

12

# DISCURSOS

PRONUNCIADOS EN EL ACTO DE  
INVESTIDURA DE DOCTOR "HONORIS CAUSA"  
DEL DOCTOR

DON CLAUDIUS ROXIN

UNIVERSIDAD DE GRANADA  
MMIV

# DISCURSOS

PRONUNCIADOS EN EL ACTO DE  
INVESTIDURA DE DOCTOR "HONORIS CAUSA"  
DEL DOCTOR

DON CLAUS ROXIN

UNIVERSIDAD DE GRANADA  
MMIV

BIBLIOTECA HOSPITAL REAL  
GRANADA

Sala:

C

Estante:

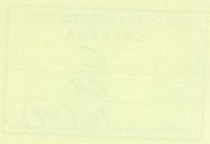
62

Numero:

16(14)

C-164-008(12)

24 68857.



# DISCURSOS

PRONUNCIADOS EN EL ACTO DE  
INVESTIDURA DE DOCTOR "HONORIS CAUSA"  
DEL DOCTOR

DON CLAUS ROXIN

UNIVERSIDAD DE GRANADA  
MMIV

DISCURSO PRONUNCIADO  
POR EL DOCTOR DON LORENZO MORILLAS CUEVA  
CON MOTIVO DE LA INVESTIDURA DEL DOCTOR  
DON CLAUS ROXIN

© UNIVERSIDAD DE GRANADA

DISCURSOS ACTO INVESTIDURA DOCTOR "HONORIS CAUSA".

Edita: Universidad de Granada

Printed in Spain

Impreso en España

Excmo. Sr. Rector Magnífico

Excmos. e Ilmos. Sres. Vicerrectores y Decanos

Claustro de Doctores de la Universidad de Granada

Excmas. e Ilmas. Autoridades

Señoras y Señores:

Escribía el poeta latino Virgilio que “mientras el río corra, los montes hagan sombra y en el cielo haya estrellas, debe durar la memoria del beneficio recibido en la mente del hombre agradecido”. Y gratitud, mucha gratitud, hacia la persona del profesor Roxin y hacia su magisterio es la que nos inunda a todos los miembros que integramos el Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada. Cuando hace ya algún tiempo elevábamos, por asentimiento, a los órganos de gobierno de nuestra Institución la petición de su investidura como *doctor honoris causa*, iniciábamos un acto de justicia intelectual y universitaria, un re-



conocimiento del talante y calidad científica de uno de los mejores investigadores y docentes con que ha contado la historia, tiene el presente y, estoy seguro, mantendrá el futuro de la Ciencia jurídica internacional. Valoración compartida por toda la comunidad universitaria que ha aprobado por unanimidad en todas las fases del procedimiento este nombramiento.

Lo que parece sumamente fácil se transforma en radicalmente difícil cuando se trata de concretar su laudatio. Para comenzar tengo que decir que el hecho de apadrinar a Claus Roxin en este acto es, para mí, un inmenso honor, que quiero compartir con todos los compañeros y compañeras del Departamento. Un honor que en contadas ocasiones se presenta en la vida universitaria, incluso a pesar de lo intensa que es la mía. Satisfacción que, en otro nivel, ya experimenté cuando tuve la oportunidad de prologar el libro "Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal", editado en Granada, en el que tuvo la amabilidad de colaborar junto a otro insigne penalista, el profesor Mantovani, y a mis dos discípulos, Barquín Sanz y Olmedo Cardenete. Una muestra más de las estrechas relaciones que unen al profesor Roxin con la Universidad de Granada, que es continuidad de su extrema generosidad para recibir en la cátedra de Munich a nuestros investigadores y ofrecerles

todo su magisterio y sabiduría, que son bienes tan preciados como impagables. Decía Antonio Machado que "nuestras horas son minutos cuando esperamos saber y siglos cuando sabemos lo que se puede aprender". Eternidad es lo que se refleja en nuestras pupilas cuando nos miramos en la ciencia de Claus Roxin.

Explicitar la dimensión académica e investigadora del doctorando *honoris causa*, en el breve tiempo que aconseja utilizar un discurso de estas características, es un objetivo absolutamente imposible por inalcanzable. Nacido en Hamburgo, ha sido profesor de las Universidades de Hamburgo, Göttingen y Munich. En esta última, ha ejercido, como profesor ordinario de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Teoría General del Derecho, desde 1971 a 1999, ocupó el cargo de Decano entre 1973 y 1974, como antes lo fue en la de Göttingen, y desde 1974 es Director del Instituto para el conjunto de las Ciencias Penales de aquella Universidad. En 1999 es designado Profesor emérito de la Universidad de Munich. *Doctor honoris causa* por las Universidades de Hangyang en Seúl (Corea), Urbino (Italia), Coimbra (Portugal), Complutense de Madrid (España), Central de Barcelona (España), Komotini (Grecia), Atenas (Grecia), Milán (Italia), Lusiada, Lissabon (Portugal), Tabasco (México), Nacional de Córdoba (Argentina), y por el Insti-

tuto Nacional de Ciencias Penales de México. Autor de más de una veintena de libros y más de ciento cincuenta artículos, traducidos, muchos de ellos, a varios idiomas fundamentalmente al español, entre los que destaca, por citar uno solo, su **Derecho Penal. Parte General** (Strafrecht. Allgemeiner Teil), obra de inexcusable lectura y estudio para todos los penalistas. Miembro ordinario de la Academia de las Ciencias de Baviera, miembro del Comité de selección de la Fundación Humboldt para Derecho Penal y Derecho Procesal Penal (1975-1980), Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort. De especial mención es su activa participación en los movimientos reformadores del Derecho penal alemán, con brillantes propuestas alternativas y, sobre todo, su intensa colaboración en el ya histórico Proyecto Alternativo de 1966 que frente al Proyecto oficial de 1962 desarrolló muchas de sus opciones científicas y que ha sido punto de referencia políticocriminal no sólo en el Derecho penal germano sino en el de otros muchos países, entre los que España se encuentra con relevante intensidad.

Claus Roxin tiene el gran mérito de haber roto con los presupuestos más tradicionales de la Ciencia penal, anquilosada en estériles debates formalistas, ajena, en muchos casos, a las realidades sociales e imbuida de excesivas soflamas dogmáticas; pero al mismo tiempo, y junto a ello, ha sabido

delimitar la otra gran tentación, la de los que han abusado en exceso del pensamiento problemático, alejados de las más básicas exigencias sistemáticas. Desde semejante perspectiva aún, en una aceptable síntesis dialéctica, las mejores premisas del pensamiento problemático con las del pensamiento sistemático: aquél tiene que desembocar, si se desea mantener el carácter científico de la actividad jurídica, en un sistema; éste, al que califica de elemento irrenunciable de un Derecho penal propio del Estado de Derecho, ha de estar dirigido, para no alejarse de la realidad, hacia el problema. Sobre esta idea la unidad sistemática entre Dogmática y Política Criminal mantenida por Roxin se orienta también al sistema, y muy especialmente al sistema de la teoría jurídica del delito. Pero nuestro ilustre doctorando va más allá al señalar que las finalidades rectoras que constituyen el sistema del Derecho penal sólo pueden ser de tipo político criminal, ya que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del Derecho penal. Desde este punto de vista, las categorías básicas del sistema tradicional se presentan como instrumentos de valoración político criminal, por lo que, como tales, son irrenunciables para un sistema teleológico.

Consecuentemente, en la tesis de Roxin las valoraciones políticocriminales fundamentan el sistema del Derecho pe-



nal y la interpretación de sus categorías, por lo que, en todo caso, la Dogmática jurídico penal se sitúa al servicio de la Política criminal, pero una Política criminal distante de la comprensión mantenida por von Liszt, condensada en su famosa frase de que “el Derecho penal es la infranqueable barrera de la Política criminal”, y seguida con posterioridad por eminentes penalistas, que abocaba a una rotunda separación con el Derecho penal; una Política criminal, por otro lado y en coherencia, alejada de cualquier tensión con el Derecho penal, con el que se integra, y que presenta como uno de sus objetivos más importantes, sino el que más, la limitación jurídica del *ius puniendi* y la protección del ciudadano.

Sobre estas importantes premisas conceptuales, Roxin pone de manifiesto que el camino acertado únicamente puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas políticocriminales en el sistema del Derecho penal, en que su fundamentación legal, su claridad y legitimación, su combinación libre de contradicciones y sus efectos no estén por debajo de las aportaciones del sistema positivista formal proveniente de von Liszt. La vinculación al Derecho y la utilidad políticocriminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el Estado social no forman cier-

tamente contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica: un orden estatal sin una justicia social, no moldea un Estado material de Derecho, como tampoco un Estado planificador y tutelar, pero que no consigue la garantía de la libertad como en el Estado de Derecho, no puede pretender el calificativo de constitucionalidad socioestatal.

Las claves del éxito de las teorías roxinianas se manifiestan, pues, en el distanciamiento de su autor de las evidentes limitaciones del método naturalístico desarrollado por von Liszt y sus seguidores, de los planteamientos ontológicos del finalismo, y del excesivo relativismo subjetivista neokantiano, para presentar, con evidentes influencias hegelianas, una propuesta abierta que, manteniendo la importancia del sistema, posibilita y requiere las enseñanzas políticocriminales para la elaboración sistemática.

Se ha mantenido por un cierto sector doctrinal, para encuadrar los planteamientos de Roxin dentro de la moderna Ciencia punitiva, que, éstos, se han de ubicar dentro de un funcionalismo moderado o racional frente al funcionalismo radical de Jakobs —como si el de éste no fuera racional aunque, eso sí, sumamente discutible— más pensado sobre los fines de prevención general positiva que sobre criterios políticocriminales. También en este sentido Roxin es sufi-

cientemente claro y decisivo: la base de su construcción metodológica parte, en términos generales, de desarrollar un sistema "racional-final (o teleológico) o funcional del Derecho penal opuesto a los principales puntos de partida del sistema finalista y desvinculado, como no puede ser de otra forma, de las realidades ontológicas previas, pero que intenta elaborar y desarrollar y hacer avanzar con un nuevo contenido los puntos de partida neokantianos y neohegelianos. El avance consiste sobre todo en que se sustituye la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídico-penal: las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena, fundamentadas, en esencia, en fines preventivos, con especial preeminencia de la prevención especial. En todo caso se me presenta como más intensa la apreciación de su adscripción conciliadora del método valorativo de las hipótesis neoclásicas, a las que, en definitiva, continúa, con los novedosos criterios político-criminales, con raíz sociológica. El mismo Roxin fundamenta esta aseveración con invocación de Goethe: "Se respeta el viejo fundamento, pero no se puede renunciar al derecho de volver a fundamentarlo de algún modo desde el principio". Sabias palabras que proyectan todo un atractivo sistema penal.

Sistema que para que sea fructífero, Roxin le exige tres requisitos fundamentales: a) claridad y ordenación conceptual; b) referencia a la realidad; c) orientación en finalidades político-criminales. Con estos pilares construye sus propuestas que inmediatamente se transforman en impagables aportaciones para la ciencia punitiva. No es momento ni lugar para hacer una exposición pormenorizada de cada una de ellas, que requeriría de muchas horas de exposición. Valga a título de ejemplo, las que el propio Roxin destaca, y que denomina piezas centrales de su concepción, especialmente importantes por sus consecuencias prácticas, y que en parte se han impuesto ya, pero en parte son objeto de una polémica especialmente viva: la primera, la teoría de la imputación al tipo objetivo; la segunda, la ampliación de la "culpabilidad" a la "categoría de la responsabilidad", en cuanto que a la culpabilidad como condición ineludible de toda pena se le debe añadir siempre la necesidad preventiva (especial o general) de la sanción penal, de tal modo que la culpabilidad y las necesidades de prevención se limitan recíprocamente y sólo conjuntamente dan lugar a la responsabilidad personal del sujeto, que desencadena la imposición de la pena.

El gran mérito de Claus Roxin ha sido, entre otros muchos, el de irrumpir con decisiva habilidad y firmeza en la

claustrofóbica y casi agotada atmósfera sistemática del neokantismo y del finalismo, con una nueva y acertada orientación metodológica de la Dogmática jurídico-penal y con un compromiso sumamente activo de mejora del Derecho penal del presente y del futuro. En este último sentido, “su” Derecho penal del futuro se vuelve un factor de ordenación social totalmente secularizado, teniendo por objetivo llevar a una síntesis el aseguramiento de la paz, la previsión de existencia y la conservación de la libertad ciudadana, y que ha de emplear junto a la pena elementos de dirección socio-política muy diferenciados y flexibles. Un derecho de alguna esperanza para los próximos cien años: quien quiera trabajar a favor de las generaciones venideras, mejorando nuestras relaciones, debe —sentencia— de persistir en esta esperanza.

Y a fe que Roxin ya lo ha conseguido y lo ha conseguido con creces, con su habitual generosidad, con su ingente sabiduría, con su insuperable magisterio. Glosaba el escritor inglés Gilbert Keith Chesterton que “es un gran hombre el que hace que cada hombre se sienta pequeño. Pero realmente, el único gran hombre es el que hace que cada hombre se sienta grande”. Claus Roxin ha hecho todavía más grande a la Ciencia del Derecho penal y ha colaborado de manera decisiva a hacer grandes a excelentes promociones de penalistas españoles y granadinos.

Este es a grandes rasgos el perfil científico y docente de nuestro doctorando *honoris causa*. Por ello, en la absoluta convicción, que estoy seguro es compartida por todos los presentes, de reconocer una vida entregada al saber, a la ciencia, a la justicia y a la Universidad, solicito de este Claustro de doctores, convocado hoy aquí con el esplendoroso aporte de la tradición que dan siglos de bien hacer universitario y del prestigio social de nuestra Universidad, vuestra venia para que el profesor Claus Roxin sea investido *Doctor Honoris Causa* por la Universidad de Granada.



DISCURSO PRONUNCIADO POR EL  
DOCTOR DON CLAU ROXIN

Excmo. Sr.

Excmo. e Ilmo. Sr. D. Juan

Clasino de Doctores de la Universidad de Granada

Excmo. e Ilmo. Ayuntamiento

Señoras y señores:

Mis primeras palabras son palabras de agradecimiento. Hoy las gracias a la Universidad de Granada, a su Facultad de Derecho y especialmente a vosotros, a los compañeros y compañeros de Doctorado. Pero también a los señores magistrados que convierten a la sala de los señores doctores en sala de señores jueces. Hoy he venido a dar a vosotros una distinción científica que quiero que os sirva de estímulo y de estímulo científico. Hoy he venido a dar a vosotros una distinción



Excmo. Sr. Rector Magnífico  
Excmos. e Ilmos. Sres. Vicerrectores y Decanos  
Claustro de Doctores de la Universidad de Granada  
Excmas. e Ilmas. Autoridades  
Señoras y Señores:

## I.

Mis primeras palabras son palabras de agradecimiento. Doy las gracias a la Universidad de Granada, a la Facultad de Derecho y especialmente también a las compañeras y compañeros de Derecho Penal por un homenaje extraordinario que convierte este día en un momento cumbre de una vida en muchos aspectos tan feliz como la mía. No es sólo la distinción científica lo que tanto me alegra. Este día es también la culminación de una relación de casi toda la vida con

la ciencia española (especialmente también de la Universidad de Granada) y un cariño igual de antiguo a este país, a su gente y su cultura. Déjenme decir unas palabras al respecto.

Mis relaciones con España se remontan a casi cuarenta y ocho años atrás. Cuando todavía era profesor ayudante en Hamburgo, a finales del verano de 1956 – en mitad de la época de Franco – hice un viaje a España de más de cuatro semanas y en aquella ocasión también visité Granada. Viajaba entonces como mero turista. Pero aquel viaje, que me llevó casi por todo el país – desde Barcelona a Gibraltar – despertó en mí el deseo de regresar con toda la frecuencia que fuera posible. El deseo se ha cumplido –más de lo que yo entonces podía esperar–. Los viajes a España, la doctrina, unir amistades personales y vivencias culturales, se han convertido después en un componente constante de mi vida.

Pero mi primer viaje a España es para mí también en otro sentido memorable. Porque el día de mi regreso, el 20 de septiembre de 1956, vi por primera vez a mi esposa y me enamoré en seguida de ella, cuando como joven estudiante de Derecho se inscribió en uno de mis cursos. Si hubiera imaginado entonces, cuando la entusiasmaba con mis recuerdos de Granada, que cuarenta y ocho años después vi-

viríamos juntos este día en Granada, hubiera pensado que era un sueño muy irreal. Pero se ve que la vida es a veces como un sueño.

¡Pero volvamos a la realidad! Como catedrático visité muy pronto diversas Universidades españolas. Pero a Granada no regresé de nuevo hasta 1992. El recibimiento por el entonces Rector, el Catedrático Sr. Morillas Cueva, en el antiguo y admirable Hospital Real, mi conferencia en el solemne Paraninfo, el magnífico acompañamiento del Catedrático Sr. Zugaldía Espinar, los amigables encuentros con las compañeras y compañeros y demás profesores del Departamento..., todo eso me será por siempre inolvidable. Porque fue tan hermoso y la hospitalidad en Granada tan grande, volvimos en 1996. Estuvimos entonces seis días en Granada y volvimos a fascinarnos. Pasamos días espléndidos con las señoras y señores catedráticos y los profesores del Departamento de Derecho Penal. De nuevo nos cautivaron la Alhambra, la Catedral, la Capilla Real y el Albaicín, y con el matrimonio Olmedo paseamos incluso por las montañas cubiertas de nieve de Sierra Nevada.

Se preguntarán entonces: ¿Dónde queda lo académico en esta buena vida? Mis conferencias fueron naturalmente un episodio pasajero. Pero los contactos científicos que hemos

establecido han tenido profundas y duraderas consecuencias. Desde hace décadas han trabajado conmigo en el Instituto de Múnich numerosos becarios de muchos países — desde Japón y Corea hasta Chile y Tierra del Fuego —. Pero el mayor número de invitados académicos ha venido siempre de España. Han sido y son hasta hoy tantos, que incluso he recibido la «Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort» por la formación de juristas españoles. Pero la mayor parte de las y los jóvenes penalistas españoles que han trabajado conmigo proceden de la Universidad de Granada. Muchos de ellos regresan a Múnich para estancias de estudios más o menos largas. Así, con el transcurso de los años ha surgido entre Granada y Múnich una estrecha colaboración académica en el ámbito del Derecho Penal, de la cual han nacido también muchas amistades personales. Con gran agradecimiento siento el día de hoy como una corroboración de esta unión, en cuyo mantenimiento y fructífero desarrollo quiero también trabajar en el futuro.

## II.

Pero detrás de la cooperación académica y de la amistad personal se encuentra un pensamiento de mayor alcance aún, que va más allá de las personas y de las instituciones implicadas inmediatamente: Europa. Trabajamos en una cultura

jurídica europea común y en un Derecho Penal que debe garantizar a nuestro continente paz, libertad y seguridad sobre la base de valores comunes.

La progresiva “europeización” del Derecho Penal, para la cual las estrechas relaciones académicas entre nuestros países crean condiciones muy favorables, no conducirá aún, sin embargo, en un tiempo previsible a un Derecho positivo común. Porque las instancias europeas hasta ahora no tienen competencia para la promulgación de un Código Penal. Creo que es también bueno que así sea. Porque un Código Penal europeo único destruiría algunas tradiciones nacionales que son necesarias para la aceptación de una obra legislativa de esta índole en la población. Una codificación creada por políticos europeos también estaría siempre expuesta al peligro de tener más en cuenta determinadas situaciones de poder y la presión de compromisos que el saber doctrinal y los mandatos de la moderna Política criminal. El estándar científico de un Código Penal así sufriría también presumiblemente al tener que elegir soluciones mínimas simplificadoras para ser aceptables por todos.

Por tanto, leyes unitarias serán necesarias y posibles, previsiblemente, sólo en ámbitos parciales. En primer lugar, para la protección de los intereses económicos y finan-



cieros de la Unión Europea. Para ello existen ya en forma de un denominado *Corpus Juris* importantes trabajos legislativos preliminares. Y, en segundo lugar, en delitos con modo de ejecución internacional: es decir, en pornografía infantil o propaganda racista en redes informáticas internacionales, en delitos contra el medio ambiente supraestatales, terrorismo internacional y otras formas de aparición de la criminalidad organizada.

A estas materias especiales, que requieren para la evitación de “oasis de criminalidad” de una armonización jurídico-positiva en cada uno de los Estados europeos, no pertenecen las teorías generales del delito. Y, sin embargo, representan, desde hace más de cien años y en parte ya desde la Ilustración europea, la materia más internacional del Derecho Penal. Entre estas teorías generales incluyo, en primer lugar, principios rectores del Derecho Penal como el principio de legalidad, el principio de culpabilidad, el principio de protección de bienes jurídicos y el principio de subsidiariedad. En segundo lugar, hay que tener en cuenta aquí los fundamentos del sistema del delito: la definición del delito como una acción típica, antijurídica y culpable. Y, en tercer lugar, hay que mencionar las condiciones generales para la punibilidad, abstraídas del delito en particular: tentativa, error, dolo e imprudencia, omisiones, autoría y participación.

Estas cuestiones no siempre están reguladas en los Códigos penales europeos de modo unitario y a veces incluso no lo están en absoluto. Sin embargo, señalan un repertorio de temas que en todos nuestros países se discuten y que representan el objeto propiamente dicho de una Ciencia del Derecho Penal europea común. Todas las cuestiones que se plantean en este ámbito admiten sólo un número limitado de posibles respuestas. Encontrar las mejores soluciones con los mejores argumentos para estos problemas es tarea del penalista, sea del país que sea. Aquí reside el ámbito central de la colaboración penal en Europa e incluso en amplias zonas del mundo y por ello se explica que la colaboración científica internacional en Derecho Penal sea mucho más antigua que la Unión Europea y que no se detenga en las fronteras de Europa, sino que comprenda, por ejemplo, también toda Iberoamérica y amplias zonas del este asiático.

También este tipo de colaboración conduce a una armonización jurídica, que no se realiza a través de instancias europeas, sino mediante la doctrina y el legislador nacional. Así – por nombrar sólo estos ejemplos – los nuevos Códigos Penales de España y Portugal y también la nueva Parte General del Código Penal alemán han acogido y elaborado fructíferamente los resultados de la discusión doctrinal internacional. También de este modo surge Derecho Penal



européo: no mediante instancias supranacionales, sino mediante la cooperación de las doctrinas nacionales y el legislador. Tengo por el mejor este camino de europeización y de globalización misma del Derecho Penal en el ámbito de la teoría general del delito. Porque permite una discusión más profunda, no crea un Derecho especial europeo con frecuencia condicionado por consideraciones políticas y puede tener en cuenta en todo momento el nuevo estado de la evolución doctrinal.

### III.

Quiero aclarar la clase de colaboración que entreveo a partir de algunas ideas fundamentales de mi propia teoría del delito y con ello enlazar con las dos conferencias que di en la década pasada en Granada. En ambos casos, si bien de modo muy distinto, hablé sobre problemas básicos del injusto penal y la teoría de la culpabilidad, y quiero retomar otra vez estas cuestiones en esta ocasión —si bien de otra manera y desde un punto de vista más elevado—. Pido comprensión para ello, ya que el tiempo del que dispongo sólo me permite un esbozo de las tesis.

El Código Penal alemán ha recogido en su nueva Parte General, de modo distinto al Derecho anterior, la diferencia-

ción entre injusto y culpabilidad. Por el contrario, renuncia el Código Penal español, que entró en vigor en 1996, a una diferenciación entre “antijuridicidad” y “culpabilidad” y únicamente en el artículo 20 enumera muchos supuestos distintos de exclusión de la pena. Pero aquí se muestran ya los límites del poder del legislador: el silencio de la ley no puede tampoco en España impedir a la doctrina discutir entre injusto y culpabilidad, si esto supone un avance en la comprensión. Por ello, de este modo la dogmática penal española trabaja también generalmente sobre este fundamento. Las posibilidades de desarrollo teórico del sistema son, en consecuencia, las mismas en ambos países, a pesar de la diversa situación legal.

¿Pero adónde reside entonces la ventaja doctrinal de una separación estricta de injusto y culpabilidad, y conforme a qué puntos de vista debe realizarse? La antigua teoría, denominada “clásica”, atribuía todas las circunstancias objetivas al injusto y todas las subjetivas a la culpabilidad. Pero un modo de proceder tal no es viable porque los elementos subjetivos del tipo y de la justificación, descubiertos ya en la primera mitad del siglo pasado, la hacen imposible. La teoría hoy predominante en Alemania ve materializado en el injusto el desvalor de acción y en la culpabilidad el desvalor de la actitud interna del hecho. Pero tampoco esto

satisface. Porque si rechazamos con razón un Derecho Penal de actitudes internas no se puede apreciar buenamente la culpabilidad en la actitud interna del autor. Además, hay que decir que nosotros, por ejemplo, no por ello dejamos en libertad a un asesino enfermo mental porque su intención sea irreprochable, sino porque le falta la capacidad de discernimiento y control. Las citadas diferenciaciones son, por tanto, poco convincentes. Si no tuviéramos ninguna concepción mejor, ello diría mucho en favor de la opinión frecuentemente mantenida en el ámbito jurídico anglo-americano de que una diferenciación tal es superflua porque el resultado – la absolución – es siempre el mismo, ya se base en la falta de injusto o de culpabilidad.

Quiero, por tanto, intentar encontrar otro sentido a la diferenciación. Mi conocido punto de partida es el de que el sistema de Derecho Penal debe ser construido conforme a puntos de vista político-criminales. Porque todo Derecho Penal es necesariamente el resultado de reflexiones político-criminales. Por consiguiente, en el desarrollo del sistema de Derecho Penal hay que buscar, en primer lugar, una orientación político-criminal que dirija y fundamente el ordenamiento jurídico. Aquí se enfrentan dos posiciones extremas. Una, a la que tienden agrupaciones “mantenedoras del Estado” conservadoras y a veces aún situadas más allá

de la derecha, contempla el Derecho Penal como Derecho de lucha contra la criminalidad y subordina los derechos de libertad de los ciudadanos a los intereses de seguridad del Estado. La otra, que es sostenida por liberales radicales y en ocasiones por círculos clasificables aún más a la izquierda, caracteriza el Derecho Penal como “Ciencia del límite de la pena”, defiende por consiguiente un Derecho Penal mínimo, que pretende ampliar la libertad del individuo y anteponerla a los intereses de seguridad del Estado.

Es fácil ver que ambas posiciones son unilaterales. Un Estado europeo moderno debe garantizar seguridad y libertad individual de igual modo. Esto se deriva de los fundamentos del Estado de Derecho de nuestras Constituciones y del modelo de pensamiento del contrato social en el que se asientan tradicionalmente nuestras democracias.

Según estas premisas, la categoría del injusto desempeña la función de un control del comportamiento que equilibra seguridad y libertad. Establece lo que está prohibido con pena y dice al ciudadano lo que puede o debe hacer y lo que debe omitir. A la vez, hay que determinar los límites de lo permitido y prohibido mediante una ponderación de los intereses de seguridad y libertad. Esto sucede mediante disposiciones expresas del legislador, en el marco de los am-

plios espacios de juego interpretativo que ofrece la Parte General del Derecho Penal, pero también a través de la dogmática y la jurisprudencia.

La doctrina de la imputación objetiva desarrollada por mí (con otros autores) es al mismo tiempo un elemento importante de la ponderación descrita. En la medida en que interpreta el injusto como realización de un riesgo no permitido, puede equilibrar la seguridad y libertad. Riesgos socialmente soportables son permitidos sobre la base de la salvaguarda de la libertad; por el contrario, puestas en peligro no tolerables de bienes jurídicos son prohibidas y enjuiciadas en caso de su realización como injusto penal.

Quiero aclarar esto sólo con un único ejemplo. Una sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán (*Bundesgerichtshof*) dictada hace poco, que estoy pendiente de comentar, trata un problema de lesiones imprudentes y homicidio. Dos médicos de una clínica psiquiátrica prolongaron una salida no vigilada a un paciente enfermo psíquico, que había cometido diversos delitos sexuales, lesiones y robos. El paciente había realizado en esa ocasión dos homicidios y ocho lesiones. ¿Pueden los médicos ser considerados responsables penalmente por ello?

Si se quiere eliminar todo riesgo, nunca se debería permitir la salida a un paciente así y tampoco volverlo a dejar en libertad, tal y como también se reclama en la población en no pocas ocasiones. Pero esto significaría que a enfermos psíquicos, cuando son reincidentes, se les impide cualquier reintegración social. Serían condenados a una muerte social. Pero una privación tan radical de la libertad individual atentaría contra la dignidad humana. También presos comunes tienen que ser puestos en libertad de nuevo tras el cumplimiento de su pena, aunque la tasa de reincidencia es, como es sabido, estadísticamente alta. Pero, por otro lado, tampoco se trata de poner en libertad a internos, en tanto representen un peligro considerable para la vida y la salud de otros. Esto contradiría el deber del Estado de garantizar la seguridad de sus ciudadanos.

A la vista de un dilema tal, la tarea del jurista consiste en delimitar el riesgo permitido del no permitido. El Tribunal Supremo Federal Alemán lo ha hecho razonablemente de tal modo que se orienta en función de si la concesión de la salida estaba “fundamentada terapéuticamente” y era conforme a “las reglas de la psiquiatría”. Por tanto, si un psiquiatra experto hubiera estimado escasos los riesgos de una puesta en libertad a corto plazo y considerado prevalentes las ventajas de un relajamiento de la ejecución, las desgra-



ciadas consecuencias de esta medida serían sólo efectos de un riesgo permitido y el comportamiento de los médicos no podría incluirse en el tipo de las lesiones imprudentes o del homicidio. Si, por otro lado, un perito psiquiatra competente hubiera afirmado un riesgo no tan escaso —lo cual en el caso concreto era probable— se presentarían los hechos de los pacientes como realización de un riesgo no permitido y serían subsumibles en los correspondientes tipos imprudentes.

La categoría del injusto tiene, por consiguiente, según mi teoría, la función de establecer reglas que dirijan el comportamiento bajo la ponderación de intereses de protección y libertad. Esto se puede demostrar en distintos ámbitos y diversos tipos: en el tráfico, en el funcionamiento de superficies industriales peligrosas, pero también, por ejemplo, en el comportamiento arriesgado en el tráfico económico o en la ponderación de la protección de la personalidad y la libertad de opinión en el derecho de lesión del honor. Pero un ejemplo puede bastar para aclarar el principio. Se atribuye a la categoría del injusto penal una función completamente distinta de la de la teoría de la culpabilidad y que justifica la diferenciación sistemática.

Con ello llego a la culpabilidad (o la responsabilidad, en el sentido de mi teoría), la segunda categoría central de nues-

tro sistema de Derecho Penal. Aquí se trata no del control del comportamiento mediante la delimitación de legalidad e ilegalidad, sino de la decisión sobre la necesidad de un castigo. Porque no todo injusto necesita un castigo. Para responder a la cuestión de si un autor que actúa típica y antijurídicamente debe ser castigado, es precisa, por otro lado, una ponderación motivada político-criminalmente entre necesidades de seguridad e intereses de libertad, que aquí se realiza incluso en dos niveles.

En el primer nivel el principio de culpabilidad sirve para la limitación de la violencia penal estatal. Un autor al que, a causa de alteraciones mentales o psíquicas en la realización del hecho, le falta la capacidad de discernimiento o control (o ambas), no debe ser castigado. Ya que no se le puede hacer ningún reproche, se antepone el interés individual de libertad a la necesidad de seguridad de la comunidad. Si un autor no culpable es, además, muy peligroso, prevalece de nuevo, sin embargo, la necesidad de una medida de seguridad. Pero la protección de la comunidad tiene que conseguirse entonces por otros medios distintos a la pena. Algo parecido sucede con el error de prohibición invencible: la vulneración de la prohibición penal queda sin castigo porque al autor no se le puede hacer reproche alguno. Los intereses de protección y de intimidación que funda-