

# Derecho penal sobre bases constitucionales

Daniel Rafecas

  
ediciones**Didot**

# Índice

<b>PRÓLOGO</b>	19
<b>AGRADECIMIENTOS</b>	27
<b>ÍNDICE DE ABREVIATURAS</b>	29
<b>Capítulo I</b>	
<b>EL DERECHO PENAL</b>	31
1. Acerca de nuestro saber	31
2. Una genealogía del concepto liberal de Derecho penal	34
3. Concepto de Derecho penal	37
4. Derecho penal <i>versus</i> poder punitivo estatal	40
5. Concepto de política criminal	43
6. Conclusiones en torno al concepto de Derecho penal	44
7. Acerca del “Derecho penal del enemigo”	47
<b>Capítulo II</b>	
<b>EL SISTEMA DE GARANTÍAS PENALES</b>	53
1. Marco introductorio. El sistema de axiomas que rigen al Derecho penal	53
1.1. No hay pena sin delito, ni delito sin ley (previa)	54
1.2. No hay ley penal sin necesidad	56
1.3. No hay necesidad sin afectación a un bien jurídico	67
1.4. No hay afectación a un bien jurídico sin conducta	72
1.5. No hay conducta punible sin tipicidad penal	76
1.6. No hay tipicidad punible sin antijuridicidad	85
1.7. No hay injusto punible sin culpabilidad	86
2. Conclusiones	88
<b>Capítulo III</b>	
<b>EL SISTEMA PENAL</b>	91
1. Relevancia de su abordaje	91
2. Los sistemas sociales	91
3. El Estado como sistema	97

4. Concepto de sistema penal	97
5. Historia de los sistemas penales	98
6. Los sistemas penales en la actualidad	101
6.1. La agencia policial	102
6.2. La agencia judicial penal	103
6.3. La agencia penitenciaria	104
6.4. El Poder Ejecutivo (en tanto agencia del sistema penal)	104
6.5. El Poder Legislativo (como agencia del sistema penal)	105
6.6. Los medios de comunicación (como agencia del sistema penal)	106
6.7. Las organizaciones representativas de la sociedad civil (como agencia del sistema penal)	108
6.8. La comunidad internacional	109
7. Dinámica interna del funcionamiento del sistema penal	110
8. El rol de los integrantes de la agencia judicial penal	111
9. Algunos conceptos relevantes	113
9.1. Criminalización primaria y secundaria	113
9.2. Selectividad penal	115
9.3. Vulnerabilidad penal	118
10. El sistema penal subterráneo	122
11. El trágico círculo vicioso de nuestros sistemas penales	125

## Capítulo IV

### TEORÍA DE LA PENA

1. Marco introductorio	129
2. Genealogía del poder punitivo estatal	130
3. Su legitimación teórica	132
4. Principios básicos para fundamentar el castigo penal	134
5. Teorías de la pena	136
5.1. Prevención general negativa (teorías de la intimidación)	136
5.2. Prevención especial positiva (teorías de la resocialización)	139
5.3. Prevención especial negativa (teorías de la inocuización)	145
5.4. Prevención general positiva (funcionalismo sistémico)	152
5.5. Teorías mixtas o combinadas de la pena	156
5.6. Teorías retributivas de carácter absoluto	157
6. Conclusión	159
7. En busca del necesario discurso legitimante de la pena: <i>la teoría de la compensación de culpabilidad por el injusto</i>	159
8. Crítica a la teoría de la <i>función ético-social</i> de las normas penales	166

9. El injusto (graduable) como componente central de la pena en concreto	169
10. Castigo penal y teorías abolicionistas	172

## Capítulo V

### LA TEORÍA DEL DELITO

1. Concepto y funciones	177
2. La teoría de los <i>elementos negativos del tipo</i>	181
3. La teoría del delito como realización del Derecho constitucional	183

## Capítulo VI

### CONDUCTA

1. Genealogía del concepto	187
2. Concepto de conducta: ¿ontológico o normativo?	193
3. ¿Pueden realizar conducta las personas jurídicas?	196
4. Conclusiones en torno del concepto de conducta	204
5. Causales de <i>falta de acción o ausencia de conducta</i>	206
5.1. Fuerza física irresistible	207
5.2. Actos reflejos	208
5.3. Ausencia de consciencia	209
5.4. ¿Hipnosis?	214
5.5. Acerca de los actos impulsivos o en cortocircuito	215
5.6. La tenencia como conducta	217
5.7. Conclusión provisional	218
5.8. Legislación penal de autor	218
5.8.1. Antecedentes históricos	218
5.8.2. La cuestión en la actualidad	222
5.8.3. Las medidas de seguridad como legislación penal de autor	225

## Capítulo VII

### TIPICIDAD

1. Concepto y funciones	231
2. Tipicidad objetiva	233
2.1. Nexo de causalidad	233
2.1.1. Causalidad e imputación, en dos planos separados	240
2.1.2. Ausencia de nexo causal en la omisión	241
2.1.3. Teoría de la condición y cursos causales hipotéticos	244

2.1.4. Ruptura determinante de una serie causal	247
2.1.5. Causalidad cumulativa	248
2.2. Imputación objetiva	248
2.2.1. ¿En qué sentido la teoría de la imputación objetiva ha contribuido a limitar el poder punitivo?	249
2.2.2. ¿Cuál es el punto de inicio para comprender la teoría de la imputación objetiva?	250
2.2.3. Riesgos permitidos aún no regulados expresamente	259
2.2.4. Primera regla: creación de un riesgo jurídicamente desaprobado o riesgo no permitido	260
2.2.5. Grupos de casos donde se excluye la imputación	264
a) Riesgo permitido	267
b) Principio de confianza	271
c) Prohibición de regreso a conductas neutrales	278
d) Autopuestas voluntarias en peligro	291
2.2.6. Segunda regla: realización del riesgo en el resultado lesivo	297
2.2.7. Afirmación de la imputación cuando el CACD hubiese puesto a salvo el bien jurídico	300
2.2.8. Grupos de casos donde se excluye la imputación	304
1) Casos en donde el riesgo no permitido no es el que se realiza en el resultado	304
a) Primera variante: El CACD hubiera sido inútil	304
b) Segunda variante: El CACD solo <i>posible</i> o <i>probablemente</i> hubiese evitado el resultado	305
c) Acerca de la <i>teoría del incremento del riesgo</i>	308
2) Casos en donde la atribución de un resultado a un determinado riesgo no permitido se encuentra más allá del alcance de la norma prohibitiva	311
2.3. Lesividad	316
2.3.1. Concepto y funciones	316
2.3.2. Fines de las normas jurídico-penales	319
2.3.3. El bien jurídico	323
a) Puesta en crisis del concepto material de bien jurídico	332
2.3.4. Primera regla de exclusión: ausencia de afectación al bien jurídico	338
a) El consentimiento expreso	339
b) ¿Es la <i>vida</i> un bien jurídico disponible?	345
c) Límites del consentimiento expreso	354

d) Consentimiento y error de tipo	355
2.3.5. Segunda regla de exclusión: insignificancia en la afectación del bien jurídico	355
2.3.6. El “peligro abstracto”: su inconstitucionalidad	361
a) El impacto del “peligro abstracto” en el sistema penal	367
b) El “peligro abstracto” y los delitos cumulativos	373
c) Conclusiones en torno al “peligro abstracto”	375
d) La necesaria derivación de las figuras de “peligro abstracto” al Derecho administrativo sancionador	377
2.4. Otras exigencias de la tipicidad objetiva	378
2.4.1. Núcleo típico	378
2.4.2. Elementos descriptivos y normativos	380
2.4.3. Elementos normativos de recorte	384
2.4.4. Elementos de la autoría	388
2.5. Clases de tipos	390
2.5.1. Acerca de los delitos de propia mano	392
2.5.2. Otras clasificaciones de tipos	393
3. Tipicidad subjetiva	397
3.1. Concepto y funciones	397
3.2. Primer componente del dolo: el conocimiento	399
3.2.1. Acerca de la “ignorancia deliberada”	401
3.2.2. Error de tipo	403
a) Error de tipo y autoría mediata	405
b) Consecuencias del error de tipo	406
3.2.3. Otras clases de error que recaen sobre el dolo	410
a) Error sobre el objeto o sobre la persona	410
b) <i>Aberratio ictus</i>	411
c) <i>Dolus generalis</i>	412
3.3. Segundo componente del dolo: la voluntad	416
3.3.1. Clases de dolo	417
a) Dolo directo de primer grado y de segundo grado	417
b) Dolo eventual	420
3.3.2. ¿Dolo sin voluntad?	430
3.3.3. En defensa del elemento conativo como componente esencial del dolo	431
3.3.4. ¿Es punible la mera intención criminal?	434
3.3.5. Acerca del <i>error de tipo al revés</i>	435
3.4. Elementos subjetivos distintos del dolo	437

<b>Capítulo VIII</b>	
<b>TIPOS IMPRUDENTES</b>	439
1. Concepto	439
2. La imprudencia como injusto	442
3. Punición de la imprudencia	449
4. Formas de imprudencia	450
4.1 Imprudencia consciente	450
4.1.1. Aspecto subjetivo del tipo imprudente	455
4.2. Imprudencia inconsciente	457
5. Formas de participación: autoría simultánea y coautoría imprudente	462
6. Autoría y complicidad en el delito imprudente	463
7. ¿Tentativas imprudentes?	463
8. Resumen	465
<b>Capítulo IX</b>	
<b>TIPOS OMISIVOS</b>	467
1. Concepto	467
2. Clasificación de las omisiones	469
2.1. Delitos de omisión simple	471
2.2. Delitos de comisión por omisión	477
2.2.1. Deducción de los núcleos típicos activos	481
2.2.2. Formas de aparición de la comisión por omisión	489
2.2.3. La posición de garante	491
a) Dominio del hecho como dominio de protección o custodia	494
b) Dominio del hecho como dominio de control o aseguramiento	500
3. Punición de los tipos omisivos	505
<b>Capítulo X</b>	
<b>ANTI JURIDICIDAD</b>	509
1. Concepto y funciones	509
2. Aspecto objetivo de la antijuridicidad	514
2.1. Las causas de justificación	514
2.2. Las causas de justificación y los principios que las regulan	519
3. Legítima defensa	519
3.1. Principios que la regulan	521
3.2. Exigencias legales (arts. 34, incs. 6 y 7, C.P.)	527
3.3. Presunciones <i>iuris tantum</i> de legítima defensa	533

3.4. Legítima defensa de terceros	536
4. Estado de necesidad justificante	537
4.1. Estado de necesidad justificante defensivo	542
4.2. Estado de necesidad justificante agresivo	544
5. Acerca del <i>consentimiento presunto</i> como causa de justificación	550
6. Acerca del <i>ejercicio legítimo de un derecho</i> como causa de justificación	552
7. Aspecto subjetivo de la antijuridicidad	557
7.1. Concepto y función limitadora	557
7.2. El exceso en los límites de la justificación	567
7.2.1. El caso “Santos”	569
7.2.2. El caso “Pacífico”	570
7.2.3. Desproporción extrema	571
7.2.4. El tratamiento del exceso en el Código Penal alemán	571
7.3. El error de justificación	572
7.3.1. Teoría limitada de la culpabilidad	573
7.3.2. Teoría estricta de la culpabilidad	578
7.3.3. Exceso respecto de una legítima defensa putativa	581
7.4. Resumen	582

## Capítulo XI

### CULPABILIDAD

<b>CULPABILIDAD</b>	585
1. Antecedentes históricos	585
2. El problema del determinismo	588
3. Concepto y función de la culpabilidad	591
4. Crítica al concepto <i>funcionalista sistémico</i> de culpabilidad	595
5. Causas de exculpación	598
6. Inimputabilidad	599
6.1. Concepto y exigencias legales	599
6.2. Interpretación y alcance actuales del art. 34, inc. 1°, C.P.	602
6.3. Análisis de las exigencias del art. 34, inc. 1°	604
6.3.1. Factores psicológicos	604
1) Alteraciones morbosas de las facultades mentales	604
2) Insuficiencia de las facultades mentales	604
a) Debilidad mental	605
b) Niñez y adolescencia	606
3) Estados de inconsciencia	608
a) Factores exógenos	608

b) Factores endógenos	611
6.3.2. Factores jurídico-penales	613
1) Posibilidad de comprensión de la criminalidad del acto	614
2) Posibilidad de dirigir sus acciones	615
6.4. El momento del hecho y la teoría de la <i>actio liberae in causa</i>	615
6.5. Aplicación de la <i>actio liberae in causa</i> para atribución de responsabilidad por imprudencia	618
7. Error de prohibición	619
7.1. Concepto y ubicación sistemática	619
7.2. Culpabilidad “por la conducción de vida”	622
7.3. Clases	625
7.3.1. Error de prohibición directo	626
7.3.2. Error de prohibición indirecto o de permisón	627
7.3.3. Error de prohibición indirecto que recae sobre los límites del permiso	628
7.4. Vencibilidad	631
7.4.1. Reglas aplicables	631
a) El error culturalmente condicionado	638
b) Situaciones donde al autor se le generan dudas sobre la criminalidad de la conducta	639
c) Conclusión	642
7.5. Cuadro general de los errores en la teoría del delito	643
8. Inexigibilidad de otra conducta	644
8.1. El estado de necesidad exculpante	644
8.2. El derecho a la protesta social como situación exculpante	651
8.3. Colisión entre dos deberes equivalentes	654
9. Vulnerabilidad penal y culpabilidad	658
10. Culpabilidad cualitativa y cuantitativa	665
10.1. Culpabilidad cualitativa	665
10.2. Culpabilidad cuantitativa	666
11. El error de exculpación	668
12. Acerca de las condiciones objetivas de punibilidad	669

## Capítulo XII

### PARTICIPACIÓN CRIMINAL

	671
1. Concepto y funciones	671
2. Evolución histórica	672
2.1. Las teorías objetivas	672

2.2. Teoría subjetiva	673
3. Autoría	676
3.1. La teoría del dominio del hecho	676
4. Coautoría	678
4.1. Elementos de la coautoría	679
4.1.1. Realización en común (elemento objetivo)	680
4.1.2. Contribución esencial durante la ejecución (elemento objetivo)	684
4.1.3. Plan común (elemento subjetivo)	685
4.2. Conclusiones	688
4.3. El caso “Mariano Ferreyra” y la coautoría aditiva	692
5. Autoría mediata	693
5.1. Grupos de casos	695
5.1.1. El instrumento obra sin dolo	695
5.1.2. El instrumento obra justificada o inculpablemente	697
5.1.3. El autor mediato se vale de un aparato de poder organizado	699
6. Complicidad	704
6.1. Principios generales	704
6.2. Accesoriedad de la complicidad	708
6.3. Acerca de la comunicabilidad de las circunstancias agravantes y atenuantes	708
6.4. Complicidad e <i>iter criminis</i>	709
6.5. Aspecto subjetivo de la complicidad	710
6.6. Formas de complicidad	712
6.6.1. Complicidad primaria	712
6.6.2. Instigación	716
a) Aspecto subjetivo de la inducción	722
b) El tipo de instigación pública a cometer delitos	724
c) El agente encubierto	725
d) Punición de la instigación	727
e) ¿Inducción en aparatos organizados de poder?	728
6.6.3. Complicidad secundaria	729
a) Complicidad ulterior con acuerdo preacordado	731
7. El caso “Cabezas”: un crimen cometido mediante coautoría funcional, complicidad primaria e instigación	732
7.1. Acerca de la privación de la libertad	734
7.2. Acerca del homicidio	737
8. Acerca de los <i>delitos de infracción de deber</i>	739

<b>Capítulo XIII</b>	
<b>PREPARACIÓN, TENTATIVA Y CONSUMACIÓN</b>	747
1. El <i>iter criminis</i>	747
2. Preparación	749
3. Tentativa	752
3.1. Concepto y características	752
3.2. Punición de la tentativa	763
3.3. Tentativa idónea e inidónea	775
3.3.1. Inidoneidad en los medios	776
3.3.2. Inidoneidad en el objeto y en el autor	778
3.4. Conclusiones en torno a las tentativas inidóneas en el objeto y en el autor	785
3.5. Desistimiento de la tentativa	786
3.5.1. Concepto	786
3.5.2. Fundamentación de su existencia	787
3.5.3. Voluntariedad	789
3.5.4. Desistimiento definitivo	791
3.5.5. Imposibilidad frente a la tentativa fracasada	791
3.5.6. Ausencia de consumación	793
4. Consumación	796
5. Agotamiento	800
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	801

## Prólogo

La elaboración dogmática del Derecho penal goza de una larga tradición entre los penalistas argentinos y ha dado lugar a excelentes exposiciones de la Parte General y concretamente de la Teoría General del Delito, entendida como una forma de elaboración y exposición sistemática de los presupuestos básicos de la punibilidad del comportamiento humano que el legislador califica como delito. En esta línea, se encuentra *Derecho penal sobre bases constitucionales* de las que es autor el juez y profesor de Derecho penal, Daniel Eduardo Rafecas. En este apartado, lo más destacable de las mismas es, a mi juicio, la exhaustiva exposición que hace de esta importante parte del Derecho penal. En ellas, Rafecas no se limita solo a exponer las polémicas sistemáticas y las cuestiones doctrinales que durante los últimos setenta años han dominado el panorama de la Ciencia penal argentina y el de otros muchos países principalmente de habla hispana –al seguir paralelamente y a mi juicio a veces demasiado fielmente las habidas en la ciencia penal alemana durante todos estos años–. Rafecas advierte desde un principio, que dicha elaboración, a veces demasiado abstracta y alejada de la realidad penal, carece de sentido, si no se entiende la teoría del delito como una teoría de la imputación penal dentro del modelo de una sociedad democrática, basada en los principios constitucionales del Estado de derecho. Me parece, por tanto, un acierto que Rafecas, desde el primer capítulo de su obra, destaque que lo que constituye las bases del Derecho penal de un Estado de derecho, es el sistema de garantías penales, sin las cuales el Derecho penal pasaría a ser el ejercicio arbitrario sin límite ni control del poder punitivo estatal. Para Rafecas, los principios de legalidad, necesidad, ofensividad y culpabilidad y su correspondiente traducción en las categorías de la teoría del delito, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, deben ser el punto de referencia obligado de una teoría del delito concebida como una teoría democrática de la imputación penal.

A partir de ahí, analiza los distintos elementos de la teoría del delito que, de forma sistemática secuencial, constituyen los presupuestos de la punibilidad de un comportamiento humano, y advierte desde el primer momento, que no se trata simplemente de una exposición sistemática válida para cualquier Derecho penal, independientemente de su contenido, sino de un sistema que solo adquiere valor dentro de una concepción democrática del poder punitivo del Estado y, por tanto, respetuoso de los principios y garantías expuestas anteriormente. Así, por ejemplo, rechaza un concepto del delito basado en el autor y no en el hecho y, por tanto, las medidas de seguridad no solo predelictuales, sino también las

posdelictuales especialmente, las cuales suponen una prolongación encubierta de la pena, como la custodia de seguridad. También rechaza una teoría del delito que no respete la fundamental diferencia entre la valoración del hecho como antijurídico y la valoración del autor de ese hecho como culpable que, en todo caso, siempre tienen como punto de partida y de referencia, la previa tipicidad del hecho, descrito en la ley penal como delito. Tipicidad, antijuricidad y culpabilidad son, por tanto, a partir de un concepto de acción que incluya todas las formas de comportamiento del ser humano, los elementos fundamentales de una teoría del delito válida para todos los hechos que el legislador penal ha calificado previamente de un modo general como delitos.

Respecto al concepto de acción que tanta polémica originó a mediados del siglo XX entre los partidarios de una concepción causal y los que lo defendían como una concepción final, Rafecas se inclina por esta última como un presupuesto ontológico, lo que no impide que puedan ser objeto de una valoración los aspectos relevantes de esta para el Derecho penal, lo que en definitiva conduce a un *concepto normativo de acción*, que sirve de base tanto al delito doloso, como al imprudente, y también al delito omisivo. Esta concepción normativa basada de todos modos en el presupuesto ontológico de que se trata de la acción de un ser humano le lleva a rechazar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que considera más propia del Derecho administrativo que del Derecho penal.

En los sucesivos capítulos, Rafecas analiza el contenido de cada una de estas categorías, y adopta criterios propios, no siempre coincidentes con las exposiciones que de estos contenidos se hacen en otras obras sobre esta materia, incluida, como es lógico, también la del autor de este prólogo. No es este el lugar adecuado para discutir o analizar siquiera brevemente las muchas y originales y, por tanto, a veces discutibles, aportaciones que hace Rafecas de las cuestiones más importantes que se plantean en cada una de las categorías de la teoría del delito.

A través de distintos capítulos pasa revista, además de a las teorías sobre el concepto de acción antes indicadas, a las de la causalidad y la imputación objetiva, en cuya exposición, al seguir principalmente el planteamiento de Roxin, hace un verdadero alarde casuístico de los supuestos que más frecuentemente se plantean en la praxis.

En la categoría de la tipicidad, diferencia claramente los elementos que caracterizan el tipo objetivo del delito y los que son propios de la tipicidad subjetiva, es decir del dolo, en sus diversas manifestaciones, directo y eventual, y de la culpa o imprudencia, y dedica un capítulo independiente a la omisión como forma de comportamiento penalmente relevante.

Es de destacar la separación tajante que hace entre tipicidad y antijuricidad, y dedica un capítulo independiente a lo que para él, es el contenido

fundamental del concepto de injusto, la *lesividad*, sin la que el injusto sería un concepto vacío de contenido. Critica, por tanto, los delitos de peligro abstracto y la creciente aproximación del Derecho penal a las normas sancionatorias del Derecho administrativo. Esto es tanto más importante cuanto en el actual Derecho penal no solo se tipifican como delitos constitutivos de una gran carga de lesividad o dañosidad a los bienes jurídicos más importantes, como son los dirigidos contra las personas, el homicidio en sus diversas manifestaciones, las lesiones, los ataques a la libertad en general, coacciones, amenazas, detenciones ilegales, y a la libertad sexual en especial, en forma de agresiones y abusos sexuales, y los ataques al patrimonio ajeno violentos o fraudulentos; sino también los ataques que afectan gravemente a los intereses comunitarios sociales más relevantes como la salud pública, la seguridad vial, el tráfico fiduciario y documental; o directamente dirigidos contra el Estado, sus instituciones, o el orden constitucional. En los últimos años el desarrollo impresionante de las nuevas tecnologías, sobre todo de la informática; el deterioro cada vez más evidente del medio ambiente y el equilibrio del sistema ecológico en general; la amenaza para todo el planeta de la energía nuclear y de otras energías que pueden ser fuentes de destrucción masiva; la globalización del sistema económico y financiero; el narcotráfico a gran escala y la criminalidad transnacional, el terrorismo nacional e internacional y su represión descontrolada por parte de los Estados, a veces fuera de los límites del Estado de derecho; el tráfico de personas y los problemas migratorios que plantean los desplazamientos provocados por el hambre y por guerras en las que ni siquiera se respetan las reglas mínimas del Derecho humanitario, han obligado y están obligando a todos los Estados miembros de la comunidad internacional a adoptar, a veces de forma precipitada y no siempre respetuosa con los principios básicos del Estado de derecho, una serie de reformas, con las que se pretende resolver o controlar estos problemas también con la ayuda del Derecho penal.

El resultado de ello, ha sido la aparición de una imagen nueva del Derecho penal tradicional, que Hassemer y no precisamente en sentido laudatorio llamaba “moderno” Derecho penal, en el que se recurre frecuentemente para tipificar los comportamientos más frecuentes en estos nuevos ámbitos a la técnica de las *normas penales en blanco* que remiten continuamente a otras ramas del Derecho menos exigentes, seguras y garantistas que las penales propiamente dichas, y amplía así excesivamente la punibilidad con *delitos de peligro abstracto* en los que es suficiente con la infracción de la norma extrapenal para que automáticamente se dé por probada la infracción penal sin necesidad de demostrar que con ello se ha producido un concreto peligro para un determinado bien jurídico, que se sustituye con referencias a conceptos difusos o poco precisos, como el equilibrio ecológico, la planificación urbanística, el equilibrio del sistema financiero o la libre circulación del mercado de capitales. Con esta ampliación

de la intervención del Derecho penal a ámbitos tradicionalmente alejados de este, no solo se difuminan o hacen menos precisos los límites entre el Derecho penal y otras ramas del Derecho, principalmente el Derecho administrativo, sino que, al mismo tiempo, se debilita o desfigura su carácter de *ultima ratio* de todo el ordenamiento jurídico, al convertir en delitos y, por tanto, en objeto de intervención del Derecho penal, lo que bien podía ser sancionado con medios jurídicos menos radicales, como las sanciones administrativas, con indemnizaciones civiles y reparadoras del daño ocasionado, o incluso simplemente con la obligatoria utilización y el correspondiente control de sistemas tecnológicos que impidan o reduzcan el riesgo y los daños que se puedan producir. En esta materia, Rafecas, consecuentemente con su defensa a ultranza del principio de lesividad, es también crítico con esta ampliación del Derecho penal y propone un mayor empleo de las normas del Derecho administrativo para prevenir los riesgos característicos de los nuevos factores de riesgo en las sociedades modernas y técnicamente avanzadas.

En el ámbito de las causas de justificación, analiza las vertientes objetivas y subjetivas de estas, y acepta que el error sobre los presupuestos de estas, cuando vayan más allá de lo razonable, deba ser tratado como un problema de la justificación misma y no en el ámbito de la culpabilidad, al considerar, sin embargo, el estado de necesidad en caso de conflicto entre bienes jurídicos de igual importancia y el exceso en la legítima defensa putativa en el ámbito de la culpabilidad como error de exculpación.

En la culpabilidad, Rafecas admite que su presupuesto es la libre determinación del sujeto, pero solo en la medida en que no pueda demostrarse que haya alguna causa que pueda excluirla, como sucede con las causas de inimputabilidad por enfermedad mental. Un elemento importante en el concepto de la culpabilidad es para Rafecas el concepto de *vulnerabilidad*, en el sentido ya propuesto en Argentina por Zaffaroni, pues evidentemente en una sociedad clasista en la que hay sectores de la población que no tienen acceso a los niveles mínimos de supervivencia, la condición social y las circunstancias personales del autor de un delito deben ser tenidas en cuenta para determinar la culpabilidad. Esto no implica una suerte de Derecho penal de autor, y todavía menos la aceptación de la teoría de la “culpabilidad por la conducción de vida” que proponía Mezger en la época nazi como una forma de castigar con la pena del delito de doloso, que podía ser la pena de muerte, a quien por su forma de vida no tenía conocimiento o era ciego a las prohibiciones penales, al mencionar concretamente el delito de homosexualidad entre adultos, el aborto voluntario y el ultraje a la raza aria (es decir, las relaciones sexuales de un judío con una persona de raza aria). Rafecas propone, al contrario, la vulnerabilidad, derivada de una forma de vida social, cultural y económica marginal, como un factor a tener en cuenta para atenuar

el rigor de la pena a alguien que precisamente por su vulnerabilidad social no tiene fácil acceso al conocimiento de la antijuricidad de su conducta. Rafecas realiza en ese punto una exhaustiva exposición del llamado error de prohibición en todas sus manifestaciones, directo, indirecto y condicionado culturalmente, con originales puntos de vista de los que desgraciadamente no podemos ocuparnos aquí para no alargar excesivamente este prólogo.

También se ocupa en sucesivos capítulos de las distintas formas de autoría, directa, coautoría y autoría mediata y dentro de la misma de la versión propugnada por Roxin de la utilización de un aparato de poder para cometer los terribles crímenes como fue el Holocausto judío perpetrado por el régimen nacionalsocialista, una teoría que aún sin acogida expresa en algunos códigos penales ha dado lugar ya a varias condenas de los responsables de los crímenes cometidos durante la dictadura argentina, y que también ha sido aplicada por los tribunales en otros países latinoamericanos. En el último capítulo se ocupa de las distintas formas de ejecución o *iter criminis* del delito, desde la tentativa, y su delimitación de los actos preparatorios, los límites entre la tentativa idónea y la que no lo es y, por tanto, debe ser considerada como no punible por falta del requisito de la lesividad, que desde el primer momento ya ha destacado como una de las garantías limitadoras del poder punitivo del Estado; y finalmente de la impunidad del desistimiento que evita la consumación cuando es voluntario.

De todo lo dicho hasta aquí se deduce que, aunque solo sea por la interesante, exhaustiva, novedosa y original exposición que hace Rafecas de las cuestiones fundamentales de una teoría general del delito basada en los principios y garantías básicas de un Estado de derecho democrático, la presente obra debe ser saludada como una de las principales aportaciones que se han hecho hasta la fecha a lo que sin duda es uno de los apartados más importantes de la parte general del Derecho penal.

La cuidadosa y casi exhaustiva información de la extensa bibliografía existente en la materia, y la valoración crítica que hace de esta, el abundante material jurisprudencial y la copiosa casuística que ofrece de este, así como las continuas referencias genealógicas culturales e históricas, al mencionar sin ambages y con información de primera mano las aberraciones en las que incurrió un sector de la doctrina penal alemana en la época nacionalsocialista al legitimar los crímenes contra la humanidad que llevó a cabo dicho régimen, y especialmente el Holocausto de la población judía, convierte esta obra en un verdadero tratado y en un instrumento imprescindible para conocer en profundidad las luces, pero también las sombras, de un planteamiento dogmático puramente aséptico y descomprometido, cuando no se pone directamente en relación con un modelo democrático de Estado de derecho, basado en la Constitución y en el respeto a los derechos fundamentales de las personas.

Rafecas es consciente de que un planteamiento puramente dogmático de la Teoría del Delito es de por sí insuficiente para comprender el papel que desempeña el Derecho penal, que no es más que un sistema en el que también se integran diversas instancias de control como la policial, la judicial, la penitenciaria, el Poder Ejecutivo y el Legislativo, que a su vez forman parte de otros sistemas sociales de control tan importantes o más que el sistema penal propiamente dicho como son los medios de comunicación, las organizaciones de la sociedad civil y, en última instancia, la propia comunidad internacional. También es consciente de que las contradicciones y los conflictos que pueden surgir entre estos diversos sistemas, tanto en los niveles de criminalización primaria, como en los de la criminalización secundaria, pueden dar lugar a diversos criterios de selectividad y al surgimiento de un sistema penal subterráneo, que a veces es más importante en la determinación de la punibilidad o impunidad de un determinado comportamiento que el sistema penal oficialmente vigente. Esto también da lugar a lo que llama “el trágico círculo vicioso de nuestros sistemas penales” que se alimentan y retroalimentan al provocar la inestabilidad de todo el sistema penal en su conjunto. Consciente de ello, Rafecas dedica un extenso capítulo a exponer las contradicciones existentes entre los distintos sistemas de control social que pueden poner en cuestión la vigencia de las garantías penales expuestas anteriormente. Esto no es más que la consecuencia en cierto modo inevitable de una sociedad pluralista, pero también desigual y clasista, en la que conviven diversas formas de entender el poder punitivo del Estado, que solo pueden resolverse, en su opinión, al dar primacía a los valores fundamentales recogidos y reconocidos en el texto constitucional y en las declaraciones internacionales en favor de los derechos humanos, como un modelo ideal, no siempre realizable en la práctica, pero al que debe aspirar todo jurista y especialmente el penalista tanto a nivel teórico, como práctico.

Tras este capítulo, original y sugerente, en el que se ocupa de una realidad poco o nada tenida en cuenta en las exposiciones generales del Derecho penal, Rafecas aborda también el tema siempre candente y discutido de la teoría de la pena, en cuya exposición pone de relieve las antinomias existentes entre la teoría de la retribución con sus diversas versiones, y las de la prevención, general y especial, también con diversas variantes. Tras una exposición, con referencias históricas a los excesos y violaciones de derechos humanos que han conducido los planteamientos extremos de estas a través de la Historia, Rafecas se inclina por una teoría de la pena, en la que tiene en cuenta la gravedad del hecho injusto tamizada por la culpabilidad del autor. Este planteamiento coincide, a mi juicio, con una concepción retribucionista, que no es incompatible con las otras funciones de carácter preventivo que esta pueda cumplir, pero que puede, al mismo tiempo, servir de límite a los excesos que se cometieron en el pasado con el Derecho penal y aún hoy se cometen en el presente. Basta solo con

recordar, como hace Rafecas, la teoría de la inocuización (*Unschädlichmachung*) que proponía Von Liszt a finales del siglo XIX para los reincidentes, o la aún más radical del exterminio (*Ausmerzung*) en los campos de concentración, que proponía Mezger en la etapa nacionalsocialista para los que llamaba “extraños a la comunidad” (*Gemeinschaftsfremde*), es decir, los asociales, homosexuales y determinados tipos de delincuentes. Hoy por hoy, parece que frente a los excesos en que pueden incurrir las teorías preventivas, tanto generales como especiales, y el absolutismo de las teorías retribucionistas puras de origen kantiano, este es el único camino intermedio en el que pueden encontrarse la idea de Justicia con la necesaria consideración de la culpabilidad del autor del delito y de sus circunstancias personales. Creo que ese planteamiento humano de la pena y del Derecho penal es especialmente importante destacarlo, como hace Rafecas, en un momento en el que el resurgimiento en los últimos años de una teoría del Derecho penal que hunde sus raíces en una ideología autoritaria represiva de las libertades y derechos fundamentales de las personas, pretende justificar o, en todo caso, exponer acriticamente, los mayores excesos que puede llevar a cabo el poder punitivo del Estado frente a los derechos de las personas. Ante este panorama que se ha ido configurando en los últimos años, como una manifestación característica del Derecho penal del siglo XXI, cualquiera que pretenda hoy exponer y elaborar sistemáticamente de forma general el actual Derecho penal debe ser consciente de que, como demuestra Daniel Rafecas a lo largo de esta obra, esta tarea solo puede llevarse a cabo con una determinación previa de los conceptos básicos propios del Derecho penal de un Estado de derecho, que, a pesar de su fragilidad y del continuo ataque al que está siendo sometido desde diversas instancias, deben seguir manteniendo su vigencia como valladar inexpugnable frente a los que pretenden sustituirlo por otros planteamientos fuera de los parámetros garantistas del Estado de Derecho.

Sevilla, 5 de marzo del 2021  
Francisco Muñoz Conde  
Catedrático de Derecho penal