

Karl Heinz Gössel(\*\*)

# Acerca del **normativismo y del naturalismo** en la **teoría de la acción**(\*)

El desarrollo del Derecho Penal moderno es visto con frecuencia bajo el punto de vista de una secuencia e incluso separación de categorías del causalismo al finalismo y luego al normativismo<sup>(1)</sup>. Una consideración semejante puede resultar sin embargo inexacta. Explicar esta cuestión y ante todo aclarar el concepto «normativismo» es necesario. Esto demostrará anticipadamente que el Derecho Penal nunca ha renunciado a la formación normativa del concepto, y, que, en vez de ello, solamente ha cambiado el contenido y el significado del concepto «normativo» (apartado 1). Seguidamente se tratará sobre la practicabilidad de la formación normativa del sistema (apartado 2).

## **1. El normativismo desde la teoría causal de la acción**

### **1.1. Normativismo**

1.1.1. ¿Qué significa «normativismo», y qué significa «normativo»? A pesar de la brevedad obligatoria de estas líneas, una respuesta con base en algunas reflexiones filosóficas no puede ser eludida. El punto de partida se apoya en el «idealismo subjetivo», fundado por Berkeley, según el cual el mundo existe solo en nuestras representaciones: «el mundo entero de los objetos» se vuelve «en un mundo de las meras representaciones»<sup>(2)</sup>, de manera que el sujeto crea todo objeto en el mundo mediante su representación<sup>(3)</sup>. En consonancia con ello, la filosofía de los valores del siglo XX consideró la realidad -tal como

(\*) Traducción inédita al español del texto original alemán titulado *Über Normativismus und Naturalismus in der Handlungslehre*, a cargo de José Antonio Caro John y Miguel Polaino-Orts, ambos Doctores por la Universidad de Bonn.

(\*\*) Catedrático emérito de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal (Universidad de Erlangen-Nürnberg). Magistrado emérito del Tribunal Superior de Justicia de Baviera.

(1) Cfr. por ejemplo, la exposición de JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2da. edición. 1991. 6 apartado: partiendo de un concepto causal de acción (numeral 6 y siguientes) y pasando por la concepción finalista llega este autor a una comprensión de la acción como problema de imputación (numeral 24), cuya función «resulta de la función de la pena» (numeral 1) y con ello de una finalidad jurídico-penal. De manera semejante procede ROXIN, el cual pretende determinar el concepto de acción en función de valoraciones jurídico-penales (*Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4ta. edición. Tomo I. § 8, 42-44). Debe mencionarse aquí a PUPPE, quien constata «la aparición de un nuevo pensamiento normativista en la ciencia del Derecho penal» (NK-Puppe, 2da. edición. § 15, 19).

(2) HARTMANN, Nicolai. *Einführung in die Philosophie*. 6ta. edición. p. 38.

(3) *Ibid.*; p. 78.



Küpper repetidas veces lo ha advertido - «en cierto modo como una masa amorfa que adquiere su forma recién a través del observador»<sup>(4)</sup>. En este sentido, al referirse Sauer a comienzos del siglo XX a los objetos de la ciencia y de la ciencia del Derecho Penal sostuvo que «nosotros mismos producimos las cosas, nosotros somos los creadores del mundo, el mundo es nuestra obra»<sup>(5)</sup>, llegando consecuentemente a la conclusión de que «solo con el método normal (referido a la norma) se superan problemas jurídico-penales, como la omisión, etcétera»<sup>(6)</sup>. En esto se muestra el contenido esencial del actual normativismo, cuyos representantes parten de «la admisión» de que «la formación del sistema jurídico-penal no se anuda a realidades ópticas preexistentes (acción, causalidad, estructuras lógico-objetivas, etcétera), sino más bien está presidida exclusivamente por finalidades jurídico-penales»<sup>(7)</sup>. Asimismo «el basamiento en la misión del Derecho Penal y no en el ser (o en la estructura) de los objetos del Derecho Penal, conduce a la renormativización de los conceptos»<sup>(8)</sup>. Dicho de otro modo: el Derecho Penal es libre de crear sus conceptos conforme a las finalidades jurídico-penales admitidas, y ello con independencia de la estructura y el contenido de los correspondientes hechos a regular.

1.1.2. Los primigenios fundamentos filosóficos del normativismo dejan presumir que este no surgió recién en el siglo XX, en la culminación provisional de un desarrollo suficiente del Derecho Penal, esto es, del causalismo al finalismo, algo así como una nueva categoría desarrollada en el Derecho Penal. Esta cuestión se aprecia notoriamente en el ejemplo de un concepto jurídico-penal: el concepto de la acción jurídico-penalmente relevante.

## 1.2. Causalismo

Como ejemplo de una teoría causal de la acción sirve aquel

descrito por Von Liszt en su Tratado de Derecho Penal, el mismo que fue dominante y obtuvo un reconocimiento general en su época. En él la acción fue definida como «causación o no impedimento de una modificación de un resultado en el mundo exterior mediante una conducta cualquiera»<sup>(9)</sup>. Tanto la acción comisiva como la omisión presentan tres componentes: una actividad voluntaria orientada a llevar o no llevar a cabo un movimiento corporal; un resultado acaecido en el mundo exterior; y, finalmente, una causalidad -entendida en el sentido de la teoría de la equivalencia- entre la actividad voluntaria y el resultado<sup>(10)</sup> (en el caso de la omisión, la causalidad es un elemento análogo a la causalidad en la comisión<sup>(11)</sup>). La «actividad» voluntaria es concebida únicamente en el «impulso de voluntad»; la «dirección» intencional del hecho delictivo dirigida por la posible representación del resultado queda fuera del concepto de acción, de la tipicidad, y también de la antijuricidad: dicha dirección es un elemento de la culpabilidad<sup>(12)</sup>.

1.2.1. Cuando se analiza aquella teoría de la acción desde una perspectiva actual, parece absolutamente comprensible calificarla como «naturalista»<sup>(13)</sup>. Según la imagen del mundo del siglo XIX, y comienzos del siglo XX, influenciado por la técnica y las ciencias naturales, la acción fue concebida como un impulso causal producido por las fuerzas naturales; no

(4) KÜPPER. *Grenzen der normativerenden Strafrechtsdogmatik*. 1990. p. 17.

(5) SAUER. *Grundlagen des Strafrechts*. 1921. p. 19, citado por KÜPPER. *Ibid.*; p. 16.

(6) SAUER. *Allgemeine Strafrechtslehre*. 3era. edición. 1955. p. 6.

(7) ROXIN. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4ta. edición. Tomo I. § 7, 26.

(8) JAKOBS. *Op. cit.*; p. 7.

(9) VON LISZT. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. 21era. y 22da. edición. 1919. § 28, antes de I; sobre el hacer véase § 29, antes de I, I y II, y sobre la omisión § 30, I.

(10) *Ibid.*; § 29, II.

(11) *Ibid.*; § 30, I 2.

(12) *Ibid.*; § 28, I 1 y III 2.

(13) Cfr. por ejemplo, MAURACH. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 8va. edición. Tomo I. § 16, 32 y ROXIN. *Op. cit.*; § 8, 10, quien habla de un concepto natural de acción.

## Karl Heinz Gössel

obstante se pasó por alto que la «causalidad» no podía ser tocada ni ser de otro modo percibida sensorialmente. Hoy sabemos que la «causalidad» es una relación ajustada a una ley que se da en dos sucesos reales consecutivos, y que se determina con el juicio «causal». El juicio de «causalidad» es por eso de naturaleza normativa<sup>(14)</sup>: a dos sucesos diferenciados se les atribuye una relación ajustada a una ley. Puede que esos sucesos sean en sí mismos hechos ónticos, pero, en todo caso, no más que aquellos sucesos susceptibles de ser atribuidos solo de modo normativo una relación ajustada a una ley, con independencia del tipo de ley (empírica o jurídica<sup>(15)</sup>) que esa relación sustenta. En consecuencia, si se contempla la acción como producción causal de un resultado acaecido en el mundo exterior, la naturaleza normativa de la «causalidad» conduce a la normatividad del concepto mismo de acción.

1.2.2. La formación del concepto, por demás característico del normativismo, basado exclusivamente en las finalidades jurídico-penales e independiente de la estructura y contenido de los objetos mismos a regular, también se puede comprobar en el concepto causal de acción. Este concepto reconoce ciertamente un contenido natural en la «actividad voluntaria», sin embargo no lo trata como una valoración jurídico-penal de un hecho global preexistente, sino la descompone, en cierto modo, de un lado en el elemento del impulso de la voluntad, y, de otro lado, en la dirección intencional dirigida por las posibles representaciones. Ambos elementos están ordenados en diversos lugares en la estructura del hecho punible: el impulso de la voluntad en la acción típica<sup>(16)</sup>, la dirección intencional en la culpabilidad (véase supra antes de 1.2.1.). El contenido natural de la «actividad voluntaria» se desmorona normativamente cuando las finalidades dogmáticas no prestan consideración a su propia estructura y contenido, con la consecuencia que ni el concepto de la «acción típica», ni el de la «culpabilidad» comprenden un contenido natural existente en la realidad, esto es, ya no tienen más un contenido real. El concepto de acción causal constituye por ello un ejemplo temprano de una formación normativa del concepto, y con ello se constata la suposición antes expresada (véase supra 1.1.2.): el normativismo existe ya desde hace

mucho tiempo y no necesitó primero de un causalismo ni de un finalismo para desarrollarse a sí mismo. Sin embargo es productivo y necesario ocuparse de los cambios experimentados por la formación normativa del concepto. Por ello tiene que afirmarse aquí sobre el concepto causal de acción que, si bien él admite un objeto natural (la «actividad voluntaria»), dicho objeto es determinado conforme a puntos de vistas dogmáticos que desconocen su estructura natural.

### 1.3. Finalismo

El aporte más significativo del finalismo radica, en mi opinión, en haber advertido enérgicamente la existencia de un mundo exterior a nuestras representaciones, y, con ello, la existencia de objetos con propia estructura y contenido independientes al sujeto, que se encuentran en un nivel anterior a la valoración jurídica<sup>(17)</sup>. Esta concepción reclama en lo fundamental que la formación jurídico-penal del concepto debe considerar la estructura y el contenido de los objetos, y no descomponerlos en sus partes individuales, con la consecuencia que el correspondiente concepto jurídico-penal no tenga más por objeto un vacío de contenido, que como afirma acertadamente Puppe se convierte en un sinsentido<sup>(18)</sup>, y, por ende, inadecuado para regular con pleno sentido la materia preexistente del ordenamiento jurídico.

1.3.1. Una primera consecuencia a mencionar de una semejante concepción está en el énfasis puesto en la relación óntica indivisible entre el contenido de la voluntad y la dirección de la voluntad en la

(14) Cfr. al respecto PUPPE. *Die Erfolgszurechnung im Strafrecht*. 2000. p. 30.

(15) Cfr. sobre ello también PUPPE. *Ibid.*; p. 54.

(16) VON. LISZT. *Op. cit.*; § 31, I.

(17) Ello no puede ser profundizado aquí. Más detalladamente al respecto, véase GÖSSEL. *Wertungsprobleme des Begriffs der finalen Handlung*. 1966.; GÖSSEL. *Versuch über Sein und Sollen im Strafrecht*. FS Miyazawa, 1995. p. 317.

(18) PUPPE. *Die Erfolgszurechnung im Strafrecht*. 2000. p. 30.



actividad voluntaria y con ello el rechazo de aquel producto normativo artístico, como Hirsch lo denomina<sup>(19)</sup>, cual fue creado por la teoría causal de la acción. Una acción intencional sin una dirección voluntaria orientada a la realización del contenido de la voluntad no existe<sup>(20)</sup>. Otra consecuencia es la exclusión del resultado de la acción del concepto de acción, que la teoría causal de la acción concibió como elemento fundamental de la acción: quien integra el resultado de la acción en la acción, se contradice por ello, porque la acción entendida como conducta arbitraria debe producir primeramente el resultado de una modificación del mundo exterior. Consecuentemente la acción y su resultado deben constituir necesariamente por separado dos objetos diferentes. Existe un gran número de acciones desarrolladas que permanecen en el ámbito de lo interno, de lo subjetivo, sin producir ningún resultado en el mundo exterior: la meditación, la oración, el cálculo mental y cualquier otra forma del pensamiento, aun cuando esas formas interno subjetivas de la conducta pueden llegar a ser más tarde unas conductas u omisiones en el mundo exterior.

1.3.2. Independientemente de las exigencias extremas de algunos finalistas, como la vinculación libre a supuestas estructuras prejurídicas de la participación<sup>(21)</sup>, no puede ni debe pasarse por alto que la teoría final de la acción también determina normativamente el concepto de «acción». De un gran número de formas de conductas humanas ella elige aquella que debe considerarse como penalmente relevante, y esa elección es hecha con una racionalidad final según el criterio de un Derecho Penal humanamente legítimo. De allí que, por ejemplo, se excluya del ámbito de la acción penalmente relevante las conductas que presenten una patología física, igualmente que los sucesos casuales. Pero la teoría final de la acción se diferencia desde un principio del mencionado normativismo «puro», o mejor dicho «extremo», de manera que dicha teoría no hace depender su concepto únicamente de las finalidades del Derecho Penal: la teoría de la acción final reconoce la existencia de un mundo exterior objetivo independiente de representaciones subjetivas, cuyos objetos muestran una estructura y contenido prejurídicos autónomos. Si el ordenamiento penal con la

formación del concepto elige objetos pertenecientes al mundo exterior como penalmente relevantes, entonces ella no puede pasar por encima de la estructura y contenido prejurídicos de dichos objetos. La formación del concepto solo puede elegir como acción penalmente relevante, aquella identificable como conducta humana, pero cual de estas formas de conductas humanas deban ser valorados como penalmente relevantes, no se determinará mediante la estructura de estas formas de conducta, sino que se rigen por las exigencias penales. El finalismo no prescinde de una valoración normativa, pero le concede un contenido diferente al causalismo y al normativismo extremo.

## 2. Practicabilidad de los sistemas normativos

### 2.1. Unilateral construcción normativa u óptica de conceptos

2.1.1. Las anteriores reflexiones muestran ya que aquí reputamos correcto el punto de partida de la teoría final de la acción: los conceptos jurídico-penales comprenden hechos ónticos y realmente existentes, que han de ser tenidos en cuenta en la construcción de los conceptos según su propia estructura y su correspondiente contenido material. En el presente lugar, no puede exponerse de manera más extensa esta cuestión<sup>(22)</sup>. De acuerdo con el tema elegido en el presente trabajo únicamente puede y debe tenerse en cuenta la relación entre naturalismo y normativismo, es decir, especialmente si existen o han existido intentos doctrinales que nieguen o hayan negado una relación de ese tipo, ya sea

(19) HIRSCH. Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, *FS der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln*. 1988, pp. 399-402.

(20) Asimismo JAKOBS. *Op. cit.*; 6 apartado, 8.

(21) Cfr. sobre ello, STRATENWERTH. *Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache*, 1957.

(22) Vid. al respecto, mis trabajos citados en la nota al pie número 17.

## Karl Heinz Gössel

porque hayan definido los correspondientes conceptos únicamente en relación a circunstancias ónticas, ya sea porque hayan construido esos conceptos de manera estrictamente normativa, valorándolos con absoluta libertad y de manera independiente de esos hechos ónticos con criterios de finalidad jurídico-penales. Valga una aclaración previa: de la citada cuestión nos ocuparemos a continuación, en lo fundamental, solo en el ejemplo de la teoría de la acción.

2.1.2. La naturaleza -al menos, también- normativa de los conceptos de acción en los sistemas causalistas y finalistas ya ha quedado puesta de manifiesto. Para el normativismo rige, de acuerdo con las exigencias expuestas, lo mismo. En todo caso, la cuestión de si ha existido hasta ahora alguna teoría normativista que construya de manera consecuente sus conceptos con independencia de cualquier relación con situaciones ónticas se presenta al mismo tiempo como una cuestión abierta y sugerente. Esta cuestión, de acuerdo a lo expuesto, es negada por el sistema finalista, y del mismo modo podría ser negada ya por el sistema causalista: la teoría causal de la acción admite la existencia de un elemento óntico (el «ejercicio de la voluntad»), que es convertido en un concepto útil para la construcción de su sistema (véase Supra 1.2.2.). A continuación analizaremos si, no obstante, la concepción normativista mencionada anteriormente (véase 1.1.1.) se encuentra en situación de construir sus conceptos sin consideración alguna de los elementos ónticos. Realizaremos este análisis de la mano de las teorías de la acción de dos autores que, al menos según sus declaraciones expresas, abogan de manera especialmente pronunciada por una construcción conceptual exclusivamente normativista: Roxin y Jakobs.

### 2.2. La formación normativa del sistema de Roxin

Como se expuso más arriba (véase 1.1.1.), Roxin vislumbra en un sistema teleológico-racionalista del Derecho Penal la base para el desarrollo del sistema jurídico-penal, que evita cualquier conexión con realidades ónticas preexistentes y que se construye exclusivamente sobre la base de finalidades jurídico-penales. Por otra parte, rige lo siguiente: si «una 'lógica real' o una 'naturaleza de las cosas' no pueden proporcionar un criterio de valoración jurídica», entonces «el resultado concreto

no surge nunca de los aspectos normativos rectores como tales»<sup>(23)</sup>. Si se sistematiza por ejemplo «la culpabilidad desde el punto de vista de la responsabilidad orientada a los fines de la pena», entonces no se trataría «de definiciones conceptuales (...) sino de criterios axiológicos que han de ser desarrollados precisamente en el ámbito jurídico. Ese procedimiento obliga a entrar en los supuestos de hecho de la vida», para que puedan alcanzarse los fines jurídico-penales propuestos<sup>(24)</sup>. Con ello, incurre Roxin en una contradicción: la «aceptación» de elementos ónticos, aquí considerada necesaria, es incompatible con una construcción sistemática basada exclusivamente en un criterio normativo. ¿Cuál es la reacción de Roxin ante esta abierta contradicción? Para responder a esta pregunta debe analizarse cómo y en qué medida tiene él realmente en cuenta realidades fácticas (ónticas) en su construcción conceptual, especialmente en su teoría de la acción.

2.2.1. En este sentido, resulta instructiva su postura sobre los llamados elementos «descriptivos» y «normativos» del tipo. Por elementos descriptivos entiende él «aquellos que reproducen determinados datos o procesos corporales o anímicos y que son verificados de modo cognoscitivo (cognitivo) por el juez. En cambio, son normativos todos los elementos cuya concurrencia presupone una valoración. Así, por ejemplo, conceptos como 'edificio' (§ 306) o 'sustraer' (§ 242) son descriptivos, mientras que términos como 'injuria' (...) o 'ajeno' (...) son normativos»<sup>(25)</sup>.

Si elementos concretos reproducen elementos ónticos, entonces carecen de una valoración normativa: de la recién mencionada definición de elementos

(23) ROXIN. *Op. cit.*; § 7, 90.

(24) ROXIN. *Op. cit.*; § 7, 88.

(25) ROXIN. *Op. cit.*; § 10, 58.

«descriptivos» se deriva necesariamente el reconocimiento de una construcción conceptual jurídico-penal que sea independiente de cualesquiera finalidades. Sin embargo, Roxin contradice precisamente este reconocimiento en otro lugar: «todo los conceptos jurídicos» requieren «en un ámbito marginal» ciertamente de una «precisión normativa»<sup>(26)</sup>. De manera más profunda, contradice Roxin con su definición de elementos «descriptivos» su tesis inicial mencionada más arriba (antes de 2.2.1.), de acuerdo a la cual las finalidades jurídico-penales dirigen exclusivamente la construcción del sistema jurídico-penal y, con ello, determinan también sus respectivos conceptos. Esto concuerda, sin embargo, con su correcta opinión (igualmente contradictoria de su tesis inicial) de que los resultados concretos no surgen nunca únicamente de los puntos de vista normativos rectores<sup>(27)</sup>.

De esta poco clara maraña de contradicciones únicamente podría señalar la salida esta conclusión: elementos puramente descriptivos no existen. Aun cuando se estime correcta la postura aquí sostenida de que el ordenamiento jurídico-penal incluya siempre con sus determinaciones conceptuales también hechos ónticos descriptibles, este propio proceso de comprensión es siempre de naturaleza normativa, que en efecto se orienta por finalidades jurídico-penales. Lo que en sentido jurídico-penal se concibe como «edificio» no puede ser determinado nunca de manera exclusivamente «cognitiva», sino que debe añadirse por ejemplo la valoración de que esa construcción es, como exige la jurisprudencia, al menos en parte, un espacio cerrado, que sirve para acoger la permanencia de personas e impedir la entrada de intrusos<sup>(28)</sup>. Para la sustracción rige algo parecido: la acción del § 242 StGB no reproduce meras realidades corporales preexistentes sino que, antes bien, presupone para su constatación la valoración de que esas realidades han de estimarse, además, como quiebra de una custodia ajena y como fundamentación de una nueva custodia<sup>(29)</sup>. Lo mismo vale para todos los otros elementos típicos descritos como «descriptivos»: si bien ellos engloban elementos ónticos, estos adquirirán relevancia penal

como elementos típicos recién sobre la base de una determinación normativo-valorativa.

Por añadidura, debe negarse también la existencia de elementos típicos solo normativos<sup>(30)</sup>. También estos comprenden siempre «determinados datos o procesos corporales o anímicos»<sup>(31)</sup> y consecuentemente hechos ónticos con una propia estructura y con un contenido propio. Así, el término «injuria» implica el concreto proceso corporal de una exteriorización humana perceptible, y el calificativo «ajeno» engloba al tiempo el elemento óntico de un objeto corporal, pues únicamente este puede ser objeto idóneo del concepto de propiedad. Ello vale igualmente para el «clásico» elemento normativo «documento», el cual exige igualmente con la declaración personificada<sup>(32)</sup> un contenido óntico. En resultado, aquí no rige otra cosa que en los elementos «descriptivos»: todos los elementos típicos implican siempre, siquiera sea en intensidad diferente, elementos ónticos en el tipo penal que han de ser valorados de manera normativa.

2.2.2. Si todos los elementos típicos se caracterizan como una inescindible conexión de elementos normativos y de elementos ónticos, entonces también ha de procederse de igual modo en relación al concepto jurídico-penal de acción. Ello se muestra también en el concepto de acción propuesto por Roxin, que concibe la acción como manifestación de la personalidad. Con este concepto, él valora los elementos ónticos de las formas de conducta humana como

(26) ROXIN. JZ. 2003, p. 966.

(27) ROXIN. *Op. cit.*; § 7, 26 (tesis de partida) y § 7, 90.

(28) BGHSt (GSSt) 1. pp. 158-163.

(29) Doctrina general. Cfr. por ejemplo, TRÖNDLE y FISCHER. *StGB*. 53era. edición. § 242,10.

(30) Así, por ejemplo, MIR PUIG. *Grenzen des Normativismus im Strafrecht*. En: HEFENDEHL (compilador). *Symposion für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*. 2005. pp. 77-86.

(31) ROXIN. *Op. cit.*; § 10, 58.

(32) Cfr. por ejemplo, TRÖNDLE y FISCHER. *Op. cit.*; § 267, 2.

## Karl Heinz Gössel

relevantes o irrelevantes jurídico-penalmente: las reacciones reflejas no dominables por la voluntad y la conciencia se consideran penalmente irrelevantes y, con ello, decide él también la estructura de un modo de conducta humana sobre la relevancia jurídico-penal. En todo caso, hay que dar la razón a Roxin cuando, en este sentido, llega tan lejos al afirmar que ya no son acciones para el Derecho Penal las conductas que permanecen «encerradas en lo interno», en tanto que «no se ponen en relación con los sucesos del mundo exterior»<sup>(33)</sup>. Roxin no fundamenta esta opinión de manera más precisa, no obstante haberse tratado de algo que hubiera requerido de una más detallada fundamentación, en tanto que con ello deniega la condición de acción a las omisiones, no obstante reconocer un concepto pretípico de acción, cuya virtualidad como término genérico de la acción él mismo reconoce, como intento mostrar a continuación (más detalladamente sobre ello, véase *Infra* 2.2.2.2.).

2.2.2.1. Llegados a este punto, ha de constatarse lo siguiente: el procedimiento empleado por Roxin para la construcción de su concepto de acción es acertado: mediante la aplicación de determinados puntos de vista valorativos, y a la vista del abundante espectro de conductas humanas que se dan en la realidad selecciona él algunas conductas humanas en sentido jurídico-penal<sup>(34)</sup>. Así ocurre, especialmente, en su intento de distinguir entre acciones y meros movimientos reflejos: «los movimientos reflejos no constituyen (...) acciones cuando 'la excitación de los nervios motores no se halla bajo influencia psíquica', sino que el estímulo corporal se transmite directamente del centro sensorial al del movimiento (...), como por ejemplo sucede en el movimiento involuntario de cerrar los ojos al chocar un objeto contra ellos, en las convulsiones por una descarga eléctrica o en las exploraciones médicas de los movimientos reflejos»<sup>(35)</sup>. Con ello, se tienen en cuenta estructuras ópticas de conducta como elementos codecisivos para la determinación del concepto jurídico-penal de conducta, de manera que Roxin cae (nuevamente) en una contradicción con su propia tesis de partida sobre la dependencia excluyente de la construcción de

los conceptos jurídico-penales únicamente por finalidades jurídico-penales.

2.2.2.2. En la construcción de su concepto de omisión, por el contrario, sigue Roxin su tesis de partida. Si se define la omisión como «defraudación» o como «expectativa individual»<sup>(36)</sup>, entonces la conducta del omitente no se encuentra ligada a los modos ópticos de conductas, sino que se define según determinados criterios valorados como defraudados, por regla general, según expectativas pretípicas, esto es, extrajurídico-penales, sociales o individuales<sup>(37)</sup>: la omisión se define, pues, de acuerdo con su tesis inicial de manera exclusivamente normativa.

a) Sin embargo, no puede olvidarse en este lugar que Roxin considera «posible» construir «un concepto pretípico de omisión que pueda situarse, como el concepto de hacer, bajo el supraconcepto de acción»: «la acción en el sentido del Derecho Penal» es «una manifestación de personalidad, y en ese concepto se engloba también la omisión»<sup>(38)</sup>. Con ello, incurre Roxin en una nueva contradicción con el acuerdo mostrado por él en el primer tomo de su Tratado con la tesis de Radbruch «nunca rebatida desde la perspectiva del concepto natural de acción»<sup>(39)</sup>, según la cual comisión y omisión no pueden ser agrupadas bajo un supraconcepto común, de la misma manera que «es cierto que posición y negación, «a» y «no a» no admiten agruparse bajo un mismo concepto»<sup>(40)</sup>. Sin embargo, ha de seguirse la primera opinión mencionada de Roxin, por la razón de que -frente a la opinión de

(33) ROXIN. *Op. cit.*; § 8, 44.

(34) Con ello, emplea ROXIN el procedimiento que hace unos 40 años propuse en mi tesis doctoral *Wertungsprobleme des Begriffs der finalen Handlung*, 1966.

(35) ROXIN. *Op. cit.*; § 8, 67 en relación con OLG. NJW. 1975. p. 657.

(36) ROXIN. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Tomo II. § 31, 6; así, ya en el Tomo I. § 8, 55.

(37) *Ibid.*; Tomo II. § 31, 6 y siguientes; igualmente, Tomo I. § 8, 55.

(38) *Ibid.*; Tomo II. § 31, 5.

(39) ROXIN. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4ta. edición. Tomo I. § 8, 14.

(40) RADBRUCH. *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*. 1904. p. 140.



Radbruch- no debe excluirse de ninguna manera la posibilidad de agrupar en un supraconcepto común «a» y «no a»: el hombre («a») y la ballena («no a») pueden englobarse en el concepto común de «mamíferos», y el ser humano y la rosa se incluyen en el supraconcepto común de «seres vivos».

La mencionada contradicción de Roxin entre su concepción de omisión como acción, de un lado, y su acuerdo con la tesis de Radbruch sobre la incompatibilidad de «a» y «no a», de otro lado, no puede disiparse con la argumentación de que Roxin atribuye a su concepto de acción una naturaleza exclusivamente normativa jurídico-penal, mientras Radbruch parte de un concepto natural de acción: Roxin no construye su concepto de acción de manera exclusivamente normativa, sino en estrecha relación con el presupuesto óntico (supra 2.2.2.1.). Por lo demás, la eventual tesis de que dos hechos naturales contradictorios, o dos conceptos normativos antagónicos, no pueden agruparse bajo un supraconcepto común, requeriría en todo caso de una fundamentación que difícilmente puede hallarse.

b) Al considerar Roxin posible que la omisión sea un infraconcepto de acción, entonces se piensa que él liga su concepto de acción se halla de manera estrecha con las estructuras ónticas de conducta humana. Pero al construir su concepto de omisión de manera exclusivamente normativa, no es posible concebir, sin contradicción alguna, la omisión como infraconcepto de la acción: para la conexión esencial del supraconcepto de acción con los supuestos fácticos de la vida (supra 2.2.2.1.) deben reconocerse ambas formas de la acción, esto es, tanto el hacer como el omitir. Esta consecuencia lógica derivada de la relación entre supraconcepto e infraconcepto hubiera bastado fácilmente a Roxin para afirmar que toda acción, y por ello también sus formas de actuar y de omitir, valoran esencialmente acontecimientos intrasubjetivos<sup>(41)</sup>, y aparte de eso no hubiera concebido su concepto de acción de manera tan estricta mediante la exclusión de toda actividad humana en las que no se atribuye un movimiento corporal (supra antes de 2.2.2.1.).

2.2.3. Como resultado puede constatarse lo siguiente: la tesis de partida de Roxin, estrictamente normativista, no puede compatibilizarse con su exigencia de construir el sistema jurídico-penal acogiendo las situaciones de hecho de la vida, como lo muestra especialmente su concepto de acción. Con independencia de esta contradicción, su exigencia últimamente mencionada debe considerarse, por el contrario, acertada: un Derecho Penal humano no puede renunciar a reconocer a las situaciones fácticas prejurídicas de la vida un influjo en la construcción del sistema jurídico-penal. De otra manera, le faltaría al sistema jurídico-penal la materia de regulación previamente dada. Por ello, rige lo siguiente: «el indudable punto normativo de partida» decide sobre «qué estructuras de la realidad son jurídicamente relevantes»<sup>(42)</sup>. En el acto de la configuración conceptual, «objetos reales dados» se seleccionan como «objetos de la ciencia del Derecho»<sup>(43)</sup>.

Gracias a la contradicción con su tesis de partida ha sabido Roxin mantenerse alejado de un entendimiento normativo extremo, el cual conduce a la ceguera frente a los hechos ónticos de la vida, y el cual debe regular el ordenamiento jurídico efectivamente dentro del Derecho Penal. Si esto lo ha conseguido otro autor que sostiene un planteamiento normativo más extremo que el de Roxin es algo que debe analizarse a continuación.

### 2.3. La construcción normativa del sistema de Jakobs

Con la normativización de los conceptos por él pretendida, se desprende Jakobs de

(41) MAURACH y GÖSSEL. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Tomo II. § 45, pp. 17 y siguientes.

(42) Así el discípulo de Roxin, SCHÜNEMANN, en su colaboración titulada *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*. En: *FS Roxin*. 2001, pp. 1-30.

(43) GÖSSEL. *Wertungsprobleme des Begriffs der finalen Handlung*. 1966. p. 17.; Cfr. BOTTKE. *Straftäterschaftliche Beteiligung Übergeordneter an von Untergeordneten begangenen Straftaten im Rahmen organisierter Kriminalität*. *FS Gössel*, 2002. pp. 235, 238 y siguientes.

## Karl Heinz Gössel

substratos prejurídicos en la construcción conceptual<sup>(44)</sup>. Las personas se definen y constituyen a través de normas del ostentador del poder, y satisfacen el rol a ellas normativamente atribuido<sup>(45)</sup>: con ello, ellas devienen en una «configuración de deber, esto es, una construcción objetiva»<sup>(46)</sup>, no son seres humanos con existencia real y sustancia propia, «sino construcciones sociales»<sup>(47)</sup>. De manera consecuente, relaciona Jakobs el concepto de autor o de sujeto del hecho no a seres humanos de carne y hueso, sino al constructo normativo de una responsabilidad de autoría<sup>(48)</sup>.

2.3.1. Esta -hasta ahora- pura construcción del concepto de autor se determina empero también por el concepto de acción. «Con la determinación del concepto de acción se concreta al mismo tiempo quién es el sujeto y cuál es su acción», y para este concepto de acción es relevante la «constitución psicofísica del hombre». En este lugar, distingue Jakobs entre el control de la «voluntad» como control de «estímulo» y el control de la «acción» como realización de la voluntad, con lo cual se excluye el control de la voluntad del ámbito de la acción<sup>(49)</sup>. Resulta cuestionable si Jakobs considera correctamente la constitución psicofísica con la separación entre control de la voluntad y realización de la voluntad, e -igualmente- si con ello él regresa en ese sentido al concepto causal de acción, cuando excluye del ámbito

de la acción modos de comportamiento voluntarios sin modificación del mundo exterior<sup>(50)</sup>. Parece decisivo que Jakobs haga depender, frente a su concepción normativista, el concepto de acción efectivamente de las situaciones ónticas de la constitución del hombre, y lo mismo ocurre en relación a la omisión<sup>(51)</sup>. De la misma manera que Roxin, Jakobs reconoce elementos descriptivos, en los que aprueba expresamente «conceptos de procesos o estados naturalísticos, (...) también biológicos»<sup>(52)</sup>. Con ello, salta a la luz que Jakobs no puede mantener de manera completa su concepción normativista, aunque lo haga de manera más estricta que Roxin: también Jakobs no puede menos que considerar elementos ónticos relevantes para la construcción de conceptos.

2.3.2. En todo caso, ha de constatarse una diferencia de peso entre las concepciones normativistas de Roxin y de Jakobs. Aun de manera contradictoria, ha reconocido Roxin la relevancia de los elementos ónticos para la construcción sistemática. De manera coherente, no ha llegado a aceptar las insoportables consecuencias a que conduce la extrema concepción normativa defendida por Jakobs, en su concepto del Derecho Penal del enemigo no aceptable. Jakobs enseña que el hombre no se concibe como ser humano de carne y hueso ni como parte esencial de la vida real, sino como individuo y persona en Derecho disueltos en la pura conceptualidad de construcciones objetivas (supra antes de 2.3.1.), con la consecuencia de concebir los seres humanos en tanto individuos sin derechos como enemigos, que pueden ser tratados como animales salvajes<sup>(53)</sup>, eliminados o -según su conveniencia- aniquilados<sup>(54)</sup>. Si no queremos tolerar dichas insoportable, inhumanas consecuencias, entonces debemos oponernos a su origen: al normativismo extremo de cualquier forma, que niega los objetos de la vida real estructurados de manera independiente como contenido necesario de todos los conceptos jurídico-penales.

(44) JAKOBS. Supra nota 8.

(45) JAKOBS. *Norm, Person Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*. 2da. edición. 1999. pp. 33, 37, 38 y 68.

(46) JAKOBS. *Ibid.*; p. 96.

(47) MÜSSIG. *Beweisverbote im Legitimationszusammenhang von Strafrechtstheorie und Strafverfahren*. GA, 1999. pp. 119-125.

(48) JAKOBS. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2da. edición. 1991. 21 apartado, 2.

(49) *Ibid.*; 6 apartado, 20 y siguientes.

(50) *Ibid.*; 28 apartado, 1.

(51) *Ibid.*

(52) JAKOBS. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2da. edición. 1991. 8 apartado, 53.

(53) JAKOBS. *Staatliche Strafe, Bedeutung und Zweck*. Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften. Vorträge G 390, 2004. p. 41.

(54) JAKOBS. *Norm, Person Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*. 2da. edición. 1999. p. 109; JAKOBS. *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft (...)*. En: *Eser et al, Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000 pp. 47 y 53. Frente a concepciones de ese estilo GÖSSEL. *Widerrede zum Feindstrafrecht*. FS Schroeder, 2006. p. 33.