

décadas, que se organizan y están presentes en las postrimerías de este siglo y lo estarán a comienzos del venidero.

RAFAEL ACOSTA

*Profesor Titular de Derecho Penal*

**ROXIN, Claus: «Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal». Traducción: Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, Ed. PPU (Promociones y Publicaciones Universitarias), Barcelona, 1992. 143 págs.**

Bajo el título «Política criminal y estructura del delito» se reúnen un total de cinco conferencias pronunciadas por el Profesor Claus Roxin en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona en mayo de 1989. Ninguna de ellas está dedicada al análisis pormenorizado de temas concretos; más bien al contrario, y quizá por haber sido concebidas como conferencias, el autor se limita al planteamiento de problemas, a su análisis a grandes trazos y al esbozo de propuestas y soluciones. Ello no empece sin embargo el valor del libro. Muy al contrario, el versar sobre temas de lo más diversos y la preferencia del planteamiento genérico sobre la particularización y el detalle, permite al lector apreciar sin ningún esfuerzo las características de la actual corriente de la ciencia jurídico-penal que se ha dado en llamar funcionalismo o pensamiento teleológico, cuyo impulsor y uno de sus máximos exponentes es precisamente Claus Roxin, así como el desenvolvimiento y aplicación de dicha tendencia a distintos problemas de naturaleza bien diversa.

Metodológicamente la corriente funcionalista se caracteriza por rechazar la forma de proceder axiomáticodeductiva basada en verdades ontológicas propia del finalismo, propugnando la renormativización de la teoría jurídica del delito y tomando para ello como idea rectora los fines del Derecho penal. Esta tendencia puede explicarse además como un intento de superar las críticas dirigidas a la dogmática. A saber: una desproporción entre el esfuerzo desarrollado y el rendimiento práctico y, por otro lugar, el habersele atribuido a la ciencia jurídico-penal la misión de elaborar un sistema cerrado en sí mismo, conceptualmente perfecto donde difícilmente encontraban un lugar consideraciones político-criminales, lo que en muchas ocasiones suponía que la solución acorde con el sistema no fuera la más justa. En resumen: un alejamiento de la ciencia jurídico-penal de la realidad e imposibilidad, debido a razones metodológicas, de acercamiento.

I.— Precisamente en el segundo artículo de esta compilación: «Sobre la significación de la sistemática y dogmática del Derecho penal» ROXIN realiza una defensa del papel de la dogmática mediante un intento de superación de las críticas mencionadas.

ROXIN, respondiendo a la situación descrita, entiende que la alternativa: teoría general del delito que garantice una jurisprudencia imparcial y la obtención de soluciones justas y correctas desde un punto de vista político-criminal no es tal. No resulta necesario renunciar a uno de los términos de esta falsa alternativa para salvaguardar el otro, sino que ambos son reconciliables. ¿Cómo? Tomando como punto de referencia consideraciones político-criminales en la elaboración del sistema y de los conceptos con

los que trabaja, dotando dichas directrices, al mismo tiempo, al sistema de conexión intrasistemática. Como bien es sabido este intento se retrotrae a su estudio programático «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem». Obsérvese la distancia existente entre estas ideas y la famosa frase de von LISTZ pronunciada hace casi cien años: «El Derecho penal constituye la barrera infranqueable de la Política criminal».

La idea político-criminal rectora a la que ROXIN le encomienda la mencionada labor es la función preventiva de la pena en su doble función: preventivo-especial y preventivo general, entendida esta última en su vertiente integradora, es decir, con la misión de «restaurar la paz jurídica, en cuanto dé al pueblo la confianza, que su seguridad está salvaguardada y que las reglas reconocidas de la convivencia humana pueden reafirmarse en contra de perturbaciones graves» (pág. 47). En este contexto la culpabilidad no puede ser entendida al servicio de la retribución, sino como límite a las necesidades preventivas: «los fines preventivos del derecho penal sólo pueden ser perseguidos en el marco de lo adecuado a la culpabilidad: pero también la culpabilidad del autor sólo justifica un castigo en cuanto sea preventivamente necesario» (pág. 48).

Para probar la capacidad de rendimiento de la idea rectora propuesta, ROXIN la aplica a varias cuestiones polémicas.

Desde la perspectiva político-criminal explicitada, ROXIN intenta fundamentar la pertenencia del resultado al injusto penal, puesto que «la perturbación de la paz jurídica general, que hace necesaria la intervención del derecho penal por razones preventivo-generales, no descansa exclusivamente en la acción fallida del autor, sino más bien en el resultado producido» (pág. 50), de tal manera que en los delitos imprudentes, al no producirse la efectiva lesión del bien jurídico la conducta no tiene por qué ser castigada. El propugnar el castigo de toda conducta culpable a pesar de la innecesariedad preventiva del mismo supondría un retorno a la retribución. La punición de los delitos de peligro y de la imprudencia sin resultado sólo se justificaría cuando «conmocionaran tan fuertemente el sentido de seguridad jurídica de la población, que la perturbación social sólo puede suprimirse a través de la pena» (pág. 51).

También la orientación político-criminal de la dogmática ha posibilitado, a juicio del autor, la sustitución del dogma causal por la necesidad de imputación objetiva del resultado.

En el ámbito de las causas de justificación ROXIN trata de demostrar la aplicabilidad de la idea preventivo-general, fundamentando a partir de ella una cierta proporcionalidad en la legítima defensa entre el daño que amenaza y el producido, proporcionalidad que no puede extraerse del tenor literal del § 52 del Código penal alemán. Dado que, según el autor, la legítima defensa, además de un principio de protección, se fundamenta en el principio de mantenimiento del Derecho, en ella se puede ver un pretendido efecto preventivo, es decir, que «el agresor corra un riesgo considerable y que el derecho se imponga a los ojos de la generalidad frente al injusto» (pág. 55). A partir de esta idea deduce ROXIN que, como en los delitos bagatela la necesidad de prevención general es mínima, el principio de mantenimiento del derecho ha de limitarse al marco de la proporcionalidad. Desde esta perspectiva, es decir, la mermada necesidad de prevención general integradora, se explicarían las limitaciones a la legítima defensa frente al ataque de inimputables.

Pero es fundamentalmente en la culpabilidad donde el planteamiento teleológico descrito ha encontrado hasta el momento un mayor desarrollo. Como es sabido, ROXIN prefiere denominar a esta tercera categoría «responsabilidad», integrada por dos presupuestos: la culpabilidad y la necesidad de prevención general, de tal manera que «a un

autor sólo se le puede hacer responder personalmente por el injusto por él realizado cuando en primer lugar es culpable y en segundo lugar también razones preventivas hacen inevitable el castigo» (pág. 58). Mediante la ausencia de este segundo presupuesto se explicaría los requisitos a los que el Código penal alemán subordina la renuncia a la pena en los supuestos de estado de necesidad exculpante y de exceso en la legítima defensa.

Pero, si es la prevención la idea rectora que inspira la construcción del sistema, ¿cómo diferenciar entre sí las tres categorías que la integran: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad? Intentando dar respuesta a este interrogante finaliza ROXIN el artículo. Para este autor la idea rectora inspiradora de las tres categorías es la misma, diferenciándose en el grado de concreción del hecho que en cada categoría se valora. Mientras que en la tipicidad se contempla el hecho desde el punto de vista del merecimiento de pena en abstracto, en el ámbito de la antijuridicidad se enjuicia como expresión de un conflicto social concreto, mientras que en la categoría «responsabilidad» la valoración va referida al autor. Sería precisamente la unidad del parámetro valorativo lo que dotaría de conexión sistemática a las mencionadas categorías.

Antes de continuar con la recensión del libro, permítaseme un breve comentario de las ideas expuestas. El gran mérito de ROXIN reside, a mi juicio, en haber puesto de manifiesto que el acercamiento del Derecho penal a la realidad y a sus necesidades, salvaguardando al mismo tiempo la seguridad jurídica, sólo es posible mediante la construcción del sistema a partir de unas directrices político-criminales. Si la integración de la Política criminal en la ciencia jurídico-penal se limitase a la adopción, ante un problema concreto, de la solución más justa desde esta perspectiva dentro de las varias posibilidades interpretativas que normalmente ofrece un precepto, dicha elección dependería exclusivamente de la ideología o valoración personal del intérprete o aplicador de la ley, lo que conduciría al acaso y a la arbitrariedad. Es por ello que la solución del caso concreto debe ser consecuencia de la aplicación de unas ideas directrices incardinadas de manera coherente en el sistema, que a la vez inspiren la solución concreta y permitan su fundamentación así como el control de su corrección, en el sentido de que en su obtención han debido observarse las reglas de la deducción racional y de la argumentación jurídica. Hasta aquí la labor y planteamiento del Prof. ROXIN resulta a todas luces plausibles. Lo que a mi juicio genera bastantes dudas es que la idea directriz por él propuesta: la prevención general en su vertiente integradora pueda desempeñar el papel de inspirar la construcción del sistema y servir de instancia de control de la corrección de las soluciones concretas, permitiendo con ello que la labor dogmática conserve el calificativo de ciencia. Este escepticismo no es debido en primera instancia a que resulte dudoso que la prevención general positiva permita fundamentar y legitimar satisfactoriamente la pena, sino fundamentalmente a la ductilidad de los argumentos o afirmaciones que utiliza. Ideas como la de que la conmoción que un hecho produce en el sentimiento de seguridad jurídica, la perturbación social que provoca o si la imposición de una pena es necesaria o no para la pacificación de la conciencia social, son tan maleables que permiten fundamentar cualquier solución: la previamente adoptada, dependiendo en último extremo de lo susceptible que sea la conciencia jurídica del que decide la cuestión. Es por ello fundamentalmente que no creo que deba ser ésta la idea rectora que inspire la construcción del sistema, pues difícilmente permite el control de la corrección de las soluciones concretas adoptadas y sin dicha posibilidad de control resulta imposible garantizar la irrenunciable seguridad jurídica cuya consecución es el principal cometido del sistema.

II.— En el artículo que abre esta compilación: «Los últimos desarrollos de la política criminal», el Prof. ROXIN se pronuncia sobre dos posibles estrategias o instrumentos en la lucha contra el delito: la resocialización y la reparación.

Por lo que a la primera cuestión se refiere, ROXIN recoge los seis argumentos fundamentales determinantes del fin de la «euforia» del pensamiento resocializador y del declive del protagonismo detentado en la explicación y legitimación de la pena. Mediante la contracrítica y relativización de estos argumentos intenta rescatar la idea de resocialización, no con el fin de devolverle el protagonismo perdido, sino para reservarle una función irrenunciable dentro de unas coordenadas realistas, a aplicar dentro de las fronteras de la culpabilidad y con respeto absoluto a la libre determinación y sin olvidar que «un derecho penal del tratamiento sólo puede comprender una pequeña parte de la criminalidad, en tanto que para la masa de los autores no es adecuada, bien sea porque sus hechos no son suficientemente graves o bien porque no están necesitados de ayudas terapéuticas o son rehusadas» (págs. 28-29)

En la segunda parte de este artículo ROXIN defiende el rendimiento político-criminal de la reparación. Esta es propugnada como una sanción penal autónoma y alternativa a la pena privativa de libertad, a diferencia de la responsabilidad civil regulada en nuestro Código penal, que no está enfocada a evitar el delito, sino a determinar, una vez que se ha producido, a quiénes corresponde y en qué medida la asunción del daño causado. Por el contrario, la reparación de la que habla ROXIN sería un instrumento penal en la lucha contra el delito entre cuyas ventajas contaría el servir al restablecimiento de la paz jurídica, su eficacia resocializadora y el propiciar la reconciliación entre el autor y la víctima. Se trataría de un instrumento idóneo para los casos de pequeña y mediana criminalidad, para los supuestos de tentativa y de lesión de bienes jurídicos indeterminados. Incluso cuando no se pudiera renunciar a la pena la reparación serviría para mitigar su gravedad. Para evitar posibles injusticias derivadas de la falta de capacidad económica del autor, ROXIN señala como posible vía una reparación «simbólica» o un trabajo voluntario de utilidad pública.

III.— Bajo el título «Cuestiones básicas de la teoría del injusto» ROXIN hace referencia a cuatro temas polémicos especialmente actuales que se plantean en el ámbito del injusto. El primero es el de los efectos que para el injusto posee una corresponsabilidad de la víctima en los hechos, rechazando la absolutización y generalización de los planteamientos victimológicos fundamentados en la idea de «que cuando es posible y exigible una protección propia y efectiva no se da por parte del autor una lesión del bien jurídico suficientemente peligrosa no es merecedora de protección» o en el principio de subsidiariedad del Derecho penal. Ello no significa negar todo juego al planteamiento victimológico. Muy al contrario, será un punto de vista a tener en cuenta pero interpretado y ponderado conjuntamente con otros principios y con los intereses específicos de protección que entran en juego en el caso concreto. Reconducida la importancia del planteamiento victimológico a sus justos términos, es de reconocer que en determinados casos será un factor determinante de la exclusión del injusto, mientras que en otros supondrá una disminución del mismo, lo que ha de tener un reflejo en la medición de la pena.

También puede caracterizarse de «intermedia» la postura mantenida por el autor sobre la existencia de un «ámbito indiferente al derecho». El negar por principio esta posibilidad supondría partir de un derecho omnicompreensivo no conforme con un modelo de democracia parlamentaria en el cual la libertad del individuo es originaria. «Pero al mismo tiempo no es de aplaudir la construcción de un ámbito indiferente al derecho en el ámbito del injusto. Pues cuando un comportamiento es

valorado como típico, está presente una lesión al bien jurídico, con lo cual el derecho no puede contener una valoración conforme a la cual «sus normas se retiran» en determinados casos» (pág. 75).

Por lo que a las causas de justificación se refiere, ROXIN niega la posibilidad de lograr una sistematización cerrada y definitiva de las mismas, pues éstas, al intentar ofrecer la correcta regulación social de intereses en colisión, poseen unos límites y contenido cambiantes al ritmo de las transformaciones sociales. Por ello las llamadas teorías monistas que intentan reconducir todas las causas de justificación a un principio único son necesariamente abstractas y los principios que proponen estériles de cara a la deducción de resultados concretos. Plantea también ROXIN, mediante múltiples ejemplos, la necesidad de una investigación pormenorizada del tema de la concurrencia de causas de justificación.

IV.— Bajo el título «Sobre la culpa en el Derecho penal» ROXIN se ocupa brevemente de algunos aspectos de la moderna teoría de la imputación objetiva del resultado. Esta, desde una perspectiva histórica supone la contrapartida a la situación existente bajo el denominado «imperio del dogma causal»: la tipicidad de los delitos de resultado se agotaba en la relación de causalidad, a decidir según la teoría de la equivalencia de condiciones. Consecuentemente con el planteamiento teleológico o funcional impulsado por ROXIN se rechaza de forma tajante que la relación de causalidad pudiera decidir por sí misma cuándo un acontecimiento, ya desde un punto de vista objetivo, es o no relevante para el Derecho penal, emprendiendo la labor de definir el nexo entre acción y resultado sobre criterios eminentemente normativos. Y es precisamente ROXIN uno de los pioneros en esta labor. Retomando el intento de Honig de centrar el acento del juicio de imputación en la faceta objetiva del suceso, ROXIN ya en 1970 sienta las bases de la actual doctrina de la imputación objetiva, reconduciendo el criterio empleado por HONIG de la «posibilidad de dominio a través de la voluntad humana» al principio de «creación de un riesgo no permitido», expresión que prefiere a la de lesión del deber de cuidado, pues ésta locución «despierta la impresión como que el delito de comisión culposa consiste en la omisión del cuidado debido, lo que está cerca de la inversión falsa en un delito de omisión» (pág. 92).

En este artículo ROXIN pasa revista a grandes trazos a algunos de los criterios a tener en cuenta en la determinación de la responsabilidad por imprudencia en el ámbito de la tipicidad, o lo que para el autor es lo mismo, de la imputación objetiva del resultado, pues «el tipo de los delitos culposos en cuanto no contiene una descripción adicional del comportamiento, se cumple exclusivamente por la teoría de la imputación objetiva: un resultado que es imputado objetivamente al tipo, está causado culposamente, sin que se requieran otros criterios para ello» (pág. 91).

Basta ver la naturaleza de los criterios a los ROXIN pasa breve revista —el papel a atribuir a las normas jurídicas así como a las «regulaciones» generadas por determinadas asociaciones de intereses a la hora de decidir si se ha creado un riesgo relevante a efectos de imputación del resultado típico, el principio de confianza y sus posibles ámbitos de aplicación, el modelo del hombre cuidadoso y prudente que pertenece al círculo de relaciones del autor en la situación concreta, etc.— para percatarse de una de las características que definen el método y sistema propuesto por ROXIN: la renormativación de la teoría jurídica del delito, que ha quedado especialmente expresada en el tratamiento que este autor y sus seguidores realizan del problema de la imputación objetiva del resultado.

V.— A pesar de que la responsabilidad del autor por su comportamiento dependa, según ROXIN, de la necesidad preventiva de la pena, la culpabilidad continúa siendo un presupuesto ineludible para el castigo. El último artículo de esta compilación está precisamente dedicado al contenido del concepto de culpabilidad, pues del contenido que se le atribuya dependerá el que de hecho pueda desempeñar la función de límite al poder penal del Estado. ROXIN pasa suscita pero crítica revista a las más relevantes concepciones actuales al respecto —la culpabilidad como «poder actuar de otro modo», como «ánimo desaprobado jurídicamente», como «asignación de necesidades preventivo-generales», así como a la opinión que declara inservible dicho concepto—, para pronunciarse a favor de configurar dicha categoría como «actuar injusto a pesar de la abordabilidad normativa. Entre las ventajas de esta concepción destaca ROXIN la de basarse en un dato empírico normativo que no presupone el libre albedrío, capaz además de limitar el Derecho penal a lo absolutamente indispensable socialmente, puesto que la impunidad de una persona inmotivable por la norma no frustra ninguna expectativa social, ni produce una conmoción en la comunidad, asegurando con ello la función protectora liberal que el principio de culpabilidad ha de desempeñar en un Estado de Derecho.

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA

*Departamento de Derecho Penal de la U.C.M.*

**SUAY HERNÁNDEZ Celia:** «LOS ELEMENTOS BÁSICOS DE LOS DELITOS Y FALTAS DE DAÑOS». Edt. P.P.U. (Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A.). Colección Derecho y Estado. 1.<sup>a</sup> Edición. Barcelona 1991. 175 págs.

El objeto de estudio del presente libro es el de los elementos de los delitos y faltas de daños, pero entendidos éstos no en su sentido estricto de las conductas recreadas bajo esa rúbrica en el Capítulo IX del Título XIII del Libro II del Código Penal, sino más ampliamente aquellos que muestran en común la previsión de un resultado de daños, aunque con tal no se atente sólo a la propiedad privada, como bien jurídico microsocial, sino también a los referidos a bienes jurídicos macrosociales.

La intención es llevar a cabo una sistematización de la dispersión que se produce en su tipificación legal, proponiendo su regulación en función de los bienes jurídicos a proteger —micro y macrosociales— o al menos, como reconoce la propia autora, «poner en claro las semejanzas y diferencias que hay entre ellos» (pág. 13).

El plan sistemático desarrollado por la autora se descompone en tres capítulos dedicados respectivamente al estudio de este tipo de delitos en el Código Penal español (Cap. I); en el Código Penal de la República Federal Alemana —hoy Alemania unificada— (Cap. II); para concluir en un Cap. III con una toma de posición personal sobre el tema.

En el capítulo dedicado al análisis de la regulación española sobre el tema se realiza, de una manera expositiva y didáctica, un recorrido a lo largo de las diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre los diferentes elementos que concurren en los tipos de daños, lo que le permite, de una forma breve y sistemática, exponer la situación actual de la regulación legal en nuestro Ordenamiento.

En lo referente a la exposición de la situación en la legislación alemana se vuelven a reproducir dichos planteamientos, si bien, esta vez, cabe destacar el detenido y exhaus-