



WINFRIED HASSEMER

PERSONA, MUNDO Y RESPONSABILIDAD

**Bases para una teoría de la imputación
en derecho penal**

TEMIS

PERSONA, MUNDO Y RESPONSABILIDAD

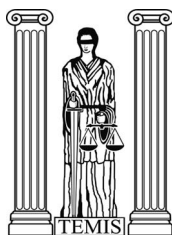
BASES PARA UNA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN
EN DERECHO PENAL

WINFRIED HASSEMER

Catedrático de derecho penal en la Universidad de Frankfurt del Main.
Magistrado del Tribunal Constitucional Federal.

**PERSONA, MUNDO
Y RESPONSABILIDAD**
BASES PARA UNA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN
EN DERECHO PENAL

Traducción de
Francisco Muñoz Conde
y María del Mar Díaz Pita



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2021



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

© Winfried Hassemer, 2021.

© Editorial Temis S. A., 2021.

Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.

e-mail: gerencia@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.

ISBN 958-35-0251-0

ISBN e-book 978-958-35-1332-9

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

PRÓLOGO DE LOS TRADUCTORES

El presente libro recoge varios artículos del profesor WINFRIED HASSEMER, uno de los penalistas y teóricos del derecho más importantes del momento presente en Alemania.

El profesor HASSEMER une a su condición de catedrático de derecho penal, teoría y sociología del derecho en la Universidad de Frankfurt del Main, la de magistrado del Tribunal Constitucional Federal alemán en Karlsruhe. Discípulo del también penalista y filósofo del derecho ARTHUR KAUFMANN, que a su vez lo fue del famoso penalista, filósofo y ministro de Justicia socialdemócrata en la República de Weimar, GUSTAV RADBRUCH, es heredero de una tradición jurídica que une el espíritu liberal y racionalista de la filosofía política del pensamiento ilustrado con una concepción democrática y profundamente humanista del Estado de derecho y del derecho penal.

Su ingente obra, que abarca los más diversos temas del derecho penal, el proceso penal, la teoría y la sociología del derecho y la criminología, es ya bastante conocida entre los lectores de lengua española, merced a las numerosas traducciones que de ellas hemos hecho los que suscribimos este prólogo y otros muchos discípulos y colegas suyos.

En este libro recogemos algunos artículos todavía inéditos o ya publicados, que tienen como denominador común una misma preocupación por sentar las bases de una teoría de la imputación en derecho penal que sea al mismo tiempo que racional y sistemáticamente fundada, respetuosa con los derechos humanos fundamentales que orientan nuestra cultura democrática. En realidad, todos los sistemas de control social que en cualquier país civilizado se conocen con el nombre de “derecho penal” no son más que procesos de imputación de un suceso (delito) a una persona como responsable del mismo, al objeto de poder imponerle una sanción o castigo. El problema actual del derecho penal no es ya la justificación de la imputación en sí misma, ni la legitimación del Estado para imponer un castigo, sino las condiciones, requisitos y formas que hacen posible la imputación y, en consecuencia el castigo.

Para HASSEMER, la teoría de la imputación se debe basar en el “discurso”, es decir, en la forma y las condiciones en que las personas construyen la realidad social en la que viven, y no en conceptos metafísicos, ni en estructuras lógico-objetivas preexistentes y vinculantes a cualquier valoración que de las mismas se haga. La “construcción social de la realidad” obliga a combinar puntos de vista empíricos y normativos, que, en última instancia, son producto del nivel cultural y la racionalidad de cada época (cfr. cap. VI). Así, por ejemplo, la evolución del

“principio de culpabilidad” demuestra que en el derecho penal también hubo otros criterios de imputación desconectados de dicho principio, como los “juicios de Dios”, los sacrificios humanos, los procesos con fiadores, los acuerdos entre las partes, que, todavía en algunos casos, se utilizan como alternativas (cfr. caps. IV y VI, C).

Esto no quiere decir que la teoría de la imputación quede atrapada o aferrada a un sistema social que no puede ser objeto de modificación crítica o ruptura desde la propia teoría. Para HASSEMER, la teoría de la imputación en derecho penal debe cumplir una función específica que la diferencia de otras formas de imputación también existentes en la vida cotidiana mucho más burdas y menos perfeccionadas que las penales propiamente dichas. La importancia de los bienes jurídicos puestos en cuestión por la conducta delictiva, la grave amenaza que representa para ellos la conducta delictiva misma y la importancia de la reacción frente a ella, requieren la formalización y la ordenación sistemática de los requisitos y estudios a través de los cuales se produce la imputación.

Surge así la necesidad de una dogmática juridicopenal y dentro de ella de una teoría general del delito entendida como un proceso secuencial en el que peldaño a peldaño se van valorando y controlando los distintos presupuestos de la pena, de tal modo que solo se permite pasar de una a otra categoría (de la tipicidad a la antijuridicidad, o de esta a la culpabilidad) y con ello ir aumentando progresivamente el peso de la imputación, en la medida que queden plenamente controlados los elementos pertenecientes a cada categoría (cfr. por ej., cap. VIII).

Pero WINFRIED HASSEMER no solo refiere esta formalización de la teoría de la imputación juridicopenal a la ordenación sistemática de los presupuestos de la pena, sino también, y ello nos parece uno de los aspectos más destacables de su pensamiento, a la forma en que la imputación se lleva a cabo, es decir, al proceso penal.

De acuerdo con este planteamiento, la peculiaridad más importante del proceso penal no es ya la solución de las cuestiones empíricas y normativas que plantea la imputación de un suceso a un acusado a título, por ej., de dolo eventual o de imprudencia consciente (cfr., al respecto, cap. V), sino que estas cuestiones se resuelven a través de un “discurso institucional” en el que se ofrece a las partes un marco dentro del cual se puede discutir de forma previamente ordenada, libre del acaso y la coyunturalidad, sobre el conflicto que genera la necesidad de imputación y sobre sus consecuencias, respetando las garantías y derechos fundamentales del imputado y evitando las reacciones informales (linchamiento, venganza privada) y desproporcionadas.

Desde el momento en que se incluyen en la teoría de la imputación penal las garantías del proceso penal a través del cual se lleva a cabo esa imputación, el sentido y fin de las sanciones penales no se limitan ya a la pura retribución del delito cometido al aseguramiento de las propias prohibiciones básicas del derecho penal (no matar, no robar), ni a la consecución de determinados fines preventivos de intimidación o de resocialización del delincuente, sino también al asegu-

ramiento de las normas y principios fundamentales del proceso penal (por ej., el derecho a la defensa, y a la presunción de inocencia del acusado) que constituyen derechos fundamentales del ciudadano en cualquier Estado democrático de derecho. Precisamente por ello, advierte HASSEMER que, en ningún caso, pueden ser sacrificados en aras de una “eficacia” o “funcionalidad” del derecho penal que haga tabla rasa de las conquistas, tradiciones humanistas más valiosas del moderno Estado de derecho (cfr. caps. II y III).

Precisamente, por esto, pone especial énfasis en delimitar las funciones de la policía en el Estado de derecho, que más aún que las instituciones judiciales, determina los límites de las libertades y las garantías de los ciudadanos, evitando que lemas como la “seguridad ciudadana” o el “buen orden” se conviertan en pretexto para justificar excesos y concepciones autoritarias como la tan cacareada “tolerancia cero”, que permiten incluso la represión de conductas meramente marginales y no delictivas (véase cap. IX).

Desde esta perspectiva, la obra del profesor HASSEMER se caracteriza en su conjunto, y no sólo en los artículos que constituyen este volumen, por poner sus profundas reflexiones teóricas y su alto nivel intelectual al servicio de una concepción en las que las estructuras de responsabilidad, la teoría de la imputación en derecho penal, se fundamentan en un mundo dominado básicamente por personas, en el que estas se ponen de acuerdo para construir un discurso que posibilite el desarrollo y la autorrealización de todos en la sociedad; una concepción, en definitiva, humanista y no puramente funcional, burocrática y deshumanizada del derecho penal.

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
MARÍA DEL MAR DÍAZ PITA

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Prólogo de los traductores	VII

CAPÍTULO I

DERECHO PENAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

A) Derecho penal y filosofía del derecho en la moderna tradición alemana ...	1
B) Significado de la filosofía política de la ilustración para el derecho penal .	3
I. Teoría del conocimiento: la superación del derecho natural	3
II. Filosofía política: el contrato social	4
III. Filosofía del derecho penal: el aseguramiento de la libertad	5
1. El principio de la legalidad	5
2. Orientación a las consecuencias	6
3. El principio de protección de bienes jurídicos	6
4. Formalización del control social jurídico-penal	7
C) Recientes tendencias del derecho penal en la República Federal de Ale- mania	9
I. La actual situación	9
II. Perspectivas evolutivas	11
III. Consecuencias	12

CAPÍTULO II

VIEJO Y NUEVO DERECHO PENAL

A) Consideraciones previas	15
B) Conceptos y formas de aparición del moderno derecho penal	16
I. Elementos característicos del derecho penal clásico	17
II. La dialéctica de lo moderno	19
III. Las novedades del moderno derecho penal	22
1. Sectores	22
2. Instrumentos	23
3. Funciones	25

	PÁG.
4. Problemas	26
5. Costos	27
C) Alternativas	29
I. Derecho procesal penal	30
II. Derecho de organización de los tribunales	30
III. Derecho penal material	31
1. Solución abstracta	31
2. Solución concreta	32
IV. Categorías de un derecho moderno	35

CAPÍTULO III

EL DESTINO DE LOS DERECHOS DEL CIUDADANO EN UN DERECHO PENAL “EFICAZ”

I. La omnipresente violencia	39
1. Percepción social de la violencia	39
2. Actitud social ante la violencia	41
a) Filosofía política	41
b) Criminología	42
II. El derecho penal “eficaz”	43
1. La política	43
a) Represión de la violencia	43
b) Direccionismo	44
2. La teoría	45
3. La dogmática	46
a) La “funcionalidad de la administración de justicia penal”	46
b) Ponderación de intereses	47
III. Dos cuestiones	48
1. La seriedad de la amenaza	48
2. La eficacia del derecho penal	49
IV. Resumen	49

CAPÍTULO IV

¿ALTERNATIVAS AL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD?

A) La erosión del principio de culpabilidad	51
1. Política criminal	51
2. Dogmática de la culpabilidad	52
B) La irrenunciabilidad al principio de culpabilidad	53
1. Posibilitar la imputación subjetiva	53

	PÁG.
2. Excluir la responsabilidad por el resultado	54
3. Diferenciar grados de participación interna	55
4. La proporcionalidad de las consecuencias jurídicas	57
C) El reproche de culpabilidad	58
1. Libertad de voluntad y proceso penal	58
2. Derecho penal y vida cotidiana	59
3. Reproche de culpabilidad y ley penal	60
D) Resumen	62

CAPÍTULO V

LOS ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DEL DOLO

I. La teoría de Armin Kaufmann	63
1. Particularidades de dicha teoría	63
2. Crítica a la teoría de Kaufmann	65
3. Planteamientos erróneos en la caracterización del dolo	67
a) Ontologización	67
b) Objetivización esquemática	67
4. El suceso desde el punto de vista interno y externo	68
II. La “ratio” de la penalidad del dolo	68
1. El dolo como decisión	69
2. El dolo como forma más grave de responsabilidad	71
3. La necesidad de elementos volitivos	71
4. El conformarse en sentido jurídico	72
5. La relación entre conocimiento y voluntad	73
a) La intención	73
b) El dolo directo	73
III. Características externas del dolo	74
1. El problema de las teorías tradicionales del dolo	75
a) Las teorías volitivas	75
b) Las teorías cognitivas	76
c) Paráfrasis del dolo	77
2. La deducción lógica de lo interno a partir de lo externo	78
a) El dolo como disposición	78
b) La inaccesibilidad de lo interno	79
c) Elementos del concepto e investigación procesal	79
d) Tipo objetivo y subjetivo	80
3. Los indicadores	80
a) Complejidad	80
b) Antecedentes en la doctrina y la jurisprudencia	80
c) El catálogo	81

	PÁG.
d) La objetivación de los límites del dolo	83
IV. Resumen	84

CAPÍTULO VI

PERSONA, MUNDO Y RESPONSABILIDAD

A) “Status” del concepto de imputación	85
I. Concepto	85
II. Metafísica, construcción social, discurso	86
III. Lo empírico y lo normativo	87
B) Origen	89
I. Presupuestos	89
II. Alternativas	89
1. Maldiciones y represiones	89
2. Responsabilidad y funcionalidad	90
C) Clases de imputación	91
I. Sacrificios humanos en la construcción de diques	92
II. Ordalías (“juicios de Dios”)	93
III. Procesos a través de fiadores	93
IV. <i>Labelling approach</i>	95
V. Formalización	96
VI. Acuerdos entre las partes del proceso	98
VII. Imputación colectiva	99
VIII. Análisis económico del derecho penal	100
D) Justificación	101
I. Imputación en la vida cotidiana	102
II. Imputación en derecho penal	102

CAPÍTULO VII

¿POR QUÉ Y CON QUÉ FIN SE APLICAN LAS PENAS? (Sentido y fin de la sanción penal)

A) Pasado y futuro; concepto y fin	105
B) El derecho penal como fuente de expectativas	106
C) Tradiciones	107
D) Experiencias	108
E) Criminalidad de Estado	109
F) Resocialización e intimidación	109
G) La satisfacción a la víctima	110
H) Aseguramiento de las normas fundamentales	111

	PÁG.
I) El proceso por los abusos de menores de Worms	112
J) Cultura de la praxis penal	114
K) El núcleo del derecho penal	116
L) Corrupción	118

CAPÍTULO VIII

EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR COMPORTAMIENTO DE TERCERO

I. Ausencia de responsabilidad en derecho penal	123
II. Secuencias	124
1. Comportamiento de tercero y sistema de imputación	124
2. Puntos angulares	125
3. Acción	126
4. Tipicidad	127
5. Causas de justificación	128
6. Causas de exclusión de la culpabilidad	129
7. Dolo	129
8. Determinación de la pena	130
III. Fundamentos	131
1. Relación entre el autor y el tercero	131
2. Ponderación	132
3. Distribución de autonomías	132
4. Ejemplos	133
IV. Límites	135
1. Fundamentación y delimitación	135
2. Protección de bienes jurídicos y validez de la norma	136
3. Accesoriedad administrativa	137
4. Estado de necesidad por coacción	138
5. Error de prohibición inevitable	139

CAPÍTULO IX

LA POLICÍA EN EL ESTADO DE DERECHO

I. Dedicatoria	141
II. Posiciones	142
1. El monopolio estatal de la violencia	142
2. La policía	143
III. Funciones	144
1. Derecho y limpieza	144

	PÁG.
2. El Estado de derecho	145
a) Precisión	145
b) Complicación	146
IV. Extensiones	148
1. Miedo al peligro y atrofia de las normas	148
2. Control y coacción	151
a) Normas cotidianas y normas jurídicas	151
b) Derecho policial, derecho procesal penal, derecho penal	152
c) Estado, libertad y seguridad	153
V. Expectativas	155
1. Tradición	155
a) Participación de la policía	155
2. Prevención del peligro y persecución del delito	155
3. “Tolerancia cero”	156
a) “Orden” junto a “seguridad”	156
b) “Broken windows”	157
c) “Life style crimes”	158
d) Dos explicaciones equivocadas	159
VI. Recomendaciones	161
1. La libertad y sus presupuestos	161
2. Capacidad de comunicación	163
a) Teoría	163
b) Praxis	164
c) Buen orden	167

CAPÍTULO I

DERECHO PENAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA*

A) DERECHO PENAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LA MODERNA TRADICIÓN ALEMANA

Desde los tiempos de esplendor de la filosofía alemana, es decir, desde la época del Idealismo y la Ilustración, existen estrechas relaciones entre filosofía, filosofía del derecho y derecho penal. Pero estas relaciones se han ido debilitando poco a poco en este siglo, a partir del momento en que la filosofía del derecho ha sido, en cierto modo, superada por sus herederas, la teoría y la sociología del derecho.

Para los principales representantes del idealismo alemán, KANT y HEGEL, la filosofía del derecho todavía formaba parte del sistema filosófico general; lo que hoy denominamos “Ciencia dogmática del derecho” o “Teoría general del derecho” carecía de autonomía sistemática, recibiendo su contenido y utilidad de su relación con los teoremas filosóficos morales y sociales.

Así, por ejemplo, toda la filosofía sobre la voluntad autónoma y heterónoma la trata KANT en sus *Fundamentos sobre metafísica de las costumbres* (sección segunda). Pero también en este libro discute cuestiones que hoy consideramos características de la “Teoría general del derecho”, dedicando la primera parte al derecho privado, y la segunda al derecho público, en el que incluye el derecho penal y el derecho de gracia.

Esta integración de filosofía y derecho ha beneficiado a las dos disciplinas. Por un lado, porque de este modo los problemas jurídicos quedaron situados en un contexto más amplio y fundamental; por otro lado, porque la filosofía, al hacer filosofía sobre el derecho o los derechos del individuo en sociedad, recibe —por lo menos, en teoría— una conexión

* Traducción de Francisco Muñoz Conde, publicado en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2º semestre, 1990.

con la praxis (lo que no se puede decir, por ejemplo, de la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt, a la que todavía le falta esa conexión con la realidad de las instituciones sociales).

Pero esta tradición integradora de la filosofía, la filosofía del derecho y la ciencia jurídica fue perdiéndose a lo largo del siglo XIX. Después de KANT y HEGEL se establecieron en el ámbito del derecho y de la filosofía del derecho sistemas que tomaron y desarrollaron los teoremas de estos grandes maestros. Tanto los neohegelianos, como los neokantianos fueron grandes filósofos del derecho, pero sus reflexiones sobre él mismo ya no procedían de un sistema filosófico universal. Desde el punto de vista profesional, unos eran filósofos, otros juristas. Y en general, se puede decir que en esa época la filosofía del derecho se estructuró claramente en diversas “escuelas” que se ocupaban de discutir intensamente concretos problemas jurídicos en estrecha vinculación con la dogmática jurídica que, por aquel entonces, disfrutaba de una gran reputación por su extraordinaria finura y riqueza conceptual heredada de la escuela histórica y del derecho romano.

Todavía una mayor reducción de su ámbito experimentó a principios del siglo XX la filosofía del derecho, que poco a poco fue siendo sustituida por la *teoría y metodología del derecho* (como ciencias de la relación entre norma y decisión), por un lado, y la *sociología del derecho* (como ciencia empírica del derecho), por otro. Estas nuevas ciencias dejaron de preocuparse por las cuestiones tradicionales y buscaron otros ámbitos de discusión. La *filosofía del derecho* pasó a ocuparse sólo de la justificación del derecho (teoría de los valores, derecho natural, teoría de la vigencia del derecho, derecho a la resistencia, etc.), dejando muchas de las cuestiones que tradicionalmente habían sido tratadas dentro de su ámbito, en manos de la dogmática jurídica; así, por ejemplo, cuestiones tales como la legitimación del Estado o la legitimación de la pena comenzaron a tratarse en el derecho constitucional o en el derecho penal. A la filosofía del derecho le ocurrió lo que ya antes le había sucedido a la teología; fue superada por sus propias hijas, que continuaron planteándose las mismas cuestiones pero con sus propios métodos. Con ello surgieron, al mismo tiempo, difíciles problemas de delimitación, que complicaron aún más las relaciones de las “ciencias jurídicas básicas” entre sí.

La tradición jurídico-filosófica se mantuvo con mayor pureza y éxito en el derecho penal. Incluso todavía hoy, hay teorías del derecho penal y de la pena basadas en la filosofía kantiana y en los dos polos que sustentaron esa filosofía: la teoría del conocimiento del idealismo alemán y la filosofía política de la Ilustración. Su mérito histórico ha sido precisamen-

te el de unir ambas líneas de la filosofía idealista y el de hacerlas fructíferas para el derecho penal. Representantes de estas ideas son sobre todo PAUL JOHANN ANSELM FEUERBACH, GUSTAV RADBRUCH, KARL ENGISCH y ARTHUR KAUFMANN. También yo me siento dentro de esta tradición.

En lo que sigue voy a tratar del significado que esta tradición de la filosofía idealista puede tener todavía en cuestiones concretas del derecho penal.

B) SIGNIFICADO DE LA FILOSOFÍA POLÍTICA DE LA ILUSTRACIÓN PARA EL DERECHO PENAL

I. *Teoría del conocimiento: la superación del derecho natural*

La teoría crítica del conocimiento del idealismo alemán, significó, dicho de un modo simple y breve, la superación del derecho natural clásico. El derecho natural cosmológico de la tradición aristotélica descansaba en la deducción del deber a partir del ser (“monismo metódico”), el orden del deber humano se derivaba así del orden real de la naturaleza. Esta deducción de un orden del deber desde el mundo empírico no fue ya posible a partir de KANT; los neokantianos, con el “dualismo metódico”, realizaron importantes restricciones al separar con claridad el ser del deber ser.

El destino del *derecho natural de origen divino* característico de la teología de TOMÁS DE AQUINO y del pensamiento medieval europeo, estaba indisolublemente unido al destino de una divinidad inmanente; de un ser, por tanto, que no solo era la fuente incuestionable del puro deber, sino también la que revelaba este deber a las personas. Ciertamente todavía en el siglo XVIII, la filosofía y la teología aceptaban de una forma u otra la idea de Dios, pero ya entonces estaba claro que este Dios no era ya directamente el legislador del orden humano que establecía los deberes.

La filosofía idealista no hubiera merecido este nombre, si no hubiera creado las bases de otra clase de derecho natural, del llamado *derecho natural racionalista*.

La ordenación de los deberes como producto de la razón humana, fue la lógica consecuencia de la superación del derecho natural cosmológico de origen divino, colocando por primera vez en la historia al hombre, como ser responsable y autónomo, en el centro de la antropología filosófica.

Este derecho natural racionalista desempeñó un papel muy importante en toda la discusión que sobre la legitimación del poder hubo en el