

## **RECENSIONES DE LIBROS**



**ALBIN ESER/WINFRIED HASSEMER/BJÖRN  
BURKHARDT (HRSG.): DIE DEUTSCHE  
STRAFRECHTSWISSENSCHAFT VOR DER  
JAHRTAUSENDWENDE. RÜCKBESINNUNG UND  
AUSBLICK. C. H. BECK, MUNICH,  
2000, 465 PÁGS.**

OCTAVIO GARCÍA PÉREZ  
Profesor titular de Derecho Penal  
Universidad de Málaga

El libro recoge las ponencias e intervenciones de los participantes en el Congreso organizado por A. Eser con la cooperación de W. Hassemer y B. Burkhardt, celebrado en Berlín del 3 al 6 de octubre de 1999. La obra se divide en cinco partes con una estructura idéntica: una ponencia principal a la que siguen los comentarios de dos o tres participantes y un informe sobre la discusión del tema que tuvo lugar<sup>1</sup>.

La primera parte se dedica a examinar cómo la propia Ciencia del Derecho penal se ha entendido en los momentos claves del siglo pasado y cómo se ha comportado frente a los desafíos de su época. De ahí el título de la ponencia principal a cargo de **Hassemer**: «Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit». Este autor parte del concepto amplio de Ciencia formulado por el Tribunal Constitucional Alemán, que la define como «todo lo que, según su contenido y forma, se puede contemplar como un intento serio de averiguar la verdad». Asimismo utiliza un concepto de Derecho penal que viene a coincidir con lo que habitualmente se denomina Enciclopedia de las Ciencias Penales.

En la Ciencia del Derecho penal se refleja la tensión fundamental e inevitable entre libertad y vinculación. Como cualquier otra Ciencia, goza de la garantía constitucional de la libertad sin estar sujeta a límites especiales por su conexión a un campo práctico. Esto no es obstáculo para que en ella se depositen ciertas expectativas y que la defraudación de éstas puede traer consigo sanciones. Así, una Ciencia del Derecho

---

<sup>1</sup> Muy recientemente ha aparecido una traducción al español a cargo de F. Muñoz Conde, donde se incluye una introducción a la obra también realizada por este autor: "La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio". Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

penal que no se interesara por la formación de juristas o la legislación vigente no se ajustaría totalmente a su objeto.

En materia de desafíos, distingue entre unos internos y otros externos. Los primeros se derivan de su carácter científico y constituyen la disciplina. Los segundos se infieren de su objeto práctico y la conectan con el mundo.

Especial atención presta a la política como fuente de desafíos de la propia representación de la Ciencia del Derecho penal, señalando que esto no siempre fue así. En este sentido señala que los autores que intervinieron en la lucha de escuelas y el desarrollo de la teoría final de la acción se concentraron tanto en la correcta fundamentación de la pena y la imputación que evidentemente no pudieron ocuparse de lo que acontecía a su alrededor.

Estima que el Derecho penal no puede sustraerse a la política, debiendo optar entre incluir las consecuencias políticas de sus planteamientos en su objeto científico o desentenderse de ellas. Destaca que la tendencia a considerar la política penal como objeto legítimo del Derecho penal tiene una destacada tradición (Feuerbach, Liszt, Radbruch, los integrantes de las Gran Comisión de Derecho penal o los autores del proyecto alternativo). Todos asumieron los retos de su tiempo y prolongaron el Derecho penal en la política, lo que no sólo enriqueció a ésta, sino que también hizo progresar al Derecho penal. Desde los años sesenta la orientación a las consecuencias forma parte de nuestra metodología.

Señala que la política criminal de los últimos años no ha favorecido la participación de la Ciencia del Derecho penal. Mientras en los años 50 y 60 las reformas se llevaron a cabo de forma muy reflexiva y cuidadosa, desde hace tiempo se caracterizan por la precipitación y el hermetismo. Sólo un pequeño círculo, del que no forman parte los penalistas, está al tanto de las mismas y las críticas que éstos vierten tras su aprobación no tienen eco alguno.

El autor termina resaltando que en la actualidad se le exige al Derecho penal el desempeño de tareas que nunca han formado parte de él (controlar riesgos y atajar las grandes perturbaciones de forma preventiva)<sup>2</sup>. La legislación, apoyada por buena parte de la Ciencia,

---

<sup>2</sup> Recientemente ha destacado esta idea en nuestro país Díez Ripollés, J. L.: *La racionalidad de las leyes penales*. Trotta, Madrid, 2003, pág. 14, señalando que «la ley penal ha acumulado recientemente unas funciones sociales significativamente distintas a las que le eran tradicionales, entre las que se pueden citar la asunción por el código penal, a falta de mejores alternativas, del papel de código moral de la sociedad, su protagonismo en la progresiva juridificación de cualesquiera conflictos o dilemas valorativos sociales, o su utilización con fines meramente simbólicos».

responde a las expectativas con agravaciones de las penas, delitos de peligro abstracto para bienes supraindividuales vagos, anticipaciones de las barreras de protección, nuevos instrumentos de investigación, etc. Ante esta situación la Ciencia ha de mediar entre el Derecho penal y las expectativas, procurando que se respete aquello que es definitorio del Derecho penal.

En su comentario **Jakobs** considera que el gran desafío del presente consiste en que el dominio del sistema económico y la internacionalización de todas las instituciones que trae consigo va a forzar un nuevo orden. Para empezar no cabe una Ciencia no orientada a obtener una utilidad inmediata, pues la economía no retribuye el saber en sí mismo sino sólo el aprovechable, lo que en este caso es aquel que a corto plazo mejore la seguridad de los bienes jurídicos o al menos la mantenga.

Lo más destacado del comentario de Jakobs es indudablemente el desarrollo que ofrece de una idea que ya había apuntado en otro trabajo: el Derecho penal del enemigo. La sociedad constituida jurídicamente no puede funcionar sin un respaldo cognitivo. Este lo necesita tanto la norma como la propia persona. Todo el que pretenda ser tratado como persona tiene que dar una cierta garantía cognitiva de que va a comportarse como tal. Si no se ofrece o incluso se rechaza, el Derecho deja de ser una reacción de la sociedad frente al hecho de uno de sus miembros y se convierte en una respuesta contra un enemigo. A éste se le atribuye una personalidad potencial, de tal modo que frente a él no vale todo sino únicamente aquello que es necesario. De todos modos, esto permite ir muy lejos, puesto que en el Derecho penal del enemigo cabe actuar para prevenir ataques futuros, a diferencia de lo que acontece en materia de legítima defensa.

El Derecho penal del enemigo sigue reglas diferentes al Derecho penal del Estado de Derecho, no estando claro ni siquiera si se trata de un verdadero Derecho. Sus características son las siguientes: anticipación de la punición mediante el cambio de una perspectiva basada en el hecho pasado a otra apoyada en uno futuro; no atenuación de la pena en proporción a la anticipación de las barreras de protección; el tránsito de una legislación penal a una de combate y la reducción de las garantías procesales.

El enemigo es un individuo que se aparta de forma duradera del Derecho, no ofreciendo la garantía cognitiva de que se va a actuar como persona y demuestra este déficit por medio de su comportamiento.

En su opinión, el número de enemigos va a aumentar, porque, al faltar el apoyo de una religión estatal, la familia y la nacionalidad, en la

sociedad es más fácil formar una identidad al margen del Derecho. Otro factor que, en su opinión, contribuye a ello es la multiculturalidad. La sociedad no puede obviar el problema de la ausencia de seguridad cognitiva, ni resolverlo con medios policiales. Por ello entiende que actualmente no se vislumbra una alternativa al Derecho penal del enemigo. Aunque se regule jurídicamente el proceso para tratar a los enemigos, ello no deja de ser la regulación jurídica de una exclusión: los enemigos no son personas en la actualidad. Una de las funciones de la Ciencia es identificar las reglas del Derecho penal del enemigo y separarlas del de los ciudadanos para poder reclamar con más intensidad en este último el tratamiento del delincuente como una persona del Derecho.

En su comentario **Kuhlen**, partiendo de la Teoría crítica del moderno Derecho penal impulsada esencialmente por Hassemer, señala que comparte una de sus tesis básicas: la de que la Ciencia penal no se agota en el análisis dogmático y crítico del Derecho penal vigente, sino que a ella también pertenece una teoría crítica del Derecho penal y su evolución.

Sin embargo, entiende que esta corriente no identifica acertadamente los desafíos sociales esenciales que, a su juicio, serían los siguientes: lesionabilidad de los bienes supraindividuales y la cuestión de si podemos renunciar a protegerlos mediante normas penales; el potencial de riesgos creado por la técnica moderna y su disminución por medio de los delitos de peligro abstracto; la creciente relevancia social de las personas jurídicas; la flexibilización de las sanciones y del proceso. En su opinión, la teoría crítica no ha ofrecido argumentos convincentes para rechazar los planteamientos que se están haciendo en esta materia.

En la cuestión de cómo debe abordar la Ciencia del Derecho penal los retos de su época, también aquí toma como punto partida una opinión de la corriente crítica: no se trata sólo de analizar la evolución del Derecho penal sino de pronunciarse sobre ella para vincular la práctica. A continuación formula tres tesis: la crítica firme al moderno Derecho penal ha colocado fuera de juego a la Política criminal; la información a la política o la población no va a cambiar la situación; la Ciencia del Derecho penal debe mostrar una mayor humildad. La determinación de los retos penales de la época es un problema valorativo y no existe ninguna razón para pensar que la valoración de los penalistas sea mejor o más acertada que la de los políticos o ciudadanos.

La teoría crítica se desarrolló en los años ochenta en un clima que era favorable a la limitación del poder punitivo del Estado. Sin embargo, esta situación se ha modificado con la caída del telón de acero y en el

caso de Alemania con la reunificación. Frente a la marginación práctica la teoría crítica ha reaccionado de forma normativa en un punto esencial. Ha seguido insistiendo en su firme crítica del moderno Derecho penal, habiendo encontrado una explicación que le permite mantener su supremacía fáctica pese a lo que está pasando en la realidad. La explicación se basa en dos ideas: carácter simbólico de la moderna legislación penal y creciente populismo de la política criminal que alcanza a los partidos.

A este autor no le convencen estas explicaciones. Así, respecto del populismo señala que el atender a las opiniones de la población para adoptar decisiones político-criminales resulta primordial para la legitimación de la democracia. Por lo que se refiere a la población, el problema radicaría en que ésta no tiene la suficiente capacidad como para discernir sobre las cuestiones político-criminales. En su opinión, tampoco esto deja de ser problemático tras 50 años de democracia y libertad de expresión.

Su opinión vendría a rezar de la siguiente manera: cuando los penalistas quieran tomar posición sobre los temas político-criminales lo deben hacer sin mostrar una arrogancia teórica. Y ello porque cualquier decisión sobre un asunto es una cuestión valorativa en cuya respuesta los penalistas no gozan de una posición privilegiada.

Por último, **Paliero** aborda su comentario desde la hipótesis de la relación entre la propia imagen de la Ciencia del Derecho penal y los retos de su época como expresión de dos realidades sociales diferentes. Tras analizar los elementos de la relación, señala que, desde el punto de vista estructural, el Derecho penal no es una ciencia neutral, pues se ha convertido en un instrumento de ejercicio del poder. Por ello considera muy optimista la tesis de Hassemer de que los frutos de la Ciencia del Derecho penal se orientan a la averiguación de la verdad. Además, piensa que es utópico contemplar la dogmática como algo independiente del sistema.

Si hasta ahora el Derecho penal era una de las pocas ciencias que se había mantenido fiel a la lógica binaria de tipo aristotélico, en el último cuarto del siglo XX se ha difundido el paradigma de la denominada lógica Fuzzy o lógica de lo borroso. Si en la lógica binaria el teorema fundamental es el de que toda proposición o es verdadera o falsa, en la lógica de lo borroso los valores de ciertas variables se distribuyen en puntos intermedios entre unos extremos definidos. Así, de una lógica en la que algo sólo puede pertenecer a una única categoría pasamos a otra en la que una cosa puede pertenecer a dos clases contrapuestas.

La aplicación de la lógica de lo borroso se puede observar ya en tres pilares del Derecho penal: la conducta, la causalidad y el dolo. Así, por lo

que a la primera se refiere, en muchos ámbitos la acción carece de perfiles nítidos. Cada vez más se describe con expresiones borrosas y vagas. Esto se puede ver en la delincuencia cometida en el seno de organizaciones, donde la decisión colegiada a veces ni siquiera se adopta en un momento único sino que se va formando progresivamente. De ahí la incapacidad del actual Derecho penal para formalizar los procesos de decisión de los aparatos de poder y de las organizaciones complejas. También en la causalidad se ha producido un cambio de paradigma debido, por un lado, a la extensión de la responsabilidad penal por omisión y, por otro, al riesgo como núcleo de la imputación penal. La ruptura del modelo clásico vino impulsada por las necesidades en tres ámbitos: médico, ambiental e industrial. Se pasa a un modelo en el que lo decisivo es la multiplicidad de causas (red causal), es decir, un complejo causal suficiente que no exige la constatación de los factores causales singulares. Finalmente en materia de dolo, también se están produciendo fenómenos paralelos. En su opinión, en el Derecho penal económico se ha producido el renacimiento del dolo ex re. Asimismo destaca la objetivación del dolo.

Por último se ocupa de las funciones que el sistema social pretende atribuir al Derecho penal. Aquí señala que existen dos tesis diferentes: la de quienes defienden que este sector del control social se debe mantener en los límites propios del Derecho penal liberal; y la de quienes muestran una posición expansionista, apostando no sólo por la incriminación de los factores que representan un riesgo colectivo (medio ambiente, economía, instituciones), sino también por la idea de que el sistema social mismo asuma el papel de un moralista en ciertas áreas (bioética, la planificación familiar, pornografía, etc.).

En gran medida el análisis que hace Hassemer sobre la forma en que se está legislando en Alemania es válido también para nuestro país. En este sentido, basta recordar cómo el Código penal de 1995 se aprobó al final de una legislatura cuando ya nadie lo esperaba y las numerosas reformas que se han llevado a cabo de este texto legal desde su entrada en vigor<sup>3</sup>. Respecto de la pérdida de influencia de los expertos a la hora de abordar las reformas penales, en mi opinión, ésta no se puede

---

<sup>3</sup> Recientemente Melendo Pardos, M.: «Bromas y veras en nuestra reciente legislación penal (sobre la fugacidad de las nuevas figuras de acumulación de faltas patrimoniales)», en *La Ley*, n.º 5919, 2003, consultado en [http://authn.laley.net/hdiario/2003/diario\\_1223\\_trib.html](http://authn.laley.net/hdiario/2003/diario_1223_trib.html), ha destacado a propósito de las últimas modificaciones efectuadas en el Código penal que “más preocupante parece otro fenómeno que, al menos a primera vista, sí parece que sólo recientemente se produce en el Derecho penal, pues es sobradamente conocido en otros sectores. Nos referimos al fenómeno de la legislación «motorizada», que en el Derecho penal se presenta a través de las numerosas reformas que experimenta el Código Penal, sin tiempo a veces para llegar al fondo de la regulación que deja de tener vigencia”

justificar únicamente aludiendo a los fenómenos de la legislación simbólica y el creciente populismo presente a la hora de abordar las reformas penales, como, a mi juicio, destaca acertadamente Kuhlen, sino que también los penalistas son responsables en parte de este estado de cosas. Y ello porque, como ha destacado recientemente Díez Ripollés, en la investigación jurídica se ha prestado muy poca atención a las cuestiones vinculadas con la creación del Derecho. En su opinión, ello ha provocado que este sector haya caído «en manos de la improvisación y el oportunismo social y político»<sup>4</sup>. Esta situación es bastante chocante si se piensa en la gran acogida que tuvo en la doctrina la propuesta de Roxin de introducir los criterios de política criminal en la dogmática. El problema es que ni este autor ni los partidarios de este enfoque metodológico han abordado la cuestión del objeto y el contenido de la política criminal, sino que, dándolo por supuesto, se han centrado en la discusión de cuáles son los aspectos que hay que introducir y cuál es su papel. Esto no plantearía dificultades si el objeto y el contenido de la política criminal estuviesen claros. Sin embargo, esto no es así porque la tradicional separación entre dogmática y política criminal ha ido acompañada de un claro predominio de la primera sobre la segunda<sup>5</sup>. En este sentido sigue teniendo plena vigencia la afirmación hecha en 1974 por el propio Hassemer de que «la política criminal como disciplina de las ciencias penales, si es que existe, está aún en sus inicios»<sup>6</sup>. Esta falta de desarrollo hace que en ocasiones las referencias a la política criminal ayuden a eludir la fundamentación de una cuestión en vez de proporcionarla cuando se hacen manifestaciones del siguiente tenor: esto es así por razones político-criminales<sup>7</sup>.

Pero indudablemente el aspecto que ha llamado más la atención en la doctrina es el de la configuración que hace Jakobs del Derecho penal del enemigo. En su contribución retoma y profundiza en una concepción que ya había apuntado en un trabajo anterior<sup>8</sup>. Si inicialmente se hizo una valoración positiva de su planteamiento, estimando que se trata de una descripción de una situación que se aparta del modelo propio de un

<sup>4</sup> *Ibidem*. Págs. 13 y s.

<sup>5</sup> Así lo pone de relieve Pérez Manzano, M.: *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Universidad Autónoma de Madrid, 1990, pág. 33, cuando señala que «hasta nuestros días llega el predominio de los estudios dogmáticos, del análisis abstracto y lógico-sistemático de la estructura del delito». Cfr. con referencias a las causas de este predominio, Díez Ripollés, J. L.: *La racionalidad*. *Op. Cit.*, págs. 67 y ss.

<sup>6</sup> Hassemer, W.: *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*. Rowohlt, Reinbeck bei Hamburg, 1974, pág. 25.

<sup>7</sup> Cfr. con más detenimiento sobre todo esto, García Pérez, O.: *La punibilidad en el Derecho penal*. Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 304 y ss.

<sup>8</sup> Trabajo recogido en Jakobs, G.: *Estudios penales*. Traducción de E. Peñaranda Ramos. UAM/Civitas, Madrid, 1997, págs. 293 y ss., especialmente 322 y ss.

Estado de libertades<sup>9</sup>, no se puede decir lo mismo de esta nueva aproximación al tema. En gran medida se estima que el autor es partidario de este modelo y se rechaza su legitimidad<sup>10</sup>. En cambio, otros autores entienden la propuesta de este autor más como un modelo teórico de descripción de una situación sin que ello en principio suponga una justificación del mismo<sup>11</sup>. Zugaldía Espinar entiende que la construcción de Jakobs no legitima el Derecho penal del enemigo, aun cuando sí explica que al enemigo se le aplique el mismo<sup>12</sup>. Tampoco faltan los autores que aunque de forma limitada y excepcional sustentan la legitimidad del Derecho penal del enemigo<sup>13</sup>.

En mi opinión, es preciso distinguir dos planos. En el meramente descriptivo parece existir acuerdo en considerar que en los diferentes ordenamientos jurídicos se puede constatar en mayor o menor medida la existencia de elementos propios del Derecho penal del enemigo y que para el análisis de este fenómeno puede ser útil el modelo teórico aportado por Jakobs<sup>14</sup>.

La cuestión se plantea en términos muy diversos cuando nos movemos en el plano de la legitimidad. Para empezar, un autor como Jakobs parece estimar que los problemas de legitimación de las normas penales no incumben a la dogmática sino a la política y, en consecuencia, el tema cae fuera del ámbito de actuación del intérprete del Derecho<sup>15</sup>. Sin embargo, lo cierto es que en este tema se mueve en la ambigüedad,

<sup>9</sup> Cfr. las referencias que ofrece en nota 12 Schünemann en su recensión a esta obra en *GA*, 2001, pag. 211.

<sup>10</sup> En este sentido, por ejemplo, cfr. Eser en las conclusiones finales de la obra que comento, pág. 445; Schünemann, B.: *Ibidem*. Págs. 211 y ss.; Schulz, L. en su informe de las jornadas en *ZStW*, 2000, págs. 659 y ss.; Portilla Contreras, G.: «Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo», en *JpD*, n° 49, 2004, págs. 43 y ss.; Maqueda Abreu, M. L.: «Crítica a la reforma penal anunciada», en *JpD*, n° 47, 2003, pág. 11.

<sup>11</sup> Feijóo Sánchez, B.: «Sobre el contenido y la evolución del Derecho penal español tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n° 4, 2001, págs. 46 y ss., especialmente pág. 54; Cancio Meliá, M. en Jakobs/Cancio: *Derecho penal del enemigo*. Civitas, Madrid, 2003, págs. 79 y 91 y ss.

<sup>12</sup> Zugaldía Espinar, J. M.: «¿Qué queda en pie en el Derecho Penal del principio «mínima intervención, máximas garantías?»», en *CPC*, n° 79, 2003, pág. 112.

<sup>13</sup> Silva Sánchez, J. M.: *La expansión del Derecho penal*. 2ª ed. Civitas, Madrid, 2001, págs. 166 y s.; Benlloch Petit, G.: «El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad», en *ADPCP*, 2001, págs. 216 y ss. y 221 y ss.

<sup>14</sup> Silva Sánchez, J. M.: *La expansión*. *Op. Cit.*, pág. 166 señala que sobre la existencia real del Derecho penal del enemigo «no parece que pueda plantearse duda alguna». En el mismo sentido, Lorenzo Copello, P.: «Recensión a Silva Sánchez, J. M.(2001): *La expansión del Derecho penal*», en *RDPC*, n° 12, 2003, pág. 455; Cancio Meliá, M. en Jakobs/Cancio: *Derecho*. *Op. Cit.*, pág. 84, especialmente nota 4; Zugaldía Espinar, J. M.: *¿Qué queda?* *Op. Cit.*, pág. 111.

<sup>15</sup> Cfr. con más detenimiento sobre esta cuestión Peñaranda/Suárez/Cancio: «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs», en Jakobs, G.: *Estudios penales*. *Op. Cit.* Pág. 28.

pues en no pocas ocasiones aborda los temas de legitimidad<sup>16</sup>. A mi juicio, la cuestión esencial no es ya que el propio Jakobs no siempre evita pronunciarse sobre ellos, sino que el tomar partido resulta obligado. En efecto, si las normas son ambiguas y admiten diversas interpretaciones, la fijación de su contenido y alcance siempre conlleva una decisión que no es neutral sino netamente valorativa. Por tanto, aun cuando se admitiera que Jakobs no se ha manifestado sobre la legitimidad del denominado Derecho penal del enemigo, lo cierto es que debería haberlo hecho<sup>17</sup>. En este plano no me parece viable el Derecho penal del enemigo en nuestro actual modelo de Estado. Y ello porque el concepto de persona no es disponible<sup>18</sup>. Todo ser humano por el mero hecho de serlo es una persona y goza de todas las garantías<sup>19</sup>. Además, si en épocas críticas frente a determinados sujetos cabe recurrir a gravísimas sanciones sin garantías, con independencia del término que usemos para definir ese ámbito, lo cierto es que al final se termina cuestionando el propio papel de éstas. Cuando en concretos contextos es posible prescindir de ellas, ello viene a poner de relieve que las mismas son una mera concesión para épocas de estabilidad. En mi opinión, con ello se tergiversa su función, pues es justamente en las etapas críticas donde son más necesarias. Y para ello resulta imprescindible configurarlas como algo indisponible. Cancio Meliá destaca con razón que el Derecho penal del enemigo se reclama frente a supuestos que afectan a configuraciones sociales esenciales vulnerables, siendo así que en tales hipótesis la respuesta adecuada frente a las infracciones de las normas “*debe estar en la manifestación de normalidad*, en la negación de la excepcionalidad, es decir, en la reacción conforme a los criterios de proporcionalidad y de imputación que están en la base del sistema jurídico-penal «normal»”. La mayor desautorización que se puede llevar a cabo frente a quien intenta autoexcluirse de la personalidad es justamente la confirmación de que sigue formando parte de la ciudadanía en general, «es decir, la afirmación de que su infracción es un delito, no un acto cometido en una guerra, sea entre bandas o contra un Estado pretendidamente opresor»<sup>20,21</sup>.

<sup>16</sup> *Ibidem*. Págs. 29 y s.

<sup>17</sup> En realidad, tal como plantea el tema en Jakobs/Cancio: Derecho. *Op. Cit.*, págs. 25 y ss. y 33 y ss., al tratar de poner de relieve que el modelo del Derecho penal del enemigo se puede reconducir a las construcciones filosóficas de Hobbes y Kant, destacando que otros incluso iban más allá, parece situar ya el tema en el plano de la legitimidad.

<sup>18</sup> Ni debería serlo a la vista de las nefastas consecuencias que a lo largo de la historia han traído distinciones entre unos grupos de seres humanos y otros.

<sup>19</sup> Cancio Meliá, M. en Jakobs/Cancio: Derecho. *Op. Cit.*, págs. 98 y s., destaca que «la cualidad de persona es una atribución», añadiendo en nota 68 «que concretamente en nuestras sociedades (Estados de Derecho actuales) en lo esencial –y, desde luego, en lo que se refiere a su posición en cuanto posibles infractores de normas penales- corresponde a todos los seres humanos en virtud de su condición humana; por ello, no puede haber «exclusión» sin ruptura del sistema».

<sup>20</sup> Cancio Meliá, M. en Jakobs/Cancio: Derecho. *Op. Cit.*, págs. 97 y ss. En el mismo sentido, Lorenzo Copello, P.: Recensión. *Op. Cit.*, págs. 455 y s.; Díez Ripollés, J. L.: «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», en *JpD*, n.º 49, 2004, pág. 37.

<sup>21</sup> Con más críticas, cfr., por ejemplo, Cancio Meliá, M. en Jakobs/Cancio: Derecho. *Op. Cit.*, págs. 89 y ss.; Lorenzo Copello, P.: Recensión. *Op. Cit.*, págs. 455 y s.; Maque-

La segunda parte se inicia con la ponencia de **Burkhardt** cuyo título es el siguiente: «Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik». Aunque la dogmática penal tiene varios sentidos, en su ponencia la entiendo como un sistema de preceptos dotados de contenido normativo, referidos al Derecho positivo y que satisfacen determinadas pretensiones metodológicas. Atribuye siete funciones a la dogmática: constitutiva, de garantía, de control, de descarga, didáctica, política y de adaptación o innovación. No todas las funciones apuntan en la misma dirección por lo que sus aportaciones son contradictorias. Dos son las notas que, a su juicio, diferencian la dogmática penal frente a la del Derecho civil o del Derecho público: el principio de legalidad y el carácter secundario del Derecho penal, a lo que él añadiría el principio de subsidiariedad. Señala que es muy difícil valorar la dogmática penal porque se puede enjuiciar desde muy diferentes perspectivas y planos.

Destaca que en la doctrina existe un malestar por la actual situación de la dogmática (avalancha de publicaciones, excesiva complejidad, la desproporción entre sus gastos y beneficios, el desequilibrio en la selección de los temas, etc.). A partir de aquí aborda tres cuestiones: estado actual de la dogmática alemana, algunos aspectos negativos y su influencia sobre la práctica.

En relación con el primer tema, tras señalar que la dogmática alemana se puede caracterizar por la existencia de diferentes corrientes, recoge la visión que de ella han dado Wolter, Schünemann y Hassemer. Esto le permite poner de relieve que cada uno tiene una opinión muy distinta acerca de cuáles son los modelos de dogmática ineficaz. En su opinión, los límites entre la descripción y el cultivo de una dogmática ineficaz son muy tenues.

Su análisis de los aspectos negativos de la dogmática parte de un estudio de los temas tratados en los últimos cien años en los libros-homenaje y en las monografías publicadas por 20 editoriales. A continuación elige varios temas para ver la atención que se le ha prestado por la doctrina: *actio libera in causa*, desviación del curso causal, omisión, imprudencia y el art. 34 de la Ley de comercio exterior (AWG). Llega a la conclusión de que existe un enorme desequilibrio, pues frente a la gran cantidad de trabajos que abordan las cuatro primeras cuestiones, en el caso del art. 34, pese a los enormes problemas que plantea y a la existencia de tres sentencias del Tribunal Constitucional y

---

da Abreu, M. L.: Crítica. Op. Cit., pág. 11; Díez Ripollés, J. L.: El nuevo modelo. Op. Cit., pág. 37; Portilla Contreras, G.: Fundamentos. Op. Cit., passim; Carbonell Mateu, J. C.: «Un derecho penal contra el pluralismo», en *Le Monde Diplomatique*, 17-4-2004; Muñoz Conde, F.: ¿Hacia un Derecho penal del enemigo?», en *El País* de 15-1-2003.

10 del Tribunal Supremo, sólo se han publicado tres artículos. Con ello trata de resaltar que los recursos intelectuales y financieros no se están manejando correctamente, pues los gastos que se hacen no se justifican en los beneficios obtenidos. En su opinión, de las siete funciones que asigna a la dogmática penal, ésta sólo cumple completamente la de adaptación. Termina señalando que no cree que la situación se vaya a alterar, puesto que los factores que la producen no se pueden modificar. En todo caso, sería bueno actuar sobre los criterios de la financiación pública de las publicaciones y, por otro lado, critica que la distribución de medios se haga atendiendo al número de tesis doctorales con independencia de su temática y calidad.

Una visión más optimista ofrece **Frisch** en su contribución. En ésta empieza por ocuparse de los criterios en virtud de los cuales se puede calificar una dogmática como fructífera. Pese a la existencia de tales criterios, el juicio sobre el carácter fructífero de la dogmática es relativo y sólo se puede hacer si se dan ciertas condiciones. Desde estas premisas hace un repaso de lo que, a su juicio, han sido los avances más destacados en la teoría del delito, la parte especial y el Derecho procesal penal.

En la primera destaca la distinción entre injusto y culpabilidad. En el plano de lo injusto resalta la importancia de la configuración de la antijuridicidad material como dañosidad social o lesión de bienes jurídicos, el desarrollo de la teoría personal de lo injusto que fue impulsado por el finalismo y la teoría de la imputación objetiva. En el ámbito de la culpabilidad se centra en la concepción normativa de ésta que permitió grandes avances en diferentes aspectos de esta categoría. En los delitos de omisión ha sido fundamental la vinculación de lo injusto de éstos a la violación de un deber jurídico que, cuando se trata de responder de un resultado, ha de ser un deber específico (posición de garante). Otro aspecto relevante es el desarrollo de una concepción material de ésta, lo que se ha completado más recientemente con el análisis del alcance y el contenido exacto de los deberes. En materia de autoría y participación concede un valor esencial a la teoría del dominio del hecho. En los grados de ejecución subraya la lucha contra la excesiva anticipación de la punición de la tentativa a fases todavía muy distantes de la ejecución de la conducta típica. En la imprudencia cobra significación la idea de que no basta con la previsibilidad del resultado sino que, además, juegan una serie de principios y puntos de vista normativos en lo que ha tenido gran influencia la teoría de la imputación objetiva. En las consecuencias jurídicas considera que, aun cuando se les ha prestado menos atención, también aquí se pueden vislumbrar avances: la vinculación de la pena al hecho y la idea de que no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad. Significativos avances se han derivado del principio de subsidiariedad.

En relación con los avances de la parte especial destaca el proceso de despenalización de hechos meramente inmorales o que pueden ser resueltos por medios menos lesivos que el Derecho penal. No obstante, resalta que en la actualidad estamos asistiendo a un fenómeno contrario, pues se están creando nuevas figuras o se están agravando las ya existentes. Esto no tiene por qué ser en sí mismo algo negativo, pues puede representar la respuesta a nuevos desafíos o cambios valorativos. En este sentido destaca positivamente los esfuerzos desarrollados de cara a profundizar en la delincuencia económica y la creación de nuevos tipos como, por ejemplo, los relativos al medio ambiente.

Como conclusión de esta parte, señala que a la vista del análisis se tiene la impresión de que los grandes avances se produjeron a comienzos del s. XX. En esta época se creó un nuevo sistema que hubo rápidamente que llenar de contenido. En la actualidad la tarea de la dogmática radica esencialmente en buscar otras explicaciones o derivaciones de los resultados.

En el plano de la dogmática ineficaz señala que no es afortunada su contraposición a la fructífera, pues aquélla apunta a la falta de consecuencias de un enunciado dogmático, lo que es independiente de la bondad o no del enunciado dogmático. En su opinión, es un error descalificar un enunciado porque no haya surtido un efecto en la práctica. También es fructífera aquella que busca fundamentar mejor lo que se está haciendo.

Finalmente, señala que lo contrario a una dogmática fructífera es una errónea. Aquí únicamente pone el ejemplo de la evolución dogmática en la etapa de 1933-1945. Esto lo conecta con la actual situación donde sobre todo en la parte especial se están produciendo desarrollos desacertados (legislación simbólica, creciente recurso a tipos que anticipan enormemente las barreras de protección, etc.). Termina destacando que esta situación es más significativa en materia procesal con el incremento y ampliación de los instrumentos coactivos, el amplio carácter policial de la fase de investigación, etc.

**Muñoz Conde** pone de relieve que la dogmática alemana es un modelo dirigido a la interpretación y sistematización del Derecho penal vigente, pero no el único sino que hay otros que pueden ser tan acertados como éste. Partiendo de esta idea señala que si se pretende convertir la dogmática penal en un sistema universal lo primero que hay que hacer es ponerse de acuerdo sobre la función y las consecuencias que la misma tiene o ha de tener en la formación de un Derecho penal mejor, más justo y racional. En este sentido destaca que la dogmática en una materia tan conflictiva como el Derecho penal no puede limitarse a ser una mera

exposición sistemática como parece dar a entender Welzel en su Tratado. Al analizar la polémica entre causalistas y finalistas, se tiene la impresión de que la discusión sólo tuvo efectos intrasistemáticos, pero que no alcanzó ni a la legislación ni a la jurisprudencia. En su opinión, si la dogmática penal pretende ser considerada como una ciencia tiene que orientarse a las consecuencias. En la actualidad hay dos modelos que responden a esta orientación: el de Roxin y el de Jakobs. Sin embargo, los dos presentan los importantes déficit de fundamentación de las teorías utilitarias de la pena que en parte se deben a la indemostrabilidad empírica de sus consecuencias. Tras constatar que las legislaciones penales tratan de combatir los grandes riesgos (medio ambiente, economía, criminalidad organizada, etc.), advierte de que aparentemente el Derecho penal clásico no puede responder adecuadamente a estas nuevas tareas. La cuestión central a dilucidar es si es preciso adaptar el Derecho penal con sus garantías e instrumentos a estas nuevas funciones o si se buscan otras alternativas para hacer frente a los problemas surgidos en estos ámbitos. En definitiva, nos encontramos ante dos alternativas: la una constituida por un Derecho penal moderado y respetuoso con las tradicionales garantías; la otra por uno que puede responder eficazmente a los modernos desafíos.

En el breve comentario de **Salditt** destaca el elevadísimo número de procedimientos en los que se aplica el principio de oportunidad al amparo de los arts. 153 y 153a StPO. Este autor indica que no existen unos criterios claros sobre cuándo acudir a estos preceptos, existiendo enormes diferencias en su aplicación entre los diferentes Estados e incluso entre las diversas fiscalías.

Como balance de esta parte, cabría decir, como hace Hassemer en la discusión (págs. 226 y s.), que, aun cuando los autores parecen tener puntos de vista muy diversos sobre lo fructífero o no de la dogmática, lo cierto es que todos ellos ponen de relieve cuestiones que describen acertadamente el estado de ésta, radicando las diferencias en el criterio elegido de cara a hacer la valoración. Como señala Jakobs en la discusión, los ejemplos mencionados por Burkhardt para desacreditar la dogmática afectan a cuestiones nucleares del Derecho penal que es preciso dilucidar para que puedan funcionar todas las demás. Se trata de temas básicos para poder abordar problemas tan complicados como los que plantea la legislación especial<sup>22</sup>.

Sin embargo, lo anterior no nos debe hacer olvidar que los temas de la teoría jurídica del delito son un instrumento y no un fin en sí mismo, por lo que tampoco es admisible dedicar todos los esfuerzos a aquélla en

---

<sup>22</sup> Jakobs en el informe de la discusión pág. 225.

detrimento de los análisis de la Parte Especial o de otros sectores del Derecho penal. A lo anterior hay que añadir que ya en la actualidad existe una parte nada desdeñable del Derecho penal, como indica Salditt, donde la dogmática ha perdido o está perdiendo su papel debido a la introducción en el proceso penal de formas de justicia negociada. El incremento de la intervención penal se trata de contrarrestar por medios informales en el proceso penal. Si en Alemania estos problemas se pueden abordar globalmente porque el estudio del Derecho procesal no está separado del material, en el caso de España la situación es muy distinta. Aquí no se suele poner en duda la autonomía del Derecho procesal penal respecto a la dogmática penal, lo que el propio legislador avala con una regulación separada de ambas materias (LECrIm y Código penal)<sup>23</sup>. Y ello pese a su estrecha conexión, pues el Derecho procesal penal tiene por objeto la realización del Derecho penal<sup>24</sup>, lo que obliga a ambas ramas a «adoptar la misma posición básica sobre el punto de partida»<sup>25</sup>. La interrelación mutua que existe entre ambos sectores jurídicos se manifiesta en multitud de aspectos. Así, por ejemplo, un Derecho penal por el hecho exige un modelo de proceso penal distinto al que requeriría un Derecho penal de autor<sup>26</sup> o un Derecho penal basado en la prevención penal especial exigiría un proceso penal que posibilitase la investigación de la personalidad del autor<sup>27</sup>. Esta interrelación se manifiesta asimismo en sentido contrario, hablándose del efecto troquelador del Derecho procesal penal sobre el Derecho penal<sup>28</sup>. Todo ello nos debería llevar a plantear la necesidad de discutir el modelo basado en la separación entre las cuestiones materiales y procesales.

La tercera parte está dedicada a la visión que de la dogmática alemana se tiene desde el extranjero y se inicia con la potencia de

<sup>23</sup> Cfr., por ejemplo, Cerezo Mir, J.: *Curso de Derecho Penal Español*. T. I. 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, p. 62; De la Oliva Santos, A. en *Derecho Procesal Penal*. 4ª ed., Ceura, Madrid, 1999, p. 6.

<sup>24</sup> Así, por ejemplo, De la Oliva Santos, A. en *Derecho Procesal Penal*. *Op. Cit.*, p. 6.

<sup>25</sup> Peters, K.: *Strafprozeß*. 4ª ed. C.F. Müller, Heidelberg 1985, p. 9. En esta misma línea, Müller-Dietz, H.: «Die Stellung des Beschuldigten im Strafprozeß» en *ZStW* 93, 1981, p. 1189, escribe: «se ha impuesto ahora el reconocimiento de que existe una dependencia, una relación recíproca, entre ambas materias jurídicas que hace necesaria una sintonización en su contenido»; Rieß, P.: «Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafrechts» en *Festschrift für Karl Schäfer*. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1980, p. 171, quien ha manifestado que «...el Derecho procesal tiene que ofrecer un modelo de proceso que responda a la orientación básica del Derecho penal»; Rudolph, H. J.: «Strafprozeß im Umbruch» en *ZRP*, 1976, p. 165; Quintero Olivares, G.: *Introducción al Derecho Penal*. Barcanova, Barcelona, 1981, pp. 37 y s.

<sup>26</sup> Peters, K.: *Strafprozeß*. *Op. Cit.*, p. 9.

<sup>27</sup> Roxin, C.: *Strafverfahrensrecht*. 22ª ed. C.H. Beck, München, 1991, p. 6.

<sup>28</sup> Cfr. Peters, K.: *Strafprozeß*. *Op. Cit.*, pp. 11 y s.; Schäfer, K. en Löwe/Rosenberg: *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar*. Tomo I. 24ª ed. Walter de Gruyter. Berlin-New York, 1988, p. 119.

**Fletcher:** «Deutsche strafrechtsdogmatik aus ausländischer sicht» Este comienza trazando un mapa de su área de influencia. En el centro se situarían las naciones de habla alemana y, a continuación, en dos círculos concéntricos encontraríamos, en primer término, los países latinos, muchos de ellos con un pasado autoritario y antidemocrático. En segundo lugar, se encuentran países con idiomas difíciles de dominar como Grecia, Japón, Finlandia, Turquía y Polonia.

Los Estados de estos dos círculos no sólo disponen de un vocabulario traducido del alemán, sino que comparten unos mismos conceptos: la distinción entre injusto y culpabilidad, la contemplación del delito como una unidad descompuesta en dos o tres categorías, un sistema dual de sanciones (penas y medidas de seguridad) y el principio de culpabilidad. Constituye un mérito de la dogmática alemana haber creado un mundo conceptual que se ha extendido a diferentes culturas, proporcionando la base para que se desarrollen en su propia lengua. Junto a ello destaca los méritos que corresponden a los que han sido capaces de buscar en otras culturas jurídicas extranjeras valiosas ideas para introducirlas en sus sistemas. Ellos son los verdaderos cosmopolitas. En este sentido, resalta lo que, a su juicio, constituye una sombra que se cierne sobre la dogmática alemana: la falta de interés por la cultura jurídica de los demás. El intercambio de ideas va en una única dirección. La dogmática alemana adolece de un carácter provinciano que también se aprecia en los Estados Unidos. Por último se ocupa de otros países a partir de dos criterios: grado de comprensión del sistema alemán e interés por el mismo.

En la segunda parte de su trabajo utiliza dos ejemplos para ilustrar la forma de trabajar del sistema alemán y el anglosajón: la pena y el error sobre un tipo permisivo. La primera constituye la piedra angular de un posible Derecho penal universal. Desde la perspectiva alemana se tomaría probablemente la teoría de la acción como punto de partida (así lo hace Hirsch), mientras que desde la perspectiva anglosajona este papel le correspondería a la pena, pues sin ésta no hay Derecho penal. Esta diferente perspectiva se basa en el sistema de doble vía imperante en Alemania, lo que hace que la unidad se busque en la acción y lo injusto. Dado que la Constitución sólo se refiere a la pena, la existencia de otras sanciones plantea el problema de si a éstas les son de aplicación los principios fijados para las penas. En Estados Unidos el problema se aborda a partir de dos criterios: el del motivo del Estado (asistencial o retributivo) o el del efecto, es decir, si la medida muestra una equivalencia funcional con la pena.

En materia de error destaca que si la dogmática ha de ser consecuente y evitar que sus principios conduzcan a resultados injustos, entiende que esto no se da en este punto ni en el sistema anglosajón ni en

Alemania. Lo ejemplifica en un caso de violación en el que el marido de la víctima convenció a varios soldados de que a su mujer le gustaba mantener relaciones sexuales por la fuerza. En su opinión, se alcanzan resultados extremos e injustos en ambos sistemas cuando se aplica la teoría restringida de la culpabilidad o no se da ningún valor al error. Realmente el ejemplo elegido no parece el más adecuado si de lo que se trata es de discutir el error sobre los presupuestos de una causa de justificación.

En mi opinión, resulta muy acertado el análisis de Fletcher sobre cómo el intercambio con la dogmática alemana va en un sólo sentido y que en general en Alemania apenas se presta atención a la realidad jurídico-penal de otros países. En este sentido, llama la atención la reacción que provocaron sus palabras en los penalistas alemanes. Mientras alguno considera simplemente que se cita muy poco el Derecho extranjero (Kindhäuser, pág. 295), en la mayoría de los casos se admite aunque inmediatamente se buscan excusas (falta de dominio de otras lenguas, de bibliotecas con Derecho penal extranjero, etc.)<sup>29</sup>. En otros autores se considera que la opinión de Fletcher no parece acertada al menos para algunos sectores (Schöch, pág. 296).

**Cerezo Mir**, tras efectuar un análisis de la influencia de la dogmática alemana en la española desde finales del siglo XIX hasta nuestros días, escoge tres cuestiones en las que aquélla nos ha influido, lo cual, sin embargo, no ha sido óbice para que la regulación española difiera de la alemana: error de prohibición, penas cortas y medidas de seguridad.

A su juicio, el Código penal español acoge la teoría estricta de la culpabilidad elaborada por Welzel. Sin embargo, a diferencia de otros Códigos penales, en el nuestro la atenuación en caso de error vencible es obligatoria y no meramente facultativa. El autor entiende que la solución española es preferible, pues por más que el error sea fácilmente vencible, lo cierto es que el autor parte de que su conducta es lícita y, en consecuencia, su capacidad para comportarse conforme al Derecho está disminuida.

Resalta la derogación absoluta en el Código penal de las penas cortas de prisión. Aquí también se puede ver la influencia de la doctrina alemana, pues se trata de una idea que se retrotrae al programa de Marburgo de von Liszt y que después se ha defendido por Roxin y el Proyecto Alternativo alemán. En nuestro caso no se admiten ni siquiera de forma excepcional como en Alemania. Es de lamentar que la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 23 de noviembre, que entrará

---

<sup>29</sup> Cfr. el caso de Burgstaller (pág. 298) o de Roxin (pág. 381).

próximamente en vigor, haya puesto fin a esta situación, reintroduciendo las penas de prisión inferiores a seis meses.

Finalmente se muestra crítico con la regulación que del principio de proporcionalidad se realiza en materia de medidas de seguridad en el Código penal español. Éste en el art. 6.2 y en otros viene a establecer que las medidas de seguridad deben ser proporcionales a la gravedad del hecho. A su juicio, esto es erróneo, pues las medidas de seguridad deben ser proporcionales a la peligrosidad del autor. En este sentido le parece preferible la propuesta del Proyecto de Código penal de 1980 en cuyo art. 133 se vinculaba la proporcionalidad «con la peligrosidad revelada por el hecho cometido y la gravedad de los que resulte probable que el sujeto pueda cometer».

A mi entender, la propuesta de Cerezo Mir termina haciendo algo parecido a lo que critica. Si en las medidas de seguridad su duración viene determinada por la peligrosidad criminal del autor y no por la entidad del hecho cometido, esto significa que la medida, a veces, tendrá que durar menos de lo que se deriva de la gravedad del hecho y en otras ocasiones bastante más. En este sentido, si se orientara la gravedad de la sanción únicamente a las finalidades preventivo-especiales, se tendría que reconocer que la medida puede durar ilimitadamente en tanto se mantenga la peligrosidad criminal. Sin embargo, Cerezo Mir, en mi opinión, acertadamente, no está dispuesto a ello y por eso exige que la medida venga limitada por la gravedad de los delitos que se pronostique que puede cometer el sujeto en el futuro. Pero de esta forma se pone un límite que no puede rebasar la medida aunque no se haya satisfecho el fin perseguido, evitar que se vuelva a delinquir. En efecto, la gravedad de los delitos que en el futuro pueda cometer un sujeto nada nos dice acerca del tipo de tratamiento que pueda necesitar una persona y su duración. Con ello, en esta concepción también se termina abandonando la coherencia con el modelo preventivo-especial, pues al final la peligrosidad sólo puede actuar dentro del marco ofrecido por un criterio ajeno a ella. Si se quiere establecer algún límite a una sanción orientada a la prevención especial, éste necesariamente debe ser externo al fin que, como hemos visto y tantas veces se ha apuntado en la doctrina cuando se critica la prevención especial, no lo ofrece<sup>30</sup>. Así lo viene a reconocer el propio Cerezo Mir cuando critica las teorías que asignan a la pena únicamente una función preventivo-especial, señalando que podrían dar lugar «en casos de delincuentes peligrosos que sean autores de delitos de escasa gravedad, a la aplicación de penas desproporcionadas a la gravedad del delito...»<sup>31</sup>. Llegados a este punto, lo único que cabe valorar

<sup>30</sup> Cfr., por ejemplo, ROXIN, C.: *Strafrecht*. AT. 2.<sup>a</sup> ed. C. H. Beck, München, 1994, pág. 45.

<sup>31</sup> CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español*. T. I. 5.<sup>a</sup> ed. Tecnos, Madrid, 1996, págs. 28 y s.

es cuál de las propuestas de limitación ofrece más ventajas. Frente al criterio del Código penal, en el que los topes máximos de las sanciones son fácilmente determinables, el de Cerezo Mir es más difícil de concretar y, por tanto, más inseguro, pues ¿qué delitos cabe esperar del que ya ha cometido uno?

**Kaiafa-Gbandi** dedica su contribución a tratar tres temas candentes en la dogmática alemana. Destaca que son importantes por estar relacionados con las garantías que pretende salvaguardar el Derecho penal y que también han influido en la dogmática griega. Las cuestiones elegidas son el bien jurídico, los delitos de peligro abstracto y la posibilidad de que las personas jurídicas sean sujetos activos del delito.

Entiende que la concepción alemana sobre el bien jurídico como elemento fundamentador y limitador de la punición es uno de los legados más importantes para la cultura jurídica europea. Su papel no se puede sustituir por otros mecanismos como, por ejemplo, los derechos fundamentales. Tras destacar que no parece llegado el momento de fijar en la Constitución el concepto de bien jurídico, no obstante, ésta ya aporta al menos tres notas: orientación a magnitudes sociales empíricas, prohibición de la legislación simbólica y el rechazo de la creación de bienes universales que carezcan de una existencia autónoma y propia, representando una ficción. Este sería el caso de la salud pública. En cambio, el medio ambiente sí que tendría una existencia real.

En materia de delitos de peligro abstracto, especialmente utilizados en los nuevos ámbitos de la intervención penal (economía, drogas, etc.), critica las posiciones que, a su juicio, no sólo fundamentan el peligro abstracto en supuestos en los que la conducta no entraña ninguna injerencia en los bienes jurídicos, sino que incluso terminan por modificar el propio concepto de peligro. En este sentido, rechaza las tesis de Hoyer y de Kindhäuser. Para ella sólo cabe admitir la tipificación de acciones que al menos creen una fuente de peligro que pueda alcanzar en el caso concreto al bien jurídico y con ello pueda conducir autónomamente a su lesión.

En mi opinión, la interrelación que se suele establecer entre bienes supraindividuales y delitos de peligro abstracto es fruto de un déficit en la configuración de aquéllos<sup>32</sup>. Como ha destacado BUSTOS, el problema reside en que a menudo se los define «mediante fórmulas vagas,

<sup>32</sup>. Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista», en *Jueces para la Democracia*, 1997, n.º 30, pág. 18; LAURENZO COPELLO, P.: *El resultado en Derecho penal*. Tirant lo blanch, Valencia, 1992, pág. 176; MAQUEDA ABREU, M. L.: «La idea de peligro en el moderno Derecho penal», en *AP*, 1994, pág. 493.

imprecisas, confusas o ajenas al Derecho penal; así, se habla de ataque a la economía nacional, al desarrollo económico...»<sup>33</sup>.

Esta situación no sólo se da respecto a los denominados bienes «de nueva generación»<sup>34</sup>, sino también en relación a los tradicionales como la Administración de Justicia o la Administración Pública. Así, con frecuencia se define el objeto de tutela vinculado a tales instituciones utilizando fórmulas alusivas a su correcto funcionamiento, a la confianza en éste y otras similares<sup>35</sup>. Cuando el bien jurídico se centra en el correcto funcionamiento, ciertamente resulta muy difícil identificar su lesión, puesto que estamos ante una fórmula muy abstracta y formal. En efecto, sólo si previamente se determina en qué consiste la Administración de Justicia o la Administración Pública, podremos averiguar si en el caso concreto ha funcionado de manera adecuada. Tampoco con referencias a «la confianza pública en la objetividad de las resoluciones administrativas»<sup>36</sup> o «la confianza de los ciudadanos en el ejercicio correcto de la función pública»<sup>37</sup> se resuelven los problemas.

A la vista de este estado de cosas, es acertado el diagnóstico de Hassemmer y de otros representantes de la Escuela de Frankfurt en relación a la vaguedad de al menos algunos de los bienes supraindividuales. Sin embargo, de aquí no creo que se pueda inferir la ilegitimidad de la tutela de los bienes colectivos. Existen aspectos de la realidad social que trascienden a la persona y que son esenciales para la vida en sociedad. Muchos de ellos tienen más relevancia que no pocos bienes individuales y entiendo que es perfectamente legítima su tutela. Cuestión distinta es que no resulte admisible su configuración de forma vaga y confusa. En este sentido, es preciso dotarlos de la suficiente concreción. Este será el caso cuando se pueda identificar perfectamente el peligro y la lesión del bien colectivo, debiéndose aclarar que ésta no es sinónimo de destrucción total de lo que definimos como bien jurídico.

33. BUSTOS RAMÍREZ, J.: «Los bienes jurídicos colectivos», en *Estudios de Derecho penal en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*. Monográfico núm. 11 RFDUC, 1986, pág. 158. En este sentido, DIEZ RIPOLLES, J. L.: *El bien jurídico*. Op. Cit., págs. 18 y s.

34. Cfr., por ejemplo, DOVAL PAIS, A.: «Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, págs. 33 y ss.

35. En esta línea, por ejemplo, SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho penal*. PE. 8.ª ed. Dykinson, Madrid, 2003, págs. 771 y 833; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Madrid, 1994, págs. 302 y s.; OTTO, H.: «Die Aussagedelikte», §§ 153-163 StGB», en *JuS*, 1984, pág. 165; JAKOBS, G.: *Strafrecht*. AT. 2.ª ed. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1991, pág. 175.

36. Cfr. Loos, F.: «Zum «Rechtsgut» der Bestechungsdelikte», en *Festschrift für Hans Welzel*. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1974, pág. 889; CRAMER, P. SCHONKE / SCHRÖDER: *Strafgesetzbuch. Kommentar*. 24.ª ed. C. H. Beck, München, 1991, § 331 Rn 5.

37. BACIGALUPO, E.: *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, Akal, Madrid, 1991, pág. 352.

En efecto, de la misma forma que el bien jurídico vida humana no exige que se dé muerte a todos los hombres para su lesión, tampoco es preciso que se haya arrasado con el planeta para sostener la del medio ambiente.

Finalmente, en lo referente a las personas jurídicas utiliza los clásicos argumentos de la falta de capacidad de acción y de culpabilidad para rechazar que puedan ser consideradas sujetos activos del delito.

**Zoll** considera que sería importante investigar el papel que el Derecho penal ha jugado en la configuración del Estado de Derecho. El Derecho penal de los regímenes totalitarios busca la justicia del caso concreto y, por ello, rechaza la dogmática penal. La relación entre la dogmática alemana y polaca ha sido muy estrecha por diversas razones históricas, entre otras, una parte importante de Polonia a finales del s. XIX pasó a formar parte primero de Prusia y después del Imperio Alemán, aplicándose en estos territorios el Código penal alemán de 1871, de tal forma que los tribunales recurrían en la interpretación de los preceptos no sólo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Imperio sino a las construcciones doctrinales.

En la época de entreguerras la doctrina polaca acogió esencialmente la estructura del delito elaborada por Beling. En la posguerra las autoridades comunistas implantaron un Derecho penal de autor. En la estructura del delito diseñada por la doctrina soviética se distinguían cuatro elementos: el objeto del delito, el tipo objetivo, el sujeto del delito y finalmente el tipo subjetivo. En esta concepción el sujeto se convierte en un elemento autónomo. En este modelo para determinar si el hecho era delictivo influía quién era el autor. Sin embargo, la doctrina polaca rechazó que las cualidades del autor pudieran influir sobre el grado de peligrosidad del hecho y, en consecuencia, sobre el carácter delictivo o no de éste.

En la actualidad sigue siendo predominante el modelo de Beling, si bien cada vez gana más terreno la concepción que enriquece éste con un nuevo elemento: el merecimiento de pena. Con este elemento se tiene en cuenta la respuesta que el legislador polaco ha dado en el plano material a la delincuencia de bagatela (art. 1 § 2 del Código penal polaco), a diferencia de lo que acontece en Alemania donde se ofrece una solución procesal mediante el recurso al principio de oportunidad (§ 153 StPO).

En la parte relativa a la visión que otras ciencias y la opinión pública tienen del Derecho penal, la ponencia la realiza **Höffe**: "Proto-strafrecht: Programm und Anfragen cines Philosophen». Este autor apunta a la existencia de tres factores que despiertan el interés de los filósofos por el Derecho penal: el aumento de la intervención penal, la globalización y la

reorientación del moderno Derecho penal que ha pasado de conceptos metafísicos a una metodología empírica. Rechaza que lo metafísico y lo empírico se excluyan. A partir de ahí se propone configurar una especie de Derecho primario, universal, que es previo al Derecho positivo y que está por encima. Esto se ha de entender en el sentido de que su objeto es elaborar un Derecho penal que no se vincula ni al Derecho vigente ni a un Derecho penal válido en una determinada región en una época concreta. Para la configuración de este modelo empieza por analizar los conceptos básicos del Derecho penal. En su opinión, resulta necesario rehabilitar algunas ideas de Kant. En tanto la pena se presente después del delito y tenga su causa en éste, ella es retribución. Primariamente la pena tiene un carácter retributivo. Pero esto no impide que la pena tenga también un aspecto prospectivo. En efecto, secundariamente la pena es prevención. Una vez aclaradas estas cuestiones se ocupa de la legitimación del Derecho penal para lo cual de nuevo acude a Kant y la retribución. No obstante, considera que la retribución es condición necesaria, pero no suficiente. Y ello porque no se puede reaccionar con la pena frente a cualquier conducta desviada sino únicamente frente al delito. Asimismo se sirve de los derechos humanos. A través de la legitimación de éstos el Derecho penal adquiere una dimensión universal. En efecto, considera que «si tanto su poder punitivo como sus delitos tienen una validez universal, entonces la justicia penal se puede dirigir a los hombres de cualquier cultura». Por último se ocupa de dos cuestiones: titularidad del poder punitivo y existencia de principios básicos de la dignidad humana en el ámbito procesal.

**Prantl** pone de relieve la diferencia entre el Derecho penal y la Economía. Los economistas juegan un papel esencial en el debate público e incluso han pasado a formar parte de la política en la medida en que ya no se limitan a señalar los posibles caminos que hay que tomar o lo que se puede hacer con recursos escasos para alcanzar las diversas metas concurrentes, sino que también opinan sobre la relevancia de cada uno de los objetivos, lo que es propio de la política.

La situación del Derecho penal es muy diversa y en ello la responsabilidad es doble. Por una parte, muchas veces los temas penales no interesan a los medios de comunicación. Pero, por otra, el Derecho penal no pone de su parte para hacerse presente y entender.

En los medios de comunicación se informa normalmente de los delitos capitales. Esto provoca la impresión de que nos encontramos ante sociedades con graves delitos en las que nadie puede sentirse seguro, siendo, además, el prototipo de delincuente el asesino. En cambio, no se habla del contexto social ni tampoco de las condiciones ni las consecuencias de los delitos.

Frente a este estado de cosas poco puede hacer el Derecho penal. Pero al menos debería tratar de corregirlo. En este sentido destaca que los penalistas tendrían que mostrar una capacidad de discutir más allá del ámbito de su disciplina. No obstante, cuando algunos intervienen en la opinión pública, se les descalifica, considerando que eso no tiene carácter científico. A su juicio, es a la inversa, pues estima que una ciencia que sólo es capaz de alimentarse a sí misma es bastante inútil. Por ello termina diciendo que «el que quiera una Política criminal ilustrada, tiene que ilustrar».

**Scheerer** dedica su intervención a criticar la idea de que los elementos básicos del Derecho penal: delitos, penas y proceso penal son fenómenos universales. Esta tesis es un mito que se retrotrae a los primeros etnólogos que la afirmaron en virtud de sus propios prejuicios y de ahí paso a Durkheim y su escuela. En la actualidad en el debate científico ni siquiera se discute la idea de que el Derecho penal y las penas no son modelos universales del control social. Universales son las normas, las sanciones, el principio de reciprocidad y la atribución de responsabilidad. En cambio, no lo son las normas jurídicas, las penas, la retribución y la culpabilidad.

A mi entender, es Prantl el que pone sobre la mesa un tema de vital importancia: la relación entre Derecho penal y medios de comunicación. En este sentido, creo que se puede estar de acuerdo con el análisis que hace este autor y que la situación en nuestro país no es diversa a la alemana<sup>38</sup>. No le falta razón cuando señala que es difícil corregir este estado de cosas. A mi juicio, aparte de sus propuestas, resulta esencial la realización de estudios en los que se ponga de relieve la falta de rigor a la hora de abordar muchas cuestiones vinculadas al Derecho penal, así como las consecuencias que de cara a la formación de la opinión pública trae consigo este tipo de actuaciones. Por otro lado, en la medida en que los poderes públicos disponen de medios de comunicación, éstos deberían fomentar la seriedad y el rigor en el tratamiento no sólo del tema de la delincuencia sino de otros.

---

<sup>38</sup> Recientemente Díez RIPOLLÉS, J. L.: El nuevo modelo. *Op. Cit.*, pág. 38, a propósito de los medios de comunicación, señala que «su avidez lucrativa en unos casos, su sesgo ideológico en otros, la lucha por los lectores o la audiencia en casi todos, les ha hecho apurar al máximo las innegables potencialidades mediáticas de la criminalidad, a la que mantienen una y otra vez en sus portadas. No importante, a tales efectos, que la imagen social que se transmita de la delincuencia y de su persecución se asiente sobre anécdotas y sucesos aislados descontextualizados, que se incrementan sin fundamento real la preocupación y miedo por el delito y las consecuentes demandas sociales de intervención, o que se haya de ocultar la ignorancia y falta de preparación de sus profesionales a la hora de entender los complejos conflictos sociales que están narrando».

**Roxin** en su ponencia «Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft» señala que son seis las cuestiones que ha de abordar en el futuro la Ciencia del Derecho penal.

En primer término, la Ciencia del Derecho penal se ha de seguir ocupando de la dogmática en un sentido clásico tanto en el plano material como en el procesal, pese a que a veces se haya incurrido en errores en esta materia. Especial importancia le otorga al desarrollo dogmático del Derecho procesal penal que por diversas razones está considerablemente retrasado. En este sector hay que abordar temas tan trascendentales como la teoría de las pruebas ilícitas, la práctica de los acuerdos o el alcance del principio *nemo tenetur*.

En segundo lugar, la Ciencia del Derecho penal ha de tratar tanto las concepciones tradicionales como nuevos ámbitos problemáticos. En efecto, en muchos viejos temas todavía no se ha alcanzado una solución que merezca el consenso (alcance de la punición de la omisión, el concepto de hecho en el Derecho procesal penal, etc.). Al mismo tiempo el desarrollo social, industrial, técnico y científico hace que surjan nuevos campos o que los viejos cobren una especial relevancia. En la esfera material destaca la criminalidad económica internacional; los grandes riesgos que amenazan a innumerables personas (la energía atómica, industria química, empresas de alimentos, etc.); la problemática vinculada a la vida y la muerte del ser humano (la eutanasia, la protección del embrión mediante la genética, los trasplantes de órganos, etc.)<sup>39</sup>. En el plano procesal menciona los acuerdos entre el Fiscal, el Tribunal y el abogado defensor, lo que, a su juicio, hace que necesitemos dos tipos de proceso: uno contradictorio y otro consensual; los métodos de investigación que a la vista de los avances técnicos han cobrado una dimensión hasta ahora desconocida (análisis genéticos, la vigilancia mediante cámaras de vídeo, escuchas telefónicas y los métodos informáticos) y el último es el amplio empleo de agentes encubiertos y confidentes.

En mi opinión, antes de aceptar la propuesta de crear dos tipos de proceso sería necesario abordar hasta qué punto es legítimo un sistema de justicia negociada. Desde esta perspectiva, se apuntan problemas de igualdad e inseguridad<sup>40</sup>, indefensión<sup>41</sup>, etc. Detrás de la justicia negociada está el problema de la sobrecarga de trabajo de la

---

<sup>39</sup> En mi opinión, el tema de la inmigración debería figurar entre los que en la actualidad han cobrado una especial relevancia.

<sup>40</sup> Cfr., por ejemplo, lo dicho por Salditt en págs. 218 y s.

<sup>41</sup> Cfr., por ejemplo, Sáez, R.: «Juicios rápidos, condenas negociadas, órdenes de alejamiento y deterioro del proceso penal», en *JpD*, n.º 49, 2004, págs. 7 y s.

Administración de Justicia, debido, entre otras razones, a la permanente ampliación del Derecho penal sin que este fenómeno vaya acompañado de la despenalización material de otros asuntos que no tienen la entidad suficiente o que se pueden resolver adecuadamente por otros medios. En su lugar se busca una solución procesal que trae consigo, como se ve, no pocos problemas. Por todo ello, creo que sería necesario replantearse los actuales límites del Derecho penal antes de seguir profundizando en instrumentos procesales tales como el principio de oportunidad, la conformidad, etc.

El tercer tema que ha de ser objeto de atención por parte de la Ciencia del Derecho penal es abordar la dimensión internacional de esta disciplina. En su opinión, el Derecho penal es una ciencia única, pese a las diferencias existentes en las normativas, y todos los investigadores han de colaborar para su desarrollo. El objeto del Derecho penal es más homogéneo de lo que se cree. En efecto, la criminalidad tiene unas características similares en todos los países industriales. Las categorías del delito son objeto universal de estudio. Las diferencias en la solución de problemas vinculados a las concretas figuras delictivas o a la teoría general del delito no invalidan su tesis, pues los problemas son los mismos y los argumentos manejados para solucionarlos son limitados y suelen tener una validez supranacional, lo que permite alcanzar un consenso y lograr dar uniformidad a las legislaciones.

En cuarto lugar sigue siendo función del Derecho penal asesorar tanto en el ámbito jurisprudencial como legislativo. Sin embargo, destaca que mientras las relaciones entre Ciencia y práctica son muy fructíferas, muy distintas son las existentes con el legislativo. Desde la elaboración de la Parte General del Código penal en la que los penalistas tuvieron un lugar muy destacado, ni de lejos se ha podido asesorar en profundidad al legislativo sobre cuestiones penales. Junto a los mecanismos clásicos de asesoramiento es preciso desarrollar nuevas formas.

El quinto aspecto del que se ha de ocupar la Ciencia del Derecho penal es la Política criminal. Aquí no se trata de asesorar en la elaboración de los proyectos que prepara el legislador, sino de plantear iniciativas de reforma para su discusión científica y para impulsar medidas legislativas. Si hasta ahora no se ha hecho es porque se ha pensado que la tarea de la Ciencia era interpretar y sistematizar el Derecho penal vigente, mientras que la creación de nuevas leyes era una cuestión política y no científica. Esto tiene en Alemania una cierta tradición que arranca en von Liszt y su escuela y continúa con la elaboración de los proyectos alternativos después de la guerra.

La última tarea que menciona Roxin es el trabajo en un Derecho penal supranacional. En este punto considera que el Derecho penal internacional ha de abordar la elaboración de un Código penal universal, puesto que la Corte Penal Internacional no va a poder funcionar con unos tipos penales bastante indeterminados que se han elaborado, siguiendo al Tribunal de Nuremberg, por la vía del Derecho internacional consuetudinario. En cambio, por el momento no estima necesario ni deseable un Código penal europeo. Todo lo que de común existe en Europa se puede abordar desde las legislaciones penales nacionales. La eliminación de las diferencias es uno de los riesgos del centralismo. Un Código penal europeo sería fruto de compromisos políticos, siendo éstos a menudo soluciones malas debido a que sobre ellas influyen más ciertos poderes que los conocimientos científicos. En su opinión, la elaboración de un Código penal europeo es algo que tendrán que abordar futuras generaciones. Tampoco cree necesario que se impulse desde la Unión Europea un modelo de Código penal para este ámbito geográfico como se ha hecho, por ejemplo, en Latinoamérica. Cuestión muy distinta es que al margen de cualquier iniciativa política en el ámbito científico se trabaje en este tema. Finalmente estima necesario crear una regulación penal europea en ciertas materias. Esto acontece tanto en lo relativo a los intereses económicos y financieros de la Unión Europea como en la delincuencia internacional (pornografía infantil, delitos ambientales que afectan a los países vecinos, terrorismo internacional y tráfico de drogas). En la criminalidad internacional la existencia de diferentes regulaciones con una diversa intensidad en su persecución termina creando oasis de criminalidad, lo que dificulta que se pueda combatir eficazmente.

A mi entender, las razones que alega Roxin para rechazar la necesidad de elaborar un Código penal europeo no son totalmente convincentes. La elaboración de Códigos penales unitarios para grandes regiones del mundo, en este caso la Unión Europea, sin duda facilitaría la labor de creación de un Código penal universal, puesto que es más fácil ponerse de acuerdo partiendo de la existencia de unos pocos grandes modelos. Además, su afirmación de que todo lo que de común existe en Europa se puede resolver a través de las legislaciones nacionales parece contrastar con su idea de que es necesaria una regulación europea para ciertos temas. Además, de admitirse su propuesta, tendrían que convivir dos regulaciones: una estatal y otra europea. Por lo que a la segunda se refiere, esto ya plantea, a mi juicio, la necesidad de elaborar un minicódigo penal europeo, en el que se sienten las reglas de la imputación que se van a seguir en este ámbito. Pero llegados a este punto, creo que sería preferible abordar directamente la elaboración un texto completo<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Sobre las actuales propuestas de Derecho penal europeo, cfr. Silva Sánchez, J. M.: «Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica», en *Revista Penal*, n.º 13, 2004, *passim*.

En su comentario **Heine** aborda tres fenómenos: la privatización, la internacionalización y la instrumentalización del Derecho penal en crisis sociales.

La privatización aparece tímidamente todavía en diversos sectores del Derecho penal: ejecución penal, seguridad (empresas dedicadas a prestar servicios en esta materia), sanciones (reparación del daño) y proceso penal (intervención de la víctima, acuerdos en el proceso). Esta situación se aprecia incluso en el ámbito de los presupuestos de la responsabilidad penal. Esto lo ejemplifica con la reducción de la reserva de ley, donde ya no sólo se trata de que la Administración complete la normativa penal, sino incluso de que los particulares elaboren normas relevantes para el Derecho penal como acontece con los criterios de calidad empresariales. Todo esto se puede interpretar como un ataque frontal a los principios básicos del Derecho penal. Así, por ejemplo, se puede considerar que los acuerdos en los procesos vienen a dirimir los conflictos con base en criterios de poder en lugar de pautas jurídicas. A su juicio, es imprescindible investigar esta cuestión desde una perspectiva que conciba el fenómeno de la privatización como algo estructural.

En gran medida los fenómenos privatizadores que menciona Heine también están presentes en nuestro país y, desde luego, provocan fricciones con principios básicos de un Estado de Derecho. Así, por ejemplo, cabe destacar cómo en el ámbito de la responsabilidad penal de menores la ejecución de las medidas está en muchas ocasiones en manos privadas sin que ello haya sido objeto de un verdadero debate. Algunos autores consideran que el establecimiento de excepciones al régimen de persecución pública de los hechos delictivos supone también una privatización<sup>43</sup>. En opinión, este tema, así como el de la reparación del daño se puede ver desde una óptica distinta. En estos casos cabe considerar que más que de la introducción de aspectos privados en el Derecho penal cabe hablar de llevar a cabo la subsidiariedad de éste respecto de otros sectores del ordenamiento jurídico.

Con el término internacionalización ya no se está pensando en el Derecho comparado sino en estructuras penales supranacionales que vienen a desautorizar la tesis kelseniana de la unidad del Estado y el Derecho. Estas estructuras internacionales van a tener repercusiones sobre el Estado, sus normas van a tener al menos un valor informativo y en no pocas ocasiones un efecto directo. En este sentido destaca la conquista que ha supuesto el Estatuto de Roma de la Corte Penal

---

43 En este sentido, Tamarit Sumalla, J. M.: *La reparación a la víctima en el derecho penal*. Fundació Jaume Callís, Barcelona, s/l, pág. 73; Romeo Casabona, C. M.: "Los delitos culposos en la reforma penal", en *ADPCP*, 1990, pág. 480.

Internacional y los avances en la elaboración de un Derecho internacional sobre ciertos bienes colectivos globales (atmósfera, agua, etc.).

Por último, considera que con independencia de si la instrumentalización se ve como un avance o una desnaturalización lo cierto es que la tendencia del legislador de influir con la coacción penal en los procesos sociales que nos amenazan no es algo efímero. Aquí cita las nuevas formas de autoría (dominio de la organización y el desarrollo en la Parte Especial de formas de participación desligadas de la accesoriedad), la sed estatal de información que materialmente se traduce en la creación de deberes de información y procesalmente en la atribución de amplias facultades de registro y comiso y finalmente menciona la desaparición de la clara delimitación entre la culpabilidad que fundamenta la pena y la relativa a la concreción de ésta (papel de la reparación del daño, disponibilidad para la superación del conflicto, etc.).

Como conclusión, se muestra escéptico ante la perspectiva de configurar un Derecho penal unitario para abordar todos los problemas desde los delitos más graves, pasando por la influencia en la economía, hasta los delitos de escasa gravedad. El recurso a «modelos de responsabilidad y estrategias procesales idénticos favorece una fatal jurisprudencia de conceptos en detrimento de soluciones adecuadas a los problemas».

**Heine**, al igual que Jakobs con su distinción entre un Derecho penal del ciudadano y otro del enemigo<sup>44</sup>, pone sobre la mesa la cuestión de si el Derecho penal ha de constituir un sistema unitario o si, por el contrario, dentro del mismo caben varios subsistemas. En realidad, esto último ya se da, puesto que la responsabilidad penal de los menores se ventila a través de un modelo diferenciado del de los adultos en el que, a diferencia de éste, prima la prevención especial ya en la fase de aplicación de la sanción. Por tanto, es perfectamente posible distinguir dentro del Derecho penal diversos subsistemas con sus propias reglas de funcionamiento dentro de unos principios generales comunes. En mi opinión, esto sería necesario si, tras agotar todas las posibilidades de configurar un sistema unitario adecuado, no se pudieran resolver los problemas que se plantean en la delincuencia vinculada a ciertos ámbitos de la vida social y, además, fuera preciso recurrir a las penas, pero vinculadas a unos presupuestos diversos. El tema se está planteando esencialmente respecto de los bienes colectivos. De momento estimo que no se dan las condiciones para llevar a cabo semejante labor, pues todavía no se puede desechar la hipótesis de que, en lugar de varios subsistemas

---

<sup>44</sup>. Algo parecido plantea Roxin en el plano procesal con su propuesta de elaborar dos modelos procesales: uno contradictorio y otro consensual.

de Derecho penal, lo que necesitamos es una reelaboración de una Parte General. Esta se ha configurado a partir de los delitos contra bienes personalísimos, y los avances que se han producido en los últimos tiempos en la profundización de los delitos vinculados a bienes supraindividuales han resaltado sus deficiencias en cuanto a su generalidad.

**Jareborg** destaca el papel esencial de la ideología a la hora de plantearse las futuras tareas del Derecho penal. El ideal de los positivistas de crear una Ciencia neutral fue también una ideología que, por lo demás, fue estéril. En su opinión nos movemos entre dos concepciones extremas: una vendría marcada especialmente por las notas del Estado de Derecho, la proporcionalidad y la humanidad; la otra por la efectividad, la prevención y la ley y el orden.

**Nelles** parte de la idea de que nos encontramos ante una época de cambio: los Estados desaparecen en uniones supranacionales o tienden a una especie de situación tribal; crecen los fenómenos migratorios; se erosionan las estructuras sociales como la familia, etc. Esta época se caracteriza por la globalización que, en primer término, tiene una índole económica hasta el punto de que se puede hablar de una «constitución universal de la economía». Sus principios básicos serían: la intangibilidad del mercado, la desregulación y la selección natural. En un escenario hipotético como éste el Derecho penal perdería sus contornos. En este contexto la tarea consistiría en buscar mecanismos de regulación que permitieran alcanzar los fines que actualmente se persiguen con el Derecho penal y que al mismo tiempo garanticen la libertad individual lo más posible. Para la consecución de este objetivo se plantea acudir a la teoría del caos. Desde esta perspectiva, considera que la Política criminal jugaría un papel esencial.

Finalmente, **Eser** realiza unas observaciones generales en las que, en primer lugar, echa en falta una mayor atención al Derecho penal nazi y de la antigua Alemania Oriental, pues ello puede dar la apariencia de un Derecho penal alemán «inmaculado». Asimismo señala que tiene la impresión de que la Ciencia del Derecho penal en Alemania ha perdido de vista su objetivo final, pues parece que «la protección del Derecho penal prima frente a la tutela por medio del Derecho penal». Sobre la concepción del Derecho penal se muestra muy crítico, señalando que reflexiones como las que hace Jakobs «ya han conducido una vez a un Estado injusto».

En conclusión, cabe señalar que el libro ofrece una buena visión del presente de la dogmática alemana, así como de la cuestión de por dónde va a discurrir ésta en el futuro. En cambio, como señala Eser, se echa en falta una mayor atención a algunos aspectos del pasado.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen: *La responsabilidad penal del médico*. Tirant lo Blanch 2003.

El lector tiene en sus manos un auténtico Tratado de Derecho penal médico, en el que se tratan con profundidad gran variedad de cuestiones fundamentales para la determinación de la responsabilidad penal de los profesionales de la Medicina. GÓMEZ RIVERO aborda, con rigor y exhaustividad, el estudio de aspectos a la vez variados y centrales de la responsabilidad médica, pero con imbricaciones fundamentales entre sí, tanto de parte general como especial. De la lectura del trabajo de GÓMEZ RIVERO puede destacarse, desde el principio, el tratamiento sistemático a que responde, tratamiento que va más allá de un análisis de los problemas abordados en el ámbito específico de la actividad médica, apoyándose en la adopción de un sistema coherente para el análisis de las distintas cuestiones en el marco de la teoría general del delito. En relación con los temas que son objeto de estudio, destacan, en la parte general, entre otras cuestiones, el estudio de los presupuestos y límites del consentimiento del paciente y el contenido del deber de información del médico, las consecuencias penales por los vicios o la ausencia de consentimiento, los problemas que plantean los tratamientos realizados sobre menores o incapaces, la cuestión de la calificación dogmática del tratamiento médico realizado sin consentimiento o con consentimiento ineficaz (*tratamiento médico arbitrario*), así como los problemas que presentan los tratamientos médicos experimentales; en la parte especial, el análisis de la problemática que plantea la actividad médica en las fases inicial y final de la vida en relación con los delitos de aborto, lesiones al feto y los supuestos de eutanasia, así como de otros tipos delictivos que puede realizar el médico, como la omisión de asistencia sanitaria o el incumplimiento del deber de secreto médico.

La obra está dividida en cuatro partes. Las primeras dos son las partes más generales, en las que se tratan los grandes temas relativos a la fundamentación de la responsabilidad penal del médico en relación con los resultados lesivos de los bienes jurídicos más importantes y que con

mayor frecuencia pueden resultar afectados en el curso de la actividad médica. Así, la Primera Parte lleva por título 'Delitos contra la libertad', mientras que la Segunda Parte se titula 'Delitos contra la integridad física y vida'.

En la Primera Parte se abordan cuestiones relacionadas fundamentalmente con la protección del derecho a la autodeterminación del paciente y, por lo tanto, con el estudio del consentimiento informado de éste y de los presupuestos de su validez, en relación con el deber de información del médico; a partir de este análisis, se lleva a cabo a continuación un examen detenido de las consecuencias penales derivadas de la ausencia de consentimiento eficaz.

Como se pone de manifiesto en la obra, desde mi punto de vista la delimitación del consentimiento como presupuesto legitimador de la actividad médica adquiere significativa importancia en la sociedad moderna, en la que la consideración del interés objetivo en la curación del paciente, y la protección de su salud (expresados en la máxima *salus aegroti suprema lex*), cede cada vez con mayor evidencia en las valoraciones —no sólo ético-sociales, sino también del propio ordenamiento jurídico— ante el respeto a la voluntad del paciente como principio fundamental de la relación médico-paciente (expresado en la máxima *voluntas aegroti suprema lex*). Este planteamiento constituye el marco de referencia en el que se lleva a cabo, en esta Primera Parte, el estudio del objeto, los presupuestos y los límites del consentimiento, lo que se considera decisivo de cara a la protección de los bienes jurídicos respecto de los cuales la voluntad del paciente constituye su expresión: la libertad, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad. El análisis del ámbito de aplicación del consentimiento delimita negativamente los tipos penales en los que no se protege la autodeterminación del paciente, sino su salud, y respecto de los cuales el consentimiento —aunque puede desempeñar un papel— no debe entrar en principio en consideración para determinar la lesión del bien jurídico afectado: en estos casos, la integridad o la salud. Por ello, como luego se justificará, el tratamiento médico indicado y ejecutado conforme a la *lex artis* pero sin contar con el consentimiento eficaz del paciente —supuestos de *tratamiento médico arbitrario*— no dará lugar a un delito de lesiones, sino a un delito contra la libertad, bien de coacciones o bien de detenciones ilegales.

En este contexto se enmarca el estudio de la problemática relativa al tratamiento médico y el delito de lesiones, a la que la autora dedica el Capítulo III de la Primera Parte. Tras exponer detalladamente las diversas posturas doctrinales que se han ido sucediendo a lo largo del tiempo tanto en nuestra doctrina penal como en la doctrina penal alemana en torno a la calificación dogmática de las lesiones causalmente pro-

ducidas en el curso de un tratamiento médico, la autora acoge las teorías que excluyen la tipicidad por el delito de lesiones de los tratamientos curativos médicamente indicados y realizados con arreglo a la *lex artis*, con independencia del resultado finalmente producido, por entender que en tales casos no se da ya el desvalor de acción propio del tipo de lesiones<sup>1</sup>. En general, la ausencia de desvalor de acción puede fundamentarse dogmáticamente atendiendo a los tradicionales institutos de la *adecuación social o del riesgo permitido*, y sobre la base de la consideración general de que el médico, en el tratamiento curativo, no realiza una conducta cuyo sentido *ex ante* sea el de lesionar, sino que precisamente se dirige a preservar los bienes jurídicos que tutelan los tipos de lesiones. Por lo que se refiere a los tratamientos médicos no curativos, como los de medicina estética, los trasplantes de órganos por lo que al donante se refiere, las esterilizaciones y la cirugía transexual, la autora excluye la tipicidad de la conducta del médico por un delito de lesiones bien acudiendo a los institutos de la *adecuación social o del riesgo permitido*, para cuya apreciación habrá que contar en todo caso con el consentimiento del paciente, bien considerando en algunos supuestos —como en la medicina estética, las esterilizaciones o en la cirugía transexual—, que el concepto de salud personal que se mantiene, siguiendo a un importante sector doctrinal y sobre la base de la definición de salud de la OMS como ‘estado de completo bienestar físico, psíquico y social’, permite en estos casos excluir un atentado a la salud cuando la adecuada definición de la misma sólo puede realizarse atendiendo a las representaciones valorativas del paciente, por el componente psíquico o subjetivo que entra en juego en estos supuestos. Para el caso del tratamiento de cirugía estética, la esterilización o la cirugía transexual, cuando se realiza de acuerdo con el consentimiento del paciente, la intervención sólo puede valorarse como beneficiosa para la salud —psíquica en este caso—, por lo que no se da el desvalor de acción propio de los delitos de lesiones. Desde mi punto de vista, la adecuada subjetivización de la salud con que la autora opera para excluir el desvalor de acción de intervenciones que tradicionalmente no se han considerado curativas podría quizá abrir el camino a una recuperación del papel del consentimiento en relación con la tipicidad de las intervenciones curativas a los efectos de determinar un delito de lesiones. En este sentido, y al margen de los problemas que conlleva un entendimiento de la salud en términos objetivos en todos los casos —y que tiene que ver con la indefinición que se da entre los propios profesionales de la Medicina para determinar, en

<sup>1</sup>. En nuestra doctrina penal, esta solución es defendida por ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal. I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 163 ss. En el mismo sentido, JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 17; p. 70; el mismo, «La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», en *CPC*, 16 (1982), pp. 7 ss

múltiples ocasiones, la indicación de una intervención—, podría considerarse ya con carácter general, que una protección completa de la salud y de la integridad corporal, como han destacado ESER<sup>2</sup> y JAKOBS<sup>3</sup>, sólo puede lograrse a través del reconocimiento de un valor a las representaciones que tenga el paciente de su propia salud, y ello también en relación con las intervenciones sobre la salud física. Por ello, de manera análoga a lo que sucede en el ámbito de las intervenciones de cirugía estética, o de las esterilizaciones, en las que la valoración del sujeto sobre su propia salud resulta decisiva para excluir la conducta del médico del concepto de atentado corporal, en las intervenciones *típicamente* terapéuticas la posición del paciente sobre la intervención en su salud puede ser determinante para que dicha intervención pueda ser percibida subjetivamente como una lesión y pueda ser valorada como tal por el Derecho penal, de acuerdo con un entendimiento de la misma como completo bienestar, físico y psíquico<sup>4</sup>.

Por tanto, puede considerarse que en la configuración de la salud como bien jurídico protegido las representaciones valorativas del sujeto afectado desempeñan un papel importante, de suerte que puede llegar a constituir un delito de lesiones lo que, mediando el consentimiento del paciente, sería atípico por no constituir un atentado contra la salud.

Los tratamientos de la medicina experimental son objeto también de un estudio detallado. Respecto a estos tratamientos, la autora fundamenta su licitud jurídico-penal de manera diferenciada, atendiendo a la ya clásica distinción entre experimentación terapéutica y experimentación científica<sup>5</sup>. Para la primera, puede afirmarse la ausencia de desvalor de acción por adecuación social cuando no existan alternativas según la medicina tradicional y la utilización de la terapia experimental se rea-

2. Vid. en este sentido ESER, «Medizin und Strafrecht: Eine schutzgutorientierte Problemübersicht», *ZStW*, 97 (1985), p. 8; el mismo, en SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H., *StGB Kommentar*, 26.<sup>a</sup> Auf., § 223, nm. 27-33.

3. Vid. JAKOBS, AT, 2. Auf., Berlin-New York, 1993, 14/6.

4. En esta línea, en la doctrina penal alemana, concede a las representaciones del sujeto afectado un importante valor en la representación de la salud MAIWALD, «El consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal alemanes» (traducción de Mariano Bacigalupo), en AA VV, *Justificación y exculpación en Derecho Penal (Coloquio Hispano-Alemán de Derecho Penal)*, (ESER / GIMBERNAT / PERRON edit.), Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, pp. 130-133. En la doctrina penal española, vid. en este sentido PEÑARANDA RAMOS, «Lesiones (I)», en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial). Volumen I* (BAJO FERNÁNDEZ, dir.), Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pp. 353-368 y, especialmente, pp. 360-361.

5. La distinción entre ambos tipos de experimentación es asumida a nivel institucional e incorporada a la regulación internacional por la Declaración de Helsinki de la XVIII Asamblea General de la Asociación Mundial de Médicos, de 1964, que se refiere a la experimentación terapéutica como «investigación clínica».

lice según el método científico, llevándose a cabo primordialmente en atención a la curación del enfermo. Para los demás supuestos de utilización de la experimentación terapéutica (por ejemplo, uso de terapias alternativas existiendo terapias convencionales más idóneas, a petición incluso del propio paciente), o para la experimentación científica, en la que está ausente el interés por la curación del paciente, llevándose aquélla a cabo únicamente en interés del progreso de la Medicina, el tipo del delito de lesiones sólo podrá ser excluido por el consentimiento válido del paciente. Acoge aquí la autora una posición amplia en torno a la atipicidad de los tratamientos médicos experimentales a los efectos del delito de lesiones, para la cual no serían necesarios ulteriores filtros (como, por ejemplo, el respeto a las normas internacionales sobre biomedicina y, significativamente, las contenidas en la declaración de Helsinki, adoptada por la 18.º Asociación Médica mundial en 1964), entre los que se han destacado, por ejemplo, la necesidad de realizar una ponderación científico-objetiva en términos beneficios-riesgos<sup>6</sup>. Para la autora, la atipicidad del tratamiento médico experimental respecto de los delitos que tutelan la vida y la integridad, debe predicarse, con carácter general —aun cuando el tratamiento conllevara un riesgo de lesiones o incluso de muerte—, cuando haya consentimiento válido, siempre y cuando la conducta pudiera ser reconducida a los esquemas dogmáticos de las *autopuestas en peligro*<sup>7</sup>. De manera análoga habría que proceder, para excluir la tipicidad, en los supuestos en los que el paciente solicita una intervención que no está todavía médicamente indicada en función del grado de desarrollo de la enfermedad (por ejemplo, la amputación del antebrazo solicitada por el paciente ante el posible riesgo de metástasis de un tumor localizado en la muñeca, pero cuyo tratamiento no demanda todavía esa medida extrema), así como en los supuestos en los que la intervención no supone un incremento del riesgo para la salud, es inocua para el paciente. En todos estos casos, de manera análoga a lo que sucede en el ámbito de los tratamientos experimentales, debe afirmarse la atipicidad de la conducta del médico cuando el resultado pueda ser imputado a una *autopuesta en peligro* del propio paciente.

La solución que se da para todos los casos en los que la intervención no resulta médicamente indicada o se aparta en su ejecución de la *lex artis*

---

6. En este sentido puede consultarse, en la doctrina alemana, entre otros, ESER, «Medizin und Strafrecht: Eine schutzgutorientierte Problemübersicht», cit., p. 15. En la doctrina italiana, sobre la cuestión de los límites de la experimentación científica puede verse MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, CEDAM, Padova, 1974, pp. 755 ss.

7. Esta solución ha sido planteada en nuestra doctrina penal, para los tratamientos experimentales, por SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 69 ss.

guarda una estrecha relación con la posición que se defiende en el trabajo sobre la relevancia del consentimiento en las lesiones. Para la autora, la eficacia aparentemente limitada que el legislador de 1995 otorga al consentimiento en las lesiones en los artículos 155 y 156 del Código Penal debe hacerse compatible con los principios que inspiran un Estado liberal, que consagra, entre otros valores, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad en el artículo 10 de la Constitución. Por tanto, la solución a la compleja e históricamente polémica cuestión del valor del consentimiento en las lesiones pasa por una interpretación de la regulación que establecen los artículos 155 y 156 respetuosa con los principios de libertad y libre desarrollo de la personalidad. Este intento, cuyas dificultades reconoce la autora, constituye una de las aportaciones más originales de la monografía. Como afirma la autora, «la pretensión de atribuir un espacio propio de juego a la cláusula del art. 155 supone reconocer que hay una morfología de casos en la que, si bien el consentimiento no es válido, tampoco es totalmente irrelevante a efectos penales» (pp. 279-280). Este espacio de aplicación del art. 155, lo encuentra la autora, siguiendo a MUÑOZ CONDE y a ÁLVAREZ GARCÍA, en la posibilidad del sujeto afectado de reconocer el sentido y alcance de su decisión, de manera que el consentimiento puede considerarse libre, pero por estar afecto por algunos vicios, no puede ser considerado expresión del libre desarrollo de la personalidad. Entre los casos que pueden hallarse comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 155 se encuentran aquellos en los que la prestación del consentimiento obedece a presiones externas o a una situación de necesidad, o de abuso de superioridad por parte del que realiza la conducta lesiva o, con carácter más general, aquellos en los que el consentimiento está viciado por un error que, sin embargo, no recae sobre el fin directo e inmediato de la intervención. Sin embargo, el consentimiento puede en estos casos considerarse como libre, por cuanto el sujeto tiene todavía un margen para decidir sobre el objeto de la intervención ponderando libremente las circunstancias, y válido, en cuanto que, si opta por someterse al acto pese a los condicionamientos externos, «puede formularse un cierto juicio de reproche a la víctima que justifique la atenuación de la pena del autor» (p. 287). Esta es la razón por la que el ordenamiento le concede a este consentimiento una eficacia limitada —por cuanto la víctima es en parte responsable del resultado que se produce, y esta competencia limitada de la víctima posibilita una atenuación de la responsabilidad del tercero—, aunque no completamente excluyente de la tipicidad de la conducta. Por su parte, el artículo 156 vendría a detallar una serie de casos —aunque no cerrados— en los que el consentimiento, si respeta las condiciones de validez que se establecen en la regulación legal de los distintos supuestos contemplados (trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual), se considera plenamente la expresión de un sujeto responsable que desarrolla su personalidad y, por lo tanto, reviste un carácter excluyente de la tipicidad de las conductas descritas.

Desde mi punto de vista, esta posición sobre la relevancia del consentimiento en las lesiones, aunque resulta muy respetuosa con los principios que informan nuestro ordenamiento y, fundamentalmente, con la autonomía individual, no explica a mi juicio de manera suficientemente satisfactoria la regulación actualmente en vigor en los artículos 155 y 156. Así, y al margen de que la adopción de la perspectiva de la autora pudiera ser defendible *de lege ferenda* —con lo que estoy sustancialmente de acuerdo—, lo cierto es que los términos que el legislador emplea en los artículos 155 y 156 para referirse al consentimiento, casi idénticos («válida, libre, espontánea y expresamente emitido», en el artículo 155; «válida, libre, consciente y expresamente emitido», en el artículo 156), no permiten hacer distinciones en cuanto a los requisitos de validez del consentimiento donde el legislador no las ha hecho, y más bien el sentido que cabe dar a una interpretación sistemática de los artículos 155 y 156 es el limitado valor que se reconoce por el legislador al consentimiento en las lesiones como causa de exclusión de la responsabilidad penal, de acuerdo con una opción político-criminal que no reconoce una disponibilidad absoluta —al menos frente a terceros— de la salud, bien jurídico que solamente resulta disponible en el marco de un determinado contexto excepcional de justificación de la conducta, como en los supuestos que se describen en el artículo 156.

El estudio de los requisitos de validez del consentimiento ocupa un lugar central en la obra. Se dedica una especial atención al problema de la validez del consentimiento al tratamiento médico prestado por menores e incapaces, a la luz de la regulación actual de la cuestión y, en particular, de la Ley 41/2002, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación clínica. Uno de los problemas que se abordan en este ámbito es la posibilidad de mantener un criterio autónomo, para el Derecho penal, de determinación de la capacidad para consentir de los menores a partir de la capacidad natural, pudiendo prescindir de los límites rígidos en cuanto a la edad que se establecen en aquella ley para la prestación del consentimiento a la intervención (y que se sitúan, con carácter general, en los dieciséis años). La autora adopta aquí una posición restrictiva de la responsabilidad penal del médico por un delito de lesiones, que fundamente la exclusión de la responsabilidad con un doble límite: el del consentimiento real del menor con capacidad natural para consentir y el del respeto a la regulación legal del consentimiento otorgado por representación. De acuerdo con esta posición, el médico no responderá por un delito de lesiones, tanto en los casos en los que actúe contra la voluntad de los padres, pero con el consentimiento del menor que tiene suficiente capacidad de juicio, como en los casos en los que desconoce la auténtica voluntad de éste, por tener el menor capacidad natural, y se limita a pedir la autorización de los padres, siempre que,

conforme a la legislación, se reconozca la potestad de éstos para prestar el consentimiento en representación de su hijo, lo que en cualquier caso deberá hacerse en atención al interés superior del menor.

La Segunda Parte, que lleva por título 'Delitos contra la integridad física y vida', se dedica al estudio de la responsabilidad penal del médico por los resultados lesivos producidos en el curso de su actividad. Para ello, se analizan en un primer bloque (I) cuestiones de Parte General relativas al fundamento de la responsabilidad del médico por la producción de un resultado lesivo: el tratamiento de la imprudencia médica, a través de la delimitación del deber de cuidado en el ámbito médico (I.A), y la responsabilidad del médico en comisión por omisión (I.B). A continuación, en el segundo bloque (II), como aplicación práctica de los planteamientos expuestos al hilo de las cuestiones de Parte General examinadas, se realiza un examen detallado de la responsabilidad médica en las fases iniciales y finales de la vida y, en particular, de los delitos de aborto, de lesiones al feto, así como de auxilio al suicidio en los casos de eutanasia, con importantes referencias de la jurisprudencia más reciente.

Entre las cuestiones fundamentales que se analizan en esta Parte destaca el estudio detenido de los elementos que definen la imprudencia médica, a partir del apartamiento del médico de la *lex artis* (I.A). Así, tras señalar la autora que no es suficiente el incumplimiento de las reglas técnicas para calificar la conducta del médico como imprudente, se refiere a todos los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar la infracción del deber de cuidado: entre éstos, la relevancia del bien jurídico potencialmente afectado en comparación con las posibilidades de éxito del tratamiento, la comprobación en torno a la necesidad del empleo de métodos que se alejan de los cánones convencionalmente establecidos de la *lex artis*, la urgencia de la intervención, su grado de complejidad, las circunstancias de lugar y tiempo en que se realiza, los medios disponibles al alcance del profesional, o el grado de especialización que exige el acto médico en relación con su cualificación<sup>8</sup>. Particular mención merece el papel de los conocimientos y de las capacidades especiales en orden a la determinación del deber de cuidado, en torno a la cual la autora mantiene una de las posiciones más originales de las que se reflejan en su obra. Por lo que respecta a los conocimientos especiales, la autora, siguiendo a ENGISCH, afirma que para determinar el deber objetivo de cuidado deben tenerse en cuenta no sólo los conocimientos correspondientes al profesional medio de la Medicina del sector o de la rama de que se trate en relación con el tipo de interven-

8. En este sentido, sobre la determinación del deber de cuidado en la imprudencia médica, brevemente, puede consultarse el artículo de ENGISCH, «Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation», en AA VV, *Fehler und Gefahren bei chirurgischen Operationen*, II (R. STICH und K. H. BAUER, ed.), 4.<sup>a</sup> Auf., Jena, 1958, pp. 1521 ss.

ción que se va a realizar, sino también los conocimientos que sean propios del autor en función de las circunstancias del caso. Por lo que se refiere a las capacidades especiales, la autora advierte los problemas que presentan en este punto las teorías tradicionalmente opuestas, las cuales, o bien excluyen dichas capacidades del ámbito del deber objetivo de cuidado —con lo que la conducta del médico con capacidades inferiores sería típica, mientras que no podría serlo la conducta del médico con capacidades superiores, por cumplir con su deber objetivo de cuidado—, o bien las consideran comprendidas en el deber de cuidado, por ejemplo, a través de la reconducción al tipo del deber subjetivo de cuidado tradicionalmente examinado en el ámbito de la culpabilidad —con lo que el médico con capacidades especiales superiores a la media actuaría infringiendo el deber de cuidado y por lo tanto imprudentemente—. Frente a estas dos alternativas opuestas, la autora plantea una sugerente posición intermedia, relacionada con la concepción que mantiene sobre la responsabilidad del médico en comisión por omisión. Esta posición parte de la preocupación metodológica de delimitar correctamente la conducta valorada por el ordenamiento y los propios criterios de valoración que deben ser tenidos en cuenta para efectuar dicha valoración, distinción no siempre sencilla y que ha dado lugar a soluciones de signo muy distinto, como se pone de manifiesto en el trabajo. Para la autora, en el supuesto en que el médico con capacidades superiores actúa conforme a los estándares medios exigidos al profesional pero no actualiza sus capacidades, la conducta realizada resulta adecuada, porque para valorar dicha conducta «deben manejarse exclusivamente los aspectos que valoran la conformidad a Derecho de dicha acción» (p. 389). Y cuando la conducta *efectivamente realizada* responde en su actuación a los estándares mínimos que exige la Medicina, aquella sólo puede valorarse como lícita. Ahora bien, como señala GÓMEZ RIVERO, ello no tiene necesariamente que excluir cualquier responsabilidad penal del médico en relación con la intervención que realiza. En este sentido afirma la autora que, si se cumplen los requisitos de la comisión por omisión —que son desarrollados posteriormente—, puede identificarse un nuevo objeto de valoración consistente en la omisión de una conducta que le era personalmente exigible al médico en virtud de sus capacidades especiales, y que no actualizó en la intervención concreta. En relación con esta cuestión, la autora no oculta la posible objeción fundamental que podría hacersele a su planteamiento, y consistente en romper la equivalencia entre injusto activo y omisivo a través del establecimiento de un distinto nivel de exigencia para cada uno, teniendo o no en cuenta en definitiva las capacidades del autor en función de la consideración de su conducta como activa o como omisiva. Frente a esta crítica, la autora advierte que no siempre que concurre una omisión el sujeto está obligado a hacer todo lo posible de acuerdo con sus capacidades, sino que sólo lo estará si así se deriva de su deber de actuar. Ello remite a la concepción que se man-

tiene sobre la comisión por omisión en el ámbito médico: sólo cuando el sujeto tenga un especial deber de actuar, fundamentado en definitiva en su posición de garantía, estará obligado a hacer todo lo posible para curar al paciente en función de su posición material de deber frente al bien jurídico que se encuentra amenazado. De ahí que quepa por lo tanto afirmar la atipicidad del comportamiento del ATS con respecto a los resultados lesivos que pudieran derivarse para el paciente de sus omisiones, si se considera que aquél no tiene posición de garantía. El que no tiene un deber de hacer todo lo posible para curar al paciente, en virtud de su posición de garantía, no puede responder por tanto por la falta de actualización de sus capacidades superiores.

En segundo lugar, en relación con la crítica expuesta, la autora señala que la aceptación de su posición en este punto no supone excluir del ámbito del injusto los poderes especiales del autor. Para la autora, «dichos poderes subjetivos deben estar presentes tanto en el injusto de un delito de acción como de omisión», si bien «los aspectos que interesan en uno y otro delito son distintos: mientras que en el injusto del delito imprudente de acción sólo interesan las capacidades inferiores del sujeto, en cuanto son las que determinan la contrariedad a Derecho de la conducta realizada, las capacidades superiores cobran protagonismo a la hora de comprobar si se dan las condiciones para apreciar el tipo de injusto de un delito imprudente omisivo. Es lo que sucederá cuando el sujeto, pese a haber asumido el compromiso de actualizar una especial capacidad, la omite pudiendo hacerlo» (p. 393).

El planteamiento que desarrolla la autora responde sin duda a la voluntad de precisar analíticamente el contenido del deber de cuidado, utilizando para ello la diferente estructura entre el delito activo y el omisivo y anudando consecuencias distintas a los mismos. Sin embargo, desde mi punto de vista, puede considerarse que también en la conducta activa puede estar presente una posición de garantía que obligue a realizar la intervención actualizando las capacidades superiores. Lo decisivo será, en cualquier caso, el alcance del deber de actuar del profesional en cuanto comprenda o no la actualización de sus capacidades superiores, conforme al cual deberá ser valorada tanto la conducta activa realizada como la conducta omitida que a aquél le era exigible.

En relación con el análisis de la imprudencia del médico, se realiza un examen detallado de la clasificación de la imprudencia en el Código Penal de 1995, con especial atención a la imprudencia profesional, su fundamento y su legitimación. En el estudio de la imprudencia médica reviste particular interés el análisis que la autora lleva a cabo sobre el fundamento y los límites del principio de confianza en el ámbito médi-

co, tanto en las relaciones horizontales, como en las verticales (médico-enfermeros), en las que la aplicación de dicho principio es objeto de una mayor flexibilización derivada de las funciones de supervisión y control que el superior ejerce sobre el inferior jerárquico. Interesante en este punto, en relación con las relaciones horizontales, es la posición que se mantiene sobre la tradicional división funcional de los ámbitos competenciales asignados respectivamente al cirujano y al anestesista. Como advierte acertadamente la autora, aunque la relación cirujano-anestesista se basa en un reparto de papeles «entre iguales», no puede desconocerse que el ámbito de compromiso que asume el cirujano es más amplio que el del anestesista, hasta el punto de que la labor de éste, si bien es diferenciable, no deja de estar funcionalmente supeditada a la de aquél. Como consecuencia, afirma la autora, en la medida en que la labor del anestesista es preparatoria y orientada funcionalmente a la del cirujano, cuando éste observe irregularidades en la actuación de aquél y pese a ello realice impasible su tarea, dicha pasividad habrá de valorarse como una manifestación de su propia imprudencia, por emprender o consentir el desarrollo de una operación con un colaborador negligente (p. 413).

Como se ha visto con anterioridad, considera la autora que la determinación del deber de cuidado del médico puede ser distinta según se valore la conducta activa del médico o la omisiva. Estrechamente relacionada con esta cuestión se encuentra el problema de los requisitos que debe cumplir la conducta del médico para posibilitar la imputación del resultado producido en comisión por omisión, cuestión a la que se dedica el bloque I.B de la Segunda Parte. La responsabilidad del médico en comisión por omisión exige, para la autora, y de acuerdo con la regulación del artículo 11 del Código Penal, la concurrencia de dos requisitos: por una parte, la posición de garantía del médico —que debe determinarse, conforme a una teoría funcional, en atención a posiciones materiales de deber— ; y, por la otra, la relación de *equivalencia estructural* entre el comportamiento activo y el omisivo, lo cual exige a su vez un incremento del riesgo de producción del resultado atribuible en una valoración *ex ante* a la omisión, y la realización del riesgo derivado de la omisión en el resultado lesivo; junto a ello, deberá determinarse el grado de contribución de la omisión a la producción del resultado, lo que decidirá el título (de autoría o participación) en virtud del cual tendrá que responder el omitente.

En relación con el fundamento de la posición de garantía del médico, la autora defiende que ésta se deriva, con carácter general, de la base consensual que da lugar a la relación médico-paciente. Por ello, siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, se mantiene un concepto restrictivo de la posición de garantía del médico, limitándola a los casos en los que éste haya asu-

mido expresamente el tratamiento. De esta manera, el fundamento se sitúa, con carácter general, en la confianza que se genera para el paciente con la asunción del tratamiento por el médico, lo que provoca el abandono por parte de aquél de otras medidas de protección (p. 460). Excepción a esta regla, que sitúa el surgimiento del deber de garantía en el momento de asunción efectiva por parte del médico de cada tratamiento, la constituyen los casos del médico de guardia y rural. En estos casos, la autora defiende un adelantamiento de la protección vinculada con la posición de garantía de dichos médicos a un momento anterior a la asunción expresa del tratamiento, de acuerdo con la función que cumplen tanto el médico de guardia como el médico rural y con las expectativas que éstos suscitan para la sociedad. El fundamento de la posición de garantía sería aquí el mismo que el de la generalidad de los casos, en los que el surgimiento del deber se vincula a la efectiva asunción del tratamiento: la confianza que se genera en el paciente. Porque, frente al médico de guardia y al médico rural, los usuarios confían en la atención de sus requerimientos con el solo hecho de acudir a demandar sus servicios, y no tienen, por consiguiente, que preocuparse por asegurar su demanda de asistencia en otros puntos ni concertar para ello ninguna otra clase de medidas aseguradoras. Conforme a este planteamiento, no es por tanto la posibilidad de acudir a otros profesionales la que permite afirmar dicha posición del médico de guardia y del médico rural, ni el hecho de que éstos dispongan de medios mejores o estén en mejores condiciones de atender a los demandantes de asistencia sanitaria, sino la confianza que se deriva del hecho de que dichos profesionales ocupan una plaza correspondiente a un centro público y están, por ello, legalmente obligados a asumir el tratamiento de las personas que demanden su auxilio dentro de los límites espaciales y temporales que acotan su ámbito competencial (p. 463).

En relación con la imputación del resultado lesivo al riesgo derivado de la omisión, se plantea la autora el complejo problema de la imputación del riesgo a la víctima, sobre todo en supuestos especialmente problemáticos como la negativa a recibir asistencia sanitaria, o incluso en los casos en los que el paciente tiene voluntad de morir. En la mayoría de estos supuestos, la autora afirma la imposibilidad de imputar el resultado al autor por cese de la posición de garantía; cese que no se produciría, sin embargo, por la simple voluntad del paciente de no ser tratado o por la aceptación por parte de éste del riesgo para su vida, sino por la desaparición de la base consensual de la relación médico-paciente, si, como sucede con carácter general, dicha relación tiene su origen en la voluntad de las partes. Por ello, en los casos en los que la relación médico-paciente tenga su origen en una obligación de Derecho público —como en el caso de la protección de la salud de los reclusos en un centro penitenciario—, el paciente no podrá cancelar la posición de garan-

tía, por lo que el médico que no presta la asistencia o que la interrumpe, aun a requerimiento del propio paciente, responderá de los resultados lesivos para la salud de éste que se produzcan, en la medida en que resulten objetivamente imputables a la omisión del tratamiento adecuado. En particular, en los casos de muerte del paciente, el médico responderá por un delito de cooperación o auxilio al suicidio, o por un delito de homicidio —dependiendo de que el paciente tenga o no, respectivamente, voluntad de morir—, siempre que la muerte no pueda ser reconducida a un supuesto de autopuesta en peligro, lo que no podrá afirmarse cuando la omisión del médico haya determinado directamente un riesgo inminente de pérdida de la vida.

La autora realiza una consideración especial sobre la cuestión de las posiciones de garantía de otras personas ajenas a la profesión sanitaria, respecto de la vida y de la salud de personas a su cargo en relación con la negativa al tratamiento sanitario. Es el caso de la posición de garantía de los padres, Testigos de Jehová, que no autorizaron una trasfusión de sangre a favor de su hijo, también miembro de esta religión y contrario asimismo a dicha práctica. La sentencia del Tribunal Supremo, que condenó a los padres por un delito de homicidio en comisión por omisión, fue objeto de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional resuelto en la STC de 18 de julio de 2002. La autora cuestiona, en la argumentación de dicha sentencia, la consideración dogmática que realiza el Tribunal en torno al decaimiento de la posición de garantía de los padres con respecto a la vida de su hijo por no serles exigible una actuación en favor de la trasfusión conforme a su deber personal de actuar. Desde la perspectiva que se defiende en torno al fundamento de la posición de garantía, dicha posición permanece, aunque la conducta concreta de autorización del tratamiento no resulta exigible desde un punto de vista constitucional como consecuencia del respeto al derecho fundamental a la libertad religiosa.

En el segundo bloque (II) de la Segunda Parte, se analizan problemas que plantea la actividad médica en la fases iniciales y finales de la vida. En una primera parte (II.A), se examina la regulación de los delitos relativos a la fase inicial (delitos de manipulación genética, lesiones al feto, aborto, y el problema de la delimitación entre el objeto material del aborto y el del homicidio, en relación con el cual se defiende la postura tradicional a través de una interpretación sistemática del Código Penal). En la segunda parte (II.B), se analizan los problemas que plantea la regulación de la eutanasia en nuestro Código Penal. En relación con esta cuestión, la autora opta por afirmar la necesidad político-criminal de establecer una regulación legal de la eutanasia, como la holandesa o la belga, que daría un sentido unitario a la cuestión de la terminación de la vida en supuestos eutanásicos y resolvería los graves

problemas teóricos e interpretativos que plantea la distinción en la regulación del artículo 143.4 entre eutanasia activa y pasiva y su compatibilidad con los criterios generales de imputación. Especial atención se dedica en la última parte de este bloque a la problemática de la eutanasia de sujetos incapaces de manifestar su voluntad, así como de la llamada eutanasia precoz, en relación con la cual se ponen de manifiesto los graves problemas y dificultades que plantearía una eventual regulación.

La Tercera Parte se dedica a un estudio detallado sobre un tema en ocasiones poco tratado por la doctrina, como es la objeción de conciencia en el ámbito sanitario y sus límites, con especial referencia al caso del aborto. Después de efectuar un análisis pormenorizado en cuanto al fundamento constitucional y los límites generales de la objeción de conciencia, así como del tratamiento de la objeción en la teoría general del delito, la autora desarrolla sus conclusiones sobre la objeción en el caso del aborto, planteando aquí dos tipos de límites a la objeción de conciencia por parte del médico. El primer límite tiene que ver con la colisión de la objeción de conciencia por parte del médico con el respeto del derecho a abortar de la mujer en los supuestos permitidos por la ley, sobre todo en las indicaciones ética y eugenésica del artículo 417 *bis* del antiguo Código Penal. En este caso, el reconocimiento al único médico capaz de practicar el aborto del derecho a la objeción de conciencia supondría negar a la embarazada su derecho a actuar según su propia conciencia, con lo que se desvirtuaría el sentido de la permisión del aborto en los casos mencionados. El segundo límite a la objeción de conciencia se fundamenta en la existencia de un riesgo para la salud o para la vida de la embarazada en los supuestos de la primera indicación del artículo 417 *bis*. En estos casos, la oposición del médico al aborto daría lugar, según la autora, a la comisión de otro delito por parte del médico por el resultado producido en comisión por omisión, bien de homicidio, bien de lesiones físicas o psíquicas (p. 595).

Por último, la Cuarta Parte se dedica al estudio de otros delitos por los que el profesional sanitario puede incurrir en responsabilidad, como el delito de omisión de asistencia sanitaria del artículo 196 del Código Penal, la revelación del secreto médico, el intrusismo profesional y otras figuras delictivas, como la expedición falsa de certificados. Especial mención merece aquí el análisis de la omisión de asistencia sanitaria, que la autora entiende como un tipo de omisión pura cualificado en razón de los sujetos activos y de la consiguiente valoración que su injusto merece al legislador (p. 603).

La brevedad de espacio propia de toda recensión obliga a dejar sin comentar muchas de las demás cuestiones que GÓMEZ RIVERO aborda en su trabajo. Como se ha querido poner de manifiesto en estas páginas,

de la lectura de la obra de GÓMEZ RIVERO el lector podrá comprobar cómo la autora lleva a cabo a lo largo de todo su desarrollo un estudio muy detallado de muchas de las cuestiones que resultan relevantes para precisar el alcance de la responsabilidad penal de los profesionales sanitarios. La profundidad y el rigor en el análisis de las cuestiones más teóricas resulta compatible con una solución satisfactoria de los casos en los que se afirma la responsabilidad penal del médico. En este sentido debe destacarse una vez más el tratamiento metodológico que la autora da al estudio de todas las cuestiones planteadas. A partir de una clara concepción de los principios teóricos que deben presidir el análisis, el tratamiento de las distintas cuestiones es desarrollado por una amplia casuística de supuestos para cuya resolución la autora plantea diferentes variantes, con apoyo además en abundantes referencias a la jurisprudencia más reciente. Todas ellas son a mi juicio razones más que suficientes como para considerar la obra de GÓMEZ RIVERO un texto de referencia en el sector del Derecho penal que, en atención a su grado de especialización y construcción sistemática —de la que la obra ofrece un nuevo testimonio—, ya hace varios años mereciera la calificación de «Derecho penal médico».

PABLO GUÉREZ TRICARICO  
(Becario FPU en el Área de Derecho  
Penal de la Universidad Autónoma de Madrid)

## **EL CONCEPTO MATERIAL DE CULPABILIDAD Y EL PRINCIPIO DE INEXIGIBILIDAD: RECENSIÓN DEL LIBRO DEL MISMO TÍTULO DE MARIANO MELENDO PARDOS<sup>1</sup>**

SANTIAGO MIR PUIG  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Barcelona

### **I**

El aumento de publicaciones que en los últimos tiempos se dedica en nuestro país a temas actuales del Derecho Penal corría el peligro de relegar a un cierto olvido los orígenes y el desarrollo histórico de puntos centrales de la teoría del delito. Es un peligro que caracteriza en general al momento actual de la cultura de Occidente, que parece haber vuelto la espalda a la historia: estamos lejos del paradigma histórico que dominó buena parte del pensamiento del siglo XIX. Probablemente ello tiene algo que ver con el abandono de la tradición como fuente de legitimación y su sustitución por la idea de que lo nuevo es mejor que lo viejo. Los espectaculares avances de la ciencia y de la tecnología abonan este nuevo paradigma, pero va haciéndose evidente que los cambios económicos y sociales acostumbra a tener el precio de la pérdida de aspectos en sí mismos valiosos. En este contexto cultural es importante distinguir lo que ha de considerarse superado de lo que merece ser mantenido. Puede ocurrir incluso que en determinados campos haya habido momentos de desarrollo superiores al actual. Es lo que sucede,

---

<sup>1</sup>. MELENDO PARDOS, Mariano, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*, Granada (Editorial Comares), 2002, 636 páginas.

por ejemplo, en el ámbito de la música culta, que seguramente alcanzó su apogeo en otro tiempo, con obras que no sólo no han podido ser superadas, sino que siguen siendo preferidas por el público. Probablemente es también el caso de los aspectos fundamentales de la teoría jurídica del delito en el país en que mayor nivel ha alcanzado: muchos pensamos que el momento de máximo esplendor de la dogmática jurídico-penal alemana ha pasado ya. Por eso hay que estimular los estudios referidos a los orígenes y desarrollo históricos de los conceptos clave de la teoría del delito. Yo mismo aconsejé a mi discípulo Sergi Cardenal que dedicara su tesis doctoral a la evolución histórico-dogmática del concepto de tipo, y lo hizo con tal detenimiento en su formulación por Beling y en su recepción por parte de los neokantianos, que los primeros treinta años de vida del tipo penal justificaron sobradamente que su investigación se centrara en ellos<sup>2</sup>. El libro de Mariano Melendo Pardos sobre el concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad que nos proponemos recensionar aquí comparte también la voluntad de profundizar en la evolución histórica del concepto de culpabilidad o, para decirlo en los propios términos del subtítulo de esta obra: «Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas». Sin embargo, en este caso el estudio de la evolución dogmática llega hasta nuestros días y culmina con el esbozo de algunas reflexiones que, basadas en el análisis de dicha historia dogmática, muestran las preferencias del autor en orden a una reconsideración del contenido material de la culpabilidad vinculada a la idea de exigibilidad. El amplio y riguroso carácter del estudio histórico-dogmático que ofrece esta monografía y la propuesta en que concluye merecen toda la atención de quienes mantengan vivo su interés por los conceptos fundamentales de la teoría del delito, como desde luego lo es el de la culpabilidad.

## II

El libro se divide en dos partes principales, la primera (a partir de la página 3) destinada al «nacimiento y desarrollo de las concepciones normativas de la culpabilidad y del principio de no exigibilidad», y la segunda (desde la página 275 hasta la 596) titulada «evolución de las concepciones normativas y configuración «definitiva» de la no exigibilidad». La primera parte analiza el paso de la concepción psicológica de la culpabilidad, propia del naturalismo, a las primeras concepciones normativas de la culpabilidad. La segunda parte se ocupa de la evolución de las concepciones normativas con posterioridad a la segunda guerra mundial, dominada por la progresiva implantación del finalismo. El autor

---

<sup>2</sup>. CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, *El tipo penal en Beling y los neokantianos*, 2002, en <http://www.tdx.cesca.es/TDCat-0604102-083801/index.html>

es consciente de que ya existe una monografía reconocida que expone y analiza toda la evolución histórico-dogmática de la categoría de culpabilidad hasta 1974, la de Achenbach<sup>3</sup>. Por ello empieza Melendo exponiendo las líneas centrales de la exposición de Achenbach, que tiene en cuenta ya para la determinación de los criterios utilizables para distinguir las concepciones normativas de las psicológicas y para fijar el momento de nacimiento de las normativas antes de Frank, esto es, antes de lo que suele hacerse (pág. 63). Sin embargo, dirige algunas observaciones críticas al enfoque de Achenbach, principalmente la de que no relaciona suficientemente las distintas concepciones sobre la culpabilidad con las correspondientes concepciones del injusto (págs. 38 y ss.). Es comprensible el afán del autor por mejorar la obra de Achenbach, puesto que es inevitable la comparación entre ambas exposiciones. Melendo ha optado por dar un carácter más pormenorizado al estudio y análisis de las distintas concepciones, lo que se traduce en un libro bastante más extenso y discursivo, preocupado por profundizar en los matices que distinguen la formulación de cada autor. Ello será valorado positivamente por los más estudiosos, pero también hace más difícil la lectura para los no iniciados. De todos modos, el libro ofrece de vez en cuando resúmenes y conclusiones de las distintas partes que facilitan su comprensión. Especialmente útiles son las conclusiones finales, que nos ayudarán a subrayar a continuación los resultados fundamentales de esta prolija monografía.

Una primera idea clave del análisis de Melendo es que hay que distinguir dos contenidos diferentes en las concepciones normativas de la culpabilidad: la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de una conducta distinta. Aunque generalmente se asocia la aparición de las concepciones normativas a la de la idea de exigibilidad, el primer contenido normativo que se dio a la culpabilidad fue la conciencia de la antijuridicidad, y este contenido ha sido y sigue siendo, para Melendo, el dominante en la doctrina. Pero también distingue, ya desde sus primeras formulaciones, dos concepciones diferentes de la no exigibilidad: como consecuencia de una presión motivacional que excluye o disminuye el poder actuar de otro modo, y como resultado de admitir la existencia de *razones* del sujeto que impiden valorar negativamente su infracción. La primera concepción enlaza con la que resalta la capacidad de conocer lo injusto como exigencia del poder actuar de otro modo. Habría en juego dos conceptos diferentes de Derecho, uno rígido, centrado en la protección de la *comunidad*, y otro más flexible, que da entrada a los intereses y razones de cada *individuo*. El primer enfoque conduciría a considerar suficiente para la culpabilidad la comprobación de

---

<sup>3</sup>. Vid. ACHENBACH, Hans, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin (J. Schweitzer) 1974.

que el sujeto podía conocer la norma (comunidad) infringida y que podía evitar su infracción. El segundo concepto de Derecho impediría culpar al sujeto, aunque pudiera haber conocido y evitado su infracción, si actuó por razones individuales valorativamente aceptables. Ambas concepciones entraron en conflicto desde que aparece la idea de la no exigibilidad. Aunque se impuso la concepción rígida y comunitaria, Melendo acabará optando por la otra, la que concede un valor propio a las razones del sujeto.

El análisis de la evolución doctrinal posterior a la segunda guerra mundial lleva a Melendo a poner de manifiesto que el finalismo contribuyó decisivamente a imponer el modelo comunitario que sólo excluye la culpabilidad del sujeto cuando éste no puede actuar de otro modo en base a la posibilidad de conocer lo injusto de su hecho. Destaca en este sentido la aportación de Armin Kaufmann, que vino a fundamentar este planteamiento en la relación del sujeto con la norma. La no exigibilidad no podía, desde este prisma, excluir por completo la culpabilidad porque no podía impedir, sino sólo disminuir, la posibilidad de actuar de otro modo. Sólo la benevolencia con la debilidad humana y el perdón consiguiente podían explicar entonces la impunidad en caso de no exigibilidad. Ésta pasó a verse como una causa de *disculpa*, en el sentido de causa de perdón, más que como causa de exclusión de la culpabilidad. Este planteamiento enlazó con las aportaciones de autores como Noll, que señalaron cómo las situaciones de inexigibilidad determinan también una disminución del injusto. Se acabó imponiendo así la opinión dominante en la doctrina alemana según la cual la no exigibilidad no excluye totalmente la culpabilidad, pero sí disminuye el contenido de injusto del hecho y la capacidad de actuar de otro modo, y la suma de ambas cosas permite disculpar, perdonar al autor por el resto de injusto culpable que subsiste.

La debilitación de la idea de exigibilidad, junto con el traslado al injusto de la parte subjetiva del hecho, ha tenido como consecuencia, a juicio de Melendo, la negación a la culpabilidad de un ámbito propio de desvalor, distinto al que procede del injusto. El reproche de culpabilidad obtendría su desvalor del injusto y sólo exigiría la posibilidad de imputarlo al sujeto, posibilidad a su vez únicamente excluible si el mismo no pudo conocer ni evitar el injusto.

### III

La obra que recensamos no evalúa de forma positiva este resultado de la evolución de las concepciones normativas de la culpabilidad. Frente a esta evolución, el autor aboga por un «renacimiento de la idea

de exigibilidad» (pág. 608) que permita la recuperación de una valoración específica de la culpabilidad relacionada con aquel fundamento de la no exigibilidad a que aludíamos más arriba: el reconocimiento de razones del sujeto distintas a las de la comunidad reflejadas en la norma, y cuya valoración procede de la valoración de la individualidad a diferencia de la valoración del hecho a la luz colectiva de la norma. «Cada sujeto concreto no es únicamente una especie del género «hombre», sino algo más, precisamente por ese carácter único y diferente a todos los demás del que goza. Por ello, intereses y aspiraciones «propias» no son debilidades —admitidas únicamente en un marco «inevitable», por consideraciones utilitarias y humanitarias— sino elementos configuradores de cada sujeto como individuo» —escribe en la pág. 609—. Y añade poco más abajo: «Que cada uno de nosotros seamos miembros de una comunidad y que esta «pertenencia» sea parte de nuestra identidad como sujetos concretos (...) no quiere decir que seamos sólo miembros de una comunidad, pues la misma evolución social ha llevado a que cada miembro tenga especificidad propia (...) positivamente valorada.» Casi a renglón seguido, pero ya en la página 610, concluye: «Esta concepción de cada uno de los sujetos y, por tanto, también del que resulta penalmente relevante, puede ser tenida en cuenta en la categoría dogmática de la culpabilidad...» Y en el penúltimo párrafo de la misma página: «Ello podría servir, por ejemplo, para profundizar y esclarecer la diferencia entre antijuridicidad y culpabilidad como categorías valorativamente distintas (...) distinción que quizá pueda resultar extraordinariamente útil conforme se incrementa el multiculturalismo de nuestras sociedades».

De hecho, sin embargo, a continuación propone situar ese nuevo ámbito de valoración después de la «culpabilidad», en lo que sería la propia «reprochabilidad». La culpabilidad se contentaría con los «elementos que terminan de configurar el objeto de valoración y reproche —la conducta típica y antijurídica de un imputable que, además, tuvo conciencia de la antijuridicidad o, al menos, pudo tenerla— reduciendo la segunda a una pura cuestión axiológica (donde figurarían exclusivamente consideraciones de exigibilidad» (pág. 612). Éstas últimas añadirían la específica valoración de las razones del sujeto, no sólo como factores de presión motivacional que puedan disminuir la capacidad de omitir el injusto (pág. 611), sino por su valor individual jurídicamente reconocible (pág. 612).

Se trata de un planteamiento sumamente interesante. Comparto su preocupación por la reducción del significado de desvalor del delito al desvalor de infracción de la norma de conducta a que ha conducido la evolución de la teoría personal del injusto. Tras haber compartido dicha reducción como consecuencia lógica de la concepción del injusto como

infracción de una norma de determinación, actualmente intento superarla mediante la búsqueda del significado valorativo que, al margen de la infracción del mandato normativo, distingue la antijuridicidad de la imputación personal (como prefiero llamar, de forma más específica, a la categoría dogmática de culpabilidad)<sup>4</sup>. La distinción de cada una de las categorías del delito tiene sentido en la medida en que responda a una diferencia valorativa significativa. El desvalor que supone la infracción de la norma primaria de determinación es demasiado global para explicar las diferencias valorativas existentes entre la parte objetiva y la parte subjetiva del tipo, entre el tipo del delito y las causas de justificación, y entre el injusto y su imputación personal o culpabilidad. Respecto a esta última contraposición, baste señalar que la doctrina dominante relaciona tanto el injusto como la culpabilidad con la oposición a la norma, pues al mismo tiempo que define el injusto como infracción de la norma, sitúa en la culpabilidad la conciencia de la antijuridicidad, esto es, la oposición subjetiva a la norma. Cada una de estas categorías ha de tener un significado valorativo más específico y diferenciado. Comparto, pues, el objetivo de Melendo de desentrañar qué valoración o qué valoraciones específicas están en juego a la hora de decidir si el hecho previamente desvalorado como penalmente antijurídico puede ser imputado personalmente al sujeto individual que lo realizó. También comparto su opinión acerca de que ello no puede resolverse distinguiendo entre el hecho, como ámbito de la antijuridicidad, y el autor, como ámbito de la imputación personal o culpabilidad: también las circunstancias relevantes para la imputación personal afectan a la individualización del hecho y de su significado. Sigo manteniendo, no obstante, la idea de que una concepción liberal del delito impide que la culpabilidad del sujeto pueda agravar la pena más allá de lo que permita una plena imputación personal del injusto: la comprobación de las circunstancias relevantes para la imputación personal puede impedir o disminuir esta imputación, pero no aumentarla. El desvalor específico de la imputación objetiva ha de ser desvalor de imputación del desvalor del injusto, un desvalor distinto a éste pero no un desvalor independiente de él, sino referido a él. Ahora bien, nada impide condicionar tal imputación no sólo a la capacidad ontológica de motivabilidad por la norma, sino también a que no concurren las razones subjetivas jurídicamente reconocibles que según Melendo pueden fundamentar la no exigibilidad de otra conducta. La imputación depende sólo en parte de la naturaleza de las cosas (de la capacidad de ser motivado), su delimitación definitiva es normativa y depende de la valoración jurídica. Decidir si esta valoración ha de alcanzar o no al reconocimiento positivo de razones individuales exculpan-

---

<sup>4</sup>. Así en mi Derecho penal, PG, desde su 4.<sup>a</sup> ed. de 1996, y con más amplia fundamentación en mi «Valoraciones, normas y antijuridicidad penal», en *Libro-Homenaje a José CEREZO Mir*, pp. 73 ss.

tes, depende, desde luego, del valor que el Derecho conceda al individuo. Mariano Melendo tiene el mérito de destacarlo como el punto de partida de una sugerente concepción de la reprochabilidad necesaria para completar el desvalor del delito. Y el director de la tesis doctoral que este libro constituyó, el Prof. Cerezo Mir, tiene también el mérito de haber permitido con ello a un discípulo suyo la revisión de un punto importante de la doctrina finalista que tan bien ha sabido representar en España.