

no es posible en tanto reduzca “la estructura psicológica de la acción humana a la lógica de la acción técnica” (pág. 542).

Natural Law and Practical Reason es una obra notable, que contribuye a una necesaria relectura de la ética del Angélico y rescata su teoría de la acción, de clara línea aristotélica, que desaparecía bajo el legalismo antiguo. No se trata de una emancipación de la ética respecto de la metafísica tomista, lo

que haría perder la armonía del “sistema”, sino el reconocimiento de que en su *construcción* la ética tiene un sector propio que no depende, ni en su punto de partida ni en su método, de la metafísica. Pero su *fundamentación* (o, más bien, su necesidad) siempre requerirá premisas metafísicas.

Carlos Isler

CLAUS ROXIN: *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal* (Tirant lo Blanch. Valencia. 2000).

Desde 1959, Claus Roxin ha realizado importantes aportes al Derecho Penal, a la Política Criminal y al sistema Procesal Penal Alemán. Sus teorías han sido, paulatinamente, reconocidas como una nueva tendencia en el Derecho Penal y Política Criminal. Este libro tiene varios artículos que recogen, en forma magistral, su posición fundamental sobre los temas ya mencionados.

El texto está formado por cuatro artículos y un anexo que, con un lenguaje claro y preciso, avizora la evolución de las teorías y su postura.

En el capítulo primero, “La evolución del derecho penal y la política criminal en Alemania tras la Segunda Guerra Mundial”, trata el concepto material del delito, la teoría de los fines de la pena y la posición jurídica del acusado en tres momentos o etapas:

La primera etapa la sitúa hasta el año 1962, en la cual el concepto material del delito era regido por la “ley ética” formulada a partir de la doctrina cristiana del Derecho Natural. Es interesante observar los ejemplos con que el autor ilustra esta realidad.

Respecto a los fines de la pena y a la posición jurídica de acusado, Roxin acierta en indicar, respectivamente, que la teoría dominante era la retributiva y que se retoman los pensamientos de la Ilustración y el procesado es revestido de los derechos fundamentales y humanos suprimidos durante la dictadura.

Desde la “pequeña reforma del proceso penal” (1962) hasta el año 1975, estudiada como segunda etapa según Roxin, el sistema penal comienza a asumir las teorías preventivas en que el delincuente es considerado como un ciudadano mayor de edad.

El concepto de delito, en esta etapa, ya deja de guiarse por la ley ética para ceder ante las necesidades sociales imperantes en ese momento. Comienza una lenta despenalización que responde a la protección subsidiaria de los bienes jurídicos.

Igualmente, la teoría de los fines de la pena marcó un avance que, en palabras de Roxin, fue correcta y digna de aplauso. La teoría retributiva de la pena cedió ante las teorías preventivas, dando una especial importancia a la vida futura del delincuente.

Ya en la tercera etapa, desde 1975, la evolución del concepto de delito ha marcado grandes cambios. Se experimenta un desplazamiento desde la protección individual a la colectiva, en que el bien jurídico protegido es, entre otros, la economía, el medio ambiente, la tecnología genética, etc. Respecto de los fines de la pena, el autor señala que se ha vuelto la vista a la teoría preventiva general, con la cual se pretende proteger a la comunidad. Respecto a la situación jurídica del procesado, se ve con mayor fuerza el rol controlador del Estado, en el sentido de utilizar intervenciones telefónicas y técnicas similares. En el capítulo final hace algunas disquisiciones sobre el tópico. Es en este punto donde se hace interesante para el lector reflexionar sobre nuestra realidad y la que describe el autor,

principalmente respecto del concepto material del delito y de la finalidad de la pena. Parece que nos encontramos atrasados 25 años y aún se ve difícil hacer realidad en Chile aquellas teorías que, en Europa, llevan ya un cuarto de siglo. El autor discurre ampliamente sobre estos dos conceptos.

Finalmente, Roxin da su postura sobre el tema, diciendo que él adscribe a la segunda fase, pues un Derecho Penal moderno debe tener como objetivo la mejor conformación social posible respetando el Estado Social y el Estado de Derecho.

El capítulo segundo, intitulado “Problemas básicos del sistema de derecho penal”, pretende hacer un análisis crítico de las teorías de Welzel y Jakobs.

Al referirse a la teoría final de la acción, hace una acabada síntesis de la teoría de Welzel, señalando que el dolo lo ubica en el tipo y la conciencia de la antijuridicidad, en la culpabilidad. De aquí comienza a detallar los problemas que acarrea sostener una teoría como ésta. El autor ejemplifica todos aquellos casos en que esta teoría cede ante la crítica. De más está recordar que es ésta la teoría reinante en nuestro país y aun no somos capaces de hacernos cargo de estas objeciones que, según el autor, son insalvables.

A continuación, Roxin hace ver su postura sobre el tema.

Comienza indicando lo que, insistentemente, señala en todas sus publicaciones: el injusto penal está sistemática y dogmáticamente condicionado por dos factores antagónicos, a saber, la protección del individuo y la sociedad y la garantía de la libertad de los individuos frente a reacciones desproporcionadas por parte del Estado. A esta expresión del aspecto preventivo general se le agrega el preventivo especial al momento de tratar la responsabilidad del autor.

El autor aprovecha esta oportunidad para dar su definición de delito, ampliamente aceptada en Alemania: el injusto es la realización de un riesgo no permitido para un bien jurídico penal. De esta forma comienza, entonces, a tratar sucintamente la teoría de la imputación objetiva; haciendo alusión, una y otra

vez, al aspecto preventivo general y especial que debe inspirar a todo sistema penal.

Para finalizar este capítulo, hace mención crítica a la teoría funcionalista de Jakobs.

Jakobs habla de la prevención general positiva señalando que la pena está al servicio de la “fidelidad al derecho”. De manera muy esquemática, Roxin comienza a confrontar la teoría funcionalista con la de la imputación objetiva.

El capítulo tercero utiliza, de base, un artículo publicado por Jesús María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra), en el que intenta ubicar las teorías del Derecho Penal y Política Criminal de Roxin en el sistema funcionalista y en los viejos principios ideológicos europeos.

Este capítulo empieza por tratar las distintas teorías de la pena, y primeramente, la propia. Roxin comienza sosteniendo lo importante que es considerar la teoría de la pena desde su función preventiva, tanto general como especial. El autor afirma que no es suficiente para castigar la sola culpabilidad del agente, sino que es necesario, además, que esta pena tenga una función preventiva. Roxin sostiene, brillantemente, que si ni desde el punto de vista preventivo especial, ni desde el punto de vista preventivo general existe una necesidad de castigo, la pena carece de justificación teórica, no tiene ninguna legitimación social y no debe imponerse. Otra vez Roxin deja al lector cuestionándose muchos argumentos que hasta hace poco tiempo eran impensados; acaso permitiría la opinión pública la “impunidad” de un delito por motivos tan alejados de ellos como la prevención general o especial?

El autor no tarda en confrontar lo expuesto con el postulado funcionalista teórico-sistémico que adopta Jakobs. Inmediatamente deja constancia que su planteamiento y el de Jakobs comienzan desde un mismo punto de partida: el aspecto normativo del sistema penal, dejando atrás las regulaciones de corte ontológico.

Su primera crítica al principio teórico sistémico es la teoría preventiva general positiva de Jakobs, en la que el principal objetivo —como ya mencioné— es la estabilización

de la sociedad mediante el ejercicio en la “fidelidad al derecho”. Roxin deja en evidencia que el principal problema de esta teoría es su alto grado de abstracción, por lo que no siempre sirve para dar solución a los problemas concretos.

El autor insiste en una idea que indica al comienzo de su libro, cual es que la política criminal no busca la lucha contra la criminalidad a cualquier precio, sino que debe respetar el Estado de Derecho; por lo tanto esquematiza cinco elementos limitadores a la aplicación de penas.

Al respecto, Roxin establece el principio básico de *nullum crimen sine lege*, invoca su teoría de la imputación objetiva, las causales de justificación, el principio de la culpabilidad y, finalmente, los derechos fundamentales.

En otro tema, Jakobs tacha de “naturalismo” cualquier consideración a los datos empíricos. Aquí, otra vez, Roxin muestra su oposición con el postulado teórico sistémico, pues constantemente ha sostenido lo importante que resulta para la dogmática jurídico penal la consideración ontológica de los datos empíricos.

La escuela de Frankfurt intenta sostener un “derecho penal básico” basado en el empeño por defender los elementos del Estado de Derecho limitadores de la pena. Sobre este punto, Roxin discrepa, argumentando que el derecho penal no puede retroceder por principio a la lucha contra los riesgos que son más peligrosos contra la sociedad y el individuo. De esta forma, el autor ha limitado su crítica contra aquel derecho penal poderoso y atentatorio a los derechos fundamentales.

Finalmente, en el cuarto capítulo, el autor presenta un artículo sobre “La protección de la persona en el derecho procesal penal alemán”.

Lo que intenta analizar Roxin es la antinomia entre la protección del individuo y la búsqueda de la verdad, en donde la primera ha sido fortalecida por la jurisprudencia ale-

mana y la segunda ha sido objeto de las más recientes legislaciones.

El primer tema tratado por Roxin, es la prohibición de la autoincriminación. Este principio se concretiza en el derecho del inculgado a guardar silencio; y esto significa no sólo negar su autoría, sino, incluso, negarse a declarar ante la policía.

El derecho a consultar a un abogado, en cualquier momento, incluso antes de declarar, es otro derecho que, a juicio de Roxin, debe encontrarse protegido. Interesante es observar la jurisprudencia que cita a este propósito.

El autor insiste en el tema de la autoincriminación, sosteniendo el acierto de la protección que el Estado alemán brinda al individuo cuando ésta —la autoincriminación— ha sido involuntaria y furtiva. Finalmente, advierte que el sistema procesal cuenta con algunos límites a la protección de la autoincriminación.

El otro pilar en que se basa un sistema procesal moderno es la averiguación de la verdad. A este respecto, Roxin trata algunas situaciones en que el Estado puede tener injerencia en el ámbito privado.

En esta parte, el autor cita bastantes normas procesales y jurisprudencia que dan una idea de cómo es la realidad alemana.

Sin poner en duda la importancia de este conflicto, propio del sistema procesal, el lector puede observar que, en este punto, se ha perdido aquel lenguaje magistral y particular espíritu que envuelven las interesantes disquisiciones que Claus Roxin hace sobre la dogmática penal y la política criminal.

El libro “La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal” es un importante aporte de Claus Roxin a la Ciencia del Derecho Penal de los últimos cuarenta años.

El texto resulta literatura obligada para quienes buscan las nuevas teorías de la dogmática penal.

Juan Bautista Rodríguez Ruiz
Alumno Ayudante
Cátedra Derecho Penal I