

InDret

REVISTA PARA EL
ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW. INDRET.COM

El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania

Claus Roxin

Ludwig-Maximilians-Universität München

Abstract*

Este artículo se corresponde con el discurso pronunciado por el Prof. Claus Roxin el 30.5.2009 con motivo del 60 aniversario de la Sociedad Japonesa de Derecho Penal en Tokio, a invitación de su miembro permanente, el Prof. Makoto Ida. En el mismo, el Prof. Roxin presenta de forma crítica los rasgos fundamentales de los dos desarrollos del Sistema jurídico-penal post-finalistas que mayor repercusión internacional han alcanzado. El primero es el sistema por él mismo desarrollado y fundamentado político-criminalmente, el segundo, el elaborado por el Prof. Jakobs, basado en la teoría de sistemas.

Der Beitrag beruht auf einem Vortrag von Prof. Claus Roxin vom 30.5.2009 aus Anlass des 60jährigen Bestehens der Japanischen Strafrechtsgesellschaft in Tokio auf Einladung des ständigen Vorstandsmitglieds der Strafrechtsgesellschaft, Prof. Makoto Ida. Prof. Roxin stellt darin kritisch die charakteristischen Grundzüge der Entwicklung der postfinalistischen strafrechtlichen Systeme vor, die das stärkste internationale Echo gefunden haben. Das erste ist das von ihm selbst entwickelte und kriminalpolitisch begründete System, das zweite wurde von Professor Jakobs ausgearbeitet und basiert auf der Systemtheorie.

The paper is based on the speech held by Prof. Roxin on 30.05.2009 on the occasion of the 60th anniversary of the Japanese criminal society in Tokyo (at the invitation of the permanent board member of the Criminal Law Society Professor Makoto Ida). In this paper, Prof. Roxin presents critically the main features of the two developments of the criminal justice system post-finalists who have achieved the greatest international impact. The first is his own political-criminally informed system, the second that developed by Prof. Jakobs, based on the systems theory.

Title: The recent development of criminal law doctrine in Germany

Titel: Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland

Palabras claves: Finalismo, sistema político-criminal funcionalista, concepción del Derecho penal basa en la teoría de sistemas.

Keywords: The finalist doctrine, political-criminal informed system, criminal law system based on the systems theory.

Stichwörter: Finalistische Lehre, kriminalpolitisch-funktionale System, systemtheoretische Strafrechtskonzeption.

* Título original «Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland», publicado en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (158-12), 2011, pp. 678 a 695. Traducción a cargo del Prof. Dr. Ricardo Robles Planas e Ivó Coca Vila (Universidad Pompeu Fabra). Agradecemos al Prof. Dr. Jürgen Wolter su amable autorización para la presente publicación.

Sumario

1. *Antecedentes*
2. *El giro hacia la configuración del sistema sobre la base de orientaciones normativo-teleológicas*
3. *El sistema político-criminal funcionalista*
 - 3.1 *El injusto jurídico-penal*
 - 3.2 *Culpabilidad y responsabilidad jurídico-penal*
 - 3.3 *Resumen y adición*
4. *La concepción del Derecho penal de Jakobs basada en la teoría de sistemas*
 - 4.1 *Descripción*
 - a) *Daños a la vigencia de la norma en lugar de lesión de bienes jurídicos*
 - b) *El rechazo de un injusto sin culpabilidad*
 - c) *La determinación de la culpabilidad a partir de las necesidades sociales*
 - 4.2 *Crítica*
 - a) *El delito como daño a la vigencia de la norma en lugar de como lesión de un bien jurídico*
 - b) *¿Supresión de la distinción entre injusto y culpabilidad?*
 - c) *¿La atribución de culpabilidad desde la perspectiva de la orientación a los fines?*
5. *Panorama*
6. *Bibliografía*

1. *Antecedentes*

El Código Penal japonés de 1907 está influido en gran medida por el Derecho penal alemán. Esta circunstancia ha llevado a la ciencia del Derecho penal japonesa a mantener un contacto permanente con la alemana. Esa es también la razón por la que hoy tengo el honor de poder hablarles acerca del nuevo desarrollo de la Dogmática penal alemana.

La última concepción alemana del sistema que encontró una amplia recepción en Japón es la teoría final de la acción. Su creador, Hans WELZEL, presentó él mismo en Japón en el año 1966 las ideas fundamentales de su concepción¹ y no pocos colegas japoneses adoptaron parcial o totalmente sus puntos de vista.² Con todo, la teoría final de la acción no se ha impuesto ni en Japón ni en Alemania.

¹ WELZEL, «Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre», *JuS*, 1966, pp. 421 y ss.

² Sobre el desarrollo de la dogmática penal japonesa y la valoración desde Japón de la doctrina alemana, véase, entre otros, FAKUDA, «Die Beziehungen zwischen der deutschen und der japanischen Strafrechtswissenschaft» en HIRSCH/WEIGEND, *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, pp. 57 y ss.; HIRANO, «Deutsche Strafrechtsdogmatik aus japanischer Sicht» en HIRSCH/WEIGEND, *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, pp. 81 y ss.; IDA, «Welche neuen praxisrelevanten Ergebnisse bringen die gegenwärtig zum materiellen Strafrecht diskutierten neuen systematischen Konzepte?» en HIRSCH (ed.), *Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften?*, 2001, pp. 137 y ss.;

En Alemania ya no supone un tema de discusión actual, sino más bien forma parte ya de la historia de la Dogmática. Hoy en día, ya ningún joven penalista alemán se describiría a sí mismo como Finalista.

Aun así, la doctrina final de la acción ha dejado tras de sí hondas y perdurables huellas en la Dogmática jurídico-penal. En este sentido, supuso en contraposición con la precedente época del pensamiento sistemático del Derecho penal en Alemania, la así llamada teoría causal de la acción, un avance esencial, en la medida en que, en vez de un mero nexo lógico-causal –la *condicio sine qua non*–, recurrió a una categoría antropológica para la fundamentación de la responsabilidad penal: el poder configurador de los acontecimientos mediante la finalidad humana. El consecuente reconocimiento del dolo como parte del tipo subjetivo y la comprensión de que el injusto penal se compone no solo de un desvalor del resultado, sino también del desvalor de la acción, son todavía hoy en Alemania planteamientos absolutamente dominantes. Las consecuencias prácticas de este pensamiento han influido igualmente en dos puntos esenciales de la nueva parte general del Código penal alemán de 1975. La distinción entre error de tipo y error de prohibición y su tratamiento absolutamente divergente –mientras que el error de tipo excluye el dolo, en el error de prohibición éste subsiste y solo cuando el error es invencible conduce a la exclusión de la culpabilidad– fueron introducidas por la teoría de la acción final y asumidas por el legislador alemán (§ 16, 17 StGB). Lo mismo puede decirse respecto de la decisión del legislador de que solo quepa la participación en un hecho doloso (§§ 26, 27 StGB); ello se corresponde con la tesis de que la participación presupone un hecho principal típico y que este hecho incorpora el dolo.

No pretendo ahora retomar nuevamente la larga discusión acerca de la teoría final de la acción, pues la Ciencia japonesa ha participado de forma activa en esta discusión y los argumentos que se han intercambiado en Alemania son también ya conocidos en Japón. Simplemente quiero señalar de forma resumida los que a mi parecer son los tres motivos fundamentales por los que la teoría de la acción final, pese a sus éxitos y ventajas en conjunto, no se ha impuesto. En primer lugar, los delitos imprudentes no pueden ser explicados a partir de la finalidad del actuar del autor, puesto que el resultado típico precisamente no está sujeto al control final del autor. En segundo lugar, la teoría de la acción final fracasa también en los delitos omisivos, dado que el omitente no controla ningún curso causal, sino que precisamente lo que se le reprocha es el no intervenir en un curso causal que tiene lugar con independencia de él. Y en tercer lugar, cabe objetar frente a la teoría de la acción final que, como es sabido, de circunstancias ontológicas, esto es, del mero ser (*Sein*), ya sea la causalidad o la finalidad, no cabe derivar ningún deber (*Sollen*). Así las cosas, el cómo debe tratarse, por ejemplo, el problema del error en Derecho penal no puede fundamentarse a partir de la finalidad, sino solo a partir de valoraciones jurídico-penales, que dicho sea de paso, han conducido al rechazo general de la teoría de la culpabilidad defendida por los finalistas, la así llamada teoría estricta de la culpabilidad.

YAMANAKA, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Japan*, 2008, (inédito; véase ahora: EL MISMO, *Strafrechtsdogmatik in der japanischen Risikogesellschaft*, 2008).

Una lesión de la integridad física provocada en legítima defensa putativa es castigada como un hecho imprudente, incluso cuando el autor ha controlado en toda su dimensión el ataque al cuerpo de la víctima.

2. El giro hacia la configuración del sistema sobre la base de orientaciones normativo-teleológicas

Por consiguiente, las concepciones actualmente dominantes en la doctrina del Derecho penal alemán no orientan su sistema a realidades ontológicas previas como la causalidad o la finalidad, sino a los cometidos y finalidades del Derecho penal. Se habla así de proyectos funcionalistas del sistema. Mientras que el causalismo y el finalismo compartían una base común consistente en su dependencia a fundamentos ontológicos, las teorías funcionalistas coinciden en su punto de partida normativo. Sin embargo, a partir de aquí, toman caminos muy distintos que con el trascurso de los años se han alejado todavía más.

En lo que sigue quiero presentar las propuestas sistemáticas, que, tanto en Alemania como a nivel internacional han encontrado una especial resonancia: el primero es el sistema fundamentado político-criminalmente que yo mismo he desarrollado, el otro, es el elaborado por mi colega de Bonn, JAKOBS, el concepto del Derecho penal orientado a la teoría de sistemas. Pese a que ambas teorías, en lo que a sus consecuencias se refiere, se han dado a conocer con detalle en Japón, hasta donde alcanzo, no han sido todavía objeto en la doctrina del Derecho penal japonés de una presentación conjunta y acabada. Posiblemente esto obedezca a que ambos autores únicamente han logrado presentar sus ideas tal y como hoy las conocemos tras un largo desarrollo. En mi exposición parto de las últimas versiones de ambos sistemas. El hecho de que no pueda ocuparme de las particularidades y lo haga únicamente de las ideas fundamentales es consecuencia inevitable de la limitación de tiempo de mi conferencia.

3. El sistema político-criminal funcionalista

Aquí se trata de analizar mi propia teoría, cuya formulación comencé en 1963 y con la que solo ahora he alcanzado un punto final provisional. Mi punto de partida es que el injusto penal debe derivarse de la función del Derecho penal, por el contrario, la culpabilidad como categoría del sistema debe derivarse del concreto fin de la pena que se impone. La función del Derecho penal y el fin de la pena a imponer no son lo mismo, puesto que el Derecho penal se dirige con sus preceptos interpelando y ofreciendo protección a todos los ciudadanos. La pena concreta, por el contrario, afecta primariamente solo al delincuente y frente a la comunidad únicamente tiene efectos mediatos.

3.1. El injusto jurídico-penal

¿Cuál es por lo tanto el fin del Derecho penal desde donde poder derivar la estructura del injusto? Dicho de la forma más sencilla posible: la función del Derecho penal reside en asegurar a los ciudadanos una vida en común pacífica y libre, bajo la salvaguarda de todos

los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Esto se deduce de los principios de nuestra Constitución, pero también de los fundamentos teórico-estatales de la democracia. Estos fundamentos se remontan a la Ilustración europea y a la noción de *Contrato social* que en ella se desarrolla, por el que los ciudadanos, como portadores del poder estatal, instituyen un gobierno al que le transfieren el monopolio de la violencia, en la medida en que ello es necesario para garantizar su seguridad y libertad. Por lo tanto, el Estado no puede todo aquello que querría, sino que únicamente puede establecer prohibiciones cuando sean necesarias para la seguridad y la libertad de las personas. La prohibición de expresar la propia opinión libremente o de la práctica religiosa, pero también, por ejemplo, la discriminación legislativa de determinados grupos de población, no están por ende permitidas, pues dichas limitaciones no son necesarias para garantizar la seguridad y libertad.

Llamamos bienes jurídicos a aquellas realidades imprescindibles para una vida en común, pacífica y libre de las personas. Por lo tanto, bienes jurídicos son, por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la autodeterminación sexual, la propiedad, el patrimonio y también los así llamados bienes jurídicos de la colectividad, como la moneda, una administración de justicia incólume o la incorruptibilidad del portador de funciones estatales. Sin estas realidades no sería posible en nuestras modernas sociedades actuales una vida en común pacífica y libre y a la vez respetuosa con todos los derechos civiles.

Siguiendo esta idea, la misión del Derecho penal basada en la teoría del Estado es la protección de bienes jurídicos. No obstante, se debe todavía ir más allá y afirmar que el Derecho penal nunca ha tenido la función de proteger todos los bienes jurídicos de forma absoluta. El Derecho penal, como la más grave de las sanciones estatales, debe más bien únicamente intervenir allí donde los medios estatales más leves, como las sanciones jurídico-civiles, las prohibiciones del Derecho público, el uso de sanciones administrativas u otras medidas político-sociales no son suficientes para garantizar la paz y la libertad. En pocas palabras, lo anterior puede expresarse señalando que la misión del Derecho penal es la protección subsidiaria de bienes jurídicos.

De lo anterior se derivan para mi concepción del Derecho penal dos conclusiones centrales, de las cuales, una de ellas concierne a la actividad legislativa y la otra a la dogmática jurídico-penal. Desde un punto de vista político criminal, la doctrina de la protección subsidiaria de los bienes jurídicos determina que no solo deben ser garantizados los antes mencionados derechos y libertades de igualdad de trato, sino también que no son aceptables preceptos penales puramente morales o directamente paternalistas, puesto que dichas conductas no lesionan ningún bien jurídico ajeno. Los actos homosexuales o las conductas sexuales desviadas entre hombres adultos no deben castigarse, ya que habiendo consentido todos los participantes no se menoscaba la convivencia humana y por consiguiente no se lesionaría bien jurídico alguno. También el consumo de medicamentos nocivos o drogas no debería ser penado, en la medida en que con ello no se menoscaban los bienes jurídicos de terceros. No obstante, no deseo proseguir con estas cuestiones de política criminal, sino que me limitaré a la dogmática como objeto de mi conferencia.

En este punto, el resultado decisivo de la concepción político-criminal de injusto por la que abogo consiste en que nos acaba llevando a la teoría de la imputación objetiva, que es hoy un elemento fundamental de la teoría general jurídico-penal. Si se contempla la protección subsidiaria de bienes jurídicos como la función del Derecho penal derivada de los fundamentos de la Constitución y uno se pregunta cómo el ordenamiento jurídico puede garantizar dicha protección, solo cabe aquí una única respuesta: para cumplir la misión de proteger los bienes jurídico penalmente protegidos debe prohibirse la creación de riesgos no permitidos para tales bienes e imputar al autor de la acción típica la realización de tales riesgos en un resultado lesivo para un bien jurídico. Por ejemplo, quien como conductor no observa las reglas jurídicamente preestablecidas del tráfico crea un riesgo no permitido para la vida y la integridad física de los otros participantes en el tráfico. Si de ese modo se produce un accidente mortal dicho riesgo se ha realizado y lo sucedido se le imputa al conductor como una acción homicida.

La existencia de una acción típica (en mi ejemplo: una acción homicida) no depende por lo tanto ni de la causalidad ni de la finalidad, sino de la realización de un riesgo no permitido, puesto que causalmente también ha contribuido el constructor del coche, que pese a ello, obviamente, no ha cometido ninguna acción homicida. Aun cuando se siga la extendida doctrina en Japón de la teoría de la adecuación, la afirmación de la causalidad es evidente, puesto que los accidentes de tráfico mortales, tal como prueba la estadística de accidentes, no suceden al margen de toda previsión. Aun así, el fabricante de coches no realiza una acción homicida. Del mismo modo, es evidente que la finalidad no puede ser criterio alguno para la determinación de una acción homicida, puesto que el accidente mortal provocado por una infracción de las reglas de circulación no ha sido "finalmente" provocado, pero aun así constituye una acción homicida. Por otro lado, el vendedor de coches con mala voluntad que desea que su odiado comprador sufra un accidente mortal con el coche, aun cuando acaezca efectivamente ese resultado, no ha llevado a cabo ninguna acción homicida, pues el umbral del riesgo permitido no ha sido rebasado.

No obstante, mis consideraciones deben evidenciar todavía algo más que la mera superioridad de la doctrina de la imputación objetiva frente a los planteamientos de la construcción del sistema causalista y finalista. En Japón, por ejemplo, donde esta teoría ha encontrado un importante eco y es cada vez más atendida por la jurisprudencia, es discutida en lo esencial como una mejora de la teoría de la adecuación tradicionalmente aquí seguida. El que ésta, de facto, ofrece unos resultados más precisos que la teoría de la adecuación ha sido ya puesto de relieve mediante mi ejemplo del fabricante de automóviles. Pero su origen no reside en modo alguno en la teoría de la adecuación o en cualquier otra teoría causal, sino en su derivación desde el principio de protección de bienes jurídicos, que, por su parte, encuentra su fundamento en la función del Derecho penal basada en la teoría del Estado.

Por supuesto que la teoría de la imputación objetiva no se agota en el resumen esquemático según el cual la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un riesgo no permitido. Al contrario, ésta ha sido desarrollada extensivamente por la ciencia alemana

hacia un sistema de imputación general, en el que criterios como creación del riesgo, disminución del riesgo, riesgo permitido, fin de la protección de la prohibición de creación de riesgos y realización del riesgo, se conforman a su vez como elementos teóricos independientes. El hecho de que la contribución a la autolesión responsable o a la autopuesta en peligro responsable no sea imputable también se sigue de los fundamentos de esta teoría, pues la contribución a una autolesión no supone lesión alguna de bienes jurídicos ajenos.

En este contexto no es posible una explicación más detallada de todas las consecuencias de la teoría de la imputación. No obstante, pueden consultarse en mi manual³ y han sido objeto en Japón de una elaboración todavía más extensa a través de las múltiples contribuciones que YAMANAKA le ha dedicado a esta teoría.⁴ Sus exposiciones no son una mera recepción de las teorías alemanas, sino que progresan de forma independiente. Por eso mismo, me parece necesaria la traducción a la lengua alemana, de como mínimo, su amplia monografía sobre el tema publicada en el año 1997.

Todavía en el coloquio de Derecho penal germano-japonés que tuvo lugar en 1988 en Köln, HIRSCH⁵ sostuvo la opinión de que la dogmática jurídico-penal alemana no habría concebido desde la teoría de la acción final ninguna novedad esencial y que, en especial, la teoría de la imputación objetiva debía ser rechazada. Hoy en día, en Alemania esto se contempla de forma distinta. Entretanto, el propio HIRSCH se ha aproximado a esta teoría.⁶ Friedrich-Christian SCHROEDER, que en tanto discípulo de MAURACH proviene de la escuela finalista, escribió en el año 2003⁷, que desde “Mediados de los años ochenta la teoría de la imputación objetiva es reconocida en todos los grandes tratados y comentarios del Derecho penal alemán”. Ésta “tanto en lo que a su significado principal se refiere como a su consideración en el extranjero se ha situado en el lugar de la teoría de la acción final”. Y Hendrik SCHNEIDER escribió en su trabajo de habilitación del año 2004⁸, que mi artículo de 1970⁹, en el que fue desarrollada por primera vez esta teoría en su versión moderna, habría “provocado realmente en la literatura jurídico-penal un cambio de paradigma”. Si se toma en cuenta que esta teoría es únicamente un fragmento de una concepción más amplia, que

³ El primer tomo de mi manual, en cuyo § 11 se trata en profundidad la imputación objetiva, se encuentra también disponible en lengua japonesa; Tomo I, 2003; Tomo II, 2009. [N.d.T]: En lengua española, está disponible el Tomo I, ROXIN, *Derecho Penal, PG, I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, 1997, traducción a la 2^a edición alemana a cargo de Luzón Peña/Díaz y García Conllido/de Vicente Remesal).

⁴ YAMANAKA, *Kausalität und Zurechnung im Strafrecht*, 1984; EL MISMO, *Die Lehre von der objektiven Zurechnung im Strafrecht*, 1997. Y a modo de resumen, en el artículo «Die Lehre von der objektiven Zurechnung in der japanischen Strafrechtswissenschaft» en *Gedächtnisschrift für Wasek* (Polonia), todavía pendiente de publicación. Aquí aparecen igualmente presentados los posteriores trabajos de YAMANAKA sobre el tema.

⁵ HIRSCH, «Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundsätzlicher Sicht» en HIRSCH/WEIGEND (eds.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, n. 2, pp. 65 y ss.

⁶ HIRSCH, «Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts» en DÖLLING (ed.), *FS-Lampe*, 2003, p. 523.

⁷ SCHROEDER, «Die Genesis der Lehre von der objektiven Zurechnung» en KARRAS (ed.), *FS-Androulakis*, 2003, p. 668.

⁸ SCHNEIDER, *Kann die Eintübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus*, 2004, p. 271.

⁹ ROXIN, «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht» en BARTH (ed.), *FS-Honig*, 1970, pp. 133 y ss.; también en EL MISMO, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, pp. 123 y ss.

ya no deriva la estructura del injusto de fundamentos ontológicos, sino del fin del Derecho penal, no cabe negarle a un juicio como este un cierto fundamento.

Pese a que la teoría de la imputación objetiva está ya formulada en sus grandes trazos, todavía hoy se le descubren nuevos ámbitos de aplicación. En este sentido, desde hace algunos años el así llamado consentimiento hipotético constituye en Alemania un gran tema de discusión. Su importancia radica en el ámbito de las intervenciones médicas curativas. Una intervención curativa está –según la jurisprudencia alemana– únicamente justificada cuando el paciente, tras una explicación sobre los posibles peligros y efectos secundarios, otorga su consentimiento. Si dicha explicación no tiene lugar el médico puede ser castigado por la lesión corporal. ¿Qué sucede por el contrario cuando se puede establecer con seguridad (por ejemplo, a través de la consulta al paciente), que habiéndose dado la preceptiva explicación, el paciente habría otorgado su consentimiento? Si así fuera, no se habría realizado en el caso concreto el riesgo de una injerencia corporal contra la voluntad del paciente. Si se traslada –como nuestra jurisprudencia hace– la teoría de la imputación objetiva al consentimiento debe rechazarse en este caso la existencia de una lesión corporal. El médico que simplemente se ha olvidado de llevar a cabo la explicación queda impune. Si la ha omitido intencionadamente, responde por una tentativa inidónea de lesiones.

No puedo ocuparme con detalle de las múltiples controversias que se han suscitado en relación con el consentimiento hipotético¹⁰, simplemente quiero al respecto advertir que la teoría de la imputación objetiva cada vez más va siendo utilizada en ámbitos que eran impensables en el momento de su aparición. Así, por ejemplo, se intenta actualmente su traslación a todas las causas de justificación.¹¹ Cuando, por ejemplo, en una situación de legítima defensa el agredido dispara al agresor y le alcanza sin que el disparo en la situación concreta fuera todavía necesario, aquél será en principio castigado por una lesión. Si con posterioridad se comprueba que una espera no habría servido y que el disparo era el único medio de salvación al que poco después debería haber recurrido, el riesgo de una precipitada e innecesaria lesión corporal no se ha realizado y el autor solo puede ser castigado por una tentativa de lesiones. Sigue siendo todavía una tarea del futuro formular de manera completa una teoría de la imputación en el ámbito de las causas de justificación.

Desde un punto de vista político-criminal la teoría de la imputación también resulta fructífera. De ella se desprende, por ejemplo, que una tentativa solo debería ser castigada razonablemente cuando mediante una observación *ex ante*, ésta crea realmente un riesgo no permitido, esto es, es peligrosa. La regulación del Código penal alemán que, en principio, castiga también la tentativa inidónea no peligrosa es desde un punto de vista objetivo inadecuada.¹² La crítica que la doctrina japonesa viene realizando desde hace ya

¹⁰ Mi Tratado contiene una exposición detallada al respecto, véase, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4^a ed., 2006, § 13, nm. 119-134.

¹¹ Véase al respecto, también con detalle, mi Tratado, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4^a ed., 2006, § 14, nm. 113-115.

¹² Con detalle, sobre esto mismo, véase mi artículo, ROXIN, «Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs» en MÜLLER-DIETZ (ed.), *FS-Jung*, 2007, pp. 829 y ss.

tiempo a la excesiva subjetivización de la dogmática alemana¹³ resulta en este ámbito fundada. Por ello, la teoría de la imputación objetiva lleva a cabo una contribución a una mayor objetivización de la teoría del injusto jurídico-penal.

3.2. Culpabilidad y responsabilidad jurídico-penal

Al injusto se vincula, tanto en la concepción germana como en la nipona, la categoría de la culpabilidad. Según mi concepción, ésta se deriva de los fines de la imposición individual de la pena y precisa, en mi opinión, de una ampliación en aras de acoger puntos de vista preventivos, puesto que la sanción depende no únicamente de la culpabilidad, sino también de las necesidades preventivas.

Mi punto de partida es que el fin de la pena solo puede ser preventivo, esto es, la pena solo puede estar dirigida a la evitación de futuros hechos delictivos. Dado que el Derecho penal es un instrumento de ordenación y control social, éste puede únicamente perseguir fines sociales. Una teoría retributiva, en la que la imposición y la medida de la pena fueran independientes de las necesidades sociales no encontraría legitimación alguna.

Así pues, la pena debe perseguir fines preventivos, tanto especiales como generales. Debe estar configurada de la mejor forma posible con vistas a que el reo no vuelva a delinquir, lo que se consigue más fácilmente mediante una ejecución penal que se esmere en la reinserción jurídico-penal del autor, esto es, en su resocialización. No obstante, la pena debe influir también sobre la colectividad, fomentando su conciencia jurídica y mostrándole las consecuencias de las conductas punibles.

Esta concepción de la pena orientada a la prevención en un doble sentido experimenta no obstante una limitación decisiva, dado que, según mi opinión y la absolutamente dominante en Alemania, toda pena encuentra su límite en la culpabilidad del autor. Quien actúa sin culpabilidad no puede ser castigado (ya sea, por ejemplo, por padecer el sujeto una enfermedad mental o por encontrarse aquél inmerso en un error de prohibición invencible) y tampoco puede la magnitud de la pena sobrepasar la medida de la culpabilidad. El principio conocido como “principio de culpabilidad” forma parte de los mismos fundamentos del Derecho penal alemán y según el *BVerfG*¹⁴ emanaría de la garantía de la dignidad humana, que está consagrada en la Ley Fundamental, Constitución alemana (art. 1).

Además, el principio de culpabilidad cumple con lo que llevan a cabo la teoría del bien jurídico y de la imputación objetiva en la categoría del injusto: establece un límite a la potestad estatal de castigar y conserva frente a los intereses de seguridad del Estado y en

¹³ Al respecto, HIRANO en HIRSCH/WEIGEND, *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, pp. 81 y ss., con especial referencia a la tentativa, NAKA, «Der Strafgrund des Versuchs» en HIRSCH/WEIGEND, *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, *passim*.

¹⁴ Véase simplemente, BVerfGE 20, 331; 45, 228; BVerfG NJ2 3004, 2073. Esta problemática es tratada con detalle en ROXIN, «Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts» en HASSEMER (ed.), *FS-Volk*, 2009, pp. 601 y ss.

favor del ciudadano un espacio adecuado de libertad personal. En la medida en que la pena se corresponda con su culpabilidad, el ciudadano puede estar seguro de que si es inocente no va a ser penado y de que, aun no siéndolo, no va a ser penado de forma más severa de lo que se corresponde con su culpabilidad.

Desde un punto de vista filosófico el principio de culpabilidad se fundamenta en la doctrina de KANT, según la cual el Estado no puede instrumentalizar a sus ciudadanos como objetos al servicio de los fines estatales, sino que debe tratarlos como personas, como sujetos en Derecho. De aquí se deriva que toda persona pueda únicamente ser responsabilizada por el Derecho penal según la medida de su responsabilidad. Por el contrario, la consecuencia adicional de la doctrina kantiana de que la pena solo puede ser entendida como retribución a la culpabilidad no la comparto por los argumentos ya señalados.

La insistencia en el principio de culpabilidad no es en absoluto algo evidente –el Derecho penal inglés, por ejemplo, desconoce el principio de culpabilidad¹⁵–, pero en mi opinión, de acuerdo con los principios de un Estado de Derecho, resulta indispensable. Subrayo esto porque en Alemania, JAKOBS –como más adelante expondré– ha abandonado en su mayor parte el efecto protector del principio de culpabilidad.

El problema de la libre voluntad, que está indisolublemente unido con el concepto de la culpabilidad y que actualmente en Alemania ha sido nuevamente traído a discusión desde un punto de vista determinista por los representantes de las neurociencias, lo resuelvo en un sentido compatibilista, como en Japón ha hecho ya hace décadas HIRANO¹⁶: Cuando un hombre es “asequible normativamente”, esto es, puede orientarse en principio por las normas, entonces, el hecho que lleva a cabo sin coacción y que se corresponde con sus deseos le es imputable a su acción libre, aun cuando aquél esté condicionado por las estructuras de su cerebro. Una determinación de este tipo no descarta la libertad de la voluntad, puesto que una decisión que no estuviera condicionada sería casual (*Zufällig*) y precisamente por eso mismo, no imputable a su autor. Aquí únicamente puedo esbozar mi opinión en sucintas palabras, quiero no obstante dejar claro que la cuestión de qué efectos tienen sobre el concepto de culpabilidad en Derecho penal la moderna investigación cerebral pertenece al grupo de los problemas fundamentales más vastamente discutidos actualmente en Alemania.¹⁷

Cuando, en consonancia con la opinión que yo defiendo, la pena se hace depender de su necesidad preventiva, así como de la culpabilidad del autor y su medida, se establece una doble limitación a la pena. Ésta no puede superar el umbral de la culpabilidad, pero tampoco sobrepasar lo preventivamente necesario. Así las cosas, la pena puede, por

¹⁵ Sobre el Derecho inglés informa detalladamente el escrito de habilitación de SAFFERLING, *Vorsatz und Schuld. Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*, 2008. Al respecto, véase mi recensión, ROXIN, JZ, 2008, p. 988.

¹⁶ HIRANO en HIRSCH/WEIGEND, *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, p. 87; y ya en, EL MISMO, *Willensfreiheit und strafrechtliche Schuld*, 1963.

¹⁷ Con detalle, en mi Tratado, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4^a ed., 2006, § 19, nm. 36-50.

ejemplo, cuando es deseable por razones de resocialización, mantenerse por debajo del umbral de la culpabilidad, o incluso se puede renunciar a ella por completo, cuando dicha pena no sea preventivamente necesaria.

Bajo mi punto de vista, algunas de las así llamadas causas de exculpación establecidas en el Código penal alemán deben ser interpretadas no como situaciones en las que falta la culpabilidad, sino como casos en los que no existe la necesidad preventiva de sanción penal. Cuando, por ejemplo, alguien salva su vida o su salud a costa de otro, o cuando se excede por la ofuscación, el miedo o el pánico en la defensa frente a una ataque, de acuerdo con el Derecho penal alemán, queda impune (§§ 35, 33 StGB). Esto se basa, en contra de la doctrina mayoritaria, no en que haya actuado sin culpabilidad, pues el ser humano puede y debe también resistir peligros. No obstante, el legislador renuncia a una pena porque estos autores no precisan de resocialización y porque ante este tipo de situaciones extremas la población es indulgente con la fragilidad humana, de modo que no existe una necesidad preventiva general de la sanción penal.

Por consiguiente, lo novedoso de mi concepción es que la categoría del delito posterior al injusto, llamada "culpabilidad", en realidad no se compone solo de la culpabilidad, sino de un segundo requisito adicional: la necesidad preventiva de sanción. Por ello, denomino a la categoría "responsabilidad" y la hago dependiente de la misma manera de los dos elementos, de la culpabilidad del sujeto y de la necesidad preventiva de sanción.

Esto puede igualmente tener consecuencias prácticas para el Derecho positivo. Únicamente quiero aclarar esto último de forma muy breve en relación con los dos supuestos problemáticos más discutidos, acontecidos en los años 2004 y 2005. El primer caso es el así llamado "caso de la tortura" que tuvo lugar en Frankfurt¹⁸. Un jefe superior de la policía de Frankfurt había forzado a un secuestrador mediante la amenaza de tortura a desvelar el lugar en el que había ocultado a su rehén. Con ello, pretendía salvar la vida de la víctima, lo cual no consiguió, porque había ya fallecido con anterioridad. Esta amenaza de tortura constituía una coacción (§ 240 StGB), dado que, no solo el Derecho alemán, sino también multitud de prescripciones internacionales vinculantes prohíben sin excepción la tortura. La conducta era igualmente culpable, pues el jefe superior de la policía conocía la regulación al respecto y podía haber actuado de otro modo, tal y como su asesor le había recomendado.

Pero, ¿existe realmente una necesidad preventiva de sanción? Si se toma en consideración que el autor quería salvar una vida humana y que actuó de acuerdo con su conciencia y no por estímulos criminales, cabe la posibilidad de tomar en consideración una causa de exclusión de la responsabilidad supralegal, puesto que en este tipo de supuestos trágicos no se debe reaccionar necesariamente con una pena. El Tribunal¹⁹ que conoció del caso no reparó en una solución como la propuesta, sin embargo llegó a una solución parecida a

¹⁸ He ahondado nuevamente en el problema jurídico ampliamente discutido de la tortura: ROXIN, «Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?» en JÖRG (ed.), *FS- Eser*, 2005, pp. 461 y ss.; además, EL MISMO, «Rettungsfolter?» en GRIESBAUM (ed.), *FS-Nehm*, 2006, pp. 205 y ss.

¹⁹ LG Frankfurt NJW 2005, p. 692; véase también BVerfG NJW 2005, p. 657.

través del recurso a una mera “amonestación” (§ 59 StGB), esto es, a través de la sanción más leve que el Derecho penal alemán conoce, de contenido más bien simbólico.

El segundo caso concierne al legislador alemán. En el año 2005, tras el ataque al *World Trade Center* el 11.9.2001, promulgó la así llamada Ley de seguridad Aérea (*Luftsicherheitsgesetz*), que autorizaba en este tipo de supuestos el derribo de aviones secuestrados por terroristas cuando el Ministro de defensa así lo ordenara.²⁰ De este modo, el Estado sacrificaría las vidas de pasajeros inocentes con el fin de salvar la vida de otras personas que, de lo contrario, habrían muerto al estrellarse el avión secuestrado contra un rascacielos. El *BVerfG* declaró nula la ley en febrero de 2006²¹, fundamentando su decisión en que el homicidio de pasajeros supondría una conculcación de la dignidad humana. Personalmente pienso que es acertado. El Estado no tiene ningún derecho a acabar con la vida de personas que se han comportado plenamente conforme a Derecho.

Pero, ¿debe castigarse realmente a un piloto de la defensa aérea cuando en un caso como este derriba el avión secuestrado matando así a sus ocupantes, quienes de todos modos habrían perdido la vida, pero salvando de ese modo la vida a un gran número de personas? Ciertamente el piloto carga con la culpa por la muerte de los pasajeros, puesto que podría haberse comportado de forma distinta. Pero una cierta culpa existiría también cuando no hubiera salvado a las personas que gracias al derribo del avión podría haber salvado. También en este tipo de situaciones sin salida, situaciones límite que se sustraen a una regulación legal, quizás puede ser útil -al menos en casos de decisiones en conciencia- la idea de una exclusión de la responsabilidad supralegal por ausencia de necesidades preventivas. No obstante, en ambos casos deberían todavía trabajarse específicamente los detalles de los presupuestos de la exclusión de la responsabilidad supralegal teniendo en cuenta la problemática de los hechos realizados por motivos de conciencia.

3.3. Resumen y adición

En resumen, puede afirmarse que: mi teoría del delito se diferencia de las anteriores épocas del desarrollo del sistema, especialmente, en que la sistematización no se sigue de criterios ontológicos (causalidad o finalidad), sino de los fines político-criminalmente determinados y que desde esta perspectiva, el injusto se amplia mediante la teoría de la imputación objetiva, como la culpabilidad lo hace mediante la introducción de necesidades preventivas de castigo hasta derivar en una teoría de responsabilidad. Todo lo anterior no constituyen meras construcciones teórico-abstractas, sino que -como he intentado poner de relieve mediante algunos ejemplos- gracias a estas se explican, y en algunos casos incluso se ofrecen, una multitud de soluciones razonables a concretos problemas jurídicos.

No dispongo del tiempo necesario para poder ocuparme de otros elementos influyentes de mi edificio teórico. No obstante, quisiera como mínimo dedicar unas palabras a la teoría de

²⁰ El texto legal ha sido publicado en *Leipziger Kommentar zum StGB* (LK), 12^a ed., 2006, Nm. 252. En los Nm. 252a -254 se expone con detalle el estado de la discusión (RÖNNAU).

²¹ NJW 2006, pp. 751 y ss.

la participación, sobre la que de manera tan especial he influido. Las tres formas de participación punible (autoría, inducción, complicidad) presuponen todas ellas la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, de modo que las teorías generales de la imputación objetiva solo sirven para excluir algunas contribuciones causales que no son siquiera consideradas como conductas de complicidad. Para la determinación de la autoría se precisa pues una forma de imputación especial adicional. Aquí ha encontrado una gran resonancia internacional la teoría del dominio del hecho²², teoría de la que siguiendo a WELZEL y a otros autores me ocupé ampliamente y que en recientes Sentencias ha sido también utilizada por la *Corte Penal internacional*.²³ La figura jurídica -que yo mismo acuñé- de la "autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder", ha sido, según la opinión de muchos intérpretes, incorporada incluso al Estatuto de la Corte Penal internacional²⁴, que en su art. 25 III a) considera autor mediato a quien comete el hecho "a través de otra persona" ("through another person") y agrega que esta forma de autoría es independiente de la responsabilidad por la acción inmediata ("regardless of whether that other person is criminally responsible").

4. La concepción del Derecho penal de Jakobs basada en la teoría de sistemas

Entre los recientes esfuerzos por lograr una nueva orientación del sistema del Derecho penal, la doctrina de JAKOBS ha hallado también un importante eco internacional, especialmente en Latinoamérica. Tal doctrina parte, al igual que hago yo, de un principio normativo: "La dogmática penal de corte ontológico quiebra y, en verdad, de forma más radical de lo que nunca se ha constatado conscientemente", se lee ya en el prólogo de la primera edición de su tratado.²⁵ Pero mientras yo baso mi sistema en finalidades político-criminales, JAKOBS, renunciando a ello, ve el fin del Derecho penal únicamente en la estabilización del contenido de la norma desde fundamentos de la teoría de sistemas. No puedo abordar esta teoría en sus particularidades, pero deseo presentar tres de sus consecuencias especialmente importantes, todas ellas mucho más radicales que las propuestas que yo he formulado. A ellas conectaré mis críticas.

4.1. Descripción

a) Daños a la vigencia de la norma en lugar de lesión de bienes jurídicos

El primer fundamento de la dogmática penal sostenida por JAKOBS afirma que la misión del Derecho penal no es la protección de bienes jurídicos, sino el mantenimiento y confirmación de la vigencia de la norma. Un artículo de JAKOBS publicado en Japón

²² En 2006 se ha publicado la octava edición de mi libro "*Täterschaft und Tatherrschaft*". [N.d.T]: En lengua española está traducida la séptima edición. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*; traducción a cargo de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, 2000, Marcial Pons, Madrid.

²³ Me remito únicamente a una nueva sentencia del 30.9.2008 (No. ICC-01/04-01/7, Nr. 480-553: «Control of the crime approach») sobre la situación en el Congo.

²⁴ Detalladamente, KREß, «Claus Roxins Lehre von der Organisationsherrschaft und das Völkerstrafrecht», *GA*, (5), 2006, pp. 304 y ss., 307.

²⁵ JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1^a ed., 1983, prólogo. También en la 2^a ed., 1991, aparece publicada nuevamente esta frase.

contiene el programático título:²⁶ “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?» y en el mismo se sostiene con firmeza la segunda alternativa. De acuerdo con esta concepción,²⁷ el autor afirma “la no vigencia de la norma para el caso en cuestión”, mientras la pena expresa “la insignificancia de esa afirmación” y con ello confirma la vigencia de la norma. La “prestación del Derecho penal” consiste para JAKOBS²⁸ en “contradecir, a su vez, la contradicción de las normas que reflejan la identidad de la sociedad. El derecho penal confirma, por tanto, la identidad social” y ello con independencia de cualquier efecto empírico en la realidad social: “en particular la confirmación de la identidad no es empíricamente aprehensible, pues ésta no es consecuencia del proceso, sino su significado”.²⁹ Plásticamente se formula en el citado trabajo japonés:³⁰ “sociedad es desde el punto de vista de la teoría de sistemas... comunicación. Lo social por ejemplo en un homicidio no es la lesión del cuerpo de la víctima o la eliminación de su conciencia, sino la afirmación objetivizada y concluyentemente contenida en el hecho de no tener el deber de respetar el cuerpo o la conciencia... Mediante esa afirmación se pone en cuestión la norma: delito es desobediencia de la norma”. Y de la forma más resumida posible:³¹ “El hecho es daño a la vigencia de la norma; la pena es su contrarrestación”. Se trata aquí, en expresión de SCHÜNEMANN,³² de un “normativismo libre de empiria”: para el Derecho penal un homicidio no consiste en la aniquilación de la vida humana, sino en la desatención de la norma. El daño consiste en esa desatención y no en la destrucción de la vida.

b) El rechazo de un injusto sin culpabilidad

La teoría del delito como daño a la vigencia de la norma conduce a una segunda tesis que es sostenida con creciente intensidad por JAKOBS³³ y sus discípulos: la renuncia a la distinción entre injusto y culpabilidad. Si de lo único que se trata en el delito es de la desautorización de la vigencia de la norma, éste presupone un autor que actúa culpablemente. El hecho del enfermo mental, por ejemplo, no supondría una perturbación de la vigencia de la norma, sino una consecuencia “del ser humano como ser natural..., no como un participante competente en la comunicación que dice cosas con sentido”.³⁴ En la misma línea se han manifestado sus discípulos. LESCH dice lo siguiente:³⁵ “El injusto penal

²⁶ JAKOBS, «Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?» en SHIBASHI (ed.), *FS-Seiji Saito*, 2003, pp. 780 y ss. (17 y ss.). [N. del T.] La versión española, traducida por Cancio Meliá fue publicada bajo el título “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?” en JAKOBS, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, 2000, pp. 43 a 60.

²⁷ JAKOBS, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” Prinzipiendenken», *ZStW*, (107), 1995, pp. 843 y ss., (849).

²⁸ JAKOBS, *ZStW*, (107), 1995, p. 894.

²⁹ JAKOBS, *ZStW*, (107), 1995, p. 845.

³⁰ JAKOBS en SHIBASHI (ed.), *FS-Seiji Saito*, 2003, p. 765, (32), p. 766, (33).

³¹ JAKOBS en SHIBASHI (ed.), *FS-Seiji Saito*, 2003, p. 762, (35).

³² SCHÜNEMANN, «Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft» en SCHÜNEMANN (ed.), *FS-Roxin*, 2001, pp. 1 y ss. (14).

³³ JAKOBS, por primera vez, en su trabajo “Der strafrechtliche Handlungsbegriff”, 1992. Las tomas de postura ulteriores han sido recogidas por GRECO, «Wider die jüngere Relativierung von Unrecht und Schuld», *GA*, (156), 2009, p. 636, n. 6.

³⁴ JAKOBS, *ZStW*, (107), 1995, p. 864.

³⁵ LESCH, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999, p. 205.

es la propia culpabilidad" y "la culpabilidad es el injusto penal". Y para PAWLIK,³⁶ "Bajo el dominio de un concepto de delito, en el que en un primer plano se encuentra la contradicción por parte del autor de la voluntad general, no hay sitio alguno para un injusto no culpable como categoría general del delito".

c) La determinación de la culpabilidad a partir de las necesidades sociales

La tercera novedad central de la concepción del delito de JAKOBS reside en que su noción de culpabilidad, a la que -de acuerdo con sus premisas de teoría de sistemas- equipara con el injusto, no se determinaría a partir de la constitución psíquica del autor, sino de acuerdo con las necesidades sociales de prevención general. Él solo permitiría una disculpa (*Entschuldigung*), cuando el conflicto resuelto mediante la infracción de una norma pudiera ser resuelto de una manera distinta al castigo penal. JAKOBS aclara esto último a través de un ejemplo al que ya se ha aludido antes en multitud de ocasiones:³⁷ "Así, únicamente cabría plantearse la exculpación de los delincuentes sexuales cuando la medicina hubiera conseguido presentar fórmulas para su tratamiento." Según su opinión, la escasa capacidad de comportarse conforme a Derecho de un delincuente habitual tampoco aminoraría su culpabilidad, porque no podría tolerarse el que "la alta intensidad de delincuencia sea remunerada con la indulgencia".³⁸ En resumen, lo anterior significa que: "La autonomía se atribuye como capacidad en el caso de que sea funcional y solo puede faltar cuando existe la posibilidad de abordar el conflicto de otra manera."³⁹ Todavía en su última publicación que data del año 2008 afirma,⁴⁰ "que en el juicio de culpabilidad solo se individualiza (esto es, se exculpa o incluso se atenúa), cuando no se daña la función de ordenación de la norma." En pocas palabras: la incapacidad de culpabilidad solo se concede al delincuente cuando no existe ninguna necesidad preventiva general que a ello se oponga.

4.2. Crítica

Estas osadas tesis no dejan demasiado margen para la dogmática del Derecho penal tradicional. No obstante, debo admitir que no puedo estar de acuerdo con ninguna de las tres tesis aquí descritas de tal concepción sistemática.⁴¹

³⁶ PAWLIK, «Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter? Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht» en DANNECKER (ed.), FS-Otto, 2007, pp. 133 y ss., (147).

³⁷ JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, p. 11.

³⁸ JAKOBS, *Strafrecht Allegeminer Teil*, 2^a ed., 1991, 17/26.

³⁹ JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, p. 12.

⁴⁰ JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3^a ed., 2008, p. 107.

⁴¹ La reciente literatura alemana ofrece una multitud de estudios, la mayoría de ellos críticos, sobre la concepción *Jakobsiana*. Entre otros, STÜBINGER, «-Nicht ohne meine Schuld!- Kritik der systemtheoretischen Reformulierung des Strafrechts am Beispiel der Schuldlehre von Günther Jakobs», *Kritische Justiz: Vierteljahrsschrift für Recht und Politik*, (26), 1993, p. 33; SCHÜNEMANN, «Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland» en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, 1995, pp. 49 y ss, (50 y s.); EL MISMO, «Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft», *GA*, 1995, pp. 201 y ss. (217 y ss.); EL MISMO en SCHÜNEMANN (ed.), FS-Roxin, 2001, pp. 1 y ss., (13 y ss.); FABRICIUS, *Was ein Lehrbuch lehrt ... : eine exemplarische Untersuchung von Jakobs Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 1998, *passim*; PUPPE, «Strafrecht als Kommunikation» en SAMSON (ed.), *FS-Grünwald*, 1999, pp. 469 y ss.; HÖRNLE, «Das

a) El delito como daño a la vigencia de la norma en lugar de como lesión de un bien jurídico

En primer lugar, en lo que a la comprensión del delito como daño a la vigencia de la norma se refiere, no puedo estar de acuerdo ni con la tesis de que el hecho típico estaría suficientemente caracterizado como ataque a la vigencia de la norma, ni con la idea de que un castigo solo sirve a la confirmación de la vigencia de la norma y de que ese fin se consigue en todo caso simplemente a través de la mera imposición del castigo. El daño a la vigencia de la norma, como JAKOBS caracteriza el delito, carece de todo contenido empíricamente aprehensible, pues es una pura adscripción. Un hecho no descubierto o incluso un robo descubierto pueden no desestabilizar la vigencia de la norma como hecho socio-psicológico. Tampoco el ladrón pretende poner en cuestión la vigencia de la norma, sino apropiarse de una cosa ajena. Con mayor motivo, en la imprudencia inconsciente, en tanto que fenómeno real, no se trata de un cuestionamiento de la norma, sino de la creación de un riesgo para un concreto bien jurídico.

Incluso cuando los delitos son idóneos para desestabilizar la confianza normativa de los ciudadanos -lo que sin embargo no resulta decisivo para JAKOBS-, los daños jurídico-penalmente relevantes no residen en el desconcierto (*Verunsicherung*) de los ciudadanos, sino en el concreto perjuicio a la víctima y a su bien jurídico-penalmente protegido: esto es, en la destrucción de la vida humana o en la lesión a la integridad corporal, del derecho a la autodeterminación sexual, en la propiedad, etc.

En pocas palabras: cuando se separa el hecho típico de la realidad social y se disipa en una mera adscripción de significado se suprime la dimensión real de la criminalidad. De esta forma, no puede cumplirse la función de control del Derecho Penal.

Lo dicho vale igualmente para la concepción de la pena en la teoría de JAKOBS. Si esta únicamente tiene sentido en la medida en que viene a confirmar la vigencia de la norma que el autor a través de su pública contradicción cuestionó, cabe preguntarse por qué es necesaria la imposición de una pena y su cumplimiento. Pues, una desaprobación pública del hecho típico expresaría la contradicción de manera igualmente clara. JAKOBS había atribuido inicialmente a la pena la función de "ejercicio en la fidelidad al Derecho" y con ello le otorgaba a la pena una función preventivo-general. Gracias a esto, JAKOBS obtuvo una gran repercusión. El hecho de que posteriormente abandonara este punto de vista y quisiera en su lugar atribuirle a la pena tan solo una función simbólica en tanto que confirmación de la vigencia de la norma, en un sentido completamente hegeliano, como negación de la negación del Derecho, ha sido fuertemente criticado. Posiblemente ha sido PUPPE quien ha mostrado un rechazo más categórico:⁴² "Una sociedad que no se

Unwerturteil und der Schuldvorwurf- Inhalte und Adressaten» en HEFENDEHL (ed.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, 2005, pp. 105 y ss.; SACHER, «Systemtheorie und Strafrecht», *ZStW*, (118), 2006, pp. 547 y ss.; STRATENWERTH, «Sachlogische Strukturen» en PAWLIK (ed.), *FS-Jakobs*, 2007, pp. 663 y ss.; SCHNEIDER, *Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus*, 2004, p. 271.

⁴² PUPPE en SAMSON (ed.), *FS-Grünwald*, 1999, p. 472.

compromete para lograr, al menos parcialmente, la observancia fáctica de sus normas, sino que solamente aprovecha el motivo que le otorga la infracción de la norma para llevar a cabo un ritual de auto-reconocimiento de que las normas continúan vigentes se vuelve inverosímil, cuando no ridícula.”

JAKOBS ha cedido parcialmente ante esta crítica y se ha formulado a sí mismo la cuestión:⁴³ “¿Por qué se elige precisamente el infligir dolor⁴⁴ como símbolo y no otra cosa. Pues téngase en cuenta que ya el fallo condenatorio constituye una contradicción del delito. ¿Por qué es necesario, además, un dolor producido por la pena?” Su respuesta es que la confirmación de la norma,⁴⁵ si es que debe ser “patrón de conductas”, tendría que “estar sustentada cognitivamente”, esto es, no podría ser demasiado probable el que... nos convirtiéramos en víctimas de un delito. Por ejemplo, nadie llevará a cabo un paseo nocturno en solitario a través de un parque con total tranquilidad por el mero hecho de que no *debe* en modo alguno ser robado o incluso apaleado, sino que, muy al contrario, para que emprenda ese paseo, debe poder también asumir que con una alta probabilidad no *va a ser* tratado de esa forma.” Esto culmina en la tesis resumida siguiente: “El dolor sirve a la seguridad cognitiva de la vigencia de la norma; éste es el fin de la pena, así como la contradicción frente al cuestionamiento de la vigencia a través del delito es su significado.”

Sin embargo, la función cognitiva de la pena -que va más allá de la confirmación normativa- es entendida exclusivamente como compensación retributiva de la culpa. En su última publicación⁴⁶ JAKOBS sigue afirmando que solo se legitima aquella pena, “que equilibra los daños que específicamente ha causado el autor responsable de la infracción de la norma y nada más”. No se trata de impedir que el infractor de la norma cometa otros hechos, tampoco de disipar la tendencia de otras personas a la infracción de normas...” Y en la ya citada publicación japonesa,⁴⁷ afirma que con la imposición de la pena “se conseguiría siempre el fin de la pena: La configuración de la sociedad está confirmada: el que además se den efectos psíquico-individuales o psicológico-sociales -intimidación, ejercicio de la fidelidad al Derecho u otros adicionales- no es, para el fin de la pena, esencial.”

En mi opinión, aquí subsiste todavía, también en la última versión de la concepción del fin la pena de JAKOBS, una contradicción insalvable. Pues, la suposición de que a través de la mera adición merecida de “dolor penal” las normas conservan su “función de patrón de conductas” y los hechos delictivos pueden ser evitados, contradice el estado del conocimiento en la criminología. Si JAKOBS no considera que la resocialización, el ejercicio de la fidelidad al Derecho, el aseguramiento y la intimidación conforman las genuinas funciones del Derecho penal, siguiendo con su ejemplo, no podrá salir a pasear tranquilamente por el parque municipal. Y con ello, el Derecho penal no habría alcanzado su fin.

⁴³ JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 26.

⁴⁴ Con esto, alude al sufrimiento inherente a la pena.

⁴⁵ JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 29.

⁴⁶ JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3^a ed., 2008, p. 114.

⁴⁷ JAKOBS en SHIBASHI (ed.), *FS-Seiji Saito*, 2003, p. 763, (34).

Además, personalmente advierto todavía una segunda contradicción en la concepción global de JAKOBS. Si para él la pretensión de la pena no se limita a la confirmación simbólica de la vigencia de la norma, sino que, sobre todo, se trata del aseguramiento cognitivo y de garantizar a través del Derecho penal una vida libre de peligros en sociedad, resulta que la tarea última del Derecho penal es precisamente la que según su opinión no debería ser, esto es, la protección de bienes jurídicos. Con ello, el antagonismo entre el cumplimiento de las normas y la protección de bienes jurídicos se desvanece. Así pues, mediante este nuevo giro de la teoría de JAKOBS, veo confirmada mi propia concepción.

b) ¿Supresión de la distinción entre injusto y culpabilidad?

Tampoco puedo estar de acuerdo con la supresión de la distinción entre injusto y culpabilidad que JAKOBS y su escuela proponen. En la primavera de 1966, en unas conferencias en Japón, WELZEL afirmó lo siguiente:⁴⁸ “Veo en la descomposición del delito en los tres elementos tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad el progreso dogmático más importante de las últimas dos o tres generaciones.” Ahora, este avance debería ser revertido.

A lo anterior, en primer lugar, cabe objetar que aun asumiendo la premisa según la cual el hecho típico sería exclusivamente lesión de la vigencia de la norma y la vigencia de la norma solo podría ser dañada a través de un comportamiento culpable, la consecuencia de que no existiría un injusto no culpable resulta igualmente débil.

Pero incluso dejando también al margen esto último, con la identificación del injusto y la culpabilidad⁴⁹ se equiparan cuestiones materiales esencialmente dispares. Una cosa es que un comportamiento esté prohibido bajo pena como lesión de un bien jurídico y otra muy distinta que la infracción de esa prohibición esté castigada con pena en todos los casos. La prohibición o mandato jurídico-penal se dirige a todos los ciudadanos como llamada a comportarse⁵⁰ conforme a Derecho y por esa razón debe separarse de la culpabilidad, porque todo hecho típico presupone que se ha informado a los ciudadanos sobre las prohibiciones y les han sido dadas unas pautas de comportamiento. Por lo tanto, la objeción de que nadie debería estar obligado más allá de su capacidad no es concluyente. El Ordenamiento jurídico puede y debe imponer deberes sin contemplar a la persona, mientras se preocupe de que nadie sea castigado solo por no poder cumplir adecuadamente su deber. El enfermo mental homicida también infringe la prohibición de matar. Simplemente, no puede ser reprochado por ello.

La tesis según la cual no existe un injusto no culpable contraviene además de múltiples formas la ley. El Código penal alemán distingue claramente entre hechos, que son “no antijurídicos” (§ 32, 34 StGB) y otros, que son cometidos “sin culpabilidad” (§ 17, 20 StGB). Frente a los ataques no culpables cabe defenderse, frente los ataques conforme a Derecho

⁴⁸ WELZEL, *JuS*, 1966, p. 421.

⁴⁹ Esta cuestión es tratada con detalle y de forma convincente por GRECO, *GA*, 2009, pp. 636 y ss.

⁵⁰ Al respecto, HÖRNLE en HEFENDEHL (ed.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, 2005, p. 114.

no (§ 32 StGB). Aquellos que niegan la posibilidad de un injusto no culpable no pueden refutar esto último y con ello se confirma lo acertado de la distinción que niegan. Al mismo tiempo, el hecho de que las reglas sobre medidas de seguridad se conecten con el injusto y las penas con la culpabilidad, hace ineludible la división entre ambos niveles del delito. Del mismo modo, la regulación de la teoría de la culpabilidad –según la cual en caso de ausencia inevitable de comprensión de la ilicitud se excluye la culpabilidad- presupone la distinción entre injusto y culpabilidad, pues el legislador parte de la base de que en estos casos el autor ha realizado un injusto penal.

La separación entre injusto y culpabilidad tiene además en el Derecho vigente un gran valor explicativo, pues de ella resultan una multitud de resultados prácticos. La tesis de que no existe un injusto no culpable, por el contrario, no aporta ventaja práctica alguna y destruye la claridad lograda por el legislador a través de la expresa separación entre injusto y culpabilidad.

c) ¿La atribución de culpabilidad desde la perspectiva de la orientación a los fines?

La tercera tesis nuclear de JAKOBS, según la cual la culpabilidad no se determinaría a partir de las capacidades individuales del autor, sino en función de los mandatos legislativos conforme a finalidades, no la comparto. Ambos estamos de acuerdo en que aun dándose la culpabilidad es todavía posible una excusación (una exclusión de la responsabilidad en mi uso del lenguaje), cuando razones preventivas faculten una renuncia a la pena. Pero JAKOBS pretende también castigar allí donde el autor no tenía ninguna posibilidad de comportarse conforme a Derecho, pero de acuerdo con el sentido de las funciones de ordenación la norma todavía es “útil” (*Zweckvoll*).

Le he objetado a JAKOBS desde hace tiempo que con ello precisamente se consigue aquello que el Derecho penal debería evitar: que la pena no se haga depender de circunstancias que radican en el autor, sino de necesidades socialmente afirmadas. Esto conduciría a una instrumentalización del sujeto que violaría la dignidad humana. En este punto JAKOBS ha replicado lo siguiente:⁵¹ “Cuando nuevamente se aduce contra la concepción aquí presentada que una comprensión como esta de la culpabilidad supondría la instrumentalización del ciudadano penado, se pasa con ello por alto que se trata solo de una descripción de las condiciones de funcionamiento de la sociedad; una descripción no instrumentaliza, sino que expone con claridad en el mejor de los casos una instrumentalización desde antaño existente.”

De hecho, de acuerdo con el Derecho vigente una instrumentalización como la descrita no puede acaecer. Y de hecho, tampoco tiene lugar, pues el *BVerfG* controla enérgicamente que el principio de culpabilidad sea observado de manera estricta por todos los tribunales.⁵² Quien atribuye la culpabilidad al autor según las necesidades sociales en vez de hacerlo

⁵¹ JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, 1993, 29/30.

⁵² Con detalle, ROXIN en HASSEMER (ed.), *FS-Volk*, 2009, pp. 601 y ss.

según las capacidades personales sacrifica con ello una de las barreras fundamentales que se oponen al ejercicio estatal de violencia en interés de la libertad del ciudadano. Y este sacrificio es además innecesario, porque en los extraordinarios casos en los que el derecho de injerencia estatal como consecuencia de las obligadas necesidades de protección se impone al principio de culpabilidad (por ejemplo, en los casos de internamiento de enfermos mentales peligrosos), son de aplicación reglas legalmente preestablecidas como el internamiento en un hospital psiquiátrico.

5. Panorama

Con esto llego al final de mi exposición. Me he ocupado con cierto detalle de las contribuciones formuladas por JAKOBS y por mí mismo al desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania, pues son las dos únicas concepciones del delito post-finalistas influyentes en la discusión internacional. No lo he hecho tampoco a modo de informe neutral, sino a través de una discusión crítica. Pues, cuando se pretenden comprender las actuales discusiones en Alemania se debe poder comprender como las distintas posiciones se enfrentan a modo de réplica y contrarréplica. Es muy deseable que también la ciencia del Derecho penal japonesa tome parte en esta disputa y quizás se encuentren en mi exposición algunos puntos de vista a los que para ello asirse.

No quiero ocultar que en los últimos tiempos han aparecido también algunos jóvenes autores con novedosos diseños del sistema. Así, Tonio WALTER⁵³ ha presentado en el año 2006 el así llamado “sistema post-finalista”, en el que igualmente se rechaza un injusto sin culpabilidad y se asigna a los fundamentos de exclusión de la responsabilidad (así los llamo yo) una categoría propia, como “reglas de oportunidad” al margen del injusto culpable. SINN⁵⁴ ha intentado desarrollar en el año 2007 un sistema del delito sobre el fundamento de las teorías del poder sociológicas. Así, todo comportamiento delictivo se interpreta como un abuso de poder. Sostiene también la tesis de que no existiría ningún injusto no culpable, puesto que solo un hombre que actúa culpablemente podría cometer un injusto en la medida en que abusase de su poder.

Estos son, por principio, intentos deseables de avanzar hacia nuevos mundos de la dogmática. Sin embargo, considero las tesis de ambos autores –como mínimo– problemáticas. Así, por ejemplo, WALTER⁵⁵ apoya su negativa al injusto independiente de la culpabilidad sobre la base de que “un inimputable no podría cometer un injusto, las manifestaciones de un enfermo mental significan para el Derecho lo mismo que el sol y la lluvia”, pero en ese caso, esto es completamente incompatible con el hecho de que el Derecho conecta las consecuencias arriba suficientemente explicadas con acciones contrarias a Derecho no culpables, mientras que el sol y la lluvia no traen consigo ninguna consecuencia jurídica. E igualmente, el que, tal y como quiere SINN, todas las formas de

⁵³ WALTER, *Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, 2006, *passim*.

⁵⁴ SINN, *Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten. Zurechnung und Freistellung durch Macht*, 2007, *passim*.

⁵⁵ WALTER, *Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, 2006, p. 116.

manifestación de comportamientos punibles -por ejemplo, también la imprudencia inconsciente- se expliquen como abusos de poder, se me hace difícil de aceptar. Igualmente debe negarse que no puedan darse abusos de poder no culpables. Una tiranía, lo sigue siendo aun cuando el tirano sea un demente.⁵⁶ Aquí, por cuestiones de espacio, no puedo seguir analizando todos estos aspectos. De todos modos, tampoco resulta necesario, pues la crítica a ambas obras en Alemania, hasta el momento, se muestra contraria y en cualquier caso, no han alcanzado todavía influencia a nivel internacional.

Lo que nos deparará el futuro está por ver. Pero toda mi esperanza reside en que, en un trabajo conjunto con nuestros colegas japoneses, pero también con otros profesores de Derecho penal de todo el mundo, alcancemos con el paso del tiempo una dogmática del Derecho penal internacional que suponga una aportación esencial en favor de un Derecho universal común y contribuir así al entendimiento entre los pueblos.

6. Bibliografía

FABRICIUS, D. (1998), *Was ein Lehrbuch lehrt...: eine exemplarische Untersuchung von Jakobs Strafrecht - Allgemeiner Teil*, Lang, Frankfurt am Main.

FAKUDA, T. (1989), «Die Beziehungen zwischen der deutschen und der japanischen Strafrechtswissenschaft» en HIRSCH/WEIGEND (eds.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 57 y ss.

GRECO, L. (2009), «Wider die jüngere Relativierung von Unrecht und Schuld», *GA*, (156), p. 636, n. 6.

HIRANO, R. (1989), «Deutsche Strafrechtsdogmatik aus japanischer Sicht» en HIRSCH/WEIGEND, *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 81 y ss.

- EL MISMO (1963), *Willensfreiheit und strafrechtliche Schuld, passim*.

HIRSCH, H. J. (1989), «Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundsätzlicher Sicht» en HIRSCH/WEIGEND (eds.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Duncker & Humblot, Berlin, n. 2, pp. 65 y ss.

- EL MISMO (2003), «Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts» en DÖLLING (ed.), *FS-Lampe*, Duncker & Humblot, Berlin, p. 523.

HÖRNLE, T. (2005), «Das Unwerturteil und der Schuldvorwurf- Inhalte und Adressaten» en HEFENDEHL (ed.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, Heymann, Köln, pp. 105 y ss.

⁵⁶ Así, GRECO, *GA*, (156), 2009, pp. 636 y ss., (664).

IDA, M. (2001), «Welche neuen praxisrelevanten Ergebnisse bringen die gegenwärtig zum materiellen Strafrecht diskutierten neuen systematischen Konzepte?» en HIRSCH (ed.), *Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften?*, pp. 137 y ss.

JAKOBS, G. (1983-1991), *Strafrecht Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 1^a y 2^a ed., de Gruyter, Berlin, *passim*.

- EL MISMO (2003), «Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?» en SHIBASHI (ed.), *FS-Seiji Saito*, Tokyo, 2003, pp. 780 y ss. (17 y ss. La versión española, traducida por Cancio Meliá fue publicada bajo el título “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?” en JAKOBS, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, 2000, pp. 43 a 60.
- EL MISMO (1995), «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” Prinzipiendenken», *ZStW*, (107), pp. 843 y ss., (849).
- EL MISMO (1992), *Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie*, Beck, München, *passim*.
- EL MISMO (1976), *Schuld und Prävention*, Mohr, Tübingen, p. 11.

- EL MISMO (2008), *Norm, Person, Gesellschaft*, 3^a ed., Duncker & Humblot, Berlin, p. 107.
- EL MISMO (2004), *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Schöningh, Paderborn, p. 26.

KREß, C. (2006), «Claus Roxins Lehre von der Organisationsherrschaft und das Völkerstrafrecht», *Festgabe für Claus Roxin zum 75. Geburtstag*, GA, (153), pp. 304 y ss., 307.

LESCH, H. (1999), *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Heymann, Köln, *passim*.

NAKA, Y. (1989), «Der Strafgrund des Versuchs» en HIRSCH/WEIGEND, *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Duncker & Humblot, Berlin, *passim*.

PAWLIK, M. (2007), «Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter? Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht» en DANNECKER (ed.), *FS-Otto*, Heymann, Köln, pp. 133 y s., (147).

PUPPE, I. (1999), «Strafrecht als Kommunikation» en SAMSON (ed.), *FS-Grünwald*, Nomos, Baden-Baden, pp. 469 y ss.

RÖNNAU, T. (2006), «Comentario previo al § 32» en Von HEINRICH et al. (eds.), *Leipziger Kommentar zum StGB (LK)*, 12^a ed., Nm. 252 y ss.

ROXIN, C. (2006), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. 1, 4^a ed., Beck, München, *passim*.

- EL MISMO (1970), «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht» en BARTH (ed.), *FS-Honig*, Schwartz, Göttingen, pp. 133 y ss.
- EL MISMO (1973), *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, de Gruyter, Berlin, pp. 123 y ss.
- EL MISMO (2007), «Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs» en MÜLLER-DIETZ (ed.), *FS-Jung*, Nomos, Baden-Baden, pp. 829 y ss.
- EL MISMO (2009), «Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts» en HASSEMER (ed.), *FS-Volk*, Beck, München, pp. 601 y ss.
- EL MISMO (2008), «Buchbesprechung: Christoph J. M. Safferling: Vorsatz und Schuld. Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht», *JZ*, p. 988.
- EL MISMO (2005), «Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?» en JÖRG, (ed.), *FS-Eser*, Beck, München.

SACHER, M. (2006), «Systemtheorie und Strafrecht», *ZStW*, (118), pp. 547 y ss.

SAFFERLING, C. J. M. (2008), *Vorsatz und Schuld. Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, *passim*.

SCHÜNEMANN, B. (2001), «Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft» en SCHÜNEMANN (ed.), *FS-Roxin*, Gruyter, Berlin, pp. 1 y ss. (14).

- EL MISMO (1995), «Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland» en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, pp. 49 y ss, (50 y s.).
- EL MISMO (1995), «Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft», *GA*, pp. 201 y ss. (217 y ss.).

SCHNEIDER, H. (2004), *Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus*, Duncker & Humblot, Berlin, p. 271.

SCHROEDER, F.C. (2003), «Die Genesis der Lehre von der objektiven Zurechnung» en KARRAS (ed.), *FS-Androulakis*, Ekdoseis Ant. N. Sakkoula, Atenas, p. 668.

SINN, A. (2007), *Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten. Zurechnung und Freistellung durch Macht*, Mohr Siebeck, Beck, *passim*.

STÜBINGER, S. (1993), «-Nicht ohne meine Schuld;- Kritik der systemtheoretischen Reformulierung des Strafrechts am Beispiel der Schuldlehre von Günther Jakobs», *Kritische Justiz: Vierteljahresschrift für Recht und Politik*, (26), p. 33.

STRATENWERTH, G. (2007), «Sachlogische Strukturen» en PAWLIK (ed.), *FS-Jakobs*, Heymann, Köln, pp. 663 y ss.

WALTER, T. (2006), *Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, Mohr Siebeck, Tübingen, *passim*.

WELZEL, H. (1966), «Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre», *JuS*, pp. 421 y ss.

YAMANAKA, K. (2008), *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Japan*, (inédito).

- EL MISMO (2008), *Strafrechtsdogmatik in der japanischen Risikogesellschaft*, Nomos, Baden-Baden, *passim*.
- EL MISMO (1984), *Kausalität und Zurechnung im Strafrecht*, (en japonés), *passim*.
- EL MISMO (1997) *Die Lehre von der objektiven Zurechnung im Strafrecht*, (en japonés), *passim*.
- EL MISMO (-) «Die Lehre von der objektiven Zurechnung in der japanischen Strafrechtswissenschaft» en *Gedächtnisschrift für Wasek*, (pendiente de publicación).