

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, "Realidad, principios, utilidad y sistema en Roxin", *Nuevo Foro Penal*, 98, (2022).

Realidad, principios, utilidad y sistema en Roxin

Reality, principles, utility and system in Roxin.

Fecha de recepción: 25/03/2022. Fecha de aceptación: 18/04/2022

DOI: 10.17230/nfp18.98.1

JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS*

Resumen

El presente estudio realiza una descripción crítica del sistema teleológico-funcional de Claus Roxin. Se muestra que se trata de un sistema que somete a la realidad sobre la que incide a un fuerte condicionamiento axiológico. Por otra parte, entre los valores implicados no predominan las directrices, esto es, valores finales o utilitarios, sino principios en sentido estricto, guiados por razones de corrección. En correspondencia, un análisis del contenido atribuido a las diversas categorías del delito pone de manifiesto que la teoría de los fines de la pena no es la referencia fundamental del citado sistema de responsabilidad. Por último, el sistema de responsabilidad penal roxiniano constituye una relativización del pensamiento sistemático a favor del pensamiento tópic.

Abstract

This study carries out a critical description of Roxin's functional-teleological system of criminal responsibility. It is a system where facts are subject to a strict axiological frame. Among the values involved, principles strictly speaking, based on corrections grounds, are predominant against directives, that is to say, finalist or utilitarian values. Correspondingly, the contents ascribed to the diverse categories of the theory of crime shows that the theory of punishment is not the essential reference of the above-mentioned system of criminal responsibility. Finally, the Roxin's system means a serious play-down of the systematic thought in favor of a topical approach.

* Catedrático de derecho penal. Universidad de Málaga.

Palabras clave

Sistema teleológico-funcional, Roxin, principios, utilidad, fines pena, tópica.

Keywords

Functional-teleological system, Roxin, principles, usefulness, theory of punishment, topics.

Sumario

Introducción. **I.** Realidad y valores. **II.** Principios y directrices. **III.** Principios y directrices en la estructura categorial del sistema de responsabilidad: **1.** El tipo. **2.** La antijuricidad. **3.** La culpabilidad / responsabilidad. **4.** La punibilidad. **5.** Consideraciones finales. **IV.** Sistema y caso. **V.** Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

El sistema teleológico-funcional de responsabilidad penal de Roxin constituye una de las grandes creaciones de la dogmática jurídico-penal moderna. Está fuera de duda la gran acogida y difusión que han tenido sus planteamientos.

Objetivo del presente estudio es llevar a cabo una descripción crítica de algunas de sus decisiones fundamentales. Hablo de descripción crítica, y no de análisis crítico, pues lo que pretendo es reflexionar sobre la verdadera naturaleza de sus elementos constitutivos más característicos. En consecuencia, no aspiro a manifestar las, numerosas, coincidencias ni las discrepancias con las opciones metodológicas y axiológicas adoptadas por nuestro autor, por más que algunas se puedan traslucir de mis afirmaciones.

1. Realidad y valores.

1. Roxin ha afirmado en diversas ocasiones que su modelo de responsabilidad penal constituye un ulterior desarrollo del sistema neoclásico neokantiano¹. Ese

1 Véase ROXIN, CLAUS, Nachwort, en: del mismo, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Auflage, Berlin: Walter de Gruyter, 1973, pp. 48-49; del mismo, *Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik*, en: Dölling, D, hrg, *Ius Humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrechts. Festschrift für E.J. Lampe zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker und Humblot, 2003, p. 429; del mismo, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Auflage, München: C.H. Beck, 2006, pp. 204-206, 231, con algún matiz (Hay traducción de la segunda edición alemana, Luzón Peña, D, Díaz García. Conlledo, M, de Vicente Remesal, J, Madrid: Civitas, 1997).

avance lo logra superando las remisiones genéricas o inconexas a valores y a fines, frecuentes en esa corriente sistemática², mediante la asignación a cada una de las categorías del delito de uno o varios criterios valorativos que las legitiman, permiten su diferenciación y desarrollo sistemático, y las someten a una tensión constante a los efectos de obtener los fines pretendidos por cada una de ellas³. Y es que, no sólo cualquier sistema de responsabilidad penal ha de estar en condiciones de determinar los elementos de imputación a partir de criterios valorativos, sino que el conjunto del derecho penal ha de estar diseñado de modo que satisfaga las metas sociales y políticas asignadas⁴.

Esta aproximación metodológica especialmente atenta a satisfacer valores y lograr fines contrasta en su opinión, y como reiteradamente se ocupa de recordar, con los métodos causalista y finalista, prisioneros de conceptos ontológicos apriorísticos que les hacen insensibles en buena medida a los valores y fines a salvaguardar y

Coinciden sustancialmente con ese juicio de Roxin, entre otros, AMELUNG, KURT, "Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin", en Schünemann, Bernd, comp. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid: Tecnos, 1991, pp. 94-95; SCHÜNEMANN, BERND, "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", en: Schünemann, comp. *El sistema*, cit, pp. 64, 67; SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona: JM Bosch, 1992, pp. 67, 369-370.

Escéptico sobre el avance que supone la construcción sistemática Roxiniana respecto a la del neoclasicismo, ORTIZ DE URBINA GIMENO, IÑIGO, "Roxin y la dogmática político-criminalmente orientada", en Miguel Ontiveros, Mercedes Peláez, coords, *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. Libro en homenaje a Claus Roxin*, T.I, Ciudad de México: Instituto nacional de ciencias penales, 2003, pp. 430-433; del mismo, "La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo", en Emilio Octavio de Toledo y Ubieta, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio, Cortés Bechiarelli, coords, *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia: Tirant, 2004, p. 889.

- 2 Véase ROXIN, CLAUS, *Política criminal y sistema del derecho penal*, traducc. Muñoz Conde, F, Barcelona: Bosch casa editorial, 1972, pp. 35-37; del mismo, Nachwort, cit, pp. 48-49; del mismo, *Strafrecht*, cit, p. 206.
- 3 Resulta difícil seleccionar los pasajes más representativos de esta propugnada orientación a valores y a fines de las categorías delictivas y del sistema de responsabilidad penal en general. Basten las siguientes: ROXIN, *Política criminal*, cit, pp. 27-78; del mismo, *Nachwort*, cit, pp. 49-50; del mismo, *Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems*, en Albrecht, HJ, Dünkel, F, Kerner, HJ, et al, hrgs, *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag*, Bd. 2, Berlin: Duncker und Humblot, 1998, pp. 885-893; del mismo, "Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik heute", en Schünemann, Bernd, hrg, *Strafrechtssystem und Betrug*, Herbolzheim: Centaurus Verlag, 2002, pp. 22, 31-37; del mismo, *Normativismus*, cit, pp. 423, 427-429, 433-437; del mismo, *Strafrecht*, cit, pp. 205-207, 221-227, 231-235.
- 4 Véase ROXIN, *Política criminal*, cit, pp. 15-21, 25, 27; del mismo, *Zur kriminalpolitischen*, cit, p. 885; del mismo, *Kriminalpolitik*, cit, 27-31, 35-36; del mismo, *Normativismus*, cit, pp. 430-431; del mismo, *Strafrecht*, cit, 234-235.

lograr con la intervención penal⁵. Y en ese sentido, insistirá cada vez más, son menos aptos para garantizar la protección de las libertades individuales frente al excesivo intervencionismo estatal⁶.

Eso no quiere decir que la realidad sobre la que ha de incidir el derecho penal en general, y el sistema de responsabilidad en particular, deba ser preterida. Pero el *material jurídico (der Rechtsstoff)*, como él denomina con frecuencia a la realidad social objeto de la intervención penal, ha de considerarse una vez que la estructura valorativa y final diseñada para abordarla está configurada de manera sustancial. Lo que no obsta a que esa realidad acabe teniendo, al momento de aplicar el derecho, una cierta influencia en esa misma estructura⁷.

2. Es un postulado indiscutible, no necesitado de mayor aclaración, que la configuración del derecho penal, de sus contenidos de tutela, de las exigencias establecidas para determinar la responsabilidad penal y para verificarla, y del sistema de sanciones y su ejecución, debe estar edificada sobre un conjunto complejo de decisiones valorativas. En ese sentido, la contribución de Roxin se ha de considerar un notabilísimo avance en la dilucidación de los criterios valorativos que deben guiar al derecho penal en general, y al sistema de responsabilidad penal en particular.

Ahora bien, como se ha visto en el subapartado anterior y se seguirá observando en otros pasajes de este estudio, la contribución de Roxin no se limita a enriquecer los contenidos valorativos del derecho penal. Las propuestas roxinianas se construyen explícitamente en contraste con otras propuestas metodológicas. Y ese contraste reside justamente en que el enfoque metodológico de Roxin no se sienta en principio tan estrechamente vinculado a la realidad natural, psicológica y social sobre la que vierte el derecho penal su complejo entramado valorativo. A diferencia de otros enfoques metodológicos, él parte de una estructura valorativa previa, plenamente configurada y que progresa hasta los últimos intersticios del sistema de responsabilidad penal. Esa estructura solo tendrá que experimentar

5 Véase ROXIN, *Política criminal*, cit, pp. 34-38; del mismo, *Zur kriminalpolitischen*, cit, p. 886-888; del mismo, *Kriminalpolitik*, cit, pp. 27-32; del mismo, *Normativismus*, cit, p. 423-429, 436; del mismo, *Strafrecht*, cit, pp. 204-206, 234-235.

6 Véase, ROXIN, *Nachwort*, cit, pp. 45-46; del mismo, *Kriminalpolitik*, cit, p. 32; del mismo, *Normativismus*, cit, pp. 431, 433-436.

7 Véase ROXIN, *Kriminalpolitik*, cit, pp. 37-38, 42; del mismo, *Normativismus*, cit, pp. 427-429, 436-437. Estas últimas afirmaciones sobre la relación entre la estructura normativa y la realidad del caso precisan de un análisis más detenido, que espero realizar en un inminente trabajo. Con todo, se trata de nuevo el tema en el último apartado de este estudio.

algunos ajustes o complementos secundarios una vez confrontada con el material empírico sobre el que ha de incidir el derecho penal en el momento de la aplicación del derecho al caso concreto. Además, es ese modo de proceder el que le lleva a afirmar la especial idoneidad de su método para asegurar que la intervención penal se integre de forma coherente dentro de un determinado modelo social y político.

En consecuencia, una segunda y ajustada caracterización de la importante contribución de Roxin a las ciencias penales es la marcada normativización que lleva a cabo de los elementos fácticos integrantes del sistema de responsabilidad penal y, por extensión, del resto de los componentes fácticos jurídico-penales⁸, algo que con frecuencia queda sepultado bajo los continuos llamamientos a fines a conseguir, funciones satisfechas, y conceptos político-criminales.

2. Principios y directrices

1. Conviene destacar que esa fuerte carga axiológica del sistema de responsabilidad penal de Roxin es un nítido contrapunto a enfoques descriptivos, ontológicos, si se quiere. Pero no significa en modo alguno una aproximación predominantemente utilitaria en la construcción del sistema de responsabilidad penal y del derecho penal.

Puede parecer sorprendente afirmar tal cosa de un sistema que se autodenomina racional-final, teleológico, políticocriminal-teleológico o funcional, denominaciones todas ellas compatibles entre sí así como con su calificación como orientado en valores⁹. Teniendo en cuenta que tales términos van referidos a un ordenamiento jurídico, todos ellos hacen referencia a lo que en la teoría de los enunciados jurídicos se consideran *directrices* o normas programáticas, esto es, normas que estipulan la obligación de perseguir determinados fines. En nuestro caso, la pretensión de lograr determinados efectos sobre los ciudadanos y la sociedad mediante el derecho penal, y la necesidad de acomodar el sistema de responsabilidad penal a esa pretensión. Por consiguiente, estamos indudablemente ante criterios utilitarios¹⁰. No hay, sin

8 Un temprano reconocimiento de este hecho, luego generalmente aceptado, en SCHÜNEMANN, BERND, "Strafrechtssystem und Kriminalpolitik", en K, Geppert, J, Bohnert, R, Rengier, hrgs. *Festschrift für Rudolf Schmidt zum 70. Geburtstag*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1972, p. 125.

9 Véanse términos empleados por Roxin para calificar su sistema, como: *Zweckrationales (funktionales) Strafrechtssystem, teleologisch-kriminalpolitischer Systementwurf, kriminalpolitisch-teleologischer (funktionaler) Systementwurf, Wertungorientiertes System, teleologisch-kriminalpolitische Verbrechenlehre*, entre otros lugares, en Roxin, *Zur kriminalpolitischen* cit, p. 886; del mismo, *Strafrecht*, cit, pp. 205, 221, 232, 234.

10 No creo que proceda ahora detenerse en la distinción entre fin y función, conceptos ambos utilizados

embargo, alusiones en esas denominaciones generales de su sistema a lo que esa misma teoría entiende como *principios en sentido estricto*, esto es, normas que estipulan la obligación de respetar los valores superiores del ordenamiento jurídico o de un sector de él, valores vinculados a una determinada forma de vida o sistema de creencias. En nuestro caso, la necesidad de respetar en toda intervención penal ciertos valores socialmente arraigados, al margen de los efectos que su respeto dé lugar sobre los ciudadanos y la sociedad. Son criterios guiados por razones de corrección, no por razones utilitarias¹¹.

Es más, los trabajos de Roxin sobre el sistema de responsabilidad penal, y sobre el derecho penal en general, están llenos de pronunciamientos explícitos sobre el enfoque utilitario adoptado. No se trata simplemente de construir un derecho penal o un sistema de responsabilidad ajustado a los fines que pretende, orientado a las consecuencias que puede producir, atento a los efectos reales que se pueden conseguir con las correspondientes directivas¹². En realidad, se trata de un enfoque utilitario mucho más específico, que aspira a estructurar todo el derecho penal en torno a los efectos preventivos de la delincuencia que se pueden conseguir con la pena. A tal propósito, reclamará que la teoría de los fines de la pena no quede confinada en el ámbito del sistema de sanciones o de su ejecución, ni siquiera en el campo de la determinación de la pena, y que impregne todo lo concerniente a la fundamentación de esta, es decir, al sistema de responsabilidad penal. La capacidad estructuradora, fecundidad, precisión y eficacia de la teoría de los fines de la pena la convierten en el instrumento privilegiado de configuración del sistema de responsabilidad penal. Solo más allá de la culpabilidad, en lo que muchos entienden como la última categoría del delito, la de la punibilidad, los fines de la pena no ofrecen el criterio determinante de utilidad, y debe acudir a otras referencias¹³.

de modo indistinto por nuestro autor. Baste decir que en nuestro contexto por fin se entiende aquellos efectos sociales que se pretenden o buscan al poner en marcha determinadas actuaciones sociales, mientras que por función se entienden los efectos sociales que se producen necesariamente o con frecuencia a partir de esas actuaciones sociales, sean queridos o no. Véase DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, El derecho penal simbólico y los efectos de la pena, en del mismo, *Política criminal y derecho penal. Estudios.T.1*, 3ª edic, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 52, con ulteriores referencias bibliográficas.

11 Sobre los diversos tipos de enunciados jurídicos, y en especial sobre el concepto de *principio*, su división entre *directriz* y *principio en sentido estricto*, siendo la primera un valor utilitario fundado en razones finalistas, y el segundo un valor último fundado en razones de corrección, véanse ATIENZA RODRÍGUEZ, MANUEL, RUIZ MANERO, JUAN, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona: Ariel, 1996, pp. 1-25, 177-185.

12 Véanse formulaciones generales en ese sentido, entre otros lugares, en ROXIN, *Kriminalpolitik*, cit, p. 44; del mismo, *Strafrecht*, cit, p. 233

13 Véase ROXIN, *Zur kriminalpolitischen*, cit, pp. 889-891, 894-896; del mismo. *Kriminalpolitik*, cit, pp. 22-23, 25, 26, 29, 31, 44; del mismo, *Strafrecht*, cit, pp. 205-206, 227, 1043, 1046. Vincula a este

2. Sin embargo, un análisis más detenido de las novedades introducidas por Roxin en la estructura categorial del sistema de responsabilidad penal permite captar que el notable enriquecimiento valorativo que nuestro autor lleva a cabo no pivota de forma exclusiva, tampoco predominante, en torno a fines o funciones, ni siquiera los ligados a la teoría de los fines de la pena. La valiosa aportación de Roxin a la reconfiguración de la teoría jurídica del delito consta en gran medida de aportaciones que se mueven en el campo de los principios en sentido estricto, sin connotaciones utilitarias. Además, se aprecia en su pensamiento una tendencia cada vez más marcada a primar estos últimos componentes¹⁴. Lo vamos a ver a continuación.

enfoque el programa del Proyecto alternativo, en Frank von Liszt y la concepción políticocriminal del Proyecto alternativo, en Roxin, Claus, Problemas básicos del derecho penal, Madrid: Reus, 1976, pp. 45-52.

Podríamos hacer numerosas referencias a autores estrechamente vinculados al sistema teleológico-funcional de Roxin que coinciden en que su novedosa aportación al sistema de responsabilidad penal reside en la acomodación de las categorías del delito a la teoría preventiva de los fines de la pena, con el objetivo de lograr una efectiva protección de los bienes jurídicos. Baste citar, por todos, abarcando un amplio espacio de tiempo, SCHÜNEMANN, Strafrechtssystem, cit. (1972), pp. 125-127, 132-134; DÍAZ GARCÍA-CONLEDO, MIGUEL, Verteidigung der (guten) Dogmatik, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 167 Jahrgang, 4/2020, p. 208.

- 14 Debido a la desmesurada acepción del término *teleológico* que emplea Silva Sánchez, la cual aúna efectos sobre la realidad empírica, efectos lógico-sistemáticos y efectos de correspondencia con principios (Silva Sánchez, *Aproximación*, cit. pp. 116-118, 366-367), este autor ha podido defender, no sin algunas vacilaciones, que la denominación que Roxin da a su sistema permite abarcar dentro de aquella tanto directrices como principios (Silva Sánchez, *Aproximación*, cit. pp. 67-70, 72, 147-148, 367, 369-372; del mismo, "Política criminal en la dogmática: Algunas cuestiones sobre su contenido y límites", en: del mismo, ed. *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona: JM Bosch, 1997, pp. 19-23; del mismo, "Reflexiones sobre las bases de la política criminal", en José Cerezo Mir, Rodrigo Fabio Suárez Montes, et al. *El nuevo código penal. Presupuesto y fundamentos. Libro homenaje al profesor doctor Ángel Torío López*, Granada: Comares, 1999, p. 212).

Como vamos a ver a continuación, es cierto que Roxin finalmente ha escogido cada vez con más frecuencia principios en sentido estricto para dar cuenta de su sistema, pero no se puede olvidar que la autodenominación persistente de su sistema como *teleológico-funcional* o expresiones semejantes alude directamente a un conjunto de directrices que persiguen unos fines, más en concreto, los fines de la pena. También es cierto que Silva Sánchez, por el contrario, aun manteniendo ese plurisemántico término *teleológico* -no por casualidad sustituido en ocasiones por *teleológico-valorativo* (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit. pp. 66, 67, 147)-, ha legitimado desde un principio su propio sistema, con acierto, tanto en la obtención de fines preventivos como en el respeto de determinados principios sustanciados en el conjunto de garantías penales y procesales (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit. *passim*). Pero este no es el caso de Roxin, que ha llegado a tal conclusión, nunca suficientemente explicitada -probablemente por el frecuente uso del perturbador término *político-criminal*- tras una larga evolución de la que ahora nos vamos a ocupar.

Por su parte, MOCCIA, SERGIO, "Función sistemática de la política criminal", en Bernd Schünemann, José Figueiredo Dias, coords, Jesús María Silva Sánchez, ed. *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal. Libro homenaje a C. Roxin*, Barcelona: JM Bosch eds 1995, pp. 73-76, 80-81, 89-

3. Principios y directrices en la estructura categorial del sistema de responsabilidad.

1. El tipo.

Así, si consideramos la evolución de su pensamiento en torno a la categoría del tipo o tipo de lo injusto¹⁵ es fácil apreciar cómo tres elementos valorativos intercambian su protagonismo según las diversas formulaciones generales que hace de esta categoría.

a) En los años 70 del siglo pasado el logro de la seguridad jurídica a través del principio de legalidad constituye el elemento justificador del tipo más característico: Se trata de lograr una descripción del comportamiento prohibido u ordenado lo más precisa posible, de acotar bien el segmento de la realidad social sobre el que se quiere incidir, a cuyos efectos el dolo o los deberes que sirven de base a la imprudencia y la omisión juegan un papel significativo. Con todo, nuestro autor siempre tiene presente que, por muy bien descrito que esté el comportamiento, el tipo precisa para su legitimidad que la descripción de esa conducta se corresponda con los objetivos de tutela perseguidos, es decir, con el bien jurídico cuyo daño se quiere evitar. Eso, en el ámbito de la interpretación, hace que no basta con que la conducta sea subsumible en el tipo, sino que es menester, además, llevar a cabo una interpretación teleológica restrictiva que permita captar de forma comprensiva lo que la norma quiere realmente impedir. Por último, aparece el tercer elemento que se añade a la seguridad jurídica y a la materialidad del daño causado: una formulación típica que respete tales exigencias no solo garantiza los intereses de la libertad de los ciudadanos frente a la intervención penal sino que igualmente facilita esos intereses de intervención al constituirse en una nítida directriz de conducta y satisfacer, por tanto, otro de los elementos legitimadores del tipo, su papel motivador de comportamientos¹⁶.

98, pese a asumir la tesis general de Roxin sobre la teoría de la pena como referencia fundamental del sistema de responsabilidad, puso especial interés, anticipándose al propio Roxin, en corregir su sistema de modo que asegurase que contenidos principales –libertad individual, nocividad social- acompañaran siempre a los contenidos preventivos en cada una de las tres categorías básicas del delito.

15 No me voy a detener en el concepto que maneja de la primera categoría del delito, **la acción**, entendida como acción personal, es decir, como manifestación de la personalidad. En todo caso, conviene destacar que su concepción, sin duda con una fuerte carga valorativa, carece en gran medida de componentes utilitarios, ni siquiera, al menos directamente, en los comportamientos omisivos. Véase ROXIN, *Strafrecht*, cit, pp. 222-223, 256-271; del mismo, *Normativismus*, cit, pp. 424-425.

16 Véase ROXIN, *Política criminal*, cit, pp. 27, 40-41, 43-53, 62-64; del mismo, *Nachwort*, cit, 45-46, 49.

b) El protagonismo de los efectos preventivos y motivadores del tipo se aprecia desde las primeras ediciones de su manual a comienzos de los años 90. En las caracterizaciones generales que hace de cada una de las categorías, el tipo adquiere en principio una cuasi exclusiva función preventivo-general. Su función es poner de manifiesto ante los ciudadanos las conductas que necesitan en abstracto una pena y, de este modo, motivarles a que se abstengan de realizarlas. Para lograr tal cosa, la descripción del comportamiento típico ya no puede descansar sustancialmente sobre elementos ontológicos, sino que estos tienen que ser reinterpretados a la luz de determinadas estructuras valorativas, singularmente la idea del riesgo no permitido en el marco de la imputación objetiva. Es a través de esa estructura valorativa como alcanzamos a identificar la nocividad social de la conducta y, por tanto, estamos en condiciones de activar el efecto motivador del tipo. Eso no quiere decir que el elemento de seguridad jurídica haya pasado a ser irrelevante. Por el contrario, si queremos que el efecto motivador abarque todas las conductas deseadas y sea eficaz, necesitamos que la descripción de las conductas típicas sea lo más exhaustiva y precisa posible. Pareciera, pues, que la seguridad jurídica al igual que la atribución de contenido material al tipo son instrumentos que nos aseguran la función motivadora de este.

Sin embargo, un análisis más detenido de sus afirmaciones muestra que el tipo no se agota en su fin preventivo-general. Llama la atención, en primer lugar, que desde el mismo momento que asigna a la seguridad jurídica su papel instrumental de la motivación reconoce que la tarea de determinar con precisión el contenido material de la norma origina inevitablemente tensiones con la finalidad preventivo-general del tipo, algo que sorprende si la seguridad jurídica está al servicio del efecto motivador. El asunto se aclarará en otros lugares cuando afirme que el principio de legalidad no es solo un elemento de la prevención general sino que tiene la misión adicional de establecer límites al *ius puniendi*, dentro de las exigencias propias de un estado de derecho. Pero hay más, pues finalmente afirmará que no hay un único criterio rector del tipo, sino dos: El primero es la necesidad abstracta de pena, en el sentido ya expresado, y el segundo es el principio de culpabilidad, encargado de asegurar que se excluyen imputaciones de resultados, lesivos de bienes jurídicos, fruto del azar¹⁷.

c) En escritos posteriores, la determinación de los contenidos de tutela, esto es, la identificación de la nocividad social del comportamiento gana progresivamente relevancia en la caracterización del tipo, frente al elemento de seguridad jurídica y al elemento preventivo.

17 Véase ROXIN, *Strafrecht*, cit. pp. 207-207, 223-225, 228, 233, 332. 289-291.

Así, nos dirá que, frente a las meras manifestaciones ópticas, la valoración constitutiva del tipo es el riesgo no permitido en el marco de la imputación objetiva. Mediante este concepto valorativo se conecta de manera directa a la categoría con lo político-socialmente inaceptable para el individuo y la sociedad, así como con los datos de la realidad que en consecuencia se han de abarcar¹⁸. En otro lugar sostendrá que el tipo tiene como primer criterio rector el principio de legalidad, que ha de diferenciar bien entre delitos dolosos o imprudentes y entre los diferentes componentes de la omisión, el dolo, la autoría o la participación. Luego, para una correcta delimitación del tipo resulta imprescindible la teoría de la imputación objetiva, la cual asegurará que no se va más allá de realizaciones de riesgo no permitido, para lo que hay que atender a los efectos sociales nocivos de ciertas conductas. De este modo el tipo cumple la función jurídico-penal de proteger al individuo y a la sociedad de riesgos político-socialmente insoportables. Ello no impide que las necesidades preventivas deban estar presentes en la configuración e interpretación teleológica de los tipos, por más que esa tarea descansa sobre todo en la categoría de la culpabilidad¹⁹. En otras ocasiones, por más que recuerda, programáticamente, que la tarea del tipo es ser una directiva de conducta, concentra todo su interés en destacar que ni el principio de legalidad ni la referencia ontológica a la causalidad están en condiciones de suministrar el criterio rector que permita configurar materialmente el tipo. Solo mediante el concepto del riesgo no permitido, a través de la imputación objetiva, somos capaces de identificar la nocividad social de la conducta, los riesgos insoportables para los bienes jurídicos que queremos proteger²⁰.

d) En suma, hay tres elementos constitutivos del tipo que mantienen una presencia significativa a lo largo de toda la evolución del pensamiento del autor. Solo uno de ellos alude a los fines de la pena. Es cierto que ha intentado en diferentes momentos vincular estrechamente los dos restantes con este último. Pero el elemento de la seguridad jurídica, predominante inicialmente, ha terminado adquiriendo una misión diferenciada y hasta cierto punto opuesta al de la prevención general. Por su parte, el de la nocividad social, en ocasiones bien apoyado en el de seguridad jurídica, ha alcanzado en los últimos tiempos el papel más relevante. A un cuarto elemento, el principio de culpabilidad, también desconectado de la teoría de los fines de la pena, se le asigna igualmente una cierta función en el desempeño de la categoría.

18 Véase ROXIN, Zur kriminalpolitischen, cit, pp. 886-888.

19 Véase ROXIN, Kriminalpolitik, cit, pp. 22, 23-24, 31-34, 45.

20 Véase ROXIN, Normativismus, cit, pp. 432, 433-434,

2. La antijuricidad.

Es cierto que la categoría de la antijuricidad, en cuanto inserta en el concepto más amplio de injusto, ha de considerarse vinculada a las pretensiones del tipo²¹. No obstante, cuando se comprueba la aportación específica que nuestro autor atribuye a esta categoría se observa que está abocada fundamentalmente a verificar de un modo más complejo que el tipo la nocividad social de la conducta prohibida.

a) En efecto, en sus escritos de los años 70 la antijuricidad está centrada en resolver de la manera más justa posible conflictos valorativos socio-políticos cuya complejidad escapa a las prestaciones del tipo. Mediante un uso limitado de criterios ordenadores, que recogen intereses procedentes de cualquier sector del ordenamiento jurídico, se trata de precisar mejor la utilidad o dañosidad social de la conducta formulada en el tipo, en último término, su nocividad social. El elemento de la seguridad jurídica tiene una cierta función en esta categoría, pero ya no es la de describir adecuadamente la conducta prohibida, algo que ya habrá hecho el tipo, sino la de diferenciar adecuadamente los diversos grupos de casos que han salido a la luz a partir de esos criterios ordenadores valorativos. De ahí que diga que el principio de legalidad no juega un papel estructural, configurador, de la categoría, que asuma incluso un cierto socavamiento de él, y que limite sus efectos a ser un freno al número y variabilidad de esos criterios valorativos en la medida en que no tengan cobertura legal. Están ausentes referencias específicas a necesidades preventivas, generales o especiales²².

b) En los años 90 la determinación de la nocividad social concreta e insoportable de cada caso se reafirma como el punto de referencia sistemático de la antijuricidad, frente a la formulación abstracta de la dañosidad social que recoge el tipo. Para ello es preciso realizar una ponderación de los intereses contrapuestos presentes, a partir de criterios valorativos bien sistematizados y cuya plural procedencia garantiza la unidad del ordenamiento jurídico. Esa ponderación está en condiciones de decir la última palabra sobre la utilidad o nocividad social de la conducta realizada. Para lograr tal cosa, reitera que el elemento de la seguridad jurídica corporeizado en el principio de legalidad, entendido como correcta subsunción, debe perder protagonismo frente a una correcta clasificación de esos criterios valorativos y una ajustada aplicación a los casos concretos, sin que, en contra de lo sostenido antes, deba impedir la consideración de criterios supralegales. Solo de forma ocasional

21 Véanse formulaciones generales sobre el injusto en ROXIN, *Strafrecht*, cit, pp. 207, 286-292; del mismo, *Normativismus*, cit, p. 432.

22 Véase ROXIN, *Política criminal*, cit, pp. 27-28, 40-41, 55-66, 75; del mismo, *Nachwort*, cit, pp. 46-47, 49.

en la legítima defensa aparece una clara referencia a específicas necesidades preventivo-generales, que serían las que explicarían el segundo fundamento de esta, es decir, el de defensa del ordenamiento jurídico. Además, hay una mención a que en esta categoría se incorporan necesidades preventivo-especiales de imposición de medidas de seguridad, en la medida en que a la nocividad social constatada se añade una peligrosidad del autor insinuada con la realización del injusto²³.

c) No hay variaciones relevantes de esta concepción en formulaciones generales posteriores, más allá de que en alguna se insista en el componente casuista de esta categoría, o se interpreten los límites ético-sociales de la legítima defensa, a partir del segundo fundamento de esta causa de justificación, como derivados de necesidades preventivo-generales²⁴.

d) En suma, la teoría de los fines de la pena tiene una función nítidamente subordinada en esta categoría. Es el elemento de la nocividad social el predominante, tanto frente al de seguridad jurídica como al de necesidades preventivas de pena. La seguridad jurídica asume una tarea clasificatoria de criterios, en lugar de la subsuntiva propia del principio de legalidad, permitiendo en último término que tales criterios sean de carácter suprallegal. El elemento preventivo-general apenas tiene contenido específico en esta categoría, limitado a algún aspecto de una de las causas de justificación, por lo que su presencia solo se asegura de manera indirecta a través de su imbricación, junto con el tipo, en el concepto de injusto. Y la pretensión de introducir referencias preventivo-especiales resulta descontextualizada y poco coherente: Tanto porque el determinante elemento de la peligrosidad del autor, que se ha de añadir de modo ineludible al de nocividad social de la conducta, no forma parte de la antijuricidad, como porque la razón decisiva por la que se interviene sobre el sujeto peligroso no es la conducta antijurídica que ha llevado a cabo.

3. La culpabilidad / responsabilidad.

En esta tarea de desentrañar el peso de los elementos utilitarios frente a los principales en las diversas categorías del delito, la categoría de la culpabilidad, luego llamada categoría de la responsabilidad, ocupa un lugar preferente. Desde sus primeros escritos hasta los últimos nuestro autor reitera afirmaciones comprensivas en las que manifiesta que la teoría de los fines de la pena constituye la genuina justificación de esta categoría. Sin embargo, en lo que sigue vamos a ver cómo

23 Véase ROXIN, *Strafrecht*, cit, pp. 207, 224-226, 227, 229, 233, 289-291, 615-619, 654-655.

24 Véase ROXIN, *Kriminalpolitik*, cit, pp. 32-33, 41-43.

los contenidos utilitarios van paulatinamente perdiendo peso frente a contenidos valorativos basados en principios. A tales efectos, tendremos que prestar atención a los dos componentes fundamentales que atribuye a esta categoría, la capacidad de actuar de acuerdo con la norma y las necesidades preventivas, sin perjuicio de algunas referencias a un componente de seguridad jurídica.

a) En los escritos de los años 70 pone especial interés en resaltar que todos los elementos integrantes de esta categoría están enfocados en la determinación de si existen necesidades preventivo-generales o preventivo-especiales de pena, por más que los fines preventivo-especiales tienden a ganar cada vez más prominencia. Eso vale también para el elemento consistente en la capacidad de actuar conforme con la norma, cuya falta de concurrencia se limitaría a expresar de forma contundente la ausencia de necesidades preventivas. Lo que explica que su autonomía y diferenciación del resto de elementos aparezcan poco resaltadas.

Por lo demás, lo que más interesa a nuestro autor es mostrar cómo, aun existiendo en principio necesidad de pena por darse la capacidad de actuar conforme a la norma, esa necesidad no se consolida en ciertos casos al concurrir otras reflexiones que desactivan la necesidad de prevenir, como en el error de prohibición invencible o el desistimiento en la tentativa. En otros supuestos, como los de error de prohibición vencible o las causas de exculpación, la falta de necesidad de pena es fruto de la combinación entre una previa disminución de la capacidad de actuar conforme con la norma y objeciones de otro tipo a la necesidad de prevención. En cuanto al elemento de la seguridad jurídica, tan importante en el tipo, se ve más bien como un estorbo, pues su estricta observancia impide resolver casos difíciles, de ahí que no le otorgue capacidad configuradora de esta categoría. De hecho, frente a determinados recelos doctrinales, desdeña los riesgos de que una categoría centrada en las necesidades preventivas dé lugar a un excesivo arbitrio judicial o al abuso de cláusulas generales, como la de inexigibilidad, frente a la ventaja de encontrar buenos fundamentos, basados en la teoría de los fines de la pena, a las causas de exculpación²⁵.

b) Desde inicios de los años 90 está bien asentada en su manual la idea de que la categoría de la culpabilidad ha de ser sustituida por la de responsabilidad, pues solo este término está en condiciones de captar cabalmente el doble componente de la categoría. No hay tampoco dudas de que esta categoría tiene como objetivo, se sistematiza y se ha de interpretar de acuerdo a la teoría de los fines de la pena. Lo novedoso, reconocido por el propio autor, es el reforzamiento que lleva a cabo del primer componente de la categoría, el principio de culpabilidad o la culpabilidad

25 Véase ROXIN, *Política criminal*, cit, pp. 40-41, 67-76; del mismo, Nachwort, cit, pp. 47-49.

en sentido estricto, al cual considera en ocasiones el elemento categorial más significativo. Este elemento, que se entiende como la capacidad del autor de motivarse y actuar conforme a la norma, ya no constituye un mero indicador de si existen o no necesidades preventivas. Cuando en ciertos pasajes afirma que la concurrencia de la culpabilidad, siempre que sea precedida del comportamiento antijurídico, ya fundamenta la necesidad de pena, quiere decir que solo tras la concurrencia del injusto culpable nos podemos plantear la imposición de la pena. Pero eso no implica que la culpabilidad aporte específicos contenidos de necesidad de pena. Muy al contrario, reiterará que su concepto de culpabilidad está libre de contenidos preventivos, que en ningún caso se superponen sus contenidos con los del segundo componente de la categoría y mucho menos se disuelven en estos, que ambos componentes categoriales tienen el mismo rango, y que los fines pretendidos con la culpabilidad no pueden ser contradichos por cualesquiera necesidades preventivas de pena.

Por otra parte, el segundo componente de la categoría lo ve recogido fundamentalmente en la concreta configuración legal de las causas de exculpación, en las que la renuncia a la pena, reitera, no se explica simplemente por la disminución de culpabilidad que reflejan, sino que a eso hay que añadir la falta de necesidades preventivas. Con todo, en el tratamiento legal de las causas de inimputabilidad y del error invencible de prohibición son apreciables asimismo reflexiones de necesidad de pena. Por lo demás, las necesidades preventivas a satisfacer en esta categoría son ya sustancialmente preventivo-especiales, jugando las preventivo-generales solo un papel limitador. Y estima contradictorio que se suela reconocer que las consideraciones preventivas deban ser atendidas a la hora de determinar la punición de un comportamiento, y al mismo tiempo se rechace alojar tales consideraciones en la estructura del delito²⁶.

c) A fines de los 90 el autor destaca lo coherente que resulta que, no solo el sistema de sanciones penales, sino igualmente el de determinación y el de fundamentación de la pena deban atender a los fines de la pena y, por consiguiente, a necesidades preventivas, a no ser que queramos persistir en un enfoque retribucionista. Dentro de la fundamentación de la pena atribuye esa tarea en gran medida a la categoría de la responsabilidad, pese a que a uno de los componentes de esta el autor lo aleje cada vez más de ese criterio ordenador. En efecto, la culpabilidad aparece ahora fuertemente ligada a la idea de la libertad individual, sigue desprovista de contenidos preventivos y exige ser constatada antes de proceder a

26 Véase ROXIN, *Strafrecht*, cit, pp. 207-208, 210-211, 226-227, 229, 233, 851-855.

introducir los contenidos utilitarios propios del segundo elemento de la categoría. Por su parte, el componente que atiende a la necesidad de pena se ve enriquecido frente a formulaciones anteriores, sea con la concreción de otras previsiones legales que contienen consideraciones preventivas, como la fijación de la edad mínima para la responsabilidad penal, sea con nuevas propuestas interpretativas inspiradas en los fines de la pena. Es el caso de las conductas propias del autor por convicción o de la desobediencia civil, que una interpretación conforme con la constitución debiera sacar del derecho penal por falta de suficientes razones preventivas, o de las imprudencias insignificantes, cuya falta de necesidad preventiva puede tenerse debidamente en cuenta a través de una cláusula general de inexigibilidad de la que ya no se desconfía. En cualquier caso, ambos componentes categoriales son imprescindibles y se limitan recíprocamente. El componente de seguridad jurídica sigue perdiendo pie dentro de la categoría: Es verdad que, frente a objeciones sobre la imprecisión inherente a las referencias preventivas, nuestro autor replica que, al operar esas referencias siempre con efectos reductores de la responsabilidad, no cuestionan el valor de la seguridad jurídica. En contrapartida, merece destacarse que a la hora de identificar los supuestos de ausencia de necesidades preventivas ya no se acude solo a su reconocimiento legal, sino igualmente a consensos sociales y a la teoría de los derechos fundamentales²⁷.

Ya en el siglo XXI se aprecia fácilmente cómo el componente de la culpabilidad sigue ganando peso dentro de la categoría de la responsabilidad. Ciertamente esta categoría mantiene su referencia general a la teoría de los fines de la pena, y los dos elementos integrantes de ella ya conocidos siguen estando presentes y limitándose recíprocamente. Pero la culpabilidad es ya el elemento más importante de fundamentación de la pena alojado en esta categoría, pena que no se puede imponer sin culpabilidad ni más allá de ella. Se ocupa de salvaguardar las libertades individuales a partir de una adecuada consideración de los datos psicológicos de cada persona y traza los contornos dentro de los que es admisible perseguir fines preventivos. Las pretensiones de disolver su contenido en la prevención atentan contra la dignidad personal, suponen instrumentalizar al individuo e ignoran la ley y la constitución.

En cuanto al segundo elemento de la responsabilidad, las necesidades preventivas, se profundiza en algo que empezó a preocupar en escritos anteriores: dónde fundar la *ausencia* de necesidades preventivas a tener en cuenta en diversos lugares. Junto a supuestos que se estima que tienen nítido apoyo legal en la formulación de las causas de exculpación, en otros casos en que tal apoyo

27 Véase ROXIN, Zur kriminalpolitischen, cit, pp. 889-896.

falta se acude en especial a lo que se considera el efecto expansivo de la teoría de los derechos fundamentales. En consecuencia, una teoría que constituye en sentido estricto un cuerpo teórico de principios, con escasa presencia, si alguna, de directrices o pautas utilitarias, se emplea para concretar la carencia de necesidad de pena del autor por convicción, la desobediencia civil, el desistimiento voluntario de la tentativa y el estado de necesidad exculpante supralegal, Incluso la ya admitida sin reparos causa supralegal de inexigibilidad funda en esa teoría su pretensión de excluir del derecho penal las imprudencias insignificantes²⁸.

Y Un contexto valorativo, antes aparecido ocasionalmente, pasa a primer plano en un escrito posterior, con consecuencias relevantes en la categoría de la responsabilidad. Se trata de encuadrar tanto esta categoría como las constitutivas del injusto en un marco valorativo común, consistente en la búsqueda de un equilibrio entre las necesidades de intervención penal estatal y la salvaguarda de las libertades ciudadanas. Por lo que se refiere a la responsabilidad, se trata de ponderar entre el interés estatal en penar las conductas injustas y el de que eso se haga respetando los principios del estado de derecho. En este contexto, el primer componente de la categoría, la culpabilidad, tiene la misión de limitar un arbitrio que puede llevar a penas excesivas, y el criterio del que se sirve es la determinación empírica de si el sujeto es capaz de dirigir su comportamiento de acuerdo a la fuerza motivadora de la norma. Y aquí, por cierto, recupera como aspectos expresivos de este componente a la inimputabilidad y el error de prohibición, que en otros momentos habían migrado total o parcialmente al segundo componente de la categoría.

Novedoso es en este postrer momento que al segundo elemento de la categoría, las necesidades preventivas, se le asigne la misma misión que al primer elemento, esto es, la de limitar el intervencionismo estatal. En este caso, verificando si, aunque haya culpabilidad, perdura una necesidad preventiva de pena. Y es que la categoría de la responsabilidad se funda, dice, en una doble limitación del derecho punitivo estatal, lo que no impide seguir afirmando que en su conjunto, atiende a la teoría de los fines de la pena²⁹.

d) Podemos concluir el análisis de una categoría tan relevante para entender el pensamiento de nuestro autor señalando varias líneas de evolución inequívocas que han terminado transformando, a nuestro juicio, su entendimiento de la categoría, de un modo que permite cuestionar sus persistentes afirmaciones de que se funda en la teoría de los fines de la pena.

28 Véase ROXIN, *Kriminalpolitik*, cit, pp. 23-27, 33, 36-37, 41, 45-46.

29 Véase ROXIN, *Normativismus*, cit, pp. 430, 432, 434-436

Ante todo, el componente de culpabilidad en sentido estricto, que comenzó entendiéndose como mera expresión de necesidades preventivas, se va paulatinamente depurando de los contenidos preventivos y adquiriendo una autonomía que la obtiene en términos principales y no utilitarios. Su función, que se acaba considerando la más significativa de la categoría, pasa a ser salvaguardar las libertades individuales propias de un estado de derecho frente a los desmedidos intereses estatales intervencionistas, lo que exige una adecuada consideración de la realidad psicológica del individuo.

En segundo lugar, el componente de necesidades preventivas experimenta inicialmente una continua expansión, penetrando en cada vez más elementos legales, cuya fundamentación disputa o al menos comparte con el primer componente de la categoría. A partir de cierto momento, sin embargo, comienza a apreciarse un cambio de orientación. Por un lado, ya no se rechaza que la mera disminución de la culpabilidad pueda explicar por sí sola la renuncia a la pena; al contrario, se refuerza la fundamentación culpabilística de elementos legales excluyentes de la responsabilidad que se habían fundado hasta entonces en la ausencia de necesidades preventivas. Pero, por otro lado, lo verdaderamente significativo es que este segundo elemento de la responsabilidad, pasa a configurarse, al igual que el primero, como un límite a la exigencia de responsabilidad entendido en términos garantistas. Una buena prueba de ello es que, cuando quiere establecer el límite fijado por este elemento acude cada vez con más intensidad a la teoría de los derechos fundamentales, esto es, a contenidos principales y no a reflexiones utilitarias.

Pues lo que propiamente está sucediendo es que su pensamiento ha alcanzado una etapa en la que ni el componente de culpabilidad, ni tampoco el de necesidad preventiva, están en condiciones de acreditar que efectivamente concurre, total o parcialmente, una necesidad de pena por el comportamiento realizado. No pretenden fundamentar, aportar argumentos sobre la utilidad preventivo-especial, menos aún preventivo-general, de una pena a imponer a quien ha realizado el injusto culpable. Por lo que se refiere al segundo elemento solo aspira a un juicio negativo, a determinar si no hay necesidad de pena, que no es lo mismo que establecer un fundamento preventivo, y lo hace con argumentos sustancialmente principales. En suma, ambos elementos han adquirido a estas alturas un carácter garantista: Pretenden impedir que la decisión de imponer la pena, cuya justificación tendrá lugar en otro ámbito, el de la teoría de la pena³⁰, pase por alto una serie de principios, no de directrices, que constituyen el conjunto de garantías frente a la intervención

30 El sistema de sanciones y de su determinación, en la terminología de nuestro autor.

estatal utilitaria, principios a los que no estamos dispuestos a renunciar en nuestras sociedades democráticas.

En fin, la categoría de la culpabilidad, como las restantes categorías de la teoría jurídica del delito, sientan las condiciones principales que han de predicarse de un comportamiento humano para que podamos aceptar luego perseguir determinados fines utilitarios con la sanción penal. Objetivos utilitarios que deberán ser también fundamentados, aunque en otra estructura conceptual y valorativa, la de la teoría de la pena³¹.

4. La punibilidad.

La punibilidad es para nuestro autor una categoría que no tiene el mismo rango que las precedentes en cuanto que sus elementos solo adquieren relevancia ocasionalmente, aunque eso no le impide tratarla como una categoría autónoma del delito. En este caso es suficiente remitirse a explícitas afirmaciones de Roxin para sustentar que su fundamento es ajeno a la teoría de los fines de la pena. Él mismo se ocupa de objetar las posturas que quieren fundar la categoría, sea en el merecimiento de pena sea en la necesidad de pena, con el argumento de que ambas ideas ya han sido plenamente atendidas, a su juicio, a lo largo de las categorías precedentes. Su contenido gira en torno a intereses ajenos al derecho penal que adquieren preferencia en ciertos casos frente a los propios intereses jurídico-penales. Son intereses, por lo demás, no necesariamente utilitarios, en cuanto los vincula tanto a objetivos políticos como de derecho público³².

5. Consideraciones finales.

Ha quedado demostrado, a mi juicio, que la teoría de los fines de la pena no es la referencia única, ni siquiera fundamental, de la estructura categorial roxiniana del sistema de responsabilidad penal. Ese era el propósito del análisis precedente, que creo haber logrado.

Pero, en realidad, lo visto nos permite ir más lejos y afirmar que estamos ante un enfoque metodológico que merece ser calificado como principialista y no como utilitarista. Algo de eso acabamos de decir al final de nuestro comentario a la

31 Y definitivamente tienen razón los que interpretan las causas de exculpación y otras previsiones, legales o no, asimiladas, no como expresivas de una menor necesidad de pena, sino en términos de la marcada disminución de culpabilidad, en realidad también de injusto, que reflejan. Véase una muestra parcial de la polémica, sin ir más lejos, en ROXIN, *Strafrecht*, cit, pp. 852-853.

32 Véase ROXIN, *Strafrecht*, cit, pp. 227, 852, 1036, 1042-1050.

evolución de la categoría de la culpabilidad, pero quizás sea conveniente detenernos más en esa idea, ahora proyectada sobre toda la estructura categorial. En efecto, creo que se puede sostener que todo el sistema de responsabilidad autodenominado teleológico-funcional de Roxin se configura como un repositorio bien organizado de principios en sentido estricto, no de directrices, que busca sentar las condiciones que deben darse en un comportamiento humano para que sea legítimo plantearse a continuación si resulta fundado imponer una pena a quien lo ha realizado. Es decir, el sistema de responsabilidad no se ocupa de sacar a la luz las razones que justifican la imposición de una pena, argumentos que, sin duda, han de ser de naturaleza preventiva y no retributiva. De lo que se ocupa el sistema de responsabilidad es de identificar al sujeto responsable, único objeto de imputación al que estamos dispuestos a admitir que se le imponga una pena, siempre, claro es, que además haya motivos preventivos específicos que la justifiquen. En suma, como el propio Roxin dirá, cada vez con más nitidez, el sistema de responsabilidad es un constructo diseñado para limitar la imposición de la pena³³, y, añado yo, no para fundamentarla.

Estamos, ni más ni menos, ante un enfoque estrictamente garantista, uno de los mejores, que aspira a que el derecho penal no arrolle con sus sanciones las libertades individuales de los ciudadanos. A tal fin, interpone un conjunto de obstáculos, insertos en el sistema de responsabilidad penal, que, como ya he dicho, se vinculan a contenidos principales, ajenos, pues, a contenidos utilitarios.

Eso ya era manifiesto en sus afirmaciones más tempranas que reivindicaban, así como en las que sigue reivindicando, el estado social de derecho como uno de los puntales de su sistema³⁴; en la progresiva consolidación del tipo como un artefacto limitador de la responsabilidad, sea mediante la estricta exigencia del principio de legalidad o la defensa de la interpretación teleológico-restrictiva, sea mediante una imputación objetiva que tiene la importante misión de dejar fuera de la responsabilidad todos los riesgos permitidos³⁵; o en una concepción de la culpabilidad

33 Véase ROXIN, *Strafrecht*, cit, p. 228; del mismo, *Kriminalpolitik*, cit, pp. 31, 34-37, 41; del mismo, *Normativismus*, cit, pp. 433-436.

34 Véase ROXIN, *Política criminal*, cit, p. 27; del mismo, *Strafrecht*, cit, p. 210, 222, 228, 234, 854; del mismo, *Kriminalpolitik*, cit, 22-23, 27-31, 34-36; del mismo, *Normativismus*, cit, p. 423-424, 430-431, 434.

35 Véase el estudio de esta categoría *supra*.

Una vez aclarado en un subapartado anterior el verdadero papel desempeñado por las necesidades preventivas en la categoría de la culpabilidad / responsabilidad, y tras lo acabado de decir, creo que se puede responder a cuál sea la correcta localización del efecto directivo de conductas, preventivo-general por tanto, que corresponde al tipo. Roxin ha argumentado mejor que nadie a favor de ese componente del tipo. Pero, si nos paramos a pensar, ese efecto motivador no surge de

en sentido estricto en la que la libertad individual y la realidad psicológica de cada uno han terminado recuperando todo el espacio que parecían haber perdido³⁶. Se fue haciendo aún más patente con sus cada vez más frecuentes remisiones a los valores y principios constitucionales como criterios interpretativos³⁷. Y adoptó un carácter decisivo cuando el contenido de las dos categorías determinantes se encuadró dentro del conflicto entre las necesidades de intervención estatal -derivadas, precisemos, no de la necesidad de pena sino de la necesidad de proteger bienes jurídicos- y las de proteger las libertades individuales³⁸. Y todo ha quedado bien remachado cuando en sus últimos escritos se le quedan cortos los principios penales y constitucionales, y los enriquece con la teoría de los derechos fundamentales y con el corpus teórico de la reflexión jurídico-penal internacional contemporánea. Las críticas de nuestro autor a la otra corriente denominada funcionalista, impulsada por Jakobs, permiten comprender bien el lugar en que se encuentra Roxin.

En suma, sigue presente v. Liszt³⁹. Pese a su intento de alejarse, Roxin ha vuelto a él, quizás nunca lo abandonó. Ha construido un impresionante edificio conceptual para asegurarse de que el derecho penal, el sistema de responsabilidad penal, es un baluarte, yo más bien diría un estrecho pasadizo que debe atravesarse, para cualesquiera exigencias utilitarias de imposición de pena.

la formulación del tipo sino de la pena que lleva aparejada en principio su realización. No es, pues, un componente del tipo sino, todo lo más, un efecto acompañante. ¿Qué directiva de conducta, incluso qué reforzamiento de socialización, conlleva la descripción depurada de un comportamiento si no va acompañada de la conminación de la pena?. En realidad, solo precisamos utilizar la distinción, tan bien reelaborada por Roxin, entre conminación, imposición y ejecución de la pena, para encontrar el lugar adecuado, fuera del sistema de responsabilidad, a ese fenómeno.

36 Véase el estudio de esta categoría *supra*

37 Véase ROXIN, *Strafrecht*, cit, pp. 205-206, 225, 229; del mismo, *Zur kriminalpolitischen*, cit, p. 892; del mismo, *Kriminalpolitik*, cit, p. 22, 25, 30, 34-37; del mismo, *Normativismus*, cit, pp. 430-431, 435.

38 Véase ROXIN, *Nachwort*, cit, pp. 45-46; *Strafrecht*, cit, pp. 225-226, 228; del mismo, *Kriminalpolitik*, cit, pp. 34-37, del mismo, *Normativismus*, cit, pp. 430-431, 433-436.

39 Véase, por todas sus afirmaciones, VON LISZT, FRANZ, *Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts* (1893), en: del mismo, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 2. Band, Berlin: Walter de Gruyter, pp. 80-82. Un análisis detenido de este aspecto en Díez Ripollés, José Luis, "El papel epistémico de la política criminal en las ciencias penales: la contribución de v. Liszt", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología RECPC*, 2018, 20-12, pp. 7-15

4. Sistema y caso.

1. Roxin se ve a sí mismo, y es visto de manera generalizada, como uno de los grandes sistematizadores del derecho penal, más específicamente, de la teoría jurídica del delito. En efecto, sus escritos están repletos de reivindicaciones del pensamiento y la aproximación sistemáticos a la creación y aplicación del derecho penal. Considera esa labor conceptual y ordenadora la tarea más relevante de la ciencia del derecho penal, de la dogmática. El sistema resulta imprescindible, no solo por razones de claridad y seguridad jurídicas, sino, sobre todo, porque posibilita la profundización, enriquecimiento y refinamiento de los contenidos del derecho penal. De hecho, la propuesta que él con tanto éxito va a desarrollar la considera inserta en la reflexión jurídico-penal que viene del positivismo, cuyas categorías del delito respeta sustancialmente, y la ve como un ulterior desarrollo del sistema neoclásico-finalista dominante. Aunque en algún momento dirá que no conviene sobreestimar las divergencias, se muestra satisfecho con el nuevo modelo que él propugna, porque ha alcanzado una precisión y diferenciación sistemáticas hasta ahora no logradas⁴⁰.

Para él, los sistemas precedentes tienen un defecto original que lastra su utilidad para la configuración y aplicación del derecho penal. Ese defecto consiste en que su estructura conceptual y ordenadora no atiende debidamente al material jurídico, a la realidad social, en que el derecho penal tiene su razón de ser. La coherencia del sistema, el respeto de sus conceptos estructuradores y clasificatorios, se antepone con frecuencia a una correcta, justa, resolución del caso concreto. Así, el auténtico desencadenante de su propuesta metodológica es conseguir que el sistema jurídico-penal abandone conceptos demasiado abstractos, exigencias lógico-formales excesivas, constricciones ontológicas descontextualizadas, con el objetivo final de arribar a un pensamiento sistemático más complejo, más elaborado. Un sistema que se ocupe de la resolución justa del caso, de resolver problemas concretos, de decidir en función de los hechos presentes. En suma, uno orientado a las consecuencias de las decisiones adoptadas, que sea capaz de ajustar flexiblemente la decisión al material jurídico que tiene delante, y que no tropiece con supuestos concretos irresolubles jurídicamente, o inevitablemente mal resueltos, porque no encajan en los presupuestos del sistema⁴¹.

40 Véase ROXIN, *Política criminal*, cit, pp. 18-21, 23-25, 30, 33, 77-78; del mismo, *Nachwort*, cit, p. 49; del mismo, *Strafrecht*, cit, pp. 195, 198, 204, 208-209, 213, 231; del mismo, *Zur kriminalpolitischen*, cit, p. 889

41 Véase ROXIN, *Política criminal*, cit, pp. 19-21, 23-25, 28, 59, 62-63, 75, 78-79; del mismo, *Nachwort*,

Para lograr tal cosa es preciso crear un sistema que, además de claridad conceptual y ordenación lógica, aporte criterios valorativos relevantes así como una sólida vinculación con el material jurídico, con la realidad social⁴².

Por lo que respecta a la introducción de criterios axiológicos, cuyo contenido ya sabemos que Roxin pretende ordenar en torno a la teoría de los fines de la pena, no se trata de insertar correcciones valorativas en las vigentes estructuras sistemáticas, lo que resultaría disfuncional. Se trata de reestructurar el sistema penal dejándose guiar por los fines valorativos perseguidos, de lograr una síntesis entre valores a satisfacer y deducción sistemática. Eso exige que cada categoría del delito se configure y desarrolle en función de uno o varios criterios axiológicos ordenadores. Ahora bien, esas pautas no son un instrumento para desagregar el comportamiento humano en sus diferentes elementos, asignando a cada uno de ellos una determinada localización sistemática; en suma, para diseccionar analíticamente la conducta humana. Lo que realmente se pretende es determinar bajo qué aspecto valorativo se ha de ver en cada momento categorial o intracategorial la conducta realizada en su conjunto.

Por otra parte, esa saturación normativa de la teoría jurídica del delito permite, en contrapartida, una mejor acomodación de la decisión al caso concreto. Pues los criterios axiológicos rectores son por naturaleza incompletos, no contienen en sí mismos la solución al problema jurídico que se plantea, sino que deben desarrollarse mediante su adaptación a las peculiaridades del caso concreto. No estamos ante conceptos abstractos ni clasificaciones generales, ante constricciones lógicas u ontológicas, en cuyo seno se ha de integrar la multiforme realidad social. Por el contrario, son los criterios rectores los que deben sumergirse en los hechos reales, en el material jurídico, de modo que la decisión finalmente adoptada se ajuste flexiblemente al caso aislado. Eso no quiere decir que las referencias valorativas pierdan protagonismo, solo aquellos hechos que resulten axiológicamente significativos serán tomados en consideración. Pero al igual que los criterios rectores identifican las realidades relevantes para el sistema penal, será luego esa realidad tal como se muestra en el caso concreto la que forzará al criterio valorativo a acomodarse a ella en la búsqueda de una solución justa⁴³.

cit, p. 50; del mismo, *Strafrecht*, cit, pp. 217, 221, 224, 232-235, 289, 853; del mismo, *Zur kriminalpolitischen*, cit, pp. 887, 895; del mismo, *Kriminalpolitik*, cit, p. 25, 26, 41-44, 46; del mismo, *Normativismus*, cit, p. 428, 431-432, 436-437.

42 A esas exigencias no atendería un sistema positivista, en exceso ligado a realidades, objetivas y subjetivas, naturales. Tampoco el sistema neoclásico, incapaz de ir más allá de matizar valorativamente el punto de partida naturalista del positivismo. Y el sistema finalista está excesivamente mediado por cuestionables concepciones antropológicas.

43 Véase ROXIN, *Política criminal*, cit, pp. 24-25, 29-40, 59, 69, 77-80; del mismo, *Nachwort*, cit, p. 48-

2. Tras las reflexiones acabadas de recoger, parece impropio considerar la aportación roxiniana un progreso en la sistematización del derecho penal, o de los elementos de la teoría jurídica del delito en particular. Más correcto sería considerarla una significativa y, en alguna medida, acertada relativización del pensamiento sistemático. La introducción de esos criterios axiológicos rectores en cada categoría o subcategoría, sin perjuicio de su eventual justificación, tiene como objetivo romper las constricciones sistemáticas de los modelos precedentes. En realidad, el sistema teleológico-funcional constituye un esfuerzo de gran relevancia para introducir el pensamiento tópico, casuista, en la dogmática jurídico-penal⁴⁴.

De hecho, nuestro autor, desde sus primeros escritos, relativiza el valor del sistema, cuya configuración dirá que con frecuencia no compensa el esfuerzo⁴⁵. El objetivo de la dogmática es resolver todos los casos, también los difíciles, que se presenten, de modo que ninguno puede quedar sin una solución justa porque no encaje en el sistema, algo que desgraciadamente, dice, ha sucedido con frecuencia⁴⁶. Es más, debemos estar dispuestos a admitir quiebras de cualquier sistema que sigamos, si de este modo podemos resolver correctamente el caso. Eso supone no cerrar el paso a que un mismo criterio valorativo tenga presencia en diversas categorías o subcategorías, o que se reitere la consideración de unos mismos elementos del comportamiento en diversas localizaciones sistemáticas. En suma, hay que evitar un sistema modelado por categorías estancas entre sí⁴⁷. Sus criterios rectores categoriales y subcategoriales no pretenden tener una solución para cada caso aislado, sino facilitar la identificación y consiguiente agrupación de

50; del mismo, *Strafrecht*, cit, pp. 200-209, 221, 231-233; del mismo, *Zur kriminalpolitischen*, cit, pp. 886, 895; del mismo, *Kriminalpolitik*, cit, pp. 37-46; del mismo, *Normativismus*, cit, pp. 426-429, 436-437.

Sobre las aportaciones empíricas que esa vinculación al caso exige véase Díez Ripollés, José Luis, *La política criminal en las ciencias penales. un análisis crítico de la contribución de Roxin*, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología (RECPC)*, 23-02, 2021, pp. 24-29.

44 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, Introducción, en: Claus Roxin, *Política criminal*, cit, pp. 5-9, ya vio muy tempranamente esta implicación del sistema teleológico-funcional de Roxin. Véanse igualmente, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit, pp. 47, 69, 82; Ortiz de Urbina Gimeno, Roxin y la dogmática, cit, pp. 426-430; BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, "Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, T. LXVI, 2003, pp. 115, 132.

45 Véase ROXIN, *Política criminal*, cit, pp. 18-19; del mismo, *Strafrecht*, cit, p. 209.

46 Véase ROXIN, *Política criminal*, cit, pp. 24, 59, 62-63; del mismo, *Strafrecht*, cit, pp. 217-218, 233-234, 853.

47 Véase ROXIN, *Política criminal*, cit, pp. 79-81; del mismo, *Nachwort*, cit, pp. 49-50; del mismo, *Strafrecht*, cit, pp. 221-222, 291-292.

casos semejantes, porque solo cuando se comprende esa vinculación así como su diferenciación de otros grupos de casos, se está en condiciones de tomar una decisión justa⁴⁸. Su idea es lograr un sistema abierto, que permita la aproximación tópica sin perder las ventajas del sistema, lograr una síntesis entre ambos enfoques⁴⁹.

No es este el momento de valorar en qué medida Roxin ha logrado ese propósito ni la pertinencia de su empeño. Para nuestros fines es suficiente con haber demostrado, creo, que las aportaciones de nuestro autor no constituyen una profundización en la sistematización del derecho penal, sino más bien un cuestionamiento de la exclusiva legitimidad del sistema para resolver adecuadamente el caso concreto, en beneficio de las prestaciones de la tópica. Al mismo tiempo, y de manera hasta cierto punto paradójica, esa aproximación casuista al material jurídico, que demanda una continua reelaboración y diferenciación de las pautas valorativas decisorias, fomenta ese fenómeno de normativización del sistema al que aludimos en el primero de los apartados.

5. Conclusiones.

El sistema teleológico-funcional de la responsabilidad penal elaborado por Roxin adopta un enfoque metodológico muy cargado valorativamente, que no se siente tan condicionado como otros sistemas por la realidad natural, psicológica o social. Esa misma actitud explica una fuerte tendencia a la normativización de los elementos fácticos integrantes de la responsabilidad penal.

Ese intenso componente axiológico introducido en la teoría jurídica del delito no está constituido de forma predominante por *directrices*, esto es, por valores finales o utilitarios, sino que más bien está caracterizado por la presencia de *principios en sentido estricto*, valores vinculados a una determinada forma de vida o convivencia, a un sistema de creencias, determinados por criterios de corrección y no de utilidad.

Un análisis detenido de la fundamentación de las diversas categorías del delito muestra que la teoría de los fines de la pena no es la referencia fundamental del sistema de responsabilidad penal roxiniano. Se confirma que su estructura categorial responde a un enfoque básicamente principialista, en el que las directrices o valores utilitarios ocupan un lugar modesto.

La notable aportación de Roxin a la teoría jurídica del delito no procede considerarla un nuevo progreso en la sistematización del derecho penal. Más

48 Véase ROXIN, Nachwort, cit, pp. 49-50; del mismo, *Strafrecht*, cit, pp. 234-235; del mismo, *Kriminalpolitik*, cit, 41-43, 46; del mismo, *Normativismus*, cit, pp. 427-428, 436-437.

49 Véase ROXIN, *Política criminal*, cit, pp. 24-25, del mismo, *Strafrecht*, cit, p. 234.

bien constituya una relativización del pensamiento sistemático con el propósito de introducir en mayor medida el pensamiento tópico, casuista, en la dogmática jurídico-penal.

Bibliografía

- AMELUNG, KURT. "Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin". En *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Compilación por Bernd Schünemann. Madrid: Tecnos, 1991.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, MANUEL Y JUAN RUIZ MANERO. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona: Ariel, 1996.
- BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO. "Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, T. LXVI (2003) pp. 115, 132.
- DÍAZ GARCÍA-CONLLEDO, MIGUEL. "Verteidigung der (guten) Dogmatik". *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 167 Jahrgang, 4 (2020), p. 208.
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena". En *Política criminal y derecho penal. Estudios.T.1*, 3ª edic, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. "El papel epistémico de la política criminal en las ciencias penales: la contribución de v. Liszt". *Revista electrónica de ciencia penal y criminología REPCPC*, 2018, 20-12, pp. 7-15.
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. "La política criminal en las ciencias penales. un análisis crítico de la contribución de Roxin". *Revista electrónica de ciencia penal y criminología (REPCPC)*, 23-02, 2021, pp. 24-29.
- MOCCIA, SERGIO. "Función sistemática de la política criminal". En *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal. Libro homenaje a C. Roxin*. Coordinación por Bernd Schünemann y José Figueiredo Días, y edición por Jesús María Silva Sánchez. Barcelona: JM Bosch eds, 1995.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. "Introducción". En *Política criminal y sistema del derecho penal*. Traducción por Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch casa editorial, 1972.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, ÍÑIGO. "La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo". En *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Coordinación por Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdiel Sierra, y Emilio Cortés Bechiarelli. Valencia: Tirant, 2004.

- ORTIZ DE URBINA GIMENO, ÍÑIGO. "Roxin y la dogmática político-criminalmente orientada". En *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. Libro en homenaje a Claus Roxin*. Coordinación por Miguel Ontiveros y Mercedes Peláez. T.I, Ciudad de México: Instituto nacional de ciencias penales, 2003.
- ROXIN, CLAUS. *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid: Reus, 1976.
- ROXIN, CLAUS. "Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik heute". En *Strafrechtssystem und Betrug*. Coordinación por Schünemann, Bernd. Herbolzheim: Centaurus Verlag, 2002.
- ROXIN, CLAUS. "Nachwort". En *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Auflage, Berlin: Walter de Gruyter, 1973.
- ROXIN, CLAUS. "Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik". En *Ius Humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrechts. Festschrift für E J Lampe zum 70. Geburtstag*. Coordinación por Dieter Dölling. Berlin: Duncker und Humblot, 2003.
- ROXIN, CLAUS. *Política criminal y sistema del derecho penal*, Traducción por Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch casa editorial, 1972.
- ROXIN, CLAUS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Bd. 1, 4. Auflage, München: C.H. Beck, 2006.
- ROXIN, CLAUS. "Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems". *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag*. Coordinación por Hans-Jörg Albrecht, Frieder Dünkel, Hans-Jürgen Kerner, et. al, Bd. 2, Berlin: Duncker und Humblot, 1998.
- SCHÜNEMANN, BERND. "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal". En *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991.
- SCHÜNEMANN, BERND. "Strafrechtssystem und Kriminalpolitik". En *Festschrift für Rudolf Schmidt zum 70. Geburtstag*. Coordinación por Klaus, Geppert, Joachim, Bohnert y Rudolf, Rengier. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1972.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: JM Bosch, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. "Política criminal en la dogmática: Algunas cuestiones sobre su contenido y límites". En *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: JM Bosch, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. "Reflexiones sobre las bases de la política criminal, en José Cerezo Mir, Rodrigo Fabio Suárez Montes, et al. *El nuevo código penal*.

Presupuesto y fundamentos. Libro homenaje al profesor doctor Ángel Torío López, Granada: Comares, 1999.

VON LISZT, FRANZ. "Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts". En *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 2. Band, Berlin: Walter de Gruyter, 1893.