

ExLibris

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

Recensiones

Andrew Ashworth, *Positive Obligations in Criminal Law*, Ed. Hart Publishing Ltd., Portland, 2013, por María Soledad Krause Muñoz.

Morten Bergsmo, Wui Ling Cheah Morten Bergsmo, Wui Ling Cheah y Ping Yi (eds.), *Historical Origins of International Criminal Law* (Vol. II), Torkel Opsahl Academic EPublisher, Bruselas, 2015, por Ianiv Garfunkel.

Gonzalo D. Fernández, *El elemento subjetivo de justificación en Derecho penal*, B de F, Montevideo, Buenos Aires, 2015, por María A. Trapero Barreales.

Réplica

A la recensión de Héctor Hernández Basualto a *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*, por Juan Pablo Mañalich R.

Reseñas

Obras generales de Derecho penal italiano – Parte General, por Gabriele Civallo.

Recensiones

Recensión a Andrew Ashworth, *Positive Obligations in Criminal Law*, Ed. Hart Publishing Ltd., Portland, 2013 (221 págs.)

María Soledad Krause Muñoz

Universidad Alberto Hurtado

En su obra *Positive Obligations in Criminal Law*, se incluyen ocho ensayos del profesor emérito de la Universidad de Oxford Andrew ASHWORTH en que éste analiza diversos aspectos de los que denomina *deberes positivos generales*, concepto al que da un alcance amplio en dos sentidos diferentes: en la medida en que comprende en él todos aquellos en los que, conjuntamente con una exigencia de abstención, se advierte un componente positivo en la infracción (como sucede en los delitos sexuales en los que conjuntamente con los actos de significación sexual se requiere que el sujeto no adopte resguardos razonables para asegurarse del consentimiento del otro), y también en cuanto comprende dentro de ellos los deberes del Estado para con los ciudadanos.

El análisis que realiza es descriptivo de la realidad en el Derecho inglés en algunos aspectos, pero sobre todo normativo, en tanto efectúa un examen crítico de instituciones, y ofrece un conjunto de soluciones y criterios destinados a su aplicación.

En lo que dice relación con los deberes positivos del Estado liberal para con los ciudadanos, ASHWORTH postula la relevancia de dos: el de seguridad y el de justicia. El primero surge como contrapartida de la renuncia de los sujetos a parte de su libertad a cambio de la promesa del Estado de efectuar esfuerzos razonables para minimizar las afectaciones a sus derechos, y exige que éste cuente con una infraestructura de servicios de emergencia, otorgue una especial protección a los derechos de los niños, asegure la existencia de leyes penales que protejan a las personas y tutelen sus derechos. En relación con este primer deber positivo, ASHWORTH se pregunta acerca de sus límites, que encuentra en los principios que regulan la intervención estatal (de los que se ocupa en algunos de los ensayos contenidos en el volumen), y en los requerimientos derivados del deber de justicia. Este segundo deber positivo, constituye una fuente relevante de límites para el deber de seguridad, toda vez que tiene como punto de partida la libertad de las personas, y el postulado de que el Derecho criminal debe ser necesario para minimizar la afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos y castigar las conductas que los lesionan o ponen en peligro. El fundamento de este deber de justicia, postula el autor, es la obligación del Estado liberal de respetar a los sujetos como agentes morales en una comunidad política, lo que obliga a la tutela del principio de legalidad y a sus consecuencias: la exigencia de claridad, estabilidad y determinación en las normas de manera que los individuos puedan decidir cómo conducirse y prever las consecuencias de ello; reconocer el deber del Estado de publicar sus normas para asegurar que las leyes puedan operar como guías de conducta y los individuos conocerlas; exigir ciertos presupuestos para toda sanción penal: la prueba de la intención, imprudencia o conocimiento, evitando que los individuos puedan ser sancionados

penalmente por circunstancias accidentales o desconocidas; y reclamar al Estado atender a la capacidad reducida de ciertos sujetos, particularmente niños, en la configuración y la aplicación de sus normas, que asegure que son penados de manera acorde con su desarrollo.

En lo que dice relación con los deberes positivos de los individuos, analiza el discurso común que postula su carácter excepcional y sus fundamentos, y ofrece principios que debieran tenerse en cuenta al evaluar las instituciones vigentes y diseñar las futuras.

En el primero de los ensayos, *Is the criminal law a lost cause?*, ASHWORTH afirma que el Derecho penal es una *causa perdida* en la medida en que no es posible, desde un análisis descriptivo, encontrar en la regulación vigente principios que orienten la creación de las normas. Destaca su carácter esencialmente contingente, y la dificultad existente para trazar diferencias relevantes entre la incriminación penal y las normas de sanción contenidas en el ámbito regulatorio y civil, fenómeno que ve agravado porque en muchos supuestos el Derecho penal es utilizado como un mecanismo de expresión de mensajes que tiene solo un contenido simbólico. En ese estado de cosas, estima relevante que la distinción se centre en las funciones y características que el Derecho penal debe tener, las que surgen de una estrecha relación entre ley penal, procedimiento penal y determinación de la pena. En ese entendido, realiza un esfuerzo por identificar los principios básicos del Derecho penal, entendiendo por tales: que este solo debe ser usado para reprochar ilícitos relevantes; que las leyes penales deben ser aplicadas con respeto al principio de igual trato y de proporcionalidad; el principio de que las personas acusadas de ilícitos graves deben disponer de garantías apropiadas a la gravedad de la imputación penal; y el principio de que la sanción máxima y la sentencia efectiva deben resultar proporcionadas a la gravedad del ilícito.

En el segundo de los ensayos, *Criminalising omissions*, ASHWORTH analiza cuáles son los criterios que debieran tenerse en cuenta en la decisión de criminalizar las omisiones y en la determinación de la intensidad con que la intervención penal debe efectuarse en dichos supuestos. Partiendo de la base propuesta por SIMESTER/VON HIRSCH de que uno de los pre-requisitos de la criminalización de las omisiones es que la conducta se considere como moralmente incorrecta y de una cierta entidad, postula como criterios necesarios el principio de urgencia, la prioridad de la vida y los principios de oportunidad y de capacidad; cuya aplicabilidad analiza críticamente a propósito de varias clases de deberes generales, como los que surgen de la familia o las relaciones domésticas, las obligaciones que se asumen voluntariamente, las obligaciones que derivan de un actuar previo (causalmente vinculado con la creación de un riesgo de manera accidental) y las obligaciones cívicas. A continuación, resalta la relevancia del principio de legalidad en lo que dice relación con las omisiones, y da cuenta de las tensiones que plantea en este ámbito, tanto en lo referente a la creación de las situaciones de deber, como a propósito del problema del conocimiento del Derecho, el rol del *mens rea* y el problema de la vaguedad. Adicionalmente, efectúa una propuesta de distinción entre cinco clases de omisiones que puede ser usada para resolver la cuestión referida a la necesidad de criminalización, su intensidad, y la forma de las infracciones en cuanto a la relevancia del resultado.

En el tercero de los ensayos, *Ignorance of the criminal law and duties to avoid it*, cuestiona el principio general del Derecho inglés de acuerdo con el cual la ignorancia de la ley no es una *defense* en relación con una imputación penal salvo en supuestos excepcionales. Tras analizar los

argumentos en que se funda la mencionada regla, la critica considerando que si bien es adecuado y justo exigir a las personas que realicen un esfuerzo razonable por conocer la ley, el Estado tiene la obligación de proporcionar mayor información sobre el Derecho penal y las modificaciones que introduce con él como parte esencial de la exigencia derivada del principio de legalidad de hacer el Derecho penal suficientemente accesible al ciudadano. A partir de esa referencia y luego de efectuar una aplicación de ese principio a las ofensas regulatorias, crímenes graves y los (crecientes) delitos de omisión (los que diferencia entre comisión por omisión y omisiones generales), plantea la razonabilidad de introducir una excusa, general pero circunscrita, de ignorancia de la ley que se funde en estándares objetivos.

En el cuarto de los ensayos, *Should strict criminal liability be removed from all imprisonable offences*, ASHWORTH argumenta sobre la improcedencia de que se imponga una sanción penal sin que exista prueba de la culpa -vale decir, oponiéndose a la consagración de ofensas de *strict liability*, entendiendo por tales aquellas en las que se contiene al menos un elemento material para el que no se requiere *mens rea*-, en el entendido en que ello sería contrario a la noción de autonomía y la libertad de un sujeto y de los derechos básicos que un Estado le reconoce.

En el quinto ensayo, *A change of normative position: determining the contours of culpability in criminal law*, analiza y critica el constructivismo moderado que postula que una persona modifica su posición normativa cuando de manera intencional daña a otro lesionando un determinado interés, lo que hace admisible que las normas penales lo sancionen por daños mayores que los previstos.

En el sexto ensayo, *The unfairness of risk based possession offences*, Ashworth postula la injusticia de los delitos de posesión que crean un riesgo (*risk based possession offences*) como es la tenencia de armas, y las graves dificultades que ellos plantean a la luz de los paradigmas generales del Derecho penal, como es la exigencia de un acto voluntario o la aplicación de la presunción de inocencia. Plantea propuestas para su reformulación a partir de la idea de que se trataría de delitos de peligro abstracto que se fundan en la omisión de cumplir con el deber de cuidado y protección que se ha impuesto a quien tiene el control de un objeto peligroso.

En el séptimo de los ensayos, *Child defendants and the doctrines of the criminal law*, ASHWORTH da cuenta de las tensiones que plantea la juventud de los imputados en relación con los principios y la doctrina del Derecho penal, teniendo en cuenta la temprana edad con que es posible la atribución de responsabilidad en el Derecho inglés. Postula que la inmadurez de los menores es una característica que no es posible soslayar y que incide en su valoración como agentes morales, razón por la que debe ser considerada al momento de apreciar la concurrencia de defensas tales como la coacción, la provocación, la ignorancia de la ley o el consentimiento, entre otras.

En el octavo ensayo contenido en la obra, *Human rights and positive obligations to create particular criminal offences*, se refiere a las obligaciones positivas que asumen los Estados en razón de convenios internacionales (particularmente la Convención Europea de Derechos Humanos) y que han sido materia de decisiones jurisprudenciales de la Corte de Estrasburgo, dentro de las que destacan el deber de asegurar los derechos de las personas por medio de leyes criminales efectivas amparadas de mecanismos destinados a la prevención, supresión y sanción de sus

infracciones; el deber de adoptar en determinadas circunstancias medidas preventivas llamadas a proteger al individuo por actos criminales de otro, y el deber de disponer de mecanismos efectivos de investigación de las infracciones a los derechos reconocidos por la Convención y persecución de los sujetos responsables.

La obra de ASHWORTH aborda varios tópicos interesantes relacionados con los desafíos que enfrenta el Estado frente a la nueva realidad social, y la forma renovada en que se plantea la tensión entre seguridad y libertad como fundamentos de la intervención penal. El análisis descriptivo a la luz de las categorías que propone da una noción general acerca de los problemas que plantean las instituciones; y el esfuerzo normativo de establecer principios y criterios de determinación, directrices útiles para valorar el Derecho vigente y diseñar el futuro.

Me parece de particular interés la reflexión que plantea acerca del deber del Estado en lo que dice relación con el principio de legalidad y, en concreto, con el deber de comunicar y dar a conocer a los ciudadanos las conductas que se consideran delitos y de las sanciones con las que se conminan. Ese principio de corte liberal, que tal como dice el autor y ha resaltado la doctrina desde antiguo, parece especialmente puesto en cuestión en los supuestos de omisiones.

Constituye una apreciación común el que las omisiones son y deben ser excepcionales –en la medida en que comportan una afectación grave de la libertad de los sujetos, a quienes se impone solo la abstención de conductas dañosas o potencialmente dañosas. Es por ello que los delitos de omisión –y, en general, la responsabilidad que surge por conductas omisivas– exige un particular esfuerzo de fundamentación y de limitación.

El fundamento político antes expresado no es la única explicación a ese carácter excepcional. Me parece que lo es también de manera relevante la referida a la significación social del hecho y, antes de ello, a la creación de los contextos de significado desde un punto de vista social.

En los modos ordinarios de relación social, es la acción –y la causalidad– la que define ese contexto, delineando los términos en que un sujeto podrá expresarse de una manera autónoma y dar a conocer un mensaje que pueda ser valorado. El Derecho penal, en razón del principio de legalidad, debe indicar cuáles son los contextos de significado derivados de las acciones que tendrán una relevancia criminal, y podrán ser antecedente de un reproche que se traduzca en la imposición de una pena.

En los supuestos de omisiones sucede algo diferente, pues el no-hacer carece, en general, de toda relevancia. En ese sentido, nada dice. Todo el tiempo, por lo demás, estamos no-haciendo; de manera que reconocer significado por las mencionadas no-actuaciones se traduciría en un conjunto inacabable de mensajes, muchos de ellos, por lo demás, contradictorios. De este modo, en el caso del no-hacer, las normas –sean jurídicas o no– no solo han de ofrecer una relevancia al comportamiento, sino también crear el contexto de significado en el que podrá expresarse. Vale decir: delimitar en qué circunstancias precisas un no-hacer se concebirá como omisión. De ahí la exigencia del deber previo y en muchos casos, de su tipificación. Sin esa determinación por parte del legislador, no es posible que el sujeto a quien se dirija la norma pueda regirse por ella, en la medida en que no comprenderá que su no-hacer –vale decir su forma de estar sin

responsabilidad en el mundo- tendrá el significado de una conducta en el contexto social, y podrá ser sancionada penalmente.

Así, los desafíos que plantea el principio de legalidad y la exigencia que impone al Estado en relación con sus ciudadanos es más acusada en las omisiones que en las acciones: al legislador corresponde no solo establecer la relevancia de un contexto de significado social -que crea la acción y delimita la causalidad- sino que definirlo como condición del incumplimiento.

En lo demás, este libro constituye una buena muestra del interés de la doctrina inglesa por los delitos de omisión, que se suma a la larga tradición existente en la doctrina en lengua alemana y española.

Recensión a Morten Bergsmo, Wui Ling Cheah Morten Bergsmo, Wui Ling Cheah y Ping Yi (eds.), *Historical Origins of International Criminal Law* (Vol. II), Torkel Opsahl Academic EPublisher, Bruselas, 2015 (805 págs.)

Ianiv Garfunkel

Universidad de Buenos Aires

El segundo volumen de la obra *Historical Origins of International Criminal Law*, editada por MORTEN BERGSMO, CHEAH WUI LING y YI PING, cuyo primer volumen se reseñó en el número anterior de esta revista, versa sobre los juicios que tuvieron lugar inmediatamente tras el proceso de Núremberg, llevados a cabo en Asia, Oceanía y Europa, incluido el juicio del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente -también conocido como el Tribunal de Tokio-. La mayor parte de los trabajos, organizados con un criterio geográfico, analizan instancias de juzgamiento poco estudiadas por la doctrina tradicional, como los juicios llevados a cabo en Japón y en otros países de la región, una vez que el Tribunal Internacional de Tokio finalizara su tarea. Por su lado, los ensayos incluidos en la última parte se relacionan con procesos judiciales realizados en Europa Central y Oriental y en la región escandinava.

Este volumen presenta una serie de trabajos sobre instancias históricas de juzgamiento de crímenes internacionales poco exploradas, en particular, aquellas relacionadas con procesos judiciales llevados a cabo contra militares japoneses en China y en otros países de la región Asia-Pacífico tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial. Se trata, entonces, de ensayos que aportan perspectivas novedosas al estudio del Derecho internacional penal que superan los trabajos más tradicionales y euro-céntricos que solemos encontrar en los manuales de esta disciplina.

Una serie de capítulos examinan diversos aspectos del funcionamiento y de la sentencia del Tribunal de Tokio, quizás la experiencia de justicia de la segunda posguerra más conocida de esa región. Se trata de ensayos que versan, principalmente, sobre las opiniones de dos de los once

jueces del Tribunal: el juez holandés B.V.A. Röling, y el juez indio R. Pal. Aunque con diferencias, ambos magistrados emitieron opiniones disidentes y propusieron alternativas a la perspectiva mayoritariamente occidental que, desde sus orígenes, adoptó el Derecho internacional penal en el marco de la Organización de las Naciones Unidas. Así, por ejemplo, SCHOUTEN ("From Tokyo to the United Nations: B.V.A. Röling, International Criminal Jurisdiction and the Debate on Establishing an International Criminal Court, 1949-1957", pp. 177-212) analiza la influencia que tuvo el juez Röling durante su actuación como representante del gobierno holandés ante el Sexto Comité de la Asamblea General de la recientemente creada ONU (y, posteriormente, vicepresidente del Comité Especial para la definición del crimen de agresión de 1953), quien, a la luz de su experiencia en el Tribunal de Tokio, adoptó una postura crítica y una visión menos "occidental" del Derecho internacional, en especial, respecto del crimen de agresión.

Las críticas que el Juez Pal expuso célebremente en su voto disidente a la sentencia del Tribunal de Tokio, y que han servido como fundamento de los cuestionamientos que posteriormente se han esgrimido respecto del funcionamiento los tribunales penales internacionales que surgieron desde entonces, son revisadas por algunos de los trabajos. BOISTER, por ejemplo ("The Tokyo Military Tribunal: A Show Trial?", pp. 3-29) examina la alegada naturaleza de "show trial" del Tribunal de Tokio, que describe como aquellos procesos judiciales cuyos resultados son predecibles y que se enfocan más en los observadores externos que en la necesidad de hacer justicia respecto del caso individual. El voto de Juez Pal también es analizado desde una perspectiva filosófica por BANERJEE ("Does International Criminal Justice require a Sovereign? Historicising Radhabinod Pal's Tokyo Judgment in Light of his 'Indian' Legal Philosophy", pp. 67-117), quien examina la conocida posición anticolonialista que el juez dejó ver en su opinión disidente. Sin embargo, al mismo tiempo, señala que, al haber limitado la doctrina su análisis a dicha decisión, ignorando el resto de sus trabajos, muchos de ellos escritos en bengalí, no se ha identificado correctamente su postura frente a la justicia global, que, según la autora, Pal aceptaba en tanto proyecto que trascendiera divisiones de raza y nacionalidad, fundamentado en nociones filosóficas y conceptos indios de la antigüedad. La postura del jurista indio, en opinión de BANERJEE, entrañaba, en primer lugar, un ataque a la noción de la soberanía imperial y, solo de forma secundaria, una defensa de la soberanía no europea.

La sentencia del Tribunal de Tokio también es estudiada desde el punto de vista de los cargos presentados (y no presentados) contra los acusados. Así, por ejemplo, Longwan y Houle ("In Search of Justice for China: The Contributions of Judge Hsiang Che-chun to the Prosecution of Japanese War Criminals at the Tokyo Trial", pp. 143-175) evalúan la visión del Fiscal que representó a China ante el Tribunal (Hsiang Che-chun) y su intento de incluir en los juicios llevados a cabo en Japón los hechos perpetrados por las fuerzas armadas japonesas contra China desde 1928. Si bien el juzgamiento de esos hechos encontraba obstáculo en la base normativa y temporal del tribunal, los autores argumentan que la intención del Fiscal constituía, cuanto menos, un reconocimiento histórico de la agresión japonesa, la exposición de la verdad ante los Tribunales y la lucha contra el olvido de esas atrocidades. Sin perjuicio de que el capítulo ofrece una descripción detallada de las circunstancias fácticas e históricas que rodearon los hechos, hubiera sido deseable un apartado de naturaleza más bien jurídica que explicara los motivos por los cuales el Tribunal de Tokio rechazó la propuesta del Fiscal chino.

En este volumen también se examinan los juicios que se llevaron a cabo a continuación del Tribunal Internacional de Tokio y el rol que tuvieron las potencias europeas ocupantes del territorio de Japón, señalándose que los procesos que siguieron a los Tribunales Militares Internacionales fueron utilizados como herramientas de los países vencedores para superar las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial y preparar el nuevo orden mundial. Así, SCHOEPFEL-ABOUKRAT ("The War Court as a form of State Building: The French Prosecution of Japanese War Crimes at the Saigon and Tokyo Trials", pp. 119-141) identifica la posición francesa en la posguerra respecto del Derecho internacional penal y su relación con la descolonización del sudeste asiático, en el marco de los juicios contra los criminales de guerra japoneses, en particular, los llamados juicios de Saigón (1946-1950). En un contexto de análisis análogo, KUSHNER ("Chinese War Crimes Trials of Japanese, 1945-1956: A Historical Summary", pp. 243-265) expone los entretelones de esos juicios, sus consecuencias políticas y diplomáticas en el sudeste asiático y el reposicionamiento de Japón durante la Guerra Fría. Por su lado, TIANSHU ("The Forgotten Legacy: China's Post-Second World War Trials of Japanese War Criminals, 1946-1956", pp. 267-300) analiza y compara los juicios que tuvieron lugar en China hasta 1949 con el gobierno de la República de China y los juicios de 1956, ya bajo el gobierno comunista. A pesar de las diferencias ideológicas y diplomáticas en un periodo y en otro, TIANSHU examina la legitimidad y el Derecho aplicado en ambos casos, concluyendo que esos procesos judiciales robustecieron el Derecho internacional, tanto humanitario como penal.

En una línea similar, POLUNINA ("Soviet War Crimes Policy in the Far East: The Bacteriological Warfare Trial at Khabarovsk, 1949", pp. 539-562) presenta un análisis respecto del único juicio donde se investigó el programa de armas bacteriológicas y experimentos humanos de los japoneses, que tuvo lugar en 1949. En su trabajo, la autora discute la indeterminación jurídica del juicio, la apresurada naturaleza en que se llevó a cabo, las bajas penas y su aspecto propagandístico, en un contexto de incipiente Guerra Fría.

Los procesos judiciales contra militares japoneses también son objeto de análisis desde el punto de vista del Derecho aplicable, las reglas probatorias y las formas de atribución penal a los fines de determinar su impacto en el desarrollo del Derecho internacional penal actual. Así, TOTANI ("International Military Tribunals at Tokyo, 1946-1949: Individual Responsibility for War Crimes", pp. 31-65) estudia los procesos contra los comandantes japoneses Tamura Hiroshi y Toyoda Soemu, quienes fueron condenados por crímenes de guerra. Por su lado, YAN ("The 1956 Japanese War Crimes Trials in China", pp. 215-241) analiza los juicios llevado a cabo en China contra 45 criminales de guerra japoneses que no eran considerados los máximos responsables. El autor señala que el Derecho aplicado por la jurisdicción china tuvo basamento tanto en instrumentos internacionales como domésticos, y examina el Derecho sustantivo y adjetivo aplicado por los tribunales chinos en esos casos.

También en la región asiática, pero ya fuera de China, CHEAH ("Post-Second World War British Trials in Singapore: Lost in Translation at the Car Nicobar Spy Case", pp. 301-330) escribe respecto de los juicios que tuvieron lugar en Singapur, llevados a cabo por el Reino Unido, sobre los crímenes que los japoneses cometieron en la Isla de Nicobar, India. El tratamiento que la autora hace sobre esos juicios es muy específico y se refiere a los problemas que se le presentaron al Tribunal, de origen "occidental", a la hora de escuchar a los imputados y a los testigos que

hablaban lenguas desconocidas para los jueces. Pese a esa especificidad del tema, la relevancia está viva aún hoy, cuando la Corte Penal Internacional, por ejemplo, tiene que escuchar testigos cuyas declaraciones deben ser traducidas al árabe para recién después poder ser traducidas al inglés o francés.

La obra también incluye un trabajo sobre la situación de Australia y los juicios que se llevaron a cabo por los crímenes de guerra cometidos por los japoneses, entre 1945 y 1951, cuyo estudio había quedado relegado por la doctrina local, debido a las restricciones y censura a las que estuvieron sometidas las investigaciones y los procesos. En este sentido, MORRIS ("Obscuring the Historical Origins of International Criminal Law in Australia: The Australian War Crimes Investigations and Prosecutions of Japanese, 1942-1951", pp. 355-394) considera que si esos juicios fuesen más conocidos y su contenido difundido ampliamente, ello podría, en cierta medida, contestar las críticas respecto de la naturaleza de los procesos contra los japoneses en la región de Asia-Pacífico relativas a la justicia de los vencedores o a la falta de enjuiciamientos por crímenes de violencia sexual.

El único crimen internacional que es tratado de forma específica es el de prostitución forzada. JØRGENSEN y FRIEDMANN ("Enforced Prostitution in International Law Through the Prism of the Dutch Temporary Courts Martial at Batavia", pp. 331-354), analizan los juicios llevados a cabo por las Cortes Marciales de Batavia en las Indias Orientales holandesas (hoy Jakarta, Indonesia), relacionados con los crímenes de violencia sexual durante la Segunda Guerra Mundial, considerados como la primera instancia histórica en la que militares y civiles dueños de burdeles fueron condenados por prostitución forzada como una violación a las leyes y usos de la guerra. Asimismo, los autores incluyen una referencia al estado actual del Derecho internacional penal.

La última parte de este volumen retorna al continente europeo para analizar los procesos judiciales que se llevaron a cabo contra miembros del régimen nazi en diversos países, desde perspectivas mayoritariamente jurídicas, como por ejemplo, cuestiones relacionadas con el Derecho aplicable, tanto relacionado con la codificación y aplicación del Derecho internacional penal (como el Estatuto del Tribunal de Núremberg, la Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado y la Convención de Naciones Unidas contra el Genocidio), y la legislación local. Así, por ejemplo, VORMBAUM ("An 'Indispensable Component of the Elimination of Fascism': War Crimes Trials and International Criminal Law in the German Democratic Republic", pp. 397-425) examina los juicios contra los nazis que se desarrollaron en la República Democrática de Alemania. Por su lado, PÖPKEN ("Towards the Domestic Prosecution of Nazi Crimes Against Humanity: The British, Control Council Law No. 10 and the German Supreme Court for the British Zone, 1947-1950", pp. 427-470) dedica su capítulo a la actuación de la Corte Suprema alemana con respecto a la Zona Británica en materia de crímenes contra la humanidad, entre 1947 y 1950. El autor indaga sobre los factores históricos e institucionales que le permitieron a esa Corte contribuir al Derecho internacional penal y, por otro lado, el impacto que ello tuvo en esa rama del Derecho. El autor indica que la Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado fue la válvula de escape que utilizó la Corte Suprema para poder juzgar a los alemanes que habían cometido crímenes de lesa humanidad en perjuicio de ciudadanos alemanes o apátridas, sin avasallar la soberanía alemana. En cuanto a su herencia jurisprudencial, el autor pone el énfasis en la utilización que de ella hizo el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia.

La actuación danesa y noruega de la posguerra es analizada por TAMM ("Prosecution of War Criminals in the North: Danish and Norwegian Experiences after the Second World War", pp. 471-492). A diferencia de lo que sucedió en la Alemania ocupada por los Aliados (analizado por Pöpken), en Dinamarca el enjuiciamiento de criminales nazis se basó en una ley local promulgada en 1946, con efectos retroactivos. Sin embargo, el Poder Judicial noruego consideró que no se configuraba una aplicación retroactiva de la ley penal, ya que la persecución de esos criminales estaba fundada en el Derecho internacional, circunstancia que estaba amparada por la constitución de Noruega. En una tesis similar, TALLGREN ("Martyrs and Scapegoats of the Nation? The Finnish War-Responsibility Trial, 1945-1946", pp. 493-538) pone atención en la particular situación de Finlandia. La autora analiza los juicios contra los finlandeses que cometieron crímenes durante la Segunda Guerra Mundial, que fueron llevados a cabo por jueces finlandeses, en Finlandia y bajo la ley doméstica de ese Estado, pero sobre la base de una obligación internacional –el Armisticio de Moscú– que establecía que "Finlandia cooperará con las Potencias Aliadas en el arresto y enjuiciamiento de aquellas personas acusadas de crímenes de guerra".

La actuación del Tribunal Nacional Supremo de Polonia tiene un triple tratamiento en este volumen. Por un lado, GRZEBYK ("The Role of the Polish Supreme National Tribunal in the Development of Principles of International Criminal Law", pp. 603-637), tras hacer una descripción sobre la composición y funcionamiento del Tribunal, se dedica a analizar en profundidad el tratamiento que aquel le dio a temas como obediencia debida, la definición de crímenes internacionales y la noción de responsabilidad penal. MARCINKO ("The Concept of Genocide in the Trials of Nazi Criminals before the Polish Supreme National Tribunal", pp. 639-696) examina el concepto de genocidio utilizado por el Tribunal. Primeramente, introduce la evolución de dicho concepto, desde Lemkin hasta su no inclusión en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, pasando luego al trabajo de la Asamblea General de Naciones Unidas. Asimismo, cabe destacar, se refiere a la discusión sobre genocidio cultural en el caso *Artur Greiser*, noción que no fue finalmente incluida en la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, y finaliza con los elementos subjetivos del crimen de genocidio. Finalmente, DRUMBL ("The Supreme National Tribunal of Poland and the History of International Criminal Law", pp. 563-601) utiliza dos casos decididos por ese Tribunal para relacionarlos con la historia del Derecho internacional penal, resaltando, en la misma línea que Marcinko, su aporte a la persecución del crimen de genocidio que, sostiene, merece un lugar en la discusión sobre la materia.

Finalmente, los últimos dos capítulos de este volumen se centran en los procesos judiciales de Europa Central y Oriental. El primero de ellos, escrito por BLÍKOVÁ ("Post-Second World War Trials in Central and Eastern Europe", pp. 697-733), examina los juicios en Checoslovaquia, la ex República de Yugoslavia y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. La autora analiza, en cada caso, el Derecho aplicable, los crímenes perseguidos y las penas impuestas, para finalmente realizar una comparación de los tres procesos. El trabajo de HOFFMANN ("Post-Second World War Hungarian Criminal Justice and International Law: The Legacy of the People's Tribunals", pp. 735-763), por su lado, examina la justicia húngara de la posguerra. Con una introducción de corte histórico, con especial énfasis en la Primera Guerra Mundial, el autor identifica los aspectos más relevantes del crimen de agresión y de los crímenes de lesa humanidad con los que debió

lidar el Tribunal Popular de Hungría, para finalizar criticando –aunque de forma contextualizada– las contradicciones y la falta de estándares claros en su jurisprudencia.

El volumen ofrece, entonces, una compilación de ensayos sobre los desarrollos del Derecho internacional penal que tuvieron lugar en Asia-Pacífico y en Europa Central y Oriental, que dan cuenta de temáticas que no se encuentran con frecuencia en los libros sobre la materia, ofreciendo una perspectiva novedosa y un interesante y rico material de estudio. Se trata de trabajos que no adoptan exclusivamente un enfoque técnico-jurídico en el sentido tradicional del término, sino que también introducen perspectivas histórico-sociológicas que complementan el análisis del periodo estudiado. Asimismo, en la mayoría de los trabajos puede identificarse el reconocimiento del rol de las sentencias judiciales en la construcción de la memoria colectiva –sea nacional o universal– y su impacto en el desarrollo de la geopolítica. En palabras de Gerry SIMPSON, los juicios por crímenes de guerra infiltran y dan forma a la vida política y a la conciencia colectiva a través de la “memoria judicial” (“Law’s promise. Punishment, memory and dissent”, en *Law, War & Crime*, Cambridge, Polity Press, p. 79). En efecto, muchos de los autores aprovecharon la reciente desclasificación de los archivos de los juicios de la segunda posguerra para profundizar sus análisis y ofrecer así un enfoque histórico que permite a aquellos ya versados en esta disciplina, indagar sobre cuestiones poco exploradas. En suma, este volumen ofrece un examen profundo del período que siguió a las célebres sentencias de los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y Tokio: el resultado, una importante contribución al estudio del Derecho internacional penal.

Recensión a Gonzalo D. Fernández, *El elemento subjetivo de justificación en Derecho penal*, B de F, Montevideo, Buenos Aires, 2015 (213 págs.)

María A. Trapero Barreales

Universidad de León

El libro trata de manera didáctica, con ejemplos muy ilustrativos, el controvertido problema relativo al elemento subjetivo en las causas de justificación. De manera expositiva dedica la primera parte del libro a su explicación, completada con una teoría general sobre el error en las causas de justificación, completado con una segunda parte en la que confronta las construcciones dogmáticas con el Derecho positivo uruguayo.

El origen de esta monografía (mencionado en la nota preliminar) explica su estructura: la primera parte, a lo largo de tres capítulos, expone los planteamientos dogmáticos en torno a este problema, con una sucinta mención a lo que podrían ser considerados antecedentes (en el Derecho Romano), o el reflejo de que el tema suscita interés desde hace siglos, desde sus orígenes con la moderna teoría general del delito hasta la actualidad: el contenido del elemento subjetivo, diferenciando entre las teorías cognoscitivas y teorías voluntaristas, la fundamentación y el tratamiento de la falta de tal elemento subjetivo. En el tercer capítulo completa la explicación con

una exposición, más simplificada, del estado de la cuestión sobre el error en las causas de justificación, diferenciando entre el error directo/el error inverso, por un lado, el error sobre los presupuestos o requisitos objetivos/error sobre la existencia y el alcance, por otro lado. Como se ha comentado, en la segunda parte se revisa la existencia y contenido del elemento subjetivo de justificación desde el Código Penal uruguayo, así como el tratamiento del error en las causas de justificación.

En todos los Capítulos se apoya con una importante base bibliográfica, que permite al lector hacerse una composición de lugar, al tiempo que revela la trascendencia del tema y la viva discusión doctrinal sobre él.

El autor se adhiere a la teoría cognoscitiva en torno al elemento subjetivo de justificación, una postura que resulta completamente coherente con el fundamento dogmático que él defiende, expuesto en el apartado IV del Primer Capítulo, completado con el apartado II del Capítulo IV. Parte el autor de una concepción dualista del injusto personal: la antijuridicidad material, entendida como lesión o puesta en peligro reprobable de un bien jurídico, está conformada por un desvalor de resultado (lesión o peligro para el bien jurídico protegido) y por un desvalor de acción (el término reprobable serviría para esta explicación). El juicio de antijuridicidad es objetivo, esto es, supone correctamente que se está ante un juicio general sobre la valoración prohibida, negativa, por tanto, de una conducta, juicio general referido a todos los ciudadanos, con independencia de las características y capacidades del sujeto concreto que ha realizado la conducta típica y antijurídica. El desvalor de resultado consiste en la lesión efectiva o en la puesta en peligro del bien jurídico protegido, eso sí, siempre y cuando sea consecuencia de una acción desvalorada (se trata de un concepto normativo, que no debe confundirse con la clasificación de los tipos penales en delitos de mera actividad o delitos de resultado: en ambos casos existe desvalor de resultado porque en ambos supuestos se está ante la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo penal. Esta aclaración, sin embargo, no la va a mantener en la explicación del elemento subjetivo de justificación en los delitos imprudentes). El desvalor de resultado solo tiene relevancia penalmente si es el producto o el efecto de una acción desvalorada, pues el Derecho penal solo puede castigar la lesión del bien jurídico protegido que sea el producto de una acción prohibida. El desvalor de acción, por su parte, tiene un doble componente: por un lado, está formado por el desvalor subjetivo, con dos manifestaciones, el dolo y la imprudencia y, en ocasiones, con elementos subjetivos del injusto adicionales, y por el desvalor objetivo, la idoneidad objetiva de la acción para lesionar o poner en peligro el bien jurídico o, dicho de otro modo, la adecuación objetiva de la acción como juicio de imputación objetiva. Con este doble componente explica la diferenciación entre delito consumado (hay desvalor, objetivo y subjetivo, de acción y desvalor de resultado), tentativa idónea (no hay desvalor de resultado, pero sí hay desvalor objetivo y subjetivo de acción) y la tentativa inidónea (donde no hay desvalor de resultado ni desvalor objetivo de acción, pero sí hay desvalor subjetivo de acción).

Explicado el fundamento del injusto penal, su exclusión ha de ser construida de manera congruente, pues parte de una construcción simétrica del tipo prohibitivo y el tipo permisivo, ya que las causas de justificación se enuncian también como tipos permisivos: los presupuestos o elementos objetivos excluirán o compensarán el desvalor de resultado y el desvalor objetivo de

acción, por lo que para compensar o excluir el desvalor subjetivo de acción será necesaria la presencia de elementos subjetivos, lo que él denomina la justificación subjetiva. Así como el tipo prohibitivo contiene una tipicidad subjetiva genérica, reconducible al dolo o a la imprudencia, que luego se especifica en cada figura delictiva, y en ocasiones hay tipos prohibitivos que describen especiales elementos subjetivos, así mismo sucede con el tipo permisivo, que está formado también por componentes subjetivos, junto con los objetivos, y en ocasiones también pueden contener de manera explícita elementos subjetivos de finalidad –ejemplo, la finalidad de defensa–; el genérico elemento subjetivo de justificación se especifica en cada eximente en particular.

Porque la norma penal, tanto en su vertiente de prohibición de una conducta como en la de autorización de una conducta, se expresa a través de un tipo; el núcleo central del tipo se conforma por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, la pena si es el tipo prohibitivo, la autorización si es el tipo permisivo. La prohibición penal y la norma permisiva se expresan bajo la forma de un tipo legal, que exige la realización objetiva y subjetiva de un supuesto de hecho, lo que ha de llevar consecuentemente a defender la identidad estructural entre el tipo prohibitivo y el tipo permisivo. También la norma permisiva tiene una función motivadora, para fomentar en los destinatarios el valor de acción: emiten el mensaje de que solo cuando se verifica la situación objetiva de justificación está habilitado para actuar de manera justificada, agrediendo el bien jurídico a través de la conducta típica (p. 150). En definitiva, “la simetría estructural de la *forma tipo* impone, casi preceptivamente, arribar a la conclusión” siguiente: en el tipo permisivo ha de concurrir un elemento subjetivo.

Desde este planteamiento simétrico entre tipo prohibitivo y tipo permisivo resulta que las causas de justificación también han de tener un elemento subjetivo, diferenciado dependiendo de si resultan aplicables a un tipo prohibitivo doloso o a uno imprudente. En el primer caso, de manera coherente el elemento subjetivo de justificación lo plantea de manera simétrica como el dolo típico, incluida la construcción del dolo eventual-conocimiento eventual sobre la concurrencia de la situación justificante. En el caso del delito imprudente, sin embargo, rompe con la construcción simétrica, pues plantea el elemento subjetivo teniendo en cuenta si se trata de un delito de resultado o un delito de mera actividad, si bien la explicación parece teñida de inexactitudes, pues da la impresión de que se confunde el doble significado del término resultado (para explicar la diferencia entre delitos de resultado/delitos de mera actividad, desvalor de resultado/desvalor de acción) y, por otro lado, en los delitos de mera actividad, plantea como ejemplos casos que técnicamente son tentativas de lesiones u homicidio imprudentes, si bien están planteados legalmente como delitos de peligro abstracto. No resulta aclarado, por tanto, si es partidario o no de exigir conocimiento de la situación justificante para justificar el delito imprudente.

A continuación, el autor explica la teoría que defiende en torno al tratamiento del error, directo e inverso, sobre las causas de justificación, y hace una valoración de su postura desde la regulación vigente en el Código Penal uruguayo. Su postura no siempre resulta coherente con su planteamiento dogmático: sí lo es en el tratamiento del error directo sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación, un supuesto de error de tipo, denominado por él error directo de justificación o de tipo permisivo (en la construcción simétrica es el error directo sobre

el tipo prohibitivo), lo que significa adherirse a la teoría restringida de la culpabilidad (desde la regulación del error en el Código Penal uruguayo, ha de ser calificado como error de hecho). También lo es en el tratamiento del error directo sobre la existencia y los límites de la causa de justificación, dos supuestos de error de prohibición (indirecto), denominados por él errores de permisión (desde la regulación del error en el Código Penal uruguayo debería ser calificado como error de derecho penal, irrelevante, si bien para este autor el precepto que regula el error está derogado por ser inconstitucional). Donde no se mantiene dicha coherencia es en el tratamiento del error inverso de justificación, pues este autor reconduce todos los supuestos de errores inversos al delito putativo, tanto el error inverso sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación, denominado por él error inverso de justificación, como el error inverso sobre la existencia y los límites de la causa de justificación, a los que denomina error inverso de permisión (estos sí son supuestos de delito putativo). Si bien inicialmente en el error inverso de justificación admite que nos encontramos técnicamente ante una tentativa inidónea, finalmente se decanta por la tesis de que se trata de un delito putativo, y quizás defiende esta tesis teniendo en cuenta dos consideraciones: primera, porque califica de sutil la distinción entre conciencia de la justificación y conciencia de la permisión (en construcción simétrica a la distinción en el tipo prohibitivo entre el conocimiento de la materia de prohibición y conocimiento de la valoración jurídica), y es aquí donde no mantiene su planteamiento de simetría entre tipo prohibitivo y tipo permisivo. Segunda, la regulación del error en el Código Penal uruguayo, donde la tentativa inidónea, la solución dogmáticamente aplicable al error inverso de justificación, como él mismo reconoce, no está regulada (solo se regula la tentativa imposible, pero el error inverso de justificación no encaja en su definición). Sí hay regulación penal, sin embargo, del delito putativo, por este motivo acaba concluyendo que todos los supuestos de errores inversos sobre las causas de justificación son supuestos de delitos putativos. Una conclusión que no resulta baladí, porque en el Código Penal uruguayo se plantea la posibilidad de que el juez aplique una medida de seguridad preventiva en caso de que el sujeto cometa un delito putativo.

Réplica

Réplica a la recensión de Héctor Hernández Basualto a *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros (InDret Penal 3/2016)*.

Juan Pablo Mañalich R.

Universidad de Chile

El Prof. Dr. Héctor Hernández B. me ha honrado con una recensión a mi libro *Norma, causalidad y acción* (en adelante "NCyA"), aparecida en la edición anterior de *ExLibris*. Agradeciendo su muy rigurosa lectura y en general elogiosa consideración de la monografía, hay dos cuestiones, concernientes a la revisión crítica que Hernández hace de algunas de las tesis centrales contenidas en la segunda parte de la ella, que a mi juicio pueden ameritar una aclaración.

1. La segunda parte de NCyA está concebida, en efecto, como una aplicación del modelo de teoría de las normas y teoría de la acción desarrollado en la primera parte, dirigida a ofrecer una solución analíticamente satisfactoria del así llamado "caso de la cantimplora", que en el libro aparece presentado, en su versión original, en los siguientes términos:

La persona P, que se encuentra realizando una excursión por el desierto, lleva consigo una cantimplora con agua; sin que P lo advierta, un enemigo de P, E₁, vierte una dosis letal de veneno dentro de la cantimplora; después de ello, otro enemigo de P, E₂, perfora la cantimplora, que queda enteramente vaciada de cualquier contenido líquido; todavía en el desierto y con la cantimplora vacía, P muere por falta de hidratación [NCyA, p. 91].

Acertadamente, Hernández da cuenta de que el argumento elaborado para ello descansa en una diferenciación de la pregunta de si el comportamiento de E₂ exhibe relevancia causal para el acaecimiento de la muerte de P, por un lado, y la pregunta de si ese mismo comportamiento satisface la descripción "matar a otro", por otro, siendo esta descripción la que especifica el tipo de acción cuya correlación con el operador de la prohibición es constitutiva de lo que tradicionalmente entendemos como la prohibición del homicidio. Bajo esta diferenciación, la tesis defendida en NCyA es que, no obstante exhibir relevancia causal para el acaecimiento de la muerte de P, el comportamiento de E₂ en efecto no ejemplifica el tipo de acción así especificado.

El punto decisivo en la fundamentación de esta tesis consiste, como también lo advierte Hernández, en lo que propongo denominar el "criterio semántico" (CS), entendido como un criterio de permisión en sentido débil: si ϕ , una acción particular cualquiera, satisface CS, entonces ϕ no se encuentra sometida a la prohibición del homicidio. La formulación precisa de CS es la siguiente:

Una acción cuya relevancia causal para la muerte de X es exclusivamente dependiente de su descripción como una acción impeditiva, una de cuyas especificaciones verdaderas consista en su descripción como una acción impeditiva de un acaecimiento más temprano de la muerte de X, no ejemplifica el tipo de acción especificado por la descripción «matar a X» [NCyA, p. 120].

La adopción de CS responde al desiderátum de hacer justicia a la intuición de que un agente que impide el acaecimiento de la muerte de un ser humano, de modo tal que éste no muera cuando de hecho habría muerto de no haber intervenido el agente, sino en algún momento posterior, no necesariamente quebranta la prohibición del homicidio, a pesar de que el reconocimiento del “hecho de la simetría” (NCyA, pp. 122 ss.) nos fuerza a afirmar la relevancia causal que el comportamiento del agente exhibe para con el efectivo acaecimiento (“retardado”) de la muerte del ser humano en cuestión. La fuerza de esa intuición está dada por la circunstancia de que, como cuestión de hecho, la mortalidad de ese ser humano, determinada por su condición de ser vivo, hace que impedir el acaecimiento de su muerte en algún momento equivalga a condicionar el acaecimiento de su muerte en algún momento posterior (NCyA, pp. 111 ss.). A primera vista, empero, cabría pensar que la cuestión podría ser resuelta a través de la adopción de un criterio – a todas luces menos intrincado– de la “máxima postergación posible” para la exclusión de la aplicabilidad de la prohibición del homicidio. Pero esto constituiría un error (NCyA, pp. 116 s., 119 s.). Pues considérese el siguiente caso:

El médico M suministra una determinada dosis de medicamento al paciente P, quien de lo contrario habrá de morir en el momento t_1 ; la dosis suministrada hace posible que P siga con vida hasta el momento t_2 , en circunstancias de que si M le hubiese suministrado el doble de dicha dosis, P habría sobrevivido (al menos) hasta el momento t_3 [NCyA, p. 119].

Bajo el criterio de la máxima postergación posible del acaecimiento del resultado, aquí habría que entender como prohibida *sub specie* homicidio la acción ejecutada por M, a pesar de que el aspecto de su comportamiento que resulta normativamente relevante consiste en su falta de suministro de una dosis todavía mayor de medicamento. Ello es indicativo de que el objeto de una eventual imputación, dirigida a M, habría de estar constituido por la *omisión* –o más precisamente: por la no-ejecución– de una acción preservativa de la vida de P por un lapso aún mayor, sin que tuviera sentido, en cambio, plantear la imputación de la ejecución –o más precisamente: de la no-omisión– de una acción productiva de su muerte.

En referencia al caso de la cantimplora, la adopción de CS conduce a descartar que la acción ejecutada por E_2 , consistente en el vaciamiento de la cantimplora de P (previamente envenenada por E_1), pueda entenderse sometida a la prohibición del homicidio, puesto que, con arreglo a CS, esa acción no constituye una instancia de “matar a otro”, redefinida esta expresión –en congruencia con CS– como equivalente a “producir la muerte de otro”. Pues la relevancia causal que la acción ejecutada por E_2 tiene para el acaecimiento de la muerte de P no es independiente de su descripción como una acción impeditiva, *una de cuyas especificaciones verdaderas consista en su descripción como una acción impeditiva de un acaecimiento más temprano de la muerte de P*. En su observación acerca de la supuesta falta de carácter concluyente del argumento así desplegado, Hernández parece no reparar en la implicación precisa de esta última exigencia. En efecto, Hernández reproduce un pasaje del libro que es anterior a la introducción y la defensa de CS

donde se dice que “lo relevante es determinar si esa acción satisface alguna descripción alternativa bajo la cual su relevancia causal para el acaecimiento de la muerte de otra persona sea independiente de su descripción como una acción impeditiva de un acaecimiento todavía más temprano de la muerte de esa misma persona” (NCyA, p. 114). Pero esto desconoce que CS representa un refinamiento y no una simple formalización de esta última consideración.

Es claro que la relevancia causal de la acción ejecutada por E_2 para el acaecimiento de la muerte de P es independiente de su descripción como una acción impeditiva de un acaecimiento todavía más temprano de su muerte. Pues esa relevancia causal puede ser reconocida bajo una descripción (más genérica) de esa misma acción como impeditiva de la ingesta, por parte de P, del líquido contenido en la cantimplora por él portada (NCyA, pp. 98 ss.). Lo crucial, sin embargo, es que la descripción – también verdadera – de esa misma acción como impeditiva de un acaecimiento más temprano de la muerte de P es una especificación de esa descripción más genérica. Por supuesto, y más allá de la terminología que cada cual favorezca, Hernández tiene razón en advertir que, por esa vía, E_2 impide “que el viajero muera de una determinada manera, pero provocando que muera de otra”. El punto es que ello es exactamente lo que sucede cada vez que alguien impide el acaecimiento de la muerte de un ser cuya constitución biológica determina que, de no morir entonces, habrá de morir después. Si A salva a B de morir impactado por una roca que amenaza con aplastar su cabeza, por la vía de empujarlo hacia un lado, en circunstancias tales que, al disponerse a ponerse en pie, el sobreviviente B es impactado por un rayo, muriendo a consecuencia de ello, en efecto cabe decir que A impide que B “muera [antes] de una determinada manera, provocando que muera [después] de otra”. Y lo que no puede perderse de vista es que, estructuralmente, la situación es idéntica si, todo lo demás siendo igual, nos imaginamos que en otro mundo posible, en vez de morir impactado por un rayo, B hubiese expirado, dos décadas después, “por muerte natural”. Pues en tal caso no cabría negar que, al impedir el impacto de la roca en la cabeza de B, A condicionó el (posterior) acaecimiento de la muerte “natural” de B.

¿Tendría sentido decir, como parecería seguirse de la sugerencia de Hernández, que semejante acción de salvamento de la vida de B habría de poder ser descrita, no obstante, como una acción asimismo productiva de su muerte? El argumento a favor de CS está concebido para descartar que, ante un caso como este último, la acción cuya ejecución ha condicionado el acaecimiento de la muerte de un ser humano, por la *mera* vía de impedir un acaecimiento todavía más temprano de su muerte, pueda entenderse sometida a la prohibición del homicidio. En tal medida, el argumento es enteramente normativo, en el sentido de que las propiedades de la descripción “matar a otro”, en cuanto equivalente a “producir la muerte de otro”, deben entenderse determinadas por la fuerza pragmática de semejante descripción de una acción, desde el punto de vista de su consiguiente caracterización deóntica.

2. Hernández sugiere que el carácter problemático de esta última tesis se vería ulteriormente confirmado por “la sorpresiva (y menos convincente) apelación al bien jurídico para resolver que, a diferencia del caso [de la cantimplora en su versión] inicial, sí satisfaría dicha descripción la perforación de la cantimplora realizada por quien había vertido previamente el veneno”. No puedo sino estar de acuerdo con Hernández en que esta última tesis resultaría del todo sorpresiva y poco convincente. Ello explica que esa misma tesis no figure, de hecho, en el libro.

El aspecto del argumento aquí relevante concierne al análisis de una variación del caso de la cantimplora, cuya única particularidad frente a la versión original consiste en que, bajo esta variación, es una y la misma persona (“E”) la que primero vierte el veneno en la cantimplora de P y después la perfora, vaciándola así de su contenido líquido (NCyA, p. 140). El interés por explorar cuál debería ser la solución para esta variación del caso sólo es cabalmente comprensible si se toma nota de cuál es la solución alcanzada en referencia a la versión original del caso. Puesto que la circunstancia que determina la permisión débil, *sub specie* homicidio, de la acción ejecutada por E₂ es la presencia del veneno en la cantimplora, cuya ingesta (impedida por E₂) habría llevado a P a morir más tempranamente, y puesto que la presencia del veneno en la cantimplora ha resultado de la acción previamente ejecutada por E₁, la solución del caso pasa por esclarecer si a éste último pudiera ser imputable la no-omisión de la acción ejecutada “de propia mano” por E₂, en autoría mediata (NCyA, pp. 127 ss.). Pues si el vertido del veneno dentro de la cantimplora por parte de E₁ fundamenta la competencia de éste por la situación en la que, posteriormente, la acción ejecutada por E₂ en efecto no resulta subsumible –con arreglo a CS– bajo la prohibición del homicidio, entonces cabría imputar al primero el comportamiento del segundo, como propio, aunque re-descrito como consistente en la ejecución de una acción productiva de la muerte de P, en razón de que la circunstancia que hizo de la acción ejecutada por E₂ una acción de salvamento de la vida de P era estrictamente relativa a la posición de E₂, y no a la de E₁. Como bien advierte Hernández, la cuestión crítica para ello es si, respecto de E₁, se satisface algún criterio de imputación subjetiva, adaptado a la fisonomía específica de la autoría mediata (NCyA, pp. 132 ss.).

La variación del caso ahora considerada es de interés una vez que se repara en que, siendo la *actio praecedens* y la *actio succedens* ejecutadas por una misma persona, la estructura de imputación de la autoría mediata debería tenerse por descartada, por impertinente. La pregunta es, entonces, si alguna otra estructura de imputación pudiera fungir aquí como el equivalente funcional de aquella. La respuesta ofrecida en el libro es que ese equivalente funcional puede ser justamente obtenido a través de una determinada reinterpretación de la construcción de una *actio illicita in causa*, en el sentido de una estructura de imputación extraordinaria (NCyA, pp. 140 ss., 146 ss.). En estos términos, la solución propuesta para esta variación del caso consiste en reconocer que, al haber E generado, a través del previo vertido del veneno en la cantimplora, la circunstancia que determinó que su posterior vaciamiento del contenido líquido de la cantimplora no resultara subsumible –con arreglo a CS– bajo la prohibición del homicidio, a E puede resultar imputable la ejecución de esa misma acción, bajo una descripción (verdadera) de ésta que no incorpore referencia alguna a esa precisa circunstancia. En otras palabras, se trata de si, bajo ciertas condiciones, la ejecución de la acción *praecedens* por parte de E pudiera justificar, por resultar constitutiva de la infracción de una *incumbencia*, que la ejecución de la acción *succedens* sea imputable a E bajo un desconocimiento, circunscrito a esa misma imputación, de la circunstancia que hacía verdadera la descripción de la acción *succedens* como una acción preservativa de la vida de P. En la página del libro a la cual se remite Hernández, el punto se encuentra formulado como sigue:

Esto es precisamente lo que sucede bajo la presente variación del caso: si bien la *actio succedens* ejecutada por E, consistente en el vaciamiento de la cantimplora de P, no cuenta –en virtud de la satisfacción de CS– como una acción sometida a la prohibición de matar a otro, ello deja intacto

que esa misma acción se deja en todo caso describir como una acción causal para la muerte de P. Con ello, no se trata de que por vía de imputación extraordinaria resulte «artificialmente constituido» el condicionamiento causal de la muerte de P; se trata, antes bien, de que por vía de imputación extraordinaria puede resultar desconocida, en la constitución del objeto de imputación (*en tanto* objeto de imputación), la circunstancia que obsta, con arreglo a CS, a que la acción (principal) con relevancia causal para la muerte de P ejemplifique el tipo de acción especificado por la descripción «matar a otro» [NCyA, p. 150].

Es suficientemente claro, entonces, que el argumento no está encaminado a sostener que, en referencia a esta variación del caso, la acción impeditiva de la ingesta del veneno sí satisfaría la descripción “matar a otro”. Pues es claro que, desde el punto de vista del estatus de la acción consistente en el vaciamiento de la cantimplora bajo CS, el caso original y la presente variación resultan ser idénticos. La diferencia se reduce, antes bien, a la correcta identificación de la respectiva estructura de imputación, adecuada a la particularidad de cada una de las dos versiones, que haga posible un *desconocimiento* de la circunstancia que determina la (efectiva) satisfacción de CS, y por ende de la permisión en sentido débil de la correspondiente *actio succedens*, por vía de re-descripción del objeto de imputación en cuanto objeto *de imputación*.

Desde luego, es del todo esperable que una solución tan revisionista como ésta pueda despertar escepticismo o resistencia doctrinal.¹ Me parece imprescindible, sin embargo, no dejar de llamar la atención acerca del sentido preciso que desempeña la “apelación al bien jurídico”, correctamente detectada por Hernández.

La particularidad de la invocación de la construcción de la *actio illicita in causa* para esta variación del caso de la cantimplora está dada por el hecho de que aquí se trata de un desconocimiento, por vía de imputación, de una circunstancia que determina que la acción ejecutada por el agente no resulte ya directamente sometida a la respectiva norma de prohibición, y no en cambio del desconocimiento de una circunstancia que determina que la acción respectiva quede cubierta por una norma permisiva preferente. El punto está, sin embargo, en que la variante del caso de la cantimplora aquí considerada se diferencia críticamente del caso en que, verbigracia, una persona primero compra y adquiere una jarra, para después –cuando la jarra ya le pertenece *qua* propietario– destruirla, en el cual es manifiesto que la *actio succedens*, consistente en la destrucción de la jarra, no condiciona un menoscabo para el bien jurídico protegido por la

¹ Bastaría con considerar, por ejemplo, que hay objeciones de entrada a la comprensión de la construcción de una *actio illicita in causa* como una estructura de imputación extraordinaria; recientemente SÁNCHEZ-OSTIZ, P., “¿Incumbencias en Derecho Penal?.-Depende”, *InDret* 1/2015, pp. 7 s. Sin que quepa entrar aquí en el punto con la mínima profundidad requerida, cabe hacer notar que, a propósito del estatus de los casos de exclusión de la legítima defensa por provocación de la agresión, Sánchez-Ostiz parece no advertir que la solución de la *actio illicita in causa*, por él rechazada, deja intacto el estatus deóntico de la acción defensiva que ejecuta el provocador agredido como una acción *ceteris paribus* permitida, quedando éste sólo privado de apelar a su estatus de permitida en el marco del “diálogo de la imputación”. Esto tiene como consecuencia que, al encontrarse permitida la acción defensiva ejecutada por el agredido provocador, ésta no pueda ser constitutiva, ya por esa sola razón –lo cual significa: con prescindencia de la eventual aplicabilidad de alguna otra norma permisiva–, de una agresión antijurídica frente a la cual el agresor provocado pudiera verse amparado, a su vez, por la norma permisiva de la legítima defensa. Esta consecuencia, que parece materialmente adecuada, no puede asegurarse si, como lo propone SÁNCHEZ-OSTIZ, se asume que en tal caso la norma permisiva de la legítima defensa resultaría ya inaplicable. Pues bajo esta última solución, la acción defensiva ejecutada por el agredido provocador será constitutiva, *ceteris paribus*, de una agresión antijurídica, a menos que su comportamiento quede cubierto por alguna otra norma permisiva.

prohibición de dañar una cosa ajena (NCyA, pp. 147 ss.). Pues aun cuando satisfaciendo CS, el vaciamiento de la cantimplora condiciona causalmente el posterior acaecimiento de la muerte de P. En tal medida, no es extravagante preguntarse si en la “fabricación”, por parte de E, de la situación en la cual su condicionamiento de la posterior muerte de P no habría de resultar subsumible bajo la prohibición del homicidio, es reconocible una muestra de falta de fidelidad al derecho que hubiera de justificar que a E sea imputado el condicionamiento de la muerte de P “como si” éste no hubiese estado acompañado de la circunstancia que, manipulativamente generada a través de su actuar precedente, determinaba la inaplicabilidad de la prohibición del homicidio a su respecto.

Quiero agradecer muy sinceramente a mi querido colega Héctor Hernández haberme brindado la ocasión –cual “oportunidad-para-la-acción”– de ensayar una explicación ojalá algo más clara y persuasiva de algunos argumentos que pretenden sustentar la solución de un caso tan inverosímil como fascinante, acerca del cual desearía poder seguir conversando con él.

Reseña

Obras generales de Derecho penal italiano - Parte General.*

Gabriele Civello

Università di Padova

En la presente reseña se mencionarán los principales manuales de Derecho penal italianos hoy día utilizados y que han sido recientemente actualizados, con exclusión de los textos más antiguos y no actualizados, como por ejemplo los de Enrico FERRI, Vincenzo MANZINI, Giuseppe BETTIOL, Enrico ALTAVILLA, Eugenio FLORIAN, Giuseppe MAGGIORE, Filippo GRISPIGNI, Giovanni MUSOTTO, Pietro NUVOLONE, Biagio PETROCELLI, Ottorino VANNINI, Silvio RANIERI, y muchos más, que aunque representan un *corpus* científico de elevado valor teórico-dogmático, no se podrán examinar aquí. Por los mismos motivos, no podremos mencionar los manuales o los “programas” de grandes maestros del s. XIX como Francesco CARRARA (1805-1888) y Enrico PESSINA (1828-1916), que representan otros “clásicos” de la historia del pensamiento penal italiano. Por último, hay algunos manuales que, a pesar de que constituyen una parte igualmente influyente y prestigiosa del panorama doctrinal italiano, dadas las limitaciones editoriales insuperables, sólo se mencionarán al final de la presente reseña y no se examinarán.

F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2003: fue publicado originariamente por el catedrático turinés Francesco Antolisei (1882-1967), ha llegado a su 16.^a ed. (coord., Luigi Conti). La concepción tradicional del delito propugnada por el autor es la bipartita: divide el ilícito penal en “elemento objetivo” (es decir, el hecho material, constituido por conducta, resultado y nexo causal) y “elemento subjetivo” (la “voluntad culpable”, en las formas de dolo, imprudencia y preterintencionalidad, y la controvertida responsabilidad objetiva); todo ello siguiendo la distinción entre “fuerza física” y “fuerza moral” de Francesco CARRARA. En esta perspectiva, la antijuridicidad no es un elemento constitutivo del delito, sino su misma “naturaleza intrínseca, el carácter esencial”, que tiene que considerarse como fruto de un *juicio de relación*. Por lo tanto, no es un *quid* sustancial que se une al hecho objetivo y subjetivo, sino el *resultado* de los diferentes elementos del delito (p. 212). El manual de ANTOLISEI es, sin duda, el texto que más ha dominado la didáctica universitaria italiana de los últimos decenios (1.^a ed., 1947).

A. CADOPPI/P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, 2015: ha llegado a su 6.^a ed., obra de Alberto CADOPPI y Paolo VENEZIANI, catedráticos de Parma, y está dedicado a la memoria del maestro milanés Pietro NUVOLONE (1917-1985) y del catedrático boloñés Franco BRICOLA (1934-1994). Los autores, después de haber precisado que la teoría bipartita (elemento objetivo/elemento subjetivo) es más ventajosa por su simplicidad e inmediatez, consideran sin embargo que el sistema tripartito “aprovecha con más nitidez y profundidad algunos de los rasgos típicos del delito” (pp. 188-189); además, si la bipartición logra abrazar la antijuridicidad

* Traducción a cargo de Beatriz Romero Flores.

bajo la forma de elemento negativo del hecho típico, ésta no podría acoger la culpabilidad, categoría rechazada por algunos defensores de la teoría bipartita (como NUVOLONE). Por otro lado, en el texto el sistema tripartito del delito se enriquece con la configuración postwelzeliana del dolo y la imprudencia como elementos del hecho típico; estos aspectos subjetivo se convierten en factores constitutivos del *Tatbestand*, si bien después se “recuperan” también dentro de la culpabilidad. De hecho, el dolo se convierte en la marca de la *Schuld* por su nexa con los “motivos” del ilícito; en cambio, la imprudencia por su “medida subjetiva” e individual.

S. CANESTRARI/L. CORNACCHIA/G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2016: Stefano Canestrari, de la escuela boloñesa y discípulo de Franco BRICOLA, junto con Luigi Cornacchia y Giulio De Simone, profesores de la Universidad del Salento publican la 1.^a en 2007, y se espera la última actualización para noviembre de este año. El texto se distingue por su amplia y profunda parte introductoria sobre los principios fundamentales de la materia: el Derecho penal orientado según la Constitución, el principio de legalidad, la personalidad (*locus* constitucional en el que se pone de relieve la teoría de la imputación), ofensividad y laicidad. En sede de análisis y sistemática del delito (interpretada desde la Constitución) se exponen las principales teorías del delito, destacando las ventajas pero también los límites de una separación rígida entre lo “objetivo” y lo “subjetivo”; al final de una amplia investigación, se subraya la centralidad del dolo y la imprudencia en la madura descodificación del hecho típico, de manera opuesta a las tendencias hiper-objetivas de la actualidad. Desde este punto de vista, si tiene sentido la construcción separada de los hechos en “dolosos” e “imprudentes”, el límite entre comisión y omisión parece que se ciñe a una “forma de manifestación del delito” *lato sensu*. Después, el análisis se concentra en el análisis del hecho típico, entre vertiente objetiva (conducta, resultado, causalidad) y subjetiva (dolo, imprudente, preterintencionalidad) del delito. Los autores dedican tres capítulos al hecho típico, la antijuridicidad (con una interesante incursión en las relaciones entre *Rechtswidrigkeit* y “teorías de las normas”, entre concepción imperativa y concepción valorativa) y la culpabilidad, esta última depurada de los elementos subjetivos del hecho típico.

G. COCCO (coord.), *Manuale di diritto penale, Parte Generale – I, 2*, Padova, 2012: está coordinado y redactado en las partes más relevantes por Giovanni COCCO (catedrático de Cagliari y discípulo del milanés F. STELLA). Con una referencia específica a la teoría del delito, el autor retoma la división en cuatro partes: hecho típico, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, que resultaría la más conforme al mismo hecho procesal de las fórmulas absolutorias. En concreto, a diferencia de la teoría bipartita, en la cuatripartita, tendría el mérito de separar la tipicidad de la antijuridicidad, poniendo de relieve que la “pretensión de adecuación” por parte del ordenamiento está dirigida (en sede de *Tatbestand*) a todos los socios, de manera que el “hecho típico ya es (antes de su definitiva concreta antijuridicidad) una abstracta determinación de valor” (p. 6). En cuanto a la culpabilidad, incluiría la imputabilidad, la cognoscibilidad de la ley penal y los elementos subjetivos (dolo, imprudencia y preterintencionalidad, concebida como dolo mixto con imprudencia), con la aclaración de que el dolo específico representa un elemento subjetivo del hecho típico, y ya no un mero factor de *Schuld* (p. 196).

G. COCCO/E.M. AMBROSETTI (coords.), *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Padova: el manual está coordinado por Giovanni COCCO (catedrático de Cagliari y discípulo del milanés F. STELLA) y Enrico Mario AMBROSETTI (catedrático paduano y discípulo de A.A. CALVI), y hasta ahora se ha concentrado prevalentemente en la parte especial del Código, con excelentes obras que no se podrán reseñar ahora. En cuanto a la Parte General, se señala el primer volumen, *La ley penal* (2013), en el que se ilustran el fundamento de la materia penal, sus fuentes, los límites de aplicabilidad de la ley, el Derecho penal internacional y el “derecho punitivo”, desde una perspectiva declaradamente liberal, fijando el núcleo en la teoría del bien jurídico y el “principio del daño”, cuyo papel se examina a la luz de la contraposición entre positivismo jurídico y iusnaturalismo (p. 8). En 2015, se ha publicado un segundo volumen de Parte General, titulado *Punibilidad y penas*.

G. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, Bari, 2008: inicialmente redactado entre finales de los años 80 y la mitad de los años 90 por Gaetano CONTENUTO (1930-2001), discípulo de Aldo MORO y catedrático de Bari, ha sido actualizado con posterioridad por sus discípulos y publicado en una 3.^a ed. En su primer volumen se abordan los temas generales de la materia, desde la ley penal hasta las consecuencias sancionadoras, con un amplio examen de las funciones tradicionales de la pena. En el segundo volumen, el autor ilustra las diferentes teorías analíticas del delito, destacando la insuficiencia de la concepción tripartita y, en concreto, las aporías derivadas de la enucleación de la antijuridicidad objetiva como elemento autónomo del ilícito. Suscita un mayor interés la clásica concepción bipartita que hunde sus raíces en el pensamiento de CARRARA, que tiene que ser “actualizada” e integrada con los recientes “problemas penales” que los autores del s. XIX no conocían y que sólo el debate sobre la tripartición habría permitido descubrir. El hecho del delito se analiza, después, en sus vertientes objetivas y subjetivas, con una crítica preliminar a la concepción final de la acción de Hans WELZEL (pp. 40-43).

G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2012: el manual de Giancarlo DE VERO, catedrático mesinés, ha llegado a su 2.^a ed. renovada y ampliada, y consta, sobre todo, de una amplia y profunda parte introductoria de los principios generales del Derecho penal. En cuanto al análisis del delito, el autor reconoce que la concepción bipartita “corresponde a la genuina tradición de la doctrina penal italiana, encarnada por la *escuela clásica*” (p. 400). La categoría de la antijuridicidad como elemento autónomo del delito se somete a consideraciones críticas, considerando que ésta “tiene poco que ver con la estructura del delito, encontrando más bien su correcto encuadramiento sistemático en la teoría de la norma penal” (p. 403); por otro lado, también la culpabilidad se considera como elemento concerniente más a las condiciones personales del delito que a la estructura del delito, resultando asimismo criticable la teoría del “doble papel” del dolo y la imprudencia en el *Tatbestand* y en la *Schuld*; en cambio, el autor ubica tales elementos subjetivos exclusivamente en el hecho típico (p. 417). Resumiendo, DE VERO define así el delito: «el hecho del hombre objetivamente reconocible, que ofende de manera significativa un interés preexistente a la norma incriminadora a través de las modalidades de conducta dotadas de un concreto desvalor y en el que se manifiesta un comportamiento perjudicial por parte del autor con respecto al bien protegido» (p. 396).

G. FIANDACA/E. MUSCO, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2014: el manual de Giovanni FIANDACA y Enzo MUSCO, respectivamente catedráticos de Palermo y Roma, ha llegado a su 7.^a ed., y es uno de los textos universitarios más empleados en los cursos académicos italianos. Adoptan una orientación *lato sensu* técnico-jurídica, pero con una versión moderna y actualizada “constitucional” (p. XXXVI). El manual se reinserta en el sistema tripartito del delito como hecho típico, antijurídico y culpable. El hecho típico comprende el “complejo de los elementos que delinean la imagen de un específico delito” y “refleja características de fondo de la materia penal cargadas de implicaciones político-ideológicas y político-criminales” (p. 193), comprendiendo los rasgos de ofensividad del hecho. La antijuridicidad tiene un carácter exclusivamente objetivo, y acoge el contraste entre el hecho y todo el ordenamiento. Por último, la culpabilidad “sintetiza las condiciones psicológicas que permiten la imputación personal del hecho al autor” (p. 204), es decir, imputabilidad, cognoscibilidad de la ley, dolo e imprudencia. Una vez abandonada toda teoría retributiva de la pena, la culpabilidad pierde toda connotación ética, y no opera ya como fundamento ontológico de la pena, sino como un límite del instrumento penal, para tutelar la libertad individual. El manual se estructura según la conocida “construcción separada de los hechos”, es decir, la distinción taxonómica entre delito comisivo (doloso o imprudente) y omisivo (propio o impropio, doloso o imprudente), objeto de un tratamiento teórico autónomo y distinguido, con las inevitables intersecciones conceptuales.

C. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013: obra del catedrático napolitano Carlo FIORE, uno de mayores exponentes más ilustres de la doctrina italiana que se ha confrontado de manera crítica con el pensamiento finalista de inspiración welzeliana (ha llegado a su 4.^a ed.). Después de una amplia y detallada introducción sobre las escuelas penales modernas y la ley penal en general, al autor se detiene en las diferentes teorías analíticas, ilustrando en un párrafo concreto “lo que está vivo y muerto de la doctrina final de la acción”. Una vez ilustradas las respectivas peculiaridades de la teoría bipartita y la tripartita, la estructura del manual se inspira en el sistema tripartito clásico: el hecho típico está compuesto por los elementos objetivo-materiales (autor, sujeto pasivo, objeto material, conducta y resultado) y subjetivos (consciencia y voluntad, dolo, imprudencia y preterintencionalidad), y lo estudia separando el delito comisivo doloso, el omisivo doloso y el imprudente; la antijuridicidad está considerada como elemento que presupone la existencia del *Tatbestand* y que puede ser relativamente “presumida” (*iuris tantum*) en presencia de un hecho conforme al tipo, a no ser que subsista en concreto una causa de justificación; la culpabilidad está considerada como un punto de conexión entre hecho y autor, en la medida en que está destinada a abrazar la imputabilidad, la conciencia del carácter antijurídico del hecho y la inexistencia de circunstancias concretas que excluyan la posibilidad de elección del sujeto agente.

M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Torino, 2014: este manual, dividido en dos volúmenes, representa el compendio razonado y actualizado de los famosos *Apuntes* de Derecho penal publicados durante décadas por Marcello GALLO, discípulo de Francesco ANTOLISEI (1882-1967) y catedrático de la escuela de Turín. El autor, desde los años 50, se ha declarado fiel defensor de un normativismo inspirado en el kelsenismo, a pesar de que no comparte el cambio “sociológico” del último KELSEN, y ha mantenido esta orientación coherente durante más de seis décadas de actividad científica. Se sitúa declaradamente en la trayectoria de tres grandes penalistas italianos del siglo XX, es decir, el maestro turinés ANTOLISEI, el milanés G.

DELITALA (1902-1972) y el napolitano B. PETROCELLI (1892-1976). Después de una amplia introducción sobre la ley penal en general, el autor, en el marco de la bipartición antolisiana (elemento objetivo/elemento subjetivo), examina el hecho típico bajo el doble aspecto de sus elementos positivos y negativos (sustancialmente, las causas de justificación); la antijuridicidad, por tanto, no representa un pilar autónomo del delito, sino un elemento negativo del hecho típico, referido a la contrariedad entre el hecho y el deber. La segunda vertiente es el denominado “elemento psicológico” del delito, que comprende el dolo y la imprudencia. Al final, la culpabilidad, en vez de representar un elemento autónomo del ilícito, constituye, al igual que la antijuridicidad, “la figura de cualificación global que se refiere al hecho del delito, caracterizada por la violación de una obligación en sentido estricto” (p. 522), tesis –que comprende el dualismo entre “deber” y “obligación”– ya propugnada por el autor desde *El concepto unitario de culpabilidad* (1951).

A. MANNA, *Corso di diritto penale, Parte generale*, Padova, 2015: El autor, Adelmo MANNA, catedrático de Foggia y discípulo de Giuliano VASSALLI (1915-2009), después de haber examinado las objeciones históricas que ha recibido, se une al sistema tripartito del delito (ha llegado a su 3.^a ed.). En cuanto al hecho típico, a pesar de que resalta los méritos de una construcción separada “dolo/imprudencia”, el autor mantiene que en el *Tatbestand* no se tienen que colocar los elementos subjetivos del delito, dado que estos, una vez agrupados en el hecho típico, perderían sus mismas peculiaridades personales intrínsecas. La antijuridicidad se refiere a la contrariedad del hecho respecto al ordenamiento y encuentra su expresión en las denominadas “causas de justificación” (que constituyen normas generales del ordenamiento y no normas penales en sentido estricto). Por último, la culpabilidad representa el punto de enlace entre el hecho y su autor –y jamás debe desaparecer el propio nexo con el *Tatbestand*, so pena de volver a una noción personal de “peligrosidad”– y comprende la imputabilidad, el dolo, la imprudencia, la preterintencionalidad (dolo mixto con imprudencia), la cognoscibilidad de la ley y la ausencia de eximentes.

F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2015: el catedrático florentino Ferrando MANTOVANI sigue en este manual (1.^a ed., 1979; ha llegado a la 9.^a ed.) la bipartición del delito en “hecho típico” (que comprende la ofensividad y la ausencia de causas de justificación) y la “culpabilidad”, habida cuenta la fluidez de un tercer pilar constituido por la antijuridicidad objetiva (p. 103). Teniendo en cuenta esto, por exigencias de claridad en la exposición y por razones didácticas, el manual sigue sustancialmente tres hilos conceptuales: el principio de materialidad (*nullum crimen sine actione*), que comprende la conducta, el resultado y el nexo de causalidad; el principio de ofensividad (*nullum crimen sine iniuria*), que comprende las causas de justificación; el principio de subjetividad (*nullum crimen sine culpa*), que comprende la culpabilidad en general, la *suitas*, el dolo, la imprudencia, la preterintencionalidad (dolo mixto con imprudencia), además de la ausencia de situaciones eximentes. El manual sin duda se diferencia en el panorama italiano por la amplia parte introductoria de carácter histórica y teórico-general, que denota una profundidad conceptual y cultural especial del distinguido autor.

G. MARINUCCI/E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2015: el manual, históricamente realizado por el catedrático milanés Giorgio MARINUCCI (1934-2013) y por su discípulo Emilio DOLCINI, ha llegado a su 5.^a ed. (actualizada por este último y por Gian Luigi GATTA, también él

discípulo del primero). El planteamiento general se conecta con el sistema tripartito elaborado en Alemania por Ernst VON BELING en *Die Lehre vom Verbrechen* (1906) y después incorporado en Italia por Giacomo DELITALA (1902 - 1972), maestro milanés de MARINUCCI y autor del famoso *Il "fatto" nella teoria generale del reato* (1930), tanto que la teoría del delito está dividida según el sistema tripartito tradicional entre "hecho" (*Tatbestand*), "antijuridicidad" y "culpabilidad"; a estos conceptos se une, además, el de "punibilidad", de modo que desembarca en un sistema cuatripartito general. El "hecho" (*Tatbestand*) se estudia en clave objetiva y *prewelzeliana*, es decir, depurado de todo elemento subjetivo y personal; es el mismo legislador, el que al construir los hechos penales en torno a la lesión del bien, atribuye "la primacía de lo objetivo respecto a lo subjetivo, es decir, del hecho respecto al autor" (p. 185), como impone el mismo art. 25. 2, Const., de ahí una obligada inclinación dogmática hacia el objetivismo. Dentro del hecho típico, además, se introducen los perfiles de ofensividad al bien jurídico. La antijuridicidad se entiende como "la relación de contradicción entre el hecho y todo el ordenamiento jurídico" (p. 188). La culpabilidad indica "el conjunto de requisitos de los que depende la posibilidad de realizar un juicio de reproche al agente por haber cometido el hecho antijurídico" (p. 189), es decir: dolo, culpa y preterintencionalidad (dolo mixto con imprudencia); la ausencia de eximentes; la cognoscibilidad de la ley penal; la capacidad de entender y querer. Por último, la punibilidad consiste en "el conjunto de las posibles condiciones posteriores y exteriores respecto al hecho antijurídico y culpable, que fundan y excluyen la *oportunidad* de castigarlo".

T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2012: el catedrático de Pisa Tullio PADOVANI, después de criticar las teorías unitarias del delito, así como la teoría bipartita, en este manual (ha llegado a su 10.^a ed.) sigue la concepción tripartita "pura", declarando su rechazo a la "construcción separada de los hechos", que distingue netamente entre delitos comisivos y omisivos, así como entre delitos dolosos e imprudentes. El hecho típico debería estar constituido por elementos objetivos (conducta, resultado, causalidad), salvo en los casos en que el legislador haya previsto el "dolo específico" como factor del tipo. La antijuridicidad, que también tiene una estructura rigurosamente objetiva, sigue el contraste entre el hecho y el ordenamiento en su conjunto, al margen de las hipótesis de justificación. La culpabilidad, que tiene que entenderse como concepto unitario, comprende la imputabilidad, la cognoscibilidad de la ley, el dolo, la imprudencia y la preterintencionalidad. Por último, según el autor, aún existen en nuestro ordenamiento hipótesis de responsabilidad objetiva (como en el caso del art. 609-*sexies* c.p., según el cual el error en la edad de la víctima en los delitos sexuales no exime), que aunque son muy discutidas y controvertidas, no habrían sido eliminadas totalmente del sistema.

A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003: el autor, el catedrático palermitano Antonio PAGLIARO, presidente de la Comisión de reforma del Código Penal que lleva su nombre (1988), pone de relieve en este manual (que ha llegado a su 8.^a ed.) las insuficiencias del sistema tripartito del delito, dada la existencia de valoraciones y aspectos subjetivos dentro del mismo hecho típico. También el sistema bipartito del delito presenta algunos defectos, porque endurece el delito con la limitada dicotomía "objetivo/subjetivo". Por lo tanto, una vez rechazada la idea de una "construcción separada de los hechos", la teoría del delito tendría como piedra angular el *Oberbegriff* de la *conducta humana* ilícita (p. 271), que se debe analizar desde el punto de vista subjetivo de la "*voluntad*" (dolo genérico e imprudencia; en cambio, el dolo específico, sería un elemento del hecho, pero ajeno a la conducta) y objetivo de la

“realización” del hecho (nexo entre causa y resultado doloso, mientras que el hecho imprudente y el imputado objetivamente quedarían excluidos, como el dolo específico, de la conducta ilícita). Desde esta perspectiva, el error sería una “causa del carácter incompleto del hecho”; las causas de justificación serían “elementos negativos de la conducta ilícita”. *Al margen* de la teoría del delito, subsiste la teoría de la culpabilidad, en el que se destacaría la imputabilidad y la peligrosidad social.

F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013: el catedrático florentino Francesco PALAZZO, discípulo de Ferrando MANTOVANI, en este manual (que ha llegado a su 5.ª ed.) subdivide el hecho típico en “elemento objetivo” (sujeto activo, conducta, causalidad y resultado) y “elemento subjetivo” (dolo, imprudencia y preterintencionalidad). La antijuridicidad “expresa una cualificación del hecho típico en el sentido de su contrariedad al derecho”, que ha de entenderse en sentido formal y legalista (y en clave *negativa*) como ausencia de causas de justificación, en los casos en los que la antijuridicidad en sentido *positivo* “se deriva enteramente a partir de la tipicidad”. Por último, la culpabilidad comprende “el conjunto de condiciones en presencia de las cuales se puede formular la hipótesis de la motivación (del autor) de acuerdo con el Derecho”. Según Palazzo, la culpabilidad logra abarcar no solo la imputabilidad, la *scientia legis* y la ausencia de eximentes, sino también la noción de “representación del hecho”, conectada con el dolo y la imprudencia. Desde este punto de vista, el dolo y la imprudencia, ya examinados en el juicio de tipicidad, vuelven a ponerse de relieve *una segunda vez* en la culpabilidad, bajo la forma de “representación respectivamente completa o parcial del hecho, como factor motivador fundamental del proceso de decisión del autor”. Con una referencia específica a la imprudencia, esta última también asume relevancia en la *Schuld*, considerada en su “medida subjetiva” y personalizada.

D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2015: discípulo de Giacomo DELITALA (1902-1972), Domenico PULITANÒ, autor de este manual (ha llegado a su 6.ª ed.), sostiene que la ciencia penal no tendría la finalidad de definir la esencia o naturaleza dogmática de los institutos de los que se ocupa, sino que debería solamente construir, a partir del hecho normativo y la experiencia jurídica, una serie de conceptos –intrínsecamente convencionales– que constituyen el lenguaje mediante el cual la misma ciencia puede describir y analizar su objeto de un modo lo más claro y riguroso posible (p. 11). El autor analiza las tres vertientes del delito –hecho objetivo (que incluye la ofensividad), antijuridicidad y culpabilidad personal–, aunque deja constancia de las diferentes teorías penales (como, en concreto, la *welzeliana*) y defendiendo que la construcción de un hecho meramente objetivo del delito, exento de aspectos subjetivos (dolo, etc.), responde a una exigencia de “análisis ordenado y completo de los problemas de la teoría del delito” (p. 41); dolo e imprudencia, pues, forman parte de la culpabilidad, junto con la cognoscibilidad de la ley y la imputabilidad. Después, se critica la tesis de la “punibilidad” como cuarto elemento esencial del delito, ya que esta pertenecería a la *estructura*, en vez de las *consecuencias* del ilícito (p. 44).

F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2013: en este manual (que ha llegado a su 5.ª ed.), el catedrático romano Fabrizio RAMACCI, después de un amplio análisis de los principios fundamentales de la materia (legalidad y sus corolarios, ofensividad, culpabilidad, humanización de la pena y reeducación) y de la ley penal en su conjunto, examina críticamente las tradicionales teorías tripartitas y bipartitas, proponiendo la reconstrucción del delito en torno a dos vertientes

conceptuales: por un lado el “hecho”, comprensivo de los elementos positivos (conducta, resultado, nexo de causalidad) y negativos (causas de justificación); por otro lado, la “subjetividad”, que incluye la *suitas* (consciencia y voluntad), los “nexos psicológicos” (el dolo, la imprudencia y la preterintencionalidad), así como la imputabilidad.

M. RONCO (coord.), *Commentario sistematico al Codice Penale*, Bologna: el comentario se subdivide en tres volúmenes y está coordinado por Mauro RONCO –discípulo turinés de Marcello GALLO y catedrático paduano– autor de los capítulos más importantes de la obra. El primer volumen (que ha llegado en 2016 a su 3.^a ed. y dirigido en colaboración con E.M. AMBROSETTI, de Padua y E. MEZZETTI, de Roma) contiene un análisis magistral del principio de legalidad, con un encuadramiento de carácter histórico, filosófico, político y dogmático. Todo ello tiene en cuenta no solo los fundamentos generales de la ley penal, sino también las directrices más recientes de desarrollo de la legalidad, con referencia especial a las fuentes normativas y jurisprudenciales europeas. En el segundo volumen, en el primer tomo (que en 2001 llegó a su 2.^a ed.) el delito se estudia en su dimensión objetiva (conducta, resultado, nexo de causalidad y ofensividad) y subjetiva (dolo, preterintencionalidad como figura de imprudencia grave, e imprudencia). El autor somete a un análisis crítico del sistema tripartito naturalista del delito, mostrando las ventajas y límites. En concreto, según la orientación welzeliana (que hunde sus raíces en la teoría clásica de la acción, con la que Mauro Ronco entronca con vigor a través del realismo aristotélico-tomista), el *Tatbestand* comprende no solo los aspectos de materialidad y ofensividad del hecho, sino también los elementos subjetivos de dolo e imprudencia; la antijuridicidad se reconstruye como elemento en algunos aspectos autónomos, pero en cierto modo intrínseco al mismo “desvalor típico” del hecho; por último, la culpabilidad, una vez “depurada” de los elementos subjetivos del hecho, se trasladada sustancialmente de la teoría del delito a la teoría de la culpabilidad, no constituyendo exactamente un elemento del ilícito. El enfoque dogmático de Ronco se reconduce sustancialmente a la Escuela Clásica italiana de CARMIGNANI, CARRARA y PESSINA, pero con un esfuerzo adicional crítico-filosófico que sin duda se distingue por su originalidad y profundidad en el panorama doctrinal italiano. El segundo tomo del segundo volumen (que también llegó a su 2.^a ed. en 2011) se concentra en las formas de manifestación del delito y las causas de extinción del delito y de la pena. El tercer volumen, *Personas y sanciones* (2006), se dedica a los presupuestos subjetivos, previsión, imposición y ejecución de las sanciones penales y se enlaza con el importante estudio de Mauro RONCO, *Il problema della pena*, de 1996: la perspectiva es clásicamente retribucionista (encomendando la prevención a otras formas de sanción diferentes de la penal), con una atención adicional al problema de la reeducación personal en el sistema constitucional vigente.

Debido a los límites editoriales ya comentados, no será posible ilustrar el contenido de otros manuales de Derecho penal, que se enumeran a continuación por su valor didáctico y científico: S. ALEO, *Diritto penale. Parte generale*, II ed., Padova, 2010, catedrático de Catania; I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Padova, 2005, catedrático turinés; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, 2.^a ed., Torino, 2011, catedrático de Pisa; G. FLORA, *Appunti di diritto penale. Parte generale*, II ed., Padova, 2015, catedrático florentino; C. F. GROSSO, P. PISA, M. PELISSERO, D. PETRINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013, respectivamente catedrático de Turín (el primero), de Génova (el segundo y el tercero) y de Piemonte Oriental (el cuarto); B. ROMANO, *Diritto penale. Parte Generale*, II ed., Padova, 2013, catedrático palermitano; G.

MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, catedrático turinés; E.MEZZETTI, *Diritto penale: casi e materiali*, Bologna, 2015, catedrático romano; R. RIZ, *Lineamenti diritto penale. Parte generale*, VI ed., Padova, 2012, catedrático paduano; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, catedrático milanés (aunque se trate de un comentario analítico, que contiene el análisis del Código penal “artículo por artículo”, representa un texto de gran valor científico, que merece sin duda ser mencionado).