

La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal

PROF. DR. BERND SCHÜNEMANN

Universität München (*)

1. PRIMERA APROXIMACION

1. El que el tema de los términos lógicos de la relación entre Política criminal y Derecho penal constituye una cuestión extremadamente problemática, no puede ser entendido en ningún otro lugar mejor que en aquellos países cuyo Derecho penal representa una posición intermedia entre el pensamiento jurídico-penal anglosajón, pragmático y con ello político-criminalmente orientado, y la dogmática jurídico-penal alemana, que otorga primacía a la teoría y al sistema. Para un pragmatismo radical sólo existen, por una parte, las leyes penales en su significado coloquial, significado que no puede ser desplazado con argumentos de Política criminal, y, por otra parte, finalidades político-criminales, que inspiran la práctica judicial allí donde la ley penal otorga al juez un margen de discrecionalidad, como por ejemplo en los requisitos de punibilidad no regulados legalmente y, sobre todo, en la medición de la pena. No existe un sistema jurídico-penal en el sentido específico de la dogmática jurídico-penal alemana, es decir, un sistema de principios normativos de imputación que concreten y complementen las normas jurídicas escritas, sino tan sólo un ordenamiento jurídico-penal en sentido elemental, constituido por principios jurídicos extraídos de la legislación o del precedente judicial, de tal manera que tampoco entra en consideración un ámbito de interferencia o de concurrencia con máximas político-criminales.

2. Lo mismo ocurre con la teoría jurídica antagónica, representada por la ciencia jurídico-penal tradicional alemana, que concibe los presupuestos para la imputación objetiva e individual de la lesión de un bien jurídico penalmente protegido como un sistema no escrito, cognoscible

(*) Conferencia pronunciada el día 10 de abril de 1991 en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Traducción de Margarita Martínez de Escamilla (Universidad Complutense).

por medios científicos, el cual concreta, completa y, allí donde es posible, interpreta las normas legales en un sentido diferente a su comprensión coloquial. Puesto que las declaraciones científicas jurídico-penales se diferencian de los postulados y finalidades político-criminales por su estructura cognoscitiva, queda estrictamente prohibida cualquier influencia de la Política criminal en el sistema de Derecho penal.

Considero erróneas ambas posiciones extremas porque, por una parte, no se puede discutir seriamente la necesidad de un sistema de derecho a configurar con medios científicos-jurídicos, que semánticamente es más rico que el conjunto del Derecho positivo entendido con los medios del lenguaje común, mientras que, por otra parte, en la construcción de este sistema, no se puede prescindir de recurrir a los objetivos político-criminales sin incurrir en graves errores metodológicos. Mi tesis reza, por consiguiente, que la conexión entre Política criminal y sistema de Derecho penal se deriva de la teoría de la obtención del Derecho, tesis que quiero aclarar y corroborar mediante una crítica a las posiciones extremas mencionadas y, acto seguido, mediante una explicación del nexo tal y como lo concibo.

2. CRITICA AL PRAGMATISMO PURO

Quisiera ser conciso en la crítica al pragmatismo científico jurídico-penal puro después de que hace seis años un simposium germano-americano de Derecho penal y un año después otro germano-escandinavo en Friburgo se ocuparan en todas sus ramificaciones de la diferenciación, fundamental para un sistema de Derecho penal independiente, entre justificación y exculpación (1) y, después de que en USA, si no me equivoco, los días de una ciencia jurídico-penal sin sistema están contados. Prescindiendo completamente de que la jurisprudencia analítica procede de Inglaterra progresivamente va desempeñando un papel parecido a la dogmática jurídico-penal (2), los nuevos planteamientos más tenidos en consideración de la teoría jurídico-penal americana, a saber: los trabajos de *George P. Fletcher* sobre los requisitos de la punibilidad (3) y el Neo-clasicismo en la doctrina de la medición de la

(1) Las ponencias están publicadas en: Albn Eser/George P. Fletcher, *Rechtfertigung un Entschuldigung — Justification and Excuse*, Freiburg i Br., t. I 1987, t. II 1988.

(2) Basicamente, ya H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility*, 1968. Por otra parte, por ejemplo, en la teoría analítica de la acción se discuten problemas muy similares como la controversia sobre el concepto de acción y la doctrina de la imputación de la dogmática jurídico-penal alemana, cfr. Las contribuciones de Georg Meggle, John L. Austin y otros muchos, en : Meggle (comp.), *Analytische Handlungstheorie* 1977.

(3) De los numerosos trabajos de Fletcher. cfr. únicamente: *Rethinking Criminal Law*, 1978; además, con numerosas referencias, sus contribuciones en: Eser/Fletcher (nota 2), t. 1, pp. 9 y ss, 67 y ss; t. 2 pp. 795 y ss., y 1595 y ss.

pena (4), se caracterizan por una puesta en conexión claramente acentuada con el principio de igualdad, el cual sólo puede ser ejecutado en el marco de un sistema, es decir, en un ensamblaje ordenado de relaciones de reglas de imputación cualitativas y cuantitativas. Por ello quisiera tan sólo introducir una apreciación metodológica. Actualmente es una idea prácticamente ya elemental el que las leyes sólo contienen una unívoca regulación de las consecuencias jurídicas para una pequeña parte de los casos que acontecen en la realidad, es decir, sólo en la medida en que el supuesto es captado por el núcleo de significado del tenor de la ley, entendido según el lenguaje común, como ya formuló *Philipp Heck* mucho tiempo antes de la aparición de la teoría jurídica del análisis lingüístico (5) y como *H.L.A. Hart* como «coro» simplemente reformuló (6). La solución de los casos asentados en la corteza del significado (en la penumbra) de los términos legales requieren, por tanto, no sólo la obediencia a la ley, sino una teoría explícita, o por lo menos explicitable, de la pena estatal, que es de suponer, en principio, que el juez sólo puede obtener de manera correcta tomando partido por una determinada concepción político-criminal. Tan pronto como se adopte más de una decisión de este tipo debe existir un instrumento de crítica y de control, con cuya ayuda se pueda examinar la consistencia de las decisiones particulares en el sentido de su lógica compatibilidad. El medio para ello, como ha puesto de manifiesto de discusión alemana sobre la relación entre tópica y sistemática en la ciencia jurídica (7), es la generalización de la respectiva *ratio decidendi*, puesto que sólo de esta forma puede y debe ser averiguada la incoherencia de topoi semánticamente diferentes. Pero esta generalización es ya formación del sistema y, puesto que ello tiene lugar por caminos puramente lógicos, se comprueba con ello que no puede existir una obtención del Derecho partiendo exclusivamente de convicciones político-criminales. Por ello una administración de justicia orientada a un pragmatismo político-cri-

(4) Cfr., por ejemplo, Andrew v. Hirsch, *Doing Justice*, New York 1976; Rechar G. Singer, *Just Deserts*, Cambridge, Mass, 1979; A. v. Hirsch, *Past or Future Crimes*, Manchester 1986; el mismo /Nils Jareborg, *Nordisk Tedsskrift for Kriminalvidenskab* 74 (1987), 300. Desde la perspectiva alemana, cfr. la exposición (demasiado crítica) de Thomas Weigend, *ZStW* 94 (1982), pp. 801 y ss.

(5) *AcP* 112, 46, 173. La teoría analítica del lenguaje no fue esencialmente más allá de ese principio, el cual posteriormente hizo suyo y desarrolló especialmente Jesch, *AöR* 1957, 172 ss., sino que simplemente lo formuló de nuevo mediante la diferenciación entre candidatos positivos, negativos y neutros, cfr. Hans-Joachim Koch/Helmut Rüßmann, *Juristische Begründungslehre*, 1982, pp. 194 y ss.

(6) Cfr. *H.L.A. Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals*, *Haward Law Review*, t. 71 (1958), pp. 539 y ss.

(7) Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 1974 5.ª ed., pp. 81 y ss.; Larenz, Karl, *Methodenlehre*, 1960, pp. 133 y ss.; Diederichsen Uwe, *Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz*, en: *NJW* 1966, pp. 697 y ss.

minal, si quiere superar el nivel de una «justicia del juez» (Kadi-Justiz), tampoco puede renunciar a un control mediante un sistema desarrollado o a desarrollar por la ciencia jurídica. Quod erat demonstratum.

3. CRITICA LA SISTEMATICA JURIDICO-PENAL ONTOLOGICA

La opinión dominante en Alemania durante más de ochenta años, de que en la construcción de un sistema de Derecho penal no deben ser tomados en consideración los objetivos político-criminales, resulta mucho más difícil de rebatir, puesto que parece conducir a un círculo vicioso el querer controlar la lógica interna y la justicia de las decisiones particulares político-criminales mediante un sistema que, a su vez, es un derivado de la Política criminal. Pero, incluso cuanto este argumento se utiliza en pro de una estricta separación entre Política criminal y sistema de Derecho penal, permanece en el aire la cuestión de cómo, entonces, ha de hallarse el contenido de dicho sistema. Los intentos de los últimos ochenta años, según mi opinión frustrados, de ofrecer un respuesta a la cuestión planteada, son tan ilustrativos que quisiera pasarles revista en pocas palabras.

1. La posición clásica fue formulada hace casi cien años en la famosa frase de *von Liszt*, del año 1893, según la cual el Derecho penal constituye la barrera infranqueable de la Política criminal (8). El trasfondo de esta antitética contraposición entre formación de un sistema dogmático jurídico-penal y finalidades político-criminales era para Liszt el positivismo legal, según el cual se pensaba que todas las decisiones habían sido tomadas ya por el legislador (9).

Consecuentemente, el sistema de Derecho penal fue concebido como el conjunto de requisitos de la punibilidad y de las relaciones entre ellos, que se organizaba y deducía partiendo del Código Penal del Reich, siguiendo los principios de la lógica jurídica. Dicho sistema contenía una respuesta inequívoca acerca de la punibilidad de cualquier supuesto imaginado, respuesta que, en caso necesario, debía ser extraída mediante un análisis adicional de las reglas contenidas, a veces implícitamente, en el sistema y que debían ser deducidas tomando como punto de referencia las relaciones entre los diversos componentes de dicho sistema. En el paradigma de Derecho penal de la retribución los presupuestos fundamentales del Derecho penal parecían estar tan claramente definidos que su contenido podía ser desig-

(8) *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. 2 1905 p.80

(9) Característico es, por ejemplo, su sobrevaloración de la transcendencia de las decisiones legislativas, en: *v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 14.^o/15.^a ed. 1905, p. 140.

nado y acotado sin dificultad. Debía ser castigada la culpabilidad manifestada en una acción prohibida con una pena, es decir, la causación evitable para el autor de un acontecimiento externo desaprobado. La evitabilidad individual se presuponía en el autor psíquicamente sano, si previó o pudo prever el curso causal que puso en marcha, de tal manera que a una contemplación intuitiva debía parecer evidente el concepto psicológico de la culpabilidad, característico del naturalismo jurídico-penal, que incorporaba el dolo y la imprudencia como formas de culpabilidad y cuya comprobación concebía como una labor empírica (10). En realidad esta concepción suponía una simplificación inadmisibles porque, por ejemplo, el concepto de causalidad no aportaba absolutamente nada en el tratamiento de las situaciones de conflicto, del tal manera que los supuestos de estado de necesidad no podían ser explicados correctamente ni por un monismo causal, ni por un concepto psicológico de la culpabilidad (11); porque la evitabilidad fallaba como criterio de punibilidad en los casos de riesgo deseado en el tráfico social y por lo tanto permitido (12); porque el concepto de querer, utilizado en la definición del dolo como querer y conocer no es definible ni científica ni coloquialmente (13) y porque

(10) Sobre la fundamentación de la teoría de la equivalencia por v. Buri y su asunción por v. Liszt, cfr. las referencias de Bernd Schünemann, en: Schünemann (comp.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, pág. 21; acerca del concepto psicológico de la culpabilidad, cfr. la exposición de Hans Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974, pp. 37 y ss., 62 y ss.

(11) Por ello el estado de necesidad jurídico-penal fue contemplado durante siglos como «un entramado en extremo enmarañado y confuso», «el cual hacía prácticamente imposible encontrar el *inicio del hilo*» (cfr. Hold von Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, t. II/1, 1905, p. 40; ulteriores referencias las encontramos, junto con una concisa exposición del desarrollo histórico-dogmático, en Wilfried Küper, en: Eser/Flecher —nota 2—, pp. 315, 323 y ss.)

(12) Por ello tampoco pudo triunfar el último intento de Friedrich-Cristian Schroeder (en: Hans-Heinrich Jeschek/Wolfgang Ruß/Günter Willms, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 10.^a ed., § 16 n.^o marginal 127 y ss., 184, 195 y ss.) de solucionar los problemas normativos de la responsabilidad por imprudencia exclusivamente mediante el criterio naturalístico de la reconocibilidad de la realización del tipo (cfr. Schünemann, GA 1985, pp. 341, 359 y ss.; Schroeder en su réplica en JZ 1989, pp. 776, 778 y s. ha de conceder finalmente relevancia al riesgo permitido y por ello es incapaz de convencer.

(13) Cfr. de la casi inabarcable bibliografía, y en los últimos tiempos de nuevo en aumento, Wolfgang Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, pp. 255 y ss.; Schünemann, GA 1985, pp. 360 y ss.; Günter Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1983, pp. 220 y ss.; como postura más avanzada y consecuente con la eliminación de todos los componentes supuestamente volitivos, Rolf D. Herzberg, JuS 1986, pp. 249 y ss.; 1987, pp. 777 y ss.; NJW 1987, pp. 1461 y ss. 2283 y ss.; Wilfried Botke, en: Bernd Schünemann/Gerd Pfeiffer, Die Rechtsprobleme von AIDS, 1988, pp. 171, 192 y ss. el mismo, AIFO 1988, pp. 631 y ss.

esta imposibilidad se hace patente con el transcurso del tiempo también para la causa fundamental de exculpación de la «perturbación mental patológica» (14). A esto se añade otro defecto de construcción fundamental: a la vista de las evidentes lagunas de la Parte General del Código Penal de Reich de 1871 en la ciencia jurídico penal el positivismo legal se agudiza adoptando la forma radical del naturalismo jurídico penal, que concibe todos los problemas no contestados por la ley como cuestiones empíricas. Así, por ejemplo, el problema normativo de la imputación del resultado se reduce a la cuestión empírica de la causalidad, culminando en un monismo causalista, el cual, de una manera tan consecuente como absurda, traslada todos los problemas, en realidad no resueltos en el plano objetivo, al plano subjetivo, dando luz a un conjunto de teorías subjetivas de las cuales sólo quisiera citar aquí la teoría subjetiva de la tentativa (15) la teoría subjetiva de la autoría (16) y, en cierto modo coronación, la teoría de la injerencia en los delitos de omisión impropia. Esta última creía haber encontrado en la psique del sujeto omitente la causalidad, inexistente en la parte objetiva de los delitos de omisión y que, según el propio dogma, era elemento imprescindible y determinante de la punibilidad (17).

2. Los defectos metodológicos y teórico-jurídicos, ilustrados con los ejemplos que acabamos de citar, el sistema clásico basado

(14) Y a más tardar con el reconocimiento del denominado concepto jurídico de enfermedad, que actualmente lo encontramos en la categoría de «otras graves anormalidades psíquicas», cfr. con referencias, BGHSt 14, 30 (32); Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4.^a ed., 1988, p. 397; Lenckner, en: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 23.^a ed, 1988, § 20, n.º marginal 22; acerca del problema todavía hoy sin resolver del § 20 StGB, finalmente con numerosas referencias, Schünemann, GA 1986, pp. 293, 296 y ss.; el mismo en: Hans Joachim Hirsch/Thomas Weigend, Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, pp. 147, 165 y ss.

(15) Básicamente v. Buri, GS 19 (1867), pp. 60, 71; 32 (1880), pp. 321 y ss.; 40 (1888), pp. 503 y ss.; en mismo, ZStW 1 (1881), pp. 185 y ss; desde un principio bajo su influencia también la jurisprudencia del Tribunal de Reich, cfr. RGSt 1, 439, 441; 8, 198, 203; 34, 15 21; 72, 66; 77, 1.

(16) Fundamentalmente también de nuevo v. Buri, Zur Lehre von der Teilnahme, 1860, pp. 1 y ss. el mismo, GA 1869, pp. 233 y ss, 305 y ss; el mismo, Die Causalität in ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885, p. 41; continuamente mantenida en la jurisprudencia del Tribunal del Reich desde RGSt 3, 181 y ss y aún hoy defendida por el BGH a pesar de la contundente crítica en la doctrina (Cfr. por todos, Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 5.^a ed. 1990, pp. 54 ss., 591 y ss.: Schünemann, GA 1986, pp. 293 y 328 y ss.) y a pesar de la incorporación de claros elementos de la doctrina del dominio del hecho, cfr. únicamente BGHSt 27, 205, 28, 346, 348; 33, 50, 53.

(17) La exposición y referencias de Jürgen Welp, Vorangegangens Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, pp. 46 y ss.; Bernd Schünemann, Grund und Grezen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, p. 9, el mismo, ZStW 96 (1984), p. 287, nota 1. También aquí le corresponde a v. Buri el odioso privilegio de «führer» de la opinión.

en el positivismo jurídico y en el naturalismo, fueron puestos de manifiesto por la ciencia jurídica alemana poco después de 1900, con lo que ciertamente en el Derecho civil se puso fin a las deficiencias metodológicas mediante la jurisprudencia de intereses (18), mientras que en el Derecho penal, a causa del principio de legalidad consagrado en la Constitución, el naturalismo, en mayor medida que el positivismo jurídico, se convierte en centro de la crítica. Con la sustitución de éste por un pensamiento jurídico-penal inspirado en el neokantianismo se abandonó también su *sistema clasificatorio-categorial* con sus limitaciones y precipitadas tesis a las que acabamos de aludir y se acometió la labor de construcción de un *sistema teleológico* de Derecho penal, el cual era concebido a partir de la finalidad de la pena (19), apuntando con ello a la superación de la tajante oposición anterior, característica de von Liszt, entre Política criminal y Derecho penal. La consolidación del concepto normativo de la culpabilidad y la descomposición, posible gracias a dicha concepción de la culpabilidad (20), del nudo gordiano del estado de necesidad en un estado de necesidad justificante y un estado de necesidad exculpante (21), así como el desarrollo del estado de necesidad suprallegal sobre la base de un concepto material de la antijuridicidad (22), constituyen los hitos de un desarrollo que, según mi valoración, de no haber sido interrumpido, y a pesar de su procedencia la filosofía del idealismo alemán, hubiera conducido a una fuerte aproximación al pensamiento jurídico utilitarista de la tradición anglosajona, como pone especialmente de manifiesto el reconocimiento, fundamentado de una manera puramente utilitarista, de un estado de necesidad suprallegal. Mediante la doctrina de los elementos normativos del tipo se reconoció también el problema de la apertura semántica de las regulaciones contenidas en la ley penal y su necesidad de concreción mediante decisiones judiciales valo-

(18) Cfr. Philipp, Heck, *Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre*, 1936, pp. 9 y ss.; el mismo, *Rechtsphilosophie und Interessenjurisprudenz*, en *AcP* 143, 143 (1937), pp. 129 y ss.; el mismo, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1912 (citado según la nueva compilación de R. Dubischar 1968), pp. 21 y ss.; Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5.ª ed., 1983, pp. 48 y ss; Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, 1976, tomo III, pp.361 y ss.

(19) Textualmente Radbruch, *Festgabe für Frank I*, p. 163.

(20) Cfr. la exposición de Achenbach, *op. cit.* (nota 11), pp. 97 y ss., 105 y ss.

(21) Básicamente Jamens Goldschmidt, en: *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht* 1913, pp. 162 y ss.; el mismo en: *Festgabe für Frank I*, 1930, pp. 452 y s.; Helmut von Weber, *Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925*, 1925, p. 16; Heinrich Henkel, *Der Notstand nach gegenwärtigem und zukünftigem Recht*, 1932, pp. 16 y ss.; Marquetus, *Der Gendanke der Zumutbarkeit*, 1928, p. 68.

(22) Cfr. únicamente el famoso fallo del Tribunal del Reich de 11-3-1927, *RGSSt* 61. 242. 253 ss.

rativas (23), cuestiones no superadas en realidad a causa del realismo valorativo (24), que rechazaba nuevamente el Positivismo jurídico.

3. Con la subida al poder del Nacionalsocialismo el posterior desarrollo de esta concepción no sólo se interrumpió, sino que se vio truncado, puesto que se denuncia el enfoque teleológico como individualista y valorativamente relativista (25) y se hace tan concienzudamente que, incluso después de 1945, no se vuelven a retomar los principios utilitaristas del pensamiento jurídico-penal teleológico, sino que más allá del pensamiento teleológico tan tremendamente comprometido del Tercer Reich, se buscan verdades suprapositivas. Mientras que en la Filosofía del Derecho se inició un renacimiento del Derecho natural por el propio Gustav Radbruch, antiguo principal exponente del pensamiento del relativismo valorativo (26), la ciencia jurídico-penal alemana permanece a lo largo de dos decenios anclada bajo el signo del Finalismo, acuñado por Hans Welzel, el cual creía haber encontrado en la finalidad de la acción la estructura lógico-real fundamental para el Derecho penal, que debería constituir el pilar natural de un sistema de Derecho penal pretendidamente independiente de la regulación jurídica y que debía determinar de manera decisiva, por ejemplo, los conceptos de dolo e imprudencia, la distinción entre error de tipo y error de prohibición y el tratamiento de las distintas formas de error, así como la construcción del sistema del delito mediante la atribución del dolo al tipo subjetivo (27). El pretendido hallazgo de una constante antropológica, a cuya toma en consideración estaba obligado el legislador con total independencia de sus concretas finalidades político-criminales, antepone la sistemática jurídico-penal, que debía consistir en el desenvolvimiento y explicación de esas estructuras lógico-reales, a la Política criminal, fundamentada tan sólo secundariamente en esas estructuras, expul-

(23) Cfr. Ernst Mayer, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, pp. 182 y ss.; Gründhut, Max, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1926; August Hegler, *Festgabe für Frank I*, 1930, p. 274 y s.

(24) Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 8.^a ed., 1973 (comp. Erich Wolf y Hans Peter Schneider), pp. 95 y ss., 98 y ss.

(25) Cfr. la exposición y referencias de Klaus Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, 1975, pp. 87 y ss., 214 y ss.; Schünemann, en *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems* (nota 11), p. 33 y ss.

(26) SJZ 1946, págs 105 y ss. (también impreso en: *Rechtsphilosophie* (nota 25), 8.^a ed. 1973, pp. 339 y ss.

(27) Básicamente ya Hans Welzel, *ZStW* 51 (1931), pp. 703 y ss. Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, pp. 7 y ss., 12 y ss., el mismo, *Naturalismus und Wertphilosophie in Strafrecht*, 1935, págs 108 y ss.; el mismo, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4.^a ed.; además en el conjunto de ediciones de su manual «Das deutsche Strafrecht» cfr. por lo demás con referencias Schünemann, en: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems* (nota 11) pp. 34 y ss.

sando así, de una forma todavía más determinante que la correspondiente a la tesis de la separación de *Franz von Liszt*, a la Política criminal del sistema de Derecho penal. Como ejemplo típico puede servir tanto hoy como ayer el tratamiento del error evitable sobre los presupuestos de una causa de justificación, el cual según la concepción finalista, no impide el castigo por una comisión dolosa, porque las causas de justificación no hacen desaparecer nunca la tipicidad sino sólo la antijuridicidad, por lo que la creencia errónea sobre la concurrencia de una causa de justificación no elimina el dolo típico, sino simplemente la conciencia de antijuridicidad (28). Tanto la desaparición del planteamiento político-criminal, cuyo manejo desde la perspectiva del fin de protección de los bienes jurídicos sería adecuada para esta constelación, como la decisión deductiva del caso partiendo de las fijaciones sistemáticas superiores, permite reconocer la pretensión de un sistema de Derecho penal completamente independiente que genera, a partir de sí mismo, la solución de nuevos problemas jurídicos.

4. Este segundo intento de construcción de un sistema ontológico de Derecho penal ha dejado también tras de sí —al igual que el naturalismo jurídico penal— profundas huellas en la dogmática jurídico-penal. Sin embargo finalmente fracasó porque *Welzel*, por una parte, exageró la trascendencia de las estructuras lógico reales por él descritas y, por otra, en la construcción del propio sistema se enreda con contradicciones internas. Así, la bipartición naturalista del concepto de delito en lo relativo al mundo exterior, como base de la antijuridicidad, y lo psicológico como fundamento de la culpabilidad, que comenzó a tambalearse ya en tiempos del pensamiento jurídico-penal neokantiano mediante el descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo (29) y de los elementos objetivos de la culpabilidad (30), fue, sin lugar a dudas, definitivamente superada mediante la comprensión, debida al finalismo, del dolo como requisito de una acción lesiva de una concreta norma prohibi-

(28) Sobre esta denominada teoría estricta de la culpabilidad, cfr. Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, pp. 164 y ss.; la elaboración más minuciosa de esta teoría se encuentra en Hans-Joachim Hirsch, *Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, p. 170 y ss.; por ello es digno de mención el hecho de que el discípulo de Hirsch, Georg Küpper, en su trabajo «*Grezen der normtivistierenden Strafrechtsdogmatik*», 1990, a pesar de intentar defender casi todas las posiciones centrales del finalismo clásico, no alude a la teoría estricta de la culpabilidad.

(29) También, en este aspecto, básicamente Hegler, *ZStW* 36 (1915), pp. 31 y ss.; el mismo, *Festgabe für Frank I*, 1930 pp. 251 y ss.; Mezger, *Gs* 89 (1924), pp. 207.

(30) Cfr. de nuevo Hegler, *ZStW* 36 (1915), 34; el mismo, *Festgabe für Juristischen Fakultäten für das Reichsgericht*, 1929, t.v, p. 314; el mismo, *Festgabe für Frank I*, 1930, págs 253 y ss.; además Thierfelder, *Objektiv gefaßte Schuldmerkmale*, 1932, pp. 44 y ss.

tiva jurídico-penal. Ya la equiparación entre dolo y finalidad, y con ello el axioma básico del finalismo es insostenible, de tal manera que el finalismo sobrevalora considerablemente el poder de radiación de su fundamento ontológico para el sistema jurídico-penal (31). Y con la propagación de la teoría estricta de la culpabilidad, que conceptúa como un simple error de prohibición de la apreciación errónea de una circunstancia excluyente del injusto, el finalismo traiciona sus propias premisas, puesto que quien deduce de la doctrina final de la acción un concepto de injusto personal, por una parte, y, por otra, la exclusión del error de prohibición de la dogmática del dolo, no puede equiparar de nuevo, en parte, el error sobre las circunstancias relevantes para el injusto con la ausencia de conciencia de antijuridicidad sin incurrir en contradicciones internas (32).

5. Los dos intentos más elaborados de establecer un sistema de Derecho penal completamente separado de la Política criminal no han tenido, desde mi perspectiva, ningún éxito, ni pueden tenerlo por razones teórico-jurídicas, y metodológicas, porque la causalidad y la estructura final de la acción dejan tan reducido margen para la comprobación de los requisitos particulares de la punibilidad que el legislador, mediante la remisión a esas realidades ontológicas, cuya correcta puesta de relieve quiero atribuir sin más a *Liszt* y a *Welzel*, habría determinado implícitamente, si bien a grandes rasgos, cualquier cuestión sobre las particularidades de los presupuestos de la punibilidad regulados en la ley. Que al fin y al cabo también el finalismo, al igual que antes explícitamente el naturalismo, para la realización de esta labor de concreción sólo puede remitir al positivismo jurídico, inidóneo a tal efecto, ha sido reconocido por el propio *Hans Joachim Hirsch* en su reciente defensa del finalismo, cuando habla de que la anterior concepción, es decir, la concepción de *Welzel*, contempla la determinación del injusto a practicar desde el punto de vista del merecimiento y la necesidad de pena como una labor que obliga al legislador en la elaboración de los tipos penales (33).

(31) Cfr. únicamente la crítica de Claus Roxin, ZStW 74 (1962), pp. 515 y ss.

(32) La crítica, consistente sólo desde el punto de vista sistemático, a la teoría estricta de la culpabilidad es suministrada por la teoría de los elementos negativos del tipo, mientras que la concepción, actualmente muy extendida, de la teoría limitada de la culpabilidad en el sentido de la simple exclusión de la culpabilidad dolosa mediante el error de tipo permisivo, o sea, en el sentido de una orientación a las consecuencias jurídicas adolece de contradicciones internas insalvables, cfr. críticamente Schünemann, en: Grundfragen des modernen Strafrechtssystems (nota 11), p. 41 y s. nota 89; el mismo, GA 1985, 347 ss.; Rolf Dietrich Herzberg, JA 1989, pp. 243, 250.

(33) En: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln, 1988, pp. 399, 416 y ss.

4. ACERCA DE LA FUNCIONALIZACION DEL CONCEPTO JURIDICO-PENAL DE INJUSTO

1. La amplia renormativización del pensamiento sistemático jurídico-penal que se ha ido imponiendo en Alemania desde 1970 y que está estrechamente ligada al estudio programático de *Claus Roxin*: «Política criminal y sistema de Derecho penal», del mismo año, renormativización que he conceptualizado en otro lugar como una clarificadora continuación del pensamiento jurídico-penal neokantiano dominante en el primer tercio de este siglo (34), ha dado lugar en los dos últimos decenios a un gran número de esfuerzos, algunos elementales, otros detallados, en pro de la superación del concepto anti-tético (que se podría denominar «*concepto zanja*» —«*Grabenkonzept*»—) entre sistemática jurídico-penal y Política criminal y de su sustitución por un ininterrumpido sistema de relaciones y derivaciones, es decir, en pro del desarrollo de un «*concepto puente*» («*Brückenkonzept*»). Puesto que la limitación de tiempo me impide descubrir en detalle los pilares aportados hasta el momento a este concepto puente, que se encuentra todavía en vías de construcción y desarrollo, he de limitarme a una visión totalmente general. En 1970 Roxin proclamó la necesidad de reflejar la unidad sistemática entre Política criminal y Derecho penal también en la elaboración de la doctrina del delito, por lo cual las categorías delictivas particulares de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad debían ser desde un principio contempladas, sistematizadas y desarrolladas desde la perspectiva de su función político-criminal. A este efecto al tipo le corresponde el «*Leitmotiv*» de la determinación legal, a la antijuridicidad el ámbito de las soluciones sociales de conflictos y a la culpabilidad la necesidad de pena resultante de consideraciones preventivas (35). La controvertida discusión (36) al respecto, mantenida desde entonces hasta hoy, ha puesto de manifiesto, según mi opinión, que el sistema de Derecho penal teleológico-racional o funcional, basado en el concepto puente, debe escapar de la sombra de la concepción tripartita del delito, sombra que hasta hoy despliega el sistema de *Beling* y *von Liszt* surgido del naturalismo jurídico-penal, puesto que resulta imposible desde los principios básicos políticos-criminales funcionalizar la diferenciación puramente heurística y de control entre tipicidad y antijuridicidad. Si eliminamos este lastre histórico en la construcción de un

(34) En: Grundfragen des modernen Strafrechtssystems (nota 11), pp. 45 y ss.

(35) Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.^a ed. 1973, p. 15 y s. y passim.

(36) Cfr. los trabajos de Achenbach, Amelung, Haffke, Rudolphi, Schünemann y Wolter, en: Grundfragen des modernen Strafrechtssystems (nota 11); Jescheck ZStW 93 (1981), 24; Hirsch, Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln (nota 34) pp. 399, 414 y ss.; Küpper, op. cit. (nota 29), pp. 157 y ss.

sistema funcional de Derecho penal, surge, tan inevitablemente como sin tensiones la siguiente deducción: Puesto que el sistema de Derecho penal quiere captar, ordenando y concretando, el Derecho vigente y no cualquier ordenamiento jurídico hipotético, el punto de partida debe estar formado por las decisiones político-criminales básicas, que sirven de base al Derecho penal vigente y que están explicitadas puntual y parcialmente en el conjunto de las normas jurídico positivas. Dicha decisión básica consiste en la misión de protección de los bienes jurídicos mediante la influencia general y especial preventiva en el comportamiento humano. Dicha decisión básica puede desglosarse nuevamente en dos escalones de valoración: Tanto para la prevención general de intimidación como también para la prevención general positiva o de integración (37) lo determinante es la formulación de un juicio cualificado de desvalor sobre el comportamiento del autor, o bien, con otras palabras, de la misión del Derecho penal consistente en la evitación de comportamientos socialmente dañinos, como última ratio de la protección de bienes jurídicos (38), puede deducirse el primer nivel valorativo de una desvalorización especialmente intensa («específicamente jurídico-penal) del hecho. La diferenciación tradicional entre tipicidad y antijuridicidad se manifiesta bajo este punto de vista como una diferenciación simplemente técnico-jurídica, cuya importancia ha sido excesivamente sobrevalorada en la dogmática alemana desde los días de *Beling* y *Liszt*. La antijuridicidad, es decir, el carácter prohibido de la acción, en el sentido de la teoría general del Derecho, desde esta forma de contemplación no heurística ni didáctica, sino referida a valores y objetivos, no constituye ningún escalón valorativo definitivo, sino sólo una condición necesaria, aunque no suficiente, para el injusto específicamente jurídico-penal. Por ello, la tesis de *Hans-Ludwig Günther*, tan vehemente discutida en los últimos años en Alemania, según la cual, junto a las causas de justificación que excluyen cualquier colisión con el ordenamiento jurídico global, también deben de ser reconocidas las causas que excluyen el injusto penal y que eliminan tan sólo el desvalor jurídico-penal cualificado (39), resulta perfectamente plausible desde un

(37) Cfr. Claus Roxin, *Festschrift für Bockelmann*, 1978, pp. 279 y ss.; Heinz Müller-Dietx, *Festschrift für Jescheck*, t. 2, 1985 pp. 813 y ss.; Bernd Schünemann, *GA* 1986, pp. 293, 349; Winfried Hassemer, *JuS* 1987, pp. 257 y ss.; Karl F. Schumann/Claus Berlitz/Hans Werner Guth/Reiner Kalitzki, *Jugendkriminalität und die Grenzen der Generalprävention*, 1987; Karl F. Schumann, *Positive Generalprävention*, 1989.

(38) Cfr. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts* (nota 15), pp. 3 t ss., 3; el mismo, en: *Leipziger Kommentar*, t. 1, 10.ª ed., Introducción, n.º marginal 3; Maurach/Zipf, *Strafrecht Allg. Teil* 1, 7.ª ed., 1987, pp. 25 ss.; Rudolphi en: *Systematischer Kommentar*, vor § 1, n.º marginal 12 y ss.; Claus Roxin, *JuS* 1966, pp. 377 y s., 382; Arthur Kaufmann, *Festschrift für Henkel*, pp. 89 y ss. 100 y ss.

(39) En: *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, *passim*.

planteamiento teórico, aunque realmente no es más estimulante que el reconocido de los elementos de tipo formulados negativamente (40); sin embargo, al igual que ésta última, la tesis de Günter no encuentra en la práctica un ámbito de aplicación digno de mención. Y ello porque cualquier elemento del tipo formulado negativamente puede ser reformulado mediante una adecuada delimitación del correspondiente elemento positivo del tipo; así, por ejemplo, ello puede conseguirse excluyendo del tipo del aborto el óvulo antes de la anidación mediante una conveniente definición restrictiva de feto o de embarazo, tal y como ha hecho el legislador alemán en el § 219 del Código penal. Pero aunque concurren todos los requisitos positivos del daño social específicamente jurídico-penal, no obstante puede producirse una renuncia al castigo, bien basándose en la compensación del daño social con un provecho social de peso relevante, proporcional al hecho, que puede entonces conducir en el ordenamiento jurídico global a la justificación, o bien desde la toma de consideración de la enorme presión motivacional que pesa sobre el autor individual, que en este caso no excluye el injusto penal, sino tan sólo la culpabilidad jurídico-penal, que pasaremos a examinar más adelante.

2. Ahora bien, haciendo nuestra la crítica pregunta de Hirsch, que quiere reconocerlas por sus frutos (41), ¿qué nuevas y convincentes soluciones ofrece, pues, un sistema funcional de Derecho penal en el marco del injusto? Yo veo ya hoy suficientes mejoras y quisiera abordar tres de ellas. La derivación del concepto de injusto jurídico-penal de la combinación entre el principio de protección de bienes jurídicos y el principio de última ratio proporciona directamente una directriz metódica para la interpretación de los tipos de la Parte Especial, recoge de esta manera en el sistema penal las cuestiones dogmáticas de los delitos particulares, remitidas habitualmente a la casuística de la jurisprudencia, y libera, al mismo tiempo, la interpretación teleológica tradicional de su deformación cuando se entiende como un mero pensamiento de protección de bienes jurídicos (42). En cualquier caso la así denominada Victimodogmática no casualmente se ha difundido en Alemania pocos años después del disparo de salida para

(40) En ello coincido totalmente con la defensa de Günther, en: Eser/Fletcher, op. cit. (nota 2), pp. 363, 397 y ss., por lo que considero demasiado radical el extendido completo rechazo de esta concepción (cfr. por ejemplo, Roxin), Festschrift für Oehler, 1985, pp. 181 y ss.; Hirsch, Festschrift der Juristischen Fakultät Köln (nota 34), pp. 411 y ss. más referencias por el mismo Günther, ibidem, p. 368, nota 9.

(41) En: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln, 1988, p. 417.

(42) Cfr. mi crítica en: Festschrift für Bockelmann, 1979, pp. 117 y ss.; la contracrítica de Eser (en: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 23.ª ed. 1988, §1, n.º marginal 48) no acepta en absoluto la notable nivelación del aspecto «última ratio» mediante la simple interpretación partiendo del bien jurídico y por tanto, no hace justicia a mi argumentación.

un sistema funcional de Derecho penal; la victimodogmática concretiza el principio de la última ratio en el sentido de una razonable limitación de la punibilidad para aquellas constelaciones que se caracterizan por una capacidad de autoprotección a todas luces suficiente y aporoblemática por parte de la víctima potencial (43). En segundo lugar, quisiera hacer mención a la dogmática del dolo, que durante largo tiempo se ha mantenido sin un sólido punto de apoyo político-criminal, tan sólo haciendo juegos de malabares con palabras vacías y fórmulas lingüísticas retóricas que no llegaban más allá de la estructura superficial (44), y a la cual la monografía de *Frisch* sobre «dolo y riesgo» y su posterior desarrollo por *Herzberg* (45) ha abierto nuevos horizontes, en la medida que la delirante búsqueda en el dolo eventual de un elemento volitivo ontológico ha sido sustituida por un planteamiento cimentado políticamente. Este elemento volitivo será valorado por la comunidad, a partir del conocimiento que tenga el autor de las características de su comportamiento, como una acción lesiva dominada por el autor y que manifiesta un desprecio hacia el bien jurídico. A este efecto ya no sólo entran en juego las categorías de la psicología de la emoción y de la psicología de la percepción continuamente manoseadas sin éxito en el pasado, sino el concreto modelo de comportamiento, de tal manera que, por ejemplo, la puesta en peligro de otro en el marco de un atraco es valorada por la comunidad de forma completamente diferente a la creación de un peligro unida con una autopuesta en peligro en una maniobra de adelantamiento. En este nuevo y desde hacía tiempo no sondeado desarrollo de la dogmática alemana del dolo reside, según mi opinión, por una parte, un importante acercamiento a la concepción pragmática del Derecho penal angloamericano, que toma en consideración la situación de prueba y, con ello en el fondo, el modelo concreto de compor-

(43) Coincidiendo con el año 1977 el artículo de Amelung, GA 1977, pp.1. ss., y mi ponencia en el Congreso de Profesores de Derecho penal de Gießen (publicado en: ZStW 90 (1978), pp. 11 y ss.); sobre el posterior desarrollo y rechazo de los contraargumentos cfr. Schünemann, en: Schneider (comp.), Das Verbrechensopfer in der Strafrechtspflege, pp. 407 y ss.; el mismo, Festschrift für Faller, 1984, pp. 357 y ss.; el mismo, NStZ 1986, pp. 439 y ss.; además Reimund Hassemmer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, 1981; Kurth, Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug, 1984; Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986. La contracrítica de Eser, op. cit. (nota 43) de que la necesidad y el merecimiento de protección de la víctima depende de la interpretación del tipo y, con ello, de la precedente descripción del bien jurídico, pasa de nuevo por alto la autonomía del principio de «última ratio frente a la cuestión de la protección e incurre en sí mismo en realidad en el reproche de la argumentación circular, prescindiendo del particular malentendido de Eser del principio de última ratio como «prejuicio extrajurídico».

(44) Esto ha sido suficiente demostrado, cfr. por todos Schünemann, GA 1985, 362 y s., con referencias.

(45) Cfr. las referencias en la nota 14.

tamiento (46) y además, por otra parte, una reconstrucción más idónea de la praxis jurisprudencial, que se adereza siempre posteriormente con las palabras vacías de la dogmática del dolo (47). El finalismo ha naufragado de una forma especialmente trágica en su, por así decirlo, innato territorio, puesto que no quiso reconocer que las estructuras psicológicas reales no cuadraban con la praxis tradicional, puesto que en los conceptos psicológicos en absoluto existe una frontera trazable con nitidez entre aquello que habitualmente se califica como imprudencia consciente o bien como dolo eventual (48). Justamente este hallazgo debería haber hecho concebir sospechas a la ciencia jurídico-penal y sobre todo a la escuela finalista, puesto que, junto a la crítica a la dogmática jurídico-penal ontologizada, quisiera también advertir con urgencia el fallo contrario. Este amenaza por doquier el modelo construido por *Günther Jakobs*, antitético respecto al pensamiento jurídico-penal ontológico, con una impresionante consecuencia, justamente con la errónea conclusión normativa de poner los principios de imputación a la completa disposición del legislador o a la disposición de una teoría del sistema que se conforma con contenidos en el fondo discrecionales y, por otra parte, con el completo abandono de la toma en consideración de las estructuras reales prejurídicas (49). En concreto, hay muchos argumentos que hablan a favor de una *tripartición* de los tipos del injusto penal en un primer grupo de intención o dolo directo, un segundo grupo de dolo eventual e imprudencia consciente y un tercero de imprudencia inconsciente. Esta tripartición habría podido contemplar mucho mejor y con más precisión las estructuras reales psicológicas, de manera parecida a

(46) Cfr. Jerome Hall, *General principles of Criminal Law*, 2.^a ed., 1960, pp. 117 y ss.

(47) Esto es puesto de manifiesto de forma especialmente clara por la sentencia del BGH sobre el dolo de contagio de un VHS infectado en las relaciones sexuales sin protección, así como la crítica de la doctrina al respecto, acertada desde un punto de vista intrasistemático pero incorrecta en el resultado, por ejemplo, Frisch, *JuS* 1990, pp. 262 y ss.; el mismo *Gedächtnisschrift für Meyer*, 1990, pp. 533 y ss.

(48) También aquí llama de nuevo la atención que Küpper en su trabajo en defensa la posición clásica del finalismo, op. cit. (nota 29) omita el concepto de dolo y la delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente, lo cual también rige para el trabajo de Hirsch comprensiblemente limitado desde un principio en su envergadura en *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln* (nota 34).

(49) Donde esto se aprecia con mayor claridad es en la «determinación de la culpabilidad» practicada por Jakobs, para lo cual «hay que negociar cuántas presiones sociales pueden ser endosadas al autor afectado por la atribución de culpabilidad y cuantas particularidades perturbadoras del autor han de ser aceptadas por el estado o soportadas por terceros —también por la propia víctima—» (*Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 396), mientras Jakobs sorprendentemente en la definición del concepto de dolo permanece descriptivo y, por ejemplo, para el dolo eventual exige un juicio consciente de probabilidad (p. 222).

como ocurrió en el Derecho anglo-americano con el grupo intermedio de *recklessness* (50). Cuando antes Welzel y ahora sobre todo Hans Joachim Hirsch se defienden con vehemencia frente a la opinión que afirma el carácter normativo de todos los conceptos básicos jurídico-penales y que considera, por tanto, innecesaria cualquier referencia a las estructuras prejurídicas (51), quisiera ponerme expresamente de su parte en lo tocante a este punto y remitirme a la idea del neokantianismo, que a mi juicio aún mantiene vigencia, de que si bien la relevancia de las estructuras ónticas tan sólo puede ser enjuiciada bajo un determinado aspecto valorativo directivo, pero que evidentemente también este principio normativo quedaría, por así decirlo, incorpóreo si no se le aplica a una determinada realidad existente con anterioridad a la aplicación del Derecho.

A quien objetara en contra de los ejemplos utilizados que éstos no ilustran los progresos del sistema de Derecho penal, sino tan sólo los de su contenido, se le podría contraargumentar que el sistema ya no debe ser incorrectamente entendido, por ejemplo, como un gran esquema constructivo o de control, sino que representa la síntesis de todas las relaciones lógicas existentes entre todas las reglas jurídico-penales y por ello evidentemente puede continuar desarrollando la estructura profunda mientras la superficie permanezca invariable. En segundo lugar, el sistema penal funcional va a dar lugar, ya en el marco del injusto, a una esencial mejora de la construcción externa del hecho penal y de su idoneidad para la concreción de las normas de imputación, a saber: mediante el ya mencionado abandono de la estructura tripartita del delito, consagra sólo por la tradición, pero que, por lo demás, trabaja con instrumentos completamente incoherentes y mediante la refundición de las categorías formales de la tipicidad y de la categoría extrapenal de la antijuridicidad en el nuevo nivel sistemático del *injusto específicamente jurídico-penal*. Como es sabido el eclecticismo, numéricamente dominante en Alemania, que considera correcta la crítica ejercida por Welzel y Hirsch a los elementos negativos del tipo, pero rechaza la consecuencia que de ahí se deduce de la teoría estricta de la culpabilidad (52), no ha sido capaz hasta hoy de sistematizar sin contradicciones esta decisión político criminalmente correcta, puesto que la tesis de la aplicación analógica del parágrafo 16, regulador del error de tipo, al error sobre el tipo permisivo recurriendo al tipo imprudente, al que no afecta el § 16, 1,

(50) Cfr. al respecto Weigend, ZStW 93 (1981), pp. 657 y ss. 687 y ss.; Arzt, Gedächtnisschrift für Shröder, 1978, pp. 119 y ss., 142 s.

(51) En: Festschrift der Juristischen fakultät Köln (nota 34); en el mismo sentido ahora Küpper, *op. cit.* (nota 29).

(52) Cfr., Johannes Wessels, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 20.^a ed., 1990, pp. 132 y s., 135 y s.; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, (nota 15), p. 417 y s.

segundo inciso del Código Penal alemán, o bien lesiona la prohibición de analogía, o bien ha de admitirse que el error afecta al tipo. Y la tesis de que el error sobre el tipo permisivo no excluye el dolo, sino la culpabilidad dolosa, crea un concepto de culpabilidad que rebasa la simple reprochabilidad generalmente exigida, concepto que no existe en ninguna otra parte y que hasta ahora todavía no ha sido aclarado por nadie. Con el reconocimiento de que tanto el error de tipo como el error sobre el tipo permisivo hacen igualmente referencia a un requisito del injusto específicamente jurídico-penal, se elimina el quebrantamiento sistemático de la opinión dominante, haciendo posible al mismo tiempo el reconocimiento de que no sólo razones político-criminales, sino, de manera decisiva, también razones sistemáticas revelan la corrección de la teoría dominante de la culpabilidad restringida, en la forma del postulado del tratamiento igualitario de los supuestos equiparables entre ellos en las relaciones esenciales (53).

5. LA FUNCIONALIZACION DEL CONCEPTO JURIDICO-PENAL DE CULPABILIDAD

Si ahora vuelvo la mirada desde el injusto a la culpabilidad, me introduzco en el terreno de la discusión hasta ahora más fructífera sobre el sistema funcional de Derecho penal. Aquí reside ya la dirección de choque básica del estudio de *Roxin* del año 1970, que todavía trata los niveles sistemáticos tradicionales de tipicidad y antijuridicidad de una manera comparativamente convencional, pero tendiendo expresamente un arco hacia la doctrina de los fines de la pena y, con ello, hacia los principios centrales de la Política criminal (54). Posteriormente *Günther Jakobs* da todavía un paso más hacia delante y proclama la completa remisión de la culpabilidad a la prevención general, es decir, más claramente, la eliminación del sistema de un concepto de culpabilidad no derivado de la idea de prevención (55). El eclecticismo dominante consintió, de una forma totalmente paralela, una reducción político-criminal, en todo punto semejante, del concepto de culpabilidad, si bien encubierta por la nomenclatura, a saber: mediante el así denominado concepto social de culpabilidad, que ya no exige como requisito del reproche de culpabilidad la posibilidad

(53) Cfr. las referencias en nota 53.

(54) *Op. cit.* (nota 36), pp. 33 y ss.

(55) Primeramente en: *Schuld und Prävention*, 1976; más extensamente elaborado en: *Strafrecht Allgemeiner Teil* (nota 14), pp. 392 y ss. Referencias sobre la concepción similar de *Haffke, Streng y Dornseifer* se encuentran en *Schünemann*, en: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems* (nota 11), p. 170, nota 34; en el mismo lugar, respaldando la concepción de *Jakobs*, las explicaciones de *Hans Achenbach*, pp. 135 y ss.

individual de comportarse de otra manera, sino tan sólo la comparación del autor con el hombre medio (56). Si se habla a favor del sistema funcional de Derecho penal, este desarrollo, desde el punto de vista de la tendencia, parecer ser perfectamente consecuente, puesto que si, como en Alemania, la concepción básica del Derecho penal pasa de un Derecho penal retribucionista a un Derecho penal preventivo, este cambio, según el principio de la adecuación al substrato, no puede dejar de ser tenido en consideración en la formación del sistema. No obstante, considero indiscutible, en un examen pormenorizado, el que dos de las tres líneas de desarrollo mencionadas, exceden el objetivo y que únicamente tendrá futuro, en el nivel sistemático de la culpabilidad, la diferenciación entre reprochabilidad en sentido estricto, entendida como posibilidad individual de comportarse de otra forma, y la exigibilidad en sentido amplio, a concretar de mano de consideraciones preventivas.

1. La transformación del Derecho penal retributivo en un Derecho penal preventivo, no significa en modo alguno que ahora se pueda renunciar a la reprochabilidad individual, sino que ésta ha pasado de ser un requisito de la punibilidad *necesario y suficiente*, a ser tan sólo un presupuesto necesario de la misma. Puesto que, en cualquier caso, después de la quiebra de la utopía de un Derecho penal puro de regeneración, la imposición del daño que la pena representa debe mostrarse no sólo preventivamente necesario (racional-teleológicamente útil) en conformidad con la idea básica de la protección de bienes jurídicos, sino también legitimable desde un punto de vista valorativo-racional, puesto que, como *Inmanuel Kant* en su teoría de la pena, por lo demás tan desacreditada, convincentemente argumentó, ningún hombre puede ser tratado simplemente como un instrumento en la imposición del castigo penal (57). También un utilitarista habrá de darle la razón, puesto que una administración de la justicia penal, que actúa de forma notoriamente selectiva y no posee ninguna regla fija, empíricamente confirmada, para la intensidad de sus sanciones, no puede prescindir de una legitimación adicional que, fuera del reducido ámbito de una «inocua» mediante el internamiento para la protección de la sociedad, sólo puede consistir en la

(56) Fundamentalmente Friedrich Nowakowsky, *Festschrift für Rittler*, 1957, pp. 71 y ss.; en la doctrina actual cfr. por todos Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts* (nota 39), pp. 368 y s.; Krümpelmann, *ZStW* 88 (1976), 6, 12, 32 y ss.; el mismo, *GA* 1983, 227, 360; Karl Lackner, *Festschrift für Kleinknecht*, 1985, pp. 245, 250 y ss.; a los mismos resultados va a parar el así denominado concepto empírico-pragmático de culpabilidad (cfr. Hans-Ludwig Schreiber, *Nervenarzt* 1977, 242, 245; Peter Alexis Albrecht, *GA* 1983, pp. 193 y ss.) y la teoría de la presunción *in bonam partem* de Roxim (primeramente en *MschKrim* 1973, 326, 320; finalmente en *SchwZStr.* 104 (1987), pp. 356 y ss, 372).

(57) En: *Die Metaphysik der Sitten*, publicado por Weischedel, 1968, p. 453.

comprobación de que el autor podía haber evitado el hecho y por tanto él mismo, de una manera imputable, ha provocado la consecuencia jurídica. Un «poder evitar» dado en la realidad es, por ello, indispensable, y la renuncia a él en el concepto social de la culpabilidad destruye, si se la toma en serio y no sólo como «una forma de hablar», la indispensable legitimación del Derecho penal. Que la reducción que ello conlleva del concepto de culpabilidad no es exigible en absoluto por motivos filosóficos-jurídicos, puesto que la libertad de voluntad como una construcción social es tan real como el restante substrato social del Derecho penal, he intentado demostrarlo en varias ocasiones, primero en el coloquio germano-japonés sobre Derecho penal en Colonia en 1988 (58), por lo que no es necesario repetirlo.

2. Por el mismo motivo es imposible también la reconducción del concepto de culpabilidad a la prevención general en el sentido propuesto por *Jakobs*. Si bien la prevención general positiva o de integración (59) requiere, por regla general, la evitabilidad individual del hecho para el autor, porque un hecho inevitable no supone una rebelión contra la norma y por tanto, el castigo en semejante caso tampoco actúa reforzando la norma. Sin embargo, esto varía en aquellos ámbitos delictivos, donde —como en los hechos penales cometidos en empresas económicas— por regla general sólo se puede probar una responsabilidad general, pero no la culpabilidad de un determinado autor en particular, y donde, por ello, una simple presunción de culpabilidad ya tiende un puente a la necesidad de prevención (60). Aquí, por tanto, no puede reducirse la culpabilidad a la prevención general y tampoco se puede desplazar el problema al marco procesal porque una presunción de culpabilidad disfrazada como una regla de prueba también destruye el efecto legitimador del principio de culpabilidad.

3. La culpabilidad en sentido estricto permanece, pues garantizada en el sistema de Derecho penal, pero no agota el *segundo* nivel de valoración del sistema funcional de Derecho penal, es decir, la *reprochabilidad agravada*. Cuando el legislador niega la responsabilidad penal no solo en los casos de una presión normativa irresistible, sino ya en los casos de fuerte presión inexigible, nos encontramos ante una renuncia, derivada de razones político-criminales, al reproche, todavía posible desde presupuestos psicológicos, como ya expu-

(58) *Op. cit.* (nota 15), pp. 151 y ss.

(59) Cfr. las referencias en nota 38.

(60) A ello ya se remitieron acertadamente Stratenwerth, Burkhardt y Schönborn, cfr. las referencias así como la contraréplica a la anticrítica de Roxin y Baumann en Schünemann, en: Grundfragen des modernen Strafrechtssystems (nota 11), pp. 177 y ss.

so Roxin en 1970 mediante la remisión a la ausencia de eficacia exculpatoria del estado de necesidad de los funcionarios de policía obligados a la aceptación del peligro, y a la ausencia de exculpación en el exceso en la legítima defensa por motivos agresivos (61).

6. CONSECUENCIAS PARA EL LEGISLADOR Y PARA LA DISCUSION INTERNACIONAL

Al final de esta concisa panorámica sobre un sistema de Derecho penal que elabora y hace suyas las finalidades político criminales, quisiera abordar muy brevemente dos cuestiones críticas: ¿Debe o no el legislador decidir las cuestiones sistemáticas, por ejemplo mediante la observación de un determinado uso del lenguaje? Y, la orientación del respectivo ordenamiento jurídico a los concretos principios político criminales básicos, ¿no ha de poner en peligro el diálogo internacional de la ciencia jurídico-penal?

1. El legislador alemán en la Reforma del Derecho penal no ha titubeado en adoptar un conjunto de decisiones sistemáticas, por ejemplo, definiendo la tipicidad como un presupuesto de la antijuridicidad en el § 11, 1, n.º 7 recogiendo y diferenciando en los §§ 34 y 35 entre un estado de necesidad justificante y uno exculpante y conceptualizando implícitamente, mediante el juego con la definición de hecho antijurídico y la regulación de las medidas de seguridad, el dolo y la imprudencia como elementos del tipo, dejando también, por otra parte, consecuentemente sin responder diferentes cuestiones claramente definidas, como por ejemplo la discusión entre las teorías estricta y limitada de la culpabilidad, o la punibilidad de sujeto inidóneo. Considero que esta reserva no está justificada, pues si bien el legislador puede dejar abiertas cuestiones que no son definibles con exactitud, siempre que un problema pueda ser finalmente dominado, han de ser puestas las cartas boca arriba.

2. *Hirsch*, en su estudio varias veces citado, reprocha al sistema teleológico-racional de Derecho penal que podría conducir a una renacionalización de la dogmática jurídico penal (62), y de hecho es indiscutible que decisiones básicas político-criminales diferentes han de conducir también a sistemas diferentes, como es perfectamente imaginable mediante la noción de un Derecho penal puramente especial-preventivo con la peligrosidad del autor como nivel valorativo superior. Sin embargo, no veo en ello sino una consecuencia necesaria de la primacía de la regulación material, cuyas diferencias no deben

(61) *Op. cit.* nota 36, pp. 33 y s.; el mismo, *Festschrift für Schaffstein*, 1975, pp. 105, 116 y ss.; *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 279 y ss.

(62) En: *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln* (nota 34), p. 417.

ser niveladas por una forma de colonización dogmática jurídico-penal del ordenamiento jurídico vecino. Por otra parte, ha de constatarse que actualmente, por lo menos en las sociedades occidentales, una nivelación rasante de las decisiones fundamentales y convicciones básicas político-criminales, pues, después del hundimiento de un elemental Derecho penal retributivo y después del fracaso de un concepto especial-preventivo de regeneración es apreciable en la discusión anglo-americana, así como en Escandinavia y también en Alemania, el triunfo de la prevención general positiva o indirecta o integradora, que no puede prescindir de la igualdad y la *proporcionalidad al hecho* (63), principios ligados al sistema, ni de la determinación de los particulares requisitos de imputación, ni en la determinación de la pena, mientras que sólo en escasos ámbitos del estado de necesidad de bienes jurídicos queda sitio para la inocuación y para la intimidación pura. A causa de esta comunidad en las convicciones básicas político-criminales incluso hoy me parecen más favorables que antaño las perspectivas de nivelación de los ordenamientos jurídicos nacionales así como de los sistemas jurídico-penales.

(63) Cfr. las referencias en nota 5, así como Raimo Lahti, Medeleine Löfmarck, Nils Jareborg y Andrew v. Hirsch, Jonathan Thormundsson, Heinz Zipt y Bernd Schünemann en: Albin Eser/Karin Coirnils (comp.), *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik*, 1987, pp. 1, 15, 35, 65, 141, 209 y ss.