

***Recensiones:***

Recensión a Alberto DAUNIS RODRÍGUEZ, *La graduación de la imprudencia punible*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2020, 236 páginas, por Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ

Recensión a Eduardo RAMÓN RIBAS, *Desobediencia, Estado de Alarma y Covid-19*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 218 páginas, por Sergio PÉREZ GONZÁLEZ

Recensión a Claus ROXIN/Luís GRECO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre* [Derecho penal, Parte General, I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito], 5.ª ed., Beck, München, 2020, XXXV, 1.249 páginas, por Günther JAKOBS

***Análisis:***

Hans WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Deutsches Druck- und Verlagshaus GmbH, Mannheim-Berlín-Leipzig, 1935, 89 páginas, por Carlos PÉREZ DEL VALLE

-

**Alberto Daunis Rodríguez, La graduación de la imprudencia punible, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2020, 236 páginas**

Pablo Sánchez-Ostiz  
Universidad de Navarra  
pablosostiz@unav.es

-

Las reformas que el régimen de la imprudencia ha experimentado en el código penal español en 2015 y 2019 merecen un estudio monográfico que aporte luces y soluciones al panorama legislativo y jurisprudencial que se plantea. Y este es el tema de la nueva monografía de Alberto DAUNIS, profesor titular de la Universidad de Málaga, quien ya en anteriores ocasiones se había ocupado de la imprudencia: en *Revista Penal*, 2018; *InDret*, 3/2018; y *La Ley Penal*, 2020.

La desaparición de las faltas y la distinción entre imprudencia grave y menos grave, con la consiguiente despenalización de la de carácter leve (en 2015) no fue una reforma menor. Y tampoco lo fue la definición de las imprudencias en materia de tráfico (en 2019). Buena parte de los consensos alcanzados en cuanto a la conducta descuidada y su sanción se vieron alterados, y hacía falta un estudio detallado que presentara todos los aspectos, sobre todo el de su graduación. El punto de partida de la monografía es la poca claridad con la que legislador y tribunales valoran las conductas consideradas imprudentes: esta falta de claridad no es aceptable, y se impone la necesidad de aportar criterios y soluciones para esclarecer la confusión. En particular, la aparición de la imprudencia menos grave plantea la duda de si se corresponde con la antigua de carácter leve, hoy impune, o se conforma a costa de la grave dejando fuera del Derecho penal las de menor entidad. La aspiración del legislador de resolver *ex lege* problemas de aplicación práctica al caso, lejos de solucionarlos, puede crear otros derivados de la aplicación formalista, como bien critica el autor (pp. 135-139, 148-149).

El trabajo se estructura en seis capítulos, precedidos de una breve introducción. Los tres primeros trazan, a modo de Parte General, el marco conceptual del tema: evolución histórica del régimen legal de la imprudencia; la idea de infracción del deber de cuidado; y los criterios generales de graduación de la gravedad. Siguen otros tres capítulos, por así decir, como Parte Especial, referidos a la graduación de la imprudencia en sendos ámbitos de especial relevancia práctica: tráfico viario, actividad laboral y sector médico. En estos últimos capítulos la estructura es similar: primero, se establece el margen del deber de cuidado, para luego descender a múltiples decisiones judiciales de las que se da cumplida información. Y en efecto, se recogen abundantes resoluciones que enriquecen el texto con información de casos y sus soluciones, un aspecto sin duda positivo de esta publicación. Igualmente, es abundante la bibliografía reciente especializada en lengua española para cada uno de esos tres ámbitos de la imprudencia.

En el cap. I (*La imprudencia en el código penal español*) se efectúa un estudio detallado del régimen de previsión de delitos imprudentes, desde los primeros códigos, hasta las últimas reformas. Obviamente, la atención se centra en el código de 1995 (*numerus clausus*, y desaparición de la imprudencia con infracción de reglamentos), pero muestra también cómo este régimen se ha ido modificando desde su entrada en vigor: primero, con los intentos de despenalización de la

imprudencia leve, y luego con el surgimiento de la menos grave, propiciado por la despenalización de las faltas, hasta culminar, de nuevo, con supuestos de infracción de reglamentos, en el ámbito del tráfico viario. Aunque el tono de este capítulo es sobre todo descriptivo, no faltan tomas de posición sobre temas claves (p. 45), como el del contenido de la imprudencia menos grave, a costa de los supuestos leves. Ya en este capítulo se argumenta una de las líneas que estructuran el texto: y es que no es correcto, a juicio del autor, asociar la consideración de una conducta como imprudente con la infracción administrativa: “Cualquier tipo de interpretación que identifique plenamente infracción administrativa con delito penal no se compadece bien con la propia configuración del delito imprudente, el cual se basa en la infracción del deber objetivo de cuidado” (p. 55).

Los caps. II y III (en cierto modo, complementarios: *La infracción del deber objetivo de cuidado como elemento configurador del delito imprudente*, y *Criterios generales para graduar la gravedad de la imprudencia*), exponen los conceptos claves en los que se sitúa la imprudencia: el deber objetivo de cuidado y el riesgo permitido, las reglas o normas técnicas, y el baremo del hombre medio, sobre los cuales debe articularse la triple graduación de grave y menos grave, frente a la leve (impune). Se trata, sobre todo en el cap. II, de conceptos doctrinales más o menos generalizados, con base en la bibliografía general en la materia, en donde la aportación personal es menor, en comparación con la descripción de categorías que gozan de cierto reconocimiento desde hace años. No era objetivo de su autor elaborar una monografía sobre la imprudencia, sino solo sobre la graduación prevista en el Derecho español. Por otra parte, el autor apela a la consideración del caso concreto, como dato necesario para poder evaluar el deber de cuidado y su infracción.

Dentro de este marco así trazado, los capítulos siguientes afrontan la tarea de delimitar los diversos grados de la imprudencia en ámbitos de la actividad humana en los que se dan con más frecuencia efectos lesivos para la vida y la salud de las personas como consecuencia de conductas descuidadas. Así, en el cap. IV aborda el estudio de la imprudencia en el tráfico viario, un sector en el que la actividad se halla amplia y detalladamente regulada mediante normativa sectorial que incluye infracciones y sanciones administrativas. Y es esa legislación la que establece los márgenes del deber de cuidado (pp. 90-91). En este campo, resulta de gran relevancia la reforma de 2019, que asocia la imprudencia grave y la menos grave a la comisión de infracciones de tráfico, calificables a su vez como muy graves, y graves, respectivamente. A juicio del autor, retorna de ese modo a nuestro sistema la “imprudencia con infracción de reglamentos”. La normativa en cuestión será en buena medida determinante del deber de cuidado de quienes toman parte en el tráfico. Sin embargo, como bien señala el autor, esta asociación entre deber de cuidado y reglamentación administrativa deja mucho que desear (pp. 90-91), y cabría decir que encierra una petición de principio. Aunque reconoce que puede aportar cierta seguridad jurídica (p. 18), se trata de un aspecto que el autor rechaza, con razón, en la medida en que confunde planos y puede abrir la puerta a automatismos en la apreciación de la imprudencia (pp. 54-56, 94-96, 102-103, 105). De ahí alguna propuesta, como la restricción teleológica que acertadamente plantea (p. 139) para evitar la aplicación automática de la ley.

En el cap. V se analiza la graduación de la imprudencia en otro sector en el que la actividad se halla también regulada mediante normativa sectorial, con infracciones y sanciones administrativas: el ámbito laboral, en el que el cumplimiento de las exigencias de prevención de riesgos será clave para conformar el deber objetivo de cuidado. También en esta materia, el deber de cuidado se hace depender de la legislación en materia de prevención de riesgos laborales (pp.

151-164). Un aspecto especialmente importante en este campo, y que merece adecuada atención es el de la concurrencia de culpas (pp. 168-173, 185-188).

Por último, el cap. VI se refiere a la imprudencia en el ámbito de la actividad médico-sanitaria, en donde no existe un cuerpo normativo tan definido como en los dos anteriores, pero en el que el papel de la *lex artis* y los protocolos y estándares han establecido exigencias de cuidado. A diferencia de los otros dos ámbitos, el de la actividad médico-sanitaria no cuenta con un cuerpo de infracciones y sanciones administrativas equiparable; con todo, eso no impide que el deber de cuidado venga determinado por las exigencias de la *lex artis*, la cual, a su vez, se ve modulada o configurada por los numerosos protocolos y estándares de las diversas actividades médicas, como bien se señala (pp. 71, 196, en nota 25, 206). Como bien destaca el autor, en comparación con los otros dos, en este sector, abundan los casos de absolución (pp. 189, 211): es cuestionable si eso se debe al carácter inexacto de la ciencia médica (pp. 19, 191, 224) o a que se trate de un sector menos regulado en el que el consentimiento del paciente forma parte también de los elementos a tener en cuenta, en sede de imputación objetiva.

Las modificaciones experimentadas en el régimen de la imprudencia en nuestro código bien merecían un estudio monográfico como este. Y ciertamente DAUNIS logra buena parte de su objetivo, al estudiar el marco histórico y conceptual de los delitos imprudentes. La información que aporta sobre los criterios legales y jurisprudenciales es útil e ilustrativa. El lector encontrará abundantes casos y su solución jurisprudencial. Ya por estos motivos, la lectura del libro es aleccionadora. Algunos aspectos merecerían posiblemente alguna consideración, y es lo que se pretende efectuar a continuación, con el fin prioritario de valorar la calidad de esta monografía.

Como ya se ha señalado, en algunos pasajes, se echa de menos una referencia más amplia a la fundamentación dogmática de la responsabilidad por imprudencia. Se recurre entonces a conceptos más o menos generalizados en la doctrina y que gozan de cierta aceptación. La aportación personal es aquí menor, pero también hay que tener en cuenta la pretensión del autor, que no aspira a elaborar una nueva monografía sobre la imprudencia, sino a presentar críticamente el panorama de la graduación de las formas de imprudencia. Y esto, DAUNIS lo consigue. Como consigue también, recurriendo a las categorías de la imputación objetiva, resolver algunos problemas de imputación del resultado imprudente.

La frecuente apelación al caso concreto (pp. 68, 71, 72, 77, 81, 196...), corroborada por la amplia casuística presentada en los tres capítulos finales, como elemento a tener en cuenta es algo que, más que aportar luces, parece una rendición ante la dificultad de esclarecer más el deber de cuidado y conceptos afines. El lector extrae la conclusión de que más no resulta fácil decir, pero era algo que cabría esperar en estudios de este tipo. Asimismo, posiblemente merecería mayor atención la “imprudencia profesional”, prevista para los casos de imprudencia grave, pero no la menos grave (arts. 142.1, 146, 152.1).

La selección de los tres ámbitos en los que se estudia la graduación de la imprudencia (tráfico viario, laboral y médico-sanitario) se justifican por lo numeroso de los riesgos que aquí se despliegan y la relevancia para la vida y la salud de las personas (p. 18), que son los casos para los que se prevé la distinción entre imprudencia grave y menos grave (homicidio y lesiones). Sin embargo, merece atención el posible efecto derivado de que la no definición de la imprudencia menos grave en otros ámbitos (por ejemplo, en los delitos de aborto, blanqueo de capitales, contra la salud pública, o el medio ambiente) acabe por considerar grave cualquier descuido,

antes que optar por la impunidad. Otro aspecto a tener en cuenta y que podría requerir más atención es el de la necesaria coordinación de los supuestos imprudentes (graves y menos graves), no sólo con las infracciones administrativas, sino también con los delitos de peligro (contra la seguridad vial y contra los derechos de los trabajadores).

A pesar de que excedería de los fines propuestos y las razonables dimensiones de la monografía, hay algunos temas que podrían requerir atención desde el punto de vista de la graduación de la imprudencia. Me refiero a otros ámbitos de la vida cotidiana que se hallan en mayor o menor medida regulados, y en los que también pueden derivarse efectos lesivos: el uso de armas, la salud pública, el medio ambiente. Casos aparte son los de sujetos obligados a un especial deber de diligencia, y para los que se prevén supuestos imprudentes (graves): en particular, el de las falsedades (art. 391) y el de la prevaricación judicial (art. 447). No era el propósito de esta monografía, pero sí temas que esta ha contribuido a dejar al descubierto, y que podrían ser objeto de estudio en el futuro.

Aparte, en aspectos formales, es de lamentar que el aligeramiento en la edición traiga consigo pasar por alto erratas que fácilmente podrían evitarse en un proceso de composición más cuidado. Son detalles formales que dicen mucho de las editoriales que los dan por válidos.

Por encima de estos aspectos, la obra de DAUNIS RODRÍGUEZ tiene el mérito indudable de haber afrontado el reto de resolver lo que el legislador no ha logrado, ni los jueces aciertan a coordinar en la variedad de soluciones a los múltiples supuestos enjuiciados. De ahí que una obra como esta contribuya a dignificar el trabajo de la doctrina al resaltar que hay mucho que decir y corregir en lo que el legislador da a menudo por cerrado.

**InDret**

2.2021

***Eduardo Ramón Ribas, Desobediencia, Estado de Alarma y Covid-19, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 218 páginas***

Sergio Pérez González  
Universidad de La Rioja  
sergio.perezg@unirioja.es

-

*Desobediencia, Estado de Alarma y Covid-19* es una monografía firmada por Eduardo RAMÓN RIBAS y publicada por Tirant lo Blanch en plena pandemia, en un momento en el que el Derecho estaba llamado a generar orden entre dramas personales y tensiones sociales. Como siempre, pero esta vez de manera sublimada. El Estado de Alarma decretado por el Real Decreto 463/2020 había dispuesto, entonces, el confinamiento domiciliario de la ciudadanía a través de la siguiente fórmula: “Durante la vigencia del estado de alarma, las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades, que deberán realizarse individualmente (...)”.

La situación jurídica y social generó, en esas coordenadas, una notable incertidumbre, especialmente en relación con las sanciones propuestas para quienes incumplían un mandato tan excepcional en un momento tan excepcional. Las algo más de 200 páginas en las que RAMÓN RIBAS disecciona esta situación son, sin duda, una contribución oportunísima para que los operadores jurídicos (abogacía, judicatura, administración, agentes de la autoridad...) puedan agarrarse a una *doctrina de emergencia* que oriente sus decisiones. Una doctrina que, no por ser de emergencia, está poco fundada, como valoraremos en lo que sigue.

Había, digamos, una zona sin cartografiar en aquel panorama jurídico, una zona en la que se desmoronaron las certezas y se vertieron las especulaciones: El RD 463/2020 no incluía un sistema sancionador propio, sino que, en su art. 20, disponía que “el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes en el estado de alarma será sancionado con arreglo a las leyes”. El autor localiza de inmediato (p. 21) este boquete que la dogmática debía empastar urgentemente, ya que las garantías coactivas para que las disposiciones del Real Decreto se cumplieran quedaban reenviadas a otras normas. Y esas otras normas solo podían ser las que preveían la *desobediencia* (en un sentido tan general como para poder abarcar al RD 463/2020): la Ley Orgánica 4/2015, de Protección y Seguridad Ciudadana, y el Código penal.

Se trata, por tanto, de analizar las conexiones lógicas entre estas desobediencias y aquella norma sobrevenida, de manera que, no observarla, sea infracción penal y/o administrativa. Para ello, RAMÓN RIBAS propone, en línea de principio, un suelo dogmático desde el que partir y en el que ordenar la prelación entre órdenes jurídicos. Con tino, el autor pone en juego el principio de intervención mínima para distinguir, en el plano legislativo, la necesaria atención que el Derecho penal debe prestar al administrativo (pp. 32 y ss.); pero esta accesoriadad de lo penal –que debe exigirse en un sistema jurídico integrado, como *ultima ratio*–, no debe confundirse con una subsidiariedad aplicativa. De esta manera, si la acción se contempla como desobediencia prevista en el Código penal, será esta norma la que, preferentemente, deba aplicarse.

Así es como la obra recensionada propone una taxonomía (pp. 47 y ss.) –apuntalada por la jurisprudencia (pp. 52 y ss.)– de las desobediencias y resistencias previstas penalmente. Distingue el autor la desobediencia grave y la resistencia no grave, ambas recogidas en el art. 556 CP, de la resistencia grave, que tomaría ya la forma de atentado contra la autoridad prevista en el art. 550 CP. No hay, en esto, mucha controversia, pero de esta taxonomía se deriva una diferenciación elemental que sí será clave en relación con una hipotética conexión de la desobediencia penal con la prohibición del RD 463/2020: mientras que el atentado previsto en el art. 550 CP perfila al sujeto *desobedecido* (que no necesariamente sujeto pasivo en sentido técnico) como “autoridad, (...) sus agentes o funcionarios públicos”, el art. 556 CP y el art. 36.6 LOPSC refieren que la desobediencia o resistencia no grave debe producirse ante “la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones” (p. 57).

Es central para RAMÓN RIBAS delimitar el perfil del sujeto a quien se desobedece. Y es que sobre esta fijación conceptual se construye el resto de su tesis. Reconoce el autor la inercia jurisprudencial que vincula la acción de desobedecer a una orden o mandato directo, concreto, que, a su vez, remite a un requerimiento personal (p. 69); tan personal que solo otra persona (un policía, pongamos) puede realizarla. Pero insiste el autor en señalar que esa inercia responde a un refinamiento interpretativo que restringe la tipicidad, estrechando las posibilidades legales, ya que el elemento *autoridad* podría exceder esa versión: “será consecuencia, por tanto, de una concreta interpretación del tipo que le otorga un ámbito de aplicación (...) inferior al que consiente su tenor” (pp. 73 y 83). Porque en esta línea interpretativa se deduce que, tras el concepto *autoridad* referido en la tipicidad, debe, necesariamente, aparecer una persona que comunica una orden. Y esto es restringir demasiado tal concepto.

El problema que plantea RAMÓN RIBAS es, en esencia, un problema de ontología del sujeto jurídico: ¿puede un órgano colectivo ser *autoridad*?, ¿puede el Consejo de Ministros comunicar algo que pueda desobedecerse?, ¿y el Congreso de los Diputados? Para el autor, no hay nada que impida una respuesta afirmativa. De este modo, en su opinión, puede desobedecerse al Gobierno al incumplir un mandato general dictado por el mismo; y de dicha desobediencia podría derivarse un delito o una infracción administrativa prevista en la LOPSC.

Habría argumentos para suscribir esta tesis. Uno de racionalidad sistemática: si el Código penal y la LOPSC refieren “la autoridad o sus agentes”, cabe interpretar que, debido a la función lógica desarrollada por la conjunción disyuntiva, la *autoridad* no pueden ser *sus agentes*. Esto es, la *autoridad* es otra cosa que, si fuera un órgano colectivo, podría tener *agentes*.

Sin embargo, esta base ontológica amplia de *autoridad* parece tropezar con la definición auténtica dispuesta en el art. 24.1 CP, que vendría a completar lo desarrollado en el art. 556 CP, de modo que resulta complicado escapar a la identificación de la autoridad con una persona física; alguien que, “por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia”. El autor contempla, claro está, esta definición (p. 75). Es evidente, por tanto, que, aunque el RD 463/2020 establezca en su art. 4.1 que, “a los efectos del estado de alarma, la autoridad competente será el Gobierno”, tal réplica definitoria de *autoridad* en relación con lo previsto en el art. 24.1 CP solo puede resolverse en favor de la LO 10/1995 –por rango normativo y especificidad definitoria– a efectos de aplicar el art. 556 CP.

El ejercicio de redefinición del *sujeto desobedecido* desarrollado por RAMÓN RIBAS pretende esquivar estos impedimentos argumentando que, “si los diputados y senadores tienen la condición de autoridad, difícilmente podrá negarse esta condición también al órgano constitucional del que forman parte” (p. 74). A mi juicio, se trata de un silogismo quizá condicionado por motivos teleológicos que no puedo compartir, ya que la definición auténtica del art. 24.1 CP refiere, expresamente, la condición de *miembros* con arreglo a una racionalidad evidente: en esa *fisicidad* se fundamenta el desvalor de la mayor parte de los tipos penales que, en la parte especial, la invocan (como sujetos físicos, activos casi siempre: la detención ilegal de los arts. 165 y 167 CP, la tortura del art. 174 CP, la trata en el art. 177 bis.5 CP, etc.; también como sujeto injuriado o calumniado en el art. 215 CP). Los bienes jurídicos protegidos en esos y otros muchos delitos se afectan más o menos, específicamente, por la vía del sujeto físico que interviene (casi siempre activo, en ocasiones pasivo) de manera figurativa, como persona implicada en el escenario criminológico. Es cierto que, en el delito que nos ocupa, puede argüirse que la autoridad no es sujeto activo, por lo que esa fisicidad queda desmerecida en un plano abstracto y poco aplicado. Pero no queda desmerecida la definición del art. 24.1 CP, que es la que, en último término, determina el alcance del concepto en todo el Código penal y que parece completamente condicionada por el carácter de *sujeto físico implicado*.

Cabe, en este sentido, aportar una nueva especulación al juego de posibilidades: ¿Y si el ministro de Sanidad, con sus comparencias, estuviera dictando órdenes a la población? Esto es, ¿y si el mensaje o disposición desobedecida no fuera el art. 7.1 del RD 463/2020, sino la acción comunicativa del ministro, como autoridad delegada habilitada por el art. 4.3 a dictar disposiciones? El ministro encajaría, sin duda, en la previsión del art. 24.1 CP, aunque supongo que hacer de las comunicaciones públicas fuente del Derecho es una extravagancia (también lo es un estado de alarma).

En lo relativo al mensaje, comunicación u orden concreta, es cierto, como dice el autor, que la inercia jurisprudencial y doctrinal restringe el texto legal más allá de lo, en estas circunstancias, conveniente. Y lo hace, a mi juicio, como derivación de la fijación del sujeto desobedecido: visto que la autoridad debe sustanciarse en una persona, lo lógico es proyectar que tal desobediencia debe serlo respecto de una orden concreta, y no respecto de un mandato general. En este asunto, las observaciones de RAMÓN RIBAS resultan especialmente certeras: al fin y al cabo, la diferencia entre una orden concreta y un mandato general no incorpora, de suyo, criterios sustantivos, ya que el contenido de ambos está, en último término, sujeto a cierto margen de interpretación del destinatario (p. 82). El lenguaje, diríamos en clave filosófica, no agota la realidad, de modo que ya sea lenguaje oral, mediante una orden directa y personal, o lenguaje escrito, mediante una norma genérica, las posibilidades de ejecución del verbo son siempre múltiples.

Digamos, por tanto, recogiendo el análisis de RAMÓN RIBAS, que la dualidad entre mandato general y orden concreta incorpora cierto grado de ficción taxonómica jurídica que, precisamente con el RD 463/2020, se desvela inoperante: “Sin dejar de ser una norma o mandato general, es también un mandato o norma singular”, ya que “se dirige a toda la ciudadanía, en efecto, pero se dirige también a todos y cada uno de nosotros” (p. 92). Vale decir, que el RD 463/2020 se sitúa a medio camino de esa gradación que va de lo concreto a lo abstracto, por lo que, por razón de su contenido, puede ser, efectivamente, desobedecido.

Es cierto que esto nos lleva a una suerte de irracionalidad sistemática por la que, mediante cualquier incumplimiento legal, podría cometerse, paralelamente, un delito o una infracción por

desobediencia. También esta objeción es contrarrestada por el autor, que, a propósito de los delitos que, de suyo, implican un desacato a la ley, indica que, “si no se castiga en concepto de delito de desobediencia es porque existe ya una previsión penal específica que contempla aquella desobediencia en concreto” (p. 143). Esto es, no podría pensarse dos veces por el mismo fundamento, que nunca sucedería en el caso que nos ocupa, ya que el RD 463/2020 no incorpora un sistema sancionador.

Apuntala este argumento con una serie de supuestos del Código penal que prevén la posibilidad de desobediencia a disposiciones relativamente generales (pp. 94 y ss.). Con ello, RAMÓN RIBAS intenta desmontar el estribillo doctrinal que dice que las normas se infringen, pero no se desobedecen. El éxito es relativo, ya que los ejemplos rescatados del Código se proponen en términos, precisamente, de infracción y no prevén expresamente la desobediencia, como sí lo hace el art. 556 CP. Sin embargo, es cierto que, con ello, el autor muestra que el sistema penal puede operar como sistema de cierre reforzado ante incumplimientos previos.

La monografía de Eduardo RAMÓN RIBAS se completa con una panorámica de casos (pp. 123 y ss.) en los que se muestra la heterogeneidad argumentativa y resolutive en nuestros juzgados, lo que da cuenta, precisamente, de la necesidad de unificar criterios y buscar salidas dogmáticas aiosas a estas disposiciones jurídicas de urgencia.

En resumen: comparto los motivos teleológicos que vetean el trabajo de RAMÓN RIBAS, ya que no parece razonable dictar una prohibición sin aparato sancionador que la garantice (la crítica principal, por tanto, es para la redacción del RD 463/2020, que debería haber evitado el reenvío del sistema sancionador a otras normas, ya que estas otras normas incorporan unas exigencias dogmáticas y sistemáticas que limitan la eficacia de la remisión). Por esto, y en virtud de la integración del sistema jurídico –como cláusula de cierre del sistema (p. 89)– la vía explorada por RAMÓN RIBAS es, a mi juicio, muy procedente. De lo recensionado hasta aquí, de la recopilación crítica de sus argumentos, sitúo un punto de disenso en la definición del *sujeto que ordena*, pero convengo con el autor en que *lo ordenado* puede encajar sin problema en la literalidad de los castigos por desobediencia previstos en el Código penal y en la LOPSC.

En cualquier caso, y al margen de posicionamientos concretos, lo trascendente es que la monografía de Eduardo RAMÓN RIBAS surge como una obra rotunda y oportuna que ayuda a desmadejar el embrollo jurídico que ha acompañado a la pandemia. Y sirve en un triple plano: como sustento dogmático entre lo penal, lo administrativo y lo constitucional, como argumento operativo para la aplicación de una norma jurídica de urgencia y, por último, como repertorio casuístico ordenado en el que reconocer razonamientos más o menos lúcidos.

**Claus Roxin/Luís Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre [Derecho penal, Parte General, I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito], 5.<sup>a</sup> ed., Beck, München, 2020, XXXV, 1.249 páginas**

Günther Jakobs\*  
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn  
gjakobs@jura.uni-bonn.de

-

La 5.<sup>a</sup> edición, ya incrementada en todo caso en 100 páginas según la numeración de pp., la ha ampliado GRECO de un modo considerablemente mayor: el tamaño de los caracteres ha sido reducido claramente, algunas rúbricas han sido ahora incluidas dentro del comienzo del siguiente párrafo y otros cambios más de ese estilo. Este crecimiento es el precio que hay que aceptar para mantener las virtudes de este libro de ROXIN tan valorado en amplias partes del mundo, o sea, para conservar la fundamentación a fondo, a veces casi monográfica de las teorías defendidas, la información no menos a fondo, las más de las veces ubicada en el texto, sobre las restantes opiniones ajenas existentes junto con la valoración de ellas, y las amplias, a veces hasta más que abundantes citas y referencias. Preservar esas características en una nueva edición aparecida casi década y media después de la anterior requiere sea como sea espacio, tanto más por cuanto que GRECO no ha reducido los pasajes informativos, sino que mantiene las cualidades de un tratado y simultáneamente de un compendio. En esta situación se impone la pregunta de qué se puede recensionar en un espacio necesariamente limitado: o bien las modificaciones y adiciones de GRECO, que ciertamente asume inmodificados todos los contenidos decisivos, de tal modo que sólo resultaría una reseña más bien de puntos concretos, o por el contrario al menos algunos extractos seleccionados –completamente conforme a los propios intereses del *recensor* y con intención marcadamente crítica– del total de la obra, tal como actualmente se presenta. Esto último es lo que se va a intentar; pues designar unos cuantos pasajes de los que pertenecen al estado ya asegurado en la actual ciencia del Derecho penal significaría aburrir al lector experto.

Esta recensión en forma de extractos ha de comenzar con el capítulo “dogmática del Derecho penal y sistema del Derecho penal” (§ 7). Aquí fue aún ROXIN quien ha expuesto las fases de la evolución histórica, en especial el sistema “clásico” del causalismo, el “neoclásico” con el reconocimiento de elementos subjetivos del ilícito o injusto, y la teoría final de la acción, de la que afirma –certeramente por cierto– que, aunque mayoritariamente es “rechazada como teoría de la acción”, no obstante es aceptada y asumida en su consecuencia más importante (el dolo como elemento del tipo) (7/24). Sigue un esbozo de la concepción propia, en particular con su conocida distinción entre culpabilidad y responsabilidad (7/29). Ahora, bajo la rúbrica “evoluciones recientes” GRECO informa sobre numerosas posiciones defendidas hoy (7/33a – q). Entre otras trata el “modelo neo-idealista” de la escuela de E. A. WOLF, así como modelos de orientación normativa y modelos de orientación comunicativa. En particular se censura

---

\* Original alemán publicado en GA 2021, pp. 53-57. Traducción a cargo de Diego-M. Luzón Peña, diegom.luzon@uah.es (Universidad de Alcalá).

enérgicamente esta última teoría, aunque ciertamente incurriendo en algunos malentendidos: En caso de un comportamiento delictivo no se trata de una “manifestación” o “declaración” aislada, y producida del modo que fuera, o incluso de una “fracasada comunicación... con el Estado” (7/33p), sino antes bien del intento de comprender un *factum brutum*, más allá del cual no pasa el comportamiento de un hecho *per se* (!), como acontecimiento *social* (no: estatal; el significado e incluso el lenguaje no son algo “estatal”). Si el hecho de configurar el mundo social tiene un significado, ello no quiere decir que la configuración misma no sea un componente constitutivo de lo social. Este malentendido se encuentra ya en relación con los fines de la pena (3/36e). Conviene recordar que ya WELZEL entendió la acción como “expresión de sentido” (ZStW 58 [1939], 491, 503 y en otras muchas).

Sobre la relación entre pensamiento sistemático y problemático (sistemática *versus* tópica, o sea *versus* limitados sistemas ad-hoc) las bases proceden aún de ROXIN. Como ventajas de la sistemática se menciona entre otras la aplicación uniforme del Derecho y el surgimiento de un marco para seguir desarrollando el Derecho (7/40 s.), y como desventajas el “olvido o descuido de la justicia en el caso concreto” y la posibilidad de “deducciones sistemáticas no legitimables político-criminalmente” (7/48 ss.), y ello con el resultado de admitir también complementariamente argumentaciones tópicas (7/54 s.). Se sostiene que debe producirse un “sistema estructurado teleológicamente” (7/58, 86 ss.), para lo que las “finalidades rectoras” han de ser “...de tipo políticocriminal” (7/59), de tal modo que importa un sistema de valoraciones, y no p. ej. uno de acontecimientos externos o psíquicos (“externo”, “interno”), en el que los defensores del causalismo creían poder iniciar su construcción. Esa división (sistema *versus* justicia en el caso concreto) no evita sin embargo las usuales dificultades que aparecen siempre que se toma en consideración la llamada justicia del caso concreto; ya que ¿en qué se va a poder reconocer si ella es errónea a efectos de argumentación sistemática? A ese respecto sólo puede tratarse de deducciones a partir de *otro* sistema; pues desordenadas valoraciones y desordenados casos concretos, a falta de un contexto ordenador, no enseñan o ilustran nada. –Ahora bien, la desventaja o defecto lógico-sistemático es al mismo tiempo una ventaja del libro; éste, debido al manejo de sistemática y tópica una junto a otra, no conduce en ningún punto a conclusiones que por sí mismas (!) no sean como mínimo plausibles–. GRECO amplía ahora lo anterior con una amplia exposición sobre el “futuro de la dogmática del Derecho penal” (7/85a-x). Al respecto se enfrenta a la extendida opinión de que dogmáticamente hay poco nuevo que decir y menciona como campos de trabajo actuales la teoría del bien jurídico, la teoría de la pena y el concepto de culpabilidad (7/85c). A su juicio, puede ser algo discutible si el estado de la dogmática se ha convertido en demasiado complicado (7/85s); aunque ciertamente podría constatarse un cierto desinterés del lado de la jurisprudencia (7/85g ss.) – Los planteamientos orientados filosóficamente son tratados por él muy escépticamente, cuando no incluso rechazados (7/85o s.).

Seguidamente algunas observaciones sobre la teoría del bien jurídico (§ 2): lesión del bien jurídico como “concepto material de delito” (7/antes de 1). Es conocida la orientación del concepto en ROXIN hacia “el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales” y la protección de un Estado que persigue igualmente esos objetivos (2/7). GRECO ve certeramente que operando únicamente con la protección de esos bienes se puede tipificar como punible a placer cualquier conducta preparatoria entendida de modo amplio (§§ 89a-c StGB) y por eso aboga por un “límite de interioridad” en el caso de una conducta que “de modo comparable a los pensamientos” pertenezca al “ámbito del núcleo de la configuración privada de la vida” (2/12b, 19 s.). Lo que no se puede tratar como bien jurídico lo fija y constata mediante

un catálogo de reglas negativas: y no sólo el seguimiento de una directriz para un fin estatal (2/14 ss.), ni la mera inmoralidad (2/17 ss., 19a ss.), que según GRECO es lo que concurre incluso en la adquisición de productos generados mediante lesión de algún bien jurídico (2/19h; aunque ciertamente no parece que esa sea la última palabra en relación a la punibilidad de la receptación). También se sostiene que en el incesto entre hermanos se trata a lo sumo de una conducta inmoral (2/43 ss.), lo que podría ser correcto, dado que una relación familiar intacta entre hermanos hoy ya no pertenece a las condiciones de subsistencia de la sociedad. Aparte de esto, se señala como condiciones no suficientes para la punición v.gr. los supuestos de destrucción de la *propia* dignidad (2/20 ss.), suscitar sentimientos de disgusto, o también el sentimiento de inseguridad (2/27, aunque esto muy probablemente es problemático en el caso de un *derecho* a permanecer sin ser molestado, como p.ej. en el § 241 StGB [amenazas]), en el auto daño por propia responsabilidad (2/32 ss.), ello con la correspondiente consecuencia para el [auxilio al suicidio del] § 217 StGB\* (2/33a ss.), y además siguiendo por esa vía los supuestos de posibilidad únicamente débil de fundamentación en los deberes de llevar puesto el casco y el cinturón en el tránsito o tráfico viario (2/36c). También son rechazados los objetos “de normas penales simbólicas” (2/37, pero con una problemática extensión de este concepto también a la “mentira [de la negación] de Auschwitz”, 2/41 ss.), los de normas que únicamente protegen un tabú (2/43 ss.) y además, los de aquellas que resultan “inaprehensiblemente abstractas” (2/45c), y también faltará un bien jurídico en la mera protección de la limpieza (*fairness*) en la actuación (2/49b, ello con consecuencias muy problemáticas para la usura, § 291 StGB, caso en el que bien podría tratarse del mantenimiento de la medida *mínima* de limpieza –*fairness*– que es la única que hace aceptable un orden económico libre). Detallada y críticamente se pronuncia GRECO sobre el mero favorecimiento de la persecución penal (2/49g ss.) así como sobre “mandatos o encomiendas internacionales de protección”. – Estamos ante un impresionante catálogo para la limitación del poder punitivo o *ius puniendi*. Se podrá enjuiciar algunas cuestiones de otro modo distinto, pero las restricciones, a las que es sometido un Derecho penal liberal y propio del Estado de Derecho y mediante las que éste es “adelgazado”, no debería querer rechazarlas nadie que esté interesado en un Derecho penal así, porque sólo éste se acomoda a una sociedad normativamente constituida mediante liberalidad y estatalidad de Derecho. No obstante, ciertamente no se necesita un concepto del bien jurídico que sobrepase la conocida abreviatura de la idea del fin (HONIG), ya que lo que está en juego son postulados *políticocriminales* dentro de una sociedad así, sin que todo dependiera de si el Derecho penal sirve a la protección de la sociedad, a la protección de la norma, a la protección de bienes jurídicos o a otras cosas más. Con cuál de esos puntos de cristalización se prefiere entroncar, bien podría ser indiferente, sólo con tal de que el balance se ajuste a lo políticocriminalmente requerido. En especial, el concepto de bien jurídico no puede generar ninguna crítica al Derecho penal que no pudieran generar igualmente los otros enfoques (sin embargo, de otra opinión esta obra en 2/11 ss.).

Si bien la selección de los campos que aquí se tratan se hace de modo más bien arbitrario, sin embargo lo que no puede faltar es el campo de la llamada imputación objetiva, dado que ROXIN ha jalonado ese terreno ya desde hace mucho (incluso ya antes de la 1.ª edición del tratado; indicacs. bibl. en 11/50) y lo ha seguido labrando constantemente. A este respecto aquí no vamos a dirigir la atención principalmente a la imputación del *resultado*, sino más bien a la teoría de la conducta no permitida –destacada especialmente por FRISCH (sobre ello 11/51)–. Como cláusula general se indica en el libro que se trata de “la realización de un peligro creado por el autor y no

---

\* Precepto en el que en 2015, aprovechando que el § 217 estaba sin contenido, se tipificó el auxilio al suicidio organizado por entidades sociales, pero fue en seguida anulado por el BVerfG por inconstitucional.

cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance el tipo” (11/49). En el caso de la disminución (no: sustitución; 11/54) de un riesgo faltará una conducta no permitida (11/53 ss.). Para determinar la “creación de peligro” se atiende al juicio de un “observador inteligente”, que disponga también del “saber especial del autor concreto” (11/56). Entonces a continuación, sobre el conocido caso de laboratorio de un estudiante de biología que trabaja como camarero o mesero auxiliar en hostelería y que sirve una ensalada que –tal como él reconoce por ser biólogo– contiene algo muy tóxico, se dice que “un homicidio evidentemente doloso”, al no haber justificación ni exculpación, ha de “ser castigado como tal” (11/57). – Esta argumentación podría provocar sorpresa en lectores que aún guarden en su memoria las posiciones antes expuestas sobre el modo de argumentar sistemático, conforme al cual ha de tratarse de un sistema de *valoraciones* (7/59); pues en ella falta la valoración de la circunstancia de que al camarero le fue encomendada una misión de configuración sólo limitada, y en lugar de eso se atiende a la situación psíquica no valorada (el saber): *datos fácticos* como rectores del sistema. Además, una referencia a datos fácticos psíquicos en parte ni siquiera es moralmente plausible: ¿acaso el vecino, cuyas flores se secarían sin el agua infiltrada que produce un aspersor de césped en la finca colindante, debería tener un derecho o por lo menos una pretensión moral tan sólo a que se siga produciendo la dispersión del agua debido a la causación de daños “evidentemente” dolosos que de lo contrario se producirían? En tales “casos de gorriones” que se aprovechan del vecino es de algún modo “evidente” que únicamente el saber dado que posea quien suspende la producción no puede constituir una razón para su responsabilidad.

El problema es tratado bajo los títulos “alcance del tipo” (11/106 ss.) y en particular “atribución a la esfera de responsabilidad ajena” (11/137 ss.) para otros grupos de casos, y por cierto sin atender únicamente a la situación psíquica. En primer lugar se ocupa el libro de una “cooperación en la autopuesta en peligro dolosa” (11/107 ss.). GRECO se opone al intento de encubrir la autorresponsabilidad de la “víctima” mediante una omisión (11/113 ss.), y lo ilustra al hilo de una valoración a fondo de la abundante jurisprudencia existente. Ya en este lugar se tratan por primera vez “casos de salvadores”, en los que se rechaza la extendida opinión de que la solución depende de la razonabilidad del nexo de unión entre autopuesta en peligro y peligro al que hay que enfrentarse y contrarrestar: “Quien sin obligación jurídica se expone a un riesgo, no puede de ese modo cargar a otro con consecuencias jurídico-penales” (11/115). Esto es posteriormente aclarado e ilustrado por GRECO modificando una tesis sustentada anteriormente por ROXIN, pero luego abandonada por él, en el sentido de que sólo tendrá lugar la imputación si existe un deber *jurídico* de salvar (11/139 s.). La conclusión es trasplantada (pero otra vez discrepando de la edición anterior) a los supuestos de persecución en auto por la policía: el delincuente que huye responderá [de los daños sufridos por sus perseguidores] sólo en caso de existencia de un deber de persecución para la policía (11/140). –Al menos para los casos de salvadores esta tesis se puede considerar problemática: si ante un peligro existente un salvador puede interferirse en intereses claramente inferiores de una *tercera* persona (§ 34 StGB), ¿por qué entonces él no iba a poder con reconocimiento jurídico sacrificar los correspondientes intereses *propios*?– Pero sea como sea, las exposiciones de esta obra cautivan como siempre por la profundidad de la argumentación así como por la intensidad de su toma en consideración de la doctrina y la jurisprudencia.

En último lugar volvamos aún la vista a la teoría de la imprudencia (§ 24). En este punto algunas cosas han sido ya prefiguradas por sus exposiciones acerca del tipo objetivo del delito doloso; así como en éste se dice que dentro de todo delito doloso se alberga un delito imprudente (11/49), en el delito imprudente se dice que su tipo se “colma solamente mediante la teoría de la imputación objetiva” (24/10). El problema radica en la palabra “solamente”, ya que ésta afirma

que en el delito imprudente no hay tipo subjetivo alguno, sino que al contrario, la capacidad o la –por cierto más importante– incapacidad individual de reconocer lo objetivamente imputable y poder así evitar el hecho sólo debe considerarse en el contexto de la culpabilidad imprudente. Sin embargo, ciertamente a continuación tiene que restringir este planteamiento, en la medida en que sostiene –al igual que en el delito doloso– que las especiales capacidades del agente u omitente deben ser consideradas por el enjuiciador objetivo (24 61 s.). Pero tampoco en el marco de la imprudencia es obvio que el aprovechamiento de especiales recursos se le garantice jurídicamente a *toda* otra persona. – Y digamos aún una palabra más sobre la capacidad de prestaciones o rendimiento inevitablemente reducida: Según la obra, ésta debe ser considerada en el marco del examen de la culpabilidad (24/56), pero entonces ¿por qué se constata en primer lugar el ilícito (o injusto) imprudente ciertamente con las capacidades especiales, pero sin las incapacidades especiales (algo sobre lo que ha advertido especialmente KINDHÄUSER, GA 2007, 221)? Se podría responder que a la potencial víctima ha de concedérsele un derecho de defensa, lo que muy probablemente es cierto como mínimo cuando el círculo organizativo *del autor* está configurado agresivamente. Pero de ese modo en el caso de capacidades inferiores al promedio no concurre más que la situación de un estado de necesidad *defensivo*. – Permítaseme una observación más para concluir: En todo lo que se expone en la obra sobre el concepto de acción la acción es entendida como una “manifestación de la personalidad” (7/60; 8/44, 75). Aquí puede quedar simplemente planteada, también para el delito doloso, la cuestión de si tal manifestación puede existir sin culpabilidad mediante la realización de un tipo, pero en todo caso bien podría ser que una conducta *objetivamente* imputable, pero en cambio *subjetivamente* inevitable no represente una “manifestación de la personalidad” de quien se comporta realmente, sino a lo sumo la de una ficticia persona-baremo.

Estas pocas observaciones no le hacen ni siquiera por aproximación justicia a la riqueza de temas y de ideas de esta obra grande en todos los aspectos; y debo subrayar de nuevo que la selección aquí efectuada se ha hecho con una intención *crítica*. Un montón de otros temas cabría mencionar en los que el *recensor* sólo podría juzgar esto: ¡un modelo en contenido y forma de exposición, incluyendo la elaboración y tratamiento de la doctrina y su bibliografía y de la jurisprudencia! Justificar y acreditar todo ello en detalle sería como llevar lechuzas a Atenas. Por eso sólo se puede no sólo desear, sino incluso profetizar que la nueva edición repetirá otra vez la difusión e impacto doctrinal, es decir, la influencia con las que las cuatro ediciones anteriores han marcado a la ciencia del Derecho penal. Quien ha trabajado a fondo en una obra y empresa así –el primer tomo de una PG–, va a esperar ansiosamente la nueva edición del segundo tomo.

***Hans Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft, Deutsches Druck- und Verlagshaus GmbH, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1935, 89 páginas\****

Carlos Pérez del Valle  
 Universidad San Pablo CEU, Madrid  
 perezdelvalle@ceu.es

-

*Naturalismus und Wertphilosophie* fue el escrito de habilitación de WELZEL, presentado en la Universidad de Colonia en 1935, cuando Gottlob BOHNE era director del Kriminalwissenschaftliches Institut. Se doctoró en Jena 1927 con una tesis dedicada a la teoría del Derecho natural en Samuel PUFENDORF, dirigida por Hans-Albert FISCHER, y allí había tenido años antes, como profesor de filosofía, al neokantiano Bruno BAUCH, que indiscutiblemente influyó en su forma de contemplar el derecho. Como he de explicar después, es una obra que transmite cuál era la óptica metodológica de WELZEL, que ya había anticipado parcialmente en tres artículos (“Strafrecht und Philosophie”, 1930; “Kausalität und Handlung”, 1931; “Über Wertungen im Strafrecht”, 1933).

La obra se divide en dos partes, y cada una de ellas tiene una estructura similar. La primera parte, dedicada a “Franz von Liszt y la filosofía positivista”, consta de dos capítulos: el primero, sobre la visión del mundo del positivismo; y el segundo, sobre los fundamentos filosóficos del sistema de VON LISZT. La segunda parte, en la que se aborda la “moderna dogmática del derecho penal (especialmente, la teoría del tipo) y la filosofía de los valores”, tiene, como se ha dicho ya, una disposición paralela a la de la primera: el primer capítulo, en el que se marca como objetivo la explicación del inicio del neokantismo y de la filosofía de los valores; y el segundo capítulo, sobre el fundamento filosófico de la moderna dogmática penal, y especialmente sobre la teoría del tipo.

WELZEL parte del derrumbamiento de la filosofía idealista alemana, y de la irrupción del positivismo, heredero del racionalismo y el empirismo que habían imperado en el pensamiento francés y británico desde antes del iluminismo. COMTE, MILL o SPENCER, como cualquier positivista, rechazan la metafísica, porque supera el ámbito de la observación humana; y la ciencia “positiva” sólo tiene como misión indagar sobre las leyes que relacionan los fenómenos observados de forma estática o dinámica mediante leyes, cuya existencia es un dogma para los positivistas, aunque no un axioma a priori. Aquí la causalidad, como una explicación mecánica y ciega, celebra su triunfo en la idea de DARWIN sobre la selección natural (pp. 1 y ss). El mecanicismo, presente en COMTE o –explícitamente– en QUÉTELET, es esencial en el positivismo (pp. 4 y ss); pero se vuelve en contra del hombre, que se transforma en un componente más de ese proceso mecánico en el principio de asociación de la psicología (p. 7) y en la física social o sociología (p. 8). Precisamente aquí, en una visión unitaria de la sociedad, se contempla la

---

\* Existe una reimpresión en la colección de trabajos: WELZEL, Hans, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1975, pp. 29-118.

posibilidad de la explicación de los procesos causales de una forma casi matemática, a través de la estadística (p. 10). La vida social, para el positivismo, está sujeta a leyes causales inalterables que pueden ser indagadas con la estadística y la dinámica (p. 12), en las que el gobierno y la política están sujetas a leyes naturales (p. 14). Queda, no obstante, lo sustancial de la vida humana, y aquí WELZEL introduce el estudio de BENTHAM, cuya ética pretende regular el egoísmo con un método aritmético: el utilitarismo es el fundamento de la ética positivista (p. 15), que SPENCER transforma en una teoría mecánica (p. 16). Y, de todos modos, poco queda, fuera de la ética, a la filosofía, porque, ante la filosofía positivista, parece que nunca “se hubiese escrito la crítica del conocimiento de Kant” (p. 17). WELZEL hace un sumario –pero interesante– desarrollo explicativo del proceso que lleva a ello, muy influido aquí por Max SCHELER (pp. 18 y ss), hasta llegar al sometimiento del derecho al proceso de tecnificación: el error fundamental –dice– del positivismo consiste en haber querido imponer también la técnica como principio del derecho, con la consecuencia de que, con ello, debía evaporarse toda sustancia de valor en lo individual-subjetivo (p. 21).

La cuestión es, así, qué efecto tiene el positivismo en el derecho penal y, por tanto, en “la obra del gran político criminal” Franz VON LISZT, desde el Programa de Marburgo y, posteriormente, en su “Función científica de la ciencia del derecho penal” (p. 22), bajo la influencia de COMTE, QUÉTELET y TARDE. El determinismo, que, de forma consecuente, ha de negar la posibilidad de un conocimiento objetivo por parte del hombre (p. 24), es el punto de partida en el examen de WELZEL; pero la determinación de la decisión en LISZT se identifica con determinación causal (p. 25): todo suceso es el producto de factores causales necesarios, con un valor objetivo y una verdad “en sí” que son, para el hombre, inalcanzables (p. 27). En la imputabilidad y la culpabilidad, esto lleva a aceptar a LISZT que lo sustancial de la culpabilidad es “un nivel normal de determinación por los motivos”, y “lo normal” es –con TARDE– la “similitud del otro con nosotros” (p. 27). El delito es una manifestación de una enfermedad, y la pena para el capaz implica corrección curativa en cuanto pueda afectar a la motivación (p. 29). Por otro lado, el sistema de política criminal de LISZT está también construido sobre el positivismo –sobre la sociología criminal– con una misión clara: explicar causalmente la criminalidad, con el mérito de haber introducido un refinamiento del método y, especialmente, el uso de la estadística (p. 30) y el estudio comparado de las tendencias de desarrollo de la criminalidad (p. 31). En su examen del desarrollo social aplica explícitamente LISZT el principio de selección, que constituía el triunfo del positivismo en DARWIN, y en el Programa de Marburgo se constata una impronta evolucionista, que WELZEL contempla en la explicación de la pena y de su proceso de objetivación (pp. 32-34); aunque, en LISZT, esto implica la transformación del poder penal en derecho penal mediante su autolimitación (p. 35). Esto explica, según WELZEL, que no exista una gran discrepancia entre los conceptos dogmáticos de LISZT y los de la escuela clásica, porque la idea de autolimitación, trasladada al método, encuentra la función de la dogmática en la vinculación lógica de conceptos derivados de la abstracción (p. 36). Estos conceptos, y los mismos principios jurídicos, son abstracciones derivados de hechos del mundo sensorial (p. 37), como sucede con su concepto de acción “natural”: causación o no evitación voluntaria de una modificación sensible en el mundo exterior (p. 38). Esta concepción de la dogmática lleva, además, a la idea de MERKEL sobre la sustitución de la filosofía del derecho por una “teoría general del derecho” (p. 39) y da paso a la conclusión de WELZEL, para quien esta concepción de la filosofía del positivismo encuentra su base en el empirismo dogmático (p. 39).

Inicia la segunda parte con una breve referencia a los inicios del neokantismo y, sobre todo, a la escuela sudoccidental (p. 41), porque a ella reconoce influencia en los penalistas (p. 43). El

neokantismo, aun adversario del positivismo, tiene un terreno común con éste: para los neokantianos, de KANT interesa sólo la filosofía como sistema de conocimiento, y no la filosofía como concepción del mundo (p. 42). Aborda entonces WELZEL la exposición y la crítica de las tesis de RICKERT y de LASK. Por una parte, muestra que, en RICKERT, el ser de las cosas no está sujeto a leyes generales como pensaba KANT, sino que las leyes de la causalidad son “formas metodológicas de interpretación” del sujeto empírico del conocimiento, que “conforman” la realidad objetiva (p. 45). Esta misma idea se traslada a la diferenciación entre ciencias de naturaleza y ciencias de la cultura de RICKERT (p. 46), y precisamente en este punto introduce WELZEL los matices de la interpretación de LASK. En su orientación a la “superación del punto de vista copernicano”, LASK constata que la realidad de la cultura, como objeto científico, es ya “semi-fabricada” por los mismos conceptos científicos y que no es la realidad pura y sin valoraciones que RICKERT contemplaba, aunque, en su cientifismo, sigue viendo en primera línea los conceptos y no lo óntico (p. 48). Este “miedo ante lo óntico” (p. 49) es lo esencial del reproche en la crítica a RICKERT: la ciencia se somete a leyes autónomas, alejadas de la realidad (p. 52); en su cientifismo, se cree en la posibilidad de unos valores neutros (p. 53); en una abstracta e ideal concepción de la cultura, los valores son conceptos abstractos (pp. 55 y ss). La función política de la ciencia queda limitada a la visión neutral de una concepción “apolítica” liberal (p. 58), y se echa en falta una auténtica filosofía del Estado, que en RICKERT se caracteriza “negativamente” por la representación del “mínimo ético” del que hablaba JELLINEK (p. 60). Con LASK, que trata específicamente la filosofía del derecho y que es quien, según WELZEL, habría influido directamente en los penalistas que trata como “dogmática moderna”, la conclusión no cambia (pp. 60 y ss): su punto de partida era la realidad “teorética del conocimiento, originaria, inmediata, psico-física”; en el derecho, esto implica que las expresiones jurídicas, como producto de la elaboración de conceptos, deben alejarse del substrato real de la vida. Esta separación de dos mundos (conceptos jurídicos abstractos y realidad de la vida) convierte en un problema el acercamiento del concepto jurídico al substrato prejurídico: sólo cabe con la preservación de un cierto núcleo de datos psicofísicos; o con el respaldo de realidades de cultura o de vida consideradas teleológicamente. Pero esto muestra que, en LASK, encuentra su aplicación más clara el cientifismo, con una mirada a lo conceptual en lugar de a lo óntico, y donde lo esencial no es la realidad de la vida, sino la transformación conceptual de la vida en un mundo de significados abstractos (p. 93).

La última parte está dedicada a la “dogmática penal moderna”, y se inicia con una referencia al concepto de acción positivista (modificación exterior del mundo físico externo), transformado en un dogma de toda la ciencia penal. Reconoce WELZEL el mérito de RADBRUCH al separar “contenido de la voluntad” y “causalidad de la voluntad”, entendida esta última como determinación causal-mecánica, que es el sentido que le atribuye el positivismo; pero el concepto positivista de acción –esto es: el acontecimiento ciego y mecánico producido por una enervación muscular– es también la base de la dogmática posterior, como en el caso de MEZGER; y, “en su desnudez y ausencia de significado”, constituye el sustrato de la teoría del tipo de BELING, que no sólo defiende lo puramente conceptual en los elementos del tipo, sino que también separa la acción, como lo únicamente óntico-real, de los elementos del tipo (pp. 65-66). No obstante, el punto crucial en que, desde un punto de vista metodológico, se percibe el efecto del cientifismo, es en la teoría de los elementos normativos del tipo de MEZGER, GRÜNHUT y, sobre todo, Erik WOLF. En el primer WOLF ve WELZEL, con claridad, las tesis de LASK, aunque con alguna discrepancia –el reconocimiento de un doble proceso de conformación conceptual en la ley y en la ciencia– que no considera relevante en las consecuencias (p. 68). En todo caso, la conformación de los conceptos determinada metodológicamente conduce a conceptos abstractos

en el derecho; incluso la imputabilidad o la voluntad son, para WOLF, algo esencialmente jurídico (normativo), y no fáctico (natural)” (p. 69). Y aquí se muestra “la moderna dogmática como teoría complementaria del naturalismo positivista”, que, pese al abismo entre ambos, completa valorativamente el mundo de la realidad empírica con el mundo de los conceptos “ajenos a lo fáctico” (pp. 70 y ss). La separación cientifista entre ser y valor, que conduce a la formación abstracta de conceptos, se deja ver en su formación teleológica y, particularmente, en la parte especial: mediante un valor, que es un concepto abstracto, se conforma el tipo del delito (pp. 72 y ss).

A partir de este momento, expone WELZEL su propuesta de superación del positivismo, que la filosofía de los valores no ha logrado (pp. 74 y ss). Al derecho le interesa el ser, pero no en su totalidad: sólo la vida y la actividad humana en la comunidad, que no es sin más un material caótico, porque en ella existe un orden y unas relaciones no conformadas por conceptos teóricos; por eso los conceptos jurídicos son descripciones de un ser óntico ordenado. Y también por esa razón es función de la ciencia del derecho comprender los posicionamientos valorativos de cada época histórica concreta que generan sus normas jurídicas y a los que deben su sentido. Tras algunas referencias al sentido político de la ciencia del derecho (pp. 76-77), centra su exposición final en dos aspectos fundamentales: la acción y la culpabilidad.

Sobre la primera cuestión, y a partir de algunas afirmaciones del segundo WOLF en relación con la significación constitutiva del dolo y la imprudencia para la acción y no para la culpabilidad, WELZEL desarrolla en otra línea su concepto final de la acción, ya apuntado en 1931 en relación con la idea de “intencionalidad de sentido” de Nicolai HARTMANN. En sentido estricto, existe “acción” cuando el factor causal depende del “ser aquí” y del “ser así” de la voluntad (pp. 78 y ss): no es importante la voluntad en su “poder” causal, sino en su capacidad para dirigir los cursos causales en un sentido concreto (p. 83). WELZEL emprende, brevemente, la consecución de tres objetivos: resolver algunos problemas relativos a la fundamentación de la imprudencia, dirigiendo sus argumentos a la subsistencia de un reproche de culpabilidad en la acción (pp. 81-82); dirigir su estocada –o dar la puntilla, tal vez– a la teoría objetiva de la tentativa del positivismo, pues el hecho intentado es la “prueba de la peligrosidad de la voluntad” (p. 83); y apoyar su concepto de ilícito, frente a MEZGER, en la constatación de que sólo acciones voluntarias puede ser conductas que afecten al “deber ser” del orden jurídico como ordenamiento de protección (p. 85). Sobre la culpabilidad, constata WELZEL que también la dogmática moderna –en esta ocasión, Max Ernst MAYER junto con el primer WOLF– se asienta en el marco filosófico de la psicología positivista y en su visión de las asociaciones mecánicas. La aceptación de ese punto de partida requiere una comprobación que sólo corresponde al juez (“el cientifismo adopta aquí un tinte nominalista”, dice WELZEL), que ha de decidir –y aquí de nuevo se refiere a M.E. MAYER– sobre las diferencias entre sus propios procesos psicológicos de asociación y los del acusado, pues en la medida en que son muy diferentes, puede pronunciarse una sentencia que excluya la culpabilidad del delincuente (p. 87).

Finaliza WELZEL con un resumen, en el que justifica su trabajo como un intento de superación de la “construcción brutal de la realidad del positivismo”, que la filosofía de los valores no consiguió; por el contrario, con la creación de una “teoría de la irrealidad” complementó su naturalismo tecnológico (p. 89).

A mi juicio, debe examinarse, en primer término, la perspectiva metodológica: para WELZEL, cualquier propuesta dogmática tiene alguna fundamentación filosófica, que es necesario

desvelar si se pretende una crítica adecuada. En particular, WELZEL quiere poner de manifiesto que la “moderna dogmática” neokantiana no es el contrapunto ni la superación del positivismo de LISZT. Pero no es suficiente con el análisis dogmático centrado en lo conceptual; al considerar sus bases filosóficas (positivismo y filosofía de los valores) se observa la coherencia del discurso dogmático con el fundamento filosófico –y también sus puntuales discrepancias o sus matices– y la identidad práctica de sus conclusiones. Pero, sobre todo, sin ese contraste con lo filosófico, una propuesta diferente –como la de WELZEL– correría el mismo riesgo: no superar el posicionamiento que se critica, limitándose a complementar algunas de sus deficiencias. Un nuevo sistema requiere un nuevo fundamento filosófico, y WELZEL –y esto sí me parece claro– está pensando ya en las bases de un nuevo sistema.

Una cuestión diferente es si la propuesta de WELZEL, tal como aparece en *Naturalismus und Wertphilosophie*, es satisfactoria. Lo honesto es reflexionar sobre esta cuestión sin tener en cuenta lo sucedido después y, por tanto, en el marco dogmático de la época, porque casi noventa años después contamos con una perspectiva que nos pone en posición de ventaja. En mi opinión, la crítica de WELZEL tenía un soporte sólido en la crisis del neokantismo, y él mismo lo muestra al citar con frecuencia, en la crítica al positivismo, a Max SCHELER; y en la crítica a la filosofía de los valores y al formular su propuesta, a Nicolai HARTMANN. Ciertamente, su orientación realista-óntica, utilizando sus propias palabras, deja de lado la filosofía tomista alemana de la época, que no era irrelevante tampoco en la filosofía del derecho, como lo muestra el hecho de algunos autores neokantianos la vieran como un contrapunto a sus teorías (el mismo LASK, en “Rechtsphilosophie”, que reiteradamente cita WELZEL, se refiere a CATHREIN, entre otros, aunque habla del iusnaturalismo católico como un reducto marginal); pero también la fenomenología realista, en cuyo marco REINACH, pese a su temprano fallecimiento, había hecho incursiones en la filosofía del derecho y en el derecho penal. Tal vez esto se debe a la convicción de que sólo HARTMANN le permitía el desarrollo de la teoría final de la acción, que años después, en *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* (1ª edición en 1951), reconocía también en la idea de ARISTÓTELES sobre el dominio del hecho. Lo cierto es que, ya en ese momento, las pretensiones de realismo no se consumaron, y con más claridad en su evolución posterior; pese a la ulterior confesión de fe aristotélica, el realismo de WELZEL nunca lo fue del todo.

Por último, no rehuiré una cuestión que, aunque no creo esencial, ha sido objeto de análisis en los últimos tiempos: si *Naturalismus und Wertphilosophie* fue un posicionamiento de WELZEL en el marco del pensamiento jurídico del nacionalsocialismo. Es verdad que, en el prólogo, alude al “acontecimiento político monumental de la revolución nacionalsocialista”, que “nos interpela con fuerza sobre nuestro posicionamiento en la historia y nuestra disputa con el pasado” (p. VII). Pero incluso quienes han interpretado en ese sentido el texto de WELZEL, han de reconocer que, desde los juristas alineados políticamente, es rechazado como una formulación en la perspectiva científica del nacionalsocialismo y lo consideran un planteamiento conservador (STOPP, *Hans Welzel und der Nationalsozialismus*, 2018, p. 26). Esta visión me parece plausible, y cito un indicio que trasluce algo propio del pensamiento conservador tradicional: las comparaciones entre HOBBS y RICKERT (pp. 54, 74). Hay otros datos sobre los que no puedo ahora extenderme, pero que, como ha apuntado KUBICIEL (“Welzel und die Anderen”, 2015), demostrarían que las manifestaciones del prólogo no fuesen sino manifestaciones en el entorno temporal de la obtención de la cátedra.

Hasta aquí mi reseña y mi análisis que, con seguridad, es discutible. Lo que, sin embargo, no creo que lo sea, es la relevancia de la obra. WELZEL es –en palabras de JAKOBS (“Conversación con

Schmoeckel”, 2008)– una “figura excepcional” y representa la –hasta ahora– última gran propuesta de fundamentación metafísica de la teoría del derecho penal (PAWLIK, “Welzel: ein Klassiker?”, 2015). En *Naturalismus und Wertphilosophie* está sistematizado por primera vez ese proyecto. Al menos, en la perspectiva del método, debería trascender la historia y proyectarse al futuro, porque –en palabras de TITTMANN en 1802– es imposible explicar en qué consiste el derecho penal sin filosofar.