

COORDINADORES

Marcelo D. Lerman

Leandro A. Dias

La ciencia de la parte
especial del
derecho penal

Michael Kubiciel

TRADUCEN:

José R. Béguelin y Leandro A. Dias



Editores
del Sur

COORDINADORES

Marcelo D. Lerman
Leandro A. Dias

La ciencia de la parte especial del derecho penal

Michael Kubiciel

TRADUCEN

José R. Béguelin y Leandro A. Dias



Contenido

Prólogo a la edición en alemán del libro	19
Palabras introductorias a la edición en español.....	21
Introducción y curso de la investigación	25
Motivo y objetivo del trabajo.....	25
Premisas teóricas del trabajo basadas en la ciencia del derecho penal	32
Curso de la investigación.....	33

PRIMERA PARTE: LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL Y LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL

A. Introducción	37
B. La autognosis de la ciencia del derecho penal	41
I. La ciencia del derecho penal como ciencia práctica.....	41
1. Dogmática jurídico-penal.....	42
2. Política criminal	45
a) Parámetros	45
b) La crítica como función permanente.....	47
3. Resumen	49
II. El modo de trabajo de la ciencia jurídico-penal.....	50
1. La importancia de la metodología para la pretensión científica	50
2. Tendencia metodológica básica: De la recepción de teorías filosóficas a la autarquía metodológica	54
III. Resumen.....	62

C. ¿La metodología interpretativa como garante de una aplicación racional del derecho penal?	63
I. Interpretación como exégesis del texto de la ley – pretensión y realidad	64
1. La pretensión	64
2. La realidad	66
3. Conclusiones	69
a) ¿Modificación de la realidad?	69
b) Reformulación de la pretensión teórica	70
II. ¿La interpretación como realización de la voluntad del legislador?	75
1. Caracterización de la interpretación histórico-subjetiva	75
2. ¿Interpretación histórica como necesidad de la teoría de la democracia?	75
3. La determinación objetiva de la voluntad subjetiva del legislador	76
4. ¿Mandato estatal o derecho histórico?	79
III. Interpretación teleológica-objetiva	82
1. De la interpretación objetiva hacia la interpretación teleológica	82
2. Déficits de racionalidad de la interpretación teleológica	85
IV. Conclusiones intermedias	87
D. Función y contenido del concepto de bien jurídico	91
I. Concepto de bien jurídico metodológico-teleológico	91
1. ¿Protección integral de los bienes jurídicos o protección contra ataques específicos?	92
2. Indeterminación en cuanto al contenido	95
3. Conclusión	97
II. Concepciones materiales de los bienes jurídicos	98
1. Historia temprana y prehistoria inmediata	98
2. De la doctrina de la lesión de derechos a la doctrina del bien jurídico	100
a) La doctrina de la lesión de derechos	100
b) Los bienes de Birnbaum	103
c) Los bienes jurídicos de Binding	105
3. ¿Derechos de terceros, intereses o valores?	108
a) De la protección de los derechos ajenos a la protección de los intereses personales	108
aa) La protección de los “derechos de terceros”	108

bb) Intereses personales, ¿un criterio crítico para el sistema?	110
cc) Conclusión.....	115
b) La protección de los valores a través del derecho penal	116
aa) El punto de partida neokantiano.....	116
bb) ¿Ordenamiento valorativo de derecho constitucional?	117
cc) Conclusión.....	122
III. Resultado provisional	124
E. La doctrina de la imputación objetiva	127
I. Significado y pretensión.....	127
II. De la imputación de un hecho a la imputación de resultados	128
1. Historia temprana y antecedentes	128
a) La doctrina clásica de la imputación.....	129
b) El desarrollo de la doctrina actual de la imputación objetiva	131
aa) La recepción de Hegel por Larenz	131
bb) La recepción de Larenz por Honig.....	133
2. Continuidad terminológica y discontinuidad conceptual.....	135
III. El principio rector de la imputación jurídico-penal.....	135
1. La imputación voluntativa.....	135
2. Imputación funcional.....	141
IV. Valoración	143
1. Comportamiento típico e imputación del resultado	143
2. El estándar de imputación.....	144
3. Conclusión	149
F. La tarea de la ciencia de la parte especial.....	151
I. Hallazgo	151
II. ¿La ciencia jurídica como ciencia de fundamentación tópica?	153
1. Concepción.....	153
2. Política criminal.....	154
3. La ciencia del derecho penal como sirviente de la praxis jurídica	155
a) Tareas	155
b) Consecuencias institucionales.....	158
c) Reubicación del trabajo y modificación de la esencia	160

4. Déficit de racionalidad	162
a) ¿Persuasión como fundamentación?	162
b) ¿Racionalidad a través de pautas de la teoría del discurso?	165
5. Resultado provisional	168
III. La ciencia del derecho penal como ciencia sistemática	169
1. La tarea	169
2. La forma de trabajar adecuada a esta tarea	172
a) Contención sistemática de la tónica	172
b) La importancia de la filosofía del derecho y de la teoría de la pena	175
G. Resumen y perspectivas	181

SEGUNDA PARTE: LA DOCTRINA GENERAL DE LA PARTE ESPECIAL

A. Introducción	187
B. Fundamento de teoría de la pena de la parte especial	191
I. Introducción	191
II. Aproximación a la pena	191
1. ¿“Prueba directa” con el concepto de pena?	192
2. “Inducción fiable de las fuentes del derecho vigente”	196
3. El objeto de la teoría de la pena	199
III. Justificación de la pena	202
1. La prevención especial	205
a) Concepción	205
b) Consecuencias	206
aa) El ciudadano como peligroso	206
bb) El estándar de imputación	207
cc) Principio de acto y culpa	208
c) Conclusión	210
2. Prevención general negativa	210
a) Concepción	210
b) Consecuencias	211
aa) Objeto y estándar de imputación	211

bb) Implicaciones para la teoría de la persona.....	213
cc) ¿La prevención general negativa como teoría de la pena?.....	215
dd) La disuasión y el principio de culpabilidad.....	218
c) Conclusión.....	219
3. Prevención general positiva	220
a) Concepto	220
b) Consecuencias	222
aa) Objeto de la imputación.....	222
bb) Parámetro de la imputación.....	224
cc) Prevención general positiva y principio de culpabilidad.....	225
c) Resumen.....	226
4. Teorías retributivas.....	228
a) Punto de partida	228
b) Concepto.....	230
aa) Punto de partida	230
bb) ¿El autor como cocreador de derecho penal?.....	231
cc) Libertad, <i>fairness</i> , pena.....	234
c) Consecuencias.....	236
aa) Objeto de imputación e instancia de imputación	237
bb) Objeto de la imputación	238
cc) Parámetro de imputación	239
5. Resumen	240
C. Teoría jurídico-penal de los deberes.....	245
I. Punto de partida.....	245
II. Deberes negativos y positivos	247
1. Deberes negativos.....	247
2. Deberes positivos.....	248
3. Diferencias y puntos en común.....	250
III. Fundamentación de deberes	251
1. ¿Acuerdo intersubjetivo o preformación social?	251
2. Consecuencias	254
D. Legitimación e interpretación del § 216 StGB	257

I. Introducción	257
II. Análisis de teoría de la pena.....	259
1. Integración de argumentos político-criminales en la teoría de la pena	259
2. Prevención general y protección del tabú.....	261
3. Efectos de la teoría retributiva sobre la conceptualización del § 216 StGB	266
a) Punto de partida	266
b) ¿Homicidio atenuado o delito <i>sui generis</i> ?	267
c) El sentido de protección paternalista del § 216 StGB.....	271
III. Legitimación	273
1. Compatibilidad del § 216 StGB con concepciones sociales valorativas.....	273
2. El deber como condición para que la libertad sea posible.....	277
a) Punto de partida	277
b) El concepto jurídico-penal de autonomía.....	279
aa) Autonomía como posibilidad ilimitada de elección	279
bb) Autonomía como autodeterminación moralmente racional	280
cc) Autonomía como construcción normativa.....	282
c) Restricciones características de la autonomía en caso de disposición sobre la vida propia	283
IV. Consecuencias para la interpretación.....	284
1. Determinación del alcance de la protección.....	285
a) ¿Prohibición sin excepciones en caso de finalización de la vida por parte de un tercero?	286
b) Paternalismo procesal.....	287
c) Paternalismo material.....	290
2. Punibilidad de la interrupción del tratamiento a pedido	293
a) Nuevas y viejas preguntas	293
b) Clasificación jurídica de la interrupción del tratamiento a pedido del paciente	295
aa) ¿Ilícito de homicidio a pesar de la petición?	295
bb) Interrupción del tratamiento a pedido y § 216 StGB.....	298
3. Una reducción teleológica adicional del § 216 StGB	301
a) Punto de partida	301

b) Ayuda a morir como medio de última elección	303
c) Precisión de los límites del ámbito de excepción	309
E. Legitimación e interpretación del § 89a StGB.....	313
I. Análisis de teoría de la pena	314
1. ¿El § 89a StGB como instrumento de prevención especial?.....	314
a) Punto de partida	314
b) (In)consecuencias	317
aa) ¿Cambio de etiqueta en lugar de derogación?	318
bb) ¿Valores patrimoniales peligrosos?.....	321
2. Resumen	323
II. Legitimación	324
1. Premisa de teoría de la pena	324
2. Protección de la libertad y adelantamiento.....	325
a) La protección de instituciones como protección de la libertad	325
b) La problemática del adelantamiento	327
c) Resumen.....	331
3. Principio del hecho y adecuación social	331
a) Principio del hecho	332
b) ¿Adecuación social?	336
4. Compatibilidad del § 89a StGB con el principio de culpabilidad.....	337
a) Punto de partida	337
b) Prohibición de exceso de la culpabilidad como parámetro “débil”	338
5. Conclusión provisional.....	341
III. Consecuencias para la interpretación.....	341
1. Cláusula de protección estatal	341
2. Preparación mediante el juntar, recibir y poner a disposición	342
a) Diferenciaciones fenomenológicas	342
b) Delimitación normativa	344
3. Valores patrimoniales que no son irrelevantes.....	346
4. Dolo.....	348
F. Legitimación e interpretación del § 325 StGB.....	351

I. Introducción	351
II. Análisis de teoría de la pena.....	353
III. Legitimación	355
1. La perspectiva usual del bien jurídico referida al derecho penal ambiental	355
a) Protección del medioambiente como valor.....	355
b) Delitos ambientales como delitos de peligro contra las personas	357
c) Concepción dual de bienes jurídicos	357
2. Nuevo enfoque	359
a) Del bien jurídico a la teoría de la pena	359
b) El significado del derecho administrativo ambiental.....	360
c) Cuestiones de legitimación.....	361
aa) Protección de la norma como protección de la libertad.....	362
bb) Mandato de determinación	364
IV. Consecuencias para la interpretación.....	365
1. Infracción de deberes jurídico-administrativos	366
a) El problema básico	366
b) ¿Imposición jurídico-penal de actos administrativos antijurídicos?	367
aa) Protección de bienes jurídicos y teoría jurídico-administrativa de las nulidades.....	368
bb) Relevancia de los actos administrativos antijurídicos según la presente interpretación.....	371
c) Actuación sin autorización.....	373
d) Tolerancia de la autoridad.....	375
e) Resumen.....	376
2. Círculo de autores	377
a) Presentación del problema.....	377
b) Definición accesoria del derecho administrativo.....	377
3. Imputación del resultado	380
a) ¿Criterios empíricos de imputación?.....	381
b) Normativización	384
G. Conclusión: la relación entre la parte general y la especial	387
Bibliografía.....	391

A la memoria de Wilhelm Königs (1907–1984)

Prólogo a la edición en alemán del libro

El tema de esta tesis surgió del examen de cuestiones individuales de la parte especial del derecho penal. En el proceso, se consolidó inicialmente la impresión de que, cuando se discuten problemas de política criminal y dogmática de la parte especial, la terminología específica de los tipos penales, las teorías de pequeño alcance y las consideraciones *ad hoc* tienen una importancia considerable, mientras que la brecha entre tales *topoi* y las doctrinas generales del derecho penal crece constantemente. Cuando me di cuenta de que la mayoría de los trabajos monográficos sobre los fundamentos de la parte especial del derecho penal tienen décadas de antigüedad, finalmente encontré el tema.

Mi asesor académico, el *Prof. Dr. Michael Pawlik, LL.M.*, acompañó el trabajo desde el principio con gran interés y evitó algunas temeridades, pero por lo demás me dejó buscar y seguir mi camino. Le debo todo mi agradecimiento por acompañarme en este recorrido.

En el semestre de verano de 2012, la Facultad de Derecho de la Universität Regensburg aceptó mi trabajo como tesis de habilitación. Me gustaría dar las gracias a los mentores de mi procedimiento de habilitación, el *Prof. Dr. Herbert Roth* y el *Prof. Dr. Tonio Walter*. También me gustaría dar las gracias al *Prof. Dr. Henning E. Müller* por la rápida preparación de la segunda opinión. En nombre de los demás miembros de la universidad que han seguido mis progresos con interés y aliento, me gustaría dar las gracias al *Prof. Dr. Bernd von Heintschel-Heinegg*, ex presidente del Tribunal Regional Superior de Múnich y del Tribunal Regional Supremo de Baviera, al *Prof. Dr. Martin Löhnig*, al *Prof. Dr. Dr. h.c. Friedrich-Christian Schroeder* y al *Prof. Dr. Udo Steiner*, exmagistrado del Tribunal Constitucional Federal.

Me gustaría agradecer a mis colegas de Regensburg, entre los que quiero mencionar al *Sr. Matthias Wachter*, quien se ha tomado la molestia de corregir el manuscrito. En Köln, el *Sr. Fabian Stam* ha leído las pruebas con mucho cuidado. Me gustaría expresar mi más sincero agradecimiento al *Prof. Dr. Cornelius Prittwitz* por incluir esta obra en la serie de “Juristische Abhandlungen”. En Vittorio Klostermann doy las gracias a la directora general, la *Sra. Anastasia Urban*.

Por último, me gustaría dar las gracias de todo corazón a mis padres, *Anna Josefine* y *Josef Kubiciel*, y a mi esposa, la *Dra. Simone Schönberger, LL.M.* Sin su apoyo, esta obra no habría visto la luz.

Dedico este libro a la memoria de mi abuelo.

Múnich, enero de 2013

Michael Kubiciel

Palabras introductorias a la edición en español de “Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts. Ihre Aufgabe, ihre Methoden”

La práctica jurídica, la política jurídica y la ciencia del derecho discuten con mucha más frecuencia sobre la legitimidad y la interpretación de los tipos penales individuales que sobre las reglas e institutos de la parte general. Sin embargo, la ciencia de la parte especial del derecho penal lleva una existencia a la sombra de las grandes y fundamentales cuestiones de la teoría de la pena y de la teoría general del delito. Este libro pretende contribuir a equilibrar esta “infra-teorización” de la parte prácticamente más importante de *todo* código penal y vincular las reglas de interpretación de los tipos penales, a menudo de pequeña escala, a las “meta-teorías” del derecho penal.¹

Se pondrá de manifiesto que las reglas generales del discurso y los métodos especiales de interpretación de la ciencia jurídica dependen de los contenidos genuinos de la teoría del derecho penal,² si los discursos sobre la legitimación o la interpretación de un tipo penal no han de ser un ejercicio retórico o de tópica destinado a persuadir al adversario, sino que han de reclamar una fuerza vinculante sistemática que vaya más allá del caso individual. La doctrina de la protección de los bienes jurídicos, vigente desde

1 Sobre la teoría de la pena, la teoría del derecho penal y la teoría del delito como “meta-teorías” del derecho penal, véase *Kubiciel*, en: Koch/Kubiciel/Wollenschläger/Wurmnest (eds.), 50 Jahre Juristische Fakultät Augsburg, 2021.

2 Estos contenidos sustantivos no pueden derivarse del derecho constitucional, ya que la interpretación del ordenamiento constitucional –como ordenamiento marco– depende a su vez del suministro de auténtica sustancia de derecho penal o de teoría del derecho pena.; cf. al respecto *Kubiciel*, en: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (eds.), Die Flexibilisierung des Strafrechts, Handbuch des Strafrechts, t. 1, 2019, § 24 n° m. 31 ss.; Windhöfel *et al.* (ed.), Gedächtnisschrift für Eberhard Schockenhoff, 2021.

hace casi 60 años, no proporciona una base sistemática suficiente para los discursos de interpretación y legitimación. En este libro, he presentado objeciones centrales a la opinión dominante a partir de la teoría del derecho penal. Desde el punto de vista de la historia de las ideas, la doctrina de la protección de los bienes jurídicos y la interpretación teleológica basada en ella se revelan también como un medio de “re-politización” del derecho penal o de su dogmática³ y, por tanto, desde el principio, lo contrario de una actitud que pretende contrarrestar críticamente la política legislativa.⁴ Por último, la doctrina de la protección de los bienes jurídicos se desarrolló sobre una base social que difiere considerablemente de la sociedad actual, su estructura y su autocomprensión.⁵

En consecuencia, no solo en el ámbito de la teoría general del delito, sino también en el ámbito de la parte especial del derecho penal, es urgente una revisión de las doctrinas establecidas y un nuevo enfoque conceptual. Este nuevo enfoque sigue, si es necesaria una formulación abreviada y presuntiva, una metodología hegeliana: busca lo racional en lo real, es decir, estructuras legítimas en el derecho penal realmente aplicable. La ciencia –también de la parte especial del derecho penal– no debe confrontar el derecho penal, sus tipos penales y la institución más importante –la pena– con una teoría desarrollada al margen del derecho vigente. Su tarea y su metodología consisten más bien en buscar estructuras generales dentro del derecho vigente y fundamentarlas desde la teoría de la legitimación. Este fundamento teórico que se encuentra en el derecho constituye entonces la base metajurídica de los discursos sobre la legitimidad o la interpretación de los tipos penales individuales. En sentido figurado, la ciencia de la parte especial del derecho penal busca así la gramática del derecho penal aplicable para poder decidir sobre esta base si una actualización del derecho por parte del legislador o de los tribunales sigue las reglas “gramaticales” establecidas o representa un discurso incorrecto.

3 Al respecto, en detalle *Kubiciel*, en: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (nota 2), § 24 n° 46 ss.

4 Sobre la auto-valoración de la ciencia del derecho penal como una ciencia decididamente crítica *Kubiciel*, en: Barton/Eschelbach *et al.* (eds.), *Festschrift für Thomas Fischer*, 2019, 143 ss.

5 Al respecto *Kubiciel*, en: Bublitz/Bung *et al.* (eds.), *Festschrift für Reinhard Merkel*, 2020, 550 ss.

En todo esto, soy consciente del peligro de haber presentado una interpretación inexacta del derecho vigente y que requeriría corrección. Por lo tanto, es aún más importante que este libro esté ahora también disponible para un público de habla hispana, permitiendo así una crítica por parte de las juristas y los juristas de América Latina y España. Es precisamente en estas partes del mundo donde una generación de científicas y científicos se preocupa por el derecho penal –¡común!–. Esta generación está acostumbrada a mirar tanto al cielo de las ideas, como al suelo de la realidad, es decir, a la aplicación de los tipos penales del derecho penal nuclear, del derecho penal económico o del derecho penal relativo al terrorismo en toda su drasticidad y particularidad.

En los últimos años he tenido la gran suerte de conocer y debatir con una serie de inteligentes y amables colegas de España, Perú y otros países. A todos ellos les debo mi más sincero agradecimiento por sus inspiraciones. Tengo una deuda especial de gratitud con quienes han contribuido al esfuerzo de traducción y publicación, a saber: *José R. Béguelin*, *Leandro A. Dias*, *Marcelo D. Lerman*, *Mauro Lopardo* y *Hernán Simkin*. Estoy profundamente en deuda con ellos.

Dedico la traducción al español de mi libro a mis padres *Hanni* y *Josef Kubiciel*, así como a mi esposa, la Dra. *Simone Schönberger*, y a mis hijos *Franz* y *Clara Kubiciel*.

Augsburgo, Junio de 2021

Michael Kubiciel

Michael Kubiciel (1973), Catedrático de la Universität Augsburg, es hoy en día uno de los referentes de las nuevas discusiones de derecho penal sustantivo en Alemania. En particular en los últimos años se ha dedicado a analizar cuestiones de enorme actualidad para la parte especial del derecho penal, como la regulación jurídico-penal de la eutanasia, la creación de nuevos delitos de derecho penal accesorio y los problemas recientes del derecho penal económico. Para acercar las ideas de este autor al público hispanohablante se publica en este libro la traducción (realizada por José R. Béguelin y Leandro A. Dias) de su monografía de habilitación para acceder a una cátedra de derecho penal: “La ciencia de la parte especial del derecho penal”. En este libro, Kubiciel se encarga de criticar el caótico estado de las investigaciones sobre la parte especial del derecho penal, que poco ha avanzado en sistematicidad y cientificidad en el último siglo. En particular, critica convincentemente algunos puntos de partida metodológicos muy asentados, pero en extremo problemáticos, como la libertad de elección de cánones interpretativos y la llamada “doctrina del bien jurídico” como criterio para determinar la legitimidad de actos legislativos de criminalización. Para superar estos problemas, Kubiciel reformula ciertas ideas contemporáneas, como la teoría de los deberes y de las competencias y la justificación de la pena como acto comunicativo de retribución, y las transforma en criterios generales para el análisis crítico de la parte especial del derecho penal. Se trata de un libro esencial para producir avances significativos en la dogmática de la parte especial del derecho penal latinoamericana.

