

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

ROXIN, CLAUS: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Besonderer Erscheinungsformen der Straftat*, Band II, C.H. Beck, Múnich, 2003, 899 págs.

El segundo volumen de la Parte General de Derecho Penal de Roxin se ha hecho esperar, ya que ve la luz doce años después de la aparición del primero —*Derecho Penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (1) — pero puede decirse que ha colmado las enormes expectativas que había puestas en él. Con este volumen, que viene a complementar al primero, en el que Roxin se ocupaba de cuestiones político-criminales básicas y de la construcción de la teoría del delito, desarrolla este autor de manera completa la Parte General del Derecho Penal y su fundamento teórico y político-criminal.

Es preciso consignar, en primer lugar, que no estamos ante un apéndice de la primera parte sino ante una continuación. Ello se pone de manifiesto no sólo en el contenido, sino en la forma, pues este segundo volumen comienza con el Capítulo (o Sección) 8º, § 25, siguiendo así la numeración del volumen primero. Además, por lo que al contenido respecta, en este segundo volumen se contienen temas de tanta relevancia como en el primero.

Como se espera de una obra de estas características, de casi novecientas páginas, el autor profundiza en los temas que aborda, de muchos de los cuales ya se había ocupado en otras publicacio-

(1) ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, C.H.Beck, Múnich, 1ª ed., 1991; 2ª ed., 1994, 3ª ed., 1997. (Traducción española de la 2ª ed. por DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, M./LUZÓN PEÑA, D.M./DE VICENTE REMESAL, J., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, vol. 1º, Madrid, Civitas, 1999; (reimpresión, Thomson & Civitas, Madrid, 2000).

(*) Abreviaturas: AT/I = Allgemeiner Teil, vol. 1º, 3ª ed., C.H.Beck, Múnich, 1997; AT/II = Allgemeiner Teil, vol. 2º, C.H.Beck, Múnich, 2003; BGHSt = Bundesgerichtshof in Strafsachen (Sentencia en asuntos penales del Tribunal Federal alemán; FS = Festschrift (Libro Homenaje); GA = *Goldammer's Archiv für Strafrecht*; GS = *Gedächtnisschrift*; JA = *Juristische Arbeitsblätter*; JuS = *Juristische Schulung*; JZ = *Juristenzeitung*; LK = *Leipziger Kommentar*; JR = *Juristische Rundschau*; SchwZStr = *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*; TuT = Roxin, Claus, *Täterschaft und Tätherrschaft*, 7ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1999; ZStW = *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.

(**) Entre corchetes aparece la referencia a la lección y marginales del volumen 2º donde se desarrollan las cuestiones aquí referidas. Las citas hechas en el texto sin referencia expresa a otro autor, precedidas por *vid.* corresponden a trabajos publicados por Roxin.

nes, lo cual se percibe en la soltura con la que se desenvuelve y afronta cuestiones de gran enjundia dogmática y práctica.

El libro consta de cuatro capítulos o secciones, dedicados, respectivamente, a la autoría y la participación, la tentativa, la omisión y los concursos de normas y delitos.

En el primer capítulo, relativo a la autoría, *Roxin*, tras exponer las principales teorías al respecto, rechaza un concepto unitario y extensivo de autor, optando por un concepto restrictivo. Trata la delimitación entre la autoría y la participación, aludiendo a las teorías contrapuestas del dominio del hecho y a la teoría subjetiva de la participación. Y en relación con ésta, para la cual el elemento de delimitación decisivo sería la voluntad de autor, *Roxin* expone los planteamientos encaminados a concretar esta última: así, la teoría del dolo y la del interés, sin desatender cuál es la posición mantenida por la jurisprudencia del BGH (*normative Kombinationstheorie*) —[AT/II, § 25, margs. 10-26].

La postura de *Roxin* sobre la autoría no sorprende a quien conozca su obra porque sostiene posiciones defendidas en trabajos anteriores (su colaboración en el *Leipziger Kommentar*, su célebre *Autoría y dominio del hecho* y otras). Pese a defender que *el dominio del hecho* (*Tatherrschaft*) es el criterio absolutamente dominante en la doctrina y en la jurisprudencia como criterio decisivo de la autoría mediata, resulta muy ilustrativa la exposición que hace *Roxin* de otras perspectivas doctrinales (*Stein, M.K. Meyer, Renzikowski, Köhler, Schumann, Heinrich, Schild*) —vid. *Lange-FS*, 1976— [AT/II, § 25, margs. 27-37].

Con excepción de los delitos de deber y de los delitos de propia mano, la autoría se determina mediante el criterio del dominio del hecho, que se basa en una comprensión de la autoría como realización del tipo en sentido material. *Roxin* distingue entre dominio de la acción (*Handlungsherrschaft*), dominio de la voluntad (*Willensherrschaft*) y dominio funcional del hecho —(*funktionelle Tatherrschaft*)— [AT/II, § 25, margs.27-37 y, detalladamente, AT/II, § 25, margs. 38-189].

Roxin hace hincapié en su idea de partida de que el autor es la figura central del suceso derivado de la acción (*Zentralgestalt des Handlungsgeschehens*) y mantiene su tradicional clasificación tripartita de los delitos en delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*), de deber (*Pflichtdelikte*) y delitos de propia mano (*eigenhändige Delikte*) —pese a ser esta última una categoría sumamente contestada—. De este modo, *Roxin* sigue mostrándose fiel a su categoría de los delitos de deber [AT/I, § 10, 128; *TuT*, 7ª ed., 353 y ss.], en los que la autoría viene determinada no por el dominio del hecho sino por la vulneración de un deber típico específico extrapenal. Y ello pese a las críticas que ha recibido esta teoría, tanto

en Alemania como en nuestro país, y a las que *Roxin* no es ajeno, pues expresamente recoge las objeciones de las que ha sido objeto esta categoría por parte de autores como *Stratenwerth*, *Jescheck*, *Bottke*, *Renzikowski* y *Pizarro Belezá*. *Roxin* se defiende, sin embargo, de las críticas vertidas a su construcción de los delitos de deber y, pese a asumir que efectivamente en ellos se amplía la penalidad a los portadores de un deber aun cuando su contribución al hecho sea escasa o se limiten a omitir una conducta, aduce que a cambio se limita la punibilidad de quienes no se encuentran vinculados por tal deber, ya que sólo podrán ser partícipes, con independencia de su aportación concreta al hecho. Al reproche de que su teoría extiende la punibilidad responde, por tanto, que ello no es así sino que sólo distribuye los roles de autor, inductor y cómplice de otra manera [AT/II, § 25, margs. 267-274 y, sobre las críticas a la construcción de los «delitos de deber», AT/II, § 25, margs. 281-287].

Muy detallada es la exposición que realiza de los delitos de propia mano, haciendo un recorrido por las diversas teorías que han intentado denodadamente darles fundamento (*Wortlauttheorie*, *Körperbewegungstheorie*, etc.). *Roxin* expone su particular clasificación de los siempre controvertidos «delitos de propia mano», distinguiendo entre aquellos que se encuentran ligados al comportamiento (*verhaltensgebundene Delikte*), delitos de autor (*täterstrafrechtliche Delikte*) y delitos de deber —o de infracción de deber— altamente personal (*höchstpersönliche Pflichtdelikte*). El primer grupo estaría integrado por delitos en los que el injusto reside en la reprochabilidad del comportamiento (así, el incesto, único ejemplo que persiste en el StGB, § 173). El segundo grupo lo integrarían delitos que castigan una determinada conducción de vida y que, por ello, no deberían tener cabida en un Derecho Penal del hecho (por ej. § 181 a StGB), al ser restos decadentes de otra época. Y, por último, el tercer grupo es el único, dentro de los delitos de propia mano, que, a juicio de *Roxin*, sigue teniendo importancia todavía. A éste pertenecen, principalmente, los delitos de expresión (*Aussagedelikte*), la prevaricación (§ 336 StGB) y la deserción. Estos delitos *de deber altamente personal* podrían denominarse también delitos de propia mano impropios (*unechte eigenhändige Delikte*) y constituyen, a su modo de ver, un subgrupo de los delitos de deber. Su inclusión dentro de los delitos de deber permitiría abandonar la categoría de los delitos de propia mano, ya que los otros dos grupos previamente citados (*verhaltensgebundene und täterstrafrechtliche Delikte*) son, como se ha apuntado *supra*, un resto de concepciones penales antiguas que han llegado hasta el Derecho vigente. Así pues, opina *Roxin* que los delitos de propia mano, pese a ser permanente materia de controversia en la doctrina, siguen

mereciendo consideración y que es recomendable aún mantener esta categoría porque el carácter impropio de los así denominados delitos impropios de propia mano (esto es, su carácter de delito de deber) sólo es aceptado parcialmente y no sin reservas [AT/II, § 25, margs. 288-307].

Finaliza *Roxin* esta lección o § 25 con una referencia a la discusión más reciente acerca de los delitos de propia mano que va desde su negación por parte de *Schubarth* (*SchwZStr* 114, 1996 y *ZStW* 110, 1998), por constituir un anacronismo en el actual Derecho Penal, a la postura de *Stratenwerth* (*SchwZStr* 115, 1997), que opina que esta categoría tiene relevancia en la medida en que no se puede ignorar que el ordenamiento penal contiene numerosos preceptos que castigan formas de comportamiento vinculadas a un determinado rol o función, no siendo en todo caso reconocible qué bien jurídico se pretende proteger con ello [AT/II, § 25, margs.288-307], sin olvidar el concepto de delitos de propia mano positivos de *Wohlers* (*SchwZStr* 116, 1998).

Como supuesto de autoría mediata, incluye *Roxin* el dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder (*Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*), a la que como forma de autoría mediata se había referido por primera vez en 1963 (GA 1963). Esta propuesta, aceptada de modo general por la doctrina alemana, incluso por la jurisprudencia (BGHSt 40, 218, caso de los disparos al muro por parte de funcionarios de la desaparecida DDR) y extendida con más que notable repercusión posterior en diversos países, fue ignorada durante años por la jurisprudencia, hasta que el BGH la reconoció por primera vez en 1988, en el caso conocido como «Katzenkönigs-Fall» (BGHSt 38, 347). La trascendencia de esta teoría se proyecta en el Derecho Penal internacional, donde puede ser aplicada para el enjuiciamiento de crímenes cometidos en sistemas totalitarios (así *Vest*, *ZStW* 113/2001 y *Ambos*, 2002; de otro parecer, *Murmann*, GA 1996; *Schröder*, JR 1995). No obstante, *Roxin* se hace eco de las objeciones formuladas a su teoría (*Herzberg*, *Rotsch*, *Renzikowski*, *Ambos*) y la confronta con aquellas posturas que optan por aceptar en estos casos una coautoría del hombre de atrás (*Baumann/Weber*, *Jakobs*, *Jeschek/Weigend*) o una inducción (*Herzberg*, *Rotsch*). [AT/II, § 25, margs. 105-138]. *Roxin* resalta la idea de fungibilidad (*Fungibilität* o *Austauschbarkeit*), es decir, de ilimitada posibilidad de reemplazar al autor inmediato por parte del hombre de atrás que le garantiza a éste la realización del hecho y le permite dominarlo. [AT/II, § 25 marg. 107].

Aborda *Roxin* la recurrente y profusamente debatida figura del *instrumento doloso no cualificado* y estima que la teoría de los delitos de deber permite responder los interrogantes que ésta pro-

voca, al tiempo que considera que los intentos de resolverla con otros criterios, como el del dominio del hecho social (*Welzel*) o normativo psicológico, no son acertados. Para *Roxin*, la influencia dominante del hombre de atrás no supone un dominio real sino que se deriva de una posición de deber que no es accesible al *extraneus* y que fundamenta la autoría (mediata en este caso) del *intraneus* [AT/II, § 25, margs. 275-280].

A continuación, se ocupa *Roxin* ampliamente de la **coautoría** como dominio del hecho funcional (*funktionelle Tatherrschaft*). Tras el estudio de su estructura y de los elementos que la configuran, analiza la coautoría sucesiva y las formas especiales de la coautoría (la coautoría aditiva, la coautoría alternativa, los elementos personales de autor como condición de la coautoría, la coautoría parcial, la participación en coautoría y la coautoría imprudente). Recoge opiniones discrepantes sobre la coautoría (*Stein, Jakobs, Derksen*) y pone de relieve otros razonamientos dignos de ser tenidos en cuenta, como el de la coautoría como dominio positivo del hecho —Díaz y García Conlledo—, la coautoría como inducción recíproca —*Puppe*—, la coautoría como problema de la Parte Especial —*Freund*— y, finalmente, la coautoría como unión en la decisión —*Heinrich*—. Acto seguido, se refiere a la autoría sucesiva (*Nebentäterschaft*) [AT/II, § 25, margs. 188-266].

Por lo que a la participación respecta, *Roxin* afirma que representa un *ataque accesorio al bien jurídico*. Cree incorrecto explicar el injusto de la participación exclusivamente desde el principio de accesoriedad, deduciéndolo del hecho principal, y califica su concepción como una *teoría mixta* que, por una parte, depende del injusto del autor (ya que de éste se deduce el del partícipe en la medida en que es accesorio) y que, por otra, es independiente (en tanto esta imputación sólo tiene lugar cuando la colaboración en el hecho del autor se presenta como un ataque al bien jurídico propio del partícipe) [AT/II, § 26, margs. 1-11].

Una vez expuesto el fundamento de la participación, *Roxin* hace un recorrido por las diversas teorías: así, la teoría pura de la causación (*reine Verursachungstheorie*), defendida principalmente por *Lüderssen*, y que no considera compatible con el Derecho vigente ni es deseable políticocriminalmente, la teoría de la participación en el injusto y en la culpabilidad, la solidarización con el injusto ajeno como fundamento penal de la participación (*Schumann*), y la teoría de la causación orientada a la accesoriedad (*akzes-sorietätsorientierte Verursachungstheorie*) [AT/II, § 26, margs. 12-34]. Se ocupa acto seguido de la participación necesaria y de algunos casos en los que el partícipe necesario queda impune (cuando es portador del bien jurídico protegido o se encuentra en una situación análoga al estado de necesidad) [AT/II, § 26, margs. 35-56].

En cuanto a la inducción, después de exponer su propia posición y algunas parecidas a ella (*Neidlinger, Arzt*), apunta otras discrepantes (*Stein, Puppe*) y comenta los elementos característicos de la inducción (determinación al hecho, exigencia de un requerimiento) y el exceso —doloso o no— del autor, así como la aceptación en estos casos de una inducción intentada, de una inducción a la tentativa o de una inducción al hecho consumado. Hace referencia al dolo del autor y, como formas especiales de inducción, menciona la inducción a los delitos cualificados por el resultado, a los delitos de deber y de propia mano y a los delitos de omisión. Se ocupa luego de la autoría y participación en la inducción y, dentro de este apartado, de la inducción en coautoría, de la inducción en autoría mediata, de la inducción en cadena y, finalmente, de la complicidad para la inducción y la inducción a la complicidad. *Roxin* alude en varias ocasiones a la figura del agente provocador (*Lockspitzel*) y a la impunidad de la que éste goza en el Derecho Penal alemán [AT/II, § 26, margs. 57-182].

Por lo que concierne a la complicidad, y después de comenzar refiriéndose a la causalidad en este ámbito, *Roxin* expone los diversos modos de entender esta forma de intervención en el delito (como delito de peligro, solidarización, complicidad psíquica o aumento causal del riesgo) y manifiesta su propia posición, en virtud de la cual la complicidad tiene que ser causal con respecto al resultado. Se refiere luego a la fórmula de promoción (*Förderungsformel*), seguida por la jurisprudencia, según la cual la complicidad no tiene por qué ser causal sino que es suficiente con que favorezca el resultado [AT/II, § 26, margs. 184-217].

Interesante, por la actualidad que ha suscitado el tema, resulta el epígrafe que *Roxin* dedicado a la **punibilidad de las denominadas acciones cotidianas** («Alltagshandlungen»), distinguiendo dos supuestos: aquellos en los que el que contribuye a la acción conoce la decisión de delinquir del autor y aquellos en los que quien contribuye sólo «cuenta con» (*rechnet damit*) un comportamiento delictivo del autor. *Roxin* recoge la abundante bibliografía y la jurisprudencia sobre el tema. [AT/II, § 26, margs. 218-254].

No elude *Roxin* tampoco referirse al momento de la complicidad, al dolo del cómplice, al exceso del autor y a formas especiales de complicidad. (*Miyazawa-FS*, 1995; *Salger-FS*, 1995) [AT/II, § 26, margs. 255-286].

Es objeto de análisis el fundamento de la participación con respecto al § 28 StGB y la relación existente entre los §§ 28 y 29 StGB (relativos al tratamiento de los elementos personales especiales y al principio de la accesoriedad limitada de la participación), que dan lugar a una «relajación de la accesoriedad» (*Akzessorietätslockerung*). *Roxin* intenta esclarecer qué se ha de entender por

elementos personales especiales (besondere persönliche Merkmale) y de diferenciarlos de los elementos objetivos. A su vez, distingue entre elementos referidos al hecho y al autor. Cita la solución unitaria de *Schünemann* y la teoría de *Herzberg*, para terminar exponiendo su propia postura y aludir a la aplicación del § 28 StGB en casos especiales (inducción intentada o participación en delito cualificado por el resultado) [AT/II, § 27, margs. 79-80]. A continuación, se ocupa extensamente de la compleja problemática que genera la **responsabilidad del órgano y del representante del § 14 StGB** [§ 27, margs. 84-139].

A los estados previos a la participación (*Vorstufen der Beteiligung*) dedica *Roxin* la última parte de este primer capítulo [§§ 26, 27 y 28] (vid. *JA* 1979). En ellos hace referencia a la inducción intentada del § 30 I StGB, la conspiración o el acuerdo para delinquir (*Verabredung*, § 30 II StGB), y al ofrecimiento para delinquir (*Sich-Bereit-Erklären*, § 30 II StGB). Desglosa cuestiones tales como la aceptación de un mandato, el ofrecimiento propio como inducción en cadena intentada o el ofrecimiento impropio. Se plantea si tiene que llegar la declaración de disponibilidad para delinquir al destinatario y termina señalando algunos problemas concursales que surgen en este ámbito [AT/II, § 28, margs. 1-81].

En relación con la aceptación del ofrecimiento (*Annahme eines Erbietens*, § 30 II StGB), después de considerar si es una tentativa intentada o una complicidad psíquica intentada, se decanta *Roxin* por estimar que es una inducción intentada. Se interroga acerca de si la aceptación de un ofrecimiento no formulado en serio es punible, asunto éste muy discutido y no pacífico en la doctrina y jurisprudencia alemanas, inclinándose por no estimarlo merecedor de pena dada su carencia absoluta de peligrosidad. No elude comentar las relaciones concursales y de error que pueden surgir en la aceptación del ofrecimiento [AT/II, § 28, margs. 82-87].

El § 28 del Capítulo 1º acaba con el desistimiento de la participación intentada, en concreto, el desistimiento de la inducción intentada (§ 31 I Nr 1), de la declaración de disponibilidad (§ 31 I Nr 2), de la conspiración o acuerdo para delinquir (§ 31 Nr. 3) y de la aceptación de un ofrecimiento (§ 31 I Nr 3) (en este sentido, anteriormente en *Heinitz-FS*, 1972 y *Lenckner-FS*, 1998) [AT/II, § 28, margs. 88-112].

El segundo capítulo (9º, §§ 29, 30), relativo a la tentativa, comienza con la fundamentación de su castigo y la exposición de los diversos planteamientos existentes (teoría de la unión, teorías objetivas, subjetiva y teoría de la impresión). El fundamento penal de la tentativa reside en la puesta en peligro próxima al tipo (caso de la tentativa idónea) o en el quebrantamiento de la norma que perturba al ordenamiento (tentativa inidónea) [AT/II, § 29, margs. 1-50].

De sugerente, cuando menos, puede calificarse la referencia que hace *Roxin* a los nuevos intentos de limitar la punibilidad de la tentativa por parte de destacados penalistas alemanes (así *Schmidhäuser, Alwart, Zaczyk, Köhler, Kratzsch, Rath, Bottke, Hirsch*), reconociendo expresamente que, al menos sobre la punibilidad de algunas formas de tentativa inidónea, aún no está todo dicho [AT/II, § 29, margs. 51-58].

Por lo que hace a la decisión de delinquir o resolución de consumir el delito (*Tatentschluß*), *Roxin* sigue la opinión mayoritaria en el sentido de exigir que los motivos que instan a la realización del delito hayan conseguido prevalecer sobre la idea de abstenerse de llevarlo a cabo (*überwiegende Deliktsbegehungsgeneigntheit*) [AT/II, § 29, margs. 87 y ss.]

Roxin estudia con detenimiento la determinación del comienzo de la tentativa, exponiendo las distintas teorías al respecto [AT/II, § 29 I y II, margs. 99-144] (vid. *Schröder-GS*, 1978; *JuS* 1979; *Nishihara-FS*, 1998), con las que confronta la teoría de la realización parcial (*Teilverwirklichungslehre*) como criterio para apreciar la tentativa, valiéndose de numerosos ejemplos y referencias bibliográficas [AT/II, § 29, marg. 110].

Roxin se refiere por separado al **comienzo de la ejecución en la tentativa inacabada y acabada**. Se muestra crítico con el criterio de la puesta en peligro, según el cual la tentativa comienza cuando el bien jurídico es puesto en peligro inmediatamente en la imaginación del autor [AT/II, § 29, marg. 129] y con la teoría del «ahora-comienza» («Jetzt geht's los Formel»), según la cual la tentativa se inicia cuando el autor ha traspasado en su imaginación el umbral que da comienzo a la misma [AT/II, § 29, margs. 130 y ss]. *Roxin* defiende la teoría de las esferas, a la que denomina teoría concretada del acto parcial (*konkretisierte Teilaktstheorie*), en virtud de la cual hay tentativa cuando el autor se ha introducido en la esfera de la víctima y en su imaginación existe una estrecha relación espacio-temporal entre la acción y la aparición del resultado esperado [AT/II, § 29, marg. 139]. *Roxin* agrupa casos que él mismo estima complicados por lo que a la determinación del comienzo de la tentativa respecta: a) casos de aproximación (*Annäherungsfälle*), b) casos de acecho y expectativa («Auflauerungs- und Erwartungsfälle»), c) casos de prueba y comprobación («Probier- und Überprüfungsfälle»); d) casos de disminución de la protección («Schutzminderungsfälle») y e) casos de abuso («Missbrauchsfälle») [AT/II, § 29, margs. 155-169] (Vid. *Maurach-FS*, 1972).

Roxin presta atención a las **acciones típicas preparatorias** (*typische Vorbereitungshandlungen*), entre las que se incluye la obtención y posesión de armas e instrumentos, la búsqueda del lugar del hecho y el descubrimiento y logro de oportunidades de

actuar). Indica *Roxin* dónde se encuentra la **delimitación entre la acción preparatoria y la tentativa** desde el punto de vista de los más recientes posicionamientos doctrinales al respecto (teoría de la totalidad de *Schmidhäuser*, la teoría de la inequívocidad de *Meyer*, la optimización de la protección del bien jurídico de *Kratzsch*, el llegar a controlar («In-Griff-Bekommen») el ataque al bien jurídico de *Zaczyk* y el riesgo adecuado a la función de *Vehling*) [AT/II, § 29, margs. 173-191].

Con exhaustividad trata *Roxin* el **comienzo de la ejecución en la tentativa del autor mediato** en el § 29 del Capítulo 9º (2º de este volumen). En él pone de relieve los diversos puntos de vista doctrinales (la teoría global —*Gesamtlösung*—, la teoría de la influencia —*Einwirkungstheorie*— la teoría individual modificada, la teoría de la diferenciación, la teoría general), así como la evolución jurisprudencial. La posición de *Roxin* (teoría individual modificada —*modifizierte Einzellösung*—), que puede decirse es la dominante en la actualidad, establece en la «salida» del suceso del ámbito de dominio del autor mediato» el criterio de comienzo de la tentativa («*Entlassung des Geschehens aus dem Herrschaftsbereich des mittelbaren Täters*») [AT/II, § 29, margs. 226-265].

Después pasa a ocuparse *Roxin* del análisis del **comienzo de la ejecución en la omisión y en la coautoría** (vid. *Odersky-FS*, 1996; *Nishihara-FS*, 1998). Con respecto a la omisión, *Roxin* rechaza que la tentativa comience cuando el autor omite la primera medida que le resulta posible para evitar el resultado [AT/II, § 29, margs. 280 y ss.]. En cuanto a la coautoría, *Roxin* se inclina por la solución individual, según la cual la tentativa comienza para cada coautor cuando se implica inmediata y personalmente a la realización de su contribución al hecho, frente a la posición general que mantiene que la tentativa se inicia cuando uno de ellos interviene directamente en la realización del tipo. *Roxin* no admite la coautoría en el caso de una colaboración insignificante en la fase preparatoria [AT/II, § 25, margs. 198 y ss.], discrepando así de la postura mantenida por el BGH en sentencias como la BGHSt 40, 299. Asimismo, rechaza la posición según la cual la tentativa empieza cuando el autor deja pasar la última oportunidad de evitación del resultado que le queda porque ello implicaría no dejar lugar para el desistimiento [AT/II, § 29, marg. 284 y s.].

Como casos especiales de tentativa, se refiere a la del delito cualificado por el resultado así como a la tentativa en los delitos de emprendimiento (*Unternehmensdelikte*) y en las acciones preparatorias. Por lo que a la tentativa del delito cualificado por el resultado respecta, *Roxin*, siguiendo a *Geilen* (*Jura* 1979), distingue dos supuestos: la cualificación intentada del resultado (*versuchte Erfolgsqualifizierung*) y la tentativa cualificada por el resul-

tado (*erfolgsqualifizierter Versuch*). En el primer caso, el dolo del autor se dirige al resultado cualificado pero éste no se produce, mientras que en el segundo el dolo del autor no se dirige al resultado pero éste se produce como consecuencia del tipo básico intentado. En este último caso, *Roxin* apunta varias interpretaciones posibles. Las dos primeras se contraponen en tanto que una considera que para apreciar la tentativa cualificada por el resultado no se requiere sino que se haya intentado el tipo básico y la otra, por el contrario, entiende que es necesario que éste se haya consumado. Una tercera solución, defendida mayoritariamente por la doctrina y que *Roxin* estima correcta, diferencia según que la peligrosidad del tipo que se realiza resida en la acción o en el resultado [AT/II, § 29, margs. 328 y ss.].

Por lo que concierne a la tentativa en los delitos de actividad y las acciones preparatorias, *Roxin* distingue entre la tentativa en acciones preparatorias *dependientes e independientes*. Es posible la tentativa con respecto a estas últimas permaneciendo, en cambio, impune en los demás casos [AT/II, § 29, margs. 339-345].

Roxin se pronuncia en contra de la punición de la tentativa supersticiosa o irreal, extremo que, conforme al Derecho Penal alemán vigente (§ 23 III StGB), no queda claro y sobre el que no existe consenso doctrinal [AT/II, § 29 III, margs. 371-375].

La difícil cuestión de la **delimitación entre tentativa inidónea y delito aparente** es expuesta a través de muy diversos ejemplos (vid. *JZ* 1996). *Roxin* cree necesario distinguir las distintas modalidades de *tentativa inidónea* y las fronteras de su punibilidad, lo cual suscita complicados problemas. Así, por ejemplo, destaca *Roxin* el caso del sujeto inidóneo —que constituye, en su opinión, el supuesto más complicado de tentativa inidónea—, la tentativa supersticiosa, la tentativa inidónea de omisión y el delito aparente. [AT/II, § 29, margs. 347 y ss.]

Para trazar los límites entre la tentativa inidónea del delito aparente, *Roxin* se refiere a un *ámbito indiscutido* (los errores sobre el estado de cosas no conducen casi nunca a un delito aparente, la suposición de tipos que no existen, el desconocimiento de causas de justificación y otros impedimentos a la punición, la extensión de conceptos típicos) y un *ámbito discutido* (errores que autoinculpan en la fase previa del tipo). *Roxin* ejemplifica valiéndose de supuestos no resueltos claramente por la jurisprudencia. A continuación, desarrolla las diversas opciones doctrinales representadas en teorías tales como la de la eficacia fundamentadora de la autoría del error en la fase previa, la teoría de la impunidad de errores jurídicos que autoinculpan, la teoría del cierre inverso y la solución diferenciadora. Esta última efectúa una distinción entre errores referidos a conceptos colectivos (*Sammelbegriffe*) y erro-

res referidos a conceptos individuales [AT/II, § 29, margs. 409 y ss.] y es la que *Roxin* estima acertada.

El § 30 del Capítulo 2° versa únicamente sobre el desistimiento. Comienza exponiendo la teoría del fin de la pena (*Strafzwecktheorie*), la teoría modificada del fin de la pena (*modifizierte Strafzwecktheorie*), que es dominante, las teorías jurídicas, la teoría del puente dorado (*Lehree von der goldenen Brücke*), la teoría de la indulgencia o premio (*Gnaden- o Prämientheorie*) y la teoría de la realización de la culpabilidad (*Schulderfüllungstheorie*). [AT/II, § 30, margs. 4 y ss.].

Roxin no sigue la corriente mayoritaria a la hora de entender el desistimiento como una causa personal de exclusión de la pena sino que entiende que excluye la culpabilidad [AT/II, § 30, margs. 29 y ss.].

Es de destacar que *Roxin* acepta la consideración del desistimiento como inversión de la puesta en peligro («Gefährdungsumkehr»), acogiendo así la tesis de su discípulo *Jäger* (1996) [AT/II, § 30, marg. 204]. La inversión de la puesta en peligro y la protección de la víctima hablan a favor de la impunidad del desistimiento [AT/II, § 30, marg. 207].

Cuando *Roxin* alude a la evitación de la consumación como desistimiento de la tentativa acabada, trae a colación la jurisprudencia así como los argumentos a favor de la teoría del incremento de posibilidades (*Chanceneröffnungstheorie*) y de la teoría de la mejor contribución (*Bestleistungstheorie*), para concluir que la solución adecuada la aporta la teoría de la diferenciación, según se trate de una evitación del resultado de propia mano o no (*Differenzierungstheorie*) [AT/II, § 30, margs. 243 y ss.] (vid. *Hirsch-FS*, 1999).

Con respecto a la voluntariedad del desistimiento, se refiere *Roxin* a las teorías psicológicas y normativas y reflexiona luego sobre el desistimiento *voluntario* (el autor desiste por motivos internos, o es determinado a desistir por circunstancias externas, que no incrementan o sólo de manera insignificante el riesgo de fracaso o de castigo posterior) e *involuntario* (miedo a que la consumación pueda ser impedida mediante una modificación de las circunstancias externas, miedo a ser detenido o castigado o privado del botín después de la consumación, desistimiento fundado en la modificación de circunstancias externas, o involuntario porque aparecen otras complicaciones, por consecuencias accesorias que amenazan inesperadamente o por haber desaparecido el motivo que le llevó a actuar) [AT/II, § 30, margs. 354 y ss.].

Se ocupa también del desistimiento en el caso de acciones reiteradas, aún no concluidas y dirigidas al resultado. Presentadas las distintas teorías existentes al respecto (la del plan del hecho,

la del acto individual, la de la observación general), e ilustrando siempre los posicionamientos teóricos con conocidos casos entresacados de la jurisprudencia del BGH, lo cual resulta particularmente interesante, *Roxin* opta por la tesis que denomina «*de la observación general modificada*» (*modifizierte Gesamtbetrachtungslehre*).

Merece la atención de *Roxin* la delimitación entre tentativa acabada e inacabada («*Ich lebe noch-Fall*», BGHSt 36, 224) [AT/II, § 30, margs.163 y ss.] y la tentativa fracasada —*fehlgeschlagener Versuch*— de la que no es posible desistir y que es preciso diferenciar de la tentativa inidónea [AT/II, § 30, margs.175 y ss.] (vid. *JuS* 1981).

Entre los casos especiales de tentativa incluye *Roxin* la del delito cualificado por el resultado y la tentativa en las acciones preparatorias y en los delitos de emprendimiento. [AT/II, § 30, margs. 289 y ss.]

El Capítulo 3º del libro (10º, §§ 31-32) versa sobre el hecho omisivo (*Unterlassungstat*). En él se realiza un exhaustivo estudio de la omisión. Comienza con la determinación de la **causalidad en la omisión**, teniendo en cuenta la jurisprudencia [AT/II, § 31 margs. 37 y ss]. *Roxin* somete a discusión si es suficiente para la imputación del resultado con que la acción requerida hubiera disminuido el riesgo de aparición del resultado. Se refiere a la solución diferenciadora, según apareciera una disminución del riesgo sólo como posible en una consideración *ex ante* (en cuyo caso no habría imputación del resultado) o hubiera aparecido únicamente en una consideración *ex post* [AT/II, § 31, margs. 54 y ss.]. Entre los diversos puntos que aborda con detalle, cabe destacar la cuestión de la causalidad de la omisión si la acción requerida sólo hubiera conducido a la evitación del resultado a través del comportamiento libre y responsable de un tercero y, especialmente, la causalidad de la omisión en decisiones colegiales.

Otros aspectos relevantes son la **delimitación entre comisión y omisión** en formas de comportamiento ambiguas, la irrelevancia del hacer no causal para la delimitación, las formas de comportamiento sin o con escaso gasto o aplicación de energía, la sucesión de formas de comportamiento, la omisión mediante un comportamiento activo (en la que se incluirían las siguientes modalidades: a) la participación activa en el delito de omisión; b) la *omissio libera in causa*; c) la tentativa interrumpida de cumplimiento del mandato (*abgebrochener Gebotserfüllungsversuch*); d) la interrupción del tratamiento técnico) [AT II, § 31, margs. 108 y ss.].

En relación con los cursos causales salvadores (*rettende Kausalverläufe*), *Roxin* exige que éstos hayan alcanzado la esfera de la

víctima porque el aumento del peligro reside sólo en la supresión de una mejora ya iniciada y ello no debería beneficiar al autor frente a quien omite desde el principio [AT II, § 31, marg. 112].

Es importante destacar que para *Roxin* los delitos de omisión (*Unterlassungsdelikte*) son *delitos de deber* (*Pflichtdelikte*), de tal modo que el que omite es siempre autor cuando cumple los criterios de equiparación y las demás condiciones del tipo [AT/II, § 31, 140] (vid. *TuT*, 7ª ed.).

Se cuestiona si la omisión de la complicación o impedimento del hecho puede ser considerada como complicidad. [AT/II § 31, margs. 169-170]. A continuación se ocupa de la coautoría y la autoría mediata por omisión [AT/II, § 31, margs. 171-175].

Roxin hace un recorrido por el tipo objetivo y subjetivo en la omisión, la omisión imprudente, la antijuridicidad y culpabilidad en los delitos de omisión, la inexigibilidad y la posibilidad de atenuación de la pena conforme al § 13 II StGB [AT/II, § 31, margs. 176-251].

El § 32 del Capítulo tercero gira en torno al **deber de responder o responsabilizarse** (*das Einstehenmüssen*). *Roxin* presenta los diversos planteamientos realizados en la doctrina para fundamentar la posición de garante (*Kaufmann, Jakobs, Schünemann, Gimbernat*), hace alusión al rechazo de la teoría formal del deber jurídico y considera el criterio de *Schünemann* como el más plausible. El elemento central de la posición de garante es el dominio sobre el fundamento del resultado («Herrschaft über den Grund des Erfolges») [AT/II, § 32, marg. 19].

Distingue entre el denominado **dominio sobre la indefensión del bien jurídico** —*Herrschaft über die Hilflosigkeit des Rechtsgutes*— (que generaría una posición de garante de protección o custodia —*Schutzgarantenstellung*— con respecto a relaciones de protección familiares o asimiladas, otras relaciones de parentesco, matrimonio o análogas, a la asunción de otras funciones de protección — posición de garante derivada de una comunidad en peligro [AT/II, § 32, marg. 63], relación médico-paciente — y a las posiciones de protección en virtud de puestos orgánicas y deberes de funcionario [AT/II, § 32, margs. 33-106] y, por otro, el **dominio sobre el foco de peligro** —*Herrschaft über den Gefahrenherd* (que configuraría la llamada **posición de garante de vigilancia o aseguramiento**— *Überwachungs- o Sicherungsgarantenstellung*—, como criterio que daría cabida al deber de vigilancia de cosas peligrosas en el ámbito de dominio propio. Aquí se incluye el deber de aseguramiento de la colectividad frente a hechos anti-jurídicos de terceros (posición de deber en virtud de responsabilidad por el comportamiento ajeno [AT/II, § 32, marg. 135, 135, adhiriéndose a la postura de *Schünemann*, *ZStW* 96 (1984), pág. 318]

y el deber de evitar el resultado derivado del actuar previo (*injerencia*) [AT/II, § 32, margs.107-154].

Destaca el tratamiento que lleva a cabo *Roxin* de la **injerencia**, cuya existencia, fundamentación y ampliación siguen siendo muy discutidas. Se refiere a la posición defendida por *Schünemann*, introductor de la denominada teoría de la antiinjerencia [AT/II, § 32, margs.143-154] (vid. *Trechsel-FS*, 2002).

Después de sentar como principio general que la acción previa tiene que serle objetivamente imputable al que omite, *Roxin* se refiere a las **limitaciones a la posición de garante** por injerencia y señala que:

— no hay posición de garante cuando la acción previa se mantiene dentro del riesgo permitido;

— no hay posición de garante si el peligro provocado por el comportamiento precedente queda únicamente en el ámbito de responsabilidad de la persona puesta en peligro;

— no hay posición de garante cuando la creación del peligro está justificada por la legítima defensa [AT/II, § 32, margs. 155-185].

Sólo cuando la acción previa crea un peligro para el resultado posterior, tiene el omitente un deber jurídico de evitar la realización de este peligro [AT/II, § 32, margs. 170 y ss.]. El peligro derivado de una acción previa en el exclusivo ámbito de responsabilidad del agresor que actúa antijurídicamente no puede ser imputado al que actúa en legítima defensa (BGHSt 23, 237) [AT/II, § 32, margs. 183 y 184].

Roxin, enumeradas las mencionadas restricciones a la posición de garante expuestas *supra*, se detiene en dos supuestos en los que sí se puede afirmar que hay posición de garante, a saber: a) cuando la acción previa está justificada por el estado de necesidad y b) cuando en el caso de una acción previa justificada con eficacia permanente, las condiciones de justificación desaparecen posteriormente [AT/II, § 32, margs.186-194].

A continuación, alude a la omisión previa que lesiona el deber de garante y se pregunta si fundamentan una posición de deber de evitación del resultado hechos dolosos dirigidos al mismo [AT/II, § 32, margs. 186-194].

Uno de los problemas menos claros de la dogmática penal moderna, como el propio *Roxin* reconoce, es el de la **responsabilidad penal por el producto** (*strafrechtliche Produktverantwortung*) [AT/II, § 32, margs.195-197]. *Roxin* hace referencia a la fundamentación de la posición de garante en estos casos y en este sentido se interroga acerca de si dan lugar a posiciones de deber por un hacer previo, o por un comportamiento previo que incrementa el riesgo, o se derivan de la ley, del deber de vigilancia o de la competencia para revocar y advertir dentro de la empresa [AT/II, § 32, margs. 198-217].

La cláusula de equivalencia del § 13 StGB (*Entsprechungsklausel*, que más propiamente sería «cláusula de correspondencia») es objeto de comentario (ya lo había hecho anteriormente en *Lüderssen-FS*, 2002) [AT/II, § 32, margs. 218 y ss.]. Asimismo, se aborda en este capítulo la omisión propia e impropia y una reflexión sobre la causalidad de la omisión en el ámbito de las decisiones colegiadas (*Kollegialentscheidungen*), aludiendo a la conocida sentencia del *Lederspray* (BGHSt 37, 131) [AT/II, § 25, marg. 242; § 31, margs. 47, 172; § 32, margs. 11, 196 y ss.; otra opinión en *LK-Roxin*, § 25, marg. 221].

También se pronuncia *Roxin* sobre la **delimitación entre autoría y complicidad en la omisión**, refiriéndose a la transmisión de las reglas válidas para los delitos de comisión y realizando una exposición de las diversas teorías (la teoría de la complicidad, la distinción según la clase de posición de deber, la solución que ofrece la cláusula de equivalencia) y un comentario crítico a la inidoneidad de los criterios utilizados por la jurisprudencia [AT/II, § 32, margs. 223 y ss.].

En el capítulo cuarto y último del libro (Capítulo 11°, § 33), *Roxin* se ocupa de los concursos de leyes (*Gesetzeskonkurrenz*), del concurso ideal (*Tateinheit*) y del concurso real (*Tatmehrheit*). Cabe destacar la referencia al delito continuado (*fortgesetzte Handlung*), las críticas dirigidas a esta figura y la sentencia del Gran Senado sobre esta figura que condujo al abandono de la misma (BGHSt 40, 165).[AT/II, § 33, margs. 248-273].

En este segundo volumen de la Parte General del Derecho Penal del prof. *Roxin* no se incluye la determinación de la pena (*Strafzumessung*) ni el Derecho de sanciones, lo cual hubiera requerido un tercer volumen y hubiese excedido las pretensiones de un trabajo ya de por sí extenso.

Por lo que atañe a los aspectos meramente formales, el libro está impecablemente publicado en la prestigiosa editorial múniquesa *C.H.Beck*. *Roxin* no ha secundado la reforma ortográfica operada en Alemania, lo cual resulta más anecdótico que significativo, sobre todo si se tiene en cuenta que dicha reforma ha sido y es polémica y dista de ser definitiva. En cuanto al estilo, no sorprende a quien haya leído otras obras de *Roxin*, y gratifica especialmente a quienes lo leen en alemán sin que sea ésta su lengua materna, la claridad con la que expone temas de enorme complejidad, poniendo así en evidencia —si no desvaneciéndolo del todo— el viejo tópico de que toda obra que se precie —más aún si es jurídica— ha de presentarse en un lenguaje casi incomprensible, acaso para revestirse de profundidad. *Roxin* no precisa de tales artificios y se ha esforzado, como él mismo reconoce en el Prólogo, en facilitar la lectura y con ello la comprensión del libro. Él sabe

como pocos hacer compatible la transmisión concisa y a la vez exhaustiva de conocimientos. Este segundo volumen de su Parte General se lee, por tanto, con sumo gusto, aunque requiere una lectura sosegada. Ello revertirá, sin duda, en provecho del lector, el cual, aunque no siempre asienta ante los postulados de *Roxin*, no puede por menos que reconocer que está ante una gran obra, de las que no se escriben en un día, pero que justifica y compensa el esfuerzo y el tiempo invertidos en ella.

La Parte General del Derecho Penal —Formas especiales de aparición del delito—, cuyo amplísimo contenido aquí únicamente se ha esbozado a grandes rasgos, no adolece de dogmatismo, sin que ello reste contundencia a los argumentos y postulados que *Roxin* tiene por más correctos.

No ha de ser una rémora para el lector español que la obra de *Roxin* tenga como punto de referencia permanente el StGB porque los problemas que se derivan de las formas de aparición del delito trascienden los márgenes del Derecho positivo alemán y las soluciones que en el libro se sugieren o discuten son, por lo general, trasladables a nuestro ordenamiento.

Es una obra que ofrece argumentos para la discusión, que no se agota en sí misma, sino que servirá de acicate a quien se acerque a ella para seguir profundizando en las muchas sendas de investigación que en el libro se trazan. No está dirigida, sin embargo, ni por su extensión ni por la profundidad de sus planteamientos, a quienes se inician en el estudio del Derecho Penal. Por el contrario, es una obra para afianzar conocimientos y para ampliarlos, que interesa al dogmático pero que, a la vez, tiene también una gran utilidad práctica porque no ha sido escrita desde un enfoque meramente teórico, abstraído de la realidad, siendo constantes en ella las relaciones de ejemplos y las citas de jurisprudencia.

Además, cada capítulo va precedido de una extensa relación bibliográfica de suma utilidad. De todo ello resulta una aportación única para la sistematización de la Parte General, en particular, de las formas de aparición del delito y de las múltiples y con frecuencia intrincadas cuestiones que implican.

A lo largo de todo el volumen, *Roxin* intenta hacer valer sus propios planteamientos pero siempre desde la toma en consideración de otras posibles interpretaciones doctrinales. De este modo, mediante la referencia constante a otros autores y la contraposición de opiniones que realiza, no sólo se aprecia el valor intrínseco de la contribución a la Parte General que supone su obra, sino que deja traslucir, en general, el nivel de la dogmática alemana, sin desmerecer la de otros países.

Es un libro, además, que estimula la reflexión político-criminal y dogmática tendente a conseguir la mejor solución de los múl-

tiples conflictos que demandan una respuesta penal. Si bien este volumen quizás no refleja de modo tan acusado como el primero la visión político-criminal que ha impregnado tradicionalmente la obra del Prof. *Roxin*, también es cierto que acaso aquélla sea menos perceptible —sin que por ello deje de estar presente— cuando del estudio de las formas de aparición del delito se trata.

El segundo volumen de la Parte General de *Roxin* ha tenido hasta ahora una excelente acogida en Alemania, donde se aguardaba con gran interés, y es de esperar que corra la misma suerte en nuestro país. Como ocurriera con el primer volumen, no es difícil imaginar que este segundo será traducido a diversos idiomas (la traducción española por parte de los traductores del primer volumen ya está en marcha), ni aventurado presagiar que se convertirá en obligada fuente de consulta de todo penalista, no sólo en Alemania.

Sólo cabe esperar que la ansiada traducción llegue pronto para hacer extensivo al público de lengua hispana el placer de la lectura de este libro. De ella no pueden eximir estas páginas, que apenas si alcanzan a dar una visión general del mismo.

Es, en definitiva, un libro muy completo, que revela unos conocimientos que no se improvisan, una sabiduría acumulada durante años de estudio y reflexión, que se presenta a la comunidad científica para ser leída, discutida y —por qué no— disfrutada. Aquí sólo se ha pretendido dejar constancia de la obra, de su magnitud y su trascendencia. Habrá de ser el lector en particular el que juzgue. Pero todo el que quiera aprender Derecho Penal lo hará sin duda leyendo este segundo volumen de la Parte General de *Roxin* con el que éste ha vuelto a demostrar por qué se le considera un auténtico maestro.

JUSTA GÓMEZ NAVAJAS

*Doctora en Derecho
Becaria Postdoctoral en el Institut für die
gesamten Strafrechtswissenschaften de la
Universidad de Múnich (Alemania)*

JAKOBS, Günther: *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez). Cuadernos Civitas, Madrid, 2003, 163 páginas.

La obra cuyo comentario abordamos en estas líneas comienza con una parte introductoria (capítulo 1: «La idea de normativización en la dogmática jurídico-penal») en la que el autor suministra los pilares fundamentales de la concepción de su *sistema* de Derecho penal, proporcionando al mismo tiempo los conceptos básicos que resultan necesarios para su correcta comprensión al dotarlos de un contenido especial que impiden su generalización e interpretación a través de su significado común. La publicación continúa con otro apartado (capítulo 2: «¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma») en el que el profesor alemán expone su conocido planteamiento donde traslada el protagonismo del objeto de protección de la rama punitiva a la vigencia de la norma, mediatizando y dejando en un segundo plano a los bienes jurídicos como destinatarios de la tutela del Derecho penal. A continuación (capítulo 3: «El lado subjetivo del hecho»), Jakobs expone las consecuencias que su planteamiento normativista comporta para la vertiente subjetiva del delito. Tampoco deja atrás (capítulo 4: «Actuar y omitir») las repercusiones que la normativización de su sistema comportan para la valoración jurídico-penal del comportamiento activo y omisivo, relativizando muy acentuadamente la trascendencia de la distinción naturalística entre la acción y la omisión. El trabajo termina (capítulo 5: «Sobre los grados de la incumbencia. Reflexiones sobre el origen y la importancia de los deberes de actuación y de tolerancia») con una parte dedicada a la incidencia de su óptica normativista en la resolución de conflictos de intereses propios de la justificación penal y, más concretamente, en la legítima defensa y el estado de necesidad (defensivo y agresivo).

I

Como introducción a su planteamiento, Jakobs parte de la distinción primordial que ha de hacerse entre el sistema representado por la naturaleza, puramente cognitivo e identificable con el *ser* de las cosas, y el construido por los individuos para su convivencia, de carácter normativo e identificable con el *deber ser* de nuestra existencia. En términos kantianos naturaleza y sociedad se reflejan, respectivamente, en el *homo phaenomenom* (el ser sensorial, manifestado en el mundo de la experiencia) y el *homo nou-*

menon (el ser racional ideal que se rige por reglas derivadas de su dimensión social). Desde la teoría de los sistemas se distingue entre los individuos y la sociedad como sistema de comunicación entre ellos. De este modo, el Derecho aparecería como estructura de la sociedad configurando un sistema propio que decide autónomamente cuáles son los procesos del mundo de los sentidos que resultan relevantes para el mundo jurídico y el significado que se les atribuye (pp. 16-17).

El mundo cognitivo se rige por la maximización racional de los intereses del individuo, mientras que el normativo lo hace por el cumplimiento de las normas destinadas a conducir la convivencia social. En el primero las expectativas sobre procesos naturales que resultan defraudadas determinan un proceso de aprendizaje para su reformulación. En cambio, en el segundo la defraudación de una expectativa no hace que ésta pierda su vigencia sino que se trata de mantenerla e imputar el curso perturbador a su responsable. En la comprensión normativa de lo social las personas tienen que cumplir deberes y, como contrapartida, son también titulares de derechos. En este punto formula Jakobs la **distinción entre el concepto de persona y de individuo**: este último es resultado de procesos naturales y aquélla es un producto social. Persona, afirma el profesor germano, es «el destino de expectativas normativas, la titular de deberes, y, en cuanto titular de derechos, dirige tales expectativas a otras personas; la persona, como puede observarse, no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social» (p. 20). Persona es, en definitiva, «la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo y una conciencia» (p. 21). Mediante su cuerpo la persona consigue su presencia física y con su conciencia se comunica con otras personas. «Los árboles y los ríos no se comunican [...] por ello, no son destinatarios (dicho con mayor exactitud: hoy ya no son destinatarios) de expectativas normativas» (*ibídem*). Además, «persona» es un concepto relativo pues un menor o un inimputable, por su falta de capacidad de culpabilidad, no puede actuar de modo jurídico-penalmente relevante. De ahí que no todo ser humano sea persona jurídico-penal.

Sólo se puede ser autor o partícipe de un delito si se posee la competencia para enjuiciar de modo vinculante la estructura de lo social y el Derecho como su producto. De tal competencia forma parte el reconocimiento como ciudadano pleno. Los menores y los inimputables carecen de tal competencia pero, no por el estado infantil en el que se encuentran o por la enfermedad mental misma, sino por las repercusiones sociales que se le atribuyen. Así pues, el **concepto jurídico-penal de culpabilidad** es de carácter normativo, muy alejado de su anterior contenido psicológico. De

acuerdo con ello, la culpabilidad es un juicio que se le realiza a la persona y cuyo objeto está vinculado con los fines de la pena y del Derecho penal. Sobre la base de la teoría de los sistemas la pena viene a tener un significado comunicativo destinado a confirmar la vigencia de la norma cuyo cumplimiento se ha defraudado por parte del infractor. De ahí que el juicio de culpabilidad verse sobre la falta de consideración del autor hacia la norma, sobre su falta de fidelidad al ordenamiento jurídico. La culpabilidad es un déficit de fidelidad al mismo y los hechos psíquicos como el dolo y la conciencia de la antijuricidad no son sino indicadores de tal déficit (p. 23). Además, para Jakobs el contenido de la culpabilidad se rige por el contexto normativo, por la concreta estructura social del momento, provocando que hechos sustancialmente idénticos puedan ser valorados de modo diverso según el contexto normativo en el que se enjuician.

Partiendo de los presupuestos expuestos, el autor en cita pasa a vincular la concepción del delito de la que parte con el concepto de persona y de las relaciones que ésta mantiene con las demás. El mundo de las personas —afirma— es un mundo de titulares de derechos que de modo recíproco tienen el deber de respetar los derechos de otros; en el ámbito de los delitos contra las personas es esta relación jurídica la que contraviene el autor con su infracción: «la destrucción de cuerpos o cosas sólo es delito en cuanto vulneración de una relación jurídica —de lo contrario sería sólo un mero suceso natural—» (pp. 27-28). Así pues, de la interrelación de las personas entre sí y de la libertad de la que cada una de ellas dispone para administrar sus derechos conforme a sus intereses, surgen **relaciones negativas** entre las personas en el sentido de excluir a otros en la organización de los propios derechos y de no poder perturbar la organización de los demás. Puesto que el Derecho viene a ser una relación entre personas, la comisión de un delito lo que produce siempre es una modificación en el ámbito de organización del otro, es decir, se lleva a cabo la arrogación de la organización ajena. De este modo, el ladrón cuando sustrae se arroga la decisión acerca de la propiedad ajena y el asesino cuando mata hace lo respectivo con la permanencia de una vida ajena. Las relaciones negativas entre personas derivan necesariamente de la atribución de derechos a las mismas, es decir, de la posibilidad jurídica de excluir a otros del ámbito de la organización propia. La conclusión evidente que de ello extrae Jakobs es que «la libertad de organización implica responsabilidad por las consecuencias, ése es el *contexto normativo solidificado* de cualquier sociedad y en ese sentido una *institución social elemental*» (p. 30; con cursivas en el original; igualmente, en p. 108).

Ahora bien, existen otras instituciones que estructuran la socie-

dad y que en cambio poseen un contenido positivo (**relaciones positivas**), esto es, no se limitan a garantizar la no-lesión sino que además preservan jurídicamente expectativas positivas que generan deberes de salvamento en sentido estricto (pp. 30-31). De este modo, un delito contra la persona presupone necesariamente la vulneración de un derecho, bien sea como usurpación de una organización ajena en la relación negativa o bien como negación de una ayuda debida en la positiva. En ambos casos tiene lugar la infracción de un deber lo que, por otra parte, conduciría a relativizar y marginar las diferencias normativas entre la acción y la omisión.

Partiendo del contexto normativo en el que las personas se desenvuelven, el autor germano pasa a concretar sucintamente la forma en la que el Derecho penal selecciona, de entre todos los acontecimientos externos que suceden en el mundo cognitivo, aquellos que poseen una relevancia jurídico-penal. Para ello, lógicamente, resulta imprescindible adentrarse en el ámbito de la **causalidad**. Básicamente, se trata de decidir cuáles son las perturbaciones de los ámbitos de organización ajena que resultan relevantes para la rama punitiva y cuáles no. Que jurídicamente se recurra a la causalidad científico-natural como punto de partida para la imputación de un hecho no obedecería a que ello fuera algo previamente suministrado a la sociedad por el mundo cognitivo, sino porque ha sido la sociedad misma la que la ha elevado a un criterio de sentido que, cuando no es respetado, aparece como un sinsentido que difícilmente puede integrarse en el plano de la comunicación entre personas (pp. 34-35). Pero cuando el sistema jurídico incorpora la causalidad como uno de los criterios para la selección de los acontecimientos que son relevantes, viene a convertirse en un elemento de la imputación y, de esta forma, en un esquema de interpretación determinado normativamente (p. 35). Como consecuencia de ello Jakobs mantiene que la causalidad es tan sólo un punto de partida explicativo que se usa como material en bruto para la búsqueda del sentido normativo que posee el evento. Y es que cuando el Derecho recurre a una causalidad fundamentada en las ciencias naturales o, en la omisión, a una causalidad hipotética, no hace sino marcar los límites máximos de una posible vinculación entre persona y acontecimiento externo (pp. 36 y 39).

Ahora bien, sólo aquella conducta que se muestra planificable se presenta como fundamento de la moderna teoría de la imputación. Lo que no resulta planificable quedaría excluido, por ser pura casualidad, del ámbito de la imputación. No obstante, el Derecho no imputa la perturbación de la organización ajena a todo el que potencialmente pueda originar de modo planificable la pérdida

de un bien, sino que lo hace sólo a aquellas personas que normativamente se consideran **competentes** para ello (p. 38). Para explicarlo recurre el autor alemán a un ejemplo extraído de la prohibición de regreso: el deudor que paga una deuda que contrajo con su acreedor no es responsable, aunque lo sepa, de que este último destine el dinero objeto del pago a un negocio de tráfico de armas constitutivo de delito. Su rol como deudor acaba con el pago puntual de una deuda jurídicamente válida y no se extiende al control de lo que el acreedor haga con el dinero (pp. 39-40). Formulándolo en términos generales, afirma Jakobs que «causar de modo previsible un resultado no significa necesariamente que ello también le incumba jurídicamente; por el contrario, sólo se vincula jurídicamente a un resultado, dicho más exactamente, sólo lesiona el derecho de otro, quien lleva a cabo una conducta para cuyas consecuencias, de acuerdo con el contexto social, es responsable, sea solo o junto con otros» (p. 41).

La síntesis que estamos llevando a cabo del primer capítulo de la obra de Jakobs no puede terminar sin que planteemos algún interrogante que su lectura suscita. En este sentido, resulta a nuestro juicio cuestionable la oportunidad de elaborar un concepto *jurídico-penal* de «persona» que se aparte de otras ramas del Derecho y, lo que es más importante, que se aleje de su asimilación al ser humano mismo. No ya sólo porque terminológicamente no nos parezca lo más adecuado, sino también porque ello propiciaría una relativización de las garantías que giran en torno a cualquier persona en cuanto tal (piénsese en el Derecho penal del enemigo y en el concepto de «no persona»). Más aún, porque en nuestra opinión la distinción entre individuo y persona, asimilando al primero como un elemento más del mundo cognitivo equiparable a las cosas y animales e incursos todos ellos en acontecimientos naturales indiscriminados por su propia naturaleza, repele a la propia historia de la Humanidad, a todo sentido mínimamente valorativo (aunque no sea jurídico) y a la consideración de los seres humanos como seres racionales frente al resto de los seres vivos que son irracionales. Estamos convencidos de que no son las normas jurídicas las que determinan el surgimiento de la personalidad, sino que es ésta y el necesario respeto a los bienes y libertades que le son inherentes lo que condiciona el ordenamiento jurídico de los países que cuentan con una cultura desarrollada. La simple lectura del art. 10.1 de nuestra Constitución es expone en cierto modo de la idea que queremos transmitir: «La dignidad de la persona, los derechos *inviolables* que le son *inherentes*, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son *fundamento* del orden político y de la paz social». Ésta es, por cierto, la idea latente en el hecho de que ni siquiera sea el propio Estado

a través de sus normas el que pueda demarcar el contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, sino que la delimitación de estos últimos sólo puede hacerse conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y a los acuerdos y tratados internacionales suscritos sobre la materia (art. 10.2 CE). Por cierto que en dicha Declaración Universal no se duda en señalar que «todos los seres humanos *nacen* libres e iguales en dignidad y derechos» (art. 1º), con independencia por tanto de que una norma se los reconozca o no, y que «toda persona *tiene* todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración» (art. 2). Como se ve, por otra parte, es la propia Declaración de Naciones Unidas la que, por lo demás, equipara los conceptos de ser humano y persona, por lo que ni técnicamente ni, sobre todo, político-jurídicamente pueden hacerse matizaciones que abren la puerta a relativizaciones en la titularidad de derechos y libertades que son inherentes a las personas por el mero hecho de nacer. Es esta circunstancia la que condiciona el contenido de las normas y no a la inversa. Como, en fin, indica el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, «estos derechos *se derivan de la dignidad inherente a la persona humana*» y no de su reconocimiento por la norma.

Discutible es, asimismo, la reflexión de que no todo ser humano es persona en sentido jurídico-penal, por el hecho de que los menores o los enfermos mentales carecen de capacidad de culpabilidad. Que no puedan ser declarados *responsables* por los delitos o faltas cometidos no significan que su comportamiento no tenga trascendencia para el Derecho penal. Es cierto que la sociedad, en términos sistémico-comunicativos, no despliega expectativas jurídicas en torno al comportamiento de los mismos, pero eso no significa que no puedan ser destinatarios de las normas penales en un sentido objetivo y, también, en algunos casos, en sentido subjetivo. Si se hubiera de aceptar un concepto de persona en sentido jurídico-penal en los términos descritos por el maestro alemán, en nuestro Derecho también deberían tener cabida los exentos de responsabilidad criminal por padecer enfermedades mentales, toxicománias o alteraciones graves en la percepción, pues aunque los mismos no sean destinatarios de una pena sí lo son de medidas de seguridad destinadas a desplegar un efecto terapéutico. La cuestión es, precisamente, que por poseer tales medidas una finalidad exclusivamente preventivo-especial, caen fuera del ámbito explicativo de la prevención general positiva. Las normas que contienen medidas de seguridad son también normas penales y las consecuencias jurídicas que comporta la comisión de un hecho antijurídico por tales personas poseen una indudable naturaleza punitiva. Negarles, pues, incluso desde esa óptica, la considera-

ción de «personas» es olvidar que el Derecho penal no sólo persigue preservar la fidelidad de la norma.

II

En el segundo capítulo de su obra Jakobs vuelve a reflexionar sobre la distinción entre **expectativa cognitiva y normativa**, destacando la existencia en la primera de un proceso de reaprendizaje del individuo conforme a la experiencia desarrollada y la presencia en la segunda de una aspiración de la persona a ver confirmada su expectativa defraudada mediante la imposición de una pena al infractor. Y así, por ejemplo, señala dicho autor que quien sufre lesiones corporales sin razón alguna no se limitará sólo a ser más precavido en su comportamiento futuro, sino que insistirá en su derecho a no ser lesionado y a confirmar su expectativa exigiendo que quien le lesionó sea castigado por ello (p. 52). Este planteamiento le conduce a una visión claramente *neoretribucionista* de la pena: el autor debe «resarcir» a la sociedad por el daño a la vigencia de la norma que ha ocasionado (*ibidem*); no se persigue intimidar al autor para que no cometa ulteriores delitos si no que de lo *único* que se trata es de una «compensación» por el daño producido por el autor cuestionando la fidelidad al Derecho (p. 56).

Del mismo modo, se insiste en que las normas sólo pueden infringirse de manera imputable, esto es, a una persona que sea competente para el ámbito de organización perturbado y que posea capacidad de culpabilidad. De ahí que los niños o los enfermos mentales no sean vistos por el Derecho penal como personas, sino como «focos de peligro» que hay que neutralizar. En una —a nuestro juicio— insostenible equiparación valorativa se les asimila incluso a los animales: «También hay que proteger a la sociedad —afirma Jakobs— frente a a niños peligrosos o seres humanos que padecen enfermedades mentales, *al igual* que frente a los animales peligrosos o a los peligros naturales» (p. 58, sin cursiva en el original). Y, naturalmente, desposeídos de su condición de persona, asimilándolos con una terminología jurídicamente improcedente y pseudomoralizante a «diablos» sociales que se convierten en «enemigos» y en «no-personas» (p. 54), se termina por legitimar instituciones tan discutidas como la **custodia de seguridad** (§§ 66 y ss. StGB) que se trata —debemos decirlo— de una medida de internamiento puramente inocuizadora, destinada al simple aseguramiento, que se impone al recluso tras el cumplimiento de su pena si sigue evidenciando peligrosidad social y que, aunque tiene una duración general de diez años, ésta puede ser prorrogada indefi-

nidamente (vid. § 67d III StGB). Y tampoco duda Jakobs en reafirmar su pensamiento al respecto recurriendo a Kant: es necesario «separarse» de quien no se deja obligar por las normas; de este modo, prosigue ahora el autor penalista, el delincuente «ha sido excluido del ámbito de las personas contándolo entre los enemigos» (p. 59).

Retomando su discurso principal, el profesor alemán da un paso más en la elaboración de los fundamentos de su sistema al **cuestionar que los bienes jurídicos sean el objeto inmediato de protección del Derecho penal**. En realidad, no sería la vida o el patrimonio mismo lo que dicho sector del ordenamiento tutela, sino que lo son únicamente en su relación con las demás personas, esto es, lo que se salvaguarda no es el bien mismo, sino la expectativa que todo titular de derechos y bienes tiene a que no se vea perturbado en la titularidad y disfrute de los mismos. De hecho, sólo así se concreta lo que debe entenderse por «lesión» en sentido jurídico-penal, puesto que son muchos los fenómenos y procesos naturales (ej. catástrofes de la naturaleza) que lesionan tales bienes y que, sin embargo, carecen de relevancia jurídica o, más concretamente, de trascendencia jurídico-penal. No existen así los bienes *jurídicos* que fluctúan libremente, sin estar asignados a un titular, sino sólo aquéllos que de cuya titularidad goza un individuo o un colectivo (pp. 60-61). El delito vendría a ser así infracción de un rol, de un deber; lo que protege el Derecho penal en un sentido global no son bienes sino, propiamente, la vigencia de la norma (p. 62). El orden jurídico, como orden social que es, es un orden entre personas en el que el bien y los deberes positivos tienen una **relevancia secundaria**. «El Derecho penal —afirma el autor— protege la vigencia de la norma, **y sólo de modo mediato y parcial también bienes**» (p. 67).

Jakobs, en su decidido ataque a la teoría de la protección de los bienes jurídicos, pone en evidencia la **relatividad y convencionalidad** que preside el contenido de los mismos: «cualquier estado deseado puede ser proclamado bien jurídico» (p. 69). De este modo, también la tesis más tradicional se hace susceptible de críticas al mantenerse en un plano puramente formal y ser desposeída de una potencia crítica frente a la actividad legislativa. Incluso más, «se puede proclamar como bien jurídico también el mantenimiento de un determinado partido político, o la pureza de una raza humana, u otros objetos, como sucedió *de facto* en la Alemania de la época nacionalsocialista» (p. 70). Ello tendría lugar muy especialmente con la proliferación de los **delitos de peligro abstracto**, característicos de ordenamientos jurídicos evolucionados y de un Derecho penal intervencionista, pues si de lo que se trata es de tutelar bienes jurídicos lo más efectivo es intervenir puniti-

vamente cuanto antes, es decir, anticipando lo posible la intervención del Derecho penal; es precisamente la idea de protección de bienes jurídicos la que aparece ligada a los delitos de peligro abstracto (p. 67). Pero, en cualquier caso, cuando los defensores de la tesis de la protección de bienes jurídicos enarbolan su vinculación a un Derecho penal restrictivo, a una visión más liberal del Derecho penal, sólo están manifestando «una **opción de política jurídica** que puede perfectamente compartir un representante de la tesis de que lo decisivo es la protección de la vigencia de la norma» (pp. 69-70, sin negrita en el original). Y es que contra los excesos, cada vez más habituales, en el ámbito de las prohibiciones de carácter abstracto, los partidarios de la tesis más clásica «sólo disponen de **argumentos jurídico-políticos**, pero no de argumentos jurídico-dogmáticos o teórico-jurídicos» (p. 73, sin negrita en el original).

Además de las que ya hemos intercalado a lo largo de la síntesis del capítulo segundo de la obra, no queremos dejar de apuntar algunas otras reflexiones críticas sobre los lineamientos generales hechos aquí por el autor germano. En primer lugar, cabe señalar que la degradación de los bienes jurídicos a un segundo plano como objeto de tutela de la norma penal conlleva una auténtica desmaterialización del contenido de la norma y la pérdida de un referente valorativo en su aplicación. Supone una formalización extrema de la misión del Derecho penal. Es cierto que la perspectiva comunicativo-social desarrolla también un papel explicativo en la función preventiva del Derecho penal, especialmente porque la norma punitiva no despliega sólo un efecto intimidatorio en sentido negativo. La aplicación de las normas penales también desarrolla un fortalecimiento de la cultura jurídica del ciudadano que, de este modo, interioriza la convicción de que ciertas normas básicas de convivencia deben ser respetadas. Pero eso no convierte a la vigencia de la norma en el *fin* al que se dirige el Derecho penal. Hay un desenfoque en la *relación medio a fin* que cumple nuestra rama punitiva. La protección de bienes jurídicos es el fin que persigue el Derecho penal *a través* de las correspondientes normas penales. La vigencia de estas últimas no es el fin del sector punitivo de nuestro ordenamiento, pues ello las convertiría en un fin en sí mismo, sino que son el *medio* del que se sirve el Estado para la preservación de los valores más primordiales. Nuestro Código penal presume siempre que la norma va dirigida a la salvaguarda de los bienes jurídicos básicos de la sociedad y no al sistema jurídico considerado en sí mismo. Cuando en nuestro texto punitivo nos encontramos con delitos «contra» la libertad, libertad sexual, honor, relaciones familiares, patrimonio y orden socio-económico, los derechos de los trabajadores, etc, resulta

patente que su misión esencial va encaminada a la protección de esos bienes jurídicos y no a la de la vigencia formal y reafirmación de las normas que los reconocen. Una simple ojeada a la interpretación auténtica suministrada por la Exposición de Motivos de nuestro texto punitivo así lo revela: «El Código Penal ha de tutelar los *valores* y principios básicos de la convivencia social», por lo que «se ha dado especial relieve a la *tutela de los derechos fundamentales*».

Por otra parte, tal y como ya se apuntó, el planteamiento del maestro alemán supone un claro renacimiento del retribucionismo, ahora en su dimensión comunicativo-social, como único fin de la pena y del Derecho penal. La pena habrá de imponerse *necesariamente* como respuesta a las expectativas defraudadas por el delincuente y, de este modo, se renuncia al juego que pueden desempeñar los criterios de necesidad de pena en la aplicación concreta de la misma, especialmente en lo relativo a la búsqueda de su finalidad preventivo-especial. Del mismo modo, se desecha indebidamente el reconocido y muy probado efecto intimidatorio (prevención general negativa) que sobre la sociedad despliegan las normas sancionadoras.

Por lo que respecta a los delitos de peligro abstracto y su eventual vinculación con la teoría de la protección de bienes jurídicos, debemos indicar que aunque, ciertamente, su existencia y proliferación está también anudada al reconocimiento del bien jurídico como objeto de protección de las normas penales y el anticipo de la intervención sancionadora del Estado, también es cierto que estas categorías delictivas son las que más se alejan del *contenido de lesividad* del comportamiento que criminalizan. De este modo, dado que los delitos de peligro abstracto se caracterizan por castigar conductas bastante remotas a la lesión material del interés al que sirven, es lógico pensar que su proliferación y uso cada vez más indiscriminado se justifique *más y mejor* desde planteamientos sistémicos que renuncian a considerar al bien jurídico como objeto directo de protección de la norma. No desconocemos que el surgimiento y extensión de este tipo de infracciones se haya realizado bajo el paraguas de la tutela del bien jurídico, pero eso no impide reconocer su mayor legitimación y acomodo en un sistema en el que el protagonismo lo posee la tutela de la vigencia de la norma y la fidelidad a la misma (de hecho, el propio autor legitima abiertamente su existencia en pp. 69 y 72).

Por último, afirma Jakobs que los partidarios de la protección de bienes jurídicos únicamente suministran argumentos de política criminal y no teórico-jurídicos cuando afirman que su postura conduce a un Derecho penal más restrictivo y menos intervencionista. Al respecto ha de decirse que, efectivamente, la historia del

Derecho penal ha demostrado que la categoría del bien jurídico no es un «muro de contención» demasiado eficaz para los excesos del legislador y que, también es cierto, cualquier máxima ha podido ser elevada doctrinalmente al rango de bien jurídico. Sin embargo, en no pocas ocasiones también se ha podido comprobar cómo el reconocimiento de un bien jurídico concreto y la determinación de su contenido sirve para acotar el alcance de la norma penal a través de su interpretación teleológica que toma de guía el bien jurídico tutelado por la norma. En este sentido, no cabe olvidar que existen bienes jurídicos inspirados en derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente con algunos contornos definidos que permiten su instrumentalización dogmática a la hora de determinar el comportamiento penalmente relevante. A diferencia del bien jurídico cuyo contenido puede elaborarse consensuadamente, la protección de la vigencia de la norma no proporciona criterio interpretativo alguno y, sobre todo, no permite (de-)limitar el alcance de la norma penal. Se carece de una guía valorativa que oriente la interpretación de los términos en los que se pronuncia el tipo penal.

III

El tercer capítulo del libro lo dedica Jakobs a su visión sobre la vertiente subjetiva del delito. Comienza esta parte de su obra recordando que, con anterioridad, la responsabilidad por el hecho se configuraba en función del «destino» al que quedaba sujeta la conducta desarrollada por el delincuente. Para explicarlo recurre dicho autor a la figura del *versari in re illicita*. Desde una perspectiva subjetiva del hecho, al delincuente se le hacía responsable de todas las consecuencias derivadas de su comportamiento antijurídico aunque éstas no fueran previsibles en absoluto, esto es, aunque fueran un mero producto de la casualidad (pp. 78-79). En cambio, la responsabilidad en el Derecho penal moderno ya no se rige por los derroteros que la naturaleza asigna imprevisiblemente a los hechos, sino que lo hace por la **configuración del mundo que resulta planificable por la persona** y, en consecuencia, atiende a méritos y fracasos que se reconducen a **méritos y culpabilidad** (pp. 78 y 99). Prueba de ello sería, precisamente, el actual § 18 StGB en el que para la imputación de las eventuales consecuencias lesivas de un hecho exige que, «al menos» («*wenigstens*»), éstas hayan sido originadas imprudentemente por el autor. Es más, en los delitos cualificados por el resultado no basta cualquier imprudencia en el ocasionamiento de la consecuencia adicional sino que, como señala la jurisprudencia alemana, aquélla debe aparecer como con-

secuencia inmediata del delito doloso base, debe presentarse como una manifestación del riesgo específico derivado del hecho que ha sido conocido y abarcado por el dolo del autor (pp. 80-81).

A continuación, Jakobs esboza las razones por las que, desde su perspectiva, se garantiza de modo diverso la vigencia de la norma en atención al lado subjetivo del hecho. Concretamente, el autor citado pasa a cuestionarse, en primer lugar, **por qué se sancionan más gravemente los hechos dolosos que los imprudentes** «a pesar de que las lesiones y los homicidios imprudentes son mucho más frecuentes que los hechos dolosos, de modo que pudiera parecer que el hecho imprudente es el tipo de conducta más peligroso de ambos» (p. 83). La explicación pasa por entender la distinta forma en la que el ordenamiento corrige los defectos volitivos y los cognoscitivos. Los delitos dolosos se caracterizan porque el sujeto sabe lo que hace y quiere hacerlo pese a que conoce las consecuencias derivadas de su conducta. De esta forma manifiesta abiertamente su voluntad contraria a la vigencia de la norma rigiéndose por *sus* máximas de conducta y no por las del sistema en el que está integrado. Por ello, afirma Jakobs, «el ordenamiento jurídico asegura vigorosamente la corrección volitiva de una conducta» (p. 83). En cambio, en los delitos imprudentes el legislador actúa sobre un presupuesto distinto puesto a que se atiende a un defecto cognitivo y no volitivo. El hecho surge de un cálculo erróneo de las leyes de la naturaleza, de un aprendizaje inexacto del mundo cognitivo en el que se desenvuelve el individuo. Sobre quien así actúa amenaza siempre el riesgo de una *poena naturalis* (derivada de la propia evolución del curso natural lesivo), por lo que queda justificada la mayor levedad de la corrección cognitiva (pp. 83-84).

Pero Jakobs no sólo se pregunta por qué se sanciona más gravemente el dolo que la imprudencia sino que, más allá y en segundo lugar, **por qué esta última es objeto mismo de represión** y no queda impune. Básicamente, son tres las razones que aduce: a) se trata de no dejar al propio arbitrio de los individuos la dimensión del riesgo que se corre respecto de bienes propios y ajenos; b) se pretende establecer un conocimiento mínimo de la peligrosidad; y c) la más importante, la sanción de los comportamientos negligentes está destinada a impedir que el autor aprenda selectivamente, esto es, que no evite solamente las situaciones de peligro de autolesión sino, también, aquellas otras en las que se generan riesgos de lesión para terceros (heterolesión) (p. 85). Las mismas razones abonarían, por lo demás, la sanción de un **error de prohibición** de carácter vencible (recordemos que el § 17 StGB, a diferencia del texto punitivo español, prevé la atenuación *facultativa* para supuestos de inevitabilidad de dicho error): garantizar conociemien-

tos mínimos sobre la existencia y contenido de las normas, tratar de impedir un conocimiento equivocado de las mismas y evitar los aprendizajes selectivos que procuren que el Derecho se conozca aunque ello sólo reporte utilidad a otras personas (p. 87).

A grandes rasgos puede decirse que mientras que los individuos buscan un aprendizaje suficiente del mundo cognitivo para la búsqueda del propio interés materializado en evitar la autolesión, en cambio las personas no se ocupan por propio interés en asumir un comportamiento adecuado a la norma. Este dato lo ilustra el autor germano señalando que «no se puede vivir en contra de la naturaleza, de la lógica, de las matemáticas, al menos no de modo planificado; pero sí en contra del ordenamiento jurídico, desde luego, con tal de tener cuidado de no ser atrapado. Por esta razón, las normas jurídicas tienen un punto débil constitucional: existe la posibilidad —sin la consecuencia de desventajas ineludibles— de no querer cumplirlas [...]. El Derecho conoce esta debilidad e impone, para compensarla, a toda persona el deber de procurarse una voluntad suficiente de observar la norma, de alcanzar suficiente fidelidad al ordenamiento jurídico» (pp. 87-88). Ello explicaría, en consecuencia, la mayor severidad de las normas con los comportamientos dolosos y la menor dureza frente a los imprudentes pues, en cierto modo, los defectos cognitivos tienden siempre a ser evitados por los individuos en la búsqueda del propio interés. Los defectos cognitivos pueden por tanto ser perdonables mientras que los volitivos no (p. 99).

A continuación pasa Jakobs a referirse a una cuestión algo más compleja: ¿cómo tratar los defectos volitivos que no exoneran de responsabilidad pero que inducen un defecto cognitivo? Con ello hace referencia a los casos en los que el autor, por **indiferencia**, no por error, actúa de un modo determinado. Puede ser, además, que la impasibilidad del autor ante su conducta se refiera a la realización de los mismos elementos del tipo o al mandato de prohibición. El desinterés en el conocimiento de aquéllos o de éste merece, desde la perspectiva de la fidelidad a la norma, un tratamiento más riguroso que los casos de error (de tipo o de prohibición). En este sentido, además, el profesor germano critica la regulación del StGB pues mientras en el error de prohibición la atenuación facultativa permite castigar el hecho como si el sujeto conociera efectivamente lo injusto de su comportamiento, en cambio el desconocimiento evitable (por error o por indiferencia) de los elementos del tipo determinan *en todo caso* la menor severidad punitiva (§ 16 I StGB) (pp. 88-92).

El tercer capítulo de la obra que comentamos finaliza con una breve referencia a la **imputabilidad** y a la **inexigibilidad** de la conducta adecuada a Derecho como elementos de la culpabilidad del

autor. Respecto de la primera, el maestro alemán reitera algo que ha dejado claro a lo largo de todo su trabajo, a saber, que bajo su concepción ni los menores ni los enfermos mentales son objeto de reproche por falta de fidelidad al ordenamiento jurídico y que el conflicto provocado por los hechos que cometen no se vinculan con la vigencia de la norma sino con la seguridad de los bienes en juego; en coherencia con ello, la reacción frente a ellos es puramente cognitiva: educándolos, sanándolos o custodiándolos (pp. 95-96). Algo más se detiene en relación con la inexigibilidad de otra conducta. Quienes, bajo condiciones extremas, actúan dominados por algún tipo de miedo o coacción, pueden ser valorados desde una perspectiva personal, esto es, como personas que son titulares de derechos y deberes, o bien desde una óptica natural, puramente cognitiva, en la que las normas jurídicas no despliegan ningún tipo de eficacia por las circunstancias extraordinarias que rodean a los hechos evaluados bajo la óptica de la inexigibilidad (p. 96). La decisión de si se exculpa o no al autor por la realización de un hecho en tales condiciones no depende para Jakobs de un criterio concreto sino, únicamente, de si esa situación puede o no generalizarse perturbando el orden jurídico establecido. Y así, afirma dicho penalista que «si se trata de una situación especial, no susceptible de generalización, se destaca la naturaleza, es decir, se exculpa. Pero si una exculpación perturba el orden establecido, sea que hay que temer la extensión de la situación, sea que se eluden los procedimientos previstos para la solución de conflictos, la observancia de la norma sigue siendo exigible» (pp. 96-97). De este modo, un elemento tan personal como la situación emocional derivada del conflicto que sufre el sujeto y su intensidad no es un criterio que *per se* pueda ser considerado suficiente para saber si la conducta es o no exculpable. La funcionalización del concepto de culpabilidad conduce a que sean las consecuencias que para el orden social pueda determinar una solución u otra, las que finalmente decidan la forma en que debe resolverse el conflicto. Y así, afirma el autor citado que «entre todas las teorías de la culpabilidad, sólo el concepto funcional de culpabilidad puede explicar este tratamiento ambivalente del miedo, es decir, aquel concepto que infiere la culpabilidad de la necesidad de reaccionar frente a una perturbación social por medio de la imputación a un autor» (p. 98). De este modo la fidelidad al ordenamiento estará completamente ausente cuando no pueda resolverse el conflicto de otro modo que imputando plenamente y penando al autor (p. 99).

Alguna reflexión crítica nos sugieren aquí también los planteamientos funcionalistas que se formulan en torno a la vertiente subjetiva del delito. No obstante, debemos reconocer que la identifi-

cación del del juicio de culpabilidad con la infracción del mandato de determinación de la norma se aproxima más a la idea de vigencia de la norma y de fidelidad al Derecho. Si, como sucede en nuestro caso, previamente sostenemos que en el juicio de anti-juricidad se verifique la infracción de la norma objetiva de valoración, es lógico pensar que el juicio subjetivo sobre el autor del hecho se centre en aspectos vinculados con la actitud que el sujeto muestra frente a la vigencia de la norma: gravedad subjetiva de contradicción (dolo e imprudencia), capacidad de evaluación del mandato imperativo (imputabilidad) y exigibilidad de una conducta adecuada a la vigencia del mandato.

Pero, aún así, no creemos que la distinción entre los sistemas cognitivo y normativo, así como la diferente guía del comportamiento humano en uno u otro, sea la causa explicativa de, por ejemplo, la diversidad en la severidad del tratamiento del dolo y la imprudencia. La mayor rigurosidad del primero responde sobre todo al mayor reproche —social, eso sí— que siempre han merecido los actos intencionados que los realizados por simple descuido. Infringe más gravemente el mandato de determinación de la norma quien consciente y voluntariamente dirige o no impide un curso causal que resulta ser lesivo para el interés jurídicamente tutelado. Además, el componente intimidatorio (prevención general negativa) de la pena es menos eficaz en conductas negligentes (especialmente en la imprudencia inconsciente) dado que el sujeto desconoce (imprudencia inconsciente) o confía (consciente) en que no infringirá la norma.

Por lo demás, en los delitos imprudentes también se aprecia un defecto volitivo: la falta de voluntad del autor de adaptar su conducta a las normas que exigen la asunción de deberes de cuidado en el desarrollo de hechos peligrosos. Probablemente, la respuesta más adecuada del funcionalismo debería ser que en los delitos dolosos el autor muestra una mayor desconsideración hacia la voluntad del legislador de hacer valer sus normas. En cambio, en los delitos imprudentes el cuestionamiento de la vigencia de la norma es menos intenso pues o bien no se conoce su vulneración o bien, según la teoría que se siga, se confía en el no acaecimiento del evento dañoso.

También el error de prohibición genera algún interrogante desde la perspectiva del funcionalismo sistémico. ¿Cómo puede justificarse la impunidad de quien actúa bajo un error de prohibición invencible? Aquí no se trataría de un defecto cognitivo —pues el sujeto es plenamente consciente de cómo se desarrolla fenomenológicamente su conducta— sino volitivo, esto es, su falta de diligencia en procurarse un conocimiento adecuado y preciso de aquellas normas que impiden que su comportamiento sea peligroso o

lesivo para terceros. ¿Es que no se defraudan en este caso las expectativas normativas depositadas en él? Naturalmente que sí. En cambio, desde la óptica de la prevención general negativa se explica perfectamente que el ordenamiento renuncie a conminar con una pena a quien ni siquiera conoce lo injusto de su actuación y, desde la prevención especial, parece lógico pensar que una vez que el sujeto conoce ya la antijuricidad de su conducta es posible que no vuelva a repetirla.

Criticable es, por último, la forma de resolver los supuestos de inexigibilidad de otra conducta. La solución que ofrece Jakobs puede ser objeto de una doble censura: en primer lugar, que no es la naturaleza ni la intensidad de la situación de conflicto extremo por la que atraviesa el autor la que determina la solución del caso, sino que son elementos extraños a él (la posible generalización o no del conflicto y la eventual perturbación global del orden social) los que influirán en la decisión de exculparle o no. Esto llama la atención sobre todo si tenemos en cuenta que nos encontramos en el análisis de elementos de índole personalísima integrantes del juicio de culpabilidad. Como el propio autor reconoce, se postula un tratamiento ambivalente en el que situaciones de conflicto parecidas pueden tener soluciones opuestas. Esto es algo que, desde luego, repele a los valores de igualdad y de seguridad jurídica. Pero, en segundo lugar, es también discutible que desde las circunstancias tan extraordinarias que caracterizan a la inexigibilidad pueda enjuiciarse objetivamente una posible generalización del conflicto. Resulta realmente difícil poder predecir tal posibilidad, por lo que un juicio de esa naturaleza supone objetivizar un conflicto eminentemente personal con parámetros puramente ideales y externos al sujeto.

IV

El penúltimo capítulo del libro que comentamos está dedicado al examen de la acción y la omisión como modalidades del comportamiento humano en la perpetración de infracciones penales. Jakobs parte de la distinción básica entre **deberes negativos y deberes positivos**. Cada persona configura libremente su ámbito de organización pero ello no puede implicar el desarrollo de conductas positivas que perturben los ámbitos de organización ajenas. Son los denominados deberes negativos. Asimismo, cada persona, en tanto que integrada en un sistema social, cuenta en la configuración de sus derechos y deberes con que bajo ciertas circunstancias los demás intervengan en su auxilio. Son los llamados deberes positivos o deberes de auxilio solidario (pp. 101-102).

El autor en cita relativiza la importancia de la distinción entre el hacer y el omitir, defendiendo el carácter intercambiable y la equivalencia de ambas formas de comportamiento. «Más importante —afirma— que esta distinción entre hacer y omitir es lo que ambas modalidades de conducta tienen en común: ambas son una organización del autor» (p. 105). La diferenciación, pues, tiene sólo una significación técnico-organizativa (pp. 122 y 133).

En los delitos de comisión, como cada persona configura libremente su ámbito de organización, se es *garante* de no llevar a cabo ninguna acción lesiva para otros. Por lo tanto, señala el maestro alemán, «también el autor por comisión infringe un deber de garante; lo que sucede es que esa constatación por regla general (aunque no siempre) es tan trivial que resulta superfluo un ulterior análisis [...] Dicho de otra manera, la responsabilidad por actuar, por comisión, no es otra cosa que una **responsabilidad por la infracción del deber de aseguramiento en el tráfico** de la persona» (p. 108, sin negrita en el original). Ahora bien, los **deberes negativos**, como contrapartida que son de la libertad de organización, pueden ser asimismo infringidos por acción o por omisión. La responsabilidad por un hacer *positivo* se fundamenta en la contravención del deber de aseguramiento en el tráfico de los propios movimientos corporales y la responsabilidad por una *omisión* toma por base el quebrantamiento del deber de aseguramiento en el tráfico de un ámbito de organización; como señala el autor mencionado, no sólo están prohibidas las acciones susceptibles de ser consideradas lesivas como, por ejemplo, una puñalada en el tórax (acción), sino que también debe interrumpirse un movimiento que, aparentemente inocuo, demuestra posteriormente ser lesivo: hay que dejar de disparar (omisión) a la diana cuando una persona entra en el campo de tiro (pp. 108-109). Ello obedece a que un ámbito de organización no sólo está compuesto por un cuerpo animado (al que se refiere el deber de aseguramiento en el tráfico de los propios movimientos corporales), sino que también lo integran elementos adicionales como la casa, el automóvil, una empresa, etc. (a los que se refieren el deber de aseguramiento en el tráfico de un ámbito de organización) (p. 109).

El deber de aseguramiento en el tráfico lo subdivide Jakobs (pp. 110-111, 133) en el deber de evitar un «*output*» lesivo de una organización, al que ya hemos hecho referencia en sus modalidades activa y omisiva, en el deber de prestar la protección que se haya asumido (asunción voluntaria) y en el deber de reponer las disminuciones de protección impuestas a otro (injerencia). Por lo que respecta a la **asunción voluntaria** de una garantía, la responsabilidad de quien la adquiere se fundamenta en una *disminución* de las posibilidades de protección de la víctima; para expli-

carlo recurre dicho autor a un ejemplo: si ante un accidente alguien convence al auxiliador de que está en mejores condiciones de prestar la ayuda que se necesita, responderá por lo sucedido si no logra conseguir el auxilio que la primera persona podía ofrecer. En cambio, si esta última hubiera sido incapaz de hacer nada, la segunda persona «no tiene que obtener ningún resultado positivo, ya que no ha eliminado una protección efectiva [...] No es el contrato lo que fundamenta la responsabilidad sino el hecho de que provocó el abandono de un mecanismo de protección» (p. 112).

En relación con la **injerencia** como determinante de responsabilidad, el maestro germano mantiene en términos sistémicos que «quien de modo imputable priva a una organización ajena de una protección frente a un daño o frente a un empeoramiento de las lesiones, debe sustituir el déficit de modo equivalente» (p. 115). Particularmente sugestivas son las cuestiones que este campo introduce Jakobs. En concreto, las relativas a cómo solucionar los casos extraídos de la jurisprudencia en los que es la propia víctima la que, en cierto modo, provoca la situación de riesgo: peatón ebrio que es atropellado por quien conduce correctamente, agresor frente al que se reacciona en legítima defensa y que resulta gravemente herido, etc. ¿Responderá el automovilista o el defensor en comisión por omisión si no suministra auxilio? La doctrina y jurisprudencia alemana suele condicionar la respuesta a este interrogante en función de si la conducta previa de la víctima era o no antijurídica pues, caso de serlo, no estaría en condiciones de hacer surgir un deber de garante por injerencia, lo que determina en consecuencia que una omisión en tales circunstancias no resulte ser punible. Pero para Jakobs es necesario precisar un dato más, a saber, si con su conducta previa el omitente se «arrogó un riesgo especial» que perturbara un ámbito de organización ajena. En el caso de la agresión es claro que ello no sucede y en el caso del peatón la negligencia pesa más que el riesgo derivado del uso del vehículo a motor. Pero, matiza el profesor alemán, ¿y si el accidente se hubiera debido al pinchazo fortuito de un neumático? En ese caso, señala, dado que el ordenamiento considera la conducción de vehículos como el desarrollo de un riesgo especial (prueba de ello es que existe en este ámbito una responsabilidad objetiva cubierta por un seguro obligatorio), aunque la conducta no sea antijurídica fundamenta el surgimiento de un deber de garante basado en la injerencia (pp. 119-120). Lo decisivo no sería, pues, el carácter ilícito o no del comportamiento del omitente sino si con su conducta se arroga un riesgo especial de cuyo control deba responder.

Lo mismo es aplicable, para acabar ya con la cuestión de la injerencia, al famoso caso del «*Lederspray*» resuelto por el Tribu-

nal Supremo Federal alemán (BGH 27, 106). La comercialización de un spray para el tratamiento de las prendas de cuero y su no retirada del mercado por los directivos de la empresa que lo producían, a pesar de que su uso podía ser perjudicial para las personas, supuso la introducción de un riesgo especial que el productor en su propio beneficio se arroga frente a los consumidores; de ahí el deber de minimizar las consecuencias lesivas de la comercialización del producto una vez que se tuvo conocimiento de los efectos perniciosos para la salud que su uso comportaba (p. 118). Pero lo que más nos interesa del pensamiento de Jakobs al hilo de este supuesto resuelto por el BGH es que, a su juicio, la resolución del caso debe estar condicionada por la configuración social del momento. Muy probablemente, afirma el autor en cita, la sentencia —que fue condenatoria— hubiera ido en otra dirección de haberse dictado en el año 1950 y no en 1990: «en una sociedad que apuesta por el progreso técnico, los intereses de seguridad no tienen una jerarquía tan alta como en una sociedad saturada de productos técnicos» (p. 118). De hecho, «la consideración de que no es sólo la juricidad abstracta a la que hay que recurrir para hallar las líneas básicas de decisión, sino que es también decisiva la concreta configuración de la sociedad, se manifiesta, entre otras cosas, en el hecho de que algunos ámbitos que antiguamente eran centrales para la jurisprudencia ya no producen problemas de injerencia» (p. 121). Es por ello que la injerencia constituye un «sismógrafo de las condiciones de subsistencia de la sociedad, sean reales o imaginarias» (p. 122).

La decisión de si, y en qué medida, un Estado impone **deberes positivos** a sus ciudadanos depende del momento histórico y grado de desarrollo en el que se encuentre la cultura de la sociedad cuya convivencia se quiere regir. Un Estado extremadamente liberal y no intervencionista se conformaría con la exigencia de deberes negativos para garantizar pírricamente la convivencia social. Pero para la imposición de los mismos no resulta bastante que se hayan alcanzado ciertas cuotas de desarrollo. La exigencia de deberes negativos —afirma Jakobs— es la base de todo orden social pero precisamente eso: sólo la base (p. 123). En consecuencia, un Estado que no sólo se preocupe por la supervivencia individual de sus ciudadanos sino que, además, lo haga por la solidaridad y auxilio mutuo entre los mismos, necesita recurrir a la imposición coactiva de ciertos deberes positivos. A partir de ahí la cuestión estriba en determinar qué instituciones deben generar deberes garantizados por el Derecho penal. Para el autor alemán dichas instituciones deben mostrar una relevancia social que no sea inferior a la que corresponde a la relación entre la libertad de actuación (o mejor, libertad de configuración del propio ámbito de orga-

nización) y la responsabilidad por las consecuencias, por lo que a continuación pasa a considerar que la vinculación del Estado con la salvaguardia de algunos intereses fundamentales de sus ciudadanos, la paternidad y otros supuestos de confianza especial, determinan en la actualidad, por su trascendencia social, el surgimiento de distintos deberes positivos (p. 124).

Respecto al **Estado y los funcionarios** integrados en el mismo que tienen por misión velar por la subsistencia más primordial de los ciudadanos (ej. policía, bomberos, personal sanitario), su deber de intervención les hará responsables por el resultado que los servidores públicos competentes no impidan: el linchamiento de un sospechoso, el incendio de un inmueble o la negativa a la prestación de la debida asistencia médica (pp. 125-126). También la **paternidad** es enunciada por Jakobs como institución que debe generar deberes garantizados criminalmente: los deberes de crianza, cuidado, educación y preservación a los hijos de cualquier riesgo que les amenace (incluido el que provenga de la conducta de otras personas o del otro progenitor) tienen una importancia irrenunciable para el sistema social. La vigencia de tales deberes se irá reduciendo a medida que se incremente la autorresponsabilidad de los hijos, aunque ello no impide el surgimiento del deber de garante en virtud de su asunción voluntaria o de depósito en ellos de una confianza especial (pp. 126-127). El cuestionamiento del **matri-monio** como posible fuente de los deberes de garantía es, para Jakobs, un claro ejemplo de cómo la evolución social y su configuración concreta en un determinado momento histórico influyen en el alcance de la teoría de la imputación. La progresiva degeneración de dicha institución civil a un simple contrato de rescisión más bien libre y, muy especialmente, su creciente sustitución por formas de convivencia alternativa como las parejas de hecho, hacen que no sea la relación conyugal *per se* la que fundamente el surgimiento de los deberes de auxilio mutuo, sino «la **especial confianza** que aparece cuando una persona acepta desempeñar un papel que determina la forma necesaria de la sociedad: si bien puede renunciar lícitamente a ese rol, no puede hacerlo en un momento inadecuado» (p. 128). Con carácter general se afirma que esa *confianza especial* surge allí donde hay personas que de modo relevante se han introducido en el rol de cuidar a otro y existe constancia en el desempeño de roles imprescindibles; su distinción frente a los casos de asunción voluntaria en los deberes negativos radicaría en que en las hipótesis de confianza especial no es necesario que concurra un empeoramiento de las posibilidades de protección. Lo importante, además, es su vinculación con un rol de cuidado ajeno, con independencia de que existiera una alternativa de organización capaz de proporcionar el auxilio (pp. 129-130).

El cuarto capítulo de la obra termina con algunas reflexiones generales sobre las consecuencias que se derivan del hecho de concebir la infracción de un deber (ya sea positivo o negativo) como el eje central de todo hecho delictivo, y el simultáneo reconocimiento de que existen deberes especialísimos que incumben particularmente a ciertas personas por su peculiar posición frente a la víctima. En realidad, aunque no se afirme expresamente, se trata en el fondo de trasladar la concepción del delito como una simple infracción del deber al concepto de autor en los delitos especiales. Y así, afirma Jakobs que «el obligado por el deber positivo está infringiendo su deber positivo de modo directo, por lo que **siempre será autor**, es decir, también en aquel caso en el que, infringiendo la prohibición **colabora** con otro sujeto» (p. 132, sin negrita en el original). Ilustrándolo con un ejemplo, «los padres infringen su rol paternal también en el caso de que **lesionen activamente** a su hijo o de que **participen** en el hecho de un tercero que quiere lesionar a su hijo (*ibidem*, sin negrita en el original).

También la lectura de esta parte del libro nos ha sugerido alguna consideración crítica. Y así, es ante todo discutible la utilidad de diferenciar los casos de acción y omisión en los deberes de aseguramiento del tráfico pues, en definitiva, a la omisión en estos supuestos le sigue una acción lesiva que le está vedada al sujeto. Señalar que la responsabilidad surge por no omitir la acción lesiva es lo mismo que afirmar que, quien desde un principio se dispone a matar a otro, debe responder por no haber evitado desde el primer momento la acción letal. Desde el instante en que una acción inocua se torna lesiva, el desvalor primordial recae sobre *su ejecución* y no sobre su no evitación.

Es asimismo cuestionable la solución ofertada por Jakobs en la asunción voluntaria: si una persona se encuentra en la misma situación que el que intentaba proporcionar la ayuda originaria, su responsabilidad no debe estar limitada por las dificultades de solicitud de auxilio de la primera persona, sino que dicha responsabilidad deberá medirse en función de las facultades de ayuda de las que disponía y de su uso, puesto que la ineficacia de la protección primigenia no tiene por qué limitar las exigencias en torno a la salvaguardia de la víctima si es que las medidas de auxilio están a disposición del que asume voluntariamente la acción de rescate. Dicho con un ejemplo: si un parálítico observa un accidente y una persona que acude con posterioridad al lugar del siniestro se ofrece a buscar auxilio, el incumplimiento de este último no queda sin responsabilidad por el hecho de que posteriormente se comprobara que, por su estado, le hubiera sido imposible reclamar ayuda por las dificultades de acceso al lugar donde podía obtenerla.

Respecto a la injerencia y sus casos, cuya extensión indudablemente está en función de la evolución cultural de la sociedad de que se trate, en nuestro Derecho existen algunos obstáculos para fundamentar en todo caso la responsabilidad de los funcionarios cuando no impiden la producción de eventos que, por su competencia, tienen obligación de evitar. Así sucede, por ejemplo, con la denegación de asistencia sanitaria (art. 196 CP) o con el abandono de destino de la autoridad o funcionario público que tiene por finalidad no impedir la comisión de un delito (art. 407 CP). En estos casos, nuestro legislador ha preferido tipificar autónomamente la omisión correspondiente en lugar de imputar el resultado no impedido en comisión por omisión sobre la base de la injerencia.

Terminamos las reflexiones críticas al cuarto capítulo poniendo de manifiesto que, efectivamente, la visión del delito como simple cuestionamiento de la vigencia de la norma, como una mera infracción del deber de fidelidad al ordenamiento jurídico, da lugar a consecuencias expansivas del ámbito de lo punible que, además de ser contrarias al principio de legalidad en Alemania y España, suponen a nuestro juicio un tratamiento injusto de ciertos casos. Concretamente, nos referimos a las consecuencias que para el ámbito de la codelincuencia en los delitos especiales supone su visión de la infracción penal como mera contradicción de un deber, ya sea éste positivo o negativo. Para Jakobs, existiendo una persona especialmente obligada por la titularidad de un rol frente a la víctima, es irrelevante que se actúe con un hacer positivo o con una omisión, o que sea el titular del deber el que lleve a cabo el hecho o colabore con otro que lo realiza. Todo ello es para el citado autor indiferente, pues sea como sea la forma en que infrinja su deber será siempre autor. Este planteamiento supone, claramente, un posicionamiento a favor de la categoría de los *Pflichtdelikte* elaborada por Roxin, donde la autoría del delito no viene determinada por la realización de la conducta descrita en el tipo o por el dominio del hecho, sino únicamente por la infracción del deber especial que le es exigible. Esto supone, en nuestra opinión, una abierta vulneración de los §§ 25-27 StGB y de los arts. 27-29 del texto punitivo español, en la medida en que según tales preceptos es la medida de la contribución al hecho y no la mera infracción o no del deber la que resulta decisiva para la graduación de responsabilidad entre autores y partícipes. Dichas disposiciones legales, por lo demás, no imponen ninguna excepción a seguir en los delitos especiales. La tesis de Jakobs, en la medida en que se inscribe en la categoría de los delitos de infracción de un deber, supone la implantación de un concepto unitario limitado de autor para los delitos especiales que asimila al rango de autor a simples partícipes, con la mayor rigurosidad punitiva que eso supone especial-

mente para los cómplices del delito (para más detalles sobre nuestra visión crítica al respecto, nos remitimos a los trabajos que hemos publicado sobre la teoría de la participación en general y de la inducción como forma de participación accesoria en particular).

V

El último capítulo, bastante más abstracto que los anteriores, al menos en alguna de sus partes, lo dedica el profesor alemán a la elaboración del concepto y grados de la «incumbencia» («*Zuständigkeit*»), así como a la correlativa ponderación de los derechos de agresión y deberes de tolerancia de la persona a la luz de figuras tales como la legítima defensa y el estado de necesidad (agresivo y defensivo). El punto de partida es recordar que para lograr la convivencia social el Estado reconoce derechos e impone deberes a las personas. Todas ellas tienen el derecho a configurar libremente su organización y, como contrapartida, el deber de proceder a una administración inocua de sus derechos (p. 137). A partir de ahí es posible que en el ejercicio de sus derechos y deberes surjan conflictos entre las personas que resulta necesario solucionar en un sentido o en otro. Es entonces cuando entra en juego el concepto de la «**incumbencia**», esto es, la determinación de las facultades de las que goza la persona para alejar un peligro de sí mismo o de un tercero, así como de los deberes de tolerar o soportar los costes derivados del conflicto que se plantea (pp. 135-136). Al respecto afirma Jakobs que «ni siquiera en aquellos casos en los que quepa imaginarse la incumbencia más intensa cabe una agresión arbitraria, debiéndose elegir el medio menos lesivo de entre todos aquellos que resulten idóneos» (p. 138). O lo que es igual, que los derechos de agresión y los deberes de tolerancia deben aparecer regidos por la *proporcionalidad* (p. 139).

En la determinación del grado de incumbencia que resulta predicable de una persona que afronta un conflicto concreto, el autor germano comienza con la exposición de lo que él denomina «**incumbencia basada en la propiedad**». Para ello, parte de una concepción propia y amplia, alejada de su significado común, de lo que debe entenderse por «propiedad»: en un sentido amplio, comprendería aspectos como la propiedad de uno mismo —con inclusión de la vida—, la propiedad de las cosas, la propiedad del libre desarrollo de la personalidad dentro de los límites del Derecho, etc (p. 136). Sobre esa base afirma que la normatividad, por sí misma, desconoce limitaciones derivadas de la proporcionalidad; el título de propiedad es un título categórico, es decir, que puede resultar perjudicada por otro o no. De ahí que «aquella incumbencia

que se basa exclusivamente en una posición de propietario no excede de tener que sacrificar la propiedad o bien de tener que soportar su destrucción». El ejemplo al que recurre Jakobs para ilustrar lo dicho es el del árbol que cae obstruyendo una calle y cuyo propietario no hace nada para apartarlo. El grado de incumbencia sobre el mismo no excedería de tener que soportar la pérdida de su propiedad, cuando otras personas tuvieran que serrarlo para poder apartarlo de la calzada (p. 140). Pero también reconoce el autor en cita que también es necesario reconocer que, desde la pura normatividad, se plantean casos irresolubles ante el hecho de que las personas afectadas posean un mismo grado de incumbencia; ello sucedería, por ejemplo, cuando dos personas coliden en el ejercicio simultáneo de sus derechos [por ejemplo, si a consecuencia de una fuerza irresistible se plantea la amenaza de que dos personas colisionen frontalmente (p. 141)].

A continuación pasa a ocuparse el penalista germano de la «**incumbencia basada en la organización**». Si una persona no es sólo propietario (traspasamos, pues, la simple incumbencia basada en la propiedad) sino que organiza su propiedad de forma peligrosa, en el conflicto no sólo se verá implicada la propiedad misma (el árbol derribado) sino todo el ámbito de organización en su conjunto. Ello significa, a diferencia de la incumbencia por la simple propiedad, «que debe aportar todos sus bienes para la solución del conflicto o que tiene que soportar que terceras personas echen mano de todos sus bienes para la solución» (p. 142). En el caso del árbol, si su dueño ha arrancado las raíces de modo que eleva claramente el peligro de su caída, para posibilitar el paso de las personas retenidas será posible volarlo con explosivos aún cuando ello dé lugar a que otros bienes de su propietario queden destruidos —siempre, lógicamente, dentro de los límites de lo necesario—. Es más, ni siquiera la organización arriesgada tiene que ser culpable, pues no se trataría aquí de decidir sobre la fidelidad al Derecho ni sobre el descrédito sufrido por la norma; se trata, únicamente, del sinalagma entre la libertad organizativa y el deber de soportar los costes que se derivan de tal organización. Por lo tanto, concluye al respecto Jakobs, responderá «con todos sus derechos tanto aquella persona que se organice de forma permitida aunque peligrosa como la que se organice de forma permitida, es decir, aquella que en todo caso hace uso de un riesgo especial [...]. Formulado en términos simples, el que convierte al mundo en algo más peligroso tiene que pagar en caso de necesidad» (p. 144).

Tras la delimitación del alcance de la incumbencia basada en la propiedad o en la organización, pasa el autor mencionado a extraer algunas consecuencias de su planteamiento en el marco

de ciertos institutos. Y así, en el ámbito de la **legítima defensa** afirma que cuando alguien realiza una agresión de forma antijurídica y culpable, «niega al agredido el reconocimiento como titular de derechos y por ello ya no existe posibilidad alguna de salir sin daño del conflicto por otro camino que no sea ejercer inmediatamente la defensa necesaria»; en cambio, si el agresor actúa sin culpabilidad no le niega al otro su reconocimiento como persona, pues su falta de responsabilidad hace que su conducta carezca de ese significado comunicativo; en tales casos (que pueden dar lugar al surgimiento de un **estado de necesidad defensivo**) es factible renunciar a un restablecimiento inmediato del derecho perturbado y recibir posteriormente una compensación de parte del beneficiado (p. 147). En este punto, además, se introduce alguna matización adicional en función de que los bienes implicados en el conflicto resulten o no *compensables*. Si no lo son, afirma el autor en cita, el agredido puede llegar incluso hasta el límite de ocasionar la muerte de su atacante para salvaguardar la pérdida irreversible de tales bienes, aunque estos consistan en una patente o en un manuscrito u obra de arte que son producto de un arduo trabajo de muchos años). Al contrario, tratándose de bienes que sí lo son, no se exige una compensación exacta del daño sino que ésta puede superar razonablemente el alcance del menoscabo que acecha y cuya irrogación se pretende evitar (pp. 148-149). Concluye Jakobs en este tema que «se puede reducir la incumbencia en aquellos conflictos que no tienen su origen en una agresión antijurídica y *culpable*; no hay que aportar ni pueden ser arrebatados todos los bienes necesarios, sino que —en caso de bienes importantes— sólo lo que no resulte desproporcionado» (p. 150).

También el **estado de necesidad agresivo** es objeto de atención en el marco del grado de incumbencia que puede resultar otorgable o exigible. Para el autor alemán, quien actúa lesivamente amparado por una situación de necesidad niega el reconocimiento como persona (esto es, como titular —sobre todo— de derechos) aunque sólo le perjudique levemente en un ámbito muy limitado de su esfera de organización; y si eso es así, es decir, si la agresión del necesitado se presenta como un acto responsable en cuanto que comunicativo con el perjudicado al defraudar la correspondiente expectativa normativa, entonces «tal agresión tendría que ser tratada de acuerdo con las reglas de la legítima defensa»; textualmente señala el profesor germano que en estos casos «los ámbitos de organización del beneficiado y del perjudicado no están vinculados ya conflictivamente, sino que el que se encuentra en situación de necesidad exige a alguien con el que hasta entonces no había tenido contacto (¿por qué precisamente él?) un sacrificio» (pp. 151-152).

Ante la aparente insolubilidad del problema de cómo fundamentar la viabilidad del estado de necesidad agresivo, Jakobs indica que hay que buscar otro camino, que no es la pura *normatividad* categórica (el conflicto entre una persona que le niega a otra la condición de tal, insistimos, como titular del derecho a mantener la integridad sobre sus bienes) ni el recurso a consideraciones *utilitaristas* (como en el estado de necesidad defensivo) donde se encuentra la solución del problema, sino esta vez en la necesaria búsqueda del *interés general* de quien ha pasado a ser ciudadano (citoyen, en la terminología de la obra) y no un simple «propietario burgués» titular de derechos que sólo busca su interés particular. Es precisamente en este contexto en el que resulta fundado que los ciudadanos tengan que soportar en casos de desastre, y mientras no concurra auxilio estatal, ciertos menoscabos en sus intereses para el mantenimiento de una tarea pública o para auxiliar a otro sin un concreto encargo para ello. Sólo así se explica que quien se beneficia de un estado de necesidad agresivo actúe justificadamente y no únicamente de forma inculpable o no punible; la fundamentación de su derecho y del deber de socorro en casos de extrema necesidad hunde sus raíces en la «existencia de relaciones públicas justas, es decir, un orden estatal» (p. 153).

La autorización que excepcionalmente se concede al ciudadano para, en una situación de necesidad, provocar menoscabos en ámbitos de organización ajena, está también conectada con el hecho de que la persona únicamente puede sustituir al Estado en casos de necesidad extrema; es este último y no el ciudadano quien tiene la obligación general de intervenir en situaciones de catástrofe o necesidad velando por la integridad de las personas; precisamente es esto lo que explica que quien —sin ser titular de un deber positivo especial— deniega su auxilio ante un accidente o una catástrofe, sea únicamente responsable por una omisión del deber de socorro y no por las consecuencias que efectivamente se deriven de su negativa. Por ello, concluye Jakobs respecto a este tema que de la idea de responsabilidad política de todos los ciudadanos, esto es, la necesaria orientación en una sociedad evolucionada hacia la búsqueda del interés general, «se deduce el derecho y el deber de actuar para el Estado en casos de desastre sacrificando bienes de escaso valor o soportando ese tipo de acciones» (pp. 154-155).

Hasta ahora se ha esbozado el grado de incumbencia en situaciones de conflicto materializado en el deber de *soportar* determinados sacrificios. A continuación, el profesor alemán lleva a cabo una breve síntesis del sistema de deberes (**deberes de actuación**) para la *resolución activa* del conflicto, o lo que es lo mismo, la descripción y fundamentación de las obligaciones a las que se está sujeto para resolver aquél (pp. 156-159). Si este último tiene su

origen en una fuerza mayor o en la culpabilidad de un tercero, el «propietario» tendrá la obligación de reconfigurar su ámbito de organización para hacer desaparecer la situación perturbadora (en el ejemplo del árbol, si éste es derribado por una fuerte tempestad tendrá que retirarlo para que no obstaculice el paso). Pero tal deber de actuación no va más allá del valor de su propiedad y, de hecho, podría liberarse de su obligación renunciando a la titularidad de su derecho (permitiendo, verbigracia, que el árbol fuera serrado o volado con explosivos) puesto que se trata de un conflicto en el que se ha visto inmerso sólo a través de su «propiedad» y no por la configuración de su organización. Ahora bien, si se trata de un conflicto que nace del propio ámbito de organización, entonces el sujeto deberá desarrollar las prestaciones necesarias para resolverlo. Esto rige especialmente para los casos de agresiones antijurídicas y culpables. Con otras palabras: el agresor no sólo debe soportar la legítima defensa del agredido sino que, además, debe emprender toda acción que sea necesaria para evitar o aumentar el daño (pues su agresión lo sitúa frente a la víctima en una situación de injerencia). Si nos encontramos, en tercer lugar, ante conflictos derivados de organizaciones no culpables o, incluso, adecuadas a Derecho (pero que despliegan riesgos especiales), es posible abandonar el terreno de la pura normatividad, del conflicto categórico entre dos titulares de derechos, para adentrarnos en consideraciones utilitaristas. Ello comporta que el obligado no tendría que soportar un sacrificio mucho más desproporcionado que el que pretende evitar. Por último, el deber de auxilio en los casos más graves en los que el ciudadano («ciotyen») tiene un fundamento diverso, pues este último se sitúa momentáneamente en graves situaciones de necesidad en el rol protector del Estado, circunstancia que hace que más que ser titular de un deber frente a la propia víctima lo sea más bien frente al Estado mismo.

Concluye Jakobs este capítulo (y su obra) realizando una reflexión sintética de todo lo expuesto hasta ahora: la vigencia de la pura normatividad entre personas (conflictos en los que no se da el reconocimiento como persona como, por ejemplo, una agresión culpable) únicamente se encuentra limitada por la necesidad. En este ámbito se asienta la legítima defensa. Frente a los casos de organización de un riesgo especial (conforme a Derecho o antijurídico) entran a jugar consideraciones utilitaristas en las que la resolución del conflicto puede realizarse dentro de todo lo que sea necesario pero sin llegar a la desproporción (estado de necesidad defensivo). Por último, el estado de necesidad agresivo sólo encuentra una adecuada fundamentación a través de su referencia a lo común, a la preservación del interés general (pp. 160-161).

Tampoco respecto a esta parte de la obra queremos dejar de hacer algún tipo de valoración crítica. El maestro alemán desarrolla los distintos grados de incumbencia (tanto respecto a los deberes de tolerancia como de actuación) cuyo alcance está en función del contenido comunicativo que se encuentra en la provocación de la situación de conflicto. Pues bien, a nuestro juicio resulta realmente extremo el planteamiento que se desarrolla en los casos en los que la perturbación del ámbito de organización tiene su origen en una agresión ilegítima y culpable o, nuevamente en términos comunicativos empleados por el propio Jakobs, en la ausencia de un reconocimiento de la víctima como «propietario», esto es, como titular de ciertos bienes y derechos. Y así, en el ámbito de la incumbencia por la propiedad, Jakobs defiende la posibilidad de poder matar a alguien en legítima defensa por el carácter irremplazable o no compensable del bien (en el ejemplo utilizado por el autor, la pérdida o destrucción de una patente o en un manuscrito u obra de arte que son producto de un arduo trabajo de muchos años) que se ve afectado por la agresión (vid. pp. 147 y 148). Su concepción en este caso, que sin duda parte de la titularidad de derechos como un imperativo categórico que no admite modulaciones, resulta inadmisibles desde el juicio de proporcionalidad más elemental que debe presidir la resolución de conflictos en el terreno de las causas de justificación. Es indiferente que Jakobs excluya de estos casos la vulneración meramente formal de algunos derechos (ej. quien atraviesa un sembrado sin causar daños) o, incluso, el ocasionamientos de perjuicios materiales mínimos (ej. quien atraviesa el sembrado pisotea algunas plantas). Y es que también la *proporcionalidad relativa* debe regir la resolución de conflictos en los que, aunque se produzca una desaparición total del derecho o bien protegido, éste resulta ser notoriamente de mucha menor importancia que el sacrificado en defensa propia.

Concluimos este comentario señalando que este último capítulo se caracteriza, como en general todo el sistema de Jakobs, por el recurso a una terminología y conceptualización compleja y oscura que convierte a la Dogmática del Derecho penal en un auténtico «subsistema jurídico» difícilmente accesible. Muchos de los conceptos que utiliza, o bien se apartan del significado que poseen en la Teoría General del Derecho, o bien resultan ser de creación propia al amparo de una mejor claridad expositiva. Por citar sólo algunos, conceptos tales como «incumbencia», «propietario», «burgués» o «citoyen» sumergen al lector en un lenguaje a veces difícilmente aprehensible que convierte a *su* Dogmática en un instrumento cada vez más abstracto y complejo. Flaco favor al —cada vez más— necesario acercamiento de la teoría a la práctica.

Claro que a lo mejor la opinión recién expresada se debe a que la formación dogmática de quien ahora escribe ha estado muy alejada del lenguaje y sistema conceptual elaborado por Jakobs y que, quizás, sólo se trata de una actitud de *resistencia* a la implantación de nuevas ideas y pensamientos en la Ciencia del Derecho penal. El tiempo responderá a esta hipótesis. Lo que sin duda constituye un gran mérito del Prof. Jakobs es haber renovado el debate científico. Una prueba más de que el pensamiento humano está siempre en continua evolución y cuya originalidad es —por fortuna— inagotable. Con el presente trabajo sólo hemos querido, pues, formular algunas objeciones que contribuyan muy modestamente a enriquecer el debate más contemporáneo de la Ciencia del Derecho penal.

MIGUEL OLMEDO CARDENETE

*Profesor Titular del Departamento de
Derecho Penal de la Universidad de Granada*

JAÉN VALLEJO, Manuel, *Derecho penal aplicado (Parte General y Parte Especial)*, Editorial Colex, Madrid 2003, 303 páginas.

1. La obra del Profesor Manuel Jaén Vallejo ofrece una panorámica de la jurisprudencia penal española, de la mano de la sistemática tradicional de los manuales al uso de Derecho penal, Parte General y Parte Especial, pero a la luz, precisamente, de sentencias de nuestro más alto tribunal. Tarea ésta, que podría parecer fácil, y hasta obvia, pero que se muestra, en realidad, todo lo contrario en un país en el que la «doctrina» y la «práctica» parecen estar condenadas a llevar siempre caminos diferentes, como dos líneas paralelas que nunca han de encontrarse.

Ahí radica, en primer lugar, el mérito del Dr. Jaén Vallejo: en plantear su libro como el necesario maridaje entre la obra científico-doctrinal de primer orden y la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo recopilada y seleccionada, en sus resoluciones más importantes. Esto, que parece tan sencillo y claro cuando el lector va disfrutando con las páginas del libro de Manuel Jaén Vallejo, no debía serlo tanto cuando hasta ahora no se había logrado así.

No por casualidad nace esta comunicación científica de alguien que es, por un lado, Profesor de Universidad, y, por otro, Letrado del Tribunal Supremo. Sin duda que servirá el magnífico libro de Manuel Jaén Vallejo para que por fin vayan siendo discutidos por la doctrina penal española los casos con los que ha de enfrentarse la jurisprudencia española, día a día, pues, durante años, no parecía sino como si sólo en Alemania se produjesen casos dignos de ser analizados y estudiados.

2. Con esto que acabamos de reseñar, hemos llegado al primero de los públicos posibles de la obra: la llamada doctrina científica. Pero no es el único, ni mucho menos.

Jueces, fiscales y abogados, también encontrarán en sus páginas, los puntos de interés actual que tan necesarios resultan a la hora de enfocar los problemas de la práctica forense diaria. Porque, aun cuando en muchas ocasiones estos operadores jurídicos no vayan a estar de acuerdo con las soluciones ofrecidas por la jurisprudencia que la obra del Prof. Jaén Vallejo presenta, qué duda cabe que su conocimiento es necesario en todo caso.

Por último, y con esto se agotan los posibles destinatarios del libro del Dr. Jaén, también los estudiantes de la asignatura encontrarán el complemento adecuado a los tan nocivos «apuntes», o al manual «teórico» que vengán utilizando en su aprendizaje de la Parte General o de la Parte Especial del Derecho penal. El estudiante verá, de la mano del libro del Prof. Jaén, que no es en vano

todo lo que aprende, sino que, antes bien, la realidad de los Tribunales muestra cómo hay que enfrentarse con casos y que las categorías y definiciones que han de asimilar, constituyen la herramienta necesaria para la resolución de esos casos.

Por fin, lo dicho rige tanto para el jurista patrio, como para el estudioso allende de nuestras fronteras, que, como doctrina científica, práctico o estudiante, quiera acercarse, de la mano de la fuente segura que representa el Profesor Jaén, a la doctrina jurisprudencial de las distintas categorías del delito y de la Parte Especial del Derecho penal.

3. Pero, todavía hay algo más que merece ser destacado: no es la obra del Prof. Jaén tan sólo global por los destinatarios a quienes puede y debe interesar, sino además por los temas escogidos. Ya hemos dicho que el libro aborda cuestiones tanto de Parte General como de Parte Especial. Pues bien, también otros temas, en muchas ocasiones asignados al denominado «Derecho procesal penal», como la suspensión de la pena privativa de libertad, o la libertad condicional, o hasta la prescripción, son tratados ampliamente en el libro del Prof. Jaén, en la medida que los mismos han sido y están siendo discutidos vivamente en los últimos tiempos.

Y es que, no puede extrañar que un libro con un enfoque como éste, no olvide que la cuestión «práctica» del proceso también pertenece, sin más, a una obra sobre el Derecho penal.

En efecto, falta toda base para la muchas veces pretendida separación entre el llamado Derecho penal material y el Derecho procesal penal, como estamos acostumbrados a oír. La separación es tan artificial como superflua. Una radical separación entre el llamado Derecho procesal penal y el Derecho material penal se basa en la pretendida «teoría general del proceso» alemana, una teoría que, sin embargo, no ha alcanzado apenas predicamento entre la doctrina, y con razón. Según este intento, se podrían extraer de los distintos «Derechos procesales» unos principios generales, digamos: una «Parte General del proceso», de los cuales, a su vez, se pudieran inferir consecuencias para *un* Derecho procesal penal autónomo. Pero esto, en verdad, no es factible: tratar de separar en la doctrina e investigación, el Derecho procesal penal y el material resulta un intento vano de desligar lo que la práctica, día a día, muestra unido; el Derecho procesal penal también se encuentra necesitado de construcciones científico-materiales y si en ocasiones éstas parecen poco relevantes para la práctica, será porque no se encuentran lo suficientemente elaboradas como sería deseable. Todo esto es conocido practicado por el Prof. Manuel Jaén, como también otras muchas de sus publicaciones demuestran.

4. Comienza el libro con los que el autor denomina «los principios superiores del Derecho penal», que no son otros que, los por él escogidos, principio de legalidad (págs. 15 ss.), principio de culpabilidad (págs. 26 ss.), y principio *non bis in idem* (págs. 30 ss.); respecto de estas cuestiones, la jurisprudencia escogida para la exposición es, en su mayoría, con acierto, la del Tribunal Constitucional.

A continuación se adentra el libro en la teoría jurídica del delito, con el problema, en primer lugar, de la causalidad y la imputación objetiva del resultado (págs. 43 ss.), para continuar con las cuestiones subjetivas del dolo, del error de tipo (págs. 52 ss.) y de la imprudencia y su definición (págs. 58 ss.). A caballo entre las cuestiones objetivas y las subjetivas, es tratada la cuestión de la denominada «responsabilidad objetiva» en sus «variantes» de los «delitos preterintencionales», de los «delitos determinados por el resultado» y, por fin, de los «delitos cualificados por el resultado» (págs. 66 ss.).

Dejando ya la tipicidad, continúa la obra con el resto de la teoría jurídica del delito: brevemente, las causas de justificación (págs. 77 ss.), para pasar a la culpabilidad, incluida la denominada «*actio libera in causa*» (págs. 81 ss.), y para terminar con el *iter criminis* (págs. 89 ss.), la participación en el delito (págs. 97 ss.) y la comisión por omisión (págs. 105 ss.).

A las «consecuencias jurídicas del delito», les dedica el autor las siguientes páginas (págs. 113 ss.), tratando, siquiera sea brevemente, cuestiones tan actuales como el endurecimiento de las penas, su cumplimiento íntegro, y el denominado sistema vicarial relativo a las medidas de seguridad. También se reservan sendos epígrafes para la suspensión de la pena y la libertad condicional (págs. 136 ss.).

Por último, esta Parte General concluye con la «responsabilidad civil subsidiaria del Estado» (págs. 147 ss.) y la extinción de la responsabilidad penal (págs. 151 ss.).

5. La segunda mitad del libro la dedica su autor a la Parte Especial del Derecho penal, sobre las mismas premisas jurisprudenciales que se utilizaron para abordar la Parte General. Aquí, de nuevo, se analizan lo que podríamos denominar «problemas escogidos» de la Parte Especial, es decir, aquellos que, bien por su repercusión social, bien por la polémica doctrinal y jurisprudencial que han suscitado, han merecido el interés de la Sala 2ª del Tribunal Supremo en los últimos años.

Así, entre otros, el delito de aborto y, en especial, los límites entre la vida dependiente y la ya independiente, a los efectos de su deslinde con el delito de homicidio (págs. 161 ss., 171 ss.), el con-

cepto de asesinato y, en particular, el de alevosía (págs. 177 ss.), la nueva jurisprudencia que se ha ido generando en torno a la nueva definición legal del delito de lesiones y sus relaciones (subjetivas) con el delito de homicidio (págs. 182 ss.), o, por fin, el delito de violencia en el ámbito familiar (págs. 192 ss.).

En otro orden de cosas, los delitos contra el honor (págs. 209 ss.), los delitos contra la propiedad y contra el patrimonio, con especial referencia al denominado «delito de administración desleal», que, junto con el «delito de apropiación indebida» perviviría en el artículo 252 del Código penal (págs. 221 ss.), la cuestión de la prescripción en el delito fiscal (págs. 242 ss.) y la del fraude de subvenciones (págs. 250 ss.), etc.

Para terminar, los delitos contra la salud pública y, en particular, la polémica solución relativa a la cantidad de droga aprehendida (págs. 259 ss.), la encendida discusión sobre los delitos de falsedad documental (págs. 273 ss.), los delitos cometidos por los funcionarios públicos (págs. 283 ss.), y, concluyendo la obra, el delito de prevaricación judicial, que tanta repercusión ha tenido en los medios de comunicación, últimamente (págs. 289 ss.).

6. Las 300 páginas que el libro ocupa podrían parecer pocas para la Parte General y la Parte Especial, y para las cuestiones procesales a las que se ha hecho alusión. Pero, nada más lejos de la realidad: el Prof. Jaén Vallejo sabe muy de lo que escribe y por eso no ha necesitado más papel; son las lecciones que ha escogido, en su gran mayoría, los temas del Derecho penal actual, y es la sistemática utilizada, la más adecuada para los fines que se ha propuesto.

Sólo nos queda felicitar al autor por esta nueva publicación, y la recomendación a quien estas líneas lea, de que tome el libro de Manuel Jaén Vallejo entre sus manos si quiere «estar al día» de lo que «pasa» en la jurisprudencia, con una sistematización novedosa y atractiva, como no podía ser de otra forma, viniendo de quien viene.

DR. JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES
Universidad Complutense de Madrid

M. COBO DEL ROSAL/ J.M^a. SUÁREZ LÓPEZ: *Código penal (Con concordancias, jurisprudencia, bibliografía y anotaciones sobre su vigencia anterior y posterior a octubre de 2004)*. Editorial Bosch. Barcelona, 2004, 733 páginas.

El controvertido y sumamente criticado Código penal de 1995 termina su Exposición de Motivos con una proclama que con el tiempo se ha demostrado no era un simple alegato formal sino una afirmación especialmente llena de contenido, que ni el propio legislador, seguramente, valoró en su alcance posterior: «No se pretende haber realizado una obra perfecta, sino, simplemente, una obra útil. El Gobierno no tiene aquí la última palabra, sino solamente la primera. Se limita, pues, con este proyecto, a pronunciarla, invitando a todas las fuerzas políticas y a todos los ciudadanos a colaborar en la tarea de su perfeccionamiento. Solamente si todos deseamos tener un Código Penal mejor y contribuimos a conseguirlo podrá lograrse un objetivo cuya importancia para la convivencia y el pacífico disfrute de los derechos y libertades que la Constitución proclama difícilmente podría exagerarse».

Y el Código se aprobó. Y de inmediato, con una más que discutible política legislativa, se fue modificando con la avidez de la improvisación, con la incertidumbre de la falta de una política criminal coherente, con el excesivamente frecuente desprecio de los principios más básicos del Derecho penal moderno, con el objetivo distorsionado de un descontrolado endurecimiento de las penas, con la creación de nuevos tipos que enrojecerían de pudor a los más liberales y progresistas de nuestros históricos penalistas, con la creación de comisiones de especialistas que en un sublime intento de reconducir la situación son, por el contrario, casi ignoradas en lo esencial y utilizadas en lo secundario. Y la situación sigue. Han sido diecisiete las reformas que desde la entrada en vigor del Código se han producido y todavía se anuncian más en parecida línea de despropósitos legislativos, de oportunistas utilidades del Texto punitivo; incluso por aquellos que por su vínculo ideológico más comprometidos han de estar con el garantismo penal, con un derecho preventivista, integrador socialmente y recuperador de los ciudadanos que delinquen, sobre políticas sociales y criminales sustentadas en mecanismos alternativos a la pena de privación de libertad.

En esta situación de confusión legislativa son de agradecer los esfuerzos de los especialistas en el ámbito penal que con gran trabajo ponen a disposición de todos, de forma, en este caso, ejemplar, textos estructurados con una adecuada sistemática que, al menos, hacen más comprensiva la realidad punitiva. Es el caso de la obra que comento.

Se trata de un libro que aunque titulado «Código penal», no es sólo la reproducción de un Texto punitivo, sino que es bastante más. En esta línea, los autores presentan una edición totalmente actualizada del Código que se complementa y completa con variadas respuestas a los múltiples problemas que genera la impropia, en una ley de esta naturaleza, prolífera y descoordinada actividad legislativa. No se puede olvidar, y hay que unirlo a los datos antes expuestos, que solamente en el último año se han introducido cinco reformas, de las cuales cuatro ya han entrado en vigor, lo que ha dado lugar a un cierto desconcierto sobre qué preceptos están vigentes y lo que es todavía, si cabe, más importante cuáles hay que aplicar al hilo de los principios de irretroactividad de la ley penal y retroactividad de la más favorable.

Con semejante perspectiva, el trabajo realizado por los profesores Cobo del Rosal y Suárez López muestra toda la redacción vigente y, en su integridad, las que le han precedido desde 1995 hasta la fecha, incluyendo, asimismo, con especial atención, la que entrará en vigor, en la mayoría de su contenido, el 1 de octubre de 2004 –Ley 15/2003-. De tal manera se pone a disposición de todos los interesados en estas materias, tanto teóricos como prácticos, una información completa y sumamente útil que les evita la continua irritabilidad de tener que acudir constantemente a ediciones diversas y separadas del Texto punitivo. Aunque solo fuera por esto, este Código es sumamente provechoso.

Pero la obra no se limita únicamente a compilar con gran precisión y rigor los textos anteriormente mencionados, que ya sería suficiente, sino que en la pretensión de presentar un Texto completo elabora una más que exhaustiva, probablemente inusual por su amplitud y precisión, relación de concordancias artículo por artículo, con la única excepción, en aras de evitar inútiles repeticiones, de agrupar al inicio de cada Título, Capítulo o Sección, aquellas referencias válidas para todos o casi todos los preceptos que los integran. Con ello se consigue una verdaderamente, atractiva y excelente por su precisión y honradez, enumeración de concordancias, impagable en la situación de desbarajuste legislativo en la que nos encontramos.

Por otra parte, como quiera que se trata de un Código elaborado por dos profesores de Universidad que tienen una visión teórica pero, al mismo tiempo, también práctica, como su currículum pone de manifiesto, se vislumbra con nitidez su preocupación por los problemas de la realidad del Derecho, y en aras de conseguir una mayor utilidad a su trabajo, completan la gran mayoría de los artículos con la cita de una o más sentencias y obras bibliográficas que, además de ser de gran actualidad, permiten, por el acierto en su selección, una rápida aproximación a los problemas más rele-

vantes de cada norma. Con tan ingente esfuerzo de sistematización simplifican sobremanera la labor de los aplicadores y estudiosos del Derecho penal positivo, que en un solo libro encuentran el texto vigente, el que le ha precedido, en su caso, el que le sucederá, así como algunos de los estudios y sentencias de más importancia a la hora de analizarlo.

Finalmente, hay que destacar la precisión, exactitud y rigor con el que se ha elaborado el Texto, lo que despeja cualquier tipo de duda, aunque esto no siempre sucede en los Códigos penales que se vienen editando, sobre los contenidos de los preceptos que lo integran en los que se han tenido en cuenta, incluso, todas las correcciones de errores publicadas hasta la fecha, algunas de ellas no precisamente intrascendentes y que ponen de manifiesto una nueva e inusitada forma de modificar contenidos legales. Si tenemos en cuenta que la última es la recogida en el BOE de 2 de abril de 2004, cabe afirmar que es prácticamente el único Texto punitivo disponible actualizado en su integridad y que, por la manera en que se ha estructurado, será igualmente válido cuando entre, si es que así sucede, en vigor la Ley Orgánica 15/2003.

Bienvenida, por tanto, a esta excelente aportación que estoy completamente seguro va a introducir claridad en la oscuridad, precisión en la improvisación, referencia en la discrecionalidad. De lo que no estoy tan convencido es de que los responsables de la política legislativa valoren con seriedad la necesidad de atender las propuestas de los especialistas para conseguir una política criminal planificada y que cubra las exigencias y los objetivos de un Estado realmente social y democrático de Derecho, distantes de las técnicas empleadas en los últimos años, prácticamente todos los de vigencia del Texto punitivo, y de este modo evitar lo que cada día parece más inevitable.

LORENZO MORILLAS CUEVA
*Catedrático de Derecho penal
en la Universidad de Granada*

