

Claus Roxin

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

TOMO I

FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA
DE LA TEORIA DEL DELITO

Traducción y notas

DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA
MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO
JAVIER DE VICENTE REMESAL

CIVITAS

de los §§ 38 ss. StGB. Igualmente el Derecho de las contravenciones regulado en la OWiG, cuyas disposiciones en parte son similares o iguales a las del Derecho penal, tampoco es Derecho penal, ya que sus tipos sólo permiten “el castigo con una multa administrativa” (§ 1 I OWiG). Y p.ej. las sanciones que se imponen por desobediencia o conducta indebida ante un tribunal, tampoco son penas en el sentido del Derecho criminal, aunque consistan en privación de libertad o en pagos dinerarios. Por eso el legislador, respecto de esas que antes se denominaban “penas de orden”, para evitar malentendidos hoy habla tan sólo de “medios de orden” (“arresto de orden” y “multa de orden”; cfr. los §§ 177 y 178 GVG). De modo absolutamente general el legislador está obligado a utilizar los conceptos de pena de privación de libertad, de arresto, de orden y de multa sólo para sancionar delitos (art. 5 EGStGB).

III. Derecho penal accesorio

7 Por otra parte, el ámbito del Derecho penal va mucho más allá del StGB. Existe un número extraordinariamente grande de leyes de todos los campos del ordenamiento jurídico, que sancionan con pena la vulneración de determinados preceptos contenidos en ellas. A la suma de los preceptos penales contenidos fuera del Código Penal en leyes especiales se la denomina “Derecho penal accesorio”². Por lo general no es objeto de clases especiales en la Universidad; pero la Parte general del Derecho penal, que se trata en este libro, rige para el Derecho penal accesorio exactamente igual que para las descripciones delictivas de la Parte especial del StGB (cfr. art. 1 EGStGB).

IV. El Derecho penal material como parte de la ciencia global del Derecho penal; sus diversas disciplinas

8 El Derecho penal trata las conductas conminadas con pena en cuanto a sus presupuestos y consecuencias; se ocupa por tanto del objeto propiamente dicho, de la “materia” de la Justicia penal y se denomina por ello también “Derecho penal material”. Este Derecho penal material debe delimitarse de otros campos jurídicos emparentados que sólo junto con el Derecho penal regulan legalmente todo el campo de la Justicia penal y que hacen del hecho, el autor y la persecución penal el objeto de los esfuerzos legislativos y científicos. Los más importantes de esos campos jurídicos vecinos son el Derecho procesal penal, el Derecho de la medición de la pena, el Derecho penitenciario, el Derecho penal juvenil y la criminología.

² El Derecho penal accesorio está recopilado en los Comentarios de Erbs/Kolhaas, *Strafrechtliche Nebengesetze*, 5.^a ed., 1993 (edición en fascículos intercambiables con entregas complementarias regulares).

1. El **Derecho procesal penal** contiene los preceptos que regulan el esclarecimiento de los hechos punibles y la imposición del derecho del Estado a castigar. Su principal base jurídica la forman en Derecho alemán la Ordenanza Procesal Penal (StPO) de 1-2-1877 y la Ley Orgánica de los Tribunales (GVG) de 27-1-1877.

Bibliografía: Alternativkommentar zur Strafprozeßordnung (22 redactores), desde 1988; Baumann, Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozeßrechts, ³1979; Beulke, Strafprozeßrecht, 1994; Eser, Einführung in das Strafprozeßrecht, 1983; Fezer, Strafprozeßrecht I y II, Juristischer Studienkurs, 1986; Frank, Strafprozeßrecht, 1986; Gössel, Strafverfahrensrecht, t. I, 1977; t. II, 1979; Henkel, Strafverfahrensrecht, ²1968; Karlsruher Kommentar, Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, ³1993; Katholnigg, Strafgerichtsverfassungsrecht, 1990, suplemento 1991; Kissel, Gerichtsverfassungsgesetz, ²1994; Klein-knecht/Meyer-Goßnert, Strafprozeßordnung, ⁴1993; Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 1984; Krey, Strafverfahrensrecht, t. 1, 1988; t. 2, 1990; Kühne, Strafprozeßlehre, ⁴1993; Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Großkommentar, 24.^a ed., desde 1984; Meurer, Strafprozeßrecht, ³1991; Müller/Sax/Paulus, Kommentar zur Strafprozeßordnung (= KMR), 8.^a ed., desde 1986; Müller-Dietz/Jung (eds.), Dogmatik und Praxis des Strafverfahrens, 1989; Peters, Strafprozeß, ⁴1985; Pfeiffer, Grundzüge des Strafverfahrensrechts, ²1993 (= separata de la Einleitung del Karlsruher Kommentar, ³1993); Roxin, Strafverfahrensrecht, ²³1993; idem, Prüfe dein Wissen: Strafprozeßrecht, ¹⁴1994; Rüping, Das Strafverfahren, ²1983; G. Schäfer, Die Praxis des Strafverfahrens an Hand einer Akte, ⁵1992; Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, 1990; Schlüchter, Das Strafverfahren, ²1983; Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Parte I, ²1964; Parte II, 1957; Nachträge und Ergänzungen a la Parte II, 1967; Nachtragsband II a la Parte II, 1970; Parte III, 1960; Schroeder, Strafprozeßrecht, 1933; Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, de Rudolphi/Frisch/Rogall/Schlüter/Wolter, desde 1986; Weiland, Einführung in die Praxis des Strafverfahrens, 1988; Wiczoreck, Strafverfahrensrecht, ⁷1991; Wolf, Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige, ⁶1987; Zipf, Strafprozeßrecht, ²1976.

2. El **Derecho de medición (o determinación) de la pena** comprende en cambio todas las reglas que son decisorias en cuanto a la clase y cuantía de la pena que se debe imponer. En las últimas décadas se ha desarrollado científicamente hasta convertirse en una disciplina jurídica en buena medida autónoma, pero sistemáticamente pertenece al Derecho penal material, puesto que determina con más precisión las consecuencias de la conducta punible. Por ello los preceptos legales sobre la medición de la pena están contenidos con razón en el StGB (§§ 46-51). Debido a la pertenencia sistemática del Derecho de medición o determinación de la pena al Derecho penal material se tratará también en sus rasgos esenciales en esta exposición (en el tomo II).

Bibliografía: Bruns, Strafzumessungsrecht, Gesamtdarstellung, ²1974; idem, Das Recht der Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für die Praxis, ²1985; idem, Neues Strafzumessungsrecht?, 1988; Frisch, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), 349, 751; Köhler, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983; Montenbruck, Strafraumen und Strafzumessung, 1983; G. Schäfer, Praxis der Strafzumessung, 1990; Streng, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, 1984.

3. El **Derecho penitenciario** se añade al hecho punible, el proceso penal y la determinación de la pena y contiene todas las disposiciones legales sobre el cumplimiento de la pena de prisión, así como de las medidas privativas de

libertad. A través de la Ley Penitenciaria (StVollzG) de 16-3-1976 se ha producido por primera vez su regulación legal.

Bibliografía: Böhm, Strafvollzug, ²1986; Callies/Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz, ⁶1994; Driebold (ed.), Strafvollzug. Erfahrungen, Modelle, Alternativen, 1983; Eisenberg, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug. Fälle und Lösungen zu Grundproblemen. ⁴1994; Eisenhardt, Strafvollzug, 1978; Jung, Fälle zum Wahlfach Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, ²1988; Kaiser/Kerner/Schöch, Strafvollzug, ⁴1991; Kaiser/Schöch, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, Juristischer Studienkurs, ³1987; Müller-Dietz/Kaiser/Kerner, Einführung und Fälle zum Strafvollzug, 1985; Schwind/Blau, Strafvollzug in der Praxis, ²1988; Schwind/Böhm (eds.), Strafvollzugsgesetz, ²1991; Solbach/Hofmann, Einführung in das Strafvollzugsrecht, 1982; Walter, Strafvollzug, 1991; Wassermann (ed.), AK-Strafvollzugsgesetz, ³1990.

- 12** 4. No por el ámbito de las normas tratadas, sino por la especial clase del autor, el **Derecho penal juvenil** se convierte en un campo del Derecho propio. Trata los delitos de los jóvenes (de 14 a 18 años) y sus consecuencias (sólo parcialmente penales). Su regulación se encuentra en la Ley de Tribunales de Jóvenes (JGG) de 4-8-1953; y contiene preceptos especiales de Derecho material, procesal, de medición de la pena y penitenciario para jóvenes menores (en parte también para jóvenes mayores de edad entre 18 y 21 años), y por tanto, a efectos de sistemática jurídica debe encuadrarse parcialmente en todas las disciplinas antes indicadas.

Bibliografía: Albrecht, Jugendstrafrecht, ²1993; Böhm, Einführung in das Jugendstrafrecht, ²1985; Brunner, Jugendgerichtsgesetz, ⁹1991; Dallinger/Lackner, Jugendgerichtsgesetz, ²1965; Eisenberg, Jugendgerichtsgesetz, ⁵1993; idem, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug. Fälle und Lösungen zu Grundproblemen, ³1991; Herz, Jugendstrafrecht, ²1987; Jung, Fälle zum Wahlfach Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, ²1988; Kaiser/Schöch, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug. Juristischer Studienkurs, ³1987; Ostendorf, Jugendgerichtsgesetz, ²1991; Schaffstein/Beulke, Jugendstrafrecht, ¹¹1993.

- 13** 5. Mientras que los cinco campos indicados hasta ahora (Derecho penal, Derecho procesal penal, Derecho de medición de la pena, Derecho penitenciario y Derecho penal juvenil) son ciencias normativas, es decir que se ocupan de reglas jurídicas y su aplicación, frente a ellas se encuentra la **criminología** como ciencia de la realidad. La misma, si se toma como base su definición más amplia ³, es “la ordenada totalidad del saber empírico sobre el delito, los delincuentes, la reacción social negativa y el control de esa conducta”. Científicamente representa el lado empírico de todas las disciplinas jurídicas antes citadas.

Bibliografía: Eisenberg, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug. Fälle und Lösungen zu Grundproblemen, ³1991; idem, Kriminologie, ³1990; Göppinger, Kriminologie, ⁴1980; Herren, Lehrbuch der Kriminologie, t. I, ²1980; t. III: Denktraining in Kriminalistik und Kriminologie, Fallanalysen, 1982; Jung, Fälle zum Wahlfach Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, ²1988; Kaiser, Kriminologie. Ein Lehrbuch, ²1988; idem, Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen, ⁸1989; Kaiser/Schöch, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug. Juristischer Studienkurs, ³1987; H. Kaufmann, Kriminologie, t. I, 1971; t. III, 1977; Lüderssen, Kriminologie, 1984; Robert, Strafe, Strafrecht, Kriminologie, 1990; Schneider,

³ Kaiser, Kriminologie. Ein Lehrbuch, ²1988, § 1, nm. 2.

Kriminologie, ³1993; Schwind, *Kriminologie in der Praxis*, 1986; idem, *Kriminologie. Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen*, ⁵1993.

Si al Derecho penal material se le añaden los campos jurídicos expuestos **14** en los nn. 9-13, se puede denominar la suma de sus contenidos como la “ciencia global del Derecho penal” ⁴. Dentro del campo de esa ciencia global del Derecho penal el Derecho penal material sólo constituye un fragmento limitado. Por ello hay que ser consciente de que para la comprensión científica de la Justicia penal no basta en absoluto el conocimiento del Derecho penal material. El Derecho penal sólo dice qué conducta está prohibida como criminal y con qué penas o medidas se la conmina. Pero este conocimiento le aprovechará poco a quien no sepa si y con qué requisitos se puede llevar a cabo una pretensión penal estatal, o según qué puntos de vista debe determinarse una eventual pena, cómo debe cumplirse, en dónde radican las causas reales de la criminalidad y cómo se puede reconducir lo más posible al delincuente al camino de la legalidad. Además, las soluciones de problemas jurídicos en un campo (p.ej. en el Derecho penal material) pueden depender de los conocimientos obtenidos en otro campo (v.gr. de datos procesales o de perspectivas criminológicas), cuestión en la que habrá que entrar repetidamente en el curso de esta exposición. Un Derecho penal moderno no es imaginable sin una constante y estrecha colaboración de todas las disciplinas parciales de la “ciencia global del Derecho penal”. Sin embargo, ciertamente el Derecho penal material es en cierto modo la ciencia base de todo ese campo jurídico; pues la punibilidad de una conducta, que debe determinarse según sus reglas, es —y ello vale en lo sustancial también para el campo del objeto de la criminología, concebido por la mayoría de los autores de modo algo más amplio (cfr. nn. 13)— el presupuesto para que las demás ciencias al servicio de la Justicia penal puedan siquiera ocuparse del caso.

V. La Parte general del Derecho penal material

La “Parte general” del Derecho penal, que constituye el objeto de este libro, **15** es nuevamente sólo un campo parcial del Derecho penal material. Está regulada en el StGB en los §§ 1-79 b, mientras que los §§ 80-358 contienen la “Parte especial”. La división de la materia, que nos marca el StGB, está configurada de tal manera que la “Parte especial” proporciona las concretas descripciones de los delitos e indica la pena prevista para cada delito ⁵. Por tanto, quien quiera informarse sobre el homicidio (§ 212), lesiones (§§ 223 ss.), hurto

⁴ Por ello la mayor revista especializada de Derecho penal (fundada en 1881 por Franz v. Liszt y Adolf Doehow) lleva el título de “Revista de la Ciencia global del Derecho penal”: “Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” (= ZStW).

⁵ Sobre la relación de la Parte general respecto de la Parte especial cfr. además § 7, nn. 2.

(§ 242), estafa (§ 263), etc., deberá consultar siempre en la Parte especial. En cambio, la “Parte general” comprende las disposiciones, válidas para todos los delitos, sobre los presupuestos y consecuencias de la conducta punible. En ella se tratan por tanto, por una parte, instituciones jurídicas como la legítima defensa (§ 32), el error (§§ 16 y 17), la tentativa (§§ 22 ss.), autoría y participación (§§ 25 ss.), capacidad de culpabilidad (§§ 19-21), etc.; y por otra parte se regulan en la Parte general también las consecuencias jurídicas del hecho, es decir, sobre todo las diversas penas (§§ 38 ss.) y medidas de seguridad (§§ 61 ss.) en particular. Así pues, la Parte general del StGB es un producto de la abstracción; contiene todo lo que de los presupuestos y consecuencias de la actuación punible se puede extraer y anteponer a los delitos concretos descritos en la Parte especial *. Por ello se explica el carácter básico de este campo material, con el que concuerda que también las cuestiones centrales de la teoría del Derecho penal, como las teorías de la función del Derecho penal y del fin de la pena, tradicionalmente —y aquí también— se discutan en el marco de la Parte general.

* Literalmente el texto habla de todo lo que de los presupuestos y consecuencias de la actuación punible se puede traer “antes del paréntesis” (“*vor die Klammer*”) de los delitos concretos descritos en la Parte especial; sobre el significado de esta expresión utilizada en matemáticas cfr. *infra* nota * al § 10, nm. 14 [N. del T.].