

Claus Roxin

*Política criminal  
y sistema  
del derecho penal*

*Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde*

2ª edición, 1ª reimpresión

---

*colección*

*Claves del derecho penal  
volumen 2*

---



**hammurabi**

JOSE LUIS DEPALMA ♦ EDITOR

Segunda edición: mayo de 2000  
Primera reimpresión: octubre de 2002



©  
Copyright by  
**EDITORIAL HAMMURABI SRL**

Talcahuano 481 - 4º piso  
C1013AAI - Ciudad de Buenos Aires  
República Argentina  
Tel.: 4382-3586 —líneas rotativas—  
Fax: (54-11) 4382-4745  
E-mail: info@hammurabi.com.ar  
www.hammurabi.com.ar

*Diseño y diagramación*  
concept design  
Tel.: 4382-2080 —líneas rotativas—  
E-mail: info@cdesign.com.ar  
www.cdesign.com.ar

Esta edición de 1000 ejemplares  
se terminó de imprimir en octubre de 2002  
en los talleres gráficos «*Studio Gráfico*», Perdriel 1480  
Ciudad de Buenos Aires  
República Argentina

Hecho el depósito de ley 11.723  
Derechos reservados  
Prohibida su reproducción total o parcial

Impreso en Argentina  
*Printed in Argentina*

*edición rústica*  
**ISBN 950-891-086-4**

345	Roxin, Claus
ROX	<b>Política criminal y sistema del derecho penal, 2ª ed., 1ª reimpr.</b>
	Buenos Aires, Hammurabi, 2002
	128 p., 19 x 12 cm. (Claves del derecho penal, 2)
	Traducción de Francisco Muñoz Conde
	ISBN: 950-891-086-4
	I. Título — 1. Derecho Penal
	Fecha de catalogación: 26/09/2002

Claus Roxin

Catedrático emérito de Derecho penal de la Universidad de Munich

*Política criminal  
y sistema  
del derecho penal*

*Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde*

2ª edición, 1ª reimpresión



**hammurabi**

JOSE LUIS DEPALMA ♦ EDITOR



## Palabras previas del autor a la segunda edición en lengua española

Me alegra mucho que el compromiso científico y amistoso de mi traductor Francisco Muñoz Conde me permita presentar mi breve escrito programático *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, publicado hace ya treinta años en lengua alemana y veintiocho en lengua española. Entonces intenté oponer a los esfuerzos causalistas y finalistas de sistematización del Derecho penal —teorías de base óntica— una concepción normativa, que orientara el sistema del Derecho penal en valoraciones rectoras de carácter político-criminal. Naturalmente, luego me he esforzado durante todos estos años, y todavía me ocupo de ello, de seguir desarrollando en este sector las ideas básicas contenidas en este primer ensayo. El espacio de este prólogo no permite una exposición detallada, pero por lo menos quisiera indicar dos puntos.

Para mí, actualmente, en la estructura preventiva general del tipo —que en cierto modo expresa las reglas de conducta dirigidas a todos los ciudadanos— desempeña un papel central, junto al principio *nullum crimen*, la imputación objetiva, que casi coetáneamente con esta monografía

he (re)fundado y que desde entonces ha conseguido tanto en Alemania como en el mundo muchos partidarios. De acuerdo con esta teoría, el injusto típico no es un suceso primariamente causal o final, sino la realización de un riesgo no permitido dentro del ámbito (es decir, del fin de protección) del tipo respectivo. De esta manera, es posible salvar la tipicidad en una medida político-criminalmente razonable—sobre todo en los delitos imprudentes—de su enorme amplitud, limitando la punibilidad al ámbito de lo que parece indispensable desde el punto de vista preventivo general: la creación y realización de riesgos, que son insopportables para la convivencia segura de las personas.

Después he seguido reestructurando esencialmente la ampliación del grado sistemático de la “culpabilidad” con ayuda de criterios preventivos configuradores de la categoría de la “responsabilidad”, que ya esboqué brevemente en esta monografía, intentando hacerlos útiles en la solución de algunas nuevas cuestiones problemáticas. En mi opinión, la responsabilidad penal supone dos cosas: la culpabilidad del autor y, además, la necesidad de pena desde el punto de vista preventivo general y especial. La culpabilidad y la prevención se limitan así recíprocamente: las necesidades preventivas nunca pueden conducir a la imposición de una pena sin culpabilidad. Pero la culpabilidad humana tampoco puede legitimar por sí sola la imposición de una pena, si ésta no es necesaria desde el punto de vista preventivo. Con más detalles, me he esforzado en exponer estas ideas en cuestiones límites controvertidas (como el estado de necesidad supralegal excluyente de la responsabilidad, la delincuencia por convicción, la desobediencia civil, o la imprudencia de escasa relevancia). Pero debe quedar para otra ocasión continuar la discusión sobre todas estas cuestiones.

Agradezco sinceramente al traductor de este trabajo, el profesor doctor Francisco Muñoz Conde, por su extraordinaria tarea, y a la *Editorial Hammurabi*, de Buenos Aires, por la conformación de esta obra, en especial a su conductor, señor José Luis Depalma, gracias a quien veremos una cuidada y prolija edición.

Ojalá que las opiniones vertidas en el presente ensayo sean de interés para los penalistas argentinos y en general de habla española, y ayuden a profundizar las relaciones entre las ciencias del Derecho penal de nuestros respectivos países.

**CLAUS ROXIN**

*Munich, febrero de 2000*



## Palabras previas del traductor a la segunda edición en lengua española

Cuando en 1970 apareció en Alemania la primera edición de esta monografía, su autor, Claus Roxin, era un joven, pero ya consagrado penalista, de treinta y nueve años, representante destacado de una nueva generación que se había formado en la dura posguerra y que desde el primer momento quiso distanciarse de la generación anterior, no sólo en lo político e ideológico, sino también en lo metodológico, anteponiendo las cuestiones normativas y político-criminales a las puramente ontológicas y sistemáticas, causalistas y finalistas, que habían dominado el panorama de la ciencia alemana del Derecho penal desde 1945.

Ya en 1962, en un extenso trabajo sobre el concepto de acción, Roxin criticaba los excesos ontológicos del finalismo de Welzel y ponía de manifiesto que la base de la Teoría del Delito no podía ser un concepto final, puramente ontológico, de acción, sino ésta tal como se plasmaba en los respectivos tipos delictivos de la Parte Especial. En el mismo año, en su escrito de habilitación sobre *Autoría y dominio del hecho*, el trabajo más completo habido hasta el momento sobre el tema y que ya en Alemania ha alcanzado siete

ediciones, no sólo aplico y desarrolló el dominio del hecho como fundamento de las distintas formas de autoría, sino que lo completo con el criterio de la “infracción del deber” como fundamento de la autoría de los delitos especiales y, en parte, de los delitos imprudentes. Pero fue en 1970, cuando —con motivo de una conferencia que pronunció en la Academia de Ciencias de Berlín el 13 de mayo de ese año— expuso un programa metodológico que habría de servir de base a todos sus trabajos posteriores y a su monumental Tratado, a punto de culminarse en este año 2000. Las bases metodológicas de este programa son ya de sobra conocidas: la vinculación del sistema del Derecho penal a las valoraciones político-criminales, y la necesidad de elaborar las distintas categorías de la Teoría del Delito en función de los principios político-criminales que las informan: el principio de legalidad y la función motivadora preventiva general en la tipicidad; los principios de política social para la solución de los conflictos en las causas de justificación; la necesidad de pena tanto desde el punto de vista preventivo general, como especial, que debe añadirse a culpabilidad y servir de fundamento de la responsabilidad penal. Sería superfluo dar más detalles ahora de las particularidades de cada una de estas categorías y de su posterior plasmación en los innumerables trabajos que ha publicado desde esa fecha hasta llegar a esa obra cumbre del Derecho penal que es su *Tratado de derecho penal*. Sí quiero, sin embargo, recordar en estos momentos las circunstancias en que se produjo la traducción al español en aquel ya lejano verano de 1972.

En septiembre de 1971 acababa de incorporarse a la Universidad de Munich, como sucesor y quizás también como contrafigura del penalista Reinhard Maurach, el profesor Claus Roxin, procedente de la Universidad de Gotinga.

Y en la misma fecha me incorporaba yo como Becario de Investigación de la Fundación Alexander von Humboldt al Seminario de Derecho Penal que desde ese momento iba a ser dirigido por el profesor Roxin. Desde el primer momento se estableció entre nosotros una corriente de afecto y confianza que había de perdurar hasta hoy. Enterado de que estaba trabajando sobre el tema del desistimiento voluntario de consumar el delito, me ofreció todo tipo de ayuda y sus sabios consejos, ya que él también estaba realizando un artículo sobre el mismo tema para el Homenaje a Heinitz. A finales de abril terminé mi monografía, y le pedí que me orientara en algunas lecturas sobre cuestiones metodológicas generales, y, justamente el 25 de mayo de 1972 (lo recuerdo muy bien porque es la fecha que figura en la dedicatoria) me regaló un ejemplar de su *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Así es como empecé a leer y a traducir esta breve, pero genial monografía que tanto había de influir en mí y en tantos otros penalistas de mi generación y de las generaciones venideras. Meses más tarde aparecía la versión española acompañada de una Introducción que escribí de un tirón en la noche del 6 de septiembre de 1972, mientras a pocos metros de donde vivía se desarrollaba el trágico suceso que costó la vida a varios deportistas de la delegación israelí participantes en los Juegos Olímpicos que se celebraban en aquellos momentos en la ciudad de Munich.

Esta es la historia de esta traducción que ahora, gracias a la edición realizada por *Editorial Hammurabi*, se vuelve a publicar, enriquecida con el apéndice que Roxin escribió para la segunda edición alemana, con un prólogo que ha escrito para esta edición, y con estas palabras previas mías, que dedico, con cariño y admiración, en su 69 cumpleaños, a quien durante treinta años ha sido siempre mi maestro,

mentor y amigo, al profesor, muchas veces doctor *honoris causa*, Claus Roxin, uno de los penalistas más importantes del siglo XX.

**FRANCISCO MUÑOZ CONDE**

*Sevilla, abril de 2000*

## Índice general

*Palabras previas del autor a la segunda edición en lengua española*..... 7

*Palabras previas del traductor a la segunda edición en lengua española* ..... 11

### ***Introducción***

por Francisco Muñoz Conde ..... 17

### ***Política criminal y sistema del derecho penal***

(I) ..... 31

(II) ..... 39

(III) ..... 43

(IV) ..... 45

(V) ..... 49

(VI)	57
(VII)	61
(VIII)	75
(IX)	89
(X)	101
<i>Epilogo</i>	109
<i>Bibliografía general</i>	119

## Introducción\*

La dogmática jurídico-penal alemana está atravesando en la actualidad una crisis. Entre otros muchos factores, causa de esta crisis es la polémica sostenida en los últimos años entre causalistas y finalistas. No pueden negarse —desde luego— los frutos de esta polémica para la misma dogmática jurídico-penal, pero ella se ha desarrollado dentro de los estrechos límites que le fueron marcados a la ciencia del Derecho penal por el positivismo jurídico de principios de siglo. Según esta teoría, la única tarea del jurista consistía en interpretar el Derecho positivo y desarrollar en un sistema cerrado, conforme a principios lógico-deductivos, los preceptos concretos de la ley, subiendo hasta los últimos principios y conceptos fundamentales.

La elaboración del sistema era la misión fundamental de la ciencia del Derecho penal, desterrando otras consideraciones de índole criminológica o político-criminal que debían constituir asimismo el objeto

\* Por Francisco Muñoz Conde, Múnich, 6 de septiembre de 1972.

de otras ciencias. Con esto se daba la paradoja de que desde el punto de vista jurídico fuera cierto lo que desde el punto de vista criminológico o político-criminal era falso, o a la inversa, incurriendo así en una especie de “averroísmo” científico.

Recientemente, ante esta supervaloración del pensamiento sistemático, han surgido en Alemania dos tendencias que intentan superar, de algún modo, este estado de cosas.

Una tendencia consiste en negar la importancia del sistema. Para ella, el punto de partida de la ciencia del Derecho lo constituye el problema. El pensamiento sistemático debe ser sustituido, por lo tanto, por un pensamiento problemático en el que la solución se deriva de la respectiva estructura de los factores que sirven de base al problema y no de los axiomas previamente dados de un sistema determinado por el procedimiento de la deducción lógica.

La otra tendencia quiere penetrar también en el problema, pero sin renunciar por ello al sistema. El pensamiento problemático tiene que desembocar, si se quiere mantener el carácter científico de la actividad jurídica, en un sistema: el pensamiento sistemático tiene que estar orientado, si se quiere encontrar la solución justa de un caso, en el problema.

En esta última tendencia debe encuadrarse la monografía del profesor Roxin. Es más, puede decirse que con él comienza, por lo que respecta a la ciencia del Derecho penal, esta nueva dirección. Para Roxin “los problemas políticocriminales forman parte del conte-

nido propio de la teoría general del delito”. La vinculación jurídica y la finalidad político-criminal deben reducirse a una unidad en el sistema del Derecho penal.

Consecuentemente con este punto de partida, afirma que las tradicionales categorías de la estructura del delito —tipicidad, antijuricidad y culpabilidad— “deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político-criminal”.

Por lo que respecta al tipo, considera que su función político-criminal consiste en la plasmación del principio de legalidad. Según Roxin existen dos métodos fundamentalmente distintos de los que se sirve el legislador alternativamente para tipificar conductas.

El primero consiste en la descripción lo más precisa posible de acciones, constituyendo los llamados delitos de acción. Del segundo método se sirve el legislador allí donde no le interesa la cualidad externa de la conducta del autor, porque el fundamento de la sanción radica en que alguien infringe las exigencias de comportamiento que se derivan del papel social que desempeña.

A este último grupo le llama Roxin “delitos consistentes en la infracción de un deber” (*Pflichtdelikte*) y su esencia consiste en que, a la hora de determinar el presupuesto de hecho de la norma penal, el legislador se refiere a deberes que se crean entre los participantes en el ámbito extrapenal. Ejemplos de este tipo en nuestro Código Penal podrían considerarse la infidelidad en la custodia de presos (arts. 362 y 363), la pre-

varicación de abogado y procurador (arts. 360 y 361), el alzamiento de bienes (art. 519), etcétera.

Aunque sólo sea de paso, señalemos las consecuencias que extrae Roxin de esta categoría de “delitos consistentes en la infracción de un deber”.

Por una parte, la equiparación entre acción y omisión es aquí absoluta, pues en estos delitos lo que interesa es la infracción de un deber, siendo indiferente el que esta infracción se lleve a cabo por acción o por omisión. Así —por ejemplo— dice Roxin, es indiferente en el delito de infidelidad en la custodia de presos el que el vigilante ayude al preso a escapar con acciones positivas o sencillamente omitiendo cerrar la puerta de la celda.

Otra consecuencia importante extrae en el ámbito de la autoría; mientras que en los delitos de acción sólo puede ser autor quien tenga el dominio del hecho, en los delitos consistentes en la infracción de un deber sólo puede ser autor quien lesiona el deber extrapeenal, sin que interese en lo más mínimo el dominio del hecho: el administrador que se apropia del patrimonio a él confiado es siempre autor de apropiación indebida, aunque su participación activa en la maniobra de apropiación haya sido mínima, el extraño, por el contrario, es siempre partícipe, aun cuando tenga el dominio del hecho.

La función político-criminal de la antijuricidad considera que es la solución social de conflictos. Para ello se sirve el legislador de un número limitado de principios ordenadores.

Estos principios son, por ejemplo, en la legítima defensa el de autoprotección, el de prevalencia del Derecho y el de proporcionalidad.

La misión de la sistemática consiste aquí en elaborar, del modo más completo posible, el catálogo de los principios reguladores sociales y poner en claro su relación, en lo que, por otra parte, no está tan limitada, como sucede en el tipo, por el principio de legalidad, pues los principios que regulan las causas de justificación proceden de todo el ámbito del Derecho, tanto legal como consuetudinario.

La última de las categorías, la culpabilidad, viene acuñada desde el punto de vista político-criminal por la teoría de los fines de la pena. Lo que importa aquí, dice Roxin, no es determinar si el sujeto pudo actuar de una manera distinta a como realmente lo hizo, sino si desde el punto de vista de los fines de la pena debe imponerse una pena al autor de un acto injusto.

De esto se deriva la impunidad de los inimputables, de los que actúan en un estado de coacción anormal o creyendo que están amparados por una causa de justificación, pues en estos casos la imposición de una pena no está justificada por puntos de vista de prevención general o especial. Y por las mismas razones se justifica la impunidad en el desistimiento voluntario de consumir un delito que, al estar configurada por la teoría de los fines de la pena, debe incluirse sistemáticamente también en la culpabilidad.

Como se deduce de estos ejemplos, la idea de Roxin es traer en una síntesis el pensamiento sistemático y

el problemático: “hay que transformar —dice— los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales y éstas, a su vez, en reglas jurídicas de *lege lata* o *ferenda*”. Esto no significa un abandono o relativización del pensamiento sistemático, sino un acercamiento de éste a la realidad, destacando las relaciones internas entre norma, contenido y valor, que, hasta ahora, no habían sido suficientemente puestas de relieve por la dogmática tradicional.

Hasta aquí he expuesto lo más brevemente posible las ideas de Roxin. Después de su lectura más de uno se preguntará: pero si esto es así, ¿debe considerarse papel mojado todo lo que ha hecho la dogmática jurídico-penal alemana en los últimos 70 años, ¿es que no han sido sus cultivadores lo suficientemente perspicaces para darse cuenta de lo que ahora con tanta claridad expone Roxin?

Todo lo contrario. El patrimonio elaborado por la dogmática alemana en los últimos 70 años constituye un elemento indispensable para el penalista actual, no sólo porque supone una buena tradición cultural a la que se pueden vincular las corrientes más modernas, sino sobre todo porque ha ayudado, como ninguna otra corriente del pensamiento lo ha hecho hasta ahora, a la conceptualización de la actividad jurídica como Ciencia y a la seguridad jurídica, elevando la aplicación del Derecho por encima del acaso y la arbitrariedad.

Mucho menos fundada sería la objeción de la falta de perspicacia. Hombres como Liszt, Binding, Mezger

o Welzel eran o son personas inteligentes, tanto como otros hombres inteligentes de su tiempo que, por haber dedicado sus afanes científicos a tareas de una eficacia práctica más inmediata, han pasado a la posteridad. Pero también ellos se equivocan. Es más, es propio de los hombres inteligentes el equivocarse.

El fallo de estos autores radica, me parece a mí, en haber sido demasiado consecuentes consigo mismos, en haber intentado hacer una apología del Derecho por el Derecho, olvidando que éste no tiene un valor absoluto, sino relativo. El Derecho, y el Derecho penal como una parte del Derecho, no es más que un instrumento puesto al servicio de los fines de la comunidad. Si se quiere comprender su esencia, es necesario tener en cuenta esos fines y construir el sistema jurídico no hacia adentro, sino hacia afuera, abierto a los problemas y fines sociales. Claro es que con ello el edificio sistemático perderá en belleza, pero ganará en funcionalidad y eficacia. Y esto último es lo que debe mostrar un instrumento, si quiere ser apto para el cumplimiento de los fines para los que ha sido creado.

El mérito principal de Roxin consiste en haberse dado cuenta de ello y en seguir manteniendo la importancia del sistema para la ciencia del Derecho penal.

Esta original posición es perfectamente comprensible, si se consideran las circunstancias personales del profesor Roxin. Formado jurídicamente en un momento en que hacía furor la polémica entre finalistas y causalistas —polémica en la que ha intervenido como uno de sus principales protagonistas—, pertenece

en la actualidad a una generación de penalistas que está contribuyendo decisivamente a la reforma, podíamos decir que nueva creación, del Código Penal de su país y que como tal está vivamente preocupada por los problemas político-criminales.

El profesor Roxin, en una feliz síntesis, de clara influencia hegeliana, intenta traer las discusiones sistemáticas y los problemas político-criminales a un denominador común. Su obra representa, al mismo tiempo, una de las mejores muestras del estado actual de la ciencia del Derecho penal en Alemania.

Quedaría esta introducción incompleta, si, dentro del reducido marco de que dispongo y dentro de mis propias limitaciones, no expusiera algunas observaciones críticas a algunas de las ideas desarrolladas por Roxin en esta obra.

La primera objeción se dirige contra la categoría de los “delitos consistentes en la infracción de un deber”. Ha sido Roxin quien ha llamado por primera vez la atención sobre esta forma de tipificación de conductas usada por el legislador.

La idea es sugerente y encuentra cada vez más partidarios, pero encierra también peligros. Ciertamente se trata de un procedimiento técnico legislativo del que el intérprete puede extraer determinadas consecuencias dogmáticas, al modo que lo hace Roxin; pero tal procedimiento encierra el peligro de que se atente gravemente contra el principio de legalidad en su vertiente *nullum crimen sine lege*. Pues si estos deberes sociales, que sirven de base a este grupo de delitos, no

están descritos legalmente, su constatación debe hacerla el juez o el intérprete a su libre arbitrio por medio de la investigación libre del Derecho.

Ya el mismo Roxin es consciente del peligro, pero éste — dice — no radica en la falta de descripción de la acción, sino en la vaguedad de los deberes a los que se refiere el legislador.

Demasiado unilateral, me parece, la reducción que en el texto se hace de la función político-criminal del tipo a la plasmación del principio de legalidad.

A mi juicio, la función político-criminal del tipo es doble: la función de garantía, por la que se plasma legislativamente la exigencia del *nullum crimen sine lege*; y la función de motivación, por la que se intenta, al prohibir una conducta, apartar a la generalidad de la comisión de delitos.

Con ello se consigue, además, un buen criterio para la delimitación entre tipo y antijuricidad, que en el texto queda un poco en el aire — cfr. nota 56 y lo dicho al final del epígrafe VIII —, pues la función de motivación no la pueden cumplir las causas de justificación.

Así, por ejemplo, nadie mata a otro en legítima defensa porque sepa que su acción va a quedar impune, puede incluso que ignore tal extremo, sino porque no tiene otra posibilidad de repeler un ataque antijurídico inminente.

El desvalor debe estar ya fundamentado (la muerte de un hombre), cuando se pregunte por su justificación (la legítima defensa). La impunidad que supone

la legítima defensa no es, por tanto, un estímulo para matar a nadie.

Con la creación del tipo, a través de la descripción de la materia de prohibición a través de la amenaza penal, quiere el legislador incitar en los ciudadanos a que se aparten de la comisión de delitos.

Con las causas de justificación permite el legislador excepcionalmente la conducta desvalorada, pero la impunidad que concede no es un estímulo para el autor y no cumple la función de motivación del tipo.

También me parece muy unilateral la tesis de Roxin de reducir la culpabilidad a la teoría de los fines de la pena. Pues también la diferencia de pena entre un hurto y un asesinato tiene que ver con la teoría de los fines de la pena y no por ello puede decirse—o no de un modo general— que esa diferencia radique en el ámbito de la culpabilidad.

Ideas como éstas pueden conducir a una relativización peligrosa del sistema. Como sucede con la teoría, igualmente defendida por Roxin en esta monografía, de la doble relevancia del dolo para el tipo y la culpabilidad. Ciertamente puede ser un hecho, desde el punto de vista político-criminal, relevante para varias categorías delictivas, pero el encuadramiento sistemático de ese hecho debe llevarse a cabo en una categoría que pueda aprehenderlo en su totalidad.

Si la categoría no puede cumplir esa misión, debe ser modificada y si, por estar dotada de un contenido preciso y determinado, no fuera esto posible, el hecho

debe incluirse en otra categoría. Por esto me parece equivocada la tesis de Roxin de encuadrar la impunidad del desistimiento voluntario en la culpabilidad. Pues ésta no sólo se deriva de la teoría de los fines de la pena, sino también de unas estructuras ontológicas como son el abandono de la decisión de delinquir, la evitación de la consumación del delito y la motivación conforme a exigencias político-criminales.

Si se ve la esencia del desistimiento en el abandono de la decisión de delinquir, se querrá situarlo sistemáticamente en la parte subjetiva del tipo o, para los no finalistas, en la culpabilidad, como reverso o anulación del dolo.

Y las mismas razones podrían esgrimirse para incluirlo en el tipo objetivo, si se considera la evitación del resultado como decisiva, o en la culpabilidad, si se atiende a la motivación del sujeto desde el punto de vista político-criminal.

Pero un tal proceder sólo nos daría una visión parcial y, por tanto, incompleta del desistimiento. Este no sólo es abandono de la decisión de cometer un delito, evitación de su consumación o motivación conforme a exigencias político-criminales, sino todo esto junto.

Su inordinación sistemática debe llevarse a cabo, por consiguiente, dentro de una categoría que permite una visión completa, bajo un criterio político-criminal común, de los distintos aspectos del desistimiento. Esta categoría es, a mi juicio, la penalidad que se basa en unos principios político-criminales distintos a los de las demás categorías del delito y que sirve también

para determinar la punibilidad de una conducta. Desgraciadamente, no se ocupa Roxin de esta categoría.

Volviendo al tema de la doble relevancia del dolo. La teoría final de la acción parece haber demostrado que el tipo puede comprender sin violencia esa característica subjetiva que se llama dolo natural, además de otras características subjetivas —los llamados elementos subjetivos del injusto— que la doctrina tradicional incluía también en él.

Volver a incluir estos elementos en la culpabilidad me parece una complicación innecesaria y una falta antisistemática. Y lo mismo creo, si se considera que el dolo pertenece a la culpabilidad —como hace la teoría tradicional—. Lo que no se puede hacer es querer incluir un mismo hecho en dos categorías sistemáticas distintas, pues entonces ¿para qué sirven las clasificaciones y distinciones sistemáticas?

Claro que estas objeciones no disminuyen en lo más mínimo el valor de la obra de Roxin. Con ellas sólo he querido sugerir entre los lectores de habla castellana una discusión sobre una teoría que puede dar muchos frutos a la ciencia del Derecho penal, pero que, como el mismo Roxin reconoce, todavía tiene un camino muy largo que recorrer.

Con esta intención, y convencido de su interés para los estudiosos del Derecho penal, he traducido la presente monografía.

Sólo me queda dar las gracias al profesor Roxin, que me ha ayudado en todo momento, aclarándome dudas

que se me presentaban en la comprensión del texto alemán, y al profesor Gimbernat Ordeig que se ha prestado gustosamente a ayudarme en la revisión del texto castellano.



# Política criminal y sistema del derecho penal\*

## (I)

“El Derecho penal es la infranqueable barrera de la Política criminal”, esta frase de Franz von Liszt<sup>1</sup> pone de relieve una tensión que todavía hoy está viva en nuestra ciencia. Ella opone a los métodos jurídicos en sentido estricto de ordenación y elaboración sistemá-

\* El presente artículo corresponde textualmente a la conferencia que pronuncié —por razones de tiempo en una forma abreviada— en Berlín el 13 de mayo de 1970. Se trata aquí de un primer intento de reunir las concepciones dogmáticas y metodológicas fundamentales desarrolladas en mis monografías y artículos jurídico-penales en una concepción sistemática completa —naturalmente todavía esquemática y fragmentaria—. Por esto y por la necesidad de un desarrollo más detallado de lo que a menudo sólo se insinúa en el texto se explican las numerosas referencias a mis trabajos anteriores que espero comprenda el lector. También las referencias a otros autores y las polémicas con ellos, que he incluido en las notas, sirven particularmente a la aclaración por vía de ejemplo de mis tesis; dada la extensión del tema no podía pretenderse naturalmente un tratamiento completo de la bibliografía.

<sup>1</sup> von Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1905, t. II, p. 80. Los dos tomos en los que se recogen los trabajos menores de von

tico-conceptual de los presupuestos del delito los principios del tratamiento adecuado de la conducta desviada que descansan en fundamentos empíricos.

O dicho de una forma más abreviada: La frase caracteriza al Derecho penal, por un lado, como ciencia social, y, por el otro, como ciencia jurídica.

En este doble carácter de la “ciencia universal del Derecho penal”, fundada ciertamente por él, se materializan para Liszt tendencias contradictorias. En la Política criminal incluye los métodos adecuados, en sentido social, para la lucha contra el delito, es decir, la llamada misión social del Derecho penal; mientras que al Derecho penal, en el sentido jurídico de la palabra, debe corresponder la función liberal del Estado de Derecho, asegurar la igualdad en la aplicación del Derecho y la libertad individual frente al ataque del “Leviathan”<sup>2</sup>, del Estado.

Para decirlo una vez más con otras dos frases de Liszt, que pertenecen hoy a las citas clásicas del penalista: La “idea de fin en Derecho penal”<sup>3</sup>, bajo la que

---

Liszt hasta el año 1904 contienen el material fundamental para enfrentarse con sus ideas; en el año 1970 han aparecido en una reimpresión fotomecánica de la imprenta Walter de Gruyter, Berlín. Sobre Liszt cfr. ahora: *Franz von Liszt zum Gedächtnis*, 1969, publicado al mismo tiempo como tomo 81, cuaderno 3 de la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW).

<sup>2</sup> von Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1905, t. II, p. 80.

<sup>3</sup> Impresa primeramente en la “ZStW” 3 (1882), p. 1 y ss., y luego en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1905, t. I, p. 126.

Liszt había colocado su famoso programa de Marburgo, es la meta de la Política criminal; mientras que el Derecho penal, como “magna carta del delincuente”, según expresa confesión de Liszt, protege no a la comunidad, sino al individuo que “se rebela contra ella”, garantizándole el derecho “de ser castigado sólo bajo los presupuestos legales y únicamente dentro de los límites legales”<sup>4</sup>.

Liszt no quería, como hubiera sido consecuencia de su idea de fin, que “sin toda la triquiñuela formalista de los ‘criminalistas clásicos’ se pudiera dar en el caso concreto una decisión que sirviera a la comunidad”, sino que opinaba<sup>5</sup>: “En tanto que aspiremos a proteger la libertad del ciudadano particular frente a la arbitrariedad ilimitada del poder estatal, en tanto que nos vinculemos a la frase *nullum crimen, nulla poena sine lege*, así mantendrá también su alta significación política el arte estricto de una interpretación de la ley que opera conforme a principios científicos”.

Desde esta base, la misión del trabajo sistemático en Derecho penal<sup>6</sup> debe ser ajena, e incluso contraria a toda finalidad político-criminal.

<sup>4</sup> Cfr. *supra* nota 1.

<sup>5</sup> von Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1905, t. II, p. 45.

<sup>6</sup> En el marco de este artículo hay que dar por sabido los conocimientos fundamentales de teoría del Derecho sobre la formación del sistema jurídico, por tanto, no puede convertirse en objeto de un tratamiento autónomo. Una magnífica introducción y resumen da, con am-

Así, pues, califica también von Liszt, de quien procede en sus rasgos esenciales la estructura de la teoría del delito, que aún hoy nos es familiar, todavía en la última edición de su tratado<sup>7</sup> “como tarea inmediata de la ciencia del Derecho penal: comprender delito y pena como generalización conceptual en una consideración puramente técnico-jurídica y desarrollar en un sistema cerrado los preceptos concretos de la ley, subiendo hasta los últimos principios y conceptos fundamentales”.

Asimismo en su opinión<sup>8</sup> la ciencia del Derecho “debe ser, y seguir siendo la ciencia propiamente sistemática, pues sólo la ordenación de los conocimientos en el sistema garantiza aquel dominio sobre todas las particularidades, seguro y siempre dispuesto, sin el cual la aplicación del Derecho es siempre un diletantismo, abandonada al acaso y a la arbitrariedad”.

Con estas indicaciones se han dado las palabras claves que aún hoy se repiten en nuestros tratados,

---

plia bibliografía, Engisch, *Sinn und Tragweite juristischer Systematik*, en *Studium Generale*, 1957, ps. 173-190. De la bibliografía jurídico-penal más antigua deben citarse sobre todo: Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1903; el mismo autor, *Zur Systematik der Verbrechenlehre*, en *Festgabe für Reinhard Frank*, Besonderer Teil, 1930, t. I, p. 158 y ss.; Zimmerl, *Der Aufbau des Strafrechtssystem*, 1930.

<sup>7</sup> von Liszt, *Lerhbuch des Deutschen Strafrechts*, 21/22 ed., 1919, ps. 1 y 2; fundamental: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1905, t. I, p. 212 y siguientes.

<sup>8</sup> von Liszt, *Lerhbuch des Deutschen Strafrechts*, 21/22 ed., 1919, p. 2.

cuando se trata de explicar la importancia de la sistemática en el Derecho penal. Así, por ejemplo, dice Welzel<sup>9</sup> sobre la ciencia del Derecho penal: “Como ciencia sistemática da la base para una Administración de Justicia uniforme y justa, pues sólo el conocimiento de las relaciones internas del Derecho eleva su aplicación por encima del acaso y la arbitrariedad”.

Y en su gran tratado, recientemente aparecido, escribe Jescheck<sup>10</sup> que sin la articulación sistemática del concepto del delito, la solución de un caso jurídico permanece “insegura y dependiente de consideraciones sentimentales”. “Las características generales del concepto del delito, que se resumen en la teoría del delito, posibilitan, por el contrario, una jurisprudencia racional y uniforme, y ayudan, de un modo esencial, a garantizar la seguridad jurídica”. Todo ello rige independientemente de los cambios del sistema y de sus discrepancias que, como ya es sabido, forman también hoy el objeto de vivas controversias.

No se puede discutir seriamente que la elaboración sistemática de la materia jurídica ofrezca realmente las ventajas descritas. Pero queda como un malestar que aumenta cuando se pone sobre el tapete la siempre discutida cuestión, si no estará caracterizado el trabajo sistemático de filigrana de nuestra dogmática, que opera con las más sutiles finezas conceptuales

<sup>9</sup> Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 1.

<sup>10</sup> Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 1969, p. 136.

por una desproporción entre la fuerza desarrollada y su rendimiento práctico.

Si sólo se tratase de ordenación, proporción y dominio de la materia, la disputa por el sistema “exacto” debería aparecer como poco fructífera.

Así dice también Hellmuth Mayer<sup>11</sup>: “Como la historia de la dogmática señala, se puede aprehender la materia en los sistemas de referencias más diversos. Todos estos sistemas son utilizables con tal que se apliquen consecuentemente”.

La exigencia de un cambio del centro de gravedad de la investigación y de la teoría a las cuestiones criminológicas y político-criminales, tiene aquí una de sus fuentes<sup>12</sup>.

Una segunda objeción se dirige contra la clase de dogmática que se deriva de la separación de von Liszt: si las cuestiones político-criminales no pueden ni deben penetrar en ella, la deducción exacta del sistema puede garantizar ciertamente resultados inequívocos y uniformes, pero no materialmente justos. ¿Para qué

<sup>11</sup> Mayer, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Kohlhammer Studienbuch, 1967, p. 58.

<sup>12</sup> Así, por ejemplo, opina Schmidt en el prólogo al, por lo demás no muy logrado libro *Kritik des Strafrechtsreform*, edición suhrkamp, n° 264, 1968, p. 9, que “los efectos protectores del Derecho penal en un Estado de Derecho, al convertirse en evidentes, habían perdido relevancia”; cfr. sobre esta problemática también Gimbernat Ordeig, *Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?*, en “ZStW” 82 (1970), p. 379 y siguientes.

sirve la solución de un problema jurídico que, a pesar de su hermosa claridad y uniformidad, es desde el punto de vista político-criminal erróneo? ¿Debe ser preferible realmente a una decisión satisfactoria del caso concreto, que no es integrable en el sistema? Es evidente que debe responderse negativamente a esta cuestión y que hay que admitir las quiebras, motivadas político-criminalmente, de la regla estricta. Pero, de este modo, se relativiza naturalmente todavía más la significación de los conceptos sistemáticos generales y de las abstracciones dogmáticas. Así, por ejemplo, dice Jescheck como conclusión de su justificación, anteriormente citada<sup>13</sup>, del pensamiento sistemático: "No debe desconocerse, sin embargo, el peligro de una dogmática jurídico-penal basada en fórmulas abstractas: éste radica en que el juez se abandona al automatismo de los conceptos teóricos, olvidando así las particularidades del caso concreto. Lo decisivo ha de ser siempre la solución de la cuestión de hecho, mientras que las exigencias sistemáticas deben ocupar el segundo plano".

Schaffstein, en un trabajo sobre la problemática del error en Derecho penal<sup>14</sup>, ha dejado sin responder la cuestión, por él planteada, de la relación "jerárquica entre ambas perspectivas". Pero también opina que

<sup>13</sup> Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 1969, p. 136.

<sup>14</sup> Schaffstein, *Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum*, en *Götttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle*, 1961, p. 175 y ss. y 178.

“hay que acometer el problema de valoración orientado en la finalidad político-criminal ante todo, independientemente de todas las construcciones conceptuales”, resolverlo autónomamente y emplearlo “para el control complementario” de las conclusiones que se derivan de la “deducción lógico-dogmática”. En todo caso, este procedimiento supone, como en Jescheck, la posibilidad de una corrección de las soluciones dogmático-conceptuales a través de una valoración político-criminal discrepante.

Pero si se considera este procedimiento como admisible, se compagina mal con la función de la elaboración sistemática del concepto. Pues, o la ruptura admisible de los principios dogmáticos a través de la valoración político-criminal conduce a una sacudida de la aplicación uniforme y sin arbitrariedad del Derecho —desbaratando entonces desde un principio las ventajas que se le atribuyen a la sistemática— o se pone de relieve que la solución de la “cuestión de hecho”, liberada de todos los forzamientos sistemáticos e inmediatamente valorativa, no se opone a la seguridad jurídica y al dominio de la materia jurídica —planteándose entonces la cuestión de hasta qué punto es necesario el pensamiento sistemático—.

## (II)

En estas deprimentes dificultades se refleja una crisis en la que ha incurrido últimamente el pensamiento sistemático en general y la teoría jurídico-penal del delito en particular. Sintomático de ello es que la disputa por la teoría final de la acción y por sus consecuencias, que en los años cincuenta condujo a las más fuertes polémicas, encuentra hoy poco interés. Con razón no se cree ya en los resultados que se deducen de los conceptos sistemáticos superiores y análogamente se piensa poco en la utilidad práctica de tales categorías<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Esto se pone de relieve en gran medida especialmente en la polémica sobre el concepto de acción. Cfr., por ejemplo, Gallas, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, en "ZStW" 67 (1955), p. 1 y ss., *passim*; y ahora en: *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, p. 19 y ss.; además mi trabajo *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, en "ZStW" 74 (1962), p. 515 y siguiente; Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 15ª ed., 1970, nota previa, n° 36: "Por lo demás se extiende la idea de que el concepto de acción es, en última instancia, im-

Por otra parte, sólo hace falta imaginarse un Derecho penal sin parte general, para darse cuenta de que la renuncia a una teoría del delito, tanto generalizadora como diferenciadora, en favor de una cualquiera “valoración” individual haría retroceder a nuestra ciencia varios siglos, a aquella situación de “acaso” y “arbitrariedad”, de la que desde los tiempos de Liszt se abjura con razón por todos los apologetas del sistema. Puesto que no parece seriamente discutible la posibilidad de un abandono del sistema<sup>16</sup>, pero las obje-

---

productivo para la dogmática”; Baumann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1969, p. 131, opina que la discusión sobre la estructura de la acción punible en la actual dogmática del Derecho penal se ha puesto demasiado fuertemente en primer plano, más de lo debido y con perjuicio de otros sectores”; igualmente acentúa ahora Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1970, p. 145: “Están justificadas todas las objeciones que recientemente se han formulado contra el concepto de acción o contra su supervaloración”. También Arthur Kaufmann afirma (*Festschrift für Hellmuth Mayer*, 1966, p. 80) que el concepto de acción “no puede aportar todo lo que muchos parecen esperar de él”. Todo esto rige igualmente *mutatis mutandi* para las deducciones de otras categorías sistemáticas. La solución de los más difíciles problemas jurídicos (como, por ejemplo, el tratamiento del error de prohibición o de la participación en el hecho no doloso) no debe seguramente hacerse depender, como se ha creído anteriormente muchas veces, de la inclusión sistemática del dolo en el tipo o en la culpabilidad. Por esta resignación frente al pensamiento sistemático tradicional se explica que, por ejemplo, Baumann, ya en el prólogo a su Tratado (desde la 1ª ed. de 1960), escriba: “no se ha dedicado un espacio demasiado amplio a la discusión teórica sobre la sistemática de la estructura del delito...”.

<sup>16</sup> Y tanto menos cuanto en Derecho penal, a causa del principio *nullum crimen*, la seguridad jurídica debe pretender un rango especialmente alto en comparación con otras disciplinas jurídicas. Por ello se explica también el que sólo haya encontrado poca resonancia en Derecho penal la viva discusión mantenida en el Derecho civil sobre el

ciones que se han hecho valer anteriormente siguen vigentes, es natural que deben achacarse no al pensamiento sistemático como tal, sino al equivocado planteamiento de su desarrollo dogmático.

Realmente creo que todavía hoy en nuestra teoría del delito nos encontramos lastrados por la herencia del positivismo, como se acuñó por ejemplo en el pensamiento de Liszt<sup>17</sup>, y quiero intentar demostrar que las contradicciones descritas tienen aquí su causa.

El positivismo, como teoría jurídica, se distingue porque destierra de la esfera de lo jurídico las dimensiones de lo social y de lo político. Precisamente este axioma, aceptado por Liszt como evidente, sirve de base a esa oposición entre Derecho penal y Política criminal. El Derecho penal es, en sentido propio, ciencia del Derecho sólo en tanto se enfrente con el análisis conceptual de las reglas jurídico-positivas y con su inclusión en el sistema. La Política criminal, que se enfrenta con los fines y contenidos sociales del Derecho

---

pensamiento tópico. Pero cfr., por ejemplo, Würtenberger, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 2ª ed., 1959, Roxin, *Überschuldung und Tatherrschaft*, 1ª y 2ª ed., 1963/67, p. 587 y ss.; Androulakis, *Studien Zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, 1963; Lüderssen, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, p. 30 y ss.; sobre esto muy críticamente Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 116; sobre Welzel además mi recensión en "ZStW" 80 (1968), p. 712 y siguientes.

<sup>17</sup> Análogamente habla Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1970, p. 145, de que el planteamiento sistemático jurídico-penal de Liszt es equivocado. Pero en la exposición de Schmidhäuser, que en algunos puntos coincide con mi crítica, no se destaca la relación con el positivismo.

penal, está situada fuera de lo jurídico. A sus cultivadores sólo les queda la misión de llamar la atención del legislador y el espacio, jurídicamente neutro, de la ejecución de la pena, con la que Liszt, con su conocida teoría de los tipos de autor, quería operar configurando la sociedad. Pero la ley, como tal —y por tanto también el Código Penal—, “no es instrumento de configuración social, sino solamente un medio para la elaboración y ordenación de la coexistencia de las libertades”<sup>18</sup>; así por lo menos fue entendida por los teóricos del Estado liberal de Derecho y con ellos por Liszt.

<sup>18</sup> Como lo ha expresado Badura en su gráfica exposición sobre *Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates*, 1967, p. 25.

### (III)

Pero en esta función del Estado de Derecho no se agota para nosotros hoy la misión de la ley. A cualquier jurista le es conocido cómo se ha desarrollado, por ejemplo, en el Derecho administrativo, en su posición hoy dominante, las formas jurídicas de la Administración prestadora junto a la Administración interventora tradicional en el pasado siglo; la teoría jurídico-administrativa ha reelaborado entre tanto este proceso. Del mismo modo hay que reconocer también en Derecho penal, que —sin perjuicio del mantenimiento ilimitado de las exigencias del Estado de Derecho— los problemas político-criminales configuran el contenido propio también de la teoría general del delito<sup>19</sup>.

El principio *nullum crimen* tiene que dar ya directrices de conducta, además de cumplir su función liberal de protección; convirtiéndose de este modo en un

<sup>19</sup> Cfr. sobre el tema Würtenberger, *Strafrechtsdogmatik und Soziologie*, en *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat*, 1970, p. 27.

instrumento de configuración social de alta significación. Esto se continúa en todos los sectores de la teoría del delito: cuando por ejemplo se enfrentan nuestros tribunales con el problema de si una persona que ha sido atacada antijurídicamente se puede defender con armas o se le debe exigir que evite el encuentro, se está tratando con ello aparentemente sólo delimitar las esferas de actuación y libertad —para esto ofrecería seguramente la solución más clara la rigurosa tesis de que el Derecho no tiene que retroceder ante lo injusto—, en realidad, se están buscando las soluciones socialmente más flexibles y justas de las situaciones conflictivas. Y cuando se trata de explicar cómo hay que tratar a alguien que se ha equivocado, de algún modo, con respecto a la prohibición de su acción o ha desistido de consumar un delito, los problemas son de naturaleza político-criminal y, no pueden ser resueltos adecuadamente con el —para decirlo con Jescheck— “automatismo de los conceptos teóricos”.

#### (IV)

Naturalmente que esto no es un nuevo descubrimiento, la conclusión se impone directamente con una consideración imparcial de los sucesos de la vida. Pero no se puede decir que tales conocimientos hayan sido elaborados hasta ahora metodológica y sistemáticamente de un modo satisfactorio.

Para una teoría del delito, que, en la forma positivista descrita con exclusión de todos los puntos de vista político-criminales, ha sido concebida por el camino de la clasificación formal, queda como única salida la ya citada “corrección valorativa”.

Así, por ejemplo, se puede decir —si se me permite permanecer en el marco de los ejemplos ya citados— sobre el derecho a la legítima defensa frente a los ataques de los niños, que en si, puesto que los niños pueden actuar antijurídicamente, está permitida cualquier tipo de defensa en el marco de lo necesario, pero, puesto que para nuestra concepción actual las lesiones graves ocasionadas en niños, en tanto que no

sean necesarias forzosamente para autoprotegerse, aparecen como insoportables<sup>20</sup>, se debe exigir en tales casos evitar el encuentro. O, como se piensa en el Proyecto de 1962, se puede aceptar por razones sistemático-dogmáticas un hecho doloso en el caso de un error sobre los presupuestos de las causas de justificación, pero por consideraciones político-criminales se puede imponer, sin embargo, sólo la pena del hecho culposo<sup>21</sup>. Tal procedimiento supera la separación de Liszt entre Derecho penal y Política criminal en tanto que da entrada en la parte general del Derecho penal a las valoraciones político-criminales; pero continúa manteniendo la separación, en tanto que ambas esferas siguen recíprocamente desvinculadas.

Se produce de este modo un doble criterio de enjuiciamiento, de tal manera que puede ser dogmáticamente cierto lo que desde el punto de vista político-criminal es equivocado, y a la inversa<sup>22</sup>. Ya he indicado al principio que de esta forma se desvaloriza la importancia del sistema. Pero tampoco se ayuda mucho con

<sup>20</sup> Así, por ejemplo, dice Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 1969, p. 231: "El derecho a la defensa debe terminar allí donde por su ejercicio se lesiona gravemente el sentimiento jurídico". Dentro de este tema dice luego: "también está justificada la exigencia de que se debe evitar responder al ataque de niños".

<sup>21</sup> De este método me he ocupado detenida y críticamente en mi trabajo *Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962*, en "ZStW" 76 (1964), p. 582 y siguientes.

<sup>22</sup> Roxin, *Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962*, en "ZStW" 76 (1964), p. 585 y siguientes.

tal procedimiento a los intereses político-criminales, pues los fundamentos de valoración quedan como difuminados, a capricho y sin fuerza de convicción científica, cuando se les concibe con el sentimiento jurídico o con finalidades momentáneas, sin encontrar su apoyo en una relación valorativa comprobable en la ley<sup>23</sup>. De un modo especialmente claro se muestra esto en la teoría jurídico-penal de la participación, en la que el desarrollo de la jurisprudencia ha conducido a que la delimitación entre autoría y participación sea llevada a cabo arbitrariamente sin una orientación en las categorías sistemáticas<sup>24</sup>.

Ello ha sido posible porque el concepto de la “voluntad de autor”, utilizado como aparente criterio de distinción, pero que como realidad psíquica no existe, se aplica en la *praxis* de tal modo que se determina en base a una valoración inmediata quién merece la pena del autor y quién la más atenuada del cómplice; según el resultado de esta decisión se afirma o se niega luego la voluntad de autor.

Las consecuencias de esta *praxis* son ya conocidas: las sentencias se contradicen groseramente y la vieja frase, pronunciada hace sesenta años, de que la teoría

<sup>23</sup> Sobre ello también detalladamente Roxin, *Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962*, en “ZStW” 76 (1964), p. 587 y siguientes.

<sup>24</sup> Sobre este desarrollo confrontar detenidamente Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., 1967, p. 612 y ss.; igualmente Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 1969, p. 433: “La distinción entre autoría y participación se ha dejado en la aplicación práctica del Derecho al buen criterio del juez del hecho”.

de la participación es “el capítulo más oscuro y confuso de la ciencia del Derecho penal”<sup>25</sup> se ha convertido en una frase histórica.

<sup>25</sup> Procede de Kantorowicz, en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1910, p. 306; luego fue tomada por Binding, *Strafrecht, und strafprozessuale Abhandlungen*, 1915, t. I, p. 253, y desde entonces hasta hoy por otros numerosos autores.

## (V)

Con todo esto se pone de manifiesto que el camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del Derecho penal, en que su fundamentación legal, su claridad y legitimación, su combinación libre de contradicciones y sus efectos no estén por debajo de las aportaciones del sistema positivista formal proveniente de Liszt.

La vinculación al Derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica. Un orden estatal sin una justicia social, no forma un Estado material de Derecho, como tampoco un Estado planificador y tutelar, que no consigue la garantía de la libertad como con el Estado de Derecho, no puede pretender el calificativo de constitucionalidad socioestatal. Muy claramente se pone esto de relieve

en la reforma del sistema de sanciones jurídico-penales y de la ejecución de la pena: resocializar no significa introducir sentencias indeterminadas o disponer a capricho del condenado para tratamientos estatales coactivos. Más bien, únicamente satisface la reforma al mandato constitucional, si al mismo tiempo fortalece la situación jurídica del condenado con la introducción de modernos métodos de terapéutica social y se reestructura jurídicamente la especial relación de poder que hasta ahora ha sido poco accesible a la especulación jurídica<sup>26</sup>.

El tema mismo lo exige, pues una educación para la vida legal en la libertad del Estado de Derecho puede difícilmente llevarse a cabo con la privación de todas las libertades. Tampoco el Derecho de medición de la pena, que sólo en los tiempos de la posguerra ha subido al rango de disciplina autónoma, se desarrolla con un arbitrio judicial que debe rellenarse con una valoración jurídica individual, sino que por el contrario se dirige precisamente a la ordenación sistemática y al control racional de los criterios de medición motivados político-criminalmente<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Fundamental, particularmente también para la crítica de la “especial relación de poder”, Schüler-Springorum, *Strafvollzug im Übergang*, 1969. Sobre la síntesis entre estatalidad jurídica y social en el sistema sancionador cfr. también mi trabajo *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, en “ZStW” 81 (1969), p. 613 y ss. y 637 y siguientes.

<sup>27</sup> Fundamental es aquí la obra de H. J. Bruns, *Strafzumessungsrecht, Allgemeiner Teil*, 1967.

La unidad sistemática entre Política criminal y Derecho penal, que, en mi opinión también debe incluirse en la estructura de la teoría del delito, es, por tanto, sólo una realización de la misión que tiene planteada hoy nuestro ordenamiento jurídico en todos sus sectores. Pero un intento totalizador de esta clase no se ha emprendido hasta ahora en la dogmática de la parte general. Más bien el edificio del delito, que hoy vemos ante nosotros con variadas divergencias en los concretos autores, pero en su totalidad como el modelo estándar de la *praxis* y la teoría, es un extraño conglomerado de diferentes épocas estilísticas.

I.— Por su punto de partida positivista nos ha llegado un sistema clasificatorio en la forma de una pirámide conceptual, análogo, por ejemplo, al sistema botánico de Linneo<sup>28</sup>: de la masa de las características del delito se levanta el edificio a través de una abstracción<sup>29</sup>, que lleva escalón a escalón hasta el concepto superior omnicomprendivo de la acción.

Ya he intentado explicar por qué un sistema cerrado, concebido de esta manera, obstruye el camino pa-

<sup>28</sup> La gráfica comparación con el sistema de Linneo procede de Radbruch, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, en *Festschrift für Reinhard Frank, Besonderer Teil*, 1930, t. I, p. 158; ahora se cita también por Schmidhäuser, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, en *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, 1968, p. 269.

<sup>29</sup> Liszt dice sobre la "ordenación sistemática" en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1905, t. I, p. 215: "Sube cada vez más por el camino de la abstracción de los conceptos especiales a los más generales".

ra la solución de nuestro problema: aparta a la dogmática, por un lado, de las decisiones valorativas político-criminales, y, por, otro, la incomunica de la realidad social, en lugar de dejarle abierto el camino a ella.

2.— La metodología referida a los valores del neokantismo<sup>30</sup> —que en los años veinte se hizo predominante— hubiera podido conducir desde el punto de vista normativo a una “imagen completamente nueva del sistema jurídico-penal”, si se hubiesen elegido las directrices político-criminales como criterio al que referir todos los fenómenos dogmáticos. Pero sobre estas bases no se ha formado nunca un sistema que se haya impuesto a la estructura de la anterior teoría del delito concebida de un modo formal<sup>31</sup>. El desarrollo ha conducido sólo —lo que ya es algo— a que en la teoría del tipo ocupe un lugar preeminente la interpretación conforme al bien jurídico protegido<sup>32</sup> y a que a las cau-

<sup>30</sup> Este desarrollo que a través de los trabajos de filosofía jurídica de la llamada escuela sudoccidental alemana (Windelband, Lask) ha penetrado en el Derecho penal (sobre todo por los escritos de Radbruch, Mezger, Erik Wolf, Grünhut y Schwinge), puede darse aquí por sabido. Un trabajo definitivo: Mittasch, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, 1939.

<sup>31</sup> Engisch, *Sinn und Tragweite juristischer Systematik*, en *Studium Generale*, 1957, p. 184, dice acertadamente que “el sistema clasificatorio de Liszt siempre está tras el telón de nuestra teoría del delito”. Digno es de notar que tampoco Engisch, a pesar del expreso tratamiento del sistema teleológico (p. 178 y ss.), ha dado un ejemplo de ello en la teoría general del delito.

<sup>32</sup> Sobre esto especialmente Schwinge, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, 1930.

sas de justificación, con la llamada teoría de la antijuricidad material<sup>33</sup> y a la culpabilidad, con su reducción a la característica de la “reprochabilidad”<sup>34</sup> se le haya dado una base normativa, de la que han nacido la causa de justificación del estado de necesidad suprallegal<sup>35</sup> y la idea de exigibilidad<sup>36</sup> en la teoría de la culpabilidad.

Esta inclusión de elementos valorativos —político-criminales en la jerarquía del delito, estructurada de un modo conceptual-positivista, ha producido sistemáticamente esa bipolaridad que se refleja en la dualidad de la consideración formal y material.

Si la interpretación del tipo, libre valorativamente, casi automática de subsunción, lo más cercana posible al ideal positivista-liberal, no aporta resultados inequívocos o tolerables, se encontrará la solución teológicamente por el bien jurídico protegido. Si en la com-

<sup>33</sup> Sobre ello detenidamente Heinitz, *Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit*, 1926; ídem, *Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit*, en *Festschrift für Eberhard Schmidt*, 1961, p. 266 y siguientes.

<sup>34</sup> Este llamado concepto normativo de la culpabilidad, que hoyes absolutamente dominante, procede, como es sabido, de Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, en *Festschrift für die Juristische Fakultät in Giessen*, 1907, p. 521 y siguientes.

<sup>35</sup> Sobre ello detenidamente Lenckner, *Der rechtfertigende Notstand. Zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962)*, 1965.

<sup>36</sup> Sobre ello, resumiendo y ampliando, Henkel, *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, en *Festschrift für Edmund Mezger*, 1954, p. 249 y siguientes.

probación de la antijuricidad formal no da resultado la búsqueda de una causa de justificación positiva, pero a causa de la falta de daño social el juicio de antijuricidad aparece desde el punto de vista político-criminal como erróneo, se puede negar la antijuricidad material con una ponderación de los bienes e intereses; mientras que en la teoría de la culpabilidad, la dureza de la regulación positivo-legal se puede atenuar en el caso concreto con las consideraciones de exigibilidad.

Con todo ello, se introducen valiosos planteamientos para la penetración de las finalidades político-criminales en el trabajo dogmático, pero también para aquel debilitamiento individual-valorativo del sistema, cuya cuestionabilidad ha sido ya descrita y que ha evitado que, por ejemplo, la teoría del fin como formulación del estado de necesidad suprallegal o la inexigibilidad como causa de exclusión de la culpabilidad hayan sido reconocidas de un modo general.

3.— La teoría final de la acción, por último, con su giro a las estructuras ónticas y a la realidad social ha intentado restablecer, y no sin éxito, la referencia de la dogmática jurídico-penal a la realidad, devolviendo sobre todo a la teoría de la acción y a la del tipo la plasticidad de una pura descripción del suceso. El finalismo, sin embargo, con su método deductivo-axiomático<sup>37</sup> de derivar las soluciones jurídicas de datos onto-

<sup>37</sup> Cfr. Welzel, *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre*, 1953, p. 3: "La teoría final de la acción parte de

lógicos —principalmente del concepto de acción concebido en sentido prejurídico—, ha creado también un sistema que, ciertamente, se diferencia de la tripartición clásica causal-positivista por un lado, pero que por otro no concede un espacio independiente a las finalidades político-criminales en la dogmática.

Con razón hace notar Schaffstein<sup>38</sup>, que igualmente se siente vinculado a la teoría final de la acción, que en ella está colocado “el acento absolutamente en la construcción lógico-conceptual.

La tensión entre la deducción sistemática y la valoración inmediata, de la que hemos partido, no se anula tampoco ni precisamente por el finalismo.

---

axiomas y aplica métodos que se oponen estrictamente a los de la actividad científica jurídica dominante”.

<sup>38</sup> Schaffstein, *Tatbestandssirrtum und Verbotsirrtum*, en *Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle*, 1961, p. 176, cfr. también p. 178: “Welzel ha proporcionado a la deducción lógico-dogmática una fuerza desconocida desde los tiempos de Binding”.



## (VI)

Esta rápida marcha por la historia de la metodología jurídico-penal<sup>39</sup> ha puesto de relieve que los tres requisitos fundamentales que deben exigirse de un sistema fructífero, claridad y ordenación conceptual, referencia a la realidad y orientación en finalidades político-criminales, han sido siempre realizados solamente de manera parcial, a modo de planteamiento y con abandono de otros aspectos, con las desfiguraciones y superposiciones que hoy se aparece ante nosotros como “teoría dominante”, aunque con muchas variantes.

Me parece, por tanto, necesario que nuestro tema se convierta, más de lo que ha sido hasta ahora, en ob-

<sup>39</sup> Un buen resumen del desarrollo del sistema jurídico-penal se encuentra en Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 1969, § 22: *Die Entwicklungsstufen der neueren Verbrechenslehre*, p. 138 y ss., y en Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1970, Capítulo 7: *Die Entwicklung der Straftatsystematik in der neueren deutschen Strafrechtswissenschaft*, p. 128 y siguientes.

jeto de la reflexión científica y que sea tenido en cuenta en la formación del sistema.

Si se me permite invocar a Goethe<sup>40</sup> como garante, diré con sus palabras: “Se respeta el viejo fundamento, pero no se puede renunciar al derecho de volver a fundamentarlo de algún modo desde el principio”.

Un tal intento, que quiero exponer aquí en algunas líneas fundamentales, tiene que partir de que las concretas categorías del delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político-criminal.

Estas funciones son de distinta naturaleza: El *tipo* está bajo el *leitmotiv* de la determinación legal, al que frecuentemente se ha reducido únicamente la legitimación de la dogmática: los tipos sirven realmente a la realización del principio *nullum crimen* y de él debe derivarse la estructuración dogmática<sup>41</sup>. La *antijuricidad*, por el contrario, es el sector de las soluciones so-

<sup>40</sup> Tomado de “Wilhelm Meisters Wanderjahren”, impreso ahora las más de las veces en las “Maximen und Reflexionen”. La numeración es diferente, en la Artemis-Gedenkausgabe se trata del n° 548.

<sup>41</sup> Por supuesto que ya en los tipos se plasman soluciones sociales a los conflictos. Ellos son el resultado de una reflexión del legislador sobre si una conducta debe ser sancionada en general. Pero esto son decisiones político-criminales del legislador de naturaleza precodificadora. Para el trabajo dogmático los tipos vienen previamente dados. En la sistematización este trabajo se tiene que regir primariamente por el principio *nullum crimen* y no por consideraciones de punibilidad: una analogía que vaya más allá del sentido literal posible es inadmisibile, aun cuando la ratio de la penalización legislativa hable en favor de ello.

ciales a los conflictos, el campo en el que chocan los intereses individuales opuestos o las exigencias sociales con las necesidades del individuo. Cuando se trata de conciliar las intervenciones necesarias de carácter administrativo con el derecho a la personalidad en general y con la libertad de actuación del ciudadano, o cuando situaciones de necesidad inminentes e imprevisibles exigen una decisión: se trata siempre de la regulación, socialmente justa, de intereses contradictorios. Ciertamente no es esto nada nuevo. Pero hasta ahora no han sido suficientemente puesto en claro las consecuencias dogmáticas y sistemáticas que deben deducirse y que en comparación con la interpretación del tipo tiene un carácter completamente distinto.

Por último, la categoría delictiva que en forma tradicional denominamos *culpabilidad* tienen en realidad mucho menos que ver con la averiguación del poder actuar de un modo distinto, algo empíricamente difícil de constatar, que con el problema normativo de sí, y hasta qué punto, en los casos de circunstancias personales irregulares o condicionadas por la situación conviene una sanción penal a una conducta que, en principio, está amenazada con una pena.

Para responder a esta cuestión deben incluirse en el trabajo dogmático tanto la función limitadora de la pena que representa el principio de la culpabilidad como las consideraciones de prevención general y especial. El que una persona perteneciente a una determinada profesión destinada a prevenir el peligro (por ejemplo, un policía o un bombero), no pueda disculpar-

se, invocando una situación de necesidad, más fácilmente que otra, se debe a la protección de bienes jurídicos, es decir, a un interés de la comunidad que exige aquí una sanción, al mismo tiempo que puede permanecer impune el que actúa en una situación parecida, pero sin tener un deber social específico, porque no necesita la resocialización y, dado lo excepcional de la situación, no puede dar un mal ejemplo.

Si se consideran así las cosas, el postulado del *nullum crimen*, la ponderación reguladora de intereses sociales en situaciones conflictivas y las exigencias de la teoría de los fines de la pena sirven de base, desde el punto de vista político-criminal, a nuestras conocidas categorías delictivas. Dos de ellas, la teoría del tipo y de la culpabilidad, hay que interpretarlas con principios específicamente jurídico-penales: mientras que el ámbito de la antijuricidad se extiende a otros sectores del ordenamiento jurídico. A ello se debe el que las causas de justificación procedan de todo el ámbito jurídico y que de este modo engarzen al Derecho penal con las otras disciplinas jurídicas en la unidad del ordenamiento jurídico.

## (VII)

La segunda parte de nuestro trabajo debe dedicarse a la cuestión de cómo puede desarrollarse el sistema partiendo de esta base.

Para ello empezaremos con la teoría del tipo. Como ya se sabe, se puede distinguir aquí entre los más diversos elementos y clases de delitos, que bajo esta rúbrica se exponen todos en una mezcla algo confusa. Desde nuestro punto de vista, el criterio diferenciador rector del sistema debe ser la forma en que se han llevado a cabo por el legislador las exigencias del principio *nullum crimen*. Si se dejan a un lado las formas atípicas extravagantes, se pone de relieve que para ello se dan dos métodos fundamentalmente distintos, que el legislador aplica alternativamente. El primero consiste en la descripción, lo más precisa posible, de acciones: “El que con violencias contra una persona o con amenazas, poniendo en peligro la integridad corporal o la vida, se apodera de una cosa mueble ajena con la intención de apropiársela antijurídicamente” —ésta

es una descripción de hechos internos y externos, que, conjuntamente, nos señalan a un ladrón en acción—.

Se puede hablar aquí de un delito de acción. Del segundo método se sirve el legislador preferentemente allí donde no le interesa la cualidad externa de la conducta del autor, porque el fundamento de la sanción radica en que alguien infringe las exigencias de conducta derivadas del papel social que desempeña.

Cuando el § 266 *StGB* amenaza, por ejemplo, con una pena a quien “lesiona el deber que le incumbía de custodiar intereses patrimoniales ajenos es evidentemente indiferente la forma en que el autor ha hecho esto, si de todos modos lesiona su deber de una manera perjudicial para el patrimonio. El principio *nulla poena* se descubre aquí en que el legislador se refiere a deberes creados por los participantes en el ámbito extrapenal.

La problemática del § 266, desde el punto de vista del Estado de Derecho, no radica por consecuencia en la falta de descripción de la acción, sino en la vaguedad de los deberes a que se refiere. Donde, por el contrario, estos deberes están determinados de manera clara, se han cumplido de sobra las exigencias del *nullum crimen*, pues la remisión a estos deberes sustituye a la descripción de la acción.

Si se piensa —por ejemplo— en los tipos de la evasión de presos o de la prevaricación del abogado, la conducta externa del autor puede ser de cualquier clase, pero, puesto que los deberes del papel social del vigilante de la cárcel, del abogado, están suficientemen-

te determinados por las normas de servicio o profesionales, tales tipos, a los que denomino delitos consistentes en la infracción de un deber<sup>42</sup>, son —desde el punto de vista de su determinación— absolutamente equivalentes a los delitos de acción.

Hasta aquí sin problemas. El rendimiento práctico de una tal bipartición sistemática de la teoría del tipo, me parece que radica en lo siguiente: En primer lugar, por un lado, el punto de partida normativo pone ante los ojos, con sorprendente claridad, la realidad social que sirve de base a todas las distinciones dogmáticas.

En los delitos consistentes en la infracción de un deber se trata de sectores de la vida conformados ya jurídicamente (las relaciones entre administrador del patrimonio y mandante, entre vigilante y preso, entre abogado y cliente), cuya capacidad de funcionamiento debe ser protegida; en los delitos de acción penetra el autor, poniendo entonces desde fuera en peligro la paz (por ejemplo: por homicidio, robo, violación de correspondencia ajena, empleo de magnetófonos para descubrir secretos ajenos, etcétera), en ámbitos que por imperativo del Derecho debería haber dejado intactos. Esta diferencia, materialmente fundamentada, tiene ahora, además, consecuencias dogmáticas, que todavía no han sido reconocidas de un modo suficientemente claro.

<sup>42</sup> Sobre esto por primera vez expresamente Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª y 2ª ed., 1963/67, p. 332 y siguientes.

En este trabajo no se puede exponer naturalmente una parte general completa, pero algunas indicaciones pueden hacer comprensible cuál es mi opinión al respecto.

1.— El conocido problema de la equiparación en los delitos de omisión, tratado en los últimos años en gran número de monografías, se plantea, por ejemplo, en los delitos consistentes en la infracción de un deber desde un principio de un modo distinto que en los delitos de acción. Cuando se trata de la infracción de un deber nacido del papel social desempeñado, que constituye determinados tipos, es, desde el punto de vista de la problemática del *nullum crimen*, notoriamente indiferente el que esta infracción se realice por acción u omisión. Si el vigilante quiere ayudar a escapar al preso y deja abierta con una acción positiva la puerta de la prisión u omite cerrarla en contra de lo prescrito, carece esto de relevancia para el tipo del § 346 *StGB*, e igualmente carece también de importancia el que el abogado cometa el delito de prevaricación por maquinaciones activas o por omisión de las medidas jurídicas necesarias.

Donde, por el contrario, se realiza el principio *nullum crimen* a través de la descripción de acciones, allí ciertamente —y solamente allí— se plantea la paradójica cuestión, apenas solucionable, de cómo puede alguien, mediante una no acción, actuar en el sentido de una precisa descripción del hecho. Es un secreto a voces que la jurisprudencia se ha sobrepuesto hasta

ahora a la falta de un fundamento típico con la investigación libre del Derecho.

En los delitos de acción sólo se hubiera podido conseguir más exactamente una equiparación de la omisión con el hacer positivo allí donde se incluyen en el tipo de un delito de acción delitos que consisten en la infracción de un deber, como por ejemplo en el caso en que una madre deja morir de hambre a su hijo o en el del médico que deja morir al paciente que está a su cuidado porque, infringiendo su deber no le administra el medicamento salvador. Se trata aquí de evidentes infracciones del deber en el marco de una relación social previamente existente, que no se configuran como delitos especiales únicamente porque también los cubre el tipo activo del homicidio.

En estos delitos solapados consistentes en la infracción de un deber o “delitos impropios de acción”, como también se les puede denominar, es naturalmente indiferente para la realización del tipo el que el médico mate inyectando una dosis excesiva u omitiendo toda acción, el que el empleado de ferrocarriles origine el choque porque cambie mal las agujas o porque no las cambie en absoluto. Pues en el ejercicio de oficios sociales independientes del Derecho penal: alimentar niños, cerrar puertas, cambiar las agujas, adoptar medidas jurídicas, se determina la significación del hacer o del omitir únicamente por su situación valorativa en la relación social y de aquí obtiene su relevancia típica. Si, por el contrario, fuera del acontecer social normal, ocurre un accidente, se declara falsamen-

te o se emborracha el cliente de un bar, los deberes de auxilio o de evitación de los originadores del accidente, de las partes del proceso o de las camareras son tan poco parecidos a las acciones descritas en el tipo que no se justifica ya con el principio *nullum crimen una* subsunción de la omisión en estas descripciones. La sustitución de la falta de una acción por el deber de impedir el resultado ha sido en verdad allí donde el legislador ha creado acciones para constituir el tipo, una libre creación judicial del Derecho<sup>43</sup>.

El § 330, *c* del *StGB*, con algunas cualificaciones (por ejemplo, para los casos de injerencias, parientes, etcétera), y la creación de unos pocos delitos puros de omisión, para grupos de casos muy concretamente constatables, hubiesen podido cumplir aquí el postulado *nullum crimen* y hubiesen preservado a nuestra teoría de la equiparación de esa desconcertante confusión, que se origina siempre que algún autor o también los jueces determinan según sus propias ideas la extensión de la responsabilidad por omisión en una forma parecida a la creación legislativa<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> No tengo espacio aquí para exponer en concreto todo esto desde el punto de vista histórico-dogmático y en polémica con la extensa literatura moderna sobre la omisión. Aquí sólo me interesa hacer plausible el principio sistemático citado.

<sup>44</sup> Se puede ver esto muy claramente en que en las modernas monografías sobre el problema de la equiparación en los delitos de omisión (Rudolphi, 1966; Pfeleiderer, Bärwinkel, Welp, todos en 1968) se han llegado a conclusiones completamente diferentes: no se trata, por tanto, de un problema de interpretación, sino de una especie de creación legislativa, aun cuando los autores no sean conscientes de ello.

Aquí se debería producir por lo menos *de lege ferenda*, una reorientación: y (con una elaboración fundamental de buenos rendimientos dogmáticos) se habría podido conseguir ya hace tiempo, si el principio político-criminal, rector de la teoría del tipo, se hubiera hecho dogmáticamente fructífero.

2.— Un segundo sector al que aporta la sistemática descrita ideas totalmente nuevas es la teoría de la participación.

Dogmáticamente, se trata aquí de un problema del tipo, es decir, de la cuestión de hasta qué punto puede subsumirse una conducta todavía en las descripciones del delito, fundamentando así la autoría. Sólo en tanto no sea éste el caso, vienen en consideración las causas de extensión de la pena de la inducción y de la complicidad. Desgraciadamente, la jurisprudencia ha desconocido desde un principio la inclusión de la teoría de la participación en el tipo y ha equivocado de este modo el planteamiento para su orientación, que desde el punto de vista legislativo es obligada, en el principio *nullum crimen*<sup>45</sup>.

Asimismo puede suceder que ya la movediza participación en los actos preparatorios —aun cuando sólo se trate de un consejo o de un movimiento de cabeza

<sup>45</sup> Sobre ello detenidamente mi *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., 1967, p. 615 y ss., Sax, en "JZ" 1963, p. 332 y ss.; de un modo especialmente claro también ahora Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 1969, p. 428 y siguientes.

afirmativo— pueda convertir ante nuestros tribunales a alguien en autor; mientras que el autor por deferencia que indudablemente realiza el tipo tiene la posibilidad de escapar con la pena del cómplice.

Este desarrollo, que ha cambiado el sentido de la ley y ha llevado al caos nuestra teoría de la participación, marca un camino equivocado, que, a las buenas o a las malas, tendrá que abandonar también la jurisprudencia, pues el tenor literal de la segunda ley de reforma del Derecho penal ya no es compatible con la llamada teoría “subjetiva”<sup>46</sup>.

Hay que reconocer que también aquí existe una diferencia esencial entre los delitos de acción y los consistentes en la infracción de un deber, porque su diferente estructura típica debe señalar, conforme a la naturaleza de la teoría de la participación, líneas respectivamente divergentes. En los delitos de acción es au-

<sup>46</sup> El § 25, secc. 1 dice: “Como autor será castigado quien realice el hecho punible por sí mismo o sirviéndose de otro”. Si aquí se califica expresamente de “autor” a quien realiza el hecho “por sí mismo”, ya no se le podrá castigar en el futuro como simple cómplice porque le falte la “voluntad de autor”. Esta consecuencia se deriva de la supresión del antiguo § 32 del Proyecto de 1962 (que, en el caso de error sobre el dolo del autor, hacía depender de la dirección de la voluntad del que se había equivocado la pena de autor o la de partícipe) y del paralelo mantenimiento del requisito de un hecho doloso principal para la inducción y la complicidad en los §§ 26 y 27 de la 2ª Ley de reforma del Derecho penal: El que induzca a otro a cometer un delito en la equivocada suposición de que el inducido actuara dolosamente, no puede ser castigado ni como autor ni como partícipe, aun cuando de acuerdo con la teoría subjetiva, a causa de su “voluntad de partícipe”, puede hacersele responder sin duda por inducción.

tor el que domina la respectiva acción típica; aquí decide por tanto el dominio del hecho. En los delitos consistentes en la infracción de un deber, por el contrario, actúa típicamente sólo (aun cuando siempre) quien lesiona el deber extrapenal, sin que interese en lo más mínimo el dominio del suceso externo. El administrador que participa, únicamente con una aportación mínima, en la distracción del patrimonio que se le ha confiado, es siempre autor del delito de infidelidad patrimonial; mientras que el *extraneus*, que es posible que domine el suceso externo, a pesar de ese dominio solamente puede ser cómplice.

Desde esta base se puede desarrollar, con bastante exactitud en sus particularidades, un sistema de la teoría de autor que distinga entre delitos de acción y delitos consistentes en la infracción de un deber. En otro lugar he intentado llevar a cabo esto con todo detenimiento<sup>47</sup> y renuncio, por tanto, ahora a posteriores explicaciones. En todo caso me parece haber aclarado suficientemente, que una consideración sistemática de la clase aquí recomendada es fructífera<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> En mi libro *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª y 2ª ed., 1963/67.

<sup>48</sup> La distinción llevada a cabo por mi entre delitos de acción y delitos consistentes en la infracción de un deber se acepta cada vez más en la bibliografía para la teoría de la participación; expresamente en este sentido Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 15ª ed., 1970, antes del § 47, n° 7; Wessels, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1970, § 11, II, 2, ps. 87-88. Coincidiendo también con el resultado Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1970, p. 425, que, sin embargo, a causa de la posición de garante del obligado, considera los delitos consis-

Con esto no se ha agotado de ningún modo su utilidad para la teoría del tipo. Así, por ejemplo, la inclusión del dolo en el tipo se deduce ya de la exigencia de determinabilidad del Estado de Derecho: las lesiones del deber y las acciones no se pueden describir como simples acontecimientos causales. Únicamente el dolo confiere a un suceso sus contornos delimitados<sup>49</sup>. Si se prescinde de él, como lo ha hecho el llamado sistema “clásico” bajo el influjo poderoso del naturalismo se llega forzosamente a una ampliación de la extensión de la pena, que, desde el punto de vista del Estado de Derecho, es objetable. Así ha ocurrido en la teoría de la participación, donde cualquier clase de “causalidad” se ha considerado como objetivamente suficiente para fundamentar la autoría, con la consecuencia de que los actos preparatorios más alejados, podían fundamentar la aplicación de la pena del tipo, si iban acompañados de una voluntad lo suficientemente perversa; no se puede desconocer aquí la tendencia a un Derecho penal de ánimo que se pone de relieve con un mero análisis de la jurisprudencia<sup>50</sup>.

Por otro lado, en la dogmática de la imprudencia, enseña la concepción sistemática aquí delimitada que

---

tentes en la infracción de un deber como delitos de omisión y sólo a través de este rodeo llega a la autoría.

<sup>49</sup> Cfr. detalladamente mi exposición en “ZStW” 80 (1968), p. 176 y siguientes.

<sup>50</sup> Cfr. mi *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., 1967, p. 597 y ss. y 615 y siguientes.

en este sector nos enfrentamos con delitos consistentes en la infracción de un deber y no con delitos de acción<sup>51</sup>. En consecuencia, una estructuración del tipo, que corresponda al principio de determinabilidad, sólo puede conseguirse a través de una tipología y sistematización de los deberes en el tráfico, que sirven para completar la norma, que (como sucede frecuentemente en los delitos consistentes en la infracción de un deber) se formula como una ley penal en blanco.

El trabajo dogmático está todavía en esta materia por el principio. Pues la reducción tradicional del tipo a una causalidad entendida en el sentido de la teoría de la equivalencia ha creado —desde un principio— un amplio margen de responsabilidad, que tampoco puede ser reducido en una medida compatible con el Estado de Derecho por las características de la previsibilidad y de la evitabilidad. Abstractamente previsible y evitable lo es, en efecto, casi todo.

La extensión de lo que, bajo la amenaza de una pena, se está obligado a prever y a evitar es en verdad mucho más pequeña y debe determinarse por deberes de conductas constatables. Instituciones jurídicas co-

<sup>51</sup> Un problema se plantea aquí en que en algunos delitos culposos parece faltar una lesión del deber pretípica, que ya hemos demostrado que existe en los delitos dolosos consistentes en la infracción de un deber. Sin embargo, esto no tiene su origen en una estructura diferente de la imprudencia, sino en la deficiencia de su elaboración dogmática. Si queremos llegar más lejos en este sector, será necesario formular, independientemente de las consecuencias jurídicas de la causación de un resultado, por todas partes deberes de conducta sin cuya lesión se ex-

mo el riesgo permitido o el principio de confianza, que se han desarrollado al margen de las categorías sistemáticas, muestran el camino obligado para la tipificación de los deberes, cuya elaboración sistemática únicamente puede dar a los tipos culposos la firme estructura que nos es evidente en los delitos dolosos.

Hasta aquí los efectos dogmáticos que se derivan de una sistematización del tipo regida por el principio *nullum crimen*. Ahora hay que añadir algunas aclaraciones metodológicas que se determinan también por este principio jurídico-político rector.

Las características del tipo en sentido estricto —es decir, conceptos como “edificio”, “ajenidad”, “cosa”, etcétera— son el dominio de la definición y de la subsunción exacta, que, con frecuencia, son consideradas en Derecho penal como el único método para averiguar el Derecho que debe ser aplicado. Pero este caso se da las menos de las veces: en la interpretación de las características determinables del tipo ocupa un lugar este procedimiento, porque con la sucesión lógica de premisas, subsunción y conclusión se hace justicia en el grado más alto posible al principio de determinabilidad legal. Pero en la ulterior cuestión de cómo debe constatarse el contenido del concepto de tipo mismo se responde las más de las veces de un modo global, te-

---

cluye la imputación del resultado. El desarrollo del Derecho penal del tráfico pone de relieve esto de un modo lo suficientemente claro. Una exposición más detallada de esta concepción, aquí sólo insinuada debe quedar reservada para otra ocasión.

niendo que interpretar las características concretas típicas, desde el punto de vista teleológico, por el bien jurídico protegido. Este principio, bastante banal, ha tenido consecuencias discutibles. Un análisis completo de la evolución jurisprudencial podría entonces poner de relieve que nuestros tribunales, para garantizar una protección regida por este principio —lo más amplia posible y sin lagunas— han procedido a una interpretación extensiva del tipo, que en gran manera ha ayudado al aumento de la criminalidad en algunos delitos. Bajo el prisma del principio *nullum crimen* es precisamente lo contrario lo justo: es decir, una interpretación restrictiva que actualice la función de carta magna del Derecho penal y su “naturaleza fragmentaria” y que atrape conceptualmente sólo el ámbito de punibilidad que sea indispensable para la protección del bien jurídico.

Para ello hacen falta principios como el introducido por Welzel, de la adecuación social<sup>52</sup>, que no es una característica del tipo, pero si un auxiliar interpretativo para restringir el tenor literal que acoge también formas de conductas socialmente admisibles.

A esto pertenece además el llamado principio de la insignificancia<sup>53</sup>, que permite en la mayoría de los ti-

<sup>52</sup> De la extensa bibliografía cfr. sólo Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 55 y ss., que acertadamente habla de “un principio general de interpretación” (p. 58).

<sup>53</sup> Este criterio ha sido puesto de relieve por mí, como un principio de validez general para la determinación del injusto, por primera vez

pos excluir desde un principio daños de poca importancia: maltrato no es cualquier tipo de daño de la integridad corporal, sino solamente uno relevante; análogamente deshonesto en el sentido del Código Penal es sólo la acción sexual de una cierta importancia<sup>54</sup>, injuriosa en una forma delictiva es sólo la lesión grave a la pretensión social de respeto. Como “fuerza” debe considerarse únicamente un obstáculo de cierta importancia, igualmente también la amenaza debe ser “sensible” para pasar el umbral de la criminalidad. Si con estos planteamientos se organizara de nuevo consecuentemente la instrumentación de nuestra interpretación del tipo, se lograría, además de una mejor interpretación, una importante aportación para reducir la criminalidad en nuestro país.

---

en “JuS” 1964, p. 373 y ss. y p. 376-377. La idea ha sido aceptada y desarrollada, por ejemplo, por Busse, *Nötigung im Strassenverkehr*, 1968; Berz, “GA” 1969, p. 145 y ss.; “JuS” 1969, p. 367 y ss.; Tiedemann, “JuS” 1970, p. 112. (*Bagatellprinzip*) und *Juristische Analysen*, 1970, p. 261. Además *Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches*, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, Erster Halbband, ps. 63-64.

<sup>54</sup> Así expresamente el *Alternativentwurf* §§ 125, 127, 128, en el tomo citado en la nota 53, ps. 84 y 86.

## (VIII)

Si de aquí pasamos a las causas de justificación, cuya función político-criminal hemos calificado anteriormente como la solución social de conflictos, hay que reconocer en primer lugar que la realidad empírica que sirve de base a esta categoría delictiva se diferencia de un modo esencial del sector de la realidad de los tipos.

En efecto, con las causas de justificación penetra en la teoría del delito la dinámica de los cambios sociales. Lo que es una detención ilegal, un allanamiento de morada o una lesión de la integridad temporal, permanece siempre igual<sup>55</sup> —prescindiendo de los cambios marginales que se producen en el sector de lo insignificante o de lo adecuado socialmente—. Los tipos, pues, en tanto que no sean apartados de su misión por

<sup>55</sup> Ciertamente se producen cambios en el idioma, pero los cambios de su contenido se producen mucho más lentamente que el desarrollo social.

cláusulas generales<sup>56</sup>, están tendidos en los límites de los conceptos fijados idiomáticamente. Pero las razones por las que se permite detener a personas, penetrar en moradas ajenas o llevar a cabo ataques en la integridad corporal cambian constantemente.

Todo cambio de las leyes de enjuiciamiento civil o criminal, toda revisión de las leyes de policía, las con-

<sup>56</sup> Las cláusulas generales como también las características normativas valorativas, tienen la cualidad de que los derechos de intervención tengan ya el efecto de excluir el tipo. Por ello se explica el que en algunas descripciones de delitos de la parte especial —por ejemplo en el hurto y en la estafa— apenas son imaginables causas de justificación. Quien tiene derecho a una cosa o a una ventaja patrimonial, no realiza ya el tipo subjetivo porque le falta la intención de apropiársela o de enriquecerse ilícitamente. Quien amparado por la legítima defensa arroja piedras no realiza ni siquiera el tipo objetivo de desórdenes públicos, etcétera (cfr. sobre esto más detalladamente mi artículo en *MSchKrim.*, 1961, p. 211 y ss.). También la característica típica de la “reprochabilidad” en el § 240, secc. 2, *StGB* incluye en sí todas las causas de exclusión del injusto: quien coacciona justificadamente, no puede actuar nunca “reprochablemente” en el sentido de este precepto (sobre esto detalladamente mi artículo en “JuS” 1964, p. 373 y ss.). Puesto que en estos casos y en algunos otros norma y precepto permisivo no se dejan “dividir” limpiamente separados en el tipo y en la antijuricidad, se recomienda reunir estas dos categorías, que frecuentemente se engranan una con otra, en el concepto de un tipo de injusto unitario (como he propuesto, adhiriéndome a Lang-Hinrichsen, en “JR” 1952, p. 363, ya en mi libro *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 1959). Sin embargo, esto no cambia en nada el que la estructura de los preceptos permisivos, con los que se enfrenta el texto, esté configurada de otro modo que las normas. La “teoría de los tipos negativos”, que, como ya es sabido, tiene importancia sobre todo para el tratamiento de la creencia errónea de los presupuestos de las causas de justificación, no debe ser entendida como si los preceptos permisivos —prescindiendo de su “negatividad” como presupuesto del injusto— estuviesen configurados estructuralmente del mismo modo que las normas.

cepciones cambiantes del derecho de corrección, de la vacunación forzosa, de la esfera privada o del derecho de demostración crean o anulan causas de justificación. Este proceso no se consuma solamente por el camino del cambio de la ley positiva, sino también por la creación consuetudinaria o judicial del Derecho, que han encontrado su expresión más conocida en el derecho de corrección del maestro y en el estado de necesidad suprallegal.

En la configuración de estos derechos de intervención, que compaginan necesidad social y libertad individual, coopera todo el ordenamiento jurídico<sup>57</sup>.

Desde esta función político-criminal debe acometerse la sistematización de la antijuricidad. Es sabido que la mayoría de los intentos realizados hasta ahora no han ido más allá de abstracciones muy formales o de endebles paralelismos<sup>58</sup>. Si se analizan los medios con los que el legislador supera el problema de la solución social de conflictos, se pone de manifiesto que se trata de un número limitado de principios ordenadores materiales, que, combinados diferentemente, determinan el contenido de las causas de justificación y

<sup>57</sup> Es evidente que con esta comprensión el consentimiento no debe ser contemplado como causa de justificación, sino como exclusión del tipo. Esta idea se impone también tanto en los finalistas como en los no finalistas, cfr., por ejemplo, Hirsch, "ZStW" 74 (1962), p. 104, por un lado, así como en Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1970, p. 215, por otro.

<sup>58</sup> Orientador, por el contrario, Stratenwerth, *Prinzipien der Rechtfertigung*, en "ZStW" 68 (1956), ps. 41-70.

cuyo juego en el caso concreto fija el juicio sobre la utilidad o daño social de una conducta, sobre la justificación o el injusto<sup>59</sup>.

En la legítima defensa, por ejemplo, los principios de autoprotección y de prevalencia del Derecho son los que sirven de base a la regulación legal<sup>60</sup>. Es decir, todo el mundo tiene el derecho a defenderse de ataques prohibidos de tal manera que no sufra ningún daño. Pero también allí donde puede sustraerse al ataque le está permitido siempre defenderse legítimamente.

El principio de prevalencia del Derecho (la idea, por tanto, de que el Derecho no tiene que ceder ante el injusto) va más lejos aquí que los intereses de autoprotección y, desplaza también al principio de ponderación de bienes que, por lo demás, tiene a menudo decisiva importancia en las causas de justificación.

La autoprotección y la prevalencia del Derecho encuentran sus límites comunes únicamente en el prin-

<sup>59</sup> Para el caso del § 240, secc. 2, *StGB* que, de acuerdo con su tenor literal, recurre directamente al principio de la antijuricidad material, he intentado una sistematización de los principios ordenadores que aquí vienen en consideración en "JuS" 1964, p. 373 y ss.: en ellos descansa también la propuesta legislativa para el tipo de coacción en el § 116 del *Alternativentwurf* (Straftaten gegen die Person, Erster Halband, 1970, ps. 62-67). Aquí puedo remitirme a este trabajo porque ofrece un gráfico ejemplo para las tesis, que, por razones de espacio, sólo están expuestas en el texto fragmentariamente.

<sup>60</sup> Una detenida fundamentación metodológica de esta idea y su aclaración de la mano de una rica casuística se encuentra en mi trabajo *Die provozierte Notwehrlage*, en "ZStW" 85 (1963), p. 541 y siguientes.

cipio, rector de todo ordenamiento jurídico, de la proporcionalidad, que conduce a la renuncia de la legítima defensa en los casos de absoluta desproporcionalidad de los bienes que están en conflicto (es decir, en los casos conocidos en que se infieren lesiones corporales graves para defenderse de daños de poca importancia, etcétera). Según esto, son tres los principios socio-reguladores cuya combinación indica el camino a la dogmática en la legítima defensa; todavía hay que señalar cómo repercute esto en la interpretación.

Las otras causas de justificación consisten también en análogas combinaciones de principios: en el estado de necesidad defensivo (§ 228, *BGB*), por ejemplo, se unen el principio de autoprotección y el de ponderación de bienes, pues el principio de prevalencia del Derecho no tiene sentido si falta un agresor personal.

El llamado estado de necesidad supralegal contiene el principio de la ponderación de bienes y el de la autonomía. Es decir, justifica la defensa del bien jurídico más valioso o más fuertemente puesto en peligro en aquella situación. Pero con este principio se cruza la garantía de la autonomía de la personalidad, que prohíbe, por ejemplo, que alguien sea castrado coactivamente en bien de la comunidad o que, en contra de su voluntad, se le extirpe un riñón para trasplantarlo.

No es aquí el lugar de comprobar la combinación de tales puntos de vista reguladores en todas las causas de justificación.

En este lugar sólo interesa poner en claro la misión de la sistemática en el ámbito de la antijuricidad: ella

radica en elaborar del modo más completo posible el catálogo de los no muy numerosos principios configuradores sociales y poner en claro su relación —el entramado de los principios en cierto modo—.

La relación interna de los puntos de vista rectores que de este modo salen a la luz aclararía algunas cuestiones que hasta ahora han sido tratadas contradictoriamente por falta de puntos de vista ordenadores en las causas de justificación.

Así, por ejemplo, del § 8 de la *StPO* y de las leyes sobre vacunación se puede obtener el reconocimiento general de que el principio de autonomía no se opone a intervenciones corporales que, sin peligro y sin dejar ningún efecto duradero, se realizan para salvaguardar bienes de mayor rango: por lo que no puede ser acertado considerar el estado de necesidad suprallegal sencillamente como inadmisibles, como cree la opinión dominante<sup>61</sup>, cuando se extrae forzosamente sangre para salvar la vida de otra persona inmediatamente amenazada.

O, por ejemplo, cuando el principio de rango superior de los medios coactivos estatales, que como prin-

<sup>61</sup> Gallas, *Festschrift für Edmund Mezger*, 1954, p. 325; Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 15ª ed., 1970, antes del § 51, n° 58; Mezger - Blei, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 13ª ed., 1968, p. 149; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1969, p. 242; Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1970, p. 259; este rechazo ha penetrado también en la fundamentación del Proyecto de 1962, p. 160; con modificaciones, pero igualmente rechazándolo en general: Baumann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1969, p. 336, Wessels, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1970, ps. 47-48.

cipio fundamental de la solución social de conflictos se puede deducir del § 229 del *BGB* y de otros numerosos preceptos, antepone el camino de los tribunales al de la autodefensa violenta del particular, no puede nunca justificarse por el estado de necesidad supralegal una paralización del tráfico, aun cuando las tarifas hayan sido aumentadas injustamente<sup>62</sup>.

La sistematización de las causas de justificación es la que yo pienso aportaría, independientemente de las ideas ordenadoras que posibilita, algo esencial para la reestructuración de las causas concretas de exclusión del injusto. El desarrollo de la dogmática de la legítima defensa, por ejemplo, que ha conducido cada vez más en los últimos años a afirmar el deber de evitar el encuentro en los casos de ataques de niños o de enfermos mentales o en los casos de defensa contra agresiones provocadas culpablemente, se puede considerar de hecho como justo con el procedimiento aquí propuesto. Pues si la necesaria autoprotección no exige una lesión del agresor, sólo podría permitirse ésta por el principio de prevalencia de Derecho.

<sup>62</sup> Sobre los fundamentos de este principio: Roxin, en "JuS" 1964, ps. 377-378. En el caso descrito los manifestantes, que invocaban el estado de necesidad supralegal, al presentarse el abuso del monopolio, deberían haber tomado el camino judicial. Lo mismo rige para los abusos en el caso de acciones contra las leyes de excepción: su eventual anticonstitucionalidad debería haberse comprobado por el Tribunal Constitucional federal; en tanto que exista esa posibilidad no puede venir en consideración una justificación a través del estado de necesidad supralegal.

Pero este principio, de acuerdo con sus premisas político-criminales, no puede regir para los niños y enfermos mentales, porque el ordenamiento jurídico no necesita “imponerse” a las personas que no pueden motivarse por las normas infringidas por ellos y que precisamente por esto quedan impunes<sup>63</sup>.

Y tampoco rige este principio, como ya he intentado demostrar en un análisis<sup>64</sup> que aquí no voy a desarrollar más detenidamente, en los ataques provocados culpablemente, porque el atacado en tal caso puede ciertamente apartar de sí los daños, pero, a causa de su corresponsabilidad en el suceso, no puede hacer va-

<sup>63</sup> Coincidiendo con esto recientemente Bockelmann, *Notwehr gegen verschuldete Angriffe*, en *Festschrift für Richard M. Honig*, 1970, ps. 19-33, esp. p. 30, y Schmidhäuser, *Über die Wertstruktur der Notwehr*, en el mismo *Festschrift für Richard M. Honig*, 1970, ps. 185-199, esp. 194. Para Schmidhäuser en la legítima defensa “se defiende la vigencia del ordenamiento jurídico contra un ataque a esa vigencia”; de hecho corresponde esto al principio de prevalencia del Derecho. Por el contrario, considera Kratzsch, en *Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht*, 1968, como una extensión de la penalidad que infringe el art. 103.2 de la Ley Fundamental (*nullum crimen sine lege*) y que, por tanto, es inadmisibles (ps. 29-53), toda restricción del derecho a legítima defensa que infrinja el tenor literal del § 53, por tanto, también el establecimiento de un deber de evitar el encuentro frente a los niños y a los enfermos mentales (p. 49). Esta opinión se apoya en la premisa, no probada ulteriormente, de que el principio *nullum crimen* tiene en los derechos de intervención exactamente la misma función que en los tipos en sentido estricto; mientras que en el texto, en contraste con esta opinión, se intenta precisamente exponer que el principio *nullum crimen* en los derechos de intervención no limita la interpretación al tenor literal, sino únicamente a los principios de ordenación social que están tras él (cfr. ps. 31-32).

<sup>64</sup> Roxin, en “ZStW” 75 (1963), p. 541 y siguientes.

ler al mismo tiempo los intereses de todo el ordenamiento jurídico<sup>65</sup>.

Estas aclaraciones deben poner de manifiesto, al mismo tiempo, que, a causa de su diferente finalidad político-criminal, hay que proceder con la dogmática de las causas de justificación de un modo distinto que con la dogmática del tipo. Las causas de justificación no sirven para describir acciones (o lesiones de deberes): no pueden hacerlo porque, por regla general, rigen conjuntamente para muchos tipos y porque la clase de ataque que ellas permiten se determina por las particularidades de la situación de coacción o de necesidad que no se repite frecuentemente. No se puede trabajar aquí, por tanto, con la subsunción en descripciones fijadas conceptualmente. Más bien puede el Derecho positivo únicamente imponer criterios recto-

<sup>65</sup> En esto se aparta Bockelmann, que, en *Notwehr gegen verschuldete Angriffe*, en *Festschrift für Richard M. Honig*, es el único autor en la bibliografía reciente que, incluso en el caso de una provocación intencional, quiere conceder un derecho a legítima defensa. Pero Bockelmann, desde el punto de vista metodológico, está sobre la misma base que el presente trabajo, es decir, reconoce expresamente el principio de autoprotección y de prevalencia del Derecho como decisivos para delimitar el derecho a legítima defensa: "La protección de bienes jurídicos no es necesaria cuando se puede evitar el encuentro. Si además la prevalencia del ordenamiento jurídico es superflua, no hay lugar para la legítima defensa" (p. 30). Su opinión divergente se explica sólo en que considera que también el provocador está llamado a hacer "prevalecer" el ordenamiento jurídico. De otro modo además Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1970, ps. 278-281. Puesto que en el presente trabajo sólo me interesa la exposición de los métodos como tales, debo reservar para otra oportunidad el enfrentarme con los problemas de su aplicación en el caso concreto; esto excedería del marco aquí fijado.

res de conductas (es decir, los principios descritos por mí), que deben concretarse de la mano de la materia jurídica. Esta tarea de desarrollo de los criterios jurídicos ordenadores se lleva a cabo de una manera distinta que en la interpretación del tipo: para las concretas causas de justificación hay que proyectar una fenomenología de las constelaciones características de supuestos de hechos (en el caso de la legítima defensa habría que diferenciar, por tanto, según que los ataques procedieran de niños, de jóvenes, de imputables parcial o totalmente, o hubiesen sido provocados intencional, dolosa o culposamente, o según el punto de vista de la relación familiar o ajena, o que los ataques fuesen contra el honor, la integridad corporal, etcétera). Surge así una imagen estructural de los fenómenos vitales, un mapa de la legítima defensa, en cierto modo. La inmediata tarea consiste entonces (si se me permite seguir con la causa de justificación elegida) en señalar los principios de autoprotección, de prevalencia del Derecho y de proporcionalidad en las distintas secciones de la descripción de la legítima defensa, como líneas rectoras —como indicadores del camino, si queremos repetir la imagen—.

De la interacción entre materia jurídica y criterio de conducta se derivan soluciones, clasificadas según los grupos de casos, que unen a la precisión político-criminal un alto índice de seguridad<sup>66</sup>. Se puede fácil-

<sup>66</sup> Para el caso de la "situación provocada de legítima defensa" he intentado llevar este método hasta las particularidades de su aplicación en "ZStW" 75 (1963), p. 583 y ss., *passim*.

mente reconocer que en esto radica un progreso frente a nuestra anterior *praxis*.

Las numerosas sentencias, que en los últimos 20 años han tenido que tomar postura con respecto a la problemática de la legítima defensa, consideran con razón los puntos de vista aquí esbozados, pero a causa de falta de orientación dogmática tienen que llegar a resultados satisfactorios trabajosamente con consideraciones generales de equidad, con la fórmula vacía de la exigibilidad o con los conceptos, apenas susceptibles de interpretación, de necesidad y exigencia, cuya inseguridad conduce a decisiones contradictorias. De este modo surge la impresión de un debilitamiento del derecho a la legítima defensa, mientras que el procedimiento aquí recomendado, aplicable análogamente en todas partes, daría unos contornos seguros al extenso campo de las causas de justificación.

La peculiar cualidad político-criminal, dogmática y metodológica del ámbito de las causas de justificación permite sacar conclusiones sobre la significación del principio *nullum crimen* en los derechos de intervención. Puesto que su presencia o ausencia determina el carácter delictivo de una conducta, rige también aquí naturalmente el art. 103.2 GG. Sin embargo, según lo dicho, el postulado de la determinación legal no se comporta como principio estructural de esta categoría delictiva, sino como límite de la variabilidad de los principios sociales reguladores. Es decir, puesto que los derechos de intervención proceden de todo el ámbito jurídico y puesto que, como señala el ejemplo del

estado de necesidad supralegal, también pueden derivarse de principios generales del Derecho positivo sin una determinación en la ley penal, el desarrollo del *nullum crimen* sobre las causas de justificación determina directamente la extensión de la penalidad, sin que tenga que modificarse por ello el Código Penal. La “lex” del artículo 103.2 GG no es, por tanto, la ley penal como sucede en el caso del tipo, sino todo el ordenamiento jurídico. Con esto, la dinámica de las causas de justificación trae consigo, de acuerdo con la naturaleza de las cosas, un socavamiento del principio *nullum crimen*.

Pero la variabilidad de los criterios jurídicos ordenadores encuentra sus límites en el mandato de determinación, en tanto que es inadmisibles interpretar un principio legal regulador superficialmente por consideraciones motivadas político-criminalmente o restringirlo sin base legal<sup>67</sup>.

Así, por ejemplo, de acuerdo con el Derecho vigente no es lícito ampliar la penalidad en el ámbito de la le-

<sup>67</sup> Por eso tengo mis reservas contra la teoría desarrollada recientemente por Schmidhäuser, *Über die Wertstruktur der Notwehr*, en *Festschrift für Richard M. Honig*, p. 184 y ss., que reduce el ámbito de aplicación de la legítima defensa únicamente al principio de prevalencia del Derecho (en el sentido de la terminología aquí empleada) y elimina totalmente los principios de la autoprotección y de la proporcionalidad. Esta concepción conduce a que contra el loco furioso, que —en expresión de Schmidhäuser— no puede atacar la “vigencia” del ordenamiento jurídico, no pueda ejercitarse la legítima defensa, ni siquiera para proteger la propia vida: mientras que, por otro lado, del vagabundo que sustrae frutas cabría defenderse incluso “con un disparo

gítima defensa, traspasando a esta causa de justificación de un modo general el principio de ponderación de bienes o rechazando el principio de prevalencia del Derecho y aceptando un deber de evitar el encuentro en todos los casos, en los que alguien puede sustraerse al ataque<sup>68</sup>.

Ambas cosas pueden ser desde el punto de vista político-criminal discutibles o incluso razonables. Pero el desarrollo de los principios político-criminales no se puede separar de los criterios legislativos. Donde se hace esto, se presta un servicio a la *lege ferenda*, pero se abandona el suelo de la interpretación legislativa. El principio *nullum crimen* tiene en este sentido abso-

---

que ponga en peligro la vida" (p. 198), si se cumplen los otros presupuestos de la legítima defensa. Me parece dudoso que esta tesis pueda ser compatible todavía con los fundamentos legales del derecho a la legítima defensa.

<sup>68</sup> Esta solución, últimamente citada —es decir, la reducción de la legítima defensa al principio de la autoprotección—, que representa la inversión exacta de la tesis de Schmidhäuser, ha sido defendida repetidamente en mi Seminario de Derecho Penal con la fundamentación de que se debe declarar, en principio, como un tabú el ejercicio de la fuerza por los particulares, en tanto que no sirva exclusivamente a la propia protección. "A hacer prevalecer el Derecho" está llamado sólo el Estado, no el individuo. De hecho, me parece digno de ser tenido en cuenta esto *de lege ferenda*: si la misión del principio de prevalencia del Derecho traería consigo una deseable limitación de la aplicación de la fuerza en los conflictos dentro de la sociedad o si, por el contrario, conduciría a que se dejara todavía más libertad para sus agresiones a los "matones", es una cuestión psicológico-social que debe responderse con una verificación empírica. Incluso, según fuere el resultado de ésta, habría que configurar *de lege ferenda* la regulación de la legítima defensa. Aquí vemos un ejemplo de como las investigaciones psicológicas y sociales pueden ser directamente fructíferas para la Política criminal

lutamente una función que cumplir en las causas de justificación. Por otro lado, el límite interpretativo de la posible significación literal, que es decisivo en los tipos, no desempeña un papel fundamental en las causas de justificación<sup>69</sup>: debe evitarse responder a las agresiones de niños, aun cuando esto no se pueda deducir de la significación gramatical de las palabras empleadas en el § 53 *StGB*, sino únicamente del contenido de los principios de justificación que se puede deducir de ellas. Todo esto se puede delimitar aquí solamente de una forma esquemática y provisional, sin embargo, puede dar una idea sobre el campo de trabajo que la dogmática de las causas de justificación tiene todavía ante sí.

---

y la Dogmática jurídico-penal. Pero, al mismo tiempo, se pone también de relieve en qué medida está el pensamiento sistemático aquí elegido en la situación de poner a la vista los verdaderos problemas materiales del derecho a la legítima defensa (y lo mismo sirve para todas las causas de justificación). El que el alcance de los concretos principios de justificación se determine diversamente por los distintos autores, tiene su causa, no en última instancia, en que el tratamiento dogmático-sistemático aquí propuesto de las categorías de justificación está, por lo que atañe a sus detalles, todavía en sus principios.

<sup>69</sup> En esto me parece que radica el defecto fundamental del por lo demás consecuente trabajo de Kratzsch, *Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht*, 1968, cfr. sobre ello la nota 63.

## (IX)

La tercera de nuestras categorías sistemáticas fundamentales —la culpabilidad— viene acuñada desde el punto de vista político-criminal por la teoría de los fines de la pena. Si se comprueba, en efecto, que el actuar del autor era erróneo desde el punto de vista de la regulación social de conflictos, queda todavía por responder para la labor dogmática la ulterior cuestión de si una tal conducta merece una pena. Con esta cuestión tiene que ver todo lo que acostumbra a tratarse bajo el punto de vista de la culpabilidad<sup>70</sup>. Para empezar con lo más simple: si alguien, por las razones que sean, no puede evitar el injusto típico por él realizado, carece de objeto castigarlo; cualquiera que sea la teo-

<sup>70</sup> Soy consciente de que con esto —como con la propuesta sistematización del tipo— me aparto de las otras concepciones que se defienden. Especialmente no sigo la extendida opinión que contempla la esencia de la culpabilidad solamente en el “sentimiento defectuoso” del autor. Como pondré de relieve en el texto, creo que con ello sólo se comprende un aspecto parcial del problema.

ría de la pena que se mantenga, no se puede pretender retribuir una culpabilidad inexistente<sup>71</sup>, no tiene sentido querer apartar a la generalidad de la causación de consecuencias inevitables: y un efecto de prevención especial en personas, a las que no se le puede reprochar su conducta, es innecesario o, como sucede con los enfermos mentales, no se puede alcanzar por medio de la pena.

Estos son conocimientos evidentes, aun cuando se hayan tenido que imponer en el transcurso de un largo desarrollo jurídico. Pero la dogmática de la teoría de la culpabilidad no se agota en ellos, pues a este sector pertenecen también constelaciones, en las que el resultado posiblemente se hubiese podido evitar, y precisamente aquí se hacen fructíferas dogmáticamente las antinomias de la teoría de los fines de la pena. Únicamente voy a señalar tres ejemplos:

**I.**— Es sabido que en las situaciones coactivas, configuradas por la ley como causas de exclusión de la culpabilidad (principalmente los §§ 52, 53, III y 54 *StGB*), no falta en absoluto la posibilidad de actuar de una manera distinta.

<sup>71</sup> En esta relación prescindo de considerar la retribución en general como un elemento idóneo de la teoría de los fines de la pena, cfr. sobre esto, con más detalles, mis trabajos *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, en "JuS" 1966, p. 377 y ss., y *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, en "ZStW" 81 (1969), p. 613 y siguientes.

Toda guerra ha puesto de relieve que el hombre en caso necesario también puede arrastrar peligros para su vida. Si, a pesar de ello, en el caso de acciones que se han realizado bajo la presión de un peligro serio para la vida renuncia el legislador ya a una sanción, ocurre esto porque la irrepetición irregular de tales situaciones hace innecesario los efectos de prevención general y especial y porque la —mínima— culpabilidad no puede justificar como tal una pena estatal. De hecho sería quizá más exacto hablar de responsabilidad en lugar de culpabilidad, pues la culpabilidad es sólo uno de los factores que deciden sobre la responsabilidad jurídico-penal.

Precisamente, el hecho de que para las profesiones peligrosas, anteriormente citadas, rijan otros criterios de exculpación, demuestra que en el caso de un mismo grado de culpabilidad son los puntos de vista preventivos los que pueden decidir sobre la necesidad de una sanción.

2. — *La importancia práctica de una tal consideración se pone especialmente de relieve allí donde el legislador ha dejado sin precisar una consecuencia jurídica. El ejemplo más importante de ello es la teoría del error.*

La cuestión, por ejemplo, de cómo hay que enjuiciar la creencia errónea en los presupuestos de las causas de justificación, que en los años cincuenta ha originado las más violentas discusiones científicas, no puede responderse ni por la teoría de la acción, ni por una es-

estructura del dolo que se supone previamente dada, ni por cualquier otro tipo de deducciones lógicoconceptuales<sup>72</sup>. Antes bien, la aplicación de la pena del delito doloso debe hacerse depender sólo de si, *desde el punto de vista de la misión del Derecho penal*, puede ser tratado como un delincuente doloso alguien cuyas metas de actuación coinciden totalmente con las concepciones del legislador, pero que por negligencia desconoce la situación externa.

En otro lugar he intentado demostrar expresamente<sup>73</sup> que una tal creencia —también en el caso de error sobre los presupuestos del estado de necesidad suprallegal— es totalmente equivocada y que normalmente en tales casos incluso la aplicación de la pena de la imprudencia sería innecesaria e inadecuada. En este trabajo sólo me interesa señalar que las llamadas teorías del error únicamente pueden fundamentarse en la teoría de los fines de la pena. Una desvinculación entre la construcción dogmática vinculada al sistema y la valoración político-criminal sería desde un principio imposible.

3.— Lo mismo rige para el desistimiento en la tentativa que tradicionalmente se incluye entre las causas personales de anulación de la pena. Pero sin ra-

<sup>72</sup> Sobre ello cfr. detenidamente mi trabajo *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, en "ZStW" 74 (1962), p. 515 y ss. y 550 y siguientes.

<sup>73</sup> En mi trabajo *Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962*, en "ZStW" 76 (1964), p. 582 y siguientes.

zón: objeto del enjuiciamiento jurídico-penal no son los momentos parciales, sino todas las circunstancias relevantes del suceso completo, es decir, la acción de tentativa con inclusión del desistimiento<sup>74</sup>.

Tampoco para el juez se trata de una anulación de la pena; él tiene que decidir si en los casos de desistimiento debe aplicarse una pena en general. Pero si la conducta del autor que desiste requiere una sanción, es entonces una cuestión genuinamente *jurídico-penal* que, por tanto, debe tratarse más exactamente en el ámbito de la culpabilidad. Frente a esto, categorías como las condiciones objetivas de penalidad, las causas personales de anulación y de exclusión de la pena reciben su contenido no de consideraciones *político-criminales*, sino de criterios *político-jurídicos* generales independientes de ellas.

<sup>74</sup> Esto se corresponde hasta aquí con el “concepto amplio de hecho” desarrollado por Lang-Hinrichsen, cfr. sobre ello resumiendo recientemente Lang-Hinrichsen, *Bemerkungen zum Begriff der ‘Tat’ im Strafrecht*, en *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, 1969, ps. 353 y ss., 366 y ss. y 371: “El fundamento completo de valoración es el proceso dinámico de la transformación espontánea de una voluntad exteriorizada dirigida primeramente contra un bien jurídico en una voluntad fiel al Derecho, que se dirige a evitar la lesión de ese bien jurídico. Este proceso completo forma una nueva base unitaria de valoración, una estructura valorativa unitaria, que, legislativamente, da motivo para un nuevo enjuiciamiento de la punibilidad”. Cuando después Lang-Hinrichsen no incluye el desistimiento voluntario “en el ámbito de la culpabilidad”, sino “en el de la punibilidad del ‘hecho’, entendido como hecho completo con una consideración valorativa unitaria”, ello se debe principalmente a que tiene una concepción de la culpabilidad distinta, que no permite tener en cuenta los puntos de vista de la teoría de los fines de la pena. A Lang-Hinrichsen se adhiere Schmidhäuser,

El que la inmunidad de los diputados o la falta de reciprocidad en los delitos contra Estados extranjeros impidan un castigo, no se deriva de la misión del Derecho penal, sino del interés en la capacidad de funcionamiento de nuestro Parlamento y de los intereses políticos del tráfico internacional. Del mismo modo, la impunidad del hurto entre cónyuges es una causa personal de exclusión de la pena sólo en tanto que se considere que la *ratio* de este precepto radica en la protección de la paz familiar. Pero si, por el contrario, se considera que por esa relación conyugal no existe ya la punibilidad, se trata entonces de un problema de culpabilidad con la consecuencia de que deberán someterse a un enjuiciamiento totalmente distinto los problemas sobre el error, por ejemplo.

---

*Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1970, ps. 498-499, que también deriva el privilegio de la impunidad del desistimiento de la teoría de los fines de la pena, pero sigue aceptando que se trata de una "causa personal de anulación de la pena" (p. 497), porque desconoce la distinción expuesta en el texto entre los puntos de vista de la impunidad de origen político-criminal y los de origen político-jurídico en general.

En la bibliografía se trata el desistimiento como problema de la culpabilidad por Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 15ª ed., § 46, n° 2,38 (un tal procedimiento se reconoce como "lógico" en todo caso por Baumann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1968, p. 516, *supra*). Pero Schröder habla —sin una fundamentación más detallada— de "causa de anulación de la culpabilidad", manteniendo, por tanto, la valoración independiente entre tentativa y desistimiento. Contra la teoría dominante se dirige —con notables reflexiones sobre la orientación teleológica del sistema del Derecho penal— también Reinhard von Hippel, *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch*, 1966, que, sin embargo, contempla el desistimiento como elemento negativo del tipo, cfr. sobre esta postura la recensión de Lang-Hinrichsen, en "JR" 1968, ps. 278-279.

Visto esto así, es indiscutible que el desistimiento en la tentativa no es un problema político-jurídico en general, sino uno específicamente político-criminal. El concepto de voluntariedad, al que se vincula la impunidad del desistimiento, hay que interpretarlo, por tanto, normativamente y desde luego desde el punto de vista de la teoría de los fines de la pena. Si alguien *baja el brazo que ya tenía levantado para asestar el golpe mortal*, porque en el último momento no se atreve a matar a su víctima, para afirmar la voluntariedad de ese desistimiento no interesa la cuestión, las más de las veces insoluble, de si al sujeto que desiste le hubiera sido posible psíquicamente seguir actuando<sup>75</sup>.

Lo decisivo es más bien que el desistimiento se presente como irracional según el criterio del operar delictivo y que con ello aparezca desde el punto de vista legislativo como retorno a la legalidad. Si éste es el caso, como sucede en mi ejemplo, debe afirmarse siempre la voluntariedad<sup>76</sup>. Pues lo que el autor mismo ha reparado antes de que se produzca el resultado, no es necesario retribuirse.

<sup>75</sup> Pero así en lo esencial la jurisprudencia, cfr. a modo de resumen *BGHSt*, 9, p. 48 y ss., esp. 50, en donde, sin embargo, penetran por primera vez también las consideraciones político-criminales en el sentido de la teoría de los fines de la pena, cfr. *BGHSt* 9, p. 52: 'Pues una pena ... no parece necesaria, para apartar al autor en el futuro de hechos punibles, para intimidar a otro o para restablecer el ordenamiento jurídico lesionado'.

<sup>76</sup> Esta concepción la he desarrollado más detalladamente (con ejemplos) en mi crítica bibliográfica en "ZStW" 77 (1965), p. 96 y siguientes.

Una prevención general es superflua y también es improcedente el fin cautelar o educativo de la pena. Lo decisivo no es, por tanto, la impresión psíquica del motivo que mueve al autor a desistir, sino el hecho de que, como se deriva de un enjuiciamiento de la conducta, ha permanecido en última instancia en el camino del Derecho. La paradoja psicológica con la que la jurisprudencia se ha tenido que enfrentar tantas veces, haciendo la fundamentación de la voluntariedad del desistimiento tanto más difícil cuanto más fuerte eran los remordimientos de conciencia que apartaron al autor de la consumación, se diluyen en la nada con una tal consideración.

Lo mismo vale para el caso contrario: si el autor desiste únicamente porque ha sido observado y teme una denuncia, puede serle todavía posible consumar fácilmente el delito, como sucede frecuentemente con los delincuentes de sangre fría; pero esto no importa, el abandono de la ejecución del hecho en este caso solamente pone de relieve que ante nosotros tenemos un delincuente que, de acuerdo con las normas del operar delictivo, puede considerarse como un delincuente inteligente y no como uno torpe.

La necesidad de un efecto de prevención especial no se atenúa, y el mal ejemplo que ha dado el autor hace aparecer, por razones de prevención general, también como necesaria una sanción penal. Un tal desistimiento es, por tanto, involuntario.

La poco afortunada redacción del § 46 *StGB* y las equívocas reglas rígidas como la fórmula de Frank

(“yo no quiero, aunque puedo; puedo, pero no quiero”) han dado como resultado que, durante mucho tiempo, el contenido normativo del privilegio del desistimiento haya estado casi soterrado por aberrantes construcciones psicológicas. Con ello se ponen de relieve las debilidades de una dogmática que se ha esforzado muy poco en elaborar los puntos de vista valorativos rectores de las causas legales de impunidad y en convertirlos en fundamento de su sistema.

La bipartición, puramente conceptual-constructiva, entre la tentativa, que fundamenta la pena, y el desistimiento, que la anula, y la inclusión, derivada de ello, en un especial “elemento del delito” son, desde el punto de vista dogmático, absolutamente infructíferas y ha desintegrado la teoría del desistimiento en una pluralidad de acontecimientos particulares, cuya relación valorativa es hoy apenas identificable.

Así, por ejemplo, sólo la explicación político-criminal del criterio de la voluntariedad, anteriormente expuesto, puede hacer plausible la tesis jurisprudencial de que el autor debe abandonar definitivamente el plan, si quiere conseguir la impunidad. Desde nuestro punto de vista, esta exigencia es ciertamente evidente, porque el aplazamiento de la ejecución para una próxima oportunidad más favorable no significa naturalmente un retorno a la legalidad.

Las cuestiones planteadas por las teorías psicológicas sobre la fuerza de la presión motivadora no ofrecen, por el contrario, nada para la solución de un tal problema, así que la teoría defendida por la jurisprudencia

dencia queda con toda justicia, desde el punto de vista dogmático, colgando en el aire<sup>77</sup>.

Con esto quiero abandonar la serie de ejemplos. Aunque forzosamente fragmentarios pueden, sin embargo, haber creado la impresión de que una sistematización de la responsabilidad jurídico-penal conforme a la teoría de los fines de la pena puede traer algunas viejas discusiones a una luz distinta y más clara. Esta afirmación debe ser entendida aquí sólo como programa: su elaboración, desde las cuestiones fundamentales de la teoría de la pena hasta los detalles de la dogmática de la imprudencia, supone más espacio del que aquí se tiene.

En su lugar, diré aún unas palabras sobre el principio *nulla poena*: puesto que las características de la culpabilidad también sirven para determinar la medida de lo punible, el principio *nulla poena* tampoco puede dejarse a un lado en este sector.

<sup>77</sup> Lo mismo se deriva para la delimitación entre desistimiento y tentativa fracasada, en donde la jurisprudencia (cfr. *BGHSt*, 10, ps. 129 y ss.; 14, p. 75 y ss.) todavía quiere distinguir con un criterio psicológico si el autor quería alcanzar el resultado con la primera acción parcial (fracasada) o con varios actos concretos. Sólo en el segundo caso podría ser posible, tras el fracaso inicial de la acción parcial, todavía un desistimiento voluntario. Pero si "A", con intención de matar, golpea con el hacha a "B" y desiste tras el primer golpe, aun cuando todavía podía seguir golpeando sin peligro hasta matar, su desistimiento es siempre voluntario, porque desde el punto de vista del actuar de un homicida es siempre irracional. La cuestión, a la que la jurisprudencia quiere atender en tales casos, de si el autor quería matar a su víctima con un golpe (entonces tentativa fracasada) o con varios (entonces desistimiento voluntario) es, desde un principio, poco lógica, porque conduce a ficciones

Pero aquí —lo mismo que en el campo de la antijuricidad— no despliega una fuerza configuradora del sistema y tampoco impide al legislador dejar sin responder cuestiones oscuras de la exclusión de la culpabilidad. El tratamiento de los numerosos problemas del error en el Derecho positivo y de *lege ferenda* lo pone de relieve, y lo mismo sucede con el papel de la inexigibilidad en los delitos de omisión y en los delitos culposos, en donde las causas de inculpabilidad cortadas por el patrón de los delitos dolosos activos no pueden satisfacer siempre las exigencias del principio de culpabilidad. Es pues una tarea urgente explorar en el trabajo sistemático estas superficies en blanco del mapa dogmático, sirviéndose de los criterios criminológicos aquí descritos. El postulado *nullum crimen* no se opone a ello, puesto que ni siquiera se opone a la formación de nuevas causas de justificación.

Por otro lado, si el legislador ha dado ya su opinión, tampoco puede burlarse su regulación con analogías en perjuicio del reo, cuando tal regulación se considere, desde el punto de vista de la idea normativa recto-

---

psicológicas según cual sea el resultado deseado. Como aquí en sus conclusiones Otto, *Fehlgeschlagener Versuch und Rücktritt*, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1967, ps. 144-153; Otto enjuicia un extenso material jurisprudencial y señala expresamente la coincidencia de hecho con mi concepción (p. 152, nota 34). Muy acertadamente también ahora Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1970, p. 502: "Si el autor tiene varias balas en la recámara de la pistola para matar a su víctima, la tentativa no habrá fracasado en tanto que con miras al resultado crea poder seguir disparando, independientemente de si quería matar con un tiro o con varios".

ra de la teoría de la culpabilidad, como poco justa. Esto rige, por ejemplo, en la redacción objetiva del § 46.2 *StGB*, que concede la impunidad en casos en los que falta la voluntariedad<sup>78</sup>.

La misión de la dogmática es aquí elaborar estas inexactitudes y estimular al legislador para que las elimine<sup>79</sup>.

Por el contrario, es evidente que, de acuerdo ya con el Derecho vigente, no hay obstáculo para llevar a cabo la mejor interpretación material en favor del reo.

<sup>78</sup> Según la teoría dominante, aunque no sin divergencias, no puede realizarse aquí una "corrección valorativa" *de lege lata* en perjuicio del autor.

<sup>79</sup> Como ha ocurrido en el nuevo § 24 de la 2ª Ley de reforma del Derecho penal.

(X)

Para terminar este esquema haré todavía algunas observaciones, a modo de resumen, entresacadas de lo dicho anteriormente. Derecho penal y Política criminal: ellos no forman, como se deduce de mis exposiciones, esos contrastes que tradicionalmente se presentan en nuestra ciencia.

El Derecho penal es más bien la forma en la que las finalidades político-criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica. Si se estructura la teoría del delito en este sentido teológicamente, desaparecerán las objeciones que se formulan contra la dogmática abstracto conceptual proveniente de los tiempos positivistas.

Una desvinculación entre construcción dogmática y exactitud político-criminal es, desde un principio, imposible y también pierde su sentido el voluble procedimiento de aprovecharse de la rivalidad entre la labor criminológica y la dogmática jurídico-penal: pues

el transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales y éstas, a su vez, en reglas jurídicas de *lege lata o ferenda*, es un proceso, cuyos estadios concretos son de igual manera importantes y necesarios para el establecimiento de lo socialmente justo.

Tal penetración de la Política criminal en el ámbito jurídico de la ciencia del Derecho penal no conduce tampoco a un abandono o a una relativización del pensamiento sistemático, cuyos frutos en la claridad y seguridad jurídica son irrenunciables; por el contrario, las relaciones internas de un sector jurídico, que sólo pueden radicar en lo normativo, son puestas de relieve más claramente por un sistema teleológico que por uno deducido de abstracciones o de axiomas.

Finalmente, a pesar de los fundamentos normativos, la referencia a la realidad de una tal dogmática es más estrecha que en el reino de las pirámides sistemáticas conceptuales. Pues, mientras que las abstracciones, ascendiendo cada vez más, se alejan en creciente medida de la realidad, el despliegue de los respectivos puntos de vista político-criminales rectores, obliga a tener en cuenta toda la materia jurídica; únicamente la extensión de la realidad vital, con todos sus cambios, posibilita esa concretización de los criterios que en el caso concreto pone de relieve un resultado justo —es decir, adecuado a la especialidad del caso—. La idea, muchas veces invocada, de la naturaleza de las cosas no significa otra cosa que un punto de vista valorativo rector que, según la naturaleza del substrato

jurídico, puede conducir a resultados esencialmente divergentes<sup>80</sup>.

En el mismo sentido se mueve la relativa autonomía de la dogmática de la omisión y de la imprudencia que empieza a iniciarse, con la tendencia a una sistemática de grupos de casos que amplían toda la materia jurídica, como ya he expuesto con el ejemplo de la legítima defensa<sup>81</sup>.

Naturalmente existe aquí también una estrecha relación con las tendencias a la concretización o individualización del Derecho penal<sup>82</sup>, que, gráficamente,

<sup>80</sup> Orientadores son aquí sobre todo los trabajos de Stratenwerth, *Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*, 1957, y de Arthur Kaufmann, *Analogie und "Natur der Sache", Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 1965. Cfr. además el trabajo de varios autores, editado por Arthur Kaufmann, *Die ontologische Begründung des Rechts*, 1965, que no sólo contiene numerosos trabajos importantes sobre el tema, sino también una completa bibliografía de la literatura correspondiente.

<sup>81</sup> Por lo demás, este procedimiento metodológico no sólo rige para la dogmática de la parte general, sino también para la parte especial del Derecho penal. Así, por ejemplo, he intentado demostrar en mi trabajo *Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten*, en *Festschrift für Hellmuth Mayer*, 1966, p. 467 y ss., que en consideración a la especial función social del dinero la *ratio legis* que sirve de base a los delitos patrimoniales debe conducir a soluciones distintas de las que se derivan considerando estos delitos como delitos contra "cosas". Esta opinión es seguida ahora por Gribbohm, *Die rechtswidrige Zueignung vertretbarer Sachen*, en "NJW" 1968, p. 240 (extendiéndola a todas las cosas fungibles) y Dieter Mayer, *Zum Problem der Ersatzhehlerei*, en "MDR" 1970, p. 377.

<sup>82</sup> Fundamental: Engisch, *Die Idee der Konkretisierung im Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 1953, 2ª ed., 1968; Henkel, *Recht und Individualität*, 1958.

se describen en las más recientes monografías sobre metodología. Las debilidades de los sistemas abstractos no sólo radican en su posición de defensiva contra la Política criminal, sino, de un modo más general aun, en un abandono de las particularidades del caso concreto, en que, por tanto, en muchos casos se paga la seguridad jurídica a costa de un menoscabo de la Justicia. Estas palabras sólo pueden poner de relieve lo mucho que pueden aportar para la elaboración de un proyecto sistemático los numerosos esfuerzos metodológicos que se plantean en los diversos puntos.

Aquí no puede llevarse a cabo esta tarea. Pero para terminar quiero indicar aún una consecuencia sistemática importante. Casi todas las teorías del delito que se han dado hasta la fecha son sistema de elementos, es decir, desintegran la conducta delictiva en una pluralidad de características concretas —objetivas, subjetivas, normativas, descriptivas, etc.—, que se incluyen en los diferentes grados de la estructura del delito y que se reúnen de este modo como un mosaico para la formación del hecho punible. Este planteamiento conduce a aplicar una gran agudeza a la cuestión de qué lugar corresponde a esta o aquella característica en el sistema del delito; de esta forma se puede describir la historia de la teoría del delito en los últimos decenios como una peregrinación de los elementos del delito por los diferentes estadios del sistema<sup>83</sup>.

<sup>83</sup> Sobre esto Noll, *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, en "ZStW" 77 (1965), ps. 1-4.

Si se sigue, por el contrario, la concepción aquí desarrollada, aparece el planteamiento de la cuestión desde un principio de un modo distinto: el suceso completo debe considerarse entonces siempre bajo el prisma de la respectiva categoría delictiva<sup>84</sup>.

De aquí se deriva que ciertamente no todos los momentos de la acción son igualmente relevantes para el tipo, para la antijuricidad y para la culpabilidad; es superfluo, por ejemplo, contemplar una acción justificada todavía bajo el prisma de la responsabilidad personal. Pero es erróneo creer —y en esto radica la diferencia fundamental— que una circunstancia no puede tener ninguna significación para la culpabilidad, porque es ya relevante para el tipo. La famosa polémica sobre si el dolo “pertenece” al tipo o a la culpabilidad, es, por tanto, un problema aparente<sup>85</sup>.

El dolo es esencial para el tipo, porque sin él no se puede precisar en la forma que exige el Estado de Derecho la descripción legal del delito: pero es igualmente relevante para la culpabilidad, porque debe delimitar la forma más grave de la culpabilidad de la más le-

<sup>84</sup> Este procedimiento está expuesto con puntos de vista metodológicos y sistemáticos en mi trabajo *Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstaff in der Systematik unseres Strafrechts*, en *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, 1968, p. 260 y siguientes.

<sup>85</sup> Premonitoriamente escribía ya Engisch en el año 1957 en *Sinn und Tragweite juristischer Systematik*, en *Studium Generale*, p. 187: “Apenas se puede creer, pero es verdad, que este problema sistemático ocupe hoy el centro de gravedad de las exposiciones penalistas”.

ve (la imprudencia) y por eso debe configurarse su contenido de acuerdo con los principios valorativos de estas categorías. Tales características con doble relevancia se dan también en otras partes: así, muchas características del ánimo sirven para la descripción del hecho y, por tanto, son relevantes para el tipo, mientras que, por otro lado, sirven para determinar la responsabilidad y desempeña así también un papel para la culpabilidad. El estado de necesidad exculpatorio es también de significación como causa de atenuación del injusto, porque junto al efecto perjudicial para el bien jurídico protegido tiene también, aun cuando no preponderantemente, un efecto conservador del bien jurídico. Todo éste, puede ser esencial para los problemas de la participación y del error, descargando así el trabajo dogmático no sólo de superfluos problemas de ordenación, sino ayudando también al logro de resultados materialmente justos.

Con esto he llegado al final. Aun cuando me he permitido llamar su atención por cuestiones sistemáticas fundamentales de la teoría general del delito, soy consciente de que se trata de una cuestión que apenas se puede resolver con una pequeña monografía. Sin embargo, me interesa poner de relieve, aunque sólo sea a modo de planteamiento, que también la sistemática del Derecho penal, considerada por algunos como agotada en sus posibilidades, debe ser examinada de nuevo cuidadosamente desde sus principios.

Las transformaciones de la Política criminal y de nuestro conocimiento de las cuestiones metodológi-

cas, que se han consumado en los últimos años, deben transformar al mismo tiempo el sistema de nuestra parte general, si quiere conservar su capacidad de funcionamiento. De este modo, nos encontramos en este terreno siempre por el principio.



## Epílogo\*

La pequeña monografía, que aquí se presenta en su segunda edición, ha encontrado, con gran alegría por mi parte, un interés relevante dentro y fuera de Alemania<sup>1</sup>. Por eso quiero (en tanto lo permita el poco espacio de este epílogo) continuar la discusión y tomar postura respecto de algunas objeciones que se me han hecho y que me parecen especialmente importantes.

I.— Stratenwerth<sup>2</sup> formula objeciones en contra de mi “tesis básica”. Ciertamente coincide conmigo en

\* Epílogo del autor a la segunda edición alemana de *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, aparecida en 1973, traducido por Francisco Muñoz Conde en julio de 1973.

<sup>1</sup> De las recensiones a ella dedicadas tengo que citar sobre todo la de Heinitz, en “ZStW” 83 (1971), p. 756 y ss.; Dreher, en “GA” 1971, p. 217 y ss.; Stratenwerth, en “MSchrKrim.” 1972, ps. 196-197; Blei, en “JA” 1971, StR 103. En la bibliografía extranjera hay que citar sobre todo la introducción de Muñoz Conde a la edición española del libro (ps. 5-14) y los comentarios de Seiji Saito a la traducción japonesa publicada en Seikei Hōgaku, 1972, n° 3, ps. 146 y ss.; a la edición japonesa le he añadido además un prólogo independiente.

<sup>2</sup> Stratenwerth, en “MSchrKrim.” 1972, p. 197.

que en la Dogmática jurídico-penal se trata de “decisiones valorativas” de acuerdo entonces con determinados principios ordenadores; pero opina que no se trata de decisiones específicamente político-criminales. “La política criminal sólo tiene que ver con las reacciones jurídico-penales útiles o necesarias para luchar contra el delito. El principio *nullum crimen* no cumple por consiguiente una función específicamente político-criminal, sino incluso puede ser un obstáculo para la persecución de formas de conducta paralegales que, como es sabido, pueden llegar a convertirse en auténtica criminalidad”.

Lo que Stratenwerth mantiene aquí, es la concepción dualista de Liszt, que yo precisamente deseaba superar<sup>3</sup>. El que, según la concepción actual, sea lógico desde el punto de vista político-criminal aplicar penas preventivamente, sin vinculación a los tipos o al principio de culpabilidad, a todas las posibles formas de conductas “paralegales”, sólo difícilmente se puede afirmar.

Más bien es propio ya del concepto de Política criminal la tensión entre interés en la libertad y el interés en la persecución, y para conseguir un equilibrio entre ambos se trata de llegar efectivamente a una síntesis dialéctica sobre la que anteriormente (p. 33 y

<sup>3</sup> Por el contrario Heinitz, en “ZStW” 83 (1971), p. 759, manifiesta una coincidencia “sin límites” con este “punto de partida” de mis reflexiones: “No se puede sostener la antigua separación entre Dogmática y Política criminal”.

siguientes —de la segunda edición alemana—) he dicho lo fundamental y que, como de toda política razonable, precisamente hay que exigir también de la Política criminal<sup>4</sup>.

Por lo demás, esto es de tal modo que la prevención coaccionadora desarrollada por el principio *nullum crimen* es, desde los tiempos de Feuerbach, un principio políticocriminal fundamental. La función de garantía y la de motivación<sup>5</sup> del tipo son dos aspectos de una misma finalidad político-criminal.

2.— Sobre la categoría de la antijuricidad opina Stratenwerth que “es totalmente acertado el que en el ámbito de la antijuricidad se tienen que decidir conflictos de valoración; pero estos conflictos no son de naturaleza político-criminal”.

Yo mismo he acentuado que los principios reguladores sociales de la teoría de la justificación, para cuya sistematización he he entresacado los puntos de vista que me parecían más importantes, proceden de “todo el ámbito jurídico” (p. 64 —de la segunda edición alemana—) y comprenden otras “tareas del ordenamiento jurídico” (p. 41 —de la segunda edición alema-

<sup>4</sup> Cfr. sobre ello, en relación con las teorías penales, también mi *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 27 y ss (hay traducción española de esta obra realizada por Luzón Peña, con el título *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, 1976, la cita corresponde a la p. 33 y ss. de la edición española. N. del T.).

<sup>5</sup> Así el término de Muñoz Conde en “ZStW” 84 (1972), p. 768.

na—). Pero no me cabe duda de que, en tanto se trate de los límites del injusto penal, se deben elaborar criterios político-criminales para la interpretación en el marco de las decisiones legislativas valorativas. Así, por ejemplo, el problema de la legitimación y del ámbito de aplicación del principio de prevalencia del Derecho (p. 65 —de la segunda edición alemana—), que cada día más se presenta en el primer plano de la moderna discusión sobre la legítima defensa<sup>6</sup>, es un problema de la extensión de la protección a la vida y a la salud. Se trata de precisar dónde termina la legítima defensa y comienza la, mucha de las veces incluso grave, criminalidad. Como he dicho hace poco<sup>7</sup>, esto es más bien un problema político-social de primer rango que una cuestión de “construcción y deducción dogmático-conceptual”. Al mismo tiempo es una cuestión político-criminal, en tanto se acepte que no sólo la confirmación de las consecuencias jurídicas, sino también la decisión sobre el sí de la pena pertenece al ámbito de la Política criminal, que es sólo una parte de la

<sup>6</sup> Y precisamente también en la jurisprudencia. El *BGH* se basa en su última sentencia sobre este problema (*BGHSt* 24, p. 396 y ss.) expresamente en el trabajo de Leckner y en el mío (comentario a *BGHSt* 24, p. 359) sobre este tema, y el Tribunal Supremo Federal austriaco en una sentencia de 23 de noviembre de 1972 (A2: 13 Os 83/72-8), citando lo expuesto en esta monografía (p. 65, nota 68 —de la segunda edición alemana—), pone en duda en principio el que el individuo pueda invocar la “prevalencia del Derecho”.

<sup>7</sup> En mi comentario a la sentencia del *BGHSt* 24, p. 356 y ss., en “*NJW*” 1972, p. 1821 y ss. Publicada también en “*ESJ*”, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1973, caso 14, p. 34 y siguientes.

política social general y que debe interpretarse en el contexto del complejo instrumental de los mecanismos de regulación político-sociales.

Lo mismo se podría demostrar entonces de una manera muy fructífera en las restantes causas de justificación —especialmente en el caso del estado de necesidad supralegal—<sup>8</sup>.

3.— Finalmente observa Stratenwerth sobre la “culpabilidad” que las cuestiones que surgen del ámbito de esta categoría sistemática “difícilmente pueden solucionarse con una invocación directa de las consideraciones de prevención” porque para ello son “las más de las veces demasiado complejas”.

Pero, en mi opinión, tras la teoría de los presupuestos de la responsabilidad penal (es decir, de la teoría de la culpabilidad en el sentido tradicional de la expresión idiomática) hay que asegurar, como motivación político-criminal del legislador rectora en la interpretación, la teoría de los fines de la penas, cuyas exigencias ciertamente son “complejas”, pero que en todo caso hacen aparecer consideraciones legislativas de naturaleza preventiva general y especial, tras los problemas de la simple constatación de la “culpabili-

<sup>8</sup> Al respecto, véase por lo pronto mis comentarios a las sentencias del *BGHSt* 12, p. 299 y ss., y 13, p. 297 y ss., en mi colección “*ESJ*”, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1973, p. 40 y ss. y 43 y ss.; además mi análisis de la “antisocialidad” constitutiva del injusto en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 184 y ss. —no recogido en la traducción de Luzón Peña, citada en nota 4—.

dad” como límite de la pena<sup>9</sup>. Habría que investigar en concreto si junto a esto desempeñan todavía un papel relevante otros puntos de vista, como parece opinar Stratenwerth<sup>10</sup>. Pero no lo creo<sup>11</sup>.

Si se decide incluir circunstancias eximentes, que están fuera de la teoría de los fines de la pena, en otras categorías como las causas personales de exclusión de la pena, las condiciones objetivas de penalidad, etcétera, no hay necesidad de convertir la teoría de la culpabilidad a través de un conglomerado de tópicos heterogéneos en un cajón de sastre desprovisto de una idea concreta sistemática.

4.— Mi propuesta de reestructurar la categoría de la responsabilidad desde el punto de vista de la teoría de los fines de la pena, tampoco significa, como entien-

<sup>9</sup> Heinitz, en “ZStW” 83 (1971), p. 760, encontró estas ideas sobre la teoría de la culpabilidad especialmente convincentes y fructíferas.

<sup>10</sup> Sobre la propia concepción de Stratenwerth sobre la culpabilidad, cfr. mi recensión de su *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, en “ZStW” 84 (1972), p. 939 y ss. y 1004 a 1006.

<sup>11</sup> La atenuación del injusto, que Stratenwerth, adhiriéndose a Noll, considera importante con razón en muchos casos para la exculpación (*Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 174), confirma precisamente mis ideas fundamentales: pues el que la “culpabilidad” en los casos de atenuación del injusto (como por ejemplo el § 54 del Código Penal), quede, como dice Stratenwerth, “en el umbral de la relevancia penal”, es decir que, a pesar de su existencia, el legislador no la considere motivo suficiente para imponer una sanción, se basa efectivamente en que parece superfluo imponer un castigo, tanto desde el punto de vista preventivo general, como especial (cfr. *supra*, ps. 41 y 68 —de la segunda edición alemana—).

de Dreher<sup>12</sup> “el regreso a una cláusula general que es todavía más vaga que la cláusula de la exigibilidad de Freudenthal y con la que se puede empezar todo o nada”. Desde luego no puede excluirse la culpabilidad, *porque un juez en el caso concreto considere que el hecho no es merecedor de pena.*

A mí me interesa más bien interpretar las normas legales y consuetudinarias sobre la exclusión de la culpabilidad desde la perspectiva de la *ratio* que la fundamenta.

De acuerdo con esto no puede venir en consideración —por ejemplo— la no exigibilidad como causa general de exclusión de la culpabilidad en los delitos dolosos, porque el legislador en este sector ha regulado individualmente las situaciones de exclusión de la responsabilidad y (desde el punto de vista de su concepción de la teoría de los fines de la pena) ha dado una solución que el juez no puede corregir.

La tarea del intérprete consiste únicamente en elegir como directriz de la creación jurídica de aplicar concretamente la ley o de desarrollar cuidadosamente la dogmática de la culpabilidad, las consideraciones legales sobre el fin de la pena en los sectores no regulados por el Derecho positivo —como por ejemplo, en la teoría de la imprudencia y de la omisión, o en las situaciones del llamado estado de necesidad supralegal que excluye la culpabilidad—.

<sup>12</sup> Lug. cit., p. 218 —de la segunda edición alemana—.

Con anterioridad he demostrado (p. 69 y ss. —de la segunda edición alemana—) con algunos ejemplos cuál es mi opinión al respecto<sup>13</sup>, y no creo que mis propuestas de solución adolezcan de falta de claridad o concreción.

5.— Finalmente he planteado algunos problemas sobre la relación entre la concepción sistemática, basada en la Política criminal, por mi propuesta, y la teoría conceptual teleológica del Derecho penal que nos legó el neokantismo<sup>14</sup>. No se me ha escapado en absoluto que esta dirección metódica ha desarrollado “valiosos planteamientos para la penetración de las finalidades político-criminales en el trabajo dogmático” (p. 37 —de la segunda edición alemana—). Pero lo que a mí me interesa es revisar los puntos de vista valorativos esparcidos en base a su legitimidad político-criminal, —así, por ejemplo, sin debilitar la función de garantía del principio *nullun crimen* con una interpretación del tipo teleológico —extensiva referida al bien jurídico (ps. 52 a 53, de la segunda edición alemana)— elaborar sistemáticamente su diferenciación

<sup>13</sup> Mientras que ya había desarrollado en concreto mis ideas sobre el tratamiento de la teoría del error ya antes bajo el punto de vista de la concretización de los fines de la pena —“ZStW” 76 (1964), p. 582 y ss.— lo he vuelto a emplear ahora expresamente (en el *Festschrift für Heinitz*, 1972, ps. 251-276) para el problema del desistimiento en la tentativa (véase en el texto ps. 69 a 74 —de la segunda edición alemana—).

<sup>14</sup> Cfr. por ejemplo Dreher, en “GA” 1971, p. 218; Welzel, *Festschrift für Reinhart Maurach*, 1972, p. 6, nota 16.

tanto como su relación, y demostrar el predominio de las distintas finalidades en los diferentes grados de la estructura del delito.

La prevención coaccionadora en la tipicidad, los principios ordenadores de política social general en la categoría de la antijuricidad y la concreción de los fines de la pena referida al autor en la dogmática de la culpabilidad tienen respectivamente unas funciones tan específicas que quizás mi concepción vaya un poco más allá que la débil llamada deseada por el pensamiento teológico.

Sin embargo, la acentuación de la complejidad de las aspiraciones político-criminales y la remisión de determinadas tareas a concretas categorías sistemáticas corre el peligro de producir una rigidez demasiado grande de los puntos de vista que respectivamente deben aplicarse<sup>15</sup>.

Pero esto se apartaría del sentido de mis intenciones. Así no discuto en absoluto que en el tipo (dentro de los límites de un principio de legalidad tomado en serio) sea lógica una interpretación desde el punto de vista del bien jurídico protegido y que los conflictos de intereses, que normalmente pertenecen al ámbito de la antijuricidad, puedan aparecer ya en el tipo<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Así censura Jescheck la "fijación demasiado unilateral de estos puntos de referencia" (*Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1972, p. 163, nota 71); también la crítica de Dreher, en "GA" 1971, apunta probablemente en esa dirección.

<sup>16</sup> Cfr. en el texto, p. 52 —de la segunda edición alemana— donde "el ámbito de punibilidad indispensable para la protección del bien ju-

Las directrices político-criminales sistemáticas e interpretativas sostenidas por mí son solo *leit motiv* (p. 40 —de la segunda edición alemana—), principios ordenadores y predominantes en la jerarquía de los puntos de vista (*topoi*) que deben de ponderarse, pero no puntos fijos con pretensiones de exclusividad. Esto conduciría bajo su fachada político-criminal a ese esquematismo que, con razón, se reprocha a los sistemas conceptuales. Si algunas veces, no he podido destacar esto en mi monografía de un modo suficientemente claro, ello es un defecto difícilmente evitable dado el carácter esquemático de este breve escrito: los múltiples matices de un cuadro acabado no se pueden reproducir adecuadamente con una reducción limitada a las grandes líneas. Elevar desde el proyecto un edificio firme en todas sus partes es la tarea que queda todavía por hacer.

---

ridico” se considera una tarea de la interpretación teleológica, y, p. 55, nota 56 —de la segunda edición alemana—, donde se acentúa que a veces “los derechos de intervención tienen el efecto de excluir el tipo”. Lo que Dreher, en “GA” 1971, p. 218 en esto me objeta, no se opone por tanto, a mi concepción. También el que no todos los delitos de imprudencia se pueden concebir, según el estado actual de la dogmática, como delitos consistentes en la infracción de un deber (lo que Dreher acentúa con razón) ha sido ya aclarado por mí en el texto (p. 50, nota 51 —de la segunda edición alemana—), abandonando mi anterior concepción sobre la materia.

## Bibliografía general

- Androulakis, T., *Studien Zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, 1963.
- Badura, C., *Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates*, 1967.
- Baumann, Jürgen, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1969.
- Berz, A., en ("GA") *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1969.
- en ("JuS") *Juristische Schulung*, 1969.
- Binding, Karl, *Strafrecht, und strafprozessuale Abhandlungen*, 1915, t. I.
- Blei, Hermann, en ("JA") *Juristische Arbeitsblätter*, 1971.
- Bockelman, P., *Notwehr gegen verschuldete Angriffe*, en *Festschrift für Richard M. Honig*, 1970.
- Bruns, Hans-Jürgen, *Strafzumessungsrecht, Allgemeiner Teil*, Köln - Berlin, 1967.
- Busse, F., *Nötigung im Strassenverkehr*, 1968.
- Dreher, Eduard, en ("GA") *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1971, p. 217.
- Engisch, Karl, *Die Idee der Konkretisierung im Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 1953; 2ª ed., 1968.
- *Sinn und Tragweite juristischer Systematik*, en *Studium Generale*, 1957.
- Frank, Reinhard W., *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, en *Festschrift für die Juristische Fakultät in Giessen*, 1907.
- Gallas, Wilhelm, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968.
- *Festschrift für Edmund Mezger*, 1954.

- *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, en (“ZStW”) *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 67 (1955), p. 1.
- Gimbernat, Ordeig, Enrique, en (“ZStW”) *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 82 (1970), p. 379.
- Gribbohm, *Die rechtswidrige Zueignung vertretbarer Sachen*, en (“NJW”) *Neue Juristische Wochenschrift*, 1968, p. 240.
- Heinitz, Ernst, *Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit*, 1926.
- en (“ZStW”) *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 83 (1971), p. 756.
- *Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit*, en *Festschrift für Eberhard Schmidt*, 1961.
- Henkel, Heinrich, *Recht und Individualität*, 1958.
- *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, en *Festschrift für Edmund Mezger*, 1954.
- von Hippel, Reinhard, *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch*, 1966.
- Hirsch, Hans Joachim, en (“ZStW”) *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 74 (1962), p. 104.
- Jeschek, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 1969.
- Kantorowicz, Hermann, en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1910.
- Kaufmann, Arthur, *Analogie und “Natur der Sache”, Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 1965.
- *Festschrift für Hellmuth Mayer*, 1966.
- Kaufmann, Arthur (ed.), *Die antologische Begründung des Rechts*, 1965.
- Kratzch, D., *Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht*, 1968.
- Lang-Hinrichsen, *Bemerkungen zum Begriff der “tat” im Strafrecht*, en *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, 1969.
- en (“JR”) *Juristische Rundschau*, 1952, p. 363.
- en (“JR”) *Juristische Rundschau*, 1968, p. 278.
- Lenckner, Theodor, *Der Rechtfertigen de Notstand. Zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962)*, Tübingen, 1965.

- von Liszt, Franz, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21/22 ed., 1919.
- *Strafrechtliche Aussätze und Vorträge*, 1905, ts. I y II.
- Lüderssen, Klauss, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967.
- Mayer, Dieter, *Zum Problem der Ersatzhehlerei*, en ("MDR") *Monatsschrift für deutsches Recht*, 1970, p. 377.
- Mayer, Hellmuth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1967.
- Mezger, Edmund - Blei, Hermann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 13ª ed., 1968.
- Mittasch, M., *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, 1939.
- Muñoz Conde, Francisco, en ("ZStW") *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 84 (1972), p. 768.
- Noll, Peter, *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, en ("ZStW") *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 77 (1965), p. 1.
- Otto, Harro, *Fehlgeschlagener Versch und Rücktritt*, en ("GA") *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1967, p. 144.
- Radbruch, Gustav, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlin, 1903.
- *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, en *Festgabe für Reinhard Frank, Besonderer Teil*, Tübingen, 1930, t. I.
- Roxin, Claus, *Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962*, en ("ZStW") *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 76 (1964), p. 582.
- *Die provozierte Notwehrlage*, en ("ZStW") *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 85 (1963), p. 541.
- *Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstaff in der Systematik unseres Strafrechts*, en *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, 1968.
- en colección "ESJ", *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1973.
- en *Festschrift für Heinitz*, 1972.
- en ("JuS") *Juristische Schulung*, 1964, p. 373.
- en ("NJW") *Neue Juristische Wochenschrift*, 1972, p. 1821.
- en ("ZStW") *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 75 (1963), p. 541.
- en ("ZStW") *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 77 (1965), p. 96.

- en (“ZStW”) *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 80 (1968), p. 712.
- en (“ZStW”) *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 84 (1972), p. 939.
- *Franz von Liszt und die Kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, en (“ZStW”) *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 81 (1969), p. 613.
- *Franz von Liszt zum Gedächtnis*, 1969.
- *Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten*, en *Festschrift für Hellmuth Mayer*, 1966.
- *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 1959.
- *Problemas básicos del derecho penal*, trad. Luzón Peña, Madrid, 1976.
- *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, en (“JuS”) *Juristische Schulung*, 1966, p. 377.
- *Strafrechtliche Gundlagenprobleme*, 1973.
- *Taterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg, 1ª ed., 1963; 2ª ed., 1967.
- *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, en (“ZStW”) *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 74 (1962), p. 515.
- Sax, H., en (“JZ”) *Juristenzeitung*, 1963, p. 332.
- Schaffstein, Friedrich, *Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum*, en *Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle*, 1961.
- Schmidhäuser, Eberhard, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1970.
- *Über die Wertstruktur der Notwehr*, en *Festschrift für Richard M. Honig*, 1970.
- *Zur Systematik der Verbrechenlehre*, en *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, 1968.
- Schmidt, Richard, prólogo a *Kritik des Strafrechtsreform*, 1968.
- Schönke, Adolf - Schröder, Horst, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 15ª ed., München, 1970.
- Schüler-Springorum, *Strafvollzug im Übergang*, 1969.
- Schwinge, Erich, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, 1930.
- Stratenwerth, Günter, *Das rechtstheoretische Problem der “Natur der Sache”*, 1957.

- en *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, “MSchrKrim.”, 1972, p. 196.
- *Prinzipien der Rechtfertigung*, en (“ZStW”) *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 68 (1956), p. 41.
- Tiedemann, Klaus, en (“JuS”) *Juristische Schulung*, 1970.
- Welzel, Hans, *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre*, 1953.
- *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Berlin, 1969.
- *Festschrift für Reinhart Maurach*, 1972.
- Wessels, Johannes, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Heidelberg - Karlsruhe, 1970.
- Württemberg, Thomas, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 2ª ed., Karlsruhe, 1959.
- *Strafrechtsdogmatik und Soziologie*, en *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat*, 1970.
- Zimmerl, Leopold, *Der Aufbau des Strafrechtssystem*, Tübingen, 1930.