

ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema de derecho penal (Criminal Politik und Strafrechtssystem)*, Huelva, Universidad de Huelva-Impronta Beltrán, 2009.

Este trabajo constituye, quizás, una de las piedras angulares dentro del derecho penal alemán, europeo y mundial, así como filosófico-jurídico, de la segunda mitad del siglo XX. A su vez, el texto constituye una segunda edición, al parecer, a la editada por Hammurabi en Argentina en 2002, que fuera traducida por Francisco Muñoz Conde, catedrático de la Universidad “Pablo de Olavide” de Sevilla. Sin embargo, existe una edición anterior, indicada por el currículum vitae del profesor Roxin, que fuere efectuada por el mismo traductor en 1972.<sup>1</sup>

Neruda tenía razón, a los poetas sólo los traducen los poetas, y a los *ius* penalistas los *ius* penalistas o, al menos, los juristas. La traducción, por cierto, es cuidada en esta edición de 2009, y posee algunas modificaciones a las de 2002, con lo que la hace nueva y, obviamente, actualizada. El texto original en alemán, cuyo título hemos escrito ya, se edita en 1970 (el 13 de mayo de dicho año) por la casa de Gruyter and Co. de Berlín.

El texto en cuestión es la presentación o discurso de recepción del Doctorado otorgado por la Universidad de Huelva al profesor Roxin el 28 de enero de 2008. Un acto cargado de cariño hacia el maestro, ya retirado, y que se acompañó de exposiciones de los profesores y doctores Juan Carlos Ferré Olivé y Miguel Ángel Núñez Paz, cuyos textos, de una cuidada belleza poética e imaginativa y rigurosidad científica, se encuentran incorporados al texto, y son lo que se denomina *laudatio* en estos actos solemnes académicos.

El profesor Roxin declara su interés de efectuar una presentación de sus sistemas de derecho penal en una “versión muy breve” (p. 26). El “injusto penal” debe ser apartado del trabajo de los *ius* penalistas y del derecho penal, y por cierto, la culpabilidad, en su versión sistemática (propia del sistema del análisis jurídico-penal) debe abstraerse

<sup>1</sup> Cfr. Roxin, Claus, *Publikationsverzeichnis*, <http://www.claus-roxin.de/> (30 de enero de 2009).

de la finalidad de la pena. Agrega con vehemencia que “ambos no son lo mismo”. El derecho penal, apelando a sus prescripciones y prometiendo protección, busca relacionarse directamente con los ciudadanos. La pena, el castigo, la sanción, sólo tiene relación con el delincuente mismo y no se relaciona con la sociedad de manera inmediata (p. 26). Mira, por cierto, a la estructura preventiva general del tipo que expresa las reglas de conducta dirigidas a todos los ciudadanos que poseen un nivel, en opinión de su autor, el mismo nivel del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, y el preconizado por él, de la “imputación objetiva”.<sup>2</sup>

La tarea del derecho penal, de la cual se desea derivar la estructura del injusto, es la de “asegurar a los ciudadanos una convivencia pacífica y libre bajo el resguardo de todos los derechos humanos reconocidos a nivel internacional” (p. 27). La afirmación proviene del modelo rousseauiano del contrato social, donde son los ciudadanos los que entregan al Estado las facultades para organizar la vida en sociedad, por tanto, los mismos y no el Estado son los detentadores del poder y los que exigen la protección de sus derechos. Las prohibiciones que el Estado establece son acotadas o limitadas para asegurar la libertad y seguridad de las personas (p. 28). Se excluyen prohibiciones que atenten contra estos valores, así como las que sean de carácter moralizante o paternalistas, y sólo puede castigar el “daño al otro”, llevando la idea de la muerte por piedad a la posibilidad de las personas mayores que así lo deseen sin que puedan ser castigadas (p. 28). Define a los bienes jurídicos (los que se han reseñado aquí) como “circunstancias dadas que son indispensables para una convivencia pacífica y libre de las personas” (p. 28). Ejemplifica a los mismos como la vida, propiedad y otros. Son estas “circunstancias dadas”, o lo que es lo mismo, bienes jurídicos, los que posibilitan la vida en sociedad para la protección de derechos civiles, y la convivencia pacífica y libre (p. 29). Estas son consecuencias político criminales.

Por otra parte, podemos observar las consecuencias dogmáticas de esta forma de pensar, el que con ellas se fundamenta la teoría de la

<sup>2</sup> Cfr. Roxin, Claus, “Palabras previas del autor a la segunda edición española”, en *id.*, *Política criminal y sistema de derecho penal*, trad. e introd. de Francisco Muñoz Conde y José Luis Hammurabi, 1a. reimpr. de la 2a. ed., Buenos Aires, Desalma Impresor, 2008, p. 7.

imputación objetiva (objeto principal de la teoría general del derecho penal). Esto para Roxin constituye el núcleo del injusto.

La protección de los bienes jurídicos es la tarea del derecho penal derivada de los fundamentos de la Constitución; el problema de esta afirmación es determinar cómo se garantiza por el ordenamiento jurídico tal protección; Roxin da como única respuesta: el ordenamiento jurídico “tiene que prohibir la creación de riesgos no permitidos para los bienes jurídicos protegidos penalmente e imputar al autor como acción típica, la realización de tales riesgos en un resultado que lesiona el bien jurídico” (p. 29).

Como él dijera, en una versión anterior,<sup>3</sup> su opción es ir más allá de las denominadas “teorías clásicas”; en las palabras de mi maestro Manuel de Rivacoba y Rivacoba, constituidas por el “causalismo y el finalismo”; por tanto, no la causalidad o finalidad de la acción del autor sino de la “*realización de un riesgo no permitido*” (cursivas mías) (p. 29).

Seguimos, en esta materia, indicando que el axioma de esta teoría puede resumirse en que “la imputación del tipo objetivo presupone la realización de un riesgo no permitido” (p. 30). Así señala que toda esta teoría ha desarrollado su propio *corpus*, y probablemente, aunque no expresa sus nombres, sus cultores. Por cierto, concluye el autor que viene dicha teoría a ocupar el lugar jurídico de las teorías causalistas y finalistas. En materia de culpabilidad, ella debe ser extraída de los “objetivos de la imposición individual de la pena” (p. 30).

Brevemente no podemos desprendernos del deber de indicar que existen algunos problemas al sistema ideado por el profesor Roxin. Así, pensar que se debe relacionar al derecho penal con la política criminal de un país, lleva a la legítima pregunta acerca de si lo anterior puede derivar hacia el sometimiento de los vaivenes políticos y las ideas de la mayoría de un pueblo o de la interpretación que de la voluntad de esa mayoría pueda resultar expuesta la Ley.

Lo que resulta más peligroso, según las experiencias en Europa y el mundo en los últimos cien años, es la anulación o reducción a un mínimo de la teoría del tipo penal que fue, sin duda, una limitación a los abusos y las carencias del derecho penal, y que fuere la continuación del concepto de *nullum crimen, nullae poena sine lege*. La lucha

<sup>3</sup> Cfr. *ibidem*, p. 8.

por la tipicidad y su aplicación permitió que la Ley fuere el máximo referente en la materia de la aplicación del derecho. Permitir “fisuras” en la materia genera serios peligros que pueden derivar en el abuso del derecho o en interpretaciones antojadizas carentes de, o basadas en, una fundamentación auto-referente o de poder como ocurrió en la Alemania nazi.

Con esto no puedo dejar de recordar lo que indicaba otro gran jurista alemán, Rudolf von Ihering, profesor de la Universidad de Goettingen, a propósito del extremado academicismo que algunos autores alcanzan. Es cierto que a ello nos compele, por nuestra propia actividad, la ciencia jurídica; pero a propósito de una solución por él alcanzada, en relación al tema de la compraventa de una misma cosa a dos personas, y la solución a la que él llegaba en uno de sus primeros tiempos en que se comentaba al derecho romano, von Ihering indicaba que luego, ya en su periodo de madurez, se encontró con las consecuencias de su elucubración intelectual, y cómo la misma podía generar más de algún problema. En este sentido, sin desmerecer la obra del profesor Roxin, es dable indicar que una elucubración intelectual que proponga la política criminal como base del derecho penal podría llevar en sus máximos alcances a una disociación con la realidad de muchos países en Latinoamérica y en el resto del mundo, que observan a la ciencia jurídica germana como lo que es, la más notable en muchos aspectos; pero se debe considerar que muchos de sus planteamientos no tienen relación sino con una ciencia, y no necesariamente reflejan la realidad de las soluciones que se puedan alcanzar.

En el ámbito formal, la edición es extremadamente cuidada, de gran interés y de una calidad propia de estas ocasiones solemnes. Un texto a analizar y desarrollar por cualquier jurista que desee ahondar en el conocimiento de la ciencia jurídica. Esperemos que este texto y el premio a su constancia y trabajo sean razón para que el profesor Roxin nos regale con otras obras, y quizás con una visita.

Sergio PEÑA-NEIRA\*

\* Licenciado-magíster en relaciones internacionales y europeas por la Universidad de Ámsterdam, y licenciado en ciencias jurídicas por la Universidad de Aconcagua; profesor e investigador en ciencias jurídicas en la Universidad del Mar y la Universidad Arturo Prat, en Chile; profesor invitado en la Universidad de Chile.