Abhandlungen*, cit. (nota 27), pp. 103 ss., 283 ss., 348 ss.; íd., *Naturrecht und materielle Gerechtigkeit*, 4.ª ed., 1962, pp. 244-245.

<sup>75</sup> Cfr. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 7.ª ed., 1960, p. 28; íd., *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4.ª ed., 1961, p. 1; ya fundamental en *ZStW*, 51 (1931), pp. 703 ss. = *Abhandlungen*, cit. (nota 27), pp. 7 ss., 12 ss.; *Naturalismus und Wertphilosophie*, citado aquí por las *Abhandlungen*, cit., pp. 108 ss.

<sup>76</sup> Cfr. WELZEL, *Abhandlungen*, cit. (nota 27), pp. 114, 141; *Das deutsche Strafrecht*, pp. 2-3; *Das neue Bild*, pp. 4-5, ambas *op. cit.* (nota 75).

luntad de realización final, también la conciencia de la antijuridicidad y que, por tanto, se excluyera el dolo en todo caso de error sobre la antijuridicidad<sup>77</sup>. En cambio, una vez trasladada la voluntad de realización al tipo, parece inmediatamente obvio que para la culpabilidad, como reprochabilidad del hecho, basta con un *conocimiento potencial* de la prohibición. Así, cabe distinguir, dentro del nivel sistemático de la culpabilidad, los elementos de la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad<sup>78</sup>.

Importante en medida similar fue la nueva orientación suscitada por el finalismo en los *delitos imprudentes*, en los que ahora se mostró como factor constitutivo de lo injusto el no servirse de una finalidad posible (dirigida a la conservación del bien jurídico). El tipo imprudente proveniente del sistema naturalista, que sólo abarcaba la causación del resultado, pudo ampliarse con la vulneración del cuidado necesario en el tráfico (= la no puesta en práctica del cuidado final requerido, protector del bien jurídico). Con ello también se depuró el concepto normativo de culpabilidad en los delitos imprudentes, incluyéndose aquí únicamente el caso en que la conducta del autor no está a la altura de sus capacidades personales, y fundamentándose así la reprochabilidad individual<sup>79</sup>.

De este modo, el sistema finalista desarrolló eficazmente, por un lado, descubrimientos ya asentados en el pensamiento jurídico-penal neokantiano, posibilitó, por otro lado, el establecimiento de diferenciaciones antes ignoradas de modo general, y, en suma, redefinió de modo mucho más profundo las cuatro categorías sistemáticas, conocidas desde el naturalismo, de la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, delimitándolas recíprocamente de nuevo. Se «materializó» la voluntad de la acción, al sustituir el «movimiento corporal voluntario» por el «ejercicio de actividad final». El concepto de tipo, mediante la construcción del tipo subjetivo con el núcleo situado en el dolo, que habría de abarcar todos los elementos objetivos del tipo, se convirtió por primera vez en soporte de una materia de prohibición específicamente jurídico-penal, que —y ésta fue una de las varias nociones del finalismo que han permanecido— en ningún caso puede consistir exclusivamente en la causación de la lesión del bien jurídico como tal (el «desvalor de resultado»), sino que, debido a la finalidad del Derecho penal de influir sobre el comportamiento hu-

<sup>77</sup> Así, la teoría del dolo, sostenida en los años cincuenta por los adversarios del finalismo. Cfr. MEZGER, *Strafrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., 1949, pp. 330 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 7.<sup>a</sup> ed., 1954, § 59, nota IV; SCHRÖDER, *ZStW*, 65 (1953), pp. 178, 200 ss.; LANG-HINRICHSSEN, *JR*, 1952, pp. 182, 184 ss.; SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 3.<sup>a</sup> ed., 1955, p. 150; más referencias en WELZEL, *Das neue Bild*, cit. (nota 75), pp. 62 ss.; de la jurisprudencia, por ejemplo, OLG Kiel *DRZ*, 1946, p. 126; KG *DRZ*, 1947, p. 198; OLG Frankfurt *SJZ*, 1947, p. 626.

<sup>78</sup> Básico WELZEL, *SJZ*, 1948, pp. 368 ss. = *Abhandlungen*, cit. (nota 27), pp. 250 ss.; 255-256, así como *ibíd.*, p. 285.

<sup>79</sup> Desarrollada en detalle en WELZEL, *Abhandlungen*, cit. (nota 27), pp. 315 ss.; un breve resumen se encuentra en *Das neue Bild*, cit. (nota 75), pp. 32 ss. Por lo demás, con ello el finalismo se movía en la línea mostrada por ENGISCH ya en 1930 (en *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, pp. 343 ss.).

mano, siempre presupone también un «*desvalor de la acción*» (la finalidad de la acción del autor, desvalorada por el Derecho)<sup>80</sup>. La idea expresada aquí, relativa a que lo importante para el Derecho penal es un específico «*injusto personal*» ayudó a entender en adelante que la justificación de un hecho dependiera, en determinadas circunstancias, de elementos subjetivos (los «elementos subjetivos de justificación»), como, por ejemplo, la legítima defensa, de la voluntad de defenderse (más exactamente, del conocimiento de los presupuestos de la legítima defensa)<sup>81</sup>. Mediante este «enriquecimiento» de los tres primeros niveles sistemáticos, se posibilitó, a su vez, la concentración del concepto de culpabilidad en torno a la reprochabilidad, pretendida ya con el concepto normativo de culpabilidad del neokantismo pero nunca llevada a término; ello, por su parte, posibilitó nuevas diferenciaciones en los tres presupuestos de la culpabilidad antes referidos.

Dada la inseparabilidad de los problemas sistemáticos y de contenido aquí repetidamente subrayada, es lógico que la reordenación del sistema del Derecho penal practicada por el finalismo tuviera vastas consecuencias a partir también de sus efectos en el Derecho penal material. En ello, en rigor, hay que señalar que tanto la nueva determinación de las situaciones jurídico-penales como la evolución sistemática constituían consecuencias paralelas de las nuevas perspectivas materiales, posibilitadas éstas por una más clara ordenación y clasificación de los conocimientos existentes. A este respecto, conviene mencionar tres «éxitos» especiales del finalismo. Ya en el año 1952, el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Federal rechazó la teoría del dolo, según la cual el conocimiento de la antijuridicidad era una parte del dolo, quedando éste excluido en los casos de error de prohibición vencible. En su lugar, al Tribunal se declaró partidario de la *teoría de la culpabilidad*, basada en la doctrina final de la acción, según la cual el error de prohibición deja subsistente el dolo, constituyendo una causa de exclusión de la culpabilidad tan sólo en los casos de invencibilidad<sup>82</sup>. Esta solución gozó del beneplácito del legislador en la reforma penal y fue acogida directamente en el § 17 de la Parte General de 1975. La subsiguiente doctrina fundamental del finalismo, relativa a que *no cabe participar en un hecho principal no doloso* y que, por tanto, la inducción y la complicidad presuponen también la existencia de dolo en el autor principal<sup>83</sup>, fue asimismo acogida expresamente por el legislador en los nuevos §§ 26 y 27 del StGB. En fin, la nueva configuración del *injusto imprudente* a partir de la infracción del deber objetivo de cuidado fue incluso acogida por el Pleno de la Sala de lo Civil en una famosa sentencia del año 1957

<sup>80</sup> Básico WELZEL, *Abhandlungen*, cit. (nota 27), pp. 133 ss., 147; cfr., además, *id.*, *Das deutsche Strafrecht*, cit. (nota 75), p. 56. Sobre el estado actual: JESCHECK, *op. cit.* (nota 9), pp. 191 ss., con numerosas referencias; GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, pp. 45 ss., 51-52; HIRSCH, *ZStW*, 94 (1982), pp. 240 ss.

<sup>81</sup> Cfr., simplemente, JESCHECK, *op. cit.* (nota 9), pp. 263-264, con ulteriores referencias; además, sobre el «concepto de injusto personal», en general, HIRSCH, *ZStW*, 93 (1981), pp. 833 ss., con numerosas referencias en nota 13.

<sup>82</sup> BGHSt 2, 194 ss., 208 ss.

<sup>83</sup> Fundamental ya WELZEL, *Abhandlungen*, cit. (nota 27), pp. 162 ss., 166-167.

(aunque con la modificación de que el comportamiento cuidadoso fue calificado de causa de justificación, debido a las reglas de la carga de la prueba en el proceso civil)<sup>84</sup>.

c) Sin embargo, pese a la extraordinaria influencia ejercida por la doctrina finalista sobre la ciencia del Derecho penal en la Alemania de la posguerra, en los ámbitos expuestos y en otros muchos, y pese a la acogida de numerosos elementos y descubrimientos particulares de aquélla por la *communis opinio*, la última fase de la polémica de los años sesenta en torno a la doctrina final de la acción ha tenido lugar más bien bajo el signo de sus críticos. Éstos opusieron a las incesantes innovaciones de la escuela de WELZEL una persistente resistencia, finalmente coronada por el éxito, ante todo en tres aspectos: en primer lugar, frente a la exigencia de identificación del concepto de acción jurídico-penalmente relevante con el tipo ideal de la acción humana; además, frente al repetido intento de extender en demasía el «alcance normativo» (vinculante también para la aplicación del Derecho) de las estructuras lógico-objetivas; y, en fin, frente a la más novedosa tendencia del finalismo a absolutizar el desvalor de la acción, eliminando del concepto de injusto el desvalor del resultado, e incluso a demoler, por último, la distinción fundamental entre injusto y culpabilidad, establecida en los inicios de la moderna reflexión sobre el Derecho penal.

aa) Es indiscutible que la estructura final de la acción humana, sondeada por WELZEL en las profundidades y seguida luego en todas sus consecuencias, posee una función verdaderamente clave para un Derecho penal que se ha marcado como meta ejercer una influencia sobre los ciudadanos en términos de prevención general con el fin de evitar comportamientos lesivos de bienes jurídicos y que, por ello, opera mediante la correspondiente motivación de sus destinatarios. De ahí que esté completamente justificada la persistente influencia del finalismo sobre el contenido y el sistema del Derecho Penal. Con todo, no cabe negar, por otro lado, que en los *delitos imprudentes* lo esencial para la imputación jurídico-penal no es la conducción final actual de la acción, sino su insuficiencia. Así sucede que, en estos casos, se dan acciones finales (por ejemplo, la de emprender un viaje de regreso a casa en el supuesto en que tiene lugar un accidente de circulación), cuya finalidad, sin embargo, es irrelevante para la imputación y, por ello, debe ser desatendida desde el prisma de una elaboración conceptual referida a las estructuras ópticas jurídicamente relevantes<sup>85</sup>. Además, en casos excepcionales, también pueden ser objeto de la imputación jurídico-penal formas de comportamiento sin ninguna finalidad en absoluto, como los *movimientos reflejos* involuntarios que sean evitables (p. ej., alguien deja, por descuido, que sigan su curso unas náuseas que inicial-

<sup>84</sup> BGHZ, 24, 21 ss.

<sup>85</sup> Acertadamente Arthur KAUFMANN, *JuS*, 1967, pp. 145 ss., cuya crítica no se ve invalidada por la réplica de WELZEL, en *NJW*, 1968, pp. 425 ss. (cfr., al respecto, id., *JuS*, 1966, pp. 421 ss.).

mente habría podido contener y acaba ensuciando a la anfitriona: lesiones imprudentes del § 230 cometidas mediante un comportamiento que ni está sometido a una supradeterminación final ni aparece dominado por la voluntad, aunque sí es dominable por ésta = es *evitable*)\*.

Así pues, la acción, como concepto fundamental del sistema del Derecho penal, cuya función consiste en la exclusión de todos los procesos que de antemano resultan irrelevantes para aquél, habría de ser definida como «*movimiento corporal evitable*». Una expresión en la que no se pone de manifiesto la «esencia» de la acción, esto es, su característica más importante para los juicios de valor jurídico-penales (su finalidad), pero que, sin embargo, denota a la perfección la *función de delimitación o exclusión*, nuclear para un concepto fundamental del sistema elaborado con el fin de resolver problemas jurídico-materiales. En efecto, el concepto de acción del finalismo, referido al modelo ideal de conducta humana, no puede en absoluto ser acogido como concepto fundamental del sistema del Derecho penal precisamente porque también las «formas problemáticas» de la acción humana podrían, en según qué circunstancias, ser relevantes para el Derecho penal<sup>86</sup>.

*bb)* Ciertamente, el finalismo podría evitar una refutación de contenido, sobre la base de la objeción esbozada más arriba, a partir de caracterizar a los movimientos reflejos como omisiones (de una contención final del reflejo); aunque ello sería, desde luego, artificioso. En cambio, es en la *doctrina del error* donde se manifiesta, también desde la perspectiva de la consecuencia jurídica, el total fracaso del finalismo ortodoxo-radical.

La *teoría estricta de la culpabilidad*, defendida por WELZEL de modo imperturbable, y según la cual también el error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación se trata como mero error de prohibición, dejando inalterado el dolo y excluyendo la culpabilidad tan sólo en caso de invencibilidad<sup>87</sup>, fue rechazada muy pronto por la jurisprudencia<sup>88</sup> y, con el transcurso del tiempo, también por una mayoría aplastante de la doctrina. La acogida fue la teoría limitada de la culpabilidad, que distingue, en el ámbito del error sobre causas de justificación, entre el error sobre los presupuestos fácticos y el error sobre la valoración jurídica, sometiendo sólo este último al régimen del § 17 y tratando al primero según el § 16; esto es, negando, consiguien-

---

\* Me he manifestado críticamente respecto a esta tesis de Schönemann en mi recensión a su trabajo publicado en la revista *GA* de 1985: cfr. SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1987, pp. 538-539. (*N. del T.*)

<sup>86</sup> Cfr., por lo demás, para una crítica de la doctrinal final de la acción, el trabajo, en muchos aspectos definitivo, de ROXIN en *ZStW*, 74 (1962), pp. 515 ss., con réplica de WELZEL en el *Erinnerungsgabe f. Grünhut*, 1965, pp. 173 ss. = *Abhandlungen*, cit. (nota 27), pp. 345 ss.; sobre el «concepto social de acción», dominante en la actualidad, JESCHECK, *op. cit.* (nota 9), pp. 176 ss., con ulteriores referencias.

<sup>87</sup> Cfr. ya *supra*, nota 15, así como WELZEL, cit. (nota 75), pp. 70 ss., con ulteriores referencias; HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, pp. 278 ss. y pássim.

<sup>88</sup> Cfr. BGHSt 2, 234, 236; 3, 7, 12-13; 3, 105, 106-107; fundamental 3, 110, 124; 3, 194, 196, 3, 357, 364; 17, 87, 90-91.

temente, la presencia de un hecho doloso en el llamado «error de tipo permisivo»<sup>89</sup>. Desde la perspectiva actual, tiene que resultar casi trágico que WELZEL vinculara tan intransigentemente el destino del finalismo a la teoría estricta de la culpabilidad, a pesar de que ésta contradice (algo que se desconoce las más de las veces en la correspondiente discusión) precisamente la cognición fundamental del propio WELZEL: en efecto, la supradeterminación final del acontecer social como esencia de la acción humana y la consiguiente nítida separación de voluntad de realización y conocimiento de la antijuridicidad no constituyen un descubrimiento limitado o limitable al nivel sistemático de la tipicidad, sino que puede operar también en el nivel de la antijuridicidad; ello precisamente porque ambos niveles, incluso en el sistema finalista, sólo pue-

<sup>89</sup> Cfr. BLEI, *op. cit.* (nota 9), pp. 206-207; CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (nota 4), § 16, n.ºs marginales 13.c ss.; DREHER/TRÖNDLE, *op. cit.* (nota 5), § 16, n.º marginal 27; LACKNER, *op. cit.* (nota 5), § 17, nota 5.b; MAURACH/ZIPF, *op. cit.* (nota 9), pp. 491 ss.; RUDOLPHI, en SK, cit., (nota 19), § 16, n.º marginal 12; WESSELS, *op. cit.* (nota 10), pp. 114 ss.; JESCHECK, *op. cit.* (nota 9), pp. 375-276. Del contexto sistemático de la teoría restringida de la culpabilidad, aquí recapitulada, resulta, por lo demás, que la misma sólo puede ser fundamentada convincentemente a partir de reconocer idéntica valencia a la voluntad de realización final en el ámbito del tipo y en el de las causas de justificación, y, por tanto, mediante una aplicación ilimitada del § 16 StGB. Mientras tanto, la llamada «teoría de la remisión a la consecuencia jurídica», actualmente de moda, conduce a numerosas inconsistencias (cfr., sobre ella, JESCHECK, *op. cit.* —nota 9—, pp. 375-376; WESSELS, *op. cit.* —nota 10—, pp. 115-116). Así, si bien deja abierta la posibilidad de seguir estimando, en caso de error del autor sobre el tipo permisivo, un hecho principal doloso, suficiente para servir de base a una participación punible conforme a los §§ 26 y 27, la extensión de punibilidad que con ello se pretende no es sostenible dogmáticamente. En primer lugar, todos los argumentos que apoyan una aplicación del § 16 (sea directa o analógica) al error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación, provienen de la teoría del dolo, sobre todo especialmente la distinción entre el error sobre los presupuestos fácticos y el error sobre la valoración jurídica en el ámbito de las causas de justificación sólo puede llevarse a término de modo convincente a partir de la delimitación de dolo y conciencia de la antijuridicidad. Sin embargo, en tal caso es obligado proceder en consecuencia y aplicar el § 16 directamente. En segundo lugar, no existe en absoluto una auténtica causa de exclusión de la culpabilidad constituida por la «ausencia de culpabilidad dolosa», porque en la culpabilidad se trata únicamente del conocimiento potencial del injusto, no exigiéndose aquí típicamente ninguna clase de conocimiento actual. Así pues, si el autor obra con dolo típico y puede evitar un error simultáneo, relevante para la culpabilidad, no hay razón alguna para una negación de la culpabilidad «por analogía con el § 16» (¡cfr. también § 35, párrafo 2!). En tercer lugar, no resulta convincente el argumento relativo a las dificultades en la sanción de partícipe. Por un lado, porque en la mayoría de los casos puede entrar en juego la figura jurídica de la autoría mediata a través de instrumento sin dolo; por otro, porque en los delitos especiales, los únicos en los que realmente se produce la impunidad del partícipe no cualificado en un hecho principal no doloso, dicha impunidad ha sido querida por el legislador y, por consiguiente, debe asumirse, tanto más cuando son aquí de nuevo los argumentos materiales de la teoría restringida de la culpabilidad los que prohíben un diferente tratamiento de ambas clases de error en el caso del partícipe. En cuarto lugar, la tesis de la aplicación analógica del § 16 también en los casos de error vencible sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación se halla en dificultades debido a la imposición de una sanción por delito imprudente: no puede aceptar la remisión a lo dispuesto en el § 16, pues se trataría de una analogía *in malam partem*; y, en el caso de que los partidarios de la solución de la analogía sostuvieran la tesis de que el delito imprudente sería construible aun sin esta analogía habrían de tomar en la imprudencia un concepto de tipo por principio diverso y una delimitación de tipicidad y antijuridicidad también diversa, respecto a los que se acogen en el delito doloso. Todo ello resulta poco convincente.

den delimitarse de modo pragmático, sin expresar (a diferencia de lo que ocurre con la relación entre injusto y culpabilidad) «valores rectores» diversos. El reproche de WELZEL, en el sentido de que la teoría de los elementos negativos del tipo (que reproduce, integrándolas en un sistema, las expresiones de contenido de la teoría limitada de la culpabilidad) no califica de modo diferente el dar muerte a un hombre en legítima defensa y el matar a un mosquito y, con ello, mezcla de modo inadmisibile lo jurídicamente irrelevante y lo jurídicamente permitido<sup>90</sup>, está, pues, fuera de lugar en el propio contexto finalista. Por lo demás, ello resulta también incomprensible en el marco de un pensamiento dogmático formado en el neokantismo, porque desde el criterio valorativo de la protección de bienes jurídicos, rector en Derecho penal, no debe establecerse diferencia alguna entre acciones jurídicamente irrelevantes y acciones jurídicamente permitidas.

Así pues, pretender deducir la teoría estricta de la culpabilidad de las premisas finalistas constituía de antemano una tentativa inidónea y había de conducir directamente a una guerra con frentes cambiados. Con todo, e independientemente de ello, la intensa discusión habida al respecto ha enseñado que la estructura lógico-objetiva de la finalidad no puede vincular al legislador al decidir problemas de error, pues tal decisión es concebible con la más variada ordenación y, finalmente, debe ser guiada por consideraciones político-criminales. Asimismo, ha puesto de relieve que las manifestaciones contrarias del finalismo implicaban una excesiva sobrecarga del razonamiento lógico-objetivo que, con el paso del tiempo, ponían en descrédito incluso el núcleo central de tal criterio, que en sí está justificado<sup>91</sup>.

cc) La «sobreelección» de la posición finalista, perceptible ya en la teoría del error, no fue llevada a término consecuentemente en el ámbito del injusto por el propio WELZEL, sino que ha tenido lugar en los últimos años, de la mano de su escuela. Así, ZIELINSKI ha seguido desarrollando la idea de WELZEL de completar el concepto de injusto referido puramente al resultado (el desvalor del resultado) con el injusto personal (desvalor de la acción) hasta elaborar una doctrina del injusto referida puramente a la prohibición y la acción. En ella, el *resultando* (la lesión del bien jurídico) conserva únicamente el significado de *condición objetiva de punibilidad*<sup>92</sup> y el *prototipo* del injusto se sitúa en la *tentativa inidónea*. HORN ha tratado de delimitar el concepto de peligro (concreto) —que pasa a ocupar el lugar central del interés, en virtud de

<sup>90</sup> *Das deutsche Strafrecht*, cit. (nota 75), pp. 74-75.

<sup>91</sup> Cfr. al respecto, detalladamente, ROXIN, *ZStW*, 74 (1962), pp. 515 ss.; 76 (1964), pp. 582 ss.

<sup>92</sup> En *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 143, 172 ss., 200, 208 ss. y pássim; análogo ya Armin KAUFMANN, *FS f. Welzel*, 1974, pp. 410-411, así como en *ZfRVgl.*, 1964, pp. 44, 54-55 = *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, pp. 136-137. Para la crítica, cfr. SCHÜNEMANN, *FS. f. Schaffstein*, 1975, pp. 171 ss.; id., *JA* 1975, pp. 511-512; STRATENWERT, *FS f. Schaffstein*, pp. 176 ss.; GALLAS, *FS f. Bockelmann*, 1979, pp. 161 ss.; WOLTER, *op. cit.* (nota 21), pp. 113 ss.; HIRSCH, *ZStW*, 94 (1982), pp. 241 ss.; MYLONOPOULOS, *Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht*, 1981, pp. 67 ss.

la reducción de los delitos de resultado a delitos de peligro— mediante la definición puramente naturalística de que, en él, la ausencia de un resultado previsible sobre la base de una ley causal abstracta no puede ser explicada en virtud de una ley de imposibilidad más especial<sup>93</sup>. Y, por su parte, STRATENWERTH y JAKOBS han extraído las consecuencias absolutamente más radicales para los delitos imprudentes, al hacer dependiente la propia tipicidad de la capacidad *individual* del autor de evitar la lesión del bien jurídico, allanando la fundamental separación entre deber general y poder individual que se hallaba en la base de la moderna sistemática jurídico-penal<sup>94</sup>.

Todo esto son variantes, fascinantes desde el punto de vista científico, de un sistema del Derecho penal concebible, pero no constituyen una adecuada reconstrucción sistemática de nuestro Derecho vigente. Éste, por un lado, no declara a la tentativa prototipo fundamental del comportamiento punible, sino que sólo la castiga excepcionalmente (cfr. § 23, párrafo 1); además, ha tomado la distinción, fundamental y llena de sentido, entre injusto y culpabilidad como punto de anclaje de numerosos enunciados materiales (cfr. §§ 11, párrafo 1, núm. 5; §§ 26-29; § 32; entre otros muchos); y, finalmente, se concreta, en el ámbito de los delitos de peligro, tan sumamente importante para la política criminal moderna, no mediante teorías naturalistas de la causalidad, sino únicamente a través de principios normativos; así, la definición de peligro como «probabilidad de un resultado de lesión ya no evitable mediante las acostumbradas precauciones»<sup>95</sup>.

La radicalización de la teoría finalista de lo injusto personal amenaza, pues, con destruir de nuevo los progresos que esta corriente ha reportado al sistema del Derecho penal y, con ello, marca el punto a partir del cual la doctrina finalista, durante largo tiempo en progresión, ya no ofrece futuro alguno a la sistemática penal.

<sup>93</sup> *Konkrete Gefährungsdelikte*, 1973, pp. 144 ss., 159 ss.; cfr., en sentido crítico, SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, pp. 795-796; WOLTER, *op. cit.* (nota 21), pp. 237 ss. En cambio, la nueva concepción finalista de los delitos de omisión, debida a Armin KAUFMANN (*Die Dogmatik de Unterlassungsdelikte*, 1959) no se cuenta entre los ejemplos, mencionados en el texto, de exacerbación del sistema finalista. En efecto, su crítica no puede tener lugar a partir de sus propias premisas ni de decisiones claras del Código penal vigente, sino sólo en el marco de una determinada interpretación del Derecho en vigor.

<sup>94</sup> Cfr. STRATENWERTH, *Strafrecht*, I, 3.ª ed., 1980, n.ºs marginales 1097 ss.; JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 48 ss., 55 ss.; id., *Teheran-Beiheft zur ZStW*, 1974, pp. 20-21, nota 45. Cfr., críticamente, SCHÜNEMANN, *FS f. Schaffstein*, 1975, pp. 161 ss.; id., *JA*, 1975, pp. 513 ss.; además, sobre la réplica de SAMSON, en *SK*, cit. (nota 19), anexo al § 16, n.ºs marginales 13 ss., y STRATENWERTH, *op. cit.*, n.ºs marginales 1094 ss., convincentemente HIRSCH, *ZStW*, 94 (1982), pp. 267 ss. Sobre que la concepción de Stratenwerth y Jakobs acaba por conducir a un allanamiento de la diferencia —como tal nunca discutida en la concepción de la doctrina final de la acción— entre los niveles sistemáticos del injusto y de la culpabilidad, es posible citar nada menos que a Welzel, que, si bien sostuvo esta concepción en los primeros tiempos de la doctrina finalista de la acción, luego la rechazó (cfr. *Abhandlungen*, cit. —nota 27—, pp. 110-111, 180-181).

<sup>95</sup> Cfr., al respecto, SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, pp. 796-797, y, partiendo de él, DEMUTH, *Der normative Gefahrbegriff*, 1980, pp. 203-204. De modo análogo, WOLTER, *op. cit.* (nota 21), pp. 223 ss., así como ya en *JuS*, 1978, pp. 748 ss.

## 5. LA «TELEOLOGÍA» Y EL FUTURO DEL SISTEMA DEL DERECHO PENAL

a) Es posible interpretar que la tendencia finalista hacia un constructivismo asentado sobre un número reducido de axiomas, expuesta en las líneas anteriores, en la medida en que incita a la réplica, constituye el estímulo desencadenante de la fase más reciente del pensamiento jurídico-penal. Ésta, que, por el momento, se halla todavía en período de desarrollo, puede calificarse de «teleológica» o «funcional». Por lo que hace a aquella tendencia, si bien se acuña de modo especial en los últimos desarrollos de la escuela de WELZEL, resulta ya perceptible en el propio cuerpo doctrinal welzeliano: así, por ejemplo, cuando este autor acentúa el método deductivo-axiomático del finalismo y cree probar, por ejemplo, la incorrección de la teoría limitada de la culpabilidad con el argumento de que las causas de justificación no excluyen la tipicidad, sino la antijuridicidad; motivo por el que la errónea suposición de una causa de justificación no excluiría el dolo típico, sino simplemente el conocimiento de la antijuridicidad<sup>96</sup>. En efecto, con ello se eluden las numerosas alternativas y diferenciaciones valorativas que en esta materia se ofrecen al legislador, hasta el punto que la postergación de las consideraciones político-criminales resulta apenas inferior a lo que había sido típico del naturalismo jurídico-penal. De ahí que la exigencia de que la construcción conceptual atienda también a los fines de la dogmática se convirtiera en el lema del nuevo movimiento del pensamiento dogmático jurídico-penal. Independientemente del meritorio, pero doctrinario, proyecto de un «sistema teleológico del Derecho Penal» por SCHMIDHÄUSER<sup>97</sup>, en el año 1970 ROXIN anuncia el programa de una reconciliación de «Política criminal y sistema del Derecho penal» e inicia el esbozo de los primeros pormenores de su realización<sup>98</sup>.

aa) ROXIN parte de las tres exigencias fundamentales que cabe dirigir a

<sup>96</sup> *Das neue Bild*, cit. (nota 75), pp. 70-71, con ulteriores referencias.

<sup>97</sup> *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 1975, pp. 139 ss. y pássim; cfr. al respecto la crítica de ROXIN en *ZStW*, 83 (1971), pp. 369 ss. SCHMIDHÄUSER formuló el programa de un sistema del Derecho penal orientado a los fines muy claramente ya en el *Gedächtnisschrift f. Radbruch* (1968, p. 276): «Tenemos que preguntar a los elementos del delito, desde el principio, por la pena, como consecuencia jurídica.» Cfr., además, íd., en *FS f. Würtenberger*, 1977, pp. 91 ss., así como la propuesta de un sistema funcional elaborada por MIR PUIG (en *ZStW*, 95 —1983—, pp. 413 ss.), el cual, ciertamente, debido a una absolutización de la norma de determinación, llega a las mismas soluciones que el finalismo radical (íbid., pp. 423 ss., 433 ss.).

<sup>98</sup> En *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (2.ª ed., 1973). Aunque, como JESCHECK ha observado, en sí correctamente (en *ZStW*, 93 —1981—, p. 24), no se trata (todavía) de un «nuevo sistema», en el sentido de una nueva topografía de los presupuestos del delito, ciertamente la nueva orientación de los principios de construcción del sistema iniciada por Roxin sienta las bases de una nueva base del sistema (aquí llamada «racional orientada a los fines»). Mientras tanto, el sistema dominante en la actualidad (cfr. al respecto JESCHECK, *op. cit.*, pp. 19 ss., con ulteriores referencias) debe todos sus contenidos esenciales al finalismo (correctamente, HIRSCH, *ZStW*, 93 —1981—, pp. 840-841), por lo cual tampoco ha sido presentado en el texto como un período autónomo del razonamiento sistemático en Derecho penal.

un sistema fructífero, a saber, orden conceptual y claridad, referencia a la realidad y orientación a las finalidades político-criminales. Ello implica, a su juicio, la necesidad de llevar a término la *unidad sistemática de Derecho penal y política criminal* también en el seno de la teoría del delito<sup>99</sup>. Así pues, de lo anterior deduce que las concretas categorías del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) deben contemplarse, desarrollarse y sistematizarse desde el principio a partir de su función político-criminal. En esta línea, asocia al *tipo*, como motivo central, la determinabilidad de la ley penal conforme al principio del *nullum crimen*; a la *antijuridicidad*, el ámbito de *soluciones sociales de los conflictos*; y a la *culpabilidad*, la *necesidad de pena* resultante de consideraciones preventivas<sup>100</sup>.

Mediante esta vinculación de los concretos niveles sistemáticos a diversos valores rectores, ROXIN obtiene —en fructífero desarrollo del neokantismo, que se quedó anclado en el relativismo axiológico— líneas específicas de concreción, que conducen a la progresiva diferenciación de las tres categorías del sistema. Así, por ejemplo, de la referencia del tipo al principio del *nullum crimen* obtiene la conclusión de que la cuestión de la autoría no puede ser respondida de la mano de la teoría subjetiva, que deja campo libre al arbitrio del juez, sino sólo a partir de la doctrina objetivo-material del dominio del hecho; y, por otro lado, que la inclusión del dolo en el tipo se deriva ya del mandato de determinación propio del Estado de Derecho<sup>101</sup>. Asimismo, concluye que las causas de justificación, como ámbito de la «solución social de conflictos», son expresión de la operatividad conjunta de un número limitado de principios materiales de ordenación, cuya «mezcla» específica sólo tiene que analizarse (siguiendo el modelo de la distinción, en la legítima defensa, de los principios de prevalencia del Derecho, autoprotección y proporcionalidad) para alcanzar —en situaciones problemáticas concretas, como, por ejemplo, la legítima defensa provocada— una solución convincente desde perspectivas político-criminales y, a la vez, elaborada en el plano sistemático<sup>102</sup>. Finalmente, la orientación por ROXIN del nivel sistemático de la «culpabilidad» a la necesidad preventiva de pena lleva a consecuencias de especial trascendencia, porque, según ella, la exclusión de la culpabilidad no debe vincularse —como se hacía en la concepción tradicional— a la imposibilidad de actuar de otro modo, sino a la ausencia de una necesidad preventivo-general o preventivo-especial de pena.

Para aclarar esto demos dos ejemplos concretos: Como resulta evidente, la imposibilidad psíquica de actuar de otro modo no puede haber proporcionado el fundamento decisivo de la renuncia a la pena por parte del legislador ni en los casos de estado de necesidad exculpante del § 35,

<sup>99</sup> *Op. cit.* (nota 98), p. 10. Sobre la relación de dogmática y política jurídica, desde la perspectiva de la teoría de la ciencia y la teoría del sistema, que Roxin no ha problematizado más allá, cfr. W. HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1974, p. 194 y pássim.

<sup>100</sup> *Op. cit.* (nota 98), pp. 15-16.

<sup>101</sup> *Op. cit.* (nota 98), pp. 20-21.

<sup>102</sup> *Op. cit.* (nota 98), pp. 26-27.

ni en los de exceso en la legítima defensa del § 33. En efecto, los titulares de posiciones especiales de deber, como policías, soldados o bomberos, no pueden apelar al § 35, como es sabido, aunque se dé en ellos una idéntica situación motivatoria, y el § 33, por su parte, practica una distinción entre motivación agresiva y defensiva (estados pasionales esténicos y asténicos) que resulta incomprensible desde la perspectiva psicológica de la libertad de acción y de motivación. Así pues, el legislador, ostensiblemente, no ha hecho depender aquí la exculpación de un enjuiciamiento psicológico-avalorativo de la libertad de acción. Por contra, ha partido de una valoración de la respectiva motivación y situación de presión, mediante la cual se remite de nuevo a la cuestión fundamental de si, dada la situación, era obligada, por razones preventivo-generales o preventivo-especiales, una intervención del Derecho penal (como en el caso del bombero que incumple sus deberes especiales, o frente al autor que obra en un estado pasional esténico, resultando conminable de modo general, por su mal ejemplo, y peligroso de modo especial por sus impulsos agresivos) o no (como frente al autor que obra en un estado pasional asténico del § 33, o frente al *quivis ex populo*, en el caso del § 35)<sup>103</sup>.

*bb)* Esta *reconducción de la culpabilidad a la necesidad preventiva de pena*, se convirtió rápidamente en el principal campo de discusión del proyecto de nuevo sistema. Por un lado, se ofreció mediante ella la posibilidad de una fácil liquidación de antiguas aporías. En efecto, el tradicional concepto normativo de culpabilidad, que remitía al poder actuar de otro modo<sup>104</sup>, tenía como premisa el libre albedrío humano, que, según la doctrina dominante en la actualidad, no es comprobable ni de modo general ni individual<sup>105</sup>; en cambio, una derivación del concepto de culpabilidad de la necesidad de pena permitía, evidentemente, dejar al margen el problema irresoluble de la libertad de voluntad<sup>106</sup>. Sin embargo, por otro lado, también se daban —de modo absolutamente evidente— objeciones de peso; ello tanto en lo que se refiere a la compatibilidad con el Derecho material vigente, como en relación con la cuestión de si la reprochabilidad individual, la aportación más importante de la concepción normativa de la culpabilidad, podría ocupar, en lo sucesivo, un lugar legítimo en un sistema del Derecho penal orientado tan sólo a los principios de la prevención general y la prevención especial.

1. Dado que el legislador, en el § 46, ha orientado la pena a la culpabilidad, asignando a las consideraciones preventivo-generales y preventivo-especiales simplemente una función secundaria, evidentemente desde la perspectiva de un concepto de culpabilidad con «vinculaciones preventivas» o se declara la nulidad de tal regulación o la compatibilidad del citado concepto con la misma. En publicaciones posteriores, ROXIN ha optado por la segunda vía, interpretando el § 46, de acuerdo con la jurisprudencia, en la línea de la

<sup>103</sup> Cfr. ROXIN, *op. cit.* (nota 98), pp. 33-34, así como *id.*, en *FS f. Schaffstein*, 1975, pp. 117-118.

<sup>104</sup> Cfr. al respecto las referencias en nota 19.

<sup>105</sup> Cfr., al respecto, ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2.<sup>a</sup> ed., 1965, pássim; LENCKNER, «Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit», en GÖPPINGER-WITTER (comp.), *Handbuch der forensischen Psychiatrie*, t. I, Parte A, 1972, pp. 39-40; ROXIN, *FS f. Henkel*, 1974, ss.; así como los trabajos de Achenbach y Schünnemann recogidos en esta obra.

<sup>106</sup> Así ROXIN, *MschKrim*, 1973, pp. 320 y 322; *id.*, *FS f. Henkel*, 1974, pp. 185-186.

«teoría del espacio de juego»\* y afirmando que las necesidades de la prevención general resultan ya satisfechas con la pena mínima dentro del marco adecuado a la culpabilidad, de modo que la pena definitiva dentro del citado marco habrá de determinarse en atención exclusiva a las necesidades de la prevención especial<sup>107</sup>.

2. Por otro lado, ROXIN ha tratado de desvirtuar la crítica de que, en un Derecho penal preventivo-general, también deberían conminarse con pena aquellos hechos que el autor individual no habría podido evitar, porque de lo contrario, dadas, en especial, las manifiestas dificultades probatorias, no podría pretenderse obtener efecto intimidatorio alguno<sup>108</sup>. A tal fin, ha procedido a limitar los objetivos legítimos de la prevención general a la denominada por él *prevención de integración*. Ésta se reduce al «reforzamiento de la conciencia jurídica general mediante la satisfacción del sentimiento jurídico», algo que, por otra parte, sólo es posible si al autor se le hace únicamente responsable por comportamientos reprochables, esto es, individualmente evitables<sup>109</sup>.

cc) Así pues, ROXIN ha mantenido el concepto tradicional de culpabilidad, en el sentido de «reprochabilidad» (que, por su parte, se entiende como «motivabilidad normal»), como subnivel específico en el seno del tercer nivel del sistema, que redefine como «responsabilidad». En un esquema de esta naturaleza, el valor rector de la prevención sólo es necesario para la precisión del «criterio de la normalidad» y, por lo demás, se le remite a cumplir una función de complemento en la configuración detallada de las llamadas tradicionalmente causas de exclusión de la culpabilidad. En cambio, JAKOBS ha razonado de modo radical, hasta sus últimas consecuencias, el principio introducido por ROXIN, con lo que ha llegado a *disolver* completamente el concepto tradicional de culpabilidad en la prevención general<sup>110</sup>. JAKOBS niega terminantemente que la capacidad de actuar de otro modo, que la doctrina dominante considera fundamento ontológico del juicio de culpabilidad (de la reprochabilidad), constituya un estado constatable, procediendo a explicarlo como una «atribución que tiene lugar porque debe procesarse un conflicto y no puede procesarse más que retrotrayéndolo a una persona»<sup>111</sup>. Dado que «únicamente el fin da contenido al concepto de culpabilidad» y el fin de la imputación de la culpabilidad radica en el efecto preventivo-general (en la «estabilización de la confianza en el ordenamiento, perturbada por el comporta-

\* La teoría del «espacio de juego» (*Spielraumtheorie*), elaborada por la jurisprudencia alemana, entiende que la pena ajustada a la culpabilidad no es una pena exacta, sino que ocupa el marco comprendido entre un máximo y un mínimo. Dicho marco constituye un «espacio de juego» por el que el juez puede moverse, atendiendo a las necesidades preventivas, a la hora de concretar la pena que ha de imponer. (*N. del T.*)

<sup>107</sup> SchwZStR, 94 (1977), pp. 463 ss.

<sup>108</sup> Cfr. SCHÖNEBORN, ZStW, 88 (1976), pp. 349 ss.; BURKHARDT, GA, 1976, pp. 321 ss.; STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, 1977, pp. 30-31.

<sup>109</sup> FS f. Bockelmann, 1979, pp. 300-301, 305-306.

<sup>110</sup> En *Schuld und Prävention*, 1976, pássim.

<sup>111</sup> *Op. cit.* (nota 110), p. 20.

miento delictivo»), la culpabilidad «se fundamenta en la prevención general y se mide según ésta»<sup>112</sup>. Según todo ello, el concepto y los concretos presupuestos de la culpabilidad han de desarrollarse por derivación de las necesidades preventivo-generales.

Para aclarar esto demos un ejemplo concreto: La causa de exclusión de la culpabilidad por inimputabilidad en los términos del § 20 no ha de hallar su base en una real ausencia de la capacidad de libre autodeterminación existente en los restantes miembros de la sociedad, ausencia que caracterizaría a las personas referidas en tal precepto. Por el contrario, habría de buscarse en la valoración de tales personas, motivada por razones preventivo-generales, como meros «factores perturbadores» de la sociedad, cuyas acciones no defraudan expectativa normativa alguna, sino que se contemplan como catástrofes naturales, frente a las cuales uno se protege mediante medidas de cuidado o curación. En suma, pues, la cuestión de en qué medida se exculpa con arreglo al § 20 a una persona que padece una enfermedad mental no depende del tema ontológico de si goza de libertad de acción o no, sino de las posibilidades terapéuticas; así, por ejemplo, la exculpación de los autores impulsivos sólo ha posido empezar a discutirse una vez que a la medicina le ha sido factible presentar fórmulas para su tratamiento<sup>113</sup>.

b) De este modo, el aquí llamado «razonamiento sistemático teleológico» ha sentado, a lo largo de un decenio, las bases para una profunda modificación del sistema del Derecho penal. Ésta se caracteriza por un total alejamiento del razonamiento lógico-objetivo del finalismo y debe contemplarse como un *desarrollo ulterior del neokantismo*. En efecto, el moderno pensamiento teleológico tiene en común con aquella corriente la deducción de los diferentes niveles sistemáticos de los valores y fines que desempeñan el papel rector. Sin embargo, se diferencia sustancialmente de la misma por la superación del relativismo axiológico mediante una diferenciación exhaustiva, apoyada en las ciencias sociales, del *fin de prevención*, que constituye hoy el valor rector, reconocido de modo general, de la Administración de la justicia penal.

Junto a una serie (proseguida con esta colectánea) de trabajos menores sobre cuestiones concretas del sistema teleológico del Derecho penal, que se han ido uniendo a la obra de ROXIN *Política criminal y sistema del Derecho penal*, en los últimos años han aparecido tres publicaciones extensas. En ellas se han desarrollado de modo exhaustivo, en lo relativo al ámbito respectivamente investigado, las consecuencias materiales que se derivan del nuevo principio sistemático.

aa) Así, y con la finalidad de obtener una «teoría teleológica de la acción y de la imputación»<sup>114</sup>, WOLTER ha definido el concepto de injusto en los delitos de resultado como la creación de un *riesgo* prohibido por el ordenamiento jurídico junto con la producción de la lesión de un bien jurídico basada en aquel riesgo<sup>115</sup>. Su esquema supone el contrapunto de la personalización y subjetivización del concepto de injusto, llevadas a término por el finalismo ra-

<sup>112</sup> *Op. cit.* (nota 110), p. 9.

<sup>113</sup> *Op. cit.* (nota 110), p. 11.

<sup>114</sup> Cfr. WOLTER, *op. cit.* (nota 21), p. 17.

<sup>115</sup> WOLTER, *op. cit.* (nota 21), p. 29.

dical, en un doble aspecto: por un lado, el prototipo del desvalor de la acción no viene constituido, según WOLTER, por la tentativa inidónea, sino por la *puesta en peligro objetivo*<sup>116</sup>; por otro, al desvalor del resultado no sólo se le devuelve su función constitutiva en el marco del injusto, sino que incluso se le independiza materialmente del injusto personal, mediante una imputación puramente objetiva<sup>117</sup>. De este modo resulta factible una reconstrucción sistemáticamente adecuada de los diferentes tipos delictivos creados por el legislador en el seno de un concepto de injusto que se concreta de diversas maneras<sup>118</sup>; y, a la vez, mediante la renovada inclusión en el ámbito del injusto del factor del resultado, que tan importante función cumple en el Derecho vigente, se hace posible evitar que el problema material y el sistemático discurren cada uno por su lado<sup>119</sup>.

*bb)* El intento de FRISCH de definir de nuevo el *dolo* como «concepto funcional»<sup>120</sup> también debe situarse en el marco del razonamiento sistemático-teleológico<sup>121</sup>, del cual FRISCH extrae amplias consecuencias, que llegan casi a «poner patas arriba» la dogmática tradicional del dolo. En su opinión, dado que el objeto funcional del dolo no es el tipo, sino el comportamiento típico<sup>122</sup>, no es posible hablar de la existencia de un elemento voluntativo en el dolo ni siquiera de un dolo eventual en el sentido clásico<sup>123</sup>. Más bien es necesario y suficiente que el sujeto tenga conocimiento de la peligrosidad de su comportamiento, y de que ésta ya no es tolerada por la ley<sup>124</sup>. Algo que resulta del fundamento de la pena por delito doloso: la sanción agravada de una «decisión que se desvía de las normas de conducta relevantes para el tipo»<sup>125</sup>. En los delitos de resultado, este desvalor del comportamiento antinormativo consiste en el riesgo de menoscabo de bienes jurídicos que caracteriza objetivamente al comportamiento del autor<sup>126</sup>; así pues, también el compor-

<sup>116</sup> Cfr., por ejemplo, WOLLER, *op. cit.* (nota 21), p. 37, sobre la prohibición de poner en peligro como contenido de la norma de conducta.

<sup>117</sup> Sobre la separación de imputación objetiva y personal, cfr., por ejemplo, WOLTER, *op. cit.* (nota 21), pp. 177-178.

<sup>118</sup> Cfr. la clasificación de los numerosos tipos de injusto en WOLTER, *op. cit.* (nota 21), pp. 65-66.

<sup>119</sup> En el trabajo que se recoge *infra*, WOLTER ofrece una panorámica de las nuevas perspectivas materiales que ello posibilita.

<sup>120</sup> Así, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 47.

<sup>121</sup> Cfr. FRISCH, *op. cit.* (nota 120), p. 32, sobre el procedimiento funcional, pp. 47 ss. sobre el nexo teleológico, así como p. 505, sobre la necesidad de un sistema funcional, asentado sobre la distinción entre norma de conducta y norma de sanción. De todos modos, junto a ello advierte Frisch también un componente de orientación a valores: cfr. *ibíd.*, pp. 51 ss.

<sup>122</sup> Cfr. FRISCH, *op. cit.* (nota 120), pp. 101, 115.

<sup>123</sup> Así FRISCH, *op. cit.* (nota 120), pp. 411 ss., 494 ss. y *pássim*. Análogo, KINDHÄUSER, *ZStW*, 96 (1984), pp. 1, 21 ss., sobre la base de una reconstrucción del concepto de acción desde perspectivas de filosofía del lenguaje.

<sup>124</sup> Así FRISCH, *op. cit.*, (nota 120), pp. 118 ss., 162 ss.

<sup>125</sup> Así FRISCH, *op. cit.* (nota 120), p. 109 y *pássim*.

<sup>126</sup> Donde la idoneidad objetiva debe ser enjuiciada desde la perspectiva del autor: cfr. FRISCH, *op. cit.* (nota 120), pp. 93, 124, 127.

tamiento típico debe definirse, con independencia del resultado, aludiendo al riesgo de concurrencia de los elementos típicos<sup>127</sup>, de manera que la posibilidad de concurrencia de los elementos típicos, a juzgar *ex ante* desde la perspectiva del autor, pone en funcionamiento la prohibición de actuar<sup>128</sup>.

Para aclararlo demos dos ejemplos: El autor que pone en peligro una vida humana ajena por encima de los límites del riesgo permitido y se apercibe de ello, lesiona de este modo la norma de conducta que FRISCH deriva del tipo de homicidio (no poner en peligro la vida de otros); pero, a la vez, y debido a su conocimiento de la peligrosidad de su acción, adopta una decisión desviada respecto a la norma de conducta relevante para el tipo, con lo cual resulta que obra dolosamente. Lo mismo vale en el caso de quien seduce a una muchacha para yacer con ella, pese a advertir la posibilidad de que su víctima no haya cumplido los dieciséis años de edad. En efecto, según FRISCH, la posibilidad, determinada desde la perspectiva del autor, de que concurran los elementos típicos del § 182 ya desencadena la prohibición de seducir, es suficiente un mero conocimiento de la posibilidad para atribuir al autor el dolo del comportamiento típico.

FRISCH advierte una ventaja especial de la sustitución del concepto tradicional de dolo, en el sentido de «acceptar el resultado tal como venga»\*, por el «conocimiento del riesgo típico», en el hecho de que, en adelante, a la hora de determinar el objeto del dolo, podrá tenerse en cuenta la circunstancia de que el nivel de tolerancia de riesgos es diferente en los diversos tipos concretos; y ello sin dejar el concepto de dolo a merced de la Parte Especial<sup>129</sup>. Este progreso material sólo ha sido posible a partir del reconocimiento de la autonomía sistemática del comportamiento típico<sup>130</sup>.

cc) Finalmente, en su *Tratado*, aparecido en 1983, JAKOBS emprende la tarea de una general renormativización de los conceptos sistemáticos de la Parte General del Derecho penal. En su opinión, dado que la dogmática jurídico-penal de base ontológica se ha quebrado absolutamente, es preciso llenar de contenido la totalidad de conceptos dogmáticos a partir de las funciones del Derecho penal; así, conceptos como los de causalidad, poder, capacidad, culpabilidad, entre otros, perderían su contenido prejurídico, surgiendo única-

<sup>127</sup> Así, FRISCH, *op. cit.* (nota 120), pp. 352 ss.

<sup>128</sup> Cfr. FRISCH, *op. cit.* (nota 120), p. 361, así como, del mismo modo, para las causas de justificación en p. 448.

\* «*Inkaufnahme des Erfolges*»: Esta expresión alemana, difícil de traducir, significaría que el resultado «se ha tomado en la compra». GIMBERNAT (*Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., Madrid, 1981, p. 179, nota 16) señala que el origen de la expresión se halla en la argucia de algunos comerciantes que vinculan la venta de mercancías deseadas a que el cliente adquiriera otros productos de poca demanda. Estos productos no deseados «se toman en la compra» no se quieren directamente, pero se pecha con su compra al desear comprar aquellos otros a los que van unidos. Por su parte, MIR (traducción del *Tratado* de Jescheck, I, Barcelona, 1981, p. 406, nota) alude a que la expresión significa que, cuando alguien, tras sopesar pros y contras, decide comprar una cosa, se entiende que la toma tal cual está, aunque alguna de sus características pueda no resultar deseable. En todo caso, la expresión se ha difundido para designar las situaciones de dolo eventual, en las que el autor no pretende directamente la producción del resultado típico, pero su intención de alcanzar otro determina que «cargue» con la eventualidad de que también se produzca el referido resultado típico. (*N. del T.*)

<sup>129</sup> Cfr. FRISCH, *op. cit.* (nota 120), pp. 492-493.

<sup>130</sup> Cfr. al respecto, FRISCH, *op. cit.* (nota 120), pp. 502-503.

mente por relación con las regulaciones jurídico-penales<sup>131</sup>. De esta manera, la concepción de JAKOBS significa un sorprendente renacimiento de la teoría de la construcción de conceptos del neokantiano LASK, tan vehementemente combatida —y con éxito durante casi cinco decenios— por WELZEL. Sin embargo, frente a la recepción de aquel sistema, producida a comienzos de siglo (vid. *supra*, III.2), el de JAKOBS muestra dos ventajas sustanciales: por un lado, JAKOBS se pone a salvo de caer en el relativismo axiológico mediante el reconocimiento de la prevención general, en el sentido de ejercitamiento en la fidelidad al Derecho, como función preponderante del *ius puniendi* del Estado<sup>132</sup>; por el otro, al proceder a la funcionalización de los conceptos dogmáticos, puede apoyarse en las categorías de la teoría sociológica de los sistemas<sup>133</sup>.

Dada la pretensión de JAKOBS de proceder a una renormativización general del sistema, no resulta posible en esta panorámica una transcripción de las numerosas consecuencias materiales de su perspectiva; valga por ello, a título de ejemplo, una remisión a la polémica sobre la dogmática de la culpabilidad de JAKOBS que puede hallarse en esta obra, en los trabajos de ACHENBACH y SCHÜNEMANN<sup>134</sup>.

c) En lo que hace al *futuro desarrollo del sistema del Derecho penal*, únicamente cabe aventurar el pronóstico de que discurrirá bajo el signo de una ulterior elaboración y depuración del razonamiento teleológico (funcional), cuyas posibilidades y trascendencia no han sido agotadas, ni siquiera parcialmente, en la discusión habida hasta la fecha. Dado que el pensamiento jurídico-penal teleológico no establece de modo axiomático un concreto canon de hipótesis materiales y sistemáticas, sino que expresa más bien un determinado método de construcción del sistema, así como de obtención de conocimientos materiales, será preciso —como prueban los trabajos contenidos en esta obra— un período de discusión antes de que queden establecidos los perfiles de tal razonamiento y de sus hipótesis materiales. Con independencia de las numerosas cuestiones de detalle que, en parte, constituyen el objeto de los trabajos que siguen, se hace preciso proporcionar una solución, todavía no alcanzada en la discusión habida hasta el momento, a cuatro problemas fundamentales: el *status* lógico de los materiales del sistema del Derecho penal; la aplicación o no, en lo sucesivo, de los elementos sistemáticos tradicionales; el método de diferenciación en detalle y de concreción; y el papel de la teoría de las normas.

<sup>131</sup> Así, textualmente, JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1983, pp. V-VI.

<sup>132</sup> Cfr. JAKOBS, *op. cit.* (nota 131), pp. 8-9.

<sup>133</sup> Cfr., a título de ejemplo, la definición del sujeto mediante la responsabilidad, la definición de la culpabilidad mediante los fundamentos motivatorios respecto de los que el autor debe ser contemplado como responsable, y la definición de las posiciones de garante mediante la referencia a deberes por responsabilidad organizativa y por responsabilidad institucional: JAKOBS, *op. cit.* (nota 131), pp. V, 397 y 660.

<sup>134</sup> Cfr. *infra*, pp. 113 y ss., 124 y ss.

aa) En el inicio de cualquier intento de construir un sistema del Derecho penal se halla la cuestión de si los *materiales* de dicho sistema han de tomarse del *lenguaje descriptivo* o del *prescriptivo*, esto es, de si los elementos de dicho sistema están constituidos por valores o por estados descriptibles empíricamente. Mientras que el naturalismo y el finalismo tomaron como punto cardinal del sistema las estructuras ónticas (esto es, preexistentes a la valoración jurídico-penal), desde el punto de vista neokantiano o teleológico el punto de partida debe venir dado por un valor o un fin (esto es, un objetivo reconocido como valioso y, por ello, digno de ser perseguido). Así pues, y a partir de la convincente crítica a la llamada falacia naturalística, se sigue que lo primero que debe hacerse es hallar los *criterios valorativos* determinantes. Debido a la dependencia de las cuestiones sistemáticas respecto de los materiales («adecuación» del sistema «al sustrato»), resulta preciso, ante todo, ponerse de acuerdo sobre qué planos valorativos independientes, esto es, no reconducibles recíprocamente, subyacen al Derecho vigente en la República Federal de Alemania. En este sentido, podría responder a una adecuada reconstrucción del Derecho vigente el partir de *dos planos valorativos independientes*: de una *desvalorización objetiva especialmente intensa (específicamente penal) del hecho*; y de la *responsabilidad individual* del autor por dicho hecho. Cada una de estas dos valoraciones básicas puede desdoblarse, a su vez, en dos *subvaloraciones*: sólo es posible hablar de una desvalorización específicamente jurídico-penal (de «injusto penal») cuando, en primer lugar, el hecho *está prohibido y*, en segundo lugar, resulta indeseable en medida *cualificada* (es decir, cuando un bien jurídico que merece protección ha sufrido un menoscabo relevante y la protección penal contra el concreto ataque se muestra adecuada, necesaria y proporcionada). Por su parte, la responsabilidad subjetiva requiere, en primer lugar, que el hecho fuera realmente *evitable* para el autor *individual* (= que le fuera reprochable) y, en segundo lugar, que la motivación del hecho esté desvalorada de forma cualificada (= que genere una *necesidad de pena*).

En definitiva, pues, los materiales elementales del sistema del Derecho penal vienen constituidos por predicados de valor, a saber, el injusto penal y la responsabilidad. En ambos casos se trata de expresar un desvalor cualificado, de manera que el concepto de «injusto penal», en el sentido acogido aquí, incorpora la categoría tradicional de la antijuridicidad, como *aspecto parcial*, en la misma medida en que el concepto de responsabilidad lo hace con el tradicional entendimiento de la culpabilidad como «posibilidad de actuar de modo distinto».

bb) De esta dicotomía de las valoraciones básicas jurídico-penales se desprende que únicamente un sistema *bipartito* satisface las exigencias lógicas, de manera que, del tradicional sistema tripartito o cuatripartito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, además de, eventualmente, la acción), tan sólo dos elementos —esto es, el injusto y la responsabilidad— pueden conformar la base del sistema teleológico del Derecho penal. Tanto la tipicidad como la antijuridicidad, en el sentido de un mero «estar prohibido» deducible también de otros sectores del Derecho, pueden concebirse como categorías derivadas del

injusto específico del Derecho penal, y, por tanto, inadecuadas para constituir los elementos básicos. En el caso del tipo, ello se sigue del hecho de que el mismo, como descripción de la materia de prohibición, no constituye otra cosa que un medio heurístico de ayuda para la obtención del injusto penal específico, y, precisamente debido a este diverso *status* lógico, no puede colocarse en el mismo nivel que el injusto. En lo que hace a la «mera» antijuridicidad, por su parte, idéntica consecuencia resulta del hecho de que la misma es condición necesaria, pero no suficiente, del injusto jurídico-penal específico, e igualmente constituye tan sólo un medio de ayuda para su obtención.

Así pues, en la exigencia de tipicidad y antijuridicidad del comportamiento se refleja únicamente el procedimiento practicable de examen: determinar el injusto penal (positivamente) mediante la realización típica y (negativamente) a través de la ausencia de causas de justificación, al igual que en la culpabilidad cabe distinguir, de modo puramente pragmático, entre un tipo positivo de la culpabilidad y la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad. La tipicidad y la ausencia de causas de justificación constituyen, pues, diferenciaciones pragmáticas del plano valorativo del «injusto penal específico». Por este motivo, está absolutamente fuera de lugar, en un sistema jurídico-penal teleológico, que se pretenda atribuir al tipo de injusto —como JAKOBS continúa haciendo<sup>135</sup>— «una específica unidad de sentido jurídico independiente de una situación justificante dada», fundamentándolo con el viejo argumento de WELZEL de que no es lo mismo matar a un mosquito que dar muerte justificadamente a un hombre. En efecto, desde la perspectiva del valor básico determinante, es decir, del injusto penal, ambos casos merecen el mismo juicio, de modo que la distinción existente entre ellos sólo puede reproducirse sistemáticamente en un nivel posterior de diferenciación.

En consecuencia, y dado que tampoco la acción puede figurar en el nivel fundamental del sistema del Derecho penal, integrado por los predicados de valor, sino, a lo sumo, en el siguiente plano (de desnormativización), la base del sistema (o —según cuál sea la perspectiva— el plano superior de la pirámide conceptual) consta tan sólo de «injusto» y «responsabilidad». Todas las demás distinciones sistemáticas tradicionales aparecerán en las sucesivas concreciones y diferenciaciones de tales elementos básicos.

<sup>135</sup> *Op. cit.* (nota 131), p. 133. Tampoco la idea de Roxin de funcionalizar el tipo a partir del principio de *nulla poena* y de concebir la antijuridicidad como el plano de la solución jurídica de los conflictos (en *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, pp. 16, 24 y *pássim*) puede fundamentar la autonomía sistemática del plano básico. En efecto, el principio de *nulla poena* del artículo 103.II de la Ley Fundamental no constituye el principio rector de la concreción del injusto penal específico, sino un límite constitucional a la creación del Derecho por el legislador y el juez; por ello, sus efectos sobre el sistema del Derecho penal son meramente reflejos. Por lo que hace a la «solución de conflictos», ésta no expresa tampoco un valor rector, sino sólo un ámbito problemático; de manera que no aporta nada a la construcción del sistema (cfr. críticamente también el trabajo de AMELUNG, *infra*). La diferencia entre el tipo y las causas de justificación radica más bien (simplemente) en que en el tipo se expresa la dañinidad social, mientras que en las causas de justificación se tipifica la utilidad social.

cc) La referida *concreción* sólo puede y debe tener lugar por la vía de una interpretación de las decisiones del legislador que, paso a paso, indique aquellos estados descriptibles en términos empíricos para los cuales resulta correcta la valoración de referencia. En otras palabras, debe inquirirse a propósito de qué estados de cosas, caracterizables en lenguaje descriptivo y asentados en el mundo de la vida social, puede hablarse de la existencia de un injusto específicamente jurídico-penal y de una reprochabilidad general e individual. En principio, en nuestro ordenamiento jurídico, orientado al primado de la legislación, constituye una prerrogativa del legislador la práctica de esta «desnormativización, mediante la especificación de las situaciones que realizan la valoración de partida». A tal fin, el legislador procede generalmente caracterizando las situaciones a las que pretende referirse en los términos del lenguaje ordinario o en un lenguaje técnico que se ajuste de modo específico a aquellos estados de cosas. En la medida en que los estados de cosas a considerar quepan en el *núcleo conceptual* de los términos empleados por el legislador y, de este modo, resulten caracterizados de forma inequívoca<sup>136</sup>, el sujeto encargado de aplicar el Derecho se halla vinculado a ello y no está autorizado a adoptar una decisión propia que corrija la del legislador. Ahora bien, en la medida en que esto no sea así (algo que en la Parte General del Derecho penal, debido a los amplios campos de significado que muestran los términos empleados por el legislador, sucede muy frecuentemente), el sujeto que aplica el Derecho está autorizado y obligado a cerrar en forma creadora los espacios que la decisión legislativa ha dejado abiertos; una tarea en la que tiene una importancia trascendental la desnormativización mediante la *reducción de fines a medios*, es decir, mediante la determinación de los estados de cosas que corresponden al fin de un determinado instituto jurídico. Se trata aquí, sin excepción, de decisiones materiales que, si bien revisten un carácter prejudicial para el sistema del Derecho penal y también deben poder someterse al principio de coherencia garantizado por el sistema, desde luego no pueden ser sustituidas por una deducción puramente intrasistemática.

Aclaremos este proceso de desnormativización de la mano del concepto de culpabilidad en sentido estricto: Dado que el juicio normativo acerca de la reprochabilidad individual implica la constatación empírica de la posibilidad individual de actuar de otro modo<sup>137</sup>, el legislador, a partir de la premisa del general libre albedrío humano, ha emprendido el intento de caracterizar en el § 20 StGB, con la ayuda de términos que en parte pertenecen al lenguaje ordinario y en parte al lenguaje técnico de la psiquiatría y la psicología, aquellos estados en los que no se puede partir de la existencia de una libertad de autodeterminación en el autor. Por tanto, en la medida en que el núcleo conceptual de las expresiones utilizadas en el § 20 sea suficiente, está fuera de lugar un recurso corrector al valor principal (que, a su vez, habría de reconstruirse a partir de la decisión legislativa) y tanto más el recurso al fin de la institución total «Administración de Justicia». Tales medios de ayuda para una obtención creadora del Derecho son lícitos y oportunos sólo en el caso de que se trate de rellenar los ámbitos de significación de los términos legales. Así pues, se acaba en una peligrosa exageración del razonamiento orientado a los fines, comparable al finalismo ra-

<sup>136</sup> Cfr. por todos SCHÜNEMANN, *FS f. Klug*, I, 1983, pp. 169 ss., con numerosas referencias ulteriores.

<sup>137</sup> Cfr., al respecto, el trabajo de SCHÜNEMANN, *infra*.

dical, cuando, como JAKOBS, se sostiene la concepción de que «para la determinación de la culpabilidad es preciso negociar qué medida de coacción social puede cargarse al autor afectado por la imputación de culpabilidad y cuántos rasgos perturbadores del autor deben ser aceptados por el Estado y por la sociedad o soportados por terceros»<sup>138</sup>. En efecto, esta admisión de una negociabilidad —esto es, arbitrariedad— de los presupuestos de la culpabilidad no sólo desprecia la prerrogativa del legislador, sino que, por otro lado, anula la labor de desnortativización llevada a término ya en la ley, sustituyendo la falacia *naturalista* por una falacia *normativista*, que niega la posibilidad de concretar conceptos empíricos generales, como el de «motivabilidad normal», mediante una comprobación avalorativa de los datos psicofísicos en el caso concreto.

El legislador ha practicado una desnortativización especialmente profunda en los tipos de la *Parte Especial* que, en su conjunto, constituyen una concreción de la *dañosidad social* que fundamenta el injusto específicamente jurídico-penal. No obstante, para colmar los espacios libres que queden en el significado de los términos, debe recurrirse de nuevo, naturalmente, a las valoraciones rectoras. Las valoraciones rectoras, a tal fin, se especifican en el merecimiento y la necesidad de pena, y ésta, a su vez, en la adecuación, necesidad y proporcionalidad de la protección penal, haciéndose así manejables para una ulterior desnortativización<sup>139</sup>.

En consecuencia, el futuro del sistema del Derecho penal se halla en una diferenciación material del injusto jurídico-penal específico y no en la separación constructivista de tipo y antijuridicidad que ha dominado la discusión hasta ahora. Por lo demás, en el contexto de un sistema construido mediante la constante concreción y desnortativización de dos valoraciones básicas, tampoco resulta extraño que una misma circunstancia describable empíricamente (por ejemplo, la relación psíquica del autor con su hecho) pueda ser relevante tanto desde puntos de vista del injusto como de la culpabilidad; así, que el dolo encarnado, por comparación con la imprudencia, la forma más grave tanto de injusto como de culpabilidad<sup>140</sup>. En efecto, la permanente discusión sobre si el dolo pertenece al «tipo» o a la «culpabilidad» adolece de un planteamiento erróneo ya en la base: la relación psíquica del autor con su hecho es relevante para ambas valoraciones de partida, de modo que sólo desde una perspectiva pragmática o constructivista es correcto señalar que un dolo afirmado ya en el marco del injusto no tiene por qué volverse a analizar a propósito de la culpabilidad<sup>141</sup>.

<sup>138</sup> En *Strafrecht Allgemeiner Teil* (nota 131), p. 396.

<sup>139</sup> Cfr. al respecto, por ejemplo, SCHÜNEMANN, *FS f. Faller*, 1984, así como ya en el *FS f. Bockelmann*, 1979, pp. 117, 129 ss.; de modo detallado sobre el elemento especial de la «antijuridicidad penal» y su significado para las causas de justificación, GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, pp. 103 ss., 218 ss. y pássim.

<sup>140</sup> Cfr. ya ROXIN, *Gedächtnisschrift für Radbruch*, 1968, p. 266.

<sup>141</sup> Ello, naturalmente, sólo a partir de la premisa de que el dolo no deba determinarse en el ámbito de la culpabilidad de modo diferente de como lo es en el ámbito del injusto, algo que, por ejemplo, discute SCHMIDHÄUSER, *op. cit.* (nota 77), pp. 178-179, y que requiere ser aclarado más a fondo. Así hay buenas razones para mantener el aspecto voluntativo, que Frisch excluye del concepto de dolo referido al injusto, en el ámbito de la referencia a la culpabilidad [cfr. *supra* en el texto, en *b)*, *bb)*].

dd) En último lugar, se halla la cuestión, todavía pendiente de explicación, de en qué relación se encuentra la construcción del sistema del Derecho penal con la *teoría de las normas*; esto es, en especial, si la teoría de las normas debe verse como motor o como producto de la elaboración del sistema.

Desde la teoría de las normas de BINDING<sup>142</sup>, la polémica en torno al sistema del Derecho penal ha tenido un contrapunto ininterrumpido en las discusiones sobre las implicaciones lógicas de las leyes penales, que, en general, han alcanzado los siguientes puntos fijos: La ley penal dirigida al juez («norma de sanción») implica evidentemente una determinada toma de postura negativa del legislador respecto al comportamiento del autor («norma de conducta»), cuya existencia, aun sin formulación expresa, debe ser afirmada en la medida en que es lógicamente necesaria. Ciertamente, es indiscutible que el legislador ha de valorar negativamente el comportamiento punible, pues, de lo contrario, su sanción carecería de sentido. Así pues, hay una *norma de valoración*, que se refiere al comportamiento del autor, caracterizándolo negativamente, y que precede lógicamente a la norma de sanción formulada en la ley. Ahora bien, dado que la función del Derecho penal de protección de bienes jurídicos sólo puede realizarse haciendo surgir en los ciudadanos una motivación leal al Derecho, también es obvio concluir la existencia de una *norma de determinación* no escrita y dirigida a los ciudadanos, prohibiéndoles la comisión de acciones punibles. Pues bien, según que la columna vertebral del Derecho penal se situara en la norma de valoración o en la norma de determinación, el concepto sistemático de injusto apareció definido preferentemente mediante elementos objetivos o subjetivos<sup>143</sup>, y, en cierto sentido, la ubicación del prototipo de injusto en la tentativa inidónea por parte del finalismo radical<sup>144</sup> fue la consecuencia lógica de la absolutización de la norma de determinación y de la doctrina del injusto personal pretendida con ella. Por otro lado, también en el moderno razonamiento jurídico-penal teleológico tienen una gran importancia las consideraciones de teoría de las normas, como se ha puesto de relieve en la descripción de los trabajos de WOLTER y FRISCH —vid. supra b), aa) y bb)—. Dado que los enunciados de deber que mandan o prohíben un comportamiento determinado (*imperativos*), a diferencia de las expresiones relativas al ser, pueden derivarse de *juicios de valor* (y viceversa), desde un punto de vista lógico no puede existir duda alguna de que cabe construir una teoría de las normas coherente con cualquier sistema del Derecho penal (y a la inversa). Por otro lado, sin embargo, no cabe ignorar, que, a partir de una norma de valoración, pueden desarrollarse muy diversas normas de determinación, de modo que ni el sistema del Derecho penal ni, con mayor motivo, las cuestiones materiales pueden verse prejuzgados por la adhesión a una norma de determi-

<sup>142</sup> Cfr. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 4, 1872-1919; al respecto es básico ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954.

<sup>143</sup> Cfr. al respecto JESCHECK, *op. cit.* (nota 9), pp. 188-189, con numerosas referencias ulteriores.

<sup>144</sup> Cfr. simplemente ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 143-144.

nación que se deriva de modo no necesario, sino contingente. Así, por ejemplo, la imputación del resultado en los casos de desviación inesencial del curso causal respecto al dolo, generalmente reconocida<sup>145</sup>, sólo puede reconstruirse sistemáticamente de modo adecuado si se completa la imputación personal de la acción peligrosa, como infracción de la norma de determinación, mediante una imputación puramente objetiva del resultado producido, en los términos de la norma de valoración<sup>146</sup>. En otro orden de cosas, sin embargo, debe ponerse de relieve que quizá exagere FRISCH la fuerza de una argumentación de teoría de las normas, al identificar el comportamiento típico, como objeto del dolo, con el riesgo objetivo, a juzgar desde el *punto de vista del autor*, de causación del resultado o, en otras palabras, de concurrencia de los demás elementos típicos. En efecto, así supone la existencia, tras la ley penal, de una prohibición de actuar también para el caso en que la amenaza de una realización típica resulte tan sólo de la perspectiva del autor y no de la víctima<sup>147</sup>. Con ello, dicho autor no sólo ha ido, inadvertidamente, incluso más allá de lo sostenido por el finalismo radical, al cual combate en lo restante. Además, resulta que ha fundado su concepto de dolo sobre la base de una norma de determinación, no derivable necesariamente de la ley, que prohibiría infinitamente más de lo que puede castigarse según la norma de sanción del StGB<sup>148</sup>.

Así pues, las argumentaciones de teoría de las normas fundadas en la norma de determinación amenazan con producir, en el marco de un sistema jurídico-penal orientado a los fines, consecuencias todavía más radicales e impugnables que las alcanzadas por la concepción finalista radical. Ello determina que haya que mostrarse escéptico respecto a la formulación de una norma de determinación que alcance a todo el ámbito del comportamiento punible\*.

<sup>145</sup> CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (nota 4), § 15, n.ºs marginales 55 ss.; RUDOLPHI, en SK (nota 19) § 16, n.ºs marginales 31-32; JESCHECK, *op. cit.* (nota 9), pp. 250-251; SCHMIDHÄUSER, *op. cit.* (nota 77), pp. 401-402; todos con ulteriores referencias.

<sup>146</sup> Cfr. WOLTER, *op. cit.* (nota 21), p. 178. En cambio, si en estos casos el resultado se integrara como una mera condición objetiva de punibilidad —de modo correspondiente a una concepción del injusto que absolutice la norma de determinación—, no sería comprensible por qué las desviaciones del curso causal han de poder ser conocidas por el autor e imputables a título de culpabilidad.

<sup>147</sup> En *Vorsatz und Risiko* (nota 120), pp. 124, 127, 352 ss., 361.

<sup>148</sup> En efecto, la perspectiva objetiva *ex ante*, como solución intermedia entre una perspectiva objetiva *ex post* y una perspectiva *ex ante* puramente subjetiva, desde la óptica y con las capacidades del autor, sólo tiene sentido en el análisis de una situación que se prolonga en el tiempo, esto es, en la cuestión de si un determinado comportamiento lleva en sí el peligro de un resultado que ha de producirse después (sea éste de lesión, sea de peligro concreto, de modo que la distinción practicada por WOLTER, *op. cit.* —nota 21—, pp. 21, pp. 85 ss., 223 ss., entre una peligrosidad de la acción que juzgar *ex ante* y una puesta en peligro del bien jurídico, que determinar *ex post*, parece perfectamente fundada, frente a las críticas que le dirige FRISCH, *op. cit.* —nota 120—, pp. 120-121, nota 9). Dado que en los demás elementos típicos diferentes del resultado no puede distinguirse *a priori* entre circunstancias que se producen *ex ante* y que se producen *ex post*, para Frisch aparece aquí como criterio decisivo del enjuiciamiento del riesgo, en la práctica, únicamente la perspectiva del autor. Así, acaba por situar el prototipo del injusto... ¡en la «tentativa imprudente inidónea»!

\* Con esta alusión, entre otras (cfr., por ejemplo, la referencia en nota 97), Schünemann se

d) La panorámica sobre las tendencias de desarrollo del sistema teleológico del Derecho penal ha mostrado, pues, que no se trata de un sombrero mágico del que, de modo sencillo, sin problemas ni controversias, puedan extraerse consecuencias ya «acabadas». En efecto, ni puede exagerarse la renormativización del razonamiento sistemático jurídico-penal que con él se pretende, ni puede renunciarse por completo a lo que hemos heredado del sistema moderno del Derecho penal, conformado por la doctrina del injusto personal. Más bien la cuestión radica en conservar, a la luz del nuevo principio metodológico y sistemático, las nociones permanentes de la ciencia del Derecho penal, obtenidas en los últimos cien años, integrándolas, junto con las correcciones y mejoras que cabe esperar del razonamiento teleológico, en un nuevo sistema global, sin duda también abierto al progreso del conocimiento que nos deparará el futuro.

#### IV. VALOR Y OBJETIVOS DE LOS SIGUIENTES TRABAJOS

Los trabajos concretos sobre cuestiones jurídico-penales dogmáticas y sistemáticas que se han compilado en esta obra coinciden en el punto de partida: buscar la solución de las cuestiones materiales y sistemáticas en un principio de razonamiento orientado a fines y valores, esto es —formulado de otro modo—, pretender evitar precipitadas construcciones conceptualistas, con la consiguiente atrofia de los aspectos normativos. Por tanto, se entienden como pruebas a título de ensayo de un razonamiento jurídico-penal orientado a fines. Su dedicación, por completo polémica, al esquema de ROXIN en *Política criminal y sistema del Derecho penal*, que ha de entenderse como el desencadenante inicial, así como a la radical reconducción de la culpabilidad a la prevención practicada por JAKOBS, debe dejar claro que la base científica vinculante del razonamiento no consiste en concretas hipótesis materiales que pudieran plasmarse en doctrinas ortodoxas. Más bien el elemento aglutinante viene dado por el planteamiento explícitamente normativo y por el rechazo de las construcciones y deducciones puramente conceptualistas, que no estén fundadas normativamente o lo estén en medida insuficiente.

1. Por ello, en el trabajo programático de RUDOLPHI se emprende el intento de demostrar el desarrollo de los concretos niveles sistemáticos del Derecho penal a partir de su fin (la prevención de lesiones de bienes jurídicos), no sólo en el caso de la culpabilidad, que viene ocupando el primer plano, sino

---

distancia de la sistemática defendida entre nosotros por Mir Puig. Ello merecería un detenido estudio, sobre todo si se parte de que la obra de Mir constituye la manifestación más completa de un sistema funcional existente en nuestro país. Cfr. sobre ella, MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., Barcelona, 1982, así como su *Derecho Penal*, PG, Barcelona, 1985, pp. 87 ss. Cfr., por lo demás, sobre las obras generales que en España merecen el calificativo de «funcionalistas», PERRON, «Literaturbericht. Spanien: Strafrecht AT. Lehrbücher und lehrbuchartige Darstellungen», *ZStW*, 99 (1987), pp. 543-566, pp. 558-564, aludiendo a Gimbernat, Bustos, Mir, Muñoz Conde y Gómez Benítez. (N. del T.)

también en el injusto. En último término, se trata aquí de liberar al sistema teleológico de una doble confusión en la que la concepción inicial de ROXIN había de caer por dos motivos. En primer lugar, porque el principio de *nulla poena*, apuntado por ROXIN como valor rector para el ámbito de la tipicidad, constituye un criterio puramente formal y meramente limitador, no resultando idóneo para proporcionar una línea directriz positiva, susceptible de ser concretada. Por otro lado, porque el criterio rector de la «solución social de conflictos», que es el ofrecido para el ámbito de la antijuridicidad, básicamente no proporciona un valor de referencia normativo, sino únicamente un diagnóstico descriptivo.

2. A estos puntos se dedica también el trabajo de AMELUNG, cuya «crítica», según él mismo apunta, no pretende una impugnación, sino un desarrollo del sistema teleológico del Derecho penal fundado por ROXIN. Precisamente por ello AMELUNG procede a sustituir el principio de *nulla poena*, que resultaba problemático como valor rector en el ámbito de la tipicidad, por la función de expresar el injusto agravado (es decir, de dañosidad social calificada). Hecho esto, prosigue tratando de sacar partido, también para las causas de justificación, de la distinción, planteada en la tipicidad, entre «mera antijuridicidad» e «injusto específicamente jurídico-penal, esto es, con merecimiento y necesidad de pena». En el concreto ámbito de la justificación, distingue, adhiriéndose a GÜNTHER, entre causas de disminución del injusto, que excluyen (simplemente) la cualidad de injusto jurídico-penal, y auténticas causas de justificación, que excluyen el injusto de modo completo. Una diferenciación similar la desarrolla AMELUNG también en el ámbito de la culpabilidad, distinguiendo entre «causas de exclusión de la responsabilidad», que eliminan tanto la necesidad preventivo-general de pena como la preventivo-especial y por ello no excluyen sólo la imposición de una pena sino también la de una medida, y causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto, que simplemente eliminan la necesidad preventivo-general de pena, sin oponerse, en cambio, a la aplicación de una medida impuesta por razones de prevención especial. Dado que tales diferenciaciones no se derivan de pretendidas estructuras lógico-objetivas, sino de principios normativos, el razonamiento de AMELUNG se mueve plenamente en la línea del pensamiento penal orientado a los fines mostrado por ROXIN.

3. En el trabajo de WOLTER se sigue el razonamiento teleológico hasta las más sutiles ramificaciones de la doctrina de la imputación objetiva. En concordancia con el trabajo de RUDOLPHI, WOLTER deriva del fin del Derecho penal (la protección preventiva de bienes jurídicos) la concepción de las normas jurídico-penales como prohibiciones de formas de comportamiento objetivamente peligrosas, reconociendo como prototipo del injusto no la tentativa inidónea (en la línea de los epígonos radicales del finalismo), sino el comportamiento objetivamente peligroso. Al proceder WOLTER a distinguir cuidadosamente la imputación objetiva, como relación de riesgo, de la imputación personal, como dolo e imprudencia, y de la imputación individual, como posibilidad de actuar de otro modo, en los grupos de casos tradicionales (desde el caso del sobrino y el de la tormenta hasta la *aberratio ictus*), parece que las nu-

meras cuestiones materiales controvertidas se contestan casi por sí mismas mediante tal diferenciación sistemática fundada normativamente. De este modo, WOLTER prueba ejemplarmente que una construcción del sistema adecuada al sustrato y suficientemente diferenciada implica, a la vez, la adopción de decisiones de contenido (y viceversa).

4. Mientras que los primeros trabajos desarrollan las consecuencias del sistema teleológico particularmente en el plano del injusto, los tres últimos están dedicados a las novedades y controversias aparecidas en el nivel sistemático de la «culpabilidad» en sentido amplio. ACHENBACH y SCHÜNEMANN se ocupan de la cuestión de si la reconducción de la culpabilidad a la prevención general, difundida por JAKOBS, constituye un desarrollo consecuente del sistema teleológico o, más bien, su *reductio ad absurdum*. Mientras que ACHENBACH se decide en favor de JAKOBS, por entender realizadas las garantías del principio de culpabilidad ya en una «prevención de integración» orientada a la idea de justicia y tendente a la confirmación del Derecho y, con ello, a la aceptación social, en el siguiente trabajo de SCHÜNEMANN se pretende probar que la culpabilidad, como principio de legitimación, ni puede ser sustituido por la categoría utilitaria de la prevención general, ni puede reconducirse a ella. En efecto, en el marco de un razonamiento teleológico no puede renunciarse a una justificación («legitimación») de las intervenciones del Estado independiente de consideraciones de utilidad. Así pues, se aboga por una clara diferenciación de la categoría tradicional de la «culpabilidad en sentido amplio» en culpabilidad en sentido estricto (poder actuar de otro modo en términos ontológicos), por un lado, y «responsabilidad», como expresión de necesidades preventivas, por otro. Ello rechazando con argumentos de filosofía del lenguaje los ataques de los agnósticos a la concepción clásica de la culpabilidad, que implica el libre albedrío, reduciendo la culpabilidad a cumplir una función de limitación del razonamiento jurídico-penal utilitarista y poniendo en práctica tal «cambio de función» también en lo que hace al papel de la culpabilidad en la medición de la pena.

5. En el último trabajo, debido a HAFFKE se profundiza y desarrolla, mediante el ejemplo de la agravación por reincidencia del § 48\*, la tesis de JAKOBS de que, en realidad, la culpabilidad no se determina empíricamente, sino que se imputa normativamente, con lo cual el principio de culpabilidad por el hecho, si bien en la aplicación del Derecho se mantiene nominalmente en pie, *de facto* resulta haber desaparecido. Las consideraciones que HAFFKE hace al respecto, de crítica a la ideología ponen claramente de relieve que únicamente un desarrollo sistemático de la noción de culpabilidad puede garantizar perfectamente que se ponga de manifiesto el carácter, sólo aparentemente descriptivo, de la realidad del Derecho penal, y que se dé luz sobre el programa informal que inspira realmente la aplicación del Derecho, haciendo posible su crítica. El descubrimiento de los fundamentos reales de las decisiones puede

---

\* La agravante específica de reincidencia fue derogada en la República Federal de Alemania por medio de la 23.ª Ley de Reforma Penal de 13 de abril de 1986 (con posterioridad, por tanto, a la edición alemana de esta obra). (N. del T.)

conducir o bien a una reprobación de la práctica, o bien a una adaptación de la teoría. Esto último sucede cuando la necesidad intensificada de pena, que evidentemente desencadena la agravación por reincidencia, se toma en el trabajo de SCHÜNEMANN como argumento para el cambio de función de la culpabilidad en la medición de la pena que en él se exige.

6. En suma, los seis trabajos no aportan una «nueva imagen del sistema teleológico del Derecho penal», elaborada hasta los últimos detalles, sino que constituyen la prueba de lo extraordinariamente fructífera y dinámica que resulta la renormativización del pensamiento de la ciencia del Derecho penal que aquí se muestra.

# El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal\*

por HANS-JOACHIM RUDOLPHI

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Los preceptos legales contiene invariablemente *imperativos*, esto es, prohibiciones o mandatos de un actuar humano. Por ello, la finalidad inmediata de las directivas jurídicas de comportamiento es siempre la omisión o la realización de una determinada *conducta humana*. Con todo, el sentido y fin de los imperativos jurídicos no se agota en determinar a los individuos sometidos a ellos a la realización de ciertas acciones u omisiones. Más bien la misión de dichos imperativos, trascendente a lo anterior, consiste en motivar a los destinatarios de las normas, a través de mandatos y prohibiciones, para que *no dañen, protejan* de peligro, o incluso creen positivamente determinadas *realidades que se estiman valiosas*. Si, por tanto, en el caso del Derecho nos hallamos siempre ante una institución para la consecución de ciertos fines, es preciso concluir que su contenido sólo puede inferirse plenamente a partir de los fines que persigue.

En lo que hace al Derecho penal, lo anterior significa no sólo que la interpretación de los concretos tipos penales de la Parte Especial debe orientarse a su fin de protección, sino también que las *teorías generales* del Derecho penal, en especial los principios relativos a los diversos niveles de la imputación jurídico-penal, deben ser dotados de contenido atendiendo a la definición de los fines del Derecho penal del Estado. El contenido y presupuestos tanto de las normas penales de conducta como de las normas penales de sanción deben determinarse, asimismo, a partir de los fines y objetivos de un Derecho penal estatal\*\*

---

\* Este trabajo se reduce sustancialmente a exponer en forma resumida principios ya existentes que explican los diversos niveles de la imputación jurídico-penal a partir del fin del Derecho penal del Estado. De ahí que las citas bibliográficas se limiten también a referir algunas obras en las que dichos principios se han desarrollado en forma más detallada.

\*\* RUDOLPHI se sirve aquí de la dualidad existente entre *Verhaltensnorm* (norma de conduc-

Sin embargo, en curiosa contraposición con lo anterior, se da ciertamente la circunstancia de que las teorías generales del Derecho penal a menudo no son inferidas de los fines que se marca el Derecho penal del Estado ni de los objetivos perseguidos por las sanciones jurídico-penales. Más bien, independientemente de lo anterior, o incluso en abierta oposición a ello, son derivadas de otras realidades. Un ejemplo de ello lo ofrece sobre todo la sistemática finalista del delito, desarrollada por WELZEL, que deduce los diversos presupuestos generales de la punibilidad, como la acción humana, la imputación objetiva y subjetiva de los resultados del hecho injusto (*Unrechtserfolgen*) y hasta la culpabilidad, como imputación individual de un hecho injusto, de datos ópticos<sup>1</sup>. Pero también al margen de la misma tiene lugar un desarrollo de las doctrinas generales sobre tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad que, a menudo, prescinde de referirse, al menos expresamente, a los fines del Derecho penal del Estado y a los objetivos de las sanciones penales. En lo que sigue se tratará de fundamentar, en un esbozo de ideas necesariamente sucinto, la legitimidad de los diferentes niveles de la imputación jurídico-penal, así como de dotarles de un contenido, todo ello a partir de los fines y objetivos del Derecho penal del Estado.

## II. EL FIN DEL DERECHO PENAL COMO BASE DE LA IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL

1. Según la Constitución, al Derecho penal le corresponde la misión de proteger de posibles ataques la normal convivencia de los individuos en nuestra actual sociedad configurada por la Ley Fundamental; esto es, de evitar el comportamiento socialmente dañoso. Su función se limita, de modo análogo a lo que ocurre en el Derecho policial, a la defensa frente a peligros. Tiene por objeto una *protección preventiva de bienes jurídicos*<sup>2</sup>.

Para la consecución de tal objetivo, el Derecho penal se sirve de medios que le son propios. Son éstos, ante todo, la conminación penal, la imposición de la pena y la ejecución de ésta, incluida la ejecución penitenciaria. Con los referidos medios, el Derecho penal se esfuerza por garantizar la observancia de las normas penales de conducta. El fin inmediato de la conminación penal, la imposición y la ejecución de la pena, es decir, de la norma penal, es, por tanto, la estabilización o la mera imposición de las normas que existen para

---

ta) y *Sanktionsnorm* (norma de sanción), cuyo empleo se ha hecho usual en Alemania. En España sigue siendo más común la terminología, paralela a aquélla, «norma primaria»/«norma secundaria». Obsérvese, por lo demás, que en la expresión «*Verhaltensnorm*» se comprende ya una toma de posición: el comportamiento humano es el objeto básico de las normas jurídico-penales (y no el resultado). (*N. del T.*)

<sup>1</sup> WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, pp. 33 ss.; id, *Vom Bleibenden und Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, 1964.

<sup>2</sup> Cfr. sobre esto RUDOLPHI, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK)*, t. 1, *Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., 1981 ss., n.ºs marginales 1 ss. previos al § 1, con más referencias.

la protección de los bienes jurídicos, los mandatos y prohibiciones como pauta vinculante del comportamiento humano.

En particular, ello significa lo siguiente: con la conminación penal el legislador pretende impedir infracciones de las normas penales de conducta, amenazando a todo aquel que contraviene una de éstas con la imposición de un mal. Así pues, la *conminación penal* persigue, en primer lugar, una finalidad *preventivo-general*<sup>3</sup>. El que no desiste de la realización de la acción prohibida por el propio contenido de valor de la norma de conducta debe (probablemente) ser motivado mediante la conminación de un mal para que omita dicha acción prohibida. Por contra, la *imposición de la pena* persigue una mayor *pluralidad de fines*. Por un lado, pretende, mediante la desaprobación de la conducta antinormativa realizada, *confirmar la norma* infringida y, con ello, puesta en cuestión —en cuanto a su vigencia— por el autor, *estabilizando* (de modo contrafáctico) la confianza general en la observancia de las normas penales de conducta; esto es, asegurar de modo preventivo-general para el futuro la vigencia fáctica y normativa de la norma de conducta vulnerada. Sin embargo, al mismo tiempo, la imposición de la pena pretende también la finalidad preventivo-especial de determinar al concreto autor hacia el respeto y observancia de la norma de conducta que infringió. Esta última finalidad adquiere todavía mayor importancia en el ámbito de la ejecución de la pena. Aquí se sitúa en primer plano la función de mover al autor al respeto de las normas jurídicas de conducta mediante una ejecución resocializadora, la única con sentido; en otras palabras, reforzar sus modelos normativos de comportamiento.

2. Así pues, si la finalidad de la conminación penal, la imposición de la pena y la ejecución de ésta es —resumiendo breve y simplificada— tanto reafirmar las normas penales de conducta de modo preventivo-general frente a todos como imponerlas de modo preventivo-especial frente al concreto autor, esto es, en fin, el *garantizar la vigencia fáctica y normativa de estas normas*, aquéllas deben manifestarse como medios idóneos, necesarios y proporcionados para ello<sup>4</sup>. Tanto la norma de sanción (la conminación penal) como su realización mediante la imposición y la ejecución de la pena deben atender a los criterios de la idoneidad, la necesidad y la proporción. De ello resulta ya una pluralidad de cuestiones:

*En primer lugar*, las conminaciones penales sólo constituyen un medio apropiado para asegurar la vigencia fáctica y normativa de las normas penales de conducta si y en la medida en que se dirigen contra aquellas infracciones normativas que el autor individual habría podido *evitar*. Pues sólo existe una posibilidad de disuadir al infractor de las normas penales de conducta por la perspectiva de sufrir el mal de la pena con que se le amenaza, en el caso de que dicho autor continúe siendo *capaz* de observar dicha norma. Asimismo, la im-

<sup>3</sup> Cfr. sobre esto y lo que sigue, sobre todo, ROXIN, *JuS*, 1966, pp. 377 ss.

<sup>4</sup> Cfr., sobre esto, RUDOLPHI, *SK* (nota 2), n.ºs marginales 12 ss. previos al § 1, con más amplias referencias.

posición y ejecución de la pena sólo aparecen como necesarias y justificadas, en principio, en el caso de que el autor haya puesto en cuestión la vigencia de la norma mediante una infracción que para él fuera personalmente evitable. Únicamente con estos presupuestos cabe la posibilidad de que la pena desarrolle sus característicos efectos preventivo-generales y preventivo-especiales, que establezca o, como mínimo, imponga la vigencia de la norma de conducta vulnerada, tanto frente a los individuos en general, como frente al concreto autor.

*En segundo lugar*, sin embargo, el recurso a la pena como medio de prevención general y especial sólo se muestra proporcionado si presupone que el autor y los ciudadanos en general son sujetos *racionales*, capaces para la auto-determinación, y no objetos que puedan ser adiestrados a placer. Por ello, ni la prevención general significa simple intimidación, ni la prevención especial significa «doma».

Pues bien, de ello se sigue, *en tercer lugar*, que la pena presupone *culpabilidad*, en el sentido de imputabilidad individual de la vulneración de la norma. Por tanto, la pena sólo es razonable y proporcionada por razones preventivo-generales y preventivo-especiales si y en la medida en que es impuesta y ejecutada con motivo de una infracción normativa individualmente imputable y con la finalidad de evitar futuras infracciones también individualmente imputables<sup>5</sup>. En particular, lo anterior significa que la imposición de la pena requiere que el autor fuera capaz de evitar su comportamiento antinormativo mediante la adecuación de su decisión voluntaria a lo establecido por la norma infringida por él. Así pues, entre los presupuestos típicos de la norma de sanción se cuentan, junto a la infracción de una norma jurídico-penal de conducta, la *reprochabilidad individual*, esto es, en concreto, la *imputabilidad* en los términos de los §§ 19-21 y el *conocimiento potencial de la antijuridicidad*.

Con la alusión a la *imputabilidad individual* de la infracción de la norma de conducta se alude a un presupuesto necesario, desde luego, de la sanción estatal; sin embargo, en modo alguno se trata de un presupuesto suficiente. Más bien es necesario, *en cuarto lugar*, que la pena, sobre la base de sus efectos preventivo-generales y preventivo-especiales, resulte imprescindible para asegurar en su vigencia a la norma puesta en cuestión por una infracción normativa individualmente imputable. Ello no se da en los supuestos de las causas jurídico-penales de *exculpación*. Si, por ejemplo, el autor mata a un hombre en estado de necesidad exculpante, para salvarse de la muerte a sí mismo o a un pariente, ciertamente concurre una transgresión de la prohibición de matar individualmente imputable al autor. Sin embargo, a la vista de la excepcional e impredecible situación de necesidad, y de la disminución de injusto y culpabilidad que la misma provoca, la imposición de una sanción penal se muestra innecesaria<sup>6</sup> tanto por consideraciones preventivo-generales como preven-

<sup>5</sup> Sobre esto, más detalladamente, ROXIN, *JuS*, 1966, pp. 377 ss.

<sup>6</sup> Cfr., más detalladamente, ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.ª ed, 1973, pp. 33-34; *FS f. Henkel*, 1974, pp. 183 ss.; *FS f. Bockelmann*, 1979, pp. 282 ss.; RUDOLPHI, *SK* (nota 2), n.º marginal 1.a.f previo al § 19.

tivo-especiales\*. En efecto, una sanción jurídico-penal sería aquí más dañosa que provechosa: ello porque habría de recaer sobre un autor completamente integrado, que sólo a partir de la excepcionalidad de la situación ha llegado a cometer un hecho excusable; además, a la vista de lo inusual de tales casos, el recurso a dicha sanción penal es innecesario para la consolidación de la conciencia general sobre las normas. Así pues, si el legislador prescinde de la pena por razones de *inexigibilidad*, ello encuentra su explicación en el hecho de que el autor, a través de su hecho individualmente imputable, no ha puesto en cuestión la norma penal de conducta infringida en una forma tal que precisara para su estabilización de la imposición de una pena por razones preventivo-generales o preventivo-especiales.

3. Con todo, aún es preciso aludir al hecho de que, con la constatación de que la imposición de la pena es superflua, tanto por razones preventivo-generales como preventivo-especiales, para confirmar en su vigencia a la norma de conducta infringida de modo culpable por el autor, todavía no se ha tomado la última decisión sobre el «si» de la pena. De este modo, es absolutamente imaginable que otros intereses preponderantes se opongan al interés en la protección preventiva de los bienes jurídicos y que, por ello, el legislador, para la salvaguarda de dichos intereses, renuncie a la pena, en sí debida y justificada en aquel interés, por una protección preventiva de bienes jurídicos. En esta idea hallan su explicación y justificación, en especial, las llamadas *condiciones objetivas de punibilidad y causas personales de exclusión de la pena*<sup>7</sup>.

4. Como resultado de las consideraciones precedentes, cabe, pues, constatar lo siguiente: la pena presupone *imputabilidad individual de la infracción* de la norma, así como *exigibilidad* de un comportamiento adecuado a dicha norma. Ambos presupuestos de la punibilidad se derivan, en cuanto a su justificación, del reconocimiento de que la pena sólo está justificada cuando es un medio apropiado, proporcionado e indispensable para impedir, de forma preventivo-general y preventivo-especial, infracciones de normas de conducta jurídico-penales. Esto, sin embargo, no significa<sup>8</sup> que la culpabilidad, en sus dos elementos, a saber, la imputabilidad individual y la exigibilidad, sea sim-

---

\* RUDOLPHI acoge aquí una doctrina en auge en Alemania, pero que en España no parece haber sido acogida, antes bien al contrario. Es ésta la tesis de la «doble disminución de injusto y culpabilidad» (*doppelte Schuldminderung*) como fundamento de la exención de responsabilidad penal en los supuestos de las causas de exculpación. Según ella, en estos casos concurre, sí, culpabilidad (no son, pues, causas de exclusión de la culpabilidad); sin embargo, se produce una disminución de lo injusto (porque el autor pretende salvar un bien jurídico) y de la imputabilidad (porque el autor se halla en una situación de «coacción psicológica»). La culpabilidad —culpabilidad por el hecho antijurídico— se ve doblemente disminuida por el menor contenido de injusto del hecho y la menor imputabilidad. En esas condiciones, el legislador estima oportuno prescindir de la pena, que sería innecesaria en términos preventivo-generales y preventivo-especiales. (*N. del T.*)

<sup>7</sup> Cfr., sobre ello, ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (nota 6), P. 36; RUDOLPHI, *SK* (nota 2), n.º marginal 12 previo al § 19, con más amplias referencias.

<sup>8</sup> Así, ante todo, JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976.

plemente una derivación de la idea de prevención. Más bien la noción de culpabilidad mantiene su autonomía, precisamente porque sirve para limitar las necesidades de la protección preventiva de bienes jurídicos a la medida proporcionada, esto es, aquella que pueda hacerse compatible con la autonomía y dignidad del hombre<sup>9</sup>. Además, finalmente, la imposición de la pena se limita también a aquellos casos en los que el interés en una protección preventiva de bienes jurídicos no resulta compensado por otros intereses legítimos preponderantes.

### III. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DE LA CONDUCTA

Dediquémonos ahora a las *normas penales de conducta*, cuya estabilización y puesta en práctica son misión de la norma de sanción, es decir, de la conminación penal, así como de la imposición y ejecución de la pena. El fin de aquéllas es la lucha contra las conductas socialmente dañosas. Por ello prohíben la lesión de bienes jurídicos o mandan la salvación de bienes jurídicos. Una más detallada información sobre el contenido de los mandatos y prohibiciones jurídico-penales puede obtenerse ya a partir de su propia atribución de fines, pero también del hecho de que el Estado se sirve para su estabilización y puesta en práctica de las posibilidades de eficacia de la pena.

1. De la *finalidad* de las normas penales de conducta —evitar lesiones de bienes jurídicos por comportamientos humanos— se sigue, en primer lugar, que se dirigen a todos los ciudadanos. De ahí cabe desprender que sólo puede ser objeto de los mandatos y prohibiciones penales aquello que al hombre le es posible, por principio, hacer u omitir. Las personas, por tanto, no son destinatarias de las normas en su respectiva individualidad, sino sólo según su naturaleza general como seres racionales, capaces para la autodeterminación y el dominio del acontecer causal. Modificando una formulación ideada por LARENZ para la imputación objetiva<sup>10</sup>, cabe señalar que «destinatario de las normas penales de conducta no es el hombre concreto, en especial, sino el concepto abstracto de un hombre de capacidad normal, o, más bien, el hombre concreto simplemente en su naturaleza general, en tanto que es ser racional, persona». Así pues, materia de prohibición o de mandato no es lo imputable en su concreta individualidad, sino sólo la acción imputable objetivamente al mismo sobre la base de su capacidad general humana para la conducción del proceso causal. Esta idea aparece confirmada si incluimos en nuestras considera-

<sup>9</sup> Cfr. al respecto, en especial, STRATENWERTH, *Die Zukunft des Schuldprinzips*, 1977; RUDOLPHI, SK (nota 2), n.ºs marginales 1 ss. previos al 19; íd., *Das virtuelle Unrechtsbewusstsein als Strafbarkeit voraussetzung im Widerstreit zwischen Schuld und Prävention*, cuaderno n.º 7 de la *Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung*, 1981. [de la primera de las obras citadas existe traducción española bajo el título de *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, trad. Bacigalupo/Zulgaldía, Madrid, 1980. (N. del T.)]

<sup>10</sup> *Hegels Zurechnungslehre*, 1927, pp. 76 ss.

ciones la finalidad de la norma jurídico-penal de sanción. En efecto, la posibilidad de confirmar y poner en práctica las normas penales de conducta, de modo preventivo-general frente a todo y de modo preventivo-especial frente al concreto autor, por los medios de la conminación penal, la imposición y la ejecución de la pena, requiere que estas normas tengan un contenido independiente de la respectiva individualidad del sujeto afectado, esto es, un contenido general y válido para todos.

2. Sin embargo, de la finalidad de las normas penales de conducta, al igual que de la propia de las normas de sanción, se deriva todavía otra cuestión. Sólo pueden ser acciones que —contempladas desde un punto de vista *ex ante*—, según el conocimiento empírico de nuestro tiempo, lesionarian de modo posible, probable, o incluso con una probabilidad rayana en la seguridad, el bien jurídico respectivamente protegido<sup>11</sup>. Las prohibiciones jurídico-penales, por tanto, contienen sólo *prohibiciones de acciones objetivamente peligrosas*<sup>12</sup>. Constituyen prohibiciones de poner en peligro (*Gefährdungsverbote*). Sin embargo, con ello simplemente queda circunscrito el posible contenido de las prohibiciones penales. Una posibilidad que prácticamente nunca es agotada por el legislador. Éste, por regla general, limita más bien sus prohibiciones a determinadas conductas peligrosas y, además, exige mayoritariamente que el autor obre con dolo de lesión o de peligro. De ahí que la prohibición de poner en peligro de modo imprudente constituya una auténtica excepción.

Lo que se ha señalado en cuanto al contenido de las prohibiciones penales de actuar es válido, *mutatis mutandis*, también para los mandatos de actuar. Éstos contienen tan sólo mandatos concretamente determinados de enfrentarse a situaciones de peligro, o bien —formulado de otro modo— mandatos de observancia de las posibilidades de salvación —descritas de modo concreto— que se dan en una perspectiva *ex ante* para el bien jurídico amenazado según el conocimiento empírico de nuestro tiempo.

3. Por lo que respecta a los *enunciados permisivos* jurídico-penales, todo ello significa que los mismos constituyen *excepciones* a las prohibiciones de poner en peligro o a los mandatos de combatir el peligro existente. En las infracciones de prohibiciones de actuar, el fundamento material de este principio puede radicar, por un lado, en el hecho de que la acción peligrosa prohibida, debido al consentimiento del titular del bien jurídico en peligro, excepcio-

---

<sup>11</sup> Cfr., al respecto, RUDOLPHI, SK (nota 2), n.ºs marginales 57 ss. previos al § 1, con más amplias referencias.

<sup>12</sup> Una excepción a esta regla general viene dada tan sólo por el § 22, en la medida en que sanciona también la tentativa inidónea, esto es, objetivamente no peligrosa, con el fin de neutralizar la impresión de conmoción del Derecho que suscita la existencia de un dolo dirigido a la realización de una acción típica, es decir, objetivamente peligrosa, y exteriorizado como tal. [En términos discrepantes, por entender que también en la tentativa inidónea se da un peligro objetivo *ex ante*, se pronuncia en la doctrina española FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito*, Barcelona, 1986, pp. 277 ss. (*N. del T.*)]

nalmente no amenaza con causar lesión alguna de dicho bien jurídico protegido; también, por otro lado, en la circunstancia de que la acción peligrosa para un bien jurídico se muestra a la vez necesaria para la salvación de otro bien jurídico y, por ello, resulta aprobada por el ordenamiento en virtud del principio del *interés preponderante*. La justificación sobre la base del principio del *interés preponderante* significa que el ordenamiento jurídico permite una acción peligrosa porque valora más las posibilidades de salvación generadas por ella que la peligrosidad que le es inherente<sup>13</sup>. Del mismo modo que la prohibición de una determinada acción sólo puede deberse a su peligrosidad para un determinado bien jurídico, a la inversa la permisión de una conducta en sí prohibida\* se fundamenta, en los casos discutidos, sólo por las posibilidades de salvación creadas por ella. De todo lo anterior se sigue, además, que, para la permisión de una conducta peligrosa en sí prohibida, carece de significado si ésta —contemplada desde una perspectiva *ex post*— se muestra idónea para la salvación o no; es decir, que no es relevante que se realicen las posibilidades de salvación generadas por ella y, de tal modo, se cree un valor de resultado que finalmente compense el desvalor de resultado existente. Más bien lo decisivo para el decaimiento de la antinormatividad de una conducta peligrosa en sí prohibida es, simplemente, que dicha conducta —contemplada desde una perspectiva *ex ante*— genere, según el saber empírico de nuestro tiempo, posibilidades de salvación para otros bienes jurídicos amenazados, y que el ordenamiento jurídico valore en mayor medida tales posibilidades de salvación generadas por ella que la peligrosidad inherente a la misma. Lo mismo vale *mutatis mutandis*, para la justificación de las infracciones contra los mandatos jurídico-penales de actuar. Así, el incumplimiento de un mandato de aprovechar una posibilidad de salvación está permitido si la realización de la conducta adecuada para tal salvación genera, a su vez, peligros para otros bienes jurídicos y el ordenamiento jurídico valora en más estos peligros que las posibilidades de salvación.

4. En consecuencia, cabe constatar lo siguiente: sólo pueden constituir objeto idóneo de las normas penales de comportamiento aquellas conductas que —contempladas desde una perspectiva *ex ante*— son valoradas, según el saber empírico de nuestro tiempo, o peligrosas o adecuadas para la salvación, y, con ello, dejan en principio abierta al destinatario de las normas la posibilidad de omitirlas a causa de su peligrosidad o de realizarlas a causa de su aptitud para

<sup>13</sup> Cfr., al respecto, RUDOLPHI, *Ged. f. Schröder*, 1979, pp. 81 ss.

\* La terminología de la que se sirve Rudolphi en esta frase (permisión de una conducta en sí prohibida) es reflejo de las tesis dominantes, según las cuales la conducta típica está ya prohibida y sólo posteriormente, en virtud de la concurrencia de una causa de justificación, queda excepcionalmente permitida en ese caso concreto. Una consideración esquemática de esta doctrina, desde perspectivas críticas, se contiene en SILVA SÁNCHEZ, «Recensión de Schüneman, "Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars"», 1. Teil, *G.A.*, 1985, pp. 34 1-380», en *ADPCP*, 1987, pp. 537-548, concretamente 539-540.

la salvación. Del mismo modo, sólo son objeto de las disposiciones penales permisivas aquellas acciones que —contempladas *ex ante*— o bien abren posibilidades de salvación valoradas en mayor medida, o bien crean peligros mayores para otros bienes jurídicos. Todo esto no sólo se sigue irrefutablemente de la finalidad de las normas penales de conducta —impedir los comportamientos socialmente dañosos y propiciar comportamientos socialmente útiles—, sino también del objetivo de la norma penal de sanción —confirmar la norma puesta en cuestión por el comportamiento antinormativo, tanto en forma preventivo-general frente a todos los ciudadanos, como en modo preventivo-especial frente al concreto autor, reafirmando en su vigencia—. En efecto, sólo si al autor le es imputable objetivamente su comportamiento, precisamente en su peligrosidad objetiva o en su aptitud salvadora, puede darse la necesidad de restablecer la confianza en las normas, conmovida por la realización de la acción prohibida o la omisión de la acción mandada, y de contrarrestar de modo preventivo-general y preventivo-especial la creación de peligro prohibida o la omisión antinormativa de combatir el peligro.

#### IV. LA IMPUTACIÓN PERSONAL

Si tanto las normas de conducta como las normas de sanción requieren, para su incidencia, la imputabilidad objetiva de la peligrosidad o de la aptitud salvadora de la concreta acción humana, ello implica, de por sí, una última exigencia, a saber, que la acción que contiene en sí la peligrosidad o bien la aptitud salvadora sea evitable o realizable, respectivamente, para el concreto autor. Con ello<sup>14</sup> se alude al concepto de comportamiento humano como elemento delimitador o —formulado positivamente— al requisito de un *comportamiento personalmente imputable*. La pena, como medio preventivo-general y preventivo-especial, sólo es apropiada para evitar o propiciar aquellas acciones corporales que le son posibles al autor individual, sobre la base de su capacidad de conducir su comportamiento externo. Por tanto, desde el principio sólo pueden ser objeto de las normas penales de conducta aquellos procesos humanos de reacción que resultan accesibles a una conducción consciente<sup>15</sup>. Sólo en tal caso se da un modelo de comportamiento que pueda ser llevado a la práctica mediante el instrumento de la pena en términos preventivo-generales y preventivo-especiales. De todos modos, debe seguir observándose que, con la constatación de que una determinada forma de reacción es accesible a una conducción consciente, esto es, dominable, aún no se ha decidido concluyentemente la cuestión de su imputabilidad personal. En efecto, resulta perfectamente posible que el ordenamiento jurídico no exija siempre de quienes se hallan sometidos a él que agoten efectivamente todas las posibilidades de domi-

<sup>14</sup> Cfr. al respecto, más detalladamente, ROXIN, *Gedrschr. f. Radbruch*, 1968, pp. 262 ss.; RUDOLPHI, *SK* (nota 2), n.ºs marginales 17 ss. previos al § 1, con más amplias referencias.

<sup>15</sup> Así también ya STRATENWERTH, *FS f. Welzel*, 1974, p. 303.

nio de sus reacciones corporales. Más aún, el ordenamiento renunciará de modo no infrecuente a ello, tanto por razones de economía punitiva, como sobre la base del reconocimiento del hecho de que el empleo de la pena puede ser innecesario o desproporcionado, en casos extremos, para impedir o propiciar reacciones que resultarían muy difícilmente conducibles. Con ello se plantea también, en el marco de la imputación personal, la cuestión normativa de qué grado de dominio corporal exige del ciudadano el ordenamiento jurídico; esto es, por ejemplo, en qué medida ha de ser irresistible una fuerza para que la reacción desencadenada ya no pueda atribuírsele al afectado ni siquiera en el nivel de la imputación personal.

## V. LOS CONCRETOS NIVELES DE IMPUTACIÓN

Resumiendo el resultado de nuestras reflexiones, se dan los siguientes niveles de la imputación jurídica-penal, deducibles de la finalidad preventiva del Derecho penal del Estado:

### 1. LA IMPUTACIÓN PERSONAL DEL COMPORTAMIENTO EXTERNO

Ésta requiere que el autor, sobre la base de sus capacidades individuales, corporales e intelectuales, tuviera la posibilidad de conducir —esto es, evitar o producir— conscientemente aquellas acciones corporales que, respectivamente, han provocado la puesta en peligro del bien jurídico protegido, o habrían generado una posibilidad de salvación. Además, al autor ha de serle exigible, según los baremos del ordenamiento jurídico, el empleo de la fuerza necesaria para tal conducción consciente del comportamiento externo. Por tanto, en la imputación personal del comportamiento externo no se trata sólo de una cuestión empírica, sino también de la cuestión normativa de qué medida de aplicación de fuerza se exige de los ciudadanos para el dominio de sus formas externas de comportamiento.

### 2. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL COMPORTAMIENTO ANTINORMATIVO

a) Con ella se exige, en primer lugar, la imputabilidad del comportamiento humano externo en su peligrosidad para el bien jurídico protegido, desaprobada por la norma de conducta. Los presupuestos de este juicio de imputación son dos: a saber, en primer lugar, que desde una perspectiva *ex ante*, y según el saber empírico de nuestro tiempo, la acción realizada se muestre *peligrosa* para el bien jurídico protegido, o bien la acción omitida aparezca como apropiada para salvar dicho bien; y, en segundo lugar, que dicha creación de peligro esté, en principio, *jurídicamente prohibida\**, o el aprovechar la posibilidad de salvación, jurídicamente mandado.

---

\* Exigir que el riesgo que es presupuesto de la imputación sea jurídicamente prohibido plantea algunos problemas si se entiende que la concurrencia de causas de justificación elimina el carácter

De aquí se sigue, para la teoría jurídico-penal de lo injusto, que la peligrosidad antinormativa del comportamiento imputable al autor, esto es, el *desvalor de la peligrosidad objetiva* de dicho comportamiento, conforma un elemento esencial del *desvalor de la acción*<sup>16</sup>. Sin embargo, a ello debe añadirse, en los delitos dolosos, que el autor pretenda la causación del resultado típico mediante la realización de la acción peligrosa o la omisión de la acción adecuada para la salvación; y, en los delitos imprudentes, que la peligrosidad de la conducta realizada o bien la idoneidad salvadora de la conducta omitida fueran *previsibles*, de modo que el desvalor de la peligrosidad de la conducta del autor pueda imputarse también subjetivamente a éste como dolosa o imprudentemente realizada. Así pues, los elementos constitutivos del comportamiento antinormativo, esto es, de lo *injusto de la conducta*, son básicamente, el *desvalor de la peligrosidad objetiva* del comportamiento y el *desvalor de la intención*<sup>17</sup> (dolosa o imprudente) como componente subjetivo de lo injusto. Una excepción a lo anterior viene dada únicamente por la *tentativa inidónea*, en la que al comportamiento del autor no le corresponde un desvalor de la peligrosidad objetiva y su antinormatividad, esto es, el desvalor de la conducta, está fundamentada tan sólo por el elemento subjetivo «*desvalor de la intención*».

b) El comportamiento peligroso imputable objetiva y subjetivamente al autor aparece *justificado* cuando dicho sujeto, mediante la misma conducta peligrosa, crea a la vez, de modo objetivamente imputable, *posibilidades de salvación para otros bienes jurídicos, que se valoran en mayor medida*, o bien, mediante la no realización de una conducta de salvación, ha evitado puestas en peligro de otros bienes jurídicos en forma asimismo objetivamente imputable. En tales casos, el desvalor de la peligrosidad del comportamiento en sí antinormativo aparece compensado por el valor de las posibilidades de salvación generadas simultáneamente y que se valoran como de mayor entidad. El valor de la idoneidad objetiva para la salvación que posee una conducta excluye, por tanto, la antijuridicidad tanto en el comportamiento doloso como en el imprudente<sup>18</sup>. Con todo, la conclusión es otra, de modo excepcional, cuando el dolo del autor, abarcando la peligrosidad jurídicamente desaprobada, no se extien-

---

prohibido del hecho. De ser así, la aludida concurrencia de causas de justificación impediría la imputación objetiva de la conducta. De ahí que, entre nosotros, MIR PUIG (*Derecho Penal, PG*, Barcelona, 1985, p. 190) haya acabado por sustituir aquella expresión por la de riesgo jurídicamente relevante. Claro es que, cuando Rudolphi, entre otros, habla de un riesgo prohibido o antinormativo está refiriéndose —como se desprende del contexto— al hecho típico. Pero con esta terminología de base welzeliana nos encontramos ante un germen de confusión entre los hechos típicos, pero justificados, y los que ni siquiera están justificados. Realmente, sólo puede hablarse de «prohibido» en el segundo caso, pues las permisiones lo que hacen es delimitar el ámbito de incidencia de una norma prohibitiva. (*N. del T.*)

<sup>16</sup> Cfr. al respecto, también GALLAS, *FS f. Bockelmann*, 1979, pp. 155 ss.; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung*, 1981, pp. 24 ss., 50, 82 ss. y pássim.

<sup>17</sup> Cfr., más detalladamente sobre este concepto, RUDOLPHI, *FS f. Maurach*, 1972, pp. 55 ss., 64-65.

<sup>18</sup> Cfr., al respecto, RUDOLPHI, *Gedschr. f. Schröder*, 1979, pp. 82 ss.; WOLTER (nota 16), pp. 38-39, 138.

de, a la vez, a la referida aptitud salvadora de su conducta, que se estima de mayor valor. En efecto, en tales casos el autor ha realizado el injusto de la tentativa inidónea, constituido únicamente por un desvalor doloso de la intención.

### 3. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DE LOS RESULTADOS DEL HECHO INJUSTO

No obstante lo anterior, resta subrayar que, en general, el legislador no se conforma para la punibilidad con la concurrencia de un injusto de la acción, sino que exige además que la peligrosidad antinormativa del comportamiento del autor se plasme en un determinado *resultado de peligro concreto* o incluso llegue a realizarse en la *lesión* de un bien jurídico. En estos casos, la punibilidad requiere, de modo complementario, que también pueda imputarse objetivamente al autor el resultado de peligro o de lesión concretamente producido, esto es, que *precisamente* la peligrosidad antinormativa del comportamiento del autor se proyecte hasta dar lugar a un resultado de peligro concreto o se realice en el resultado de lesión<sup>19</sup>. No es suficiente que el autor, mediante su comportamiento peligroso, cause por puro azar el resultado típico, de lesión o de peligro, exigido. Más bien resulta necesario que en el concreto resultado se realice precisamente la peligrosidad del comportamiento del autor, por cuya causa el legislador ha prohibido tal comportamiento<sup>20</sup>. Así pues, la imputación de un resultado de lesión o de peligro se produce siempre por mediación de la imputación de la peligrosidad del comportamiento, que se realiza en dicho resultado de peligro o de lesión. Por consiguiente, *injusto de la acción* e *injusto del resultado* están estrechamente referidos el uno al otro.

### 4. LA IMPUTACIÓN INDIVIDUAL DEL COMPORTAMIENTO ANTINORMATIVO

Con ésta se exige, en primer lugar, que el autor, sobre la base de su capacidad para una motivación de sus decisiones de modo conforme a las normas, se hallara en condiciones de omitir la acción peligrosa prohibida o bien de realizar la acción adecuada para la salvación y mandada. Según esto, la cuestión central es, en primer término, la relativa al *poder individual de actuar de otro modo* del autor en concreto. Dado éste, es preciso, no obstante, determinar todavía si a dicho autor le era asimismo *exigible*, en la concreta situación fácti-

<sup>19</sup> Cfr., más detalladamente, GALLAS, *FS f. Bockelmann*, 1979, p. 163; WOLTER (nota 16), pp. 29 ss., 49-50 y pássim.

<sup>20</sup> Cfr. RUDOLPHI, *JuS*, 1969, p. 649, y *SK* (nota 2), n.ºs marginales 57 ss. previos al § 1, con ulteriores referencias.

ca, una motivación en el sentido de las normas, es decir, si su culpabilidad alcanza una medida relevante para el Derecho penal<sup>21</sup>.

## 5. LA NECESIDAD DE PENA

Finalmente, debe mencionarse también el requisito de la *necesidad de pena*, al que deben su existencia, entre otras, las llamadas condiciones objetivas de punibilidad. Dicho requisito no puede derivarse de los fines del *ius puniendi* del Estado, sino que halla su justificación en una fijación de fines o ponderación de intereses trascendente al mismo<sup>22</sup>.

## VI. RESUMEN

La finalidad de estos breves apuntes ha sido mostrar cómo resulta posible derivar los diversos niveles de la imputación jurídico-penal del fin del Derecho penal del Estado. El reconocimiento de que el *ius puniendi* del Estado se halla legitimado constitucionalmente para el fin de la protección de bienes jurídicos siempre que, por sus efectos preventivo-generales y preventivo-especiales, constituya un medio adecuado, necesario y proporcionado para combatir las lesiones de dichos bienes, es precisamente lo que justifica la existencia de los diversos niveles de imputación, asentados cada uno sobre el anterior. A la vez, de ello se obtiene información esencial sobre la estructura y el contenido tanto del concepto jurídico-penal de comportamiento, como de los de injusto y culpabilidad. Son, pues, consideraciones relativas a los *fines de la pena* las que contribuyen a determinar de forma legítima, aunque diferente en cada caso, la concreta configuración de los diversos niveles de la imputación jurídico-penal y, con ello, la propia doctrina de la *acción*, del *injusto* y de la *culpabilidad*.

---

<sup>21</sup> Cfr., al respecto, RUDOLPHI, *SK* (nota 2), n.ºs marginales 1 af., 6 previos al § 19, con ulteriores referencias.

<sup>22</sup> ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (nota 6), p. 36.

# Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin\*

por KNUT AMELUNG

## I. DISPOSICIÓN Y CONTENIDO DEL SISTEMA DESDE UN PUNTO DE VISTA HISTÓRICO-DOGMÁTICO

Mi objeto de estudio viene dado por la concepción de un sistema del Derecho penal de orientación político-criminal contenida en la obra de ROXIN *Política criminal y sistema del Derecho penal*<sup>1</sup>. Es ésta una obra en la que ROXIN hace suya la vieja aspiración, ya sentida por los penalistas neokantianos, de elaborar un *sistema teleológico* del Derecho penal<sup>2</sup>. Entre la formulación de esta demanda y su plasmación en la realidad ha mediado un gran lapso de tiempo. En efecto, a los neokantianos les faltó en los años del período de entreguerras, pocos y además sacudidos por disturbios políticos, la tranquilidad que habría sido precisa para llevar a término su programa<sup>3</sup>. Posteriormente, la orientación de la dogmática a «estructuras lógico-objetivas»<sup>4</sup>, difundida por WELZEL en contra de los neokantianos, tuvo más bien un efecto despoliticizador, que no era favorable a una elaboración sistemática de las finalidades político-criminales. Sin embargo, la doctrina de WELZEL, igual que la concepción entonces extendida en las ciencias sociales, relativa a la creciente sustitución de las decisiones políticas por «necesidades del objeto»<sup>5</sup>, satisfizo las an-

---

\* Versión reelaborada del trabajo publicado en *JZ*, 1982, pp. 617 ss.

<sup>1</sup> *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1.ª ed., 1970; 2.ª ed., ampliada con un epílogo, 1973. [La traducción española, debida a MUÑOZ CONDE, se publicó en Barcelona en 1972. (N. del T.)]

<sup>2</sup> Resumiendo, RADBRUCH, «Zur Systematik der Verbrechenlehre», *Festgabe. f. Frank*, 1, 1930, pp. 158 ss; más referencias en MITTASCH, *Der Einfluss des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, 1939, pp. 8 ss., 18 ss., 80 ss.

<sup>3</sup> Cfr., no obstante, de todos modos, ZIMMERMANN, *Aufbau des Strafrechtssystems*, 1930.

<sup>4</sup> WELZEL, «Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht», 1935, en sus *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, pp. 29 ss., 70 ss.

<sup>5</sup> SCHELSKY, «Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation», 1961, en su *Auf der Suche nach Wirklichkeit*, 1965, pp. 439 ss., en especial 452-453; sobre ello, AMELUNG, *ZStW*, 92 (1980), pp. 19 ss. y 20-21.

sias de paz de la época de la posguerra y, por ello, dominó la discusión durante algún tiempo. Sólo cuando estas ideas se vieron superadas, es decir, aproximadamente a partir de mediados de los años sesenta, quedó expedita la vía para trabajar de nuevo en la realización del postulado neokantiano. Así, no sorprende que fueran publicadas, casi a la vez, a finales de aquel decenio, dos obras, el *Tratado de la Parte General* de SCHMIDHÄUSER<sup>6</sup> y el texto de ROXIN, que pretenden hacer efectivo dicho postulado.

Con todo, ROXIN va más allá que SCHMIDHÄUSER. Éste cifra el sentido de un sistema teleológico del Derecho penal en la orientación de las categorías sistemáticas a la consecuencia jurídica, esto es, a la pena<sup>7</sup>. Frente a ello, ROXIN —probablemente por razón de su colaboración en el Proyecto Alternativo— asocia la finalidad perseguida por los neokantianos al redescubrimiento de la *política* como objeto de interés científico<sup>8</sup>. De este modo, hace posible el enlace de la dogmática jurídico-penal con el desarrollo general de las ideas durante los años sesenta: el propósito de ROXIN es «introducir [...] en el sistema del Derecho penal las decisiones valorativas de naturaleza político-criminal»<sup>9</sup>.

ROXIN trata de alcanzar esta meta asignando a las categorías tradicionales de la estructura tripartita del delito *funciones político-criminales*, las cuales, como en el «método referido a valores» de los neokantianos, han de condicionar el empleo y ámbito de aplicación de aquellas categorías<sup>10</sup>. Según ello, la misión del tipo es hacer efectivas las exigencias que el principio del *nullum crimen* dirige al Derecho penal. Por contra, en el nivel sistemático de la antijuridicidad se trata de la solución de conflictos sociales, que resultan de la colisión de intereses de los individuos y/o de toda la sociedad. Finalmente, la comprobación de la culpabilidad contribuye a responder a la pregunta acerca de si un comportamiento conminado en principio con una pena necesita de sanción penal también en circunstancias irregulares por razón de la personalidad o de la situación.

La exposición que sigue tiene por objeto la crítica de esta concepción. Sin embargo, dicha crítica no se dirige a lo esencial. Estimo correcto el principio metodológico de ROXIN y advierto en él una gran utilidad. Ello, porque parece ajustado a un estado de desarrollo jurídico en el que el Derecho se ha convertido en «positivo» en el sentido de LUHMANN, esto es, en «política cristalizada»<sup>11</sup>. Resta, sin embargo, la cuestión de si ROXIN describe acertadamente el objeto y el contenido de las decisiones políticas que deben tomarse en consideración en cada uno de los niveles de la estructura tripartita del delito. En lo que sigue, se efectuarán algunas observaciones sobre dicha cuestión.

<sup>6</sup> SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1.ª ed., 1970, 2.ª ed., 1975.

<sup>7</sup> SCHMIDHÄUSER, 2.ª ed. (nota 6), p. 140; *Studienbuch*, 1982, p. 56.

<sup>8</sup> Sobre el particular, resumiendo, RIEDEL (comp.), *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, 2 vols. (1972/1974).

<sup>9</sup> ROXIN (nota 1), p. 10.

<sup>10</sup> Sobre ello y lo que sigue, ROXIN (nota 1), pp. 14 ss.

<sup>11</sup> LUHMANN, «Die Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft», *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1970, p. 176 ss.

## II. SOBRE LA FUNCIÓN DEL TIPO PENAL

1. Como se ha apuntado, según ROXIN el tipo penal sirve a la realización del principio de *nulla poena sine lege*<sup>12</sup>. Esta finalidad es, a mi juicio *demasiado formal*. El principio de *nulla poena* determina sólo la forma, pero no el contenido de un tipo penal. La doctrina del tipo de ROXIN muestra, pues, una laguna en lo que hace a la determinación político-criminal de su contenido. Dicha laguna ha de ser cubierta haciendo referencia al carácter especial del injusto descrito típicamente. En efecto, según entiendo, la finalidad del tipo penal es describir un injusto punible (merecedor de pena y necesitado de pena), como injusto agravado, en la forma establecida por el artículo 103.II de la Ley Fundamental. Ya en el periodo de entreguerras se dan los principios para tal determinación de funciones. Éstos tienen su origen en la difusión por VON LISZT de la noción de protección de bienes y del método teleológico<sup>13</sup>. La vinculación establecida por aquél entre dogma y método condujo, en la época de la República de Weimar, a que todos los fines del tipo penal se recondujeran a la protección de bienes jurídicos<sup>14</sup>. Ello provocó ciertas discrepancias. Antes de que las objeciones se plasmaran en la crítica global, de cuño fascista, a la noción de protección de bienes jurídicos, SCHAFFSTEIN analizó, según el modelo de Philipp HECK, los intereses que inciden en la configuración del tipo penal<sup>15</sup>. A partir de su propia experiencia político-criminal, SCHAFFSTEIN llegó a la conclusión de que, con la determinación de un bien jurídico que se estima merecedor de protección, no se ha hecho más que empezar. Después de tal determinación, es preciso sopesar el valor del bien jurídico y el de aquellos «intereses opuestos» que hacen que ciertas formas de lesión o de puesta en peligro resulten tolerables. De este modo, *ya el propio tipo penal aparece como producto de una «solución del conflicto»* entre puntos de vista favorables y contrarios a la conminación penal.

Aparentemente, ROXIN ha advertido este extremo, pues se refiere a él en una nota a pie de página<sup>16</sup>. Sin embargo, considera que puede prescindir del mismo, porque en las «soluciones de conflictos» propias del nivel típico se trata simplemente de «decisiones político-criminales del legislador de naturaleza previa a la codificación». A su juicio, los tipos surgidos de tales decisiones constituyen un dato previo para el trabajo dogmático, que sólo interesa como presupuesto de la aplicación del principio del *nullum crimen*. Con todo, sin embargo, es preciso replicar a tal *neutralización de la política criminal* en el plano de la tipicidad. Desde luego, tiene razón ROXIN cuando, en apoyo de su tesis,

<sup>12</sup> ROXIN (nota 1), p. 15.

<sup>13</sup> VON LISZT «Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche», *ZStW*, 6 (1886), pp. 663 ss, en especial 673.

<sup>14</sup> Cfr., en especial, HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, 1919, p. 94; SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, 1930, pp. 21-22; más referencias en AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 130 ss.

<sup>15</sup> SCHAFFSTEIN, «Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht», en *Leipziger Festschrift für R. Schmidt*, 1936, pp. 49 ss.

<sup>16</sup> ROXIN (nota 1), p. 15, nota 41.

señala que el principio del *nullum crimen* prohíbe desbordar por razones funcionales el sentido literal posible de una norma penal<sup>17</sup>. Pero, no obstante, también en el seno del «sentido literal posible» (!) debe decidirse con frecuencia, atendiendo a la finalidad político-criminal perseguida por el legislador, cuál es la hipótesis interpretativa jurídicamente correcta<sup>18</sup>. Críticamente, cabe apuntar lo siguiente: ROXIN, en la medida en que no considera la decisión político-criminal como factor de configuración del plano de la tipicidad, atribuyéndole simplemente un papel secundario sin funciones dogmáticas, continúa manteniendo separadas forma jurídica y contenido político de modo análogo a como sucede en la fórmula de LISZT, por él criticada, que concibe al Derecho penal como mera «barrera de la política criminal»<sup>19</sup>.

2. En los últimos tiempos, la función político-criminal del tipo penal se define cada vez más con ayuda de consideraciones jurídico-constitucionales. Así pues, son determinantes de su contenido la proporcionalidad, la necesidad y la idoneidad de una reacción jurídico-penal, que se estima la forma más grave de reacción de nuestro ordenamiento jurídico<sup>20</sup>. Con ello, el objeto de la decisión político-criminal ya no aparece constituido por la cuestión de si una acción debe estar, en general, prohibida, sino por la relativa a si debe estar prohibida bajo pena. De este modo, la delimitación del injusto punible como *injusto agravado* se convierte en la función esencial del tipo penal.

Es posible que parezca que esta determinación de funciones es considerablemente abstracta. Sin embargo, la abstracción no es algo específico de la concepción que aquí se propone sobre la función político-criminal del tipo penal. También se formula de modo muy general, por ejemplo, la finalidad de «solución social de conflictos» a la que, según ROXIN, se circunscribe la función de las causas de justificación<sup>21</sup>. Precisamente, lo que responde al método defendido por ROXIN es la superación de tales descripciones abstractas de fines mediante la formación de *grupos de casos* que las concreten<sup>22</sup>.

3. Los principios de construcción de tales grupos de casos de injusto punible se derivan de la cuestión de por qué el legislador se enfrenta a las acciones antijurídicas descritas en los tipos de la Parte Especial con medios jurídico-penales, en lugar de contentarse con una reacción propia del Derecho civil, administrativo, disciplinario o del Derecho de las contravenciones. La contestación a esta pregunta exige comparar en detalle la sanción y el proceso penal con las formas de reaccionar y proceder de otros sectores del ordenamiento jurídico. Un tema sobre el que, sorprendentemente, existen pocos trabajos pre-

---

<sup>17</sup> *Ibidem.*

<sup>18</sup> Cfr. al respecto, simplemente, ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 7.ª ed., 1977, pp. 74 ss.

<sup>19</sup> ROXIN (nota 1), pp. 1 ss.

<sup>20</sup> En detalle, GÜNTHER, *JuS*, 1978, pp. 8 ss., con más referencias.

<sup>21</sup> Cfr. *supra*, nota 10.

<sup>22</sup> Cfr., al respecto, ROXIN (nota 1), p. 30.

vios<sup>23</sup> hasta ahora. Por ello, aquí sólo puede hacerse referencia a unos cuantos puntos de partida.

a) Allí donde lo natural es conformarse con una reacción de carácter jurídico-civil, esto es, en los casos de lesión de intereses individuales, el injusto jurídico-penal habría de constituirse sobre la base de los siguientes puntos de vista:

1) la garantía de la prevención general, que el legislador, tratándose de bienes valiosos, no desea abandonar al cálculo del lesionado ni a su disposición para afrontar el riesgo procesal;

2) la necesidad de tener dispuestas, como reacción a determinados hechos, formas de sanción resocializadoras y/o asegurativas, que no conoce el Derecho civil;

3) la necesidad de imponer al autor, con la ayuda del aparato de persecución criminal del Estado, una sanción, porque el hecho incriminado se produce en forma típicamente anónima, oculta y/o artera<sup>24</sup>.

b) Allí donde están en juego intereses de la comunidad y, por ello, también vienen al caso formas de reacción del Derecho administrativo, disciplinario o de contravenciones, la opción por una reacción jurídico-penal habría de venir determinada por:

1) la combinación, que en la actualidad es típica de la pena, de funciones preventivo-generales y preventivo-especiales, una combinación que parece adecuada en los casos de lesiones de bienes jurídicos graves y peligrosas y que, sin embargo, no resulta garantizada ni por las reacciones del Derecho de las contravenciones ni por las del Derecho administrativo<sup>25</sup>;

<sup>23</sup> Cfr. descripciones resumidas, que reflejan claramente lo subdesarrollado de la profundización en perspectivas concretas de merecimiento de pena, por ejemplo, en HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, pp. 194 ss.; GÜNTHER (nota 20), pp. 11 ss.; ZIPF, *Kriminalpolitik*, 2.ª ed., 1980, pp. 89 ss. Cuestiones concretas, como la relativa a la forma adecuada de lucha contra el hurto en grandes almacenes, se han trabajado, desde luego, en forma mucho más intensa. [Traducción española de la primera edición de la obra de ZIPF, *Introducción a la política criminal*, a cargo de Izquierdo Macías-Picavea, Madrid, 1979. (N. del T.)]

<sup>24</sup> Sobre este punto de vista, muy descuidado en la dogmática jurídico-penal y en la ciencia de la política criminal, pero extraordinariamente importante para explicar el surgimiento del *ius puniendi* del Estado, cfr. Eb. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtstehre*, 3.ª ed., 1965, pp. 82 ss.; SEAGLE, *Weltgeschichte des Rechts*, 3.ª ed., 1967, pp. 108 ss.; LUHMANN, *Rechtssoziologie*, t. 1, 1972, p. 162.

<sup>25</sup> Una excepción a esta regla viene dada quizá por la expulsión en términos del § 10, párrafo 1, de la AuslG (Ley de extranjería), que, según, la jurisprudencia del Tribunal Administrativo Federal, no sólo cumple funciones asegurativas, sino también preventivo-generales (BVerwGE 35, 291, 294; críticamente KANEIN, *Ausländergesetz*, 3.ª ed., 1980, § 10, n.º marginal 4, con más amplias referencias). Sin embargo, debido al contenido del artículo 3, párrafo 3, de la Ley fundamental, esto no puede tomarse en consideración en el plano de la tipicidad, sino, básicamente, en el Derecho procesal. Cfr. la causa de sobreseimiento del § 154.b de la StPO (Ley de Enjuiciamiento criminal).

2) la ausencia de una rama de la Administración que se ocupe del interés general lesionado —por ejemplo, en el tráfico documental— y lo asegure con reacciones preventivo-generales y preventivo-especiales;

3) los efectos externos nocivos de la actuación de un funcionario, que se oponen a una reacción puramente disciplinaria, porque una resolución de la cuestión en el seno del aparato del Estado no sería capaz de restablecer la confianza del público en la burocracia estatal, una confianza conmovida por aquella actuación (Expresión: «Ellos se lo guisan y ellos se lo comen»)<sup>26</sup>.

c) Sin duda, estos catálogos son mejorables. No obstante ya así muestran que el concepto abstracto de injusto punible puede concretarse y en qué medida. En último término, una interpretación específicamente político-criminal de la Parte Especial debería reconducir la configuración concreta de cada tipo a consideraciones de la referida naturaleza, o bien a una combinación de ellas. A mi juicio, sólo entonces se realizarían los postulados sistemáticos de ROXIN en el plano de la tipicidad.

### III. SOBRE LA FUNCIÓN DEL ANÁLISIS DE LA ANTIJURIDICIDAD

1. Según ROXIN, la función de las causas de justificación es la «*solución social de conflictos*»<sup>27</sup>. En esta expresión llaman la atención dos clases de cuestiones. Por un lado, tal finalidad no se ajusta perfectamente al programa de ROXIN, que consiste en determinar la función específicamente *político-criminal* de los tres niveles del delito; pues, en efecto, «conflictos» se resuelven en todos los ámbitos del Derecho y de la política jurídica<sup>28</sup>. Por otro lado, después de las observaciones efectuadas aquí a propósito de la función del tipo penal, ya no cabe advertir en la «solución de conflictos» como tal algo específico de las causas de justificación; pues, según se ha expuesto, desde SCHAFFSTEIN, si no antes, se sabe que también se resuelven conflictos en la formación de los tipos penales<sup>29</sup>.

2. Si nos ocupamos del primero de los puntos mencionados, se plantea la cuestión de si acaso las causas de justificación no cumplen una función específicamente político-criminal, referida al Derecho penal. Este tema ha sido investigado detenidamente por Hans-Ludwig GÜNTHER, en su escrito de ha-

---

<sup>26</sup> A este respecto, comparar el principio de no publicidad del procedimiento disciplinario (CLAUSSEN/JANZEN, *Bundesdisziplinarordnung*, 3.ª ed., 1976, § 73 BDO, n.º marginal 1) con el principio de publicidad en los §§ 169 y siguientes de la GVG (Ley de organización de los Tribunales).

<sup>27</sup> ROXIN (nota 1), pp. 15, 24 ss.

<sup>28</sup> Ya en sentido similar STRATENWERTH, *Mschkrim*, 55 (1972), 196, 197; sobre ello, ROXIN (nota 1), 2.ª ed., pp. 46 ss.

<sup>29</sup> Vid. *supra*, en nota 15.