

Los puntos de partida de la dogmática penal

MANUEL JAÉN VALLEJO

Profesor Titular de Derecho Penal.
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

I

Es muy común la afirmación de que la ciencia del Derecho penal es eminentemente sistemática. Y es que, en verdad, el razonamiento sistemático en el Derecho penal garantiza la necesaria *racionalización* en la aplicación de la ley penal al caso. La teoría del delito, mediante un método analítico, descompone el concepto de delito en un sistema de categorías dogmáticas; es decir, rechaza una apreciación global del hecho. Sólo después del análisis de aquellas categorías se podrá afirmar que un hecho concreto es delito. Lo anterior no se dicute, aunque sí, en cambio, las propias categorías y, por supuesto, el contenido de cada una de ellas. De todos modos, hoy aún es mayoritaria la clasificación tripartita: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad (1). Hay construcciones paralelas a la teoría del delito en otros sectores del ordenamiento jurídico: en el Derecho civil, la teoría del negocio jurídico; en el Derecho administrativo, la teoría del acto administrativo; en el Derecho procesal, la teoría general del proceso; en el Derecho mercantil, la teoría del acto de comercio, etc. Aunque, evidentemente, mientras que todas ellas tratan sobre la conformidad de tales actos con el Derecho, la teoría del delito, por el contrario, trata de los actos contrarios al Derecho, y mientras que en aquellas otras

(1) En contra de esta clasificación «clásica» se ha mostrado BACIGALUPO, quien defiende una clasificación cuatripartita de las categorías del delito: tipicidad, antijuricidad, responsabilidad por el hecho y culpabilidad; cfr. *Principios de Derecho penal*, PG. ed. Akal 2.a ed., Madrid, 1991, pp. 162 y ss. En el mismo sentido: JAÉN VALLEJO, Manuel, *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, ed. Colex, Madrid 1992, pp. 267 y ss.; LAURENZO COPELLO, Patricia, *El aborto no punible*, ed. Bosch, Barcelona, 1990, pp. 319 y ss.; PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Conciencia y Derecho Penal*, ed. Comares, Granada, 1994, pp. 284 y ss.

disciplinas no son muy importantes las discusiones acerca del sistema, los penalistas, en cambio, siempre han discutido mucho sobre el sistema. En cualquier caso, como hace tiempo dijera, GIMBERNAT, cuanto más desarrollada esté la dogmática más seguridad e igualdad se conseguirá en la aplicación de la ley.

El positivismo jurídico, que inspiró el sistema clásico del Derecho penal diseñado por BELING y V. LISZT, se caracterizaba por su reacción frente a la versión racionalista del Derecho natural, identificando el Derecho con el conjunto de leyes y creyendo en la posibilidad de comprender el significado de la ley y poder resolver los problemas jurídicos rechazando cualquier valoración y acudiendo exclusivamente a la ley (2).

El positivismo jurídico fue consecuencia del positivismo filosófico imperante en la época en que aquellos dos autores escribieron, que rechazaba como objeto de estudio las cuestiones trascendentales y abstractas, centrándose, en cambio, en la contemplación y estudio de los hechos. La filosofía positivista de Auguste COMPTE y SPENCER estaba presente en todos los estudios. Lo único que tiene valor es la ciencia experimental, es decir, lo *positivo*; luego sólo las ciencias naturales son ciencias, y el Derecho no es una ciencia (3). Desde esta perspectiva se comprende el enfoque naturalístico al que se somete la explicación del delito. Para el positivismo jurídico el Derecho positivo es un dogma, del que necesariamente se debía de partir. Sólo a partir del Derecho positivo se podían *inducir* los conceptos y principios que integraban el sistema. La construcción del sistema dogmático requería, pues, dos operaciones previas: la recolección del material normativo y el análisis exacto de las proposiciones. Pues bien, si, como decía V. LISZT, «sólo el orden sistemático garantiza el dominio total de lo particular» (4), lleva razón BACIGALUPO cuando afirma que «el sistema sólo podría cumplir con este cometido antes del análisis exacto de las proposiciones; una vez conocido el sentido exacto de esas proposiciones (lo particular) el sistema carece totalmente de función, pues ya no podría brindar nada nuevo ni servir para el “dominio total de lo particular”: lo particular ya habría sido “dominado” sin necesidad del sistema. Bajo estas condiciones, sólo quedaría para el sistema una función meramente expositiva, de la que no podrá esperarse ningún incremento del conocimiento» (5).

(2) La expresión más acabada del positivismo jurídico se halla en *la teoría pura del derecho* de Hans Kelsen, según la cual las normas sólo pueden ser reconducidas a otras normas, nunca a la realidad, y para evitar el regreso al infinito que este mecanismo supondría, KELSEN idea una «norma fundamental», sin contenido concreto, como piedra final del edificio normativo. Fuera de este esquema, la decisión sería metajurídica y, por tanto, metodológicamente ilegítima; de este modo, el jurista se convierte en mero técnico, que debe limitarse a subsumir.

(3) COMPTE establece que la Historia del Mundo tiene tres edades («ley de los tres estadios»): la primera es la teológica; la segunda es la metafísica; y la tercera es la científica; que se limita a aquéllo que es susceptible de observación empírica, es decir, a los hechos, dirigida por los hombres de ciencia experimental y exacta; cfr. WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho* (trad. por F. González Vicen), ed. Aguilar, Madrid, 1977, pp. 191 y ss.

(4) *Strafrecht Vort. u. Aufs.*, II, 1905, p. 215.

(5) BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, ed. Civitas, Madrid, 1983, p. 27.

II

Ya en el siglo XX se impone una nueva fase en el pensamiento jurídico-penal: el neokantismo. En efecto, al mismo tiempo que se realizaba una reacción contra el idealismo y el empirismo materialista, se produjo, sobre todo en Alemania, un nuevo despertar de la filosofía, al repetido grito de «*volvamos a Kant*» que lanzó Otto Liebmann en 1865. En este período del neokantismo, el método deja de ser puramente formalista, introduciéndose consideraciones axiológicas, por la inclusión del Derecho entre las ciencias del espíritu, cuya metodología se caracterizaba por comprender y valorar. Los representantes de esta corriente (6) entienden que mientras que las ciencias naturales captan la realidad empírica de forma objetiva y neutral, las ciencias del espíritu proceden valorando. Luego, el método de conocimientos de estas últimas es un método valorativo. En cuanto a la cuestión de los valores que deben tomarse en consideración en la formación de los distintos conceptos, se entiende, en el marco de la «Escuela Suboccidental alemana», que hay que atender al objetivo que dichas ciencias pretendan conseguir con su aplicación y estudiar cómo han de configurarse para la consecución de sus fines. La metodología de dicha Escuela tuvo mucha influencia en las ciencias jurídicas y, en particular, en el Derecho Penal (7).

III

El ontologismo: sistema del Derecho Penal y estructuras lógico-objetivas

El finalismo supuso un cambio tanto respecto al positivismo como respecto al relativismo valorativo del pensamiento neokantiano. De un lado, se entiende que la dogmática no ha de ocuparse de lo contingente por razones de espacio o tiempo, y, por tanto, no ha de tener por objeto esencial el Derecho positivo (8). De otro lado, tampoco debe atender a

(6) Cfr., sobre las bases filosóficas del neokantismo jurídico-penal, en una de sus principales direcciones («Escuela Suboccidental alemana» o «de Baden»), GONZÁLEZ VICEN, «El neokantismo jurídico axiológico», en el *Anuario de Filosofía del Derecho*, 111, 1986, pp. 249 y ss.

(7) Cfr., ampliamente sobre el método del neokantismo, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1982, pp. 227 y ss.; también, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J.M. Bosch, Barcelona, 1992, pp. 55 y ss.

(8) En este sentido, KAUFMANN, Armin, en *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1954, dice lo siguiente: «Formular dogmas que no lleven en sí la vocación de atemporalidad y sólo pretendan interpretar las manifestaciones de un legislador, no puede ser misión de la ciencia del Derecho sino sólo la propia de un culto a las leyes versado filológicamente» (p. IX); cita y texto tomados de SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 58, nota 81.

valoraciones de contenido variable. Todo aquello que se construyera sobre la base de valores era subjetivo y perecedero, pues los valores están determinados por el contexto cultural y, por tanto, también éstos son contingentes y temporales. La dogmática tenía que contar con un sistema atemporal e imperecedero, con «un sistema de conceptos puros supratemporales» (9).

Precisamente con el fin de crear aquel sistema permanente se recurre a las *estructuras lógico-objetivas* (*Sachlogische Strukturen*) (10). Dice WELZEL: «el legislador no sólo está vinculado a las leyes de la naturaleza física, sino que debe atender a determinadas estructuras lógico-objetivas en la materia de su regulación; en caso contrario, su regulación será necesariamente falsa» (11). Las estructuras lógico-objetivas son verdades inmutables que vinculan al legislador y al intérprete; luego, no pueden ser afectadas por ninguna regulación legal ni valoración alguna. WELZEL, pues, recurre a una *fundamentación ontologicista*, siendo el concepto final de acción (acción como ejercicio de actividad final) la primera estructura lógico-objetiva o verdad imperecedera, a partir de la cual, procediendo de forma deductiva, se elabora el sistema de Derecho penal.

Mientras que en el neokantismo el método determina la configuración del objeto, para el finalismo el método no determina el objeto, sino que es el objeto lo que determina el método. Según WELZEL, las cuestiones de la sistemática jurídico-penal no se pueden desarrollar, como lo creen los puros positivistas, exclusivamente a partir de la ley (12). En realidad, la dogmática se ocupa de la misma acción humana que las ciencias naturales, aunque no como hecho natural, sino como definida por la idea de finalidad conforme a sentido; por ello, el concepto natural de acción, como mero proceso causal, no se puede admitir. Sobre la base de aquella premisa metodológica, es claro que la materia de las categorías dogmáticas se determina por la materia del objeto regulado por la norma, *sin modificación alguna del objeto*. Y las normas regulan acciones, luego lo que sea una acción con independencia de la regulación debe ser una acción también en el marco de la ciencia jurídica; si la dirección de la acción al resultado es un elemento de la acción, entonces también debe ser objeto de la categoría del sistema que tiene la función de comprobar la lesión de una norma (tipicidad).

Puede afirmarse, como resumen de las anteriores fases de evolución de la dogmática, que la dogmática penal quedaba reducida a un sistema cerrado en sí mismo, donde difícilmente podían ubicarse consideracio-

(9) KAUFMANN, *ibidem*.

(10) Cfr. CEREZO MIR, J., «La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica», en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, ed. Tecnos, Madrid, 1982, pp. 49 y ss.; MIR PUIG, *Introducción*, cit., pp. 252 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *ibidem*.

(11) *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 1955, p. 197.

(12) Cfr. «Studien zum System des Strafrechts», ZStW 58 (1939), pp. 491 y ss.

nes de política criminal, que se consideraba debían ser objeto de otras ciencias (13). De otro lado, la ausencia de valoraciones dentro del sistema, en la que coincidían positivistas y finalistas, así como la consideración de las normas como dogma por parte de los positivistas y la vinculación del legislador a las verdades ontológicas, a las estructuras previas de la ley misma, por parte del finalismo, venía a revelar la existencia de una dogmática penal neutra y aséptica, que difícilmente podía admitir la crítica.

El punto de vista ontologicista hace ya tiempo que ha sido abandonado. Los mismos discípulos de WELZEL lo cuestionaron (14). Muy interesante resulta al respecto el prólogo de JAKOBS a su manual de Derecho penal, parte general, 2.^a edición (1991), que es el mismo que el de la anterior edición (1983). Dice JAKOBS: «Cuando Hans Welzel me encomendó, poco antes de su muerte, la tarea de revisar la Parte General de su Manual (El Derecho Penal Alemán, 11.^a ed. 1969) para una nueva edición, él sabía que con ello encomendaba esta obra a un discípulo sospechoso de herejía. Como además Welzel supo mejor que otros que los objetos de la ciencia no deben tratarse como antigüedades según la procedencia y su edad, sino según su rendimiento, y como siempre le daba menos importancia a *topoi* singulares que al conjunto sistemático, yo fui desde el comienzo de la opinión de que estaba autorizado a intervenir a fondo en la sustancia de su doctrina, siempre que ello fuese necesario para la construcción de un sistema productivo en la actualidad. Sin embargo, suponía poder conservar bastante sustancia antigua para que su Manual quedara reconocible. Esta suposición fue, como comprobé al poco tiempo y como muestra el presente libro, un craso error» (15).

El libro comienza, sin embargo, añade JAKOBS, con una referencia a la doctrina de WELZEL, según la cual del Derecho penal debe garantizar la vigencia de «valores de acción ético-sociales positivas»; éste debe ser el punto de partida si se quieren entender los efectos del Derecho penal no como meros procesos naturales, sino como procesos sociales (16). Bajo este punto de vista, continúa diciendo JAKOBS, la tarea a llevar a cabo por la dogmática penal reside en desarrollar aquellos principios que necesitamos para oponerle al delito como acto significativo (acto de contenido expresivo) otro acto significativo; esta oposición es necesaria para restablecer la vigencia de la norma desautorizada por el

(13) El propio V. LISZT sostenía que «la tarea inmediata del Derecho penal consiste en comprender el delito y la pena como generalización conceptual en una consideración puramente técnico-jurídica basada en la legislación y desarrollar en un sistema cerrado los principios y conceptos fundamentales», en *Das deutsche Strafrecht*, 21.^a y 22.^a ed., Leipzig, 1919, pp. 1 y 2.

(14) Cfr. STRATENWERTH, *Strafrecht*, I, 3.^a ed., 1981, ZIELINSKI, *Handlungs und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlín, 1973, pp. 80 ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, 1983, prólogo.

(15) *Ibidem*.

(16) *Ibidem*.

infractor. Tal como una violación exterior es la apariencia de la violación de la norma, del mismo modo es la pena la apariencia de cómo se produce una estabilización de la norma (17). Añade entonces JAKOBS lo siguiente:

«Aquí se separan los caminos. La dogmática penal ontológica quiebra... No solamente los conceptos de acción y de culpabilidad (y muchos otros, a un nivel menos abstracto), a los que la dogmática penal ha atribuido ... una estructura (lógica prejurídica) se vuelven conceptos acerca de los cuales no se puede decir nada sin tener en cuenta la misión del Derecho penal, sino asimismo el concepto de sujeto al que se imputa resulta ser un concepto funcional. Con ello no quiero decir que en la misión del Derecho penal hayamos encontrado un punto con la ayuda del cual podamos fijar de una vez por todas unos principios dogmáticos. Al contrario, cada principio dogmático-penal adolece de todas las dudas de las que adolece el acuerdo sobre la misión del Derecho penal como ta I. Sirva de prueba de la reciprocidad la íntima conexión del concepto de culpabilidad con la teoría de los fines de la pena» (18).

IV

El funcionalismo político-criminal: política criminal y sistema del Derecho penal

Fuera del círculo de discípulos de WELZEL, la más significativa de las objeciones contra el ontologismo de WELZEL es la proveniente de ROXIN, que, en 1970, publicaba una de sus obras más representativas: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, traducida poco después al español, así como gran parte de sus obras (19). ROXIN pertenece a la corriente dogmática denominada «funcionalista», en la que también hay que incluir a JAKOBS. La premisa metodológica fundamental de los sistemas funcionalistas puede resumirse en los siguientes términos: el contenido de las categorías del sistema dogmático se debe determinar en función de lo que resulte adecuado al sistema social; al sistema social en general o a un subsistema social en particular (por ej., el subsistema del Derecho penal). Y *funcional* es todo lo que se requiere para el mantenimiento del sistema. Pues bien, el modelo funcionalista de ROXIN es

(17) *Ibidem*.

(18) *Ibidem*.

(19) *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. F. Muñoz Conde, Bosh, Barcelona, 1972. Otras obras de ROXIN traducidas al español: *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Luzón Peña, Madrid, 1976; *Teoría del tipo penal*, trad. Bacigalupo, eds. Depalma, Buenos Aires, 1979; *Iniciación al Derecho penal de hoy*, trad. Luzón Peña y Muñoz Conde, Sevilla, 1981; *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, trad. Muñoz Conde, Madrid, 1981, etc.

un sistema abierto, de orientación teleológica (20), en el que se persigue una unidad sistemática de política criminal y Derecho penal.

ROXIN, en su estudio programático, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, atribuye a cada categoría una función político-criminal. La tipicidad estaría regida por el principio *nullum crimen sine lege*. La antijuricidad comprendería el ámbito de los conflictos sociales en el que se enfrentan intereses individuales o sociales con las necesidades del individuo. Y la culpabilidad se configuraría desde la perspectiva de la teoría de los fines de la pena (21). En resumen, ROXIN propone una política criminal que se identifica con la teoría de los fines de la pena y que se lleva a cabo en la culpabilidad con los límites del Estado de Derecho (tipicidad). Pero veamos, con algo más de detenimiento, la tesis funcionalista de ROXIN.

El único fin de la pena, según ROXIN, es la prevención, tanto especial como general, entendida esta última no como prevención intimidatoria negativa, sino como «prevención integradora» positiva, es decir, con la finalidad de «restaurar la paz jurídica, en cuanto dé al pueblo la confianza, que su seguridad está salvaguardada y que las reglas reconocidas de la convivencia humana pueden reafirmarse en contra de perturbaciones graves» (22). Sobre esta base político-criminal, ROXIN rechaza el punto de vista, sostenido por ZIELINSKI, según el cual el disvalor de resultado no es ya elemento constitutivo de lo ilícito penal, fundamentando, por el contrario, su pertenencia al mismo, porque «la perturbación de la paz jurídica general, que hace necesaria la intervención del derecho penal, por razones preventivo-generales, no descansa exclusivamente en la acción fallida del autor, sino más bien en el resultado producido» (23). De este modo, los comportamientos culposos, que suceden frecuentemente en toda sociedad, cuando no produzcan una efectiva lesión de un bien jurídico no deben castigarse, pues en tales casos la intranquilidad de la generalidad es mínima e incluso no se produce; propugnar el castigo de toda conducta culpable, a pesar de la innecesariedad preventiva de la pena supondría una vuelta a la teoría de la retribución. Ahora bien, ROXIN sí admite la punibilidad de los delitos de peligro y culposos sin resultado, cuando «conmocionan tan fuerte-

(20) Salvo en el hecho de que el modelo de ROXIN claramente no es ontologicista, en lo demás no se diferencia de un sistema teleológico como el de RADBRUCH: «los elementos del delito se deben deducir de los fines de la pena» («Zur Systematik der Verbrechenslehre», *Fest. f. Frank*, 1930, p. 156).

(21) Cfr. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, pp. 15 ss.; *Política criminal y sistema del Derecho penal*, pp. 33 y ss.; *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*, trad. J. Bustos y H. Hormazábal, PPU, Barcelona, 1992, pp. 35 y ss., críticamente, AMELUNG, Knut, «Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin», en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Bernd Schünemann (compilador), introducción, traducción y notas de J.M. Silva Sánchez, Madrid, 1991, pp. 94 ss.

(22) *Política criminal y estructura del delito*, cit., p. 47.

(23) Op. cit., p. 50.

mente el sentimiento de seguridad jurídica de la población, que la perturbación social sólo puede suprimirse a través de la pena» (24).

En el ámbito de las causas de justificación, ROXIN trata de demostrar la aplicabilidad de la idea político-criminal de prevención general, fundamentando así una cierta proporcionalidad en la legítima defensa entre el daño que amenaza la agresión y el producido por la defensa; proporcionalidad que no se puede extraer del tenor literal del parágrafo 32 StGB (25). Así, en el ejemplo conocido del campesino paralítico que, al ver cómo un joven se sube a uno de sus cerezos llenándose con cerezas su boca y sus bolsillos, no tiene otra posibilidad de defender esta intromisión antijurídica en su propiedad que matando al joven agresor de un tiro, de aplicarse literalmente lo dispuesto en aquel parágrafo el autor tendría el derecho de hacerlo. Pues bien, como, según ROXIN, la legítima defensa se basa políticamente sobre los principios de protección y de mantenimiento del Derecho, en ella se puede ver un pretendido efecto preventivo: «que el agresor corra un riesgo considerable y que el derecho se imponga a los ojos de la generalidad frente al injusto» (26). Partiendo de esta idea, ROXIN deduce que como en los delitos de bagatela, entre los que hay que incluir el hurto del ejemplo anterior, la necesidad preventivo general es mínima, el principio de mantenimiento del Derecho debe limitarse al marco de la proporcionalidad; «esto ciertamente no resulta del tenor literal, pero sí del sentido político criminal del precepto de la legítima defensa» (27). Desde esta misma perspectiva de prevención general integradora, se explicarían también las limitaciones a la legítima defensa en el caso de agresiones de niños y enfermos mentales. El agredido en tales casos se puede defender de afecciones graves, pero no es necesario aplicar toda la rigidez de la legítima defensa. Considera ROXIN que «en consideración a la fidelidad en el derecho de la población es innecesario un procedimiento duro contra inimputables, ya que todos saben que no están en situación de obedecer las normas, luego sus hechos no pueden ser vistos como agresiones culpables contra el ordenamiento jurídico» (28).

Pero, como es sabido, es en la culpabilidad donde el planteamiento teleológico de ROXIN ha encontrado un mayor desarrollo (29). Catego-

(24) Op. cit., p. 51.

(25) El parágrafo 32 del Código penal alemán, relativo a la legítima defensa (*Notwehr*), dice así: «(1) El que comete un hecho indispensable en razón de legítima defensa no actúa antijurídicamente. (2) Es legítima la defensa cuando sea necesaria para rechazar de uno mismo o de otro una agresión actual y antijurídica».

(26) Op. cit., p. 55.

(27) Op. cit., p. 56.

(28) *Ibidem*; la limitación de la legítima defensa en el caso de agresión de un inimputable, lo mismo que en el caso de personas que sufren un error, significa que el agredido en tales supuestos debe intentar seriamente eludir la agresión antes de hacer uso del derecho de defensa, y, de no poderse evitar ésta, la defensa debe ser prudente y proporcional.

(29) Cfr., entre otras, las siguientes obras de ROXIN: «“Schuld” und “Verantwortlichkeit” als strafrechtliche Systemkategorien», en *Fest. für Henkel*, 1974, pp. 171 ss.;

ría dogmática que él prefiere llamar «responsabilidad», integrada por dos presupuestos: la culpabilidad y la necesidad de prevención general, de tal modo que «a un autor sólo se le puede hacer responder personalmente por el injusto por él realizado, cuando en primer lugar es culpable y en segundo lugar también razones preventivas hacen inevitable su castigo» (30). Precisamente, mediante la ausencia de este segundo presupuesto se explicaría la impunidad por renuncia a la pena en los supuestos de exceso en la legítima defensa (*überschreitung der Notwehr*) (31) y de estado de necesidad exculpante (*Entschuldigender Nostand*) (32), bajo ciertas condiciones. Dice ROXIN que «desde la perspectiva de un puro juicio de culpabilidad sólo sería correcto una atenuación, porque el autor podría orientarse todavía conforme a la norma en tales situaciones, aunque en condiciones difíciles, luego existe todavía una culpabilidad disminuida» (33).

Si la prevención es la idea rectora en el conjunto de las categorías del sistema de la teoría del delito, se pregunta ROXIN cómo diferenciarlas, señalando que está en el grado de concreción del hecho que en cada categoría dogmática se valora. Así, en la tipicidad se contempla el hecho desde el punto de vista de la necesidad de la pena en abstracto, luego la valoración que se realiza es independiente de la persona del autor y de la situación concreta de la acción; en el ámbito de la antijuricidad se enjuicia el hecho como expresión de un conflicto social concreto, luego se resuelve la necesidad concreta de pena, incluyéndose ahora en la valoración todas las circunstancias de la situación de hecho concreta; y en la categoría de la responsabilidad la valoración está referida al autor, es decir, se trata de la necesidad concreta de pena del autor. Precisamente, sería la unidad del fundamento teórico lo que dotaría de la necesaria conexión sistemática a las tres categorías dogmáticas (34).

«Zur jüngsten Diskussion über Schuld Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht», *Fest. für Bockelmann*, 1979, pp. 279 ss.; «Zur Problematik des Schuldstrafrechts», *ZStW* 96 (1984), pp. 641 ss.

(30) ROXIN, *Política criminal y estructura del delito*, cit., p. 58.

(31) El exceso en la legítima defensa está previsto en el parágrafo 33 StGB: «No será castigado el que excediera los límites de la legítima defensa por turbación, miedo o terror». Cfr. ROXIN, «über den Notwehrexzess», en *Fest. für Schaffstein*, 1975, pp. 105 y ss.

(32) Esta figura está prevista expresamente en el parágrafo 35 StGB: «(1) El que, ante un peligro actual, no evitable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporar o la libertad, comete un hecho antijurídico para apartar un peligro de sí mismo, de un pariente o de otra persona allegada, obra sin culpabilidad. Esta exención no regirá en el caso de que el autor pueda exigírsele hacer frente al peligro, en función de las circunstancias, en particular cuando él hubiese causado el peligro o cuando se hallase en una relación jurídica especial; en estos casos, sin embargo, se atenuará la pena conforme al parágrafo 49, párr. 1.º, si el autor había tenido que hacer frente al peligro, pero no en consideración a una relación jurídica especial. (2) Si, al cometer el hecho, el autor supusiere erróneamente circunstancias que le exculparían conforme al párr. 1.º, sólo será castigado si pudo evitar el error. La pena será atenuada conforme a lo dispuesto en el parágrafo 49, párr. 1.º».

(33) *Ibidem*.

(34) ROXIN, op. cit., pp. 61-63.

A mi juicio, no resulta plausible reunir las causas de exclusión de la pena por disminución del contenido de lo ilícito, como es el caso del estado de necesidad llamado disculpante, con otras causas que carecen de toda repercusión respecto de lo ilícito, como las que excluyen la capacidad de culpabilidad y el error de prohibición, en la misma categoría dogmática de la culpabilidad; «responsabilidad», según ROXIN. Como se vio, para este autor la cuestión del merecimiento de pena y de la necesidad de pena constituye una cuestión de la responsabilidad, pero, en verdad, resulta difícilmente comprensible la unión en una categoría dogmática de causas de exclusión de la pena de tan distinto significado, aparte de las dificultades para explicar la extensión a los partícipes de los efectos de tales eximentes (35).

En cambio, la propuesta de BACIGALUPO de introducir en la teoría del delito una categoría sistemática intermedia entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad, la categoría de la *responsabilidad por el hecho* (36) constituye un notable acierto, por las ventajas que implica el tratamiento diferenciado de los supuestos que allí se incluyen. La existencia de esta categoría dogmática en la estructura del delito evita la asimilación en una única categoría (antijuricidad) de aquellos casos en los que se excluye totalmente lo ilícito y aquellos otros en los que simplemente se renuncia a la pena, pero que no merecen la aprobación del ordenamiento jurídico, y evita al mismo tiempo la no menos insatisfactoria equiparación de estos últimos a los casos de exclusión de la culpabilidad. Se logra así una clara distinción, en la teoría del delito, entre causas que excluyen la pena por exclusión de lo ilícito (antijuricidad), causas que excluyen la pena por disminución del contenido de lo ilícito (responsabilidad por el hecho), y causas que excluyen la pena por exclusión de la culpabilidad. Sólo las primeras implican, además de la exclusión de la pena, una renuncia a la ratificación de la norma violada, por cuanto que se valora positivamente el comportamiento del autor, a diferencia de las segundas, que sólo suponen una falta de desaprobación jurídico-penal, que se traduce en la renuncia del Estado a sancionar la conducta del autor, pero sin que ello implique una valoración positiva de la misma. Con esta distinción (antijuricidad/responsabilidad por el hecho) se salvaguarda la función preventiva u orientadora de las conductas sociales que corresponde a la antijuricidad, permitiendo, además, en los casos en que la naturaleza de la causa de exclusión de la responsabilidad por el hecho en

(35) cfr. BACIGALUPO, «Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad», en *La Ley*, 23-12-1986, p. 3.

(36) Esta teoría dogmática fue propuesta por MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, AT, 4.^a ed., 1971, pp. 377 y ss., y en España por JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, V, 3.^a ed., ed. Losada, Buenos Aires, 1976, pp. 20 y ss. BACIGALUPO ha aceptado esta categoría, aunque su versión difiere de la de MAURACH y JIMÉNEZ DE ASUA, que la concibieron como una subcategoría de la culpabilidad, en que sustrae dicha categoría de este ámbito, vinculándola con lo ilícito penal (Cfr. «Unrechtsminderung und Tatverantwortung», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, *passim*).

particular no lo impida, la extensión de la renuncia penal a los partícipes; consecuencia esta última difícilmente alcanzable desde la culpabilidad, al menos si se parte, como lo hace la doctrina mayoritaria, de la teoría de la accesoriadad limitada.

V

El funcionalismo de la teoría sociológica de los sistemas: sistema del Derecho penal y teoría sociológica de los sistemas

El modelo funcionalista de la teoría de los sistemas, fruto del acercamiento de la dogmática a la sociología (37), ha influido considerablemente en los últimos años en la doctrina (38), siendo JAKOBS quien ha llevado a cabo (39) un análisis sistémico del delito y de la pena, llegando a una fundamentación preventivo-general positiva, o prevención de integración, del Derecho penal, mediante la traslación a este ámbito de las investigaciones realizadas por LUHMANN en la sociología jurídica. Este modelo, pues, se conecta con la tesis de LUHMANN, quien sostiene que el jurista no logra dominar el problema de las consecuencias de su decisión; precisamente allí es donde se debe insertar la dogmática. La dogmática, por lo tanto, según LUHMANN, se debe revitalizar con elementos provenientes de la teoría de los sistemas, para formular modelos *conceptuales jurídicos adecuados a la sociedad* y, con ayuda de ellos, formular las teorías dogmáticas (40). El *out-put* (salida; lo que abre el horizonte al futuro) de las decisiones jurídicas permanece realmente incontrolable; por lo tanto, las teorías preventivo especiales o generales no resultan un buen criterio de decisión, pues no tienen en cuenta la apertura al futuro del sistema social (41).

(37) Cfr., sobre el planteamiento funcionalista-sistémico, PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, eds. de la Universidad Autónoma de Madrid, 1990, pp. 43 y ss.

(38) Cfr. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage Zugleich ein Beitrag zur Lehre der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens*, Frankfurt, 1972; CALLIES, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt, 1974, y «Strafzwecke und Strafrecht», NJW, 1989, pp. 1338 y ss.; HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt, 1973, *Fundamentos del Derecho penal* (trad. de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero), ed. Bosch, Barcelona, 1984; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1982, pp. 82 y ss.

(39) *Strafrecht*, 1.^a (1983) y 2.^a (1991) eds.; cfr., críticamente, KÜPPER, Georg, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlín, 1990.

(40) LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, pp. 24 y ss.

(41) LUHMANN, op. cit., p. 48.

En consecuencia, dice LUHMANN, «en lugar de exigirse a sí misma el conocimiento del futuro, la dogmática se debería orientar al desconocimiento, a la indeterminación del futuro. Este podría ser el modo adecuado de reacción frente a la orientación al futuro y a la apertura del futuro del sistema social de hoy»; de lo contrario, «existiría el riesgo de que un sistema jurídico, al que le es exigida una orientación a consecuencias político-sociales, renuncie, en realidad, a una autoconducción dogmática dejando de orientarse a criterios, que trascienden el programa de decisiones, para conformarse con la expectativa de consecuencias» (42). Por lo tanto, la tarea consiste en una adecuación de los conceptos jurídicos a la sociedad, a una sociedad en la que el futuro permanece abierto (futuro no programable). En otro lugar (43), LUHMANN, continuando con su tesis funcionalista, explica que la sociedad es un sistema de interacciones, que denomina expectativas; cada integrante del grupo social tiene la expectativa de que los otros integrantes del mismo se van a comportar de acuerdo a determinadas reglas sociales de conducta (expectativas de conducta). Luego, si no se cumple esta expectativa se produce la correspondiente frustración, que impide o dificulta el desarrollo normal del grupo social (44).

Como se dijo, el acercamiento del Derecho penal a la realidad, mediante la importación de la teoría de los sistemas desde la sociología a la teoría del delito, corresponde a JAKOBS, quien toma como punto de partida la concepción de LUHMANN del Derecho como conjunto de normas que crean expectativas de conducta. Desde el punto de vista funcionalista, el fin esencial del Derecho penal no es ya la protección de bienes jurídicos, como ha sido opinión dominante en la doctrina, sino más bien la protección de las normas penales. La dañosidad social del delito viene dada porque su realización exterioriza una «infidelidad del autor al ordenamiento jurídico», a través de la cual se pone en duda la vigencia de la norma en sí (carácter disfuncional); por ello, precisamente, la pena cumple la misión de confirmar la vigencia de la expectativa y de la norma defraudada por el autor (45).

Partiendo de la misión del Derecho penal, dice JAKOBS, y no del carácter (o de la estructura) de los objetos de la dogmática penal, ello lleva a una renormativización de los conceptos. Bajo este punto de vista, no es sujeto el que pueda producir o impedir un hecho, sino el que pueda ser competente para ello. Del mismo modo, los conceptos de causalidad, capacidad, culpabilidad, etc., pierden su contenido prejurídico y se vuelven conceptos para niveles de competencia. Estos conceptos no fijan modelos de reglamentación para el Derecho penal, sino que surgen solamente en el contexto de reglamentaciones penales (46). Incluso la su-

(42) *Ibidem*.

(43) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Hamburg, 1983.

(44) Op. cit., pp. 27 y ss.

(45) JAKOBS, *Strafrecht*, pp. 4 y ss.

(46) Op. cit., *prólogo*, pp. 5 y 6.

posición —añade JAKOBS— de que, después de esta formación, el concepto deba referirse a un sustrato homogéneo prejurídico (al causar, al querer, al conocimiento, etc.), resulta ser un malentendido (naturalista). En la renormativización no se trata de esbozar, lejos del contexto social, sistemas normativos (lo cual, sin embargo, también es posible); «los esfuerzos van dirigidos, más bien, hacia el Derecho penal en una sociedad de configuración dada, sin que, por ello, se renuncie a exigencias frente a la realidad. La meta es una sistematización óptima (aunque no siempre se logre) del Derecho penal *vigente*. Por ello, aquí no se encuentra una sola sugerencia que no sea factible» (47). Bajo el punto de vista normativo, añade JAKOBS, desaparecen algunos problemas que crea la dogmática tradicional mediante su constante concentración en el contexto del ser (o contexto estructural). Al lado de múltiples armonizaciones dentro del concepto de la culpabilidad, se le quita hierro, sobre todo, a la contraposición entre los delitos de acción y los de omisión; ambos —añade— se fundan en la competencia organizativa (*Organisationszuständigkeit*) o en la competencia institucional. «En ello, dependen del estado actual de la organización del sujeto como sistema sicofísico (hacer u omitir) únicamente problemas menores. Además, surgen importantes novedades en otros múltiples temas, como en la imputación objetiva, en la teoría de la participación o en cuestiones singulares de justificación» (48).

La teoría del delito (como teoría de la imputación), según el planteamiento de JAKOBS, presenta notorias diferencias con los sistemas tradicionales. Destaco, a continuación, algunas de ellas. En primer lugar, la teoría del tipo se presenta como teoría de la imputación (objetiva). Como se sabe, el enfoque que le da JAKOBS a la teoría de la imputación objetiva es algo diferente al de ROXIN. Mientras que ROXIN deduce los criterios de la imputación de la naturaleza jurídica de las normas y de su finalidad protectora de bienes jurídicos, JAKOBS los deduce del fin y función social del Derecho penal. Según JAKOBS, en clara divergencia con la doctrina mayoritaria, el consentimiento es uno de los fundamentos que excluyen la imputación. En cuanto al segundo nivel de análisis de la imputación objetiva (realización del riesgo), ROXIN parte del criterio general del ámbito de protección de la norma, y JAKOBS de criterios de experiencia. Pues bien, como consecuencia de la influencia de la imputación objetiva, la estructura del tipo penal de los delitos culposos ha sufrido modificaciones. Mientras que en los dolosos

(47) Op. cit., p. 6.

(48) *Ibidem*. Muy interesante desde esta perspectiva resulta el libro sobre *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, de Javier SÁNCHEZ-VERA y GÓMEZ-TRELLES, Universidad Externado de Colombia, 1995, así como los últimos estudios de JAKOBS, *La competencia por la organización en el delito omisivo* (traducción de Enrique Peñaranda Ramos), Bogotá, 1994, y *La imputación objetiva en Derecho penal* (traducción de Manuel Cancio Meliá), Bogotá, 1994.

se ha distinguido, sobre la base del principio de congruencia (entre lo que el autor hace y lo que piensa), entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo, en los culposos, al darse una discrepancia entre lo querido y lo hecho por el autor, aquella distinción carecía de razón de ser. JAKOBS, en cambio, también distingue en estos últimos delitos entre tipo objetivo y tipo subjetivo; el primero estaría integrado por la imputación objetiva, y el segundo por la imprudencia (posibilidad de haber conocido el peligro creado con la acción). También cabe destacar en el ámbito de lo ilícito las siguientes notas características en el sistema propuesto por JAKOBS: a) *reemplazo de la teoría del bien jurídico tradicional* (como teoría de objetos materiales o ideales sobre los que recae la acción) *por una teoría del daño social* basada en puntos de vista funcionalistas; b) la norma como bien jurídico protegido; c) el sistema social como *sistema de interacción institucionalizada*; se protege la confianza en el cumplimiento de las expectativas, es decir, en las normas.

Pero, sin duda, es en la culpabilidad en donde tiene mayor repercusión la renormativización propuesta por JAKOBS. Se pena para mantener la confianza general de la vigencia de la norma (49). Luego, construye la culpabilidad en torno al concepto de prevención general positiva. En la culpabilidad (50), por lo tanto, se trata de designar, dentro del círculo de diversas condiciones de una acción antijurídica, la carencia de motivación jurídica en el autor como fundamento relevante, si es que el autor debe ser sancionado. El aislamiento de la *falta de motivación jurídica como fundamento del conflicto* tiene lugar a través de todos los niveles de la teoría del delito: a) en el ámbito de la *acción* (tipicidad) la *expresión de sentido* (significado) depende del dolo o de la culpa, es decir, de la decisión referida a los efectos o de la falta de cuidado respecto de éstos, luego la *carencia de motivación jurídica es aquí relevante*; b) la acción antijurídica expresa una falta de motivación jurídica, pero todavía no se puede afirmar que sea el fundamento de una falta de fidelidad al Derecho: la lesión de la norma puede ser inevitable para el autor o no serle exigible; la cuestión de si lo ilícito se debe computar negativamente en la cuenta del autor, se decide en el ámbito de la culpabilidad; c) para la determinación de esta «*fidelidad al Derecho*» se deben considerar «qué coacciones sociales pueden ser cargadas al autor y cuantas circunstancias perturbadoras del autor tienen que ser soportadas por el Estado, por la sociedad o por terceros» (51).

(49) Cfr. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976, p. 3; del mismo, «Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?», en *Aspekte der Freiheit*, HRG. Diether Heinrich, *Schriftenreihe der Universität Regensburg*, t. 6, 1982, pp. 69 y ss.

(50) JAKOBS, *Strafrecht*, p. 395.

(51) Op. cit., p. 326.