

GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador), Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR y M. Carmen ALASTUEY DOBÓN: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 2.^a edición, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2000.

Los nuevos planes de estudio que con tantas dificultades y fracasos se han implantado en algunas facultades de derecho de nuestro país, son la razón académica por la que en la década de los noventa han proliferado obras como la que pasamos a recensionar. La desarticulación poco convincente de la parte general del Derecho Penal ha propiciado que los alumnos, normalmente, después, aunque, a veces, antes de abordar la teoría general del delito estudien en otros cursos las consecuencias jurídicas de aquél. Sin embargo, en este caso estamos ante una obra que sobrepasa con creces las aspiraciones de un manual. Los autores se han resistido a recortar el lienzo para adaptarlo al marco, en beneficio, indiscutible, del lector/estudiante. La obra constituye una espléndida y acabada exposición de toda la problemática de las consecuencias jurídicas del delito a la luz de los postulados de la moderna política criminal.

Su sistemática se adapta al nuevo Código penal, pero, también, refleja un esfuerzo por elaborar una teoría general de la pena. Como los propios autores expresan, el estudio del sistema de penas ofrece tres grandes apartados: los tipos de penas, su aplicación y determinación, y su ejecución. Sin embargo, las particularidades que presenta este último apartado hacen recomendable que su estudio se disuelva en el análisis de cada una de ellas. El precio de esta decisión es no poder abordar de forma más ambiciosa e integrada la compleja variedad de problemas que plantea en la actualidad la fase de ejecución, muchos de ellos comunes para todas las penas y, especialmente, para las penas de nuevo diseño. Probablemente las dificultades para darle un tratamiento sistemático correcto arrancan desde más lejos, ya que si la teoría de la pena es una parte de la asignatura generalmente olvidada en los planes de estudio, la ejecución todavía lo es más. De manera que o se incluye —con un considerable esfuerzo sistemático— dentro de una amplia visión de las consecuencias jurídicas del delito —tal como se hace en el libro— o irremediamente su olvido aún sería mayor en la enseñanza del Derecho.

Dentro del estudio particular de las penas se agrupan éstas en tres grandes capítulos. En primer lugar el dedicado a las penas privativas de libertad, después el de las penas privativas de derechos y, finalmente, se cierra esta parte del libro con el estudio de la pena de multa.

Se le presta una atención destacada a las modificaciones introducidas en el nuevo Código a las penas privativas de libertad. La prisión sigue apareciendo para los autores como una pena inevitable, pero sumida en una profunda crisis. Aunque se presentó como una de las propuestas más sugerentes, no se ha conseguido eliminar en su totalidad las estancias en prisión por debajo de los seis meses, junto a los numerosos ejemplos que se citan en el libro todavía tendríamos que considerar, desde una perspectiva estrictamente penitenciaria, el más grave de todos ellos, el de la prisión preventiva, que añade a los inconvenientes derivados de la brevedad de la estancia en prisión el de que quienes la sufren ni siquiera han sido aún condenados. No menos crítica es la posición que se mantiene frente a la decisión del legislador de permitir que, en no pocos casos, las estancias ininterrumpidas en prisión puedan alcanzar los treinta años («Debería atenderse seriamente a las estimaciones de la moderna Ciencia del derecho penal en el sentido de que una pena privativa de libertad de duración real superior a quince años puede producir una destrucción espiritual, un deterioro irreversible»... «podría considerarse contraria a nuestra Constitución»).

Coincidiendo con el resto de la doctrina española, los autores valoran positivamente la incorporación de la pena de arresto de fin de semana, no obstante, observan en su regulación algunos problemas que lamentablemente en la práctica están dando lugar a un cierto retraimiento judicial y penitenciario en su aplicación. Es «contradictorio con la naturaleza y el sentido que originariamente se ha atribuido a esta pena» que pueda alcanzar las proporciones previstas cuando sustituye a la prisión o a la multa impagada.

La evolución que ha sufrido el arresto en estos últimos años con frecuentes casos de sustitución por cumplimiento ininterrumpido de la privación de libertad plantea un problema sobre la naturaleza jurídica de la pena «convertida», que, como los autores han intuido acertadamente, tendrá considerables consecuencias con carácter general, pero sobre todo de cara al modelo penitenciario de régimen a aplicar. En efecto, ese «híbrido entre el arresto de fin de semana y la prisión» no puede seguir considerándose un arresto que exige una ejecución en régimen de aislamiento sin posible aplicación de beneficios penitenciarios, pero tampoco está previsto en ningún momento por el legislador que se haya «sustituido» por prisión.

Desde Groizard («la ley debió de precisar más las cosas») los comentaristas vienen insistiendo una y otra vez que el grupo de penas privativas de derechos son un ejemplo de auténtica relajación del principio de legalidad, nunca como aquí se permite el legislador tanta indefinición y ambigüedad. No puede aceptarse, señala el prof. Boldova, que la idea de taxatividad ceda a la idea de «mayor eficacia», de quererlo abarcar todo hasta el extremo de incluir como pena, la «inhabilitación para cualquier derecho». Probablemente esta relajación se deba a la confianza de que más allá de la prisión las penas no producen daños irreversibles; sin embargo, las cosas no son así. En ocasiones el carácter absoluto con que se ejecuta las penas de inhabilitación o suspensión, sin que estén previstos ningún tipo de beneficio ni atenuación termina dañando más las relaciones sociales del condenado que la propia privación de libertad.

El extenso capítulo que el Prof. Gracia dedica a la pena de multa está justificado por muchas razones, no sólo por las novedades que se introducen con el nuevo sistema de días-multas, sino también porque la multa tiende a convertirse en el futuro en el referente punitivo más eficaz y menos perjudicial desde una óptica resocializadora de todo el catálogo de penas. El sistema de días-multa es el mejor de todos, con él se asegura un equilibrio entre la intensidad punitiva y la individualización del castigo en su fase de cumplimiento, que en la multa no es otra que la determinación de la cantidad a abonar. Pero la eficacia del sistema se encuentra directamente comprometida, como dice Gracia, con el respeto de su «quintaesencia», es decir, «que la pena debe realizarse *obligatoriamente* en dos actos totalmente independientes el uno del otro». Sin embargo, las últimas resoluciones judiciales no parecen haberlo entendido así y consideran que no atender al injusto en el momento de determinar la cuantía de la multa lesiona el principio de proporcionalidad. Este mismo temor parece que ha inclinado al legislador a establecer unos límites máximos de la multa, temiendo que, de lo contrario, podrían alcanzarse cantidades excesivas. Ciertamente que no puede establecerse una política punitiva de «desplumar» al condenado, ya sea acaudalado o no, pero tampoco puede establecerse un techo máximo del sistema de días-multa de setenta y dos millones cuando en cualquier otro orden sancionatorio se alcanzan cuantías considerablemente mayores. La fijación de unas cantidades por tiempo no se justifica como respeto a las exigencias de determinación de la pena, porque el sistema va a seguir permitiendo unas dosis saludables de indeterminación y, sin embargo, obligará a una enojosa —y, seguramente, inoportuna— modificación de la ley, la cual no sólo debería tener en cuenta las fluctuaciones de la inflación, sino, también, la proporcionalidad con el resto de los órdenes sancionatorios.

Otras muchas cuestiones sobre la multa van siendo desgranadas en la obra, como la discutible posibilidad de que el pago pueda ser de una vez o mediante plazos. El CP no da ninguna indicación concluyente en uno u otro sentido, lo que se interpreta en el libro como la voluntad del legislador de que sea el juez quien resuelva en cada caso. Esta interpretación vendría todavía corroborada por el párrafo 6.º del art. 50, donde se dice que corresponde al Tribunal fijar el tiempo y las formas del pago de las cuotas. Además entiende Gracia que con ello se hace frente a algunos supuestos en los que el pago se recomienda de una vez, como cuando se carece de ingresos periódicos.

Se muestran los autores contrarios a que se haya mantenido la pena de multa proporcional en el nuevo Código por entender que es «perturbatorio y contradictorio». Hubiera sido mejor eliminar los topes máximos de la multa determinada mediante el sistema de días-multas. En efecto, compartimos dicha opinión, pero la misma sólo puede ser considerada «*de lege ferenda*». Si tenemos en cuenta la decisión del legislador de poner topes máximos a la pena de días-multa, entonces parece inevitable que se introduzca la multa proporcional para aquellos delitos que generan pingües beneficios, y ello independientemente de que vaya acompañado de la pena de prisión.

No podía faltar en una obra de esta naturaleza un detenido estudio sobre la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Por vez primera nuestro legislador se ha alejado de los modelos precedentes en los que el impago llevaba irremediamente asociada la prisión sustitutoria. Precisamente son las críticas a este mecanismo de sustitución las que nos condujeron en otro trabajo a inclinarnos a favor de aplicar las reglas de convertibilidad más favorables para el reo de todas las que permita la ley, opinión que no comparten los autores.

La segunda parte de la obra, siguiendo la sistemática propuesta por sus autores, se dedica al estudio de la aplicación y determinación de la pena. «Si alguna necesidad, señala Boldova, se deriva del proceso de individualización de la pena es precisamente la existencia de ciertos márgenes en los que con o sin auxilio legal, pueda moverse la decisión judicial, porque la ley, al prever un hecho sancionable como delito, es fruto de un proceso de abstracción y no puede tener en cuenta todos los datos particulares del hecho de los que el juez va a disponer para enjuiciar un caso concreto». En efecto, es precisamente la idea de la individualización la que mejor explica el proceso evolutivo de la parte «artística» del Derecho penal en la que una determinada conducta se evalúa en clave punitiva. La individualización ha dinamizado profundos cambios en nuestro sistema de determinación tendentes todos ellos a superar la rigidez, que comúnmente se ha imputado a nuestro siste-

ma de determinación. Pero como se desprende de los propios comentarios de la obra, se puede decir que nos encontramos en un momento de transición en el que se combinan institutos de nuevo cuño, más flexibles, junto con otros procedentes de Códigos anteriores.

La novedad, en parte, de las formas sustitutivas de la pena privativa de libertad ha generado una rica e intensa controversia doctrinal que el prof. Gracia refleja magistralmente en el libro. Merece destacarse su atino en el análisis normativo, labor no fácil de realizar si tenemos en cuenta las frecuentes lagunas y las no menos frecuentes contradicciones e incoherencias en las que ha caído el legislador. Con todo, no puede dejar de reconocerse que «nuestro legislador ha hecho un notable esfuerzo en beneficio de la prevención especial y ha previsto en el Código diversas instituciones orientadas a impedir que la satisfacción de los fines de la pena tenga que interpretarse siempre y necesariamente por medio de la ejecución rígida de una privación de libertad con carácter continuo».

Una de las cuestiones nucleares que se hace preciso resolver en torno a estos institutos de la suspensión y la sustitución es su propio alcance. Ciertamente que la referencia a «penas privativas de libertad» no debiera suscitar dudas sobre su efecto suspensivo, no sólo frente a la prisión, sino también frente al arresto de fin de semana y la responsabilidad personal por impago de multa. Ésta es, a nuestro juicio, la interpretación más literal, pero de ella y de la doctrina dominante se aleja el autor con razones mucho más coherentes que las que pudo tener el legislador, proponiendo una fórmula original de manera que sólo pueda sustituirse la responsabilidad personal por impago de multa cuando la multa impagada no se hubiere impuesto junto con una pena de prisión.

No menos sugerente es la solución que se propone para los concursos entre la suspensión y la sustitución. Aunque no nos convence su propuesta, no puede dejar de reconocerse que su tesis presenta el interés de solucionar este concurso normativo atendiendo tanto a las razones de prevención especial como a las de la prevención general positiva.

La extinción de la responsabilidad penal, las medidas de seguridad, las consecuencias accesorias y la responsabilidad civil y costas procesales son los cuatro capítulos con los que se cierra esta obra. Cada uno de los cuales constituye una auténtica monografía sobre los temas tratados. Muchas de las cuestiones abordadas en ellos nos provoca glosarlas, pero no es éste el cometido de una reseña. Sin embargo, no podemos terminar ésta sin referirnos a otro de los capítulos que destacan por sus aportaciones en la interpretación del texto legal. Nos estamos

refiriendo al dedicado a las medidas de seguridad, en él se estudia, en primer lugar, el conjunto de garantías que deben concurrir para que puedan imponerse aquéllas. Se observa en el tratamiento de éstas un intento por buscar los contenidos materiales de las mismas, de manera que se refuerce su función limitadora del ejercicio del *ius puniendi* en un ámbito en donde, indiscutiblemente, resulta mucho más difícil. Así, por ejemplo, el presupuesto de la peligrosidad no se satisface con constatar que el reo responde a una determinada tipología criminal; ello es sólo el indicio. Además, los informes técnicos deben confirmar que efectivamente se trata de un sujeto peligroso. Otro tanto cabe decir respecto de la proporcionalidad, la cual exige comparar el perjuicio de la medida a imponer, no con el delito cometido, sino con la peligrosidad de los delitos que pudiera cometer.

En definitiva, tiene el lector aquí una obra a la vez sugerente y que resuelve problemas, una obra accesible, una obra acabada y un referente bibliográfico obligado para los juristas de nuestro país.

BORJA MAPELLI CAFFARENA

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Sevilla

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen: *La imputación de los resultados producidos a largo plazo*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, 207 págs.

I. Con el título «La imputación de los resultados producidos a largo plazo» María del Carmen Gómez Rivero, Profesora Titular de la Universidad de Sevilla, lleva a cabo el análisis de dos grupos de casos, cuyo denominador común es la duda acerca de si el resultado final es objetivamente imputable a la conducta que lo ha causado. El primer grupo abarcaría aquellos supuestos en los que el comportamiento a enjuiciar causa una lesión inicial, sin duda imputable a su autor, pero a la que se suman factores externos a esa conducta, que se interrelacionan y actúan conjuntamente en la producción del resultado final. Se trataría de los denominados daños permanentes con consecuencias tardías y de las lesiones sobrevenidas a una lesión inicial, a cuyo estudio se dedica la primera parte del libro. Sin embargo, en el segundo grupo de casos las dudas acerca de si el autor ha de responder, y en qué medida, del resultado final no se deben al peculiar devenir del curso causal que en él desembocó, sino al hecho de que entre la conducta y el resultado media un dilatado espacio temporal. Es el denominado problema de los resultados tardíos, analizado en la segunda parte del trabajo. Ejemplo paradigmático de esta última constelación es la problemática del SIDA. La autora no sólo la aborda desde la perspectiva de la relevancia de los años transcurridos hasta que el enfermo de SIDA muere, sino que en la tercera y última parte de su monografía centra su atención en la conducta de contagio, intentando diseñar unos criterios para decidir cuándo con dicha conducta se ha creado un riesgo jurídicopenalmente relevante, como requisito previo a la imputación del resultado.

En la actualidad los problemas analizados en la primera y segunda parte del libro suelen ser abordados mayoritariamente en sede de tipicidad desde el prisma propuesto por la teoría de la imputación objetiva del resultado, que, como bien es sabido, rechaza de forma tajante que la relación de causalidad pueda decidir por sí misma cuándo un acontecimiento, ya desde un punto de vista objetivo, es o no relevante para el Derecho penal, emprendiendo la labor de delinear el nexo entre acción y resultado sobre criterios eminentemente normativos. Poco a poco se ha ido obteniendo un cierto consenso sobre los pilares básicos de

dicho nexo, entendiéndose que para que un resultado sea imputable a una conducta es necesario que aquél constituya la realización del riesgo generado por la conducta y en atención al cual ésta era objeto de prohibición. Las discrepancias dentro de los seguidores de la teoría de la imputación objetiva se producen a la hora de resolver los supuestos problemáticos y alcanzan no sólo a la forma de justificar la solución propuesta, sino incluso a la solución misma, es decir, a si el autor ha de responder o no por el resultado. Es precisamente en este último nivel, en el de la concreción de las líneas generales, y por lo tanto en el de las discrepancias, donde se sitúa el trabajo de Gómez Rivero, lo cual ya de por sí supone una valentía y un mérito evidente.

II. Precisamente la primera parte del libro está dedicada a uno de los problemas de imputación objetiva más alejados de un consenso doctrinal acerca del criterio que ha de presidir su solución. Se trata de las tradicionalmente denominadas desviaciones del curso causal, es decir cuando el resultado se produce no de la manera que cabría esperar, sino por la concurrencia de otras condiciones que se interrelacionan con las desencadenadas por la conducta. Ejemplo clásico, también utilizado por la autora, es el del farmacéutico que expende a un niño de cinco años unas vitaminas no indicadas que le provocan una intoxicación a causa de la cual ha de ser ingresado en el hospital, donde muere por una gripe allí contraída. Tras analizar detenida y críticamente las soluciones propuestas por la doctrina alemana, la autora toma postura. Entiende Gómez Rivero que para que el resultado producto de la conducta inicial más la incidencia de un factor causal adicional sea objetivamente imputable no basta con que la incidencia de esa ulterior condición fuera pronosticable, es decir, previsible. La previsibilidad en estos casos sería requisito necesario pero no suficiente para poder imputar el resultado final, pues dicha exigencia no garantizaría lo que la imputación exige: que el resultado sea la realización del propio riesgo que contiene la conducta (págs. 50 y ss.). A su juicio esto sólo podría afirmarse cuando el resultado final pueda verse como «*expresión de una misma dimensión explicativa del riesgo*», fórmula que «se traduce en que las posteriores condiciones que confluyen y determinan el resultado puedan contemplarse como una unidad de sentido respecto al injusto de la primera conducta, tomando por base tanto las circunstancias objetivamente concurrentes como los especiales conocimientos del autor. Sólo cuando a partir de dichos datos pueda predicarse una continuidad inmediata y directa entre el comportamiento inicial y la entrada e interrelación del factor posterior, como derivación o desarrollo de su propia peligrosidad, resultará legitimado imputar el resultado final al autor como exponente del riesgo global por él generado, que tiene que asumir en cuanto surgido de forma inmediata de su comporta-

miento» (págs. 54 y 55). Así, en el ejemplo propuesto la autora niega la imputación del resultado muerte, aún en el caso en que el debilitamiento de la víctima por la intoxicación de vitaminas hubiera incrementado los efectos letales de la gripe, «pues el alcance del desvalor de la conducta del farmacéutico se limita a los resultados que de modo directo deriven de su falta de diligencia: la alteración orgánica que produce el suministro de tales vitaminas. Teniendo en cuenta tanto las condiciones en que tiene lugar la acción como la ausencia de conocimientos especiales —p. ej., en orden a que se desencadene un brote de gripe posterior—, la producción del resultado sólo resulta explicable (...) mediante el recurso a un factor causal externo que, si bien incide decisivamente en el estado producido por la conducta del primer agente, desborda su injusto y rompe, por tanto, la unidad explicativa del decurso de los acontecimientos» (pág. 59).

Pienso que hubiera sido deseable una mayor concreción del criterio del resultado como «*expresión de una misma dimensión explicativa del riesgo*» pues, sinceramente, no alcanzo a ver cómo la autora puede llenarlo de contenido si no es acudiendo a la idea de previsibilidad o adecuación *ex ante* de la conducta, que se presenta como requisito necesario pero no suficiente y diferente al por ella propuesto. Como ya hace años manifesté en otro lugar, estoy de acuerdo en que no procede la imputación del resultado en casos como el utilizado de ejemplo, pero ello se debe a que en el momento de la acción el resultado final —incidencia de la gripe y efectos mortales de ésta— resultaba impronosticable. Por supuesto existen casos en los que el riesgo de morir por una gripe puede fundamentar la imputación del resultado, por ejemplo, el del padre que en pleno invierno saca a pasear a su hijo pequeño de delicada salud sin abrigarlo mínimamente, o que, una vez afectado por la infección gripal, omite los cuidados y medicamentos prescritos por el médico. Sin embargo, la diferencia entre estos supuestos y el del farmacéutico resulta evidente: en éste el resultado era impronosticable mientras que en aquéllos era perfectamente previsible. Permítaseme poner un último ejemplo: un sujeto lesiona a otro dejándole gravemente herido e inconsciente en un descampado. Al caer la noche bajan tanto las temperaturas que la víctima, al no poder moverse ni reaccionar, muere congelada. Según el criterio propuesto por Gómez Rivero ¿debería responder el autor por esta muerte?, ¿puede el resultado final contemplarse como «*expresión de una misma dimensión explicativa del riesgo*» creado por el autor? La respuesta a esta cuestión exigiría concretar el supuesto, pues dependerá de si un descenso de las temperaturas como la que cocausó la muerte, en aquel lugar y en aquella época del año, era lo habitual o, por el contrario, constituyó un fenómeno meteorológico totalmente inusual. A pesar de que en ninguno de estos casos la muerte por

congelación pueda contemplarse como «expresión de una misma dimensión explicativa del riesgo» generado por las lesiones, creo que todos estaríamos de acuerdo en afirmar la imputación del resultado en la primera variante y en negarla en la segunda. ¿La razón? No encuentro otra que la de que en un supuesto el curso causal que tuvo lugar era concretamente previsible y en el otro no, o lo que es lo mismo, que tan sólo en el primer caso la conducta del autor creó un riesgo prohibido de muerte por congelación. Resumiendo, no llego a ver cómo concretar el criterio propuesto por la autora si no es acudiendo a la idea de la concreta previsibilidad que ella misma critica. Esta observación no impide, sin embargo, reconocer el mérito de la primera parte del libro en la que se exponen y analizan con gran agudeza las propuestas doctrinales al respecto y donde en ningún momento se pierde de vista algo que muchas veces acaba olvidándose: que la imputación del resultado exige demostrar que éste no es sino la realización de la peligrosidad prohibida de la conducta.

III. La segunda parte del libro aborda el problema de la imputación de los resultados tardíos como, por ejemplo, la muerte de la víctima tras años en estado de coma consecuencia de un accidente de tráfico o el fallecimiento por SIDA después de un lento desarrollo de la enfermedad. Su análisis parte del presupuesto hipotético de la inexistencia de obstáculos procesales, derivados de figuras como la prescripción o la cosa juzgada, que impidan el enjuiciamiento de estos sucesos. Es decir, se trata de un análisis eminentemente dogmático, mediante el que se trata de dilucidar el reflejo que ha de tener en la calificación penal de los hechos, en la valoración sustantiva del injusto, el lapso temporal entre la conducta y el resultado final. Este reflejo lo hace depender Gómez Rivero del *quantum* de tiempo transcurrido. Cuando el resultado definitivo se produce a largo plazo se sostiene que el autor no ha de responder por su producción tanto si lo ha causado con dolo como si medió imprudencia. Por el contrario, cuando la dilación temporal no sea tan importante, propone distinguir en función del título de imputación subjetiva. Si el sujeto obró imprudentemente o con un dolo eventual despojado del componente volitivo, procederá la responsabilidad por el resultado, pero atenuada. Si el sujeto obró intencionadamente deberá responder por el resultado sin ningún paliativo. En cuanto a la determinación de cuál ha de ser el periodo de tiempo cuyo transcurso determina la aplicación de uno u otro criterio, Gómez Rivero sugiere como punto de referencia los plazos de prescripción del delito.

Por lo que se refiere a la localización sistemática y justificación de la tesis propuesta, rechaza la autora que se trate de un problema a abordar en sede de imputación objetiva, pues en los ejemplos propuestos la muerte no sería sino la realización del riesgo contenido en la conducta

y no existiría una interpretación convincente del tipo homicidio que permitiera excluir dichas muertes de su ámbito de aplicación. La tesis propuesta encontraría su fundamento en la teoría de los fines de la pena, pues «las exigencias de prevención general positiva, que ya son menores cuando la conducta no es intencional, se debilitan sensiblemente cuando a ella se suma el dato del carácter tardío del resultado como condicionante de la contemplación fenoménica del suceso. No puede ser de otra forma si se repara en que el transcurso del tiempo contextualiza a la acción en una unidad temporal pasada cuyos presupuestos situacionales tienden a valorarse como superados en el momento en que se verifica aquél, y cuya demanda de sanción desde el punto de vista del restablecimiento del orden infringido resulta, por tanto, notoriamente disminuida» (pág. 105). A estas consideraciones se unirían las exigencias de seguridad jurídica cuando transcurre un lapso temporal importante, que aconsejarían excluir totalmente la responsabilidad del autor por el resultado final en estos casos (pág. 113). Esta justificación hallaría su lugar sistemático en una subcategoría que la autora propone denominar «*procedencia o adecuación del juicio de imputación*» (pág. 109), que operaría como requisito último para afirmar la tipicidad y cuya concurrencia habría que negar, y con ello la tipicidad, cuando desde un punto de vista preventivo resultara innecesario el castigo de un comportamiento. En esta nueva categoría sistemática encontraría también su explicación, por la innecesariedad de pena, la impunidad de la imprudencia no seguida de resultado.

La autora completa el análisis dogmático de los resultados tardíos con una interesante reflexión acerca de las posibilidades de apreciar la tentativa de homicidio en estos casos, posibilidad que cobraría sentido cuando la responsabilidad por un homicidio consumado se excluye por las razones arriba indicadas, o bien porque el proceso penal concluye sin que la muerte se haya verificado. Con tal fin se aborda el polémico tema de la compatibilidad de la tentativa con formas de atribución subjetiva diferentes al dolo directo (págs. 118 y ss.). Mediante un sugerente análisis semántico del artículo 16 del Código Penal Gómez Rivero llega a la conclusión de que la tentativa no exige una voluntad de consumación, siendo conceptualmente posible apreciarla cuando el sujeto haya querido el riesgo que desembocó en el resultado, aunque respecto a dicho resultado sólo exista dolo eventual o imprudencia. No obstante, propugna la impunidad de estas formas de tentativa acudiendo de nuevo a consideraciones relativas a las exigencias preventivas que hallarían su lugar sistemático en la categoría de «*adecuación o procedencia de imputación*». Cuando el sujeto actúa con dolo directo de causar la muerte tardía (págs. 140 y ss.), la autora admite la posibilidad de castigar por tentativa, no sin antes subrayar y analizar los problemas

que tal calificación plantea en estos casos, debido a que no puede excluirse un desistimiento posterior a la sentencia y a que, a diferencia de los casos típicos de tentativa, tampoco puede afirmarse que la muerte ya no se verificará. Cuando la acción dolosa de matar haya dado lugar a unas lesiones, argumenta convincentemente la autora que sólo sumando a la tentativa de homicidio unas lesiones consumadas se reflejará la totalidad del desvalor del hecho.

Resulta imposible ocuparse en este lugar de todas las cuestiones que suscitan tan sugerentes tesis. Por ello voy a centrar mi comentario en uno de los aspectos puede resultar más controvertido: el de la justificación de la relevancia del tiempo transcurrido hasta la producción del resultado. Como reconoce la autora (pág. 92), su propuesta se enmarca en la corriente funcionalista preconizada por Roxin, quien con la finalidad de lograr un acercamiento del sistema de Derecho penal a las necesidades políticocriminales propuso tomar como punto de referencia la función preventiva de la pena en la elaboración del sistema y de las categorías y conceptos que lo integran. No pueden negarse los importantes logros conseguidos por dicha corriente, pero quizá no esté de más recordar que ni la construcción de un sistema de Derecho penal, ni la solución que se proponga para el problema a resolver pueden venir condicionados exclusivamente por cuestiones axiológicas como la función que se atribuya a las normas penales, o la necesidad o innecesariedad de pena, sino en primer lugar y de forma irrenunciable por las normas penales y constitucionales. El propio Código Penal, en su artículo 4.3, reconoce la posibilidad de su imperfección, pero en modo alguno permite su inaplicación. Es por ello que opino que a la solución que propone Gómez Rivero para los resultados tardíos, por muy sugerente que parezca, no puede concedérsele un valor *de lege lata*, como parece ser su vocación, mientras el argumento de la innecesariedad o menor necesidad de pena no se acompañe de un intento de compatibilizar dicha propuesta con el Derecho positivo mediante la utilización de los criterios habituales de interpretación de las normas, pues las consideraciones políticocriminales, por muy acertadas que sean, no pueden socavar los principios de legalidad y de seguridad jurídica, que no sólo sirven al delincuente, sino a todos los destinatarios de la norma y vinculan a los operadores jurídicos. Así, por ejemplo, cuando la autora propone la atenuación de la responsabilidad en los resultados a medio plazo no provocados intencionalmente, ¿qué atenuante lo permitiría?, o cuando niega la responsabilidad por el resultado por haber mediado un importante lapso temporal, a pesar de afirmar que estamos ante un resultado objetivamente imputable y subsumible en el tipo de homicidio, ¿cómo puede el juez absolver apelando a la innecesariedad de pena sin vulnerar su deber de aplicar las normas?

Por otra parte, tengo bastantes dudas de que la prevención general positiva pueda desempeñar el papel de inspirar la construcción del sistema. En concreto, pienso que no es una idea adecuada para decidir, tal y como propone Gómez Rivero, qué comportamientos son típicos y cuáles carecen de relevancia penal. Este escepticismo se debe fundamentalmente a la ductilidad de las afirmaciones o argumentos que suelen acompañar a la teoría de la prevención general positiva. Ideas como la de la conmoción o perturbación social o la de si la imposición de una pena es o no necesaria para la pacificación de la conciencia social son tan maleables que permiten fundamentar cualquier solución: la previamente adoptada, dependiendo en último extremo de lo susceptible que sea la conciencia jurídica de quien decide la cuestión. Es por ello que no creo que deba ser ésta la idea que inspire la construcción del sistema, pues difícilmente permite el control de la corrección de las soluciones concretas adoptadas y sin dicha posibilidad de control resulta imposible garantizar la seguridad jurídica, cuya consecución es uno de los cometidos irrenunciables de la teoría jurídica del delito.

IV. En la tercera y última parte del libro, dedicada a la problemática del SIDA, su autora plantea cuándo puede afirmarse que la conducta de contagio del virus reviste el desvalor que exigen los tipos de homicidio y lesiones. Presta especial atención a los supuestos en que el contagio se produce por transmisión sexual, donde el factor determinante de la relevancia penal de dicha relación va a ser el conocimiento que la víctima tenga o deba tener de la condición de portador de su pareja, es decir, del riesgo que corre. El que en la actualidad prácticamente todos los sectores de la sociedad estén informados acerca de las características de esta enfermedad y de sus modos de transmisión no implicaría que cualquier relación sexual tenga que ser calificada como «actuación a riesgo propio», negándose toda relevancia al principio de confianza. Para determinar los efectos que en la calificación de los hechos juega dicho principio, la autora distingue tres grupos de casos. El primer grupo estaría formado por aquellos supuestos en que la persona sana tiene el conocimiento o la creencia fundada de que no corre un riesgo con la relación sexual, que es lo que sucede cuando la relación se mantiene con la pareja estable, o bien se conocen sus hábitos y su modo de vida. Este conocimiento fundado «impide considerar que quien voluntariamente decide tener relaciones sexuales sin adoptar medidas de protección esté asumiendo implícitamente un riesgo de contagio que le negase cualquier forma de tutela penal» (pág. 171). Debido a este principio de confianza el miembro portador de la relación tiene el deber de informar y, de incumplir este deber, habría de afirmarse sin paliativos el desvalor típico de la conducta consistente en mantener relaciones sexuales sin protección.

Por el contrario, cuando la persona sabe que su pareja pertenece a un grupo de riesgo y no obstante lleva a cabo prácticas de riesgo con ella, estaría asumiendo el riesgo de contagio, por lo que «puede afirmarse que, caso de que finalmente éste se produzca, el resultado caería fuera del ámbito de protección de la norma penal, en cuanto que no sería lícito invertir el planteamiento, concediendo a la víctima una protección superior a la que ella misma se ha ocupado de proporcionarse» (pág. 175). En este contexto se plantea la autora qué sucedería cuando media un engaño por parte del infectado acerca de su estado de salud, engaño que hace que su pareja acceda a mantener relaciones sexuales sin protección. En atención a que las relaciones se mantienen con personas pertenecientes a grupos de riesgo, entiende Gómez Rivero que «el sujeto que las asume está aceptando implícitamente un amplio abanico de magnitudes de riesgo que comprende desde sus niveles mínimos —representados por la posible condición de no portador de su pareja— hasta las cotas más altas de riesgo —correspondientes a la eventual condición de portador de aquél—. Ante esta realidad, la declaración engañosa del contagiado afecta exclusivamente a la concreta traducción cuantitativa del riesgo que de modo más amplio asume su pareja al acceder a mantener relaciones sexuales sin protección o a compartir jeringuillas; en otras palabras, el error se refiere a la apreciación del grado concreto de probabilidad de una acción cuya idoneidad de cara a la producción del resultado el sujeto comprende perfectamente.» (pág. 177). Se trataría, pues, de un error irrelevante que no excluiría la responsabilidad de la víctima, pues dicho error, «si bien condiciona la conducta de quien lo padece, incide únicamente en los motivos que le impulsan a la misma (la creencia de que la traducción concreta del riesgo que asumía era menor), y no ante un error que determine un cambio normativo de valoración, como sucedería cuando aquél recayese sobre el propio alcance del hecho que realiza» (pág. 178).

Por último se refiere la autora a los supuestos intermedios que tienen lugar por ejemplo «en las relaciones esporádicas entre sujetos que, si bien no poseen un conocimiento o una idea fundada sobre la condición de no infectado de su pareja, tampoco pertenecen a lo que se conoce como grupos de riesgo, ni puede decirse, por tanto, que haya motivos para desvirtuar o excluir totalmente el principio de confianza» (pág. 179). En esta tipología aborda la incidencia en la calificación de los hechos de la conducta de la víctima que accede a la relación sexual sin protección aún conociendo que el otro miembro de la relación es portador del VIH. Se trataría según la autora de un supuesto de autopuesta en peligro de la víctima, pues ésta ostenta un dominio compartido del suceso, lo que excluiría la responsabilidad del miembro contagiado de la pareja. ¿Qué pasaría si el miembro infectado de la pareja no comunica a la persona sana su

condición de portador? Al igual que en los supuestos comentados en el párrafo anterior, afirma Gómez Rivero que el alcance del error que sufre la víctima «se limita exclusivamente a la concreta traducción cuantitativa del riesgo que asume de un modo más amplio, no a la realidad de éste» (pág. 189), lo que impediría contemplar a la persona sana como instrumento en manos del transmisor de la enfermedad y en definitiva excluiría la responsabilidad de éste. La infracción por parte del transmisor de la enfermedad del deber de informar sólo podría encontrar su reflejo en los tipos que tutelan la libre formación de la voluntad, en concreto en el tipo lesiones si el tenor literal de éste permitiera la subsunción de supuestos como los analizados. Concluye el libro con el análisis de los supuestos en los que el miembro infectado adopta medidas para evitar el contagio, negando Gómez Rivero el desvalor de la conducta, y con ello la imputación de posibles resultados, tanto en el supuesto en que la persona contagiada haya informado al respecto a su pareja como en el supuesto en que omita dicha información.

Como habrá podido observarse, la responsabilidad de la víctima en la lesión de su bien jurídico es factor determinante en la calificación de los supuestos de hecho que Gómez Rivero aborda en la tercera parte de su libro. Por este protagonismo pienso que hubiera sido deseable una mayor determinación de las características que ha de revestir la conducta de la víctima para poder calificarla de una autopuesta en peligro capaz de excluir la responsabilidad penal del sujeto transmisor del SIDA; características que a mi juicio sería más fructífero extraer a partir de la justificación que explica tal relevancia que mediante el análisis de casos y grupos de casos para a partir de ahí extraer criterios.

En el afán de reconocer los requisitos que ha de revestir la conducta de la víctima para poder excluir la responsabilidad del autor, me ha llamado especialmente la atención el tratamiento que Gómez Rivero propone para los supuestos de engaño. Recordemos que, según la autora, el mantener relaciones sexuales sin protección con una persona perteneciente a uno de los denominados «grupos de riesgo» supondría una autopuesta en peligro que excluiría el contagio del ámbito de aplicación de los tipos de homicidio y lesiones; y ello sería así aunque el transmisor del virus hubiera engañado a la víctima asegurándole que no era portador. Discrepo totalmente de esta tesis. Entiendo que si alguien acepta mantener relaciones sexuales con una persona porque ésta le asegura que no es portadora del VIH, no puede hablarse de autopuesta en peligro, ni de actuación a riesgo propio, ni de nada semejante, por mucho que pertenezca su pareja a un grupo de riesgo. Para hablar de una autopuesta en peligro capaz de excluir la tutela penal del sujeto pasivo como mínimo será necesario que la víctima sea consciente del riesgo que corre, consciencia que en el caso propuesto por la autora no se da, a no ser que la víctima

tuviera razones para pensar que se estaba siendo engañada. A diferencia de lo que piensa Gómez Rivero el error en estos casos no recae sobre el *quantum* del riesgo, sino sobre la existencia del mismo, pues la víctima piensa fundadamente, porque así se lo ha asegurado su pareja y no tiene motivos para pensar lo contrario, que mantiene relaciones sexuales con una persona sana, cuando en realidad lo está haciendo con un portador del VIH. El que esa persona (erróneamente) sana pertenezca o no a un grupo de riesgo —concepto éste que hace tiempo empezó a ver mermar su importancia en la descripción del impacto de la enfermedad— es un dato irrelevante una vez que se piensa que está sana, a no ser que inaceptablemente se afirme que relacionarse con un adicto a drogas por vía intravenosa, con un homosexual, etc. signifique relacionarse con un mentiroso capaz de poner en juego la vida de otros. El que el error incida en los motivos o determine un cambio normativo de valoración quizá sea una distinción útil para diferenciar la inducción de la autoría mediata, ámbito del que la autora parece importar los argumentos con que fundamenta su propuesta, pero se me antoja estéril para el problema que nos ocupa.

Por otra parte, en el analizado caso del engaño, no sólo esa autopuesta en peligro o consentimiento en el riesgo no es consciente, sino que ha sido generado por el causante del riesgo. Pienso que éste último aspecto también debería tener alguna relevancia en la valoración de los hechos y, por ello, tampoco me parece convincente que la autora proponga un mismo tratamiento para estos supuestos y para aquéllos en los que la víctima simplemente no se preocupa de averiguar si la persona con quien se relaciona sexualmente —en el caso que analiza Gómez Rivero no perteneciente a un grupo de riesgo— es o no un individuo sano.

V. Cuando el Director de la Revista de Derecho Penal y Criminología me encargó la recensión del libro de Gómez Rivero mi actitud fue la de cierta contrariedad, pues hasta entonces no había tenido ocasión de leerlo y el tener que dar cuenta de su contenido me alejaba de los temas sobre los que en la actualidad trabajo. Sin embargo, una vez leído con la atención que merece, mi reacción es la de agradecimiento por el encargo. Este libro trata tan diversos, actuales y complicados temas que el discrepar o aceptar las tesis propuestas exige un enriquecedor esfuerzo de reflexión que no puede sino agradecerse. El inducir a la reflexión y al debate es tan sólo uno de los méritos de la monografía de María del Carmen Gómez Rivero.

HARZER, R.: *La situación típica de la omisión del deber de socorro (§ 323 c) StGB* (Contribución a una teoría de la parte especial del Derecho penal). (*Die tatbestandsmässige Situation des unterlassene Hilfeleistung gemäss 323 c) StGB. Ein Beitrag zu einer Theorie des Besonderen Teils des Strafrechts*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M., 1999).

La monografía aquí objeto de recensión constituye el escrito de habilitación de Regina Harzer. Como se desprende del propio título, no se trata tan sólo de un análisis del § 323 c) *StGB*, omisión del deber de socorro, delito, con matices, paralelo al contenido en el artículo 195 de nuestro Código Penal. Más bien se pretende, sobre la base ejemplificativa de esta figura, desarrollar una teoría completa de la parte especial del Derecho penal.

En el Capítulo 1 muestra Harzer que el § 323 c) *StGB* no es un precepto excepcional, aislado de su entorno, sino que se inserta en una compleja estructura de normas orientada a ordenar las relaciones sociales de los que intervienen en la situación concreta. De esta manera, aparece como una norma realmente congruente con el sistema regulativo en el que se enmarca. El Capítulo 2 se ocupa del curso histórico de la figura delictiva de la omisión del deber de socorro, donde las tensiones dialécticas entre Derecho y Moral inspiran todo su desarrollo dinámico. Ninguno de los dos puntos de vista puede decirse que se anuden a una determinada época, sino que construyen en una lucha incesante las líneas de debate globales del Derecho penal (especialmente significativas las páginas 64-6). El Capítulo 3 analiza la posición sistemática del delito, así como, en general, de los llamados de omisión propios (págs. 77 y ss.), lo que se traduce en consideraciones críticas. El Capítulo 4 se encarga de la situación típica de la omisión de socorro, así como de la naturaleza delictiva del § 323 c). Al respecto, resultan interesantes sus reflexiones sobre la terminología tradicional que caracteriza este delito como de omisión «propio», frente a los «impropios» regulados en el § 13 *StGB*. Para la autora, si la diferenciación se basa en el objeto del mandato, sin embargo, la caracterización como «propio» o «impropio» no expresa absolutamente nada, pese a su fuerza en la dogmática penal. No obstante, expresa su escepticismo sobre las posibilidades de sustituir la fórmula. Para superar la contradictoria clasificación propone entender que el § 323 c) *StGB* sea considerado como un

delito de omisión que, acaso, posee una *tendencia a impedir la puesta en peligro*, mientras que los delitos regidos por el § 13 Abs 1 *StGB* son «propios» delitos de omisión *de impedir el resultado* (págs. 88-9). Rechazado que pueda ser considerado tanto un delito de peligro abstracto, como de peligro concreto (págs. 90 y ss.), el Capítulo 5 aborda la discutida cuestión del bien jurídico tutelado que estima previa a la adopción de una postura en cuanto a la naturaleza jurídica. Es en este contexto donde Harzer critica duramente toda la teoría general del bien jurídico cuya defensa lleva consigo el peligro de operar contradictoriamente y sólo sobre la base de casos concretos, donde propone ejemplificativamente el curso que históricamente, y sobre todo en la jurisprudencia, ha tomado la omisión del deber de socorro (pág. 99): «se ha renunciado al necesario debate filosófico en torno a los fundamentos del Derecho penal y se ha sustituido especialmente por medio de la teoría del bien jurídico», lo que es válido también para las, de él dependientes, teorías de la imputación (pág. 100). Y ello hasta el punto de cuestionar su compatibilidad con las exigencias del Derecho penal propio de un Estado de Derecho. Tal idea le parece especialmente clara en los delitos de omisión: conforme a la estructura legal de la figura y la aplicación que de ella efectúan los tribunales, todos los intereses individuales pueden demandar ayuda en un determinado momento, lo cual es difícil de compatibilizar con una intelección del Derecho que pretende preservar la libertad del sujeto (*ibid.*). En su opinión, el § 323 c) *StGB* no se orienta a la protección de bienes jurídicos, sino a la tutela de las relaciones jurídicas: el criterio objetivo de la situación típica de la omisión de prestar auxilio conforme al § 323 c) describe la relación básica en la que los intervinientes se encuentran sobre la razón práctica. Esta relación es la que caracteriza como relación jurídica (págs. 107-8). Ello abre nuevas vías de intelección no sólo del tipo aquí analizado, sino de otras figuras del Derecho penal general y especial (*ibid.*).

La Segunda parte del trabajo comienza con el Capítulo 7. Este profundiza en la situación típica del § 323 c) *StGB*. Para ello parte de una amplísima información filosófica en torno al concepto de «situación» (págs. 111-153). En este contexto procede a diferenciar las situaciones que se conforman sobre una omisión de las que lo hacen a través de un hecho activo positivo ya que poseen una cualidad substancial completamente distinta. Mientras el delincuente que actúa positivamente busca situacionalmente a su víctima («sein Opfer situativ „aufsucht“»), en los casos de deber de acción se cruza con la situación en la que la víctima ya se encuentra. Este punto de vista es empleado para explicar la aminoración facultativa de la pena que procede en los supuestos de comisión por omisión a los que alude el § 13.2 *StGB* (pág. 154 y, posteriormente, pág. 188). Por fin, sostiene que la relación personal en la que

se fundamenta la situación de ayuda es una relación jurídica. Ésta, por su parte, es definida como «el originalmente autodeterminado vínculo de libertad, el cual es delimitado concretando a través de una situación formulada legalmente, en la que se procura temporal y espacialmente la prestación práctico social de dos o más personas» (pág. 185). De ahí el punto de partida del Capítulo 8, ya diseñado a lo largo del anterior, donde indica que la relación del Derecho penal es una relación lesiva del Derecho. No una «relación de bien jurídico» (pág. 187), lo cual subyace también a las omisiones punibles (pág. 189). Es este capítulo el destinado a la crítica del vigente § 323 c) *StGB* alemán y su intelección dominante. En él rechaza el diseño de tipos omisivos que contengan no ya deberes de impedir el resultado, sino que incorporen deberes de impedir la situación de peligro (págs. 192 y ss. y especialmente pág. 194), argumentos que utiliza para impugnar las construcciones del § 323 c) *StGB* como delitos de peligro abstracto o concreto (pág. 195). Especialmente interesantes son las páginas destinadas al estudio de la determinación de la competencia para actuar y, en su seno, aquellas que dedica a las investigaciones sobre el altruismo (págs. 203 y ss.). Desde su particular óptica, concluye con el examen del «postulado» de que la situación de necesidad de ayuda sea inequívoca (págs. 208 y ss.), así como con la competencia para intervenir (págs. 210 y ss.). En este punto, acaba sosteniendo que el peligro para la vida es la base exclusiva en la que la comunidad jurídica puede requerir con apoyo en el Derecho penal la intervención de un auxiliador; la integridad física y la libertad sólo son considerados en cuanto requisitos necesarios para la existencia (pág. 216). La defensa, por ejemplo, de la propiedad es competencia del Derecho social público, pero en este contexto no del Derecho penal. El Capítulo 9 se adentra en la teoría del contrato social tradicionalmente empleada para la justificación de la figura delictiva aquí objeto de atención. Tal teoría es expuesta para después ser duramente criticada. Así la califica de «naiv» (pág. 229), «propia de una ideología dirigista» (pág. 236) y «auténtico peligro para el Estado de derecho» (pág. 237). En su opinión, constituye una puerta de entrada para potenciales abusos del poder, desde el momento en que implica suprimir la libre voluntad (pág. 234). Sin embargo, alternativamente, para justificar elevar al rango de delito el incumplimiento del principio *homo homini auxilium*, acude a la existencia de la voluntad, a la vida del individuo, por lo que el deber de prestar socorro, referido a sus aspectos penales, tiene como objeto exclusivo la vida de los demás (pág. 235).

La Tercera parte del trabajo se inaugura con los interesantes capítulos 11 y 12, donde, sobre todo, se ocupa críticamente de las teorías desarrolladas en torno a las relaciones entre las partes especial y general de Derecho penal, donde la figura del § 323 c) *StGB* entiende que pue-

de ser usada como referencia. Justifica la necesidad de una teoría general de la parte especial en el Capítulo 13, donde se apoya, sobre todo, en la crítica a las teorías del bien jurídico y de la imputación objetiva. A estas últimas las acusa de perseguir ampliar la punibilidad (pág. 283), subrayando que determinan un «reblandecimiento» del tenor literal del precepto y que llevan a soluciones intuitivas que sólo casualmente pueden ser correctas, de donde deduce el peligro de desembocar en un *case-law* desconectado de las situaciones típicas, como paradigmáticamente ocurre en el § 323 c) *StGB* (págs. 284-5). La teoría general a la que alude es apuntada en el capítulo siguiente. El trabajo concluye con una propuesta de reforma del § 323 c) *StGB*: «Quien como única persona presente tenga conocimiento de la lesión de derechos existenciales de otra, especialmente del peligro para su vida, y no preste ayuda inmediata o la procure por parte de quien sea competente será castigado...» (pág. 298).

La fundamentación y documentación desplegadas dejan fuera de toda duda la alta calidad del estudio que proporciona unas interesantísimas pautas para la discusión. Y ello en múltiples campos. Como mínimo, pueden destacarse tres. Así, en primer lugar, en el ámbito de la figura de la omisión del deber de socorro. En segundo lugar, desde la perspectiva de la reflexión en torno a la moderna orientación del Derecho penal (resulta especialmente llamativa su consideración de que mientras Beccaria, Feuerbach, Köstlin y Berner contemplaron al Derecho penal con una orientación básica filosóficojurídica, con Binding y von Liszt comienza una teoría del delito desconectada de los principios básicos realizada en el espacio libre del Derecho y de la Política criminal —pág. 224—). En tercer lugar, en cuanto a su esfuerzo por construir una teoría general de la parte especial del Derecho penal¹.

No corresponde a un trabajo de estas características analizar en toda su extensión las teorías formuladas por la autora. Ello no cierra el paso a cualquier posible crítica. Así, quizá puede realizarse una mínima observación a su negativo juicio general a la teoría del bien jurídico², conexas a su crítica a la teoría del contrato social³. La dispersión en

¹ En nuestra dogmática de forma parcialmente coincidente también se detectan trabajos en la materia; *vid.* ya J. ORTEGO COSTALES, *Ensayo sobre la parte especial del Derecho penal*, La Laguna, 1959; más recientemente, J. ÁLVAREZ GARCÍA, «Relaciones entre la Parte General y la Parte Especial del Derecho penal», *ADPCP* 1993, págs. 1009 y ss.

² El cual se suma a otras últimamente formuladas; así, *vid.*, por ejemplo, M. KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1997, págs. 24-5.

³ Ya apuntada en su trabajo «La independencia y su significación para la teoría de la pena», *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, págs. 24 y ss. (sobre todo 35 y ss.).

las decisiones doctrinales y jurisprudenciales que, con razón, Harzer denuncia (*vid.* especialmente pág. 100) no tienen necesariamente su raíz en las diferentes teorías del bien jurídico, sino en una deficiente comprensión o aplicación de éstas, entre otros factores. Tal observación no permite, por sí misma, cuestionar tan arraigada intelección del Derecho penal. Es cierto que la teoría del bien jurídico como ha venido cursando hasta el presente adolece de falta de precisión en la delimitación de la idea central⁴. Sin embargo, la alternativa por la autora sugerida, la idea de la relación jurídica, no presenta un perfil más nítido que ofrezca una garantía frente a la dispersión jurisprudencial que describe. Por otra parte, tampoco se puede cuestionar que la teoría del bien jurídico ha defendido en múltiples épocas el espacio de libertad del individuo⁵.

Sí que resulta asumible la reivindicación de la unidad del Derecho penal en sus partes general y especial que Harzer, siguiendo a su maestro Naucke, realiza. Lo mismo puede decirse de la crítica que formula a Fincke y Tiedemann en cuanto a sus teorías sobre el contenido de las partes general y especial del Derecho penal, por la excesiva vinculación al Derecho positivo de la que adolecen⁶. Aun cuando no constituye más que una explicación parcial, se puede decir que probablemente en esa falta de criterio para la diferenciación entre los contenidos de la parte general y especial radica el origen de las contradicciones en las que continuamente incurre el legislador a lo largo del articulado de nuestro Código Penal. Ejemplos de ello son las continuas y muchas veces distor-

4 Resultan al respecto significativas las palabras de HASSEMER; MUÑOZ CONDE: «El problema a la hora de fijar un concepto general de bien jurídico sigue siendo, dada la relatividad social y política del fenómeno, el de tener que optar entre la vaguedad y la selectividad: o dice demasiado poco, empobrecido en sus elementos definitorios, o sólo abarca una parte de los elementos relevantes» (*Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia 1989, págs. 111-2); en sentido próximo se expresa L. FERRAJOLI: «en realidad no puede alcanzarse una definición exclusiva y exhaustiva de la noción de bien jurídico. Puede ofrecernos únicamente una serie de criterios negativos de deslegitimación...para afirmar que una determinada prohibición penal o la punición de un concreto comportamiento prohibido carecen de justificación o ésta es escasa. Pero, por otra parte, esto es todo lo que se pide a la categoría de bien jurídico, cuya función de garantía o de límite consiste precisamente en el hecho de que la lesión de un bien debe ser condición necesaria, aunque nunca suficiente, para justificar su prohibición y punición como delito» (*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 1995, pág. 471).

5 Sobre todo cuando éste fue amenazado en los años treinta mediante la suprainterpretación del delito como lesión de un deber; así, *vid.* la recensión que a la obra de R. HARZER realiza H. OTTO en *JZ* 13/1999, pág. 668, *in fine*.

6 M. FINCKE, *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, Berlin, 1975; K. TIEDEMANN, «Zum Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts», *Festschrift für J. Baumann*, 1992, págs. 10 y ss.

sionadoras normas especiales de concurso de delitos que existen a lo largo de la parte especial; la descoordinada introducción del concepto unitario de autor en determinadas figuras delictivas; la desconexión entre la regulación general de la omisión y las figuras de omisión de la parte especial; la criticable configuración de la responsabilidad civil en los delitos contra el honor al margen de las normas generales, etc.

Valgan estas consideraciones como meros matices a una obra que resultará de obligada referencia en un futuro próximo y cuya lectura cabe sin lugar a dudas recomendar.

MANUEL GÓMEZ TOMILLO
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Valladolid

NELKEN, David (ed.): *Contrasting Criminal Justice: Getting from here to there*. Aldershot: Ashgate, 2000. 306 págs.

En un mundo cada vez más interrelacionado, se percibe la necesidad de estudios multiculturales. Dentro de ellos, la particularidad de la Criminología comparada se debe a su objeto, desde un prisma cercano a la Antropología jurídica. Entre las escasas certezas criminológicas se encuentra la afirmación de que la delincuencia, la victimación y la criminalización resultan conceptos problemáticos y, ante todo, sujetos a rasgos culturales, complejos y variables. Dentro de la Estadística y la Sociología, respectivamente, Guerry y Tarde fueron pioneros en la utilización del método comparativo para el estudio del delito. Muchos continuadores se han acercado al mismo desde la orilla del Derecho, la Sociología jurídica y la Antropología. En general, son obras en que expertos nacionales proporcionan una información útil, pero sin reflexionar sobre sus propias asunciones y sobre las grietas entre el derecho escrito y la práctica, especialmente en los países de Europa continental que, como el nuestro, carecen de una tradición empírica en el estudio de la justicia penal. Por todo ello, el libro colectivo, que se presenta a continuación, supone una ruptura innovadora y alentadora para la investigación comparada.

Contrasting Criminal Justice: Getting from here to there, ha sido publicado dentro de la serie «Avances en Criminología», dirigida por David Nelken, profesor de la Universidad de Macerata (Italia) y de la Facultad de Derecho de Cardiff (Reino Unido). Sus fuentes, además de las disciplinas mencionadas anteriormente, se nutren de la Historia y las Ciencias Políticas. Está escrito en inglés, pero no se encuadra en el ámbito anglosajón, ya que contribuyen investigadores de múltiple procedencia: Italia, Países Bajos, Reino Unido, Alemania, Japón, Canadá y EE.UU. Además, se estudian países como España y Francia. De hecho, se critica al anglocentrismo que ha dominado la Criminología en los últimos años. Se advierte que, en todo estudio criminológico y en toda cooperación internacional en política criminal, se debe ser consciente de las raíces culturales y los condicionantes sociales de muchos términos empleados por los teóricos.

En sus dos capítulos introductorios, David Nelken aclara que el objetivo del libro no reside en ilustrar la política criminal comparada

—aunque, en mi opinión, sí se aportan datos significativos—, sino en la cuestión previa de entender y explicar las diferencias. De esta manera, se plantean críticamente los problemas epistemológicos y metodológicos, en conexión con los objetos de análisis. La estructuración del libro obedece precisamente a tres enfoques distintos en la investigación comparada del sistema de justicia penal: el método virtual, la estancia y la residencia. Conviene recalcar que los restantes ocho capítulos pueden leerse independientemente, sin perjuicio de encontrar interesantes conexiones a través del índice analítico con el que se cierra la obra.

Bajo el título *Virtualmente allí*, se agrupan tres capítulos que describen sistemas penales mediante la cooperación intercultural. Feest y Murayama presentan detalladamente el caso real de un estudiante estadounidense detenido y juzgado en España, bajo la acusación de desórdenes públicos, durante una manifestación de jóvenes que ocupaban viviendas en Barcelona. Los autores reflexionan sobre cómo hubiera transcurrido ese mismo proceso, en la teoría y en la práctica, en sus propios países de origen: Alemania y Japón, respectivamente. En este último, surge la cuestión de la compatibilidad del principio de oportunidad con el respeto de los derechos procesales del imputado. En definitiva, se pone de relieve el poder de criminalización de las agencias de control en sus diferentes fases. Por su parte, Brants y Field estudian la policía encubierta y el agente provocador en dos jurisdicciones, para señalar cómo figuras similares funcionan de manera diversa según las diferentes estructuras y actitudes. Al centrarse en los contrastes de las culturas jurídicas, políticas y procesales en los Países Bajos, Inglaterra y Gales, demuestran la divergencia en la construcción de los objetivos policiales, los problemas a los que enfrentarse y su regulación. Merece la pena destacar su esquema de investigación de los procesos penales que definen como la intersección entre cuatro aspectos culturales, a saber: las tradiciones, las instituciones, la formación intelectual, y las «estructuras de sentimiento vividas». En el capítulo quinto, Bertrand describe un proyecto internacional, desarrollado entre 1993 y 1997, con el objetivo de encontrar para Canadá un modelo ideal de prisión de mujeres. Se estudian las condiciones penitenciarias en más de veinte centros cerrados en EE.UU., Canadá y seis países europeos. Este análisis permite ir más allá de los bajos índices en las tasas de prisión, para hallar en la práctica peores condiciones, mayor control e infantilización para las mujeres. En contraposición con otras investigaciones, los resultados apuntan a que en los países del *common law* se disfrutaban de mejores instalaciones sanitarias y de acceso a la familia. También se pone en entredicho la igualdad de género en Escandinavia en la esfera penitenciaria.

Con el rótulo *Investigando allí*, se da paso a otros tres capítulos que tienen en común una estancia más o menos prolongada del investigador en el país estudiado. Hodgson se centra en la función de los abogados y los fiscales, en el Reino Unido y Francia, para resaltar las diferentes expectativas que enmarcan su actuación. Mediante la observación participante se pretende entender las normas no escritas en el funcionamiento cotidiano de la justicia penal. En el siguiente capítulo, Johnson vuelve a fijarse en esa divergencia de expectativas en el actuar de las agencias de control penal, pero utiliza entrevistas sistematizadas a gran escala, dirigidas a los fiscales japoneses, en comparación con los estadounidenses. Consigue exponer las falsas asunciones y los errores en la investigación sobre Japón, cuestionando su supuesta intervención «reintegrativa». Por su parte, Crawford busca comprender el moldeamiento de las ideas y las prácticas de dichas agencias, es decir, «desvelar las estructuras cognitivas». Para ello, estudia la reparación y la mediación víctima-autor en Francia, en comparación con Inglaterra y Gales. Lo que pudiera tomarse como un ejemplo de convergencia o tendencia internacional en los sistemas penales, resulta en realidad experiencias con significados distintos. En Francia, estos programas forman parte de un proyecto que pretende hacer el derecho más cercano a los ciudadanos, sin que ello signifique necesariamente una involucración directa de la comunidad en la impartición de la justicia. En realidad, la noción de *comunidad* difiere según cada contexto cultural. En Francia, se entiende que las instituciones estatales representan a la sociedad y garantizan la mutualidad de los ciudadanos, no la coerción. En Inglaterra y Gales, la comunidad implica diversidad y prioridad de la sociedad civil frente al Estado.

Por último, se recogen dos capítulos con el lema *Viviendo allí*, que supone para el investigador una mayor implicación en la cultura estudiada. Se trataría de autores «expatriados por gusto» o elección, que a modo de observadores participantes, están simultáneamente dentro y fuera del país. Nelken, a caballo entre Italia, Inglaterra y Gales, se pregunta en qué medida es posible y deseable tratar de escapar de las influencias de los puntos de partida propios. Al tener en cuenta las diversas acepciones de las palabras *estado* y *comunidad*, se nos muestran las dificultades hermenéuticas a la hora de leer los índices delictivos y de victimación, el derecho procesal y los discursos emergentes sobre la justicia penal. Ello permite concluir que, en Italia, el garantismo aún prevalece sobre el control del delito, aunque habría que diferenciar lo que allí se conoce popularmente como *micro* y *macro* criminalidad. En el último capítulo del libro, Cain utiliza su propia experiencia en las Indias occidentales, como docente y persona comprometida. Desde una crítica hacia la arrogancia e imperialismo teórico de la mayor parte de

la Criminología, que ilustra con la relación entre edad y delito, plantea los retos que tienen ante sí las fuerzas policiales postcoloniales, muy diferentes de los que encaran las de la vieja metrópoli, aunque en los congresos internacionales se pretenda exportar simultáneamente una serie de novedades, como la policía comunitaria o de barrio.

En definitiva, *Contrasting Criminal Justice* vuelve a poner ante nuestros ojos la dialéctica entre el delito y la reacción al mismo, esta vez bajo la lente del universalismo *versus* relativismo, concretado en la investigación comparada del sistema de justicia penal, donde España sigue rezagada¹. Sin duda, ofrece al lector una mayor capacitación para la interpretación, mediante instrumentos que permiten controlar los prejuicios e incrementar la sensibilidad hacia contextos, no sólo individuales y grupales, sino también institucionales e ideológicos. Implícitamente, reta a los investigadores de nuestro país, de muy distintas disciplinas, a explorar este camino trazado provisionalmente por Nelken y sus colaboradores; un camino que se abre en innumerables vericuetos, hacia un mundo en constante descubrimiento.

GEMA VARONA MARTÍNEZ

Doctora en Derecho
Investigadora del Instituto Vasco
de Criminología

¹ Vid. al respecto el número 5 del año 2000 de la *Revista de Seguridad Pública*.