

ROXIN, Claus, *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal, primera edición, trad. de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, Barcelona, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., 1992, 143págs.*

En una magnífica obra, el distinguido y muy representativo catedrático alemán Claus Roxin, nos introduce al mundo de la política criminal como él la concibe, no como un problema nacional, sino como tarea común de todos los Estados que se esfuerzan por la configuración de una sociedad moderna, liberal y social.

En líneas generales este libro constituye un cuerpo teórico homogéneo, sólido y sistemático, congruente con la manera de pensar de Roxin en que los principios dogmáticos son de tal relevancia práctica como la del sistema de consecuencias jurídicas. Cuerpo teórico, punto de partida de una dogmática penal orientada político criminalmente en la configuración de principios superiores. Indudable muestra de elaboración muy profunda que caracteriza las obras alemanas de gran repercusión en el mundo penal.

La gama de conclusiones que ofrece esta traducción de 1992, debe tenerse en cuenta en cualquier programa serio de política criminal y de estudio del delito.

Obra de cuya traducción al español se dispone, gracias a los catedráticos Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, quienes con claridad y certeza plasmaron los conceptos del jurista alemán.

La obra consta de cinco apartados cuyo tratamiento es el siguiente:

i. El primero se refiere a *Los últimos desarrollos de la política criminal*, en torno a la cuestión de cómo debe procederse con personas que han infringido las reglas básicas de la convivencia social, dañando o poniendo en peligro a los individuos o a la sociedad. El autor da su propio punto de vista sobre la base de los desarrollos más recientes en política criminal, hablando sobre todo de la situación alemana.

Con un recorrido de lo que ha significado la teoría de la retribución hasta inicios de los años sesenta, explicando que ésta olvida las concepciones que parten de la significación social del delito, el autor indica cómo esta teoría quedó postergada en Alemania Occidental por no dar a la ejecución penal ningún contenido aceptable, pues el criminal deja el establecimiento penitenciario más peligroso y más inadecuado que como ha entrado. Ante este panorama y con vistas a un desarrollo internacional de la política criminal se impuso en Alemania, en la segunda

mitad de los años sesenta, un cambio de dirección, la de la prevención especial en la forma de resocialización a través de establecimientos social terapéuticos. Pero esto sólo es historia, pues esta tesis se vino abajo, en palabras de Roxin: "cayó internacionalmente en crisis". Así, en 1984, en la República Federal Alemana, la normativa correspondiente no entró en vigor y sólo en situaciones excepcionales se lleva a cabo: "Hoy en el marco de la ejecución penal puede llevarse a cabo un traslado a un establecimiento socio terapéutico, sólo bajo presupuestos especiales y estrictos" (p. 15).

Roxin presenta las objeciones que la doctrina ha planteado en torno a esta posición resocializadora. En primer lugar, que el Derecho Penal debe orientarse a la protección de la sociedad, a la culpabilidad del autor y a su justa retribución, pero no a través de una política criminal que establezca déficit de socialización y atienda a las necesidades del autor. En segundo lugar se refiere a que el hecho punible no tiene su causa en debilidades individuales o en la culpabilidad del autor, sino en las condiciones sociales. En tercer lugar está el argumento en contra de las penas de duración indefinida que conllevan un derecho penal de tratamiento. En cuarto lugar se piensa que si la terapia está al servicio de la rehabilitación del autor, un consentimiento en estos casos no es necesario. En quinto lugar se ha sostenido que para un derecho penal resocializador no hay recursos disponibles. En sexto lugar está la objeción, que Roxin califica de⁴ "simple e impresionante". Hay quienes piensan que⁴ "todos los esfuerzos de resocialización que hasta ahora se han llevado a la práctica han sido tan faltos de bondad como de éxito" (p. 20).

Por supuesto, Roxin hace un cuestionamiento a estas objeciones y lo presenta en tres estadios en los que resume las objeciones políticas generales, las políticas criminales especiales y las prácticas. Son objeciones a las objeciones a la teoría resocializadora.

En primer lugar, para él no se puede comprender por qué el mero encierro va a resultar algo mejor que lo que podría resultar una oferta socio terapéutica, en tanto que la retribución es perseguida por el autor como una venganza ordenada por el Estado y como una humillación. Por el contrario, si el autor es vuelto a conducir al camino del derecho, estará necesariamente vinculado con un reconocimiento del orden jurídico y esto puede estabilizar su fidelidad a la norma mucho más que un derecho represivo que aumenta el número de asociales. En segundo lugar destaca que las objeciones a la pena indeterminada y al tratamiento coactivo no son nada nuevo, y que en la mayoría de los países europeos ya han sido consideradas desde hace mucho tiempo.

En tercer lugar, en contra del argumento que señala que un tratamiento resocializador no es financiable, Roxin señala que un autor resocializado ahorra a la sociedad los graves daños que su permanente reincidencia hubiere causado y señala, además, que este argumento en contra se debe en parte al estado de los establecimientos penitenciarios americanos (p. 26).

Por supuesto, para Roxin esta política criminal resocializadora está dentro de las fronteras del principio de culpabilidad y sobre la base de la libre determinación del autor, y en ella cabe inclusive la reparación en el ámbito de la pequeña y mediana criminalidad (p. 28).

2. El segundo de los temas es *Sobre la significación de la sistemática y dogmática del Derecho Penal*. Bajo este rubro Roxin intenta demostrar que la dogmática jurídico penal no es un juego artificial intelectual sin mayor significación práctica y lo logra al abordar la función de la dogmática jurídico penal y sus problemas metódicos.

Para él la política criminal es la fuente de la construcción penal conceptual y sistemática y trata este aspecto con base en la teoría del tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad. Respecto a esto último menciona que: "en aras de la libertad ciudadana, el principio de culpabilidad constituye el límite absoluto de todos los objetivos preventivos generales y especiales" (p. 47).

En el tipo, el hecho se valora bajo el punto de vista de la necesidad penal. En la antijuridicidad se resuelve la necesidad concreta de pena del hecho, de acuerdo a la inclusión de todas las circunstancias de la situación dada.

3. El tercer tema es *Cuestiones básicas de la teoría del injusto*. Aborda cuatro ámbitos problemáticos:

En la 'víctima dogmática e injusto material' define la victimología como: "la teoría criminológica de la influencia del comportamiento de la víctima en la delincuencia" (p. 65). Se plantea principalmente qué efectos tiene para el injusto una corresponsabilidad de la víctima en los hechos, para saber si ello puede llevar a una exclusión del tipo o de la antijuridicidad.

En el "Injusto y ámbito indiferente al derecho" trata los problemas que surgen para la dogmática jurídico penal cuando hay "que reconocer un ámbito indiferente al derecho previo a los tipos. Así, Roxin ejemplifica con la figura del suicidio, al considerarlo 'ni como permitido ni prohibido', ubicándolo en el ámbito de indiferencia al derecho, y de ello deducir consecuencias jurídicas para el caso de una salvación contra la voluntad del afectado. Pero esto no es posible en el ámbito del injusto, pues un comportamiento es valorado como típico cuando está presente la lesión a un bien jurídico: 'No es posible reconocer un ámbito de indiferencia después del tipo' (P-77).

En "Sistematización de las causas de justificación" menciona las dificultades que se tienen para plantear una tal sistematización. Por un lado, un principio omnicompreensivo se debe a la idea de que todas las causas de

justificación pretenden la correcta regulación social de intereses en conflicto (p. 82). Por otro lado, que una estructuración amplia de las categorías de justificación sólo es posible a través de un planteamiento pluralista y esto no es posible mediante la sistematización en un contenido cerrado. "En razón de la multiconfiguración y cambios de la vida social, ciertamente un *numerus clausus* de los principios de regulación determinantes es tan poco posible como una sistematización cerrada de las causas de justificación" (p. 82).

4. El cuarto tema es: *Sobre la culpa en el Derecho Penal*.

Roxin sostiene que la culpa, conforme a la más reciente

concepción en Alemania, y casi unánime, es un problema del tipo. Señala que en ella falta la contravención al deber de cuidado, cuando el autor no ha producido desde el principio ningún peligro relevante jurídicamente. Despierta interés su idea sobre la lesión del deber de cuidado, pues afirma que éste no conduce más allá de los criterios generales de imputación, y así vale la pena presentar y reflexionar en sus palabras: 'La característica de la lesión del deber de cuidado no conduce más allá de los criterios generales de imputación. Es más vaga que éstos y, por eso superflua, pues despierta la impresión como que el delito de comisión culposa consiste en la omisión del cuidado debido, lo que está cerca de la inversión falsa en un delito de omisión; al autor no se le reprocha que haya omitido algo, sino que haya creado un peligro no cubierto por el riesgo permitido y el fin de protección de la norma, que se ha plasmado en un resultado típico' (p. 92).

5. El quinto tema es: *Sobre la culpabilidad en el derecho penal*.

En un recorrido por la evolución del concepto de culpabilidad, menciona cómo el conocimiento psicológico de culpabilidad fue sustituido en el primer decenio de este siglo a través del concepto normativo de culpabilidad.

Se refiere a la culpabilidad como un presupuesto decisivo de responsabilidad jurídico penal, "aunque no el único" (p. 120). Cuestiona el 'poder actuar de otra manera', como el abandono del punto de partida de que al autor tiene que serle posible una decisión libre y no en función de la capacidad de otra persona y de la que carece el autor.

Cuestiona la culpabilidad como 'tener que responder por el propio carácter'; ve en este contenido una paradoja. No se puede asignar a alguien culpabilidad por su disposición caracterológica respecto de la cual no es culpable, y nada puede hacer (p. 129).

Orienta la culpabilidad al plano psíquico: 'Cuando la posibilidad de dirección psíquica que está dada en la mayoría de las situaciones en los adultos sanos, estaba presente en el caso concreto' (p. 136). Roxin indica que no se trata de una hipótesis indemostrable, sino de un dato de las ciencias de la experiencia. En suma, esta obra constituye una gran aportación a la ciencia jurídico penal.