

VII. Fundamentos político-criminales y dogmáticos del Derecho Penal*

Claus Roxin

Mi tema no puede desarrollarse argumentativamente en los veinte minutos que tengo a disposición. Por esta razón voy a limitarme al planteo de mis tesis y confío en que en el tiempo que de esa manera ganamos para la discusión podamos conversar todas las cuestiones en detalle.

1.

Mi punto de partida en el ámbito del tipo penal es el fin del derecho penal. Según ese fin se determinará desde una perspectiva político-criminal qué es lo que el Estado puede sancionar con pena, y desde una perspectiva dogmática, cuáles son las características que debe mostrar un comportamiento, para que pueda ser imputado como causante en el sentido de satisfacción del tipo penal.

2.

Según mi concepción el objetivo del derecho penal reside en la protección de los bienes jurídicos. Como bien jurídico entiendo todos los hechos que son necesarios para la convivencia pacífica y libre de los ciudadanos bajo la protección de los Derechos Humanos. Esto vale para bienes jurídicos individuales como la vida, la

* Traducido del alemán por María Laura Böhm.

salud o la propiedad, pero también para bienes jurídicos colectivos como la organización estatal o la justicia, ya que una convivencia pacífica y libre requiere del funcionamiento del aparato estatal y de la justicia.

3.

El fin del derecho penal, sin embargo, debe ser restringido por la exigencia político-criminal, en cuanto a que únicamente pueden ser amenazadas con pena aquellas afectaciones de los bienes jurídicos que no puedan ser evitadas mediante la implementación de medidas menos incisivas. También los ruidos molestos o el parqueo indebido estorban la convivencia humana, pero para su impedimento alcanzan ya las multas menores, penalmente no discriminatorias, del derecho contravencional. Para la compensación de simples infracciones contractuales alcanzan las sanciones del derecho civil.

Esto lleva a la siguiente tesis: La tarea del derecho penal consiste en la protección subsidiaria de los bienes jurídicos. El principio de subsidiariedad encuentra su fundamento de teoría estatal en la prohibición del exceso: Según esta prohibición el Estado no puede restringir la libertad de los ciudadanos más allá de lo necesario para el aseguramiento de la paz y la libertad.

4.

Ahora bien, también el fin del derecho penal como protector de los bienes jurídicos descansa en una premisa de teoría del Estado, y esta es, el modelo de pensamiento del contrato social. Según éste, el soberano, o sea el pueblo, ha cedido al Estado únicamente la tarea de asegurar una convivencia libre y pacífica bajo la protección de los Derechos Humanos. Por el contrario, la tarea de tutelar en forma moral, religiosa, ideológica o incluso paternalista a los ciudadanos, los portadores del poder estatal (el pueblo) no la cedieron.

5.

Esta concepción tiene enormes consecuencias para la legislación. El Estado, por ejemplo, no estará autorizado a penalizar el comportamiento homosexual o el incesto entre hermanos adultos. Tampoco le estará permitido penalizar la negación no discriminatoria de hechos del pasado o la tenencia de droga cuando la misma está destinada exclusivamente al consumo personal, o un trasplante médico de órganos, mediante el cual un donante vivo quiere contribuir a salvar la vida de un extraño. Todo esto no puede ser punido porque estas formas de comportamiento no conllevan una afectación de la paz y la libertad.

Sin embargo, en Alemania todas estas formas de comportamiento están sancionadas penalmente, con excepción de la homosexualidad (que lo estuvo hasta 1969). El que mi teoría limitadora de la punibilidad no es una opinión minoritaria, pueden comprobarlo, por ejemplo, en que ha sido ampliamente rechazada la continuidad de la punición del incesto decidida por parte de nuestro Tribunal Constitucional, también en que la punición de la negación de hechos históricos (en particular de un genocidio de los turcos contra los armenios) fue declarada inconstitucional en Francia, y en que la Corte Suprema argentina ha rechazado la punición del tenedor de droga cuando la tenencia es para consumo personal. Se trata por lo tanto de un problema muy actual también en el ámbito internacional.

6.

De la misma manera son relevantes las consecuencias del principio de protección del bien jurídico en la teoría del delito. Si, por ejemplo, se pregunta, ¿cómo deben ser formuladas las normas que aseguran la protección de los bienes jurídicos?, se obtiene una respuesta obligatoria: La norma debe prohibir cada comportamiento que represente un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido. La creación conciente de tal riesgo es una tentativa, la realización del riesgo se le imputa al autor como hecho consumado. El injusto penal no se funda por lo tanto en hechos ónticos, como lo sugieren los representantes de la teoría de la acción causalistas o finalistas, sino que se desprende más bien de las condiciones normativas de una efectiva protección del bien jurídico.

La teoría de la imputación objetiva fundada por mí en su forma moderna, la cual hoy se ha impuesto tanto en Alemania como internacionalmente, basa por lo tanto el injusto penal en la realización de un riesgo no permitido. No se trata de la continuación del desarrollo de la teoría de la adecuación, como muchas veces se sostiene, sino de un principio de imputación independiente de la causalidad.

7.

De la teoría de la imputación objetiva se puede deducir un sistema completo de reglas de imputación. Aquí no puedo desarrollarlo con mayor detalle, pero quiero cuanto menos decir que la creación así como la realización de un riesgo no permitido dependen respectivamente de tres requisitos.

En primer lugar la creación de un riesgo no permitido no entra en consideración en caso de disminución de riesgo; en segundo lugar, tampoco cuando falta un aumento de riesgo jurídicamente relevante; y en tercer lugar, tampoco entra en consideración en los casos de riesgos permitidos. La realización de un riesgo que posibilita la imputación del resultado debe rechazarse cuando, en primer lugar, tiene lugar en cursos de causalidad completamente desacostumbrados y, en

segundo lugar, cuando el resultado se hubiera producido con seguridad incluso si se hubiera permanecido dentro del ámbito de riesgo permitido. Una realización de riesgo, sin embargo, falta también cuando a pesar de haber sido creado un riesgo no permitido la forma en que se produjo el resultado no estaba cubierta por el fin de protección de la norma lesionada. En la discusión podremos explicar todo esto ilustrativamente mediante ejemplos.

Esta red de relaciones consecuenciales reemplaza una amplísima casuística por un concepto normativo general. Por este motivo es absolutamente equivocado, cuando los detractores de la teoría de la imputación objetiva reprochan que esta teoría sería un ensamble forzado de problemas individuales sin una línea conductora.

8.

También las formas de presentarse el injusto – dolo y culpa, tentativa, autoría y participación, omisiones impropias – puede explicarse desde la idea de la protección del bien jurídico.

Así puede explicarse el dolo – aunque sea sólo de resultado eventual – como una decisión en favor de una lesión de bien jurídico, mientras que el autor de culpa o bien ni siquiera vio la posibilidad de que se produzca el resultado, o lo vio pero confió en un desenlace afortunado. La tentativa debería ser entendida como la creación de un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido, que excede al estadio de la mera preparación. La punición de una tentativa que según un juicio objetivo era completamente inocua, es decir, sin riesgo – posibilidad prevista en el derecho alemán – es, por lo tanto, un error de política jurídica.

La autoría no consiste, como en parte sigue sosteniendo todavía hoy la jurisprudencia alemana, en una voluntad del autor, sino en el dominio del suceso lesivo para el bien jurídico, el así llamado dominio del hecho. Pero también para la participación es esencial la relación con el bien jurídico, puesto que esa relación exige un ataque al bien jurídico sin dominio del hecho. Donde éste falta, la colaboración no es punible. Esto tiene enormes consecuencias prácticas: Impune es el agente provocador, o sea el inductor que hace que se detenga al autor antes de la consumación. Este agente provocador protege el bien jurídico, en lugar de atacarlo. Impune es también la inducción a una tentativa inidónea, ya que ésta no genera ninguna lesión al bien jurídico. E impune es, asimismo, la inducción o la colaboración en una tentativa de homicidio de la propia persona por parte de un tercero, puesto que solo es punible la lesión de bienes jurídicos de terceros.

Las posiciones de garante en la omisión tampoco se desprenden, como se creyó durante mucho tiempo, de la ley, del contrato o del hecho precedente. Mucho

mejor se explican a partir de las necesidades de la protección de los bienes jurídicos. El garante o bien tiene que proteger todos los bienes jurídicos de los peligros que emergen de su propio ámbito de dominio (posición de garante por deber de vigilancia), o tiene bienes jurídicos que le han sido confiados – por ejemplo la vida y la salud de sus hijos – para que los proteja de todo tipo de peligros (posición de garante por deber de protección).

El criterio precedentemente expuesto, en cuanto a que el injusto penal en todas sus formas de manifestación se puede explicar recurriendo a distintos aspectos de la protección del bien jurídico, todavía está muy lejos de imponerse en forma general. No obstante ello, considero que se trata de una perspectiva dogmática fundada.

9.

Junto a la lesión imputable de un bien jurídico hay todavía un requisito más del injusto punible: la ausencia de causas de justificación. Las causas de justificación se ocupan de la regulación de conflictos sociales. En la legítima defensa, por ejemplo, se trata del conflicto entre un atacante y un atacado, mientras que el estado de necesidad justificante trata del conflicto entre el rescate y la víctima del rescate. Mi tesis es:

La solución de tales conflictos se logra mediante principios de política criminal que se concretan en determinados principios sociales de orden. Quiero explicar esto sobre el ejemplo de la legítima defensa y el estado de necesidad justificante.

10.

La legítima defensa se basa según el derecho alemán (§ 32 StGB – *Strafgesetzbuch*, código penal alemán) en el principio de protección y en el principio de preservación del derecho.

Esto significa: En los casos en que el Estado no puede intervenir, el atacado tiene permitido adoptar todas las medidas de defensa necesarias para su protección, incluso cuando al hacerlo puedan producirse daños mayores que los que pretenden evitarse. Tiene permitido, por lo tanto, cuando no puede ayudarse de otra manera, hacer uso de un arma de fuego para defenderse de una golpiza.

Más allá de esto vale en el derecho alemán también el principio de preservación del derecho: Incluso cuando el atacado pudiera huir, y por lo tanto la utilización de un arma de fuego para su protección no fuera necesaria, tiene permitido, no obstante, utilizar un arma para su defensa. Detrás de este permiso reside la idea de que se colabora con el cumplimiento del derecho cuando se lo afirma frente a lo injusto, en lugar de retroceder.

De esto pueden deducirse limitaciones a la legítima defensa, cuando el atacado ha provocado el ataque mediante un comportamiento ilegal. En tal caso el atacado no está habilitado a imponer el derecho, porque él mismo lo ha infringido. Claro que todavía puede defenderse, pero debe hacer uso de las posibilidades de escape.

Los principios de orden mencionados posibilitan por lo tanto soluciones diferenciadas que se basan en ideas básicas uniformes. Por supuesto que el legislador puede optar por otras vías de solución y, por ejemplo, como hacen muchos órdenes jurídicos, subordinar la legítima defensa al principio de proporcionalidad. Entonces el atacado debería tener mucha más consideración con los bienes jurídicos del atacante que lo que le exige el derecho alemán. También aquí, sin embargo, se trata de una decisión de política criminal con ayuda de un principio social de orden.

11.

A diferencia del anterior, el estado de necesidad justificante se basa según el derecho alemán (§ 34 StGB) en otros dos principios sociales de orden: el principio de la ponderación de bienes y el principio de autonomía.

Cuando la víctima de un accidente, para salvar su vida, debe ser trasladada urgentemente a un hospital, puede ser utilizado el automóvil de un extraño, aun contra su voluntad, en tanto no haya a disposición algún otro vehículo, puesto que el valor de la vida humana debe ser valorado como sustancialmente más elevado que una pérdida transitoria de una posesión.

Cuando, por otro lado, la vida de la víctima del accidente sólo puede ser salvada por un trasplante de riñón, el médico no tiene permitido obligar a un allegado del paciente a que se deje extraer un riñón. También aquí una ponderación de bienes da por resultado que la vida es un bien jurídico de mayor valor que la integridad corporal, más aún cuando la pérdida de un riñón no conlleva una reducción de la expectativa de vida. Sin embargo, la autonomía de la personalidad que se reconoce a cada ser humano, prohíbe, fuera de situaciones de legítima defensa, intervenir arbitrariamente en el ámbito nuclear de la existencia humana.

12.

Tipicidad y antijuridicidad conforman, en conjunto, el injusto. Con el juicio de antijuridicidad se dice que el autor ha hecho algo penalmente prohibido. El tercer nivel delictivo que se construye sobre esto lo llamo responsabilidad. Su función político-criminal es la cuestión – que debe ser diferenciada de la constatación del injusto –, de si el autor en el caso concreto debe ser penado. Para poder responder

afirmativamente a esta pregunta, deben sumarse al injusto dos requisitos más: la culpabilidad del autor y una necesidad preventiva de pena.

13.

Un comportamiento culpable lo defino como un actuar antijurídico a pesar de la receptividad normativa. Como receptividad normativa entiendo la capacidad del autor de entender normas y de orientarse de acuerdo a las normas. Esta capacidad es empíricamente verificable, en algunos casos incluso obligatoriamente, mediante peritos.

Es dudoso si la existencia de receptividad normativa se deja deducir de la libre voluntad. La posibilidad de una libre voluntad en el ser humano ha sido polémica desde siempre y hoy es nuevamente rechazada decididamente por parte de los representantes de la moderna investigación cerebral. Para la verificación de la culpabilidad en sentido penal, sin embargo, no es necesario comprobar o no su existencia, puesto que el derecho penal no se basa en el desarrollo de los procesos neuronales en el cerebro, sino que dispone una regla normativa. Según esta regla el orden jurídico tiene que tratar a los seres humanos, que son normativamente receptivos, como capaces de tomar decisiones libremente, y debe juzgar como culpable una infracción de la norma. Sin una mutua concesión de libertad y responsabilidad la convivencia jurídicamente ordenada no sería posible. Libertad y culpabilidad, por lo tanto, no son realidades comprobables, sino adscripciones. Su sustrato óptico se reduce a la receptividad normativa.

14.

Los niños no tienen culpabilidad, tampoco los enfermos mentales y otros incapaces de imputación, así como falta también culpabilidad ante la presencia de un error de prohibición inevitable o también en el caso de daños que se producen de forma inevitable por déficits corporales. En todos estos casos la norma no puede generar en la conciencia del autor un efecto que determine su comportamiento. Por lo tanto su falta de culpabilidad excluye la pena.

15.

Pero incluso allí, donde queda todavía una culpabilidad reducida, el legislador puede prescindir de la pena si considera que la punición preventiva es innecesaria. Así es por ejemplo impune el exceso en la legítima defensa, o sea un exceso respecto de los límites de la necesaria legítima defensa “por confusión, temor o susto” (§ 33 StGB), aunque el legislador parta de que un ser humano capaz al defenderse pueda orientarse en la medida de lo necesario. Pero la pena no le parece necesaria preventivamente, porque el autor no actuó por inclinación criminal, sino

por miedo, porque bajo condiciones normales no existe peligro de repetición y porque la sociedad en general también comprendería, en un caso así, que se prescindiera de la pena.

Algo parecido rige también para el estado de necesidad exculpante (§ 35 StGB), en el cual alguien puede salvarse a sí o salvar a una persona cercana de un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad solo mediante un hecho ilegal. Si bien nuestro legislador dice que en tal rescate el autor actúa “sin culpabilidad” a costa de terceros ajenos a la situación, hay sin embargo suficientes testigos de que el ser humano también en casos de peligro puede orientarse de acuerdo a las normas y no está obligado a evitarlos mediante el daño a terceros inocentes. Pero el legislador considera que una pena es innecesaria, porque también aquí el autor no actúa por motivos criminales y ese tipo de situaciones son únicas en la vida.

La necesidad preventiva de pena debe ser reconocida – aunque pocas veces se preste atención a esto – como un elemento autónomo en la categoría de la responsabilidad.

16.

Con esto les he expuesto un completo sistema jurídico penal en la forma más breve posible. Así tenemos ahora todavía más tiempo para discutir.