

Recensión a Christian Jäger,
*Zurechnung und Rechtfertigung als
Kategorialprinzipien im Strafrecht*

C F Müller Verlag, Heidelberg, 2006, 48 págs.

Pablo Sánchez-Ostiz

Universidad de Navarra

Esta obra recoge el contenido, ampliado y reelaborado, de la «*Antrittsvorlesung*» del autor en la Universidad de Tréveris (noviembre de 2004). Christian *Jäger* es discípulo del Prof. Roxin, bajo cuya dirección se doctoró en la Ludwig-Maximilians-Universität de Múnich en 1995 (con un trabajo sobre el desistimiento de la tentativa, publicado en 1996) y se habilitó en 2002 (con una investigación sobre la prueba penal y su valoración, publicada en 2003). A sus publicaciones en temas de Derecho procesal penal, Derecho penal juvenil y principios político-criminales, se suma una serie de trabajos dogmáticos referidos sobre todo al desistimiento de la tentativa, a los que ahora se añade éste.

El tema estudiado es el de la distinción entre imputación y justificación, que considera «principios categoriales» del Derecho penal. La posibilidad de que ambas puedan operar como tales principios depende de que se mantengan claramente separadas. Frente a quienes niegan tal diferenciación (así, la doctrina de los elementos negativos del tipo), *Jäger* aboga por su distinción. Para tal fin, se sirve de los avances de la doctrina de la imputación objetiva, en virtud de los cuales separa los planos de la tipicidad (realización del tipo a través de la creación de un riesgo que se plasma en el resultado) y de la antijuricidad (que se vería excluido por preceptos permisivos). Entre las aportaciones de la doctrina de la imputación objetiva se halla la posibilidad de que el tipo mismo, la tipicidad, se vea excluida por la apreciación de que el riesgo no es suficientemente relevante, por ejemplo (p 1). Aparte, siguen operando las causas de justificación. De donde se muestra cómo tipicidad y antijuricidad son categorías diversas. La posibilidad, y aun necesidad, de separación conceptual entre ambos planos es el objeto de esta monografía (p 1).

La pretensión del autor es tanto descriptiva como crítica respecto a las posiciones de la doctrina y jurisprudencia penales. Sin tratar de efectuar un planteamiento radical que remueva los cimientos de un bien consolidado edificio conceptual como es el de la teoría del delito, el autor aspira a reflexionar sobre los temas perennes (p 44) y destacar algunas aportaciones esenciales de la doctrina de la imputación objetiva a la dogmática penal de nuestros días. Es decir, el autor vuelve a la doctrina de la imputación objetiva, con el fin de replantear algunas de las categorías para las que se elaboró en el seno de la teoría del delito.

Tras una breve introducción (I), la obra se estructura en dos epígrafes dedicados a plantear y situar la cuestión (II) y su relevancia (III), a los que sigue el epígrafe central (IV), en el que se expone la fundamentación dogmática propuesta, que se somete a prueba, primero con la apreciación de las posibles consecuencias (V), y después con lo que llama la «piedra de toque» de su planteamiento: la injerencia (VI). Cierran el estudio una reflexión sobre la relevancia del tema para la europeización del Derecho penal (VII) y una consideración final (VIII).

Como muestra el autor (II), la consideración de la tipicidad como categoría avalorativa (*Beling*) fue poco a poco sustituida al descubrirse que ya en ese plano se daba una valoración. Esta operación convive con la efectuada paralelamente en la antijuricidad y deja al descubierto la necesidad de explicar esa dualidad de valoraciones. La teoría de los elementos negativos del tipo rechaza esta dualidad (A. *Merkel*), frente a la cual se levanta la ya clásica objeción (*Welzel*) de la

necesidad de separar tipicidad y antijuricidad (p 4). La doctrina de la imputación objetiva ha puesto de manifiesto cómo es posible ya excluir la tipicidad aun en casos en que se ha producido el resultado descrito en la norma, pero éste no es imputable al agente: disminución del riesgo, ausencia de un riesgo jurídicamente relevante, producción de resultados más allá del fin de protección de la norma (autopuesta en peligro responsable de la víctima) y realización de comportamientos alternativos ajustados a Derecho que *muy probablemente* tampoco evitarían el resultado. Más allá de una repetición tópica de las soluciones a tales grupos de casos, *Jäger* hace cuestión de la pretendida nitidez con la que se suele operar en la doctrina, pues lo que queda por ver es cuándo el riesgo es jurídicamente relevante, cuándo la disminución del riesgo es suficiente... Y pone en evidencia sobre todo cómo ya en ese nivel de la tipicidad se recurre a la permisón de algunas conductas, cosa que es lo propio de las causas de justificación (p 7).

Que el tema no es irrelevante lo pone de manifiesto el autor de la mano de tres contradicciones valorativas en las que puede incurrir la doctrina de la teoría del delito (III). La primera, en relación a la *autopuesta en peligro responsable de la víctima*. Mediante dicho *topos*, la doctrina dominante excluye la imputación, por cuanto desaparece ya la tipicidad (mientras que el consentimiento se concibe como una causa de justificación): suele sostenerse que, si la participación en la propia muerte responsable es impune, ha de serlo también la participación en la autopuesta en peligro. Pero, como pone de relieve *Jäger*, el argumento no es aceptable, pues la impunidad de la *acción* de puesta en peligro se está derivando de la impunidad por la producción del *resultado* (pp 10-11). La segunda contradicción valorativa en la que puede incurrirse a la hora de decidir si se excluye la tipicidad o la antijuricidad se percibe en materia de omisión. En dicha sede, la doctrina dominante afirma que la conducta en legítima defensa no fundamenta una posición de garante (por inferencia), que sí surge, en cambio, cuando se obra en situación de estado de necesidad. En opinión de *Jäger*, la fundamentación doctrinal es insuficiente, por mucho que se esfuerce en acompasar la solución jurídica al sentimiento general de justicia ante el caso. La tercera contradicción valorativa en la que puede incurrirse aparece cuando se recurre a la *actio illicita in causa* para decidir si imputar o no al provocador de la situación de defensa: si puede entenderse que quien provoca con su ataque una acción defensiva realiza una autopuesta en peligro, y ésta impide ya la tipicidad de su acción, entonces una causa de justificación operaría excluyendo la tipicidad que debería haberse excluido antes.

Estas tres contradicciones valorativas llevan al autor a preguntarse (IV) dónde radica la distinción entre justificación y exclusión de la tipicidad por no-imputación. Se presenta primero la posibilidad de una diferenciación formal, basada en el sentido literal de la expresión empleada en cada caso por el legislador para las proposiciones permisivas. A ello enfrenta *Jäger* que el propio legislador (alemán: § 11 I 5 StGB) asimila antijuricidad y tipicidad, cuando entiende por antijurídico sólo el hecho que realiza un tipo descrito en la Ley, por lo que –ante las posibles contradicciones detectadas (III)– sostiene que no basta esa diferenciación meramente formal (p 15). Se precisa indagar un criterio material de diferenciación (pp 16-20). Aquí, tras rechazar los propuestos por *Jakobs*, *Rothenfußer* y *Hilgendorf*, se presenta un criterio de diferenciación basado en la responsabilidad o no del agente. La clave de dicho criterio se halla en la responsabilidad del autor por el resultado (lo denomina «principio de responsabilidad», p 21): cuando el agente no

ha de responder jurídicamente del resultado, no puede hablarse de la realización por él del tipo, por lo que afecta entonces a la imputación y a la tipicidad. Por eso, habrá que negar el tipo siempre que no pueda atribuirse al agente la responsabilidad por el resultado, porque la razón de la regla permisiva se basa en una actuación ajena responsable o en un defecto absoluto de responsabilidad. Si la causa de la permisión consiste en cambio en ponderaciones sobre la adecuación de la conducta, entonces el bien jurídico goza de una protección más amplia por delante de la adecuación de la conducta, de forma que la facultad de obrar se referirá al nivel de la justificación. De este modo, la imputación sirve a los fines de definir la tipicidad, mientras que la ponderación entre bienes o intereses, a la de la justificación.

Así, en el grupo de casos de disminución del riesgo, es el que ha provocado el riesgo mayor quien ha de responsabilizarse de la acción de minimización: quien provoca el ejercicio de la solidaridad ha de responder de las consecuencias de la solidaridad (p 20); en el grupo de casos de la inexistencia de un riesgo jurídicamente relevante, no puede atribuirse al autor la producción de un resultado que en buena medida es producto del azar o de factores incontrolables, pues la realización del tipo exige la configuración del resultado; en cuanto a los casos del fin de protección de la norma vale el criterio apuntado: cada uno responde de lo creado *por él*, de modo que no puede hacerse responsable por lo que hacen otros responsablemente; lo mismo rige, finalmente, para los comportamientos alternativos ajustados a Derecho, en los que sería el azar y no un tercero quien se adueña del riesgo que se realiza en el resultado. En cambio, radican en el plano de la justificación aquellos casos que introducen o presuponen una ponderación.

Tal criterio básico de diferenciación (el «principio de responsabilidad») es sometido a prueba por las concretas consecuencias a las que puede llegar (V). Así, considera que excluyen la tipicidad, por impedir la responsabilidad del agente y trasladarla a otro sujeto, los casos de consentimiento (por cuanto entonces la víctima obra responsablemente y a ella se atribuye lo realizado salvo en los casos del llamado «consentimiento hipotético», pp 23-26), autorización administrativa (por que es la Administración quien efectúa una ponderación y no el autor, que queda exonerado), el uso y/o destrucción por el consumidor de mercancías no solicitadas entregadas por el distribuidor, al amparo del nuevo § 241a BGB (como caso de autopuesta responsable en peligro por el distribuidor que excluiría la imputación al consumidor-autor), la colisión de deberes (puesto que, si de dos deberes de omitir se trata, sería reconducible a los casos de disminución del riesgo) y la legítima defensa (en la medida en que el agresor provoca la defensa, de la que ha de *responder* él). En cambio, no se rigen por el «principio de responsabilidad», sino que afectan a la justificación, los casos de estado de necesidad del § 34 StGB (ya que es expresión de una valoración y ponderación entre los bienes en juego), derecho de detención frente a hechos flagrantes del § 127 StPO (puesto que encierra una ponderación entre bienes jurídicos) y consentimiento presunto (en cuanto que no entra en juego la autonomía y responsabilidad de un agente, sino la ponderación y compensación de los intereses en juego mediante un examen objetivo-subjetivo de la proporcionalidad).

La otra prueba a la que somete su propuesta el autor es la de la injerencia (VI). Según su propuesta, los supuestos que excluyen ya la imputación no dan lugar a una responsabilidad

omisiva por injerencia, mientras que los que se consideran causas de justificación sí darían lugar a tal responsabilidad. Y ello porque no es posible basar la responsabilidad por injerencia en un actuar precedente que no sea imputable al agente. Es al tercero a quien se atribuye el actuar precedente que daría lugar a responsabilidad por omisión.

Hasta aquí el planteamiento que traza *Jäger* sobre la diferenciación entre imputación y justificación. Al respecto, cabría efectuar algunas observaciones.

En primer lugar, si he entendido bien, se suscita alguna duda en cuanto al método seguido. Así, el lector queda con la impresión de que el modo de llegar al criterio propuesto para diferenciar la exclusión de la imputación típica y la justificación (el «principio de responsabilidad») adolece de cierta circularidad. En efecto, al examinar tal principio (pp 28-29) para los supuestos en cuestión (p 20), parece que se adapta a éstos, que se explican por el criterio propuesto, que ha sido ideado para tales mismos casos. Esta impresión saca el lector también cuando se adentra en la llamada «piedra de toque» de la injerencia (VI), pues entonces surge la duda de si la responsabilidad por injerencia es una consecuencia directa de una conceptualización adoptada previamente como causa que excluye la tipicidad o como causa de justificación, en lugar de ser una confrontación que reafirma el criterio propuesto. Quizá el conjunto ganaría mucho más con una exposición más amplia del criterio (IV). Sin duda que el autor se ha reservado una más profunda fundamentación para otra ocasión, y no ha querido sobrecargar esta exposición con una descripción de suyo resumida y breve, más propia de una «*Antrittsvorlesung*» que de una monografía detallada. El lector confía en que *Jäger* expondrá estos temas con mayor extensión, pues ha logrado suscitar con esta obra un gran interés por una cuestión clave de la teoría del delito. Y exposición más amplia se precisa también para defender alguna conclusión valiente y atrevida, como la de que el estado de necesidad se ubique entre las causas de justificación (p 33), mientras que la legítima defensa pase a ser una cuestión de exclusión de la imputación, es decir, en la tipicidad (pp 31-32). Ciertamente el autor reconoce que el estado de necesidad defensivo podría trasladar el caso a una responsabilidad del agresor frente a la del que obra en situación de necesidad (es decir, una cuestión de tipicidad), pero entonces se precisa mayor argumentación, pues sigue siendo novedoso separar legítima defensa y estado de necesidad. En la medida en que tradicionalmente se han ubicado ambas como causas de justificación, la «carga de la prueba» del rendimiento de su traslación sistemática compete a quien la propone.

Cabe efectuar, en segundo lugar, una modesta observación a propósito de un concepto que se da por supuesto, el de «lo permitido». Según entiendo la exposición del autor, la cuestión clave está en que la exclusión de la imputación da lugar a supuestos de conductas permitidas, como también permitidas se hallan las conductas al amparo de una causa de justificación. Así, con claridad: «permitido es naturalmente tanto aquello que no realiza un tipo delictivo, como aquello que está amparado por la justificación» (p 35). Esta afirmación suscita una vez más la *vexata quaestio* del caso propuesto por *Welzel* (p 4). Y revela, también una vez más, que la materia exige una diferenciación que la mera expresión «permitido» del lenguaje corriente no siempre proporciona. Los casos de conductas que en lenguaje corriente pueden considerarse permitidas pueden recibir, al menos, dos sentidos de la permisión en lenguaje técnico: lo absolutamente

permitido o indiferente, frente a lo relativo y excepcionalmente permitido, que son las causas de justificación. ¿Dónde ubicar lo que excluye la tipicidad? Según la exposición del autor, y de la doctrina dominante, la imputación (tipicidad) y su exclusión operarían como un estadio previo al de la justificación (modelos tripartitos). Los criterios que *Jäger* emplea en sendos niveles son diversos: en sede de tipicidad opera la imputación o responsabilidad del agente, mientras que en sede de justificación la proporcionalidad y ponderación. La tipicidad, a mi modo de ver, presupone un juicio de interpretación de una regla de conducta y uno de apreciación de los hechos realizados. Y la regla de conducta en cuestión es de carácter prohibitivo o prescriptivo, que da lugar, respectivamente, a tipos comisivos u omisivos. Para la justificación intervienen reglas de conducta de otra naturaleza, las reglas permisivas y «eximentes». La causa de justificación no es un *tertium*, frente a hecho y omisión, sino que a las reglas prohibitivas se oponen, como su contradictorio lógico, las permisiones; y a las reglas prescriptivas, las «eximentes», también como su contradictorio lógico. Lo cual presupone aceptar que las reglas facultativas (permisiones y «eximentes») se hallan en una peculiar relación lógica respecto a las prohibitivas y prescriptivas; y que las reglas posibles no se agotan en esas cuatro posibilidades, sino que han de tenerse en cuenta además las situaciones de permiso absoluta (lo indiferente) y su contradictorio lógico (lo relevante).

Así, una conducta no puede estar a la vez prohibida y prescrita, puesto que prohibición se opone a prescripción. Pero también es cierto que una conducta no puede a la vez estar prohibida y permitida, ni tampoco prescrita y eximida a la vez. Estos pares conceptuales son incompatibles entre sí, pero la forma de oponerse las prohibiciones a las prescripciones es diversa a la que guardan entre sí las prohibiciones con las permisiones y las prescripciones con las «eximentes» (o exenciones). Entre prohibición y prescripción media una relación lógica de oposición *contraria* o de exclusión, en virtud de la cual no pueden ser correctos ambos términos a la vez, pero también puede darse el caso de que sean a la vez incorrectos, puesto que la conducta se halla permitida (en cuanto absolutamente permitida); luego al menos uno de los dos términos es siempre incorrecto. Entre prohibición y permiso (lo mismo que entre prescripción y «eximente») media una relación lógica de oposición *contradictoria* o de contravalencia, en virtud de la cual no pueden ser correctos ambos términos a la vez, pero tampoco puede darse el caso de que sean ambos incorrectos a la vez; luego al menos uno de los dos es correcto. Esta dualidad de formas de oposición evidencia dos sentidos de lo permitido: lo absolutamente permitido o indiferente (que «entra en liza» con las prohibiciones y prescripciones a la vez) y lo relativo o excepcionalmente permitido (que lo hace con las prohibiciones cuando se trata de permisiones, y con las prescripciones cuando se trata de exenciones o «eximentes»). Una vez más, se pone en claro que no puede asimilarse lo absolutamente permitido (ámbito de lo que no es típico bajo ningún concepto dentro de un mismo sistema de reglas) con lo permitido en casos excepcionales (ámbito de las causas de justificación). La cuestión clave que el autor se propone resolver conduce, según lo que se acaba de exponer, a indagar si el conflicto se da en sede de reglas de conducta prohibitivas y prescriptivas, o bien en el de reglas de conducta permisivas y «eximentes» (aparte, las situaciones de conductas permitidas por indiferentes).

Y esta tarea de indagación constituye, como ya se ha puesto de manifiesto por no pocos autores, más una operación de interpretación de la ley, de la regla respectiva (prohibitiva, prescriptiva, permisiva o «eximente»), que una operación de imputación. Como tal criterio, el «principio de responsabilidad» propuesto por *Jäger* me parece defendible, pero no así su consideración como una operación de imputación. Tal principio sería un criterio de selección de normas a través de su interpretación.

Finalmente, entre la bibliografía se echan en falta algunas obras que han abordado temas próximos. Así, puesto que el autor se asoma al amplio tema de las normas permisivas, sería oportuno referirse a publicaciones sobre lógica deóntica, pues en tiempo reciente han mostrado las peculiares relaciones lógicas que guardan entre sí las reglas permisivas respecto a las prohibitivas y prescriptivas. Pienso también que una referencia a las obras de *Frisch* sobre la tipicidad podría arrojar luces sobre el contenido y esencia de la realización del tipo o tipicidad, que difiere de la interpretación generalizada de la imputación objetiva como juicio de «imputación». Las obras de otros autores recientes que han abordado la relación entre tipicidad y antijuricidad podrían aportar mucho sobre estos mismos temas: así, por ejemplo, H.-L. *Günther* y J. *Wolter*, entre otros. También serían de gran ayuda otras obras cuando el autor apunta la relevancia del tema para el Derecho europeo. Puesto que el tema se presenta en términos categoriales (para la teoría del delito y no para la legislación penal alemana), no estaría de más consultar entonces lo que sobre el tema han dicho los no pocos autores de otros países (con alguna excepción: p 21), pues una dogmática que pase por ser científica no puede dejar de referirse a obras de otros países del mismo o diverso ámbito cultural. Por eso, es llamativo que la bibliografía citada sea de autores alemanes (no ya de la doctrina austriaca o suiza, o la publicada en lengua alemana). Pero esta carencia se ve compensada con creces por la precisión y concisión en el tratamiento del tema. La pretensión –sin duda, ambiciosa– de arrojar luz en apenas 50 páginas sobre una de las cuestiones perennes en la teoría del delito da un resultado más que aceptable y suscita la discusión científica, que es uno de los valores que cabe destacar en esta obra del joven y ya consolidado profesor Christian *Jäger*.